

PRÉFACE

Le présent ouvrage est issu de la thèse de doctorat de Madame Stéphanie Colella que j'ai eu le plaisir de diriger de 2012 à 2016. Elle a pu mener à bien cette recherche grâce à un financement du Fonds national suisse de la recherche scientifique pour un projet que nous avons préparé et déposé en hiver 2011-12.

Ce livre a pour objet la justification des restrictions des droits fondamentaux dans l'Union européenne (UE). Plus particulièrement, il examine les rapports entre les deux régimes distincts de justification de ces restrictions qui sont applicables dans l'UE selon qu'il s'agit de restreindre les droits de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (Charte) ou ceux de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

Le thème est d'une importance centrale en pratique, et ce pour diverses raisons. Les droits garantis tant par la Charte que par la CEDH s'appliquent à tous les États membres de l'UE. Quant à elle, et même si elle n'est pas encore partie à la CEDH, l'UE est non seulement liée directement par la Charte, mais aussi indirectement par les droits de la CEDH. Ces derniers constituent en effet l'une des sources des principes généraux de l'UE (article 6, § 3, Traité sur l'Union européenne [TUE]), d'une part, et l'interprétation des droits de la Charte (par la Cour de justice de l'UE [CJUE] et les tribunaux nationaux des États membres de l'UE) doit se faire de manière conforme à celle des droits correspondants de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) (article 52, § 3, Charte), d'autre part –quoique dans les limites d'une éventuelle protection plus étendue par le droit de l'UE (article 52, § 3, phr. 2, Charte). L'application, dans le champ d'application du droit de l'UE, de deux régimes de droits fondamentaux distincts et par différentes autorités judiciaires peut mener à des interprétations divergentes des mêmes droits, et ce en dépit de l'obligation d'interprétation conforme de ces droits prévue à l'article 52, § 3, de la Charte. Cela peut passer notamment par une interprétation divergente des conditions de (justification de la) restriction de ces droits, objet du présent ouvrage.

BRUYLANT

Étant donné la rapidité avec laquelle la jurisprudence de la CJUE relative à l'interprétation de la Charte s'est développée depuis que cette dernière est revêtue de la même valeur juridique que les traités (article 6, § 1, TUE), il paraissait crucial de faire le point sur la jurisprudence de la CJUE en matière de restrictions de droits fondamentaux, et notamment de conflits de droits, en tant qu'elle se fonde à l'origine sur une jurisprudence relative aux restrictions des libertés fondamentales en droit du marché intérieur. Il paraissait aussi important de veiller à ce que cette jurisprudence prenne en compte les acquis de la jurisprudence strasbourgeoise dans ce domaine. Il s'agissait dès lors, d'une part, de bien comprendre les jurisprudences respectives de la CourEDH et de la CJUE en matière de justification des restrictions et, d'autre part, d'identifier dans quelle mesure les conditions de restriction de la Charte reflétaient celles de la CEDH et comment leur interprétation conforme par la CJUE et les tribunaux nationaux des États membres de l'UE pourrait s'articuler.

Dans la mesure où les spécialistes de la jurisprudence de la CJUE ne le sont pas toujours également de celle de la CourEDH, et vice-versa, il est essentiel pour les uns et les autres de pouvoir être fixés sur les convergences et divergences des deux jurisprudences en matière de restrictions de droits fondamentaux, et notamment de conflits de droits. C'est désormais chose faite grâce à ce bel ouvrage.

En bref, l'auteur nous propose une interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte, c'est-à-dire l'article de la Charte qui énonce les conditions auxquelles un droit fondamental peut être restreint. L'interprétation proposée cherche à respecter le principe de cohérence avec la jurisprudence de la CourEDH que l'auteur tire d'une lecture de l'article 52, § 3, de la Charte.

Le travail de recension et d'analyse jurisprudentielle accompli dans cet ouvrage est, à tous égards, remarquable. C'est dans la comparaison minutieuse des jurisprudences des deux cours ensuite, condition de restriction par condition, que réside sa force et le formidable outil offert aux praticiens. La table des arrêts sera aussi extrêmement utile aux lecteurs, et en particulier son volet regroupant les conclusions et prises de position des avocats généraux et les opinions concordantes et dissidentes des juges.

Prof. Samantha BESSON
Chaire de droit international public et de droit européen
Université de Fribourg

Fribourg, le 9 juillet 2018

AVANT-PROPOS

Le présent ouvrage découle d'une thèse de doctorat qui a été acceptée par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, en Suisse, le 23 avril 2018 sur proposition des Professeurs Samantha Besson et Sarah Progin-Theuerkauf. Son thème, très actuel, porte sur la restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne (UE) et s'inspire de la nature particulière que revêt la protection des droits fondamentaux dans l'UE. En effet, la protection desdits droits ne peut plus se concevoir à un échelon purement national compte tenu de la multiplication et de la diversité des instruments de protection existants. Ces dernières induisent une interaction entre, notamment, l'échelon national, européen et international de protection desdits droits qui soulève des questions aussi passionnantes que complexes, mais auxquelles la littérature juridique peine parfois à répondre de façon satisfaisante.

L'objectif du présent ouvrage est ainsi de pallier à certaines lacunes identifiées dans ladite littérature juridique en proposant une interprétation des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux dans l'UE, énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte. Cette interprétation doit permettre aux juridictions nationales et de l'UE en charge du contrôle des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux de surmonter les problématiques découlant de la pluralité et de la multiplicité d'instruments de protection desdits droits et de respecter l'objectif de cohérence entre la jurisprudence de la CourEDH et de la CJUE que s'est fixé l'UE.

Dans la mesure où il est issu d'une thèse de doctorat, le présent ouvrage représente un travail s'inscrivant dans la durée et marquant une tranche de vie de son auteur. De nombreuses personnes se retrouvent donc entre le doctorant et son doctorat et nous souhaitons saisir cette opportunité pour les remercier.

Je tiens d'abord à remercier sincèrement ma directrice de thèse, la Professeur Samantha Besson, d'avoir accepté de superviser mes recherches. Son soutien sans faille, son excellent suivi ainsi que sa grande disponibilité

BRUYLANT

durant ces années de recherches ont permis de fructueux échanges dont le présent ouvrage est l'aboutissement. Mes profonds remerciements s'adressent également à la Professeur Sarah Progin-Theuerkauf, qui a accepté le rôle de second rapporteur lors de ma soutenance et dont les remarques constructives ont grandement stimulé mes réflexions.

Ma sincère gratitude s'adresse également aux avocats généraux et greffiers travaillant ou ayant travaillé au sein de la Cour de justice de l'Union européenne pour nos stimulants échanges et nos (dés-)accords constructifs. Mes pensées vont en particulier à Eleanor Sharpston, Juliane Kokott, Michal Bobek, Pedro Cruz Villalón, Daniel Sarmiento, François-Xavier Millet, Jose Gutierrez-Fons, Sara Iglesias Sánchez, Gianfranco Gori et Yann Laurans.

Je remercie également ici tous les collègues, amis et proches ayant consacré du temps ces dernières années à échanger, commenter, relire des contributions et parties de la thèse, ou simplement discuter dans des moments de doutes. Sans prétendre à l'exhaustivité, mes pensées s'adressent notamment à Alain Zysset, Denise Wohlwend, Eleonor Kleber, Thierry Leibzig, Sevrine Knuchel, Marie-Louise Gächter-Alge, Marie Guilpain, Johan Rochel, Nadège Rives Lesueur, Samah Posse-Ousmane, Silvia Gastaldi, Bernard Dubey, Frank Schürmann, Lucius Caffisch et Kenneth Barnes. Mes remerciements vont aussi à tous les doctorants et post-doctorants rencontrés au fil des rencontres doctorales s'étant tenues entre 2012 et 2016 à, notamment, Fribourg, Genève, Menaggio et Ghent.

Mes chaleureux remerciements s'adressent également à Marika Murenzi et Marie-Claude Jacot pour leur précieuse aide dans la relecture et la mise en forme de précédentes versions de ma thèse. De même, je tiens à remercier profondément et sincèrement ma famille et belle-famille pour leur confiance et leur soutien, d'ordre moral ou logistique, tout au long de cette aventure.

Enfin, je remercie le Fonds national suisse de la recherche scientifique pour la bourse qui m'a été octroyée pour mener à bien mes recherches durant trois années. De plus, ma sincère gratitude va à Daniel Wüger, chef de l'Unité de droit européen et de coordination Schengen/Dublin de l'Office fédéral de la justice, pour la flexibilité dont il a fait preuve afin de me permettre de terminer ma thèse dans des conditions optimales. Par ailleurs, que les éditions Bruylant qui ont accepté de publier le présent ouvrage trouvent ici l'expression de ma profonde gratitude.

Stéphanie U. COLELLA

Fribourg, le 4 août 2018

BRUYLANT

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AC	avis consultatif
ad.	à
aff.	affaire(s)
Av. gén.	avocat général
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
aTUE	ancien Traité sur l'Union européenne (dit aussi Traité de Maastricht du 7 février 1992, révisé par les Traités d'Amsterdam en 1997 et de Nice en 2001)
c.	contre
C	Série C : Communications et informations du <i>JO</i>
CAAS	Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, du 19 juin 1990 (<i>JO</i> 2000, L 239, p. 19)
CE	Communauté européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950
CEE	Communauté économique européenne
CEEA	Communauté européenne de l'énergie atomique
CHF	Francs suisses
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre(s)

Charte	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (<i>JO</i> 2012, C 326, p. 391)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CommEDH	Commission européenne des droits de l'homme
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
dir.	directeur(s)
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948
ECLI	European Case Law Identifier
éd.	édition(s)
édit.	éditeur(s)
ég.	également
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> – et les autres
etc.	<i>et cætera</i>
Feader	Fonds européen agricole pour le développement rural
FEAGA	Fonds européen agricole de garantie
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> – au même endroit
<i>id.</i>	<i>idem</i> – le même
<i>i.e.</i>	<i>id est</i> – c'est-à-dire
<i>infra</i>	plus bas
<i>inter alia</i>	entre autres
<i>JO</i>	Journal officiel de l'Union européenne
jtes	jointes
L	Série L : Actes législatifs du <i>JO</i>
let.	lettre(s)
M.	Monsieur
MM.	Messieurs
Mme	Madame
Mmes	Mesdames
n°	numéro(s)
ndla	note de l'auteur
not.	notamment
ONG	Organisation non gouvernementale

ONU	Organisation des Nations Unies
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> – ouvrage cité
ORF	Österreichischer Rundfunk
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
PAC	Politique agricole commune
Pacte 1	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966
Pacte 2	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
PKK	Parti des travailleurs du Kurdistan (<i>Partiya Karker Kurdistan</i>)
pt.	point(s)
rec.	recueil
requ.	requête(s)
s.	suivant(e)
<i>supra</i>	plus haut
TCE	Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne (tel que modifié par le Traité de Maastricht en 1992, le Traité d'Amsterdam en 1997 et le Traité de Nice en 2001 ; remplacé désormais par le TFUE depuis le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (établi par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, dans sa version consolidée publiée au <i>JO</i> 2016, C 202, p. 47)
trad.	traduction
TUE	Traité sur l'Union européenne (tel que modifié par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, dans sa version consolidée publiée au <i>JO</i> 2016, C 202, p. 13)
UE	Union européenne
vol.	volume

INTRODUCTION

*« Avant donc que d'écrire, apprenez à penser.
Selon que notre idée est plus ou moins obscure,
L'expression la suit, ou moins nette, ou plus pure.
Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement,
Et les mots pour le dire arrivent aisément »⁽¹⁾*

Nicolas BOILEAU

1. Lorsqu'il est question de la protection des droits fondamentaux en Europe⁽²⁾, les propos tenus – qu'ils soient politiques, scientifiques ou journalistiques – se concentrent d'ordinaire sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Adoptée par le Conseil de l'Europe en 1950, la CEDH est en effet fréquemment considérée comme l'instrument de protection desdits droits le plus célèbre et efficace⁽³⁾.

2. Plus récente, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte), proclamée en 2000 et devenue contraignante suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, se dresse à présent aux côtés de la CEDH, dont elle poursuit le même objectif de protection des droits fondamentaux et dont elle s'inspire largement⁽⁴⁾. Cependant, ces deux instruments maintiennent des caractéristiques propres qui se reflètent dans la façon dont les droits fondamentaux qu'ils contiennent sont interprétés,

1. N. BOILEAU-DESPRÉAUX, *L'Art poétique*, 2^e éd., Leipzig, C.A. Koch, 1874, p. 18.

2. Dans la présente étude et à défaut de mention contraire, le terme *Europe* s'entend comme faisant référence au continent européen.

3. À titre illustratif, S. GREER et A. WILLIAM qualifient la CEDH de « world's most successful experiment in the trans-national judicial protection of human rights » (S. GREER, A. WILLIAM, « Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards "Individual", "Constitutional" or "Institutional" Justice? », *European Law Journal*, vol. 15, 2009, n° 4, pp. 462-481, p. 462).

4. Pour en savoir plus, voir le commentaire de G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Éditions de Seuil, 2001.

respectivement, par la Cour de justice de l'Union européenne⁽⁵⁾ (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH).

3. En effet, déjà bien avant la proclamation de la Charte, la pratique de ces deux juridictions a mis en exergue certaines divergences jurisprudentielles, fortement relayées et commentées par la littérature juridique⁽⁶⁾. À titre illustratif, mentionnons l'arrêt *Hoechst c. Commission*⁽⁷⁾, où la CJUE a estimé que les entreprises ne peuvent se prévaloir d'une violation du droit fondamental au respect de leur vie privée et familiale, contrairement à ce qu'a décidé la CourEDH dans son arrêt *Niemietz*⁽⁸⁾. Citons également l'arrêt *Orkem c. Commission*⁽⁹⁾, où la CJUE a déclaré que les droits de la défense n'impliquent pas le droit de ne pas témoigner contre soi-même, contrairement à ce qu'a jugé la CourEDH dans son arrêt *Funke c. France*⁽¹⁰⁾.

4. Dans la mesure où les États membres de l'UE liés par la Charte sont tous parties à la CEDH, il est indéniable que de telles divergences jurisprudentielles comportent d'importantes difficultés en termes de prévisibilité et de sécurité juridique. Toutefois, en s'attardant spécifiquement sur les divergences relatives au contenu et à l'étendue des intérêts protégés par les droits fondamentaux garantis par ces instruments⁽¹¹⁾, la littérature juridique a négligé une problématique pourtant essentielle : celle découlant des divergences jurisprudentielles relatives aux justifications des restrictions aux droits fondamentaux et à leurs conséquences.

5. À des fins de concision et sauf précision contraire, l'abréviation *CJUE* s'entend, au sens de la présente étude, comme se référant tant à la Cour de justice des Communautés européenne (CJCE) et au Tribunal de première instance (TPI) avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, qu'à l'actuelle Cour de justice et à l'actuel Tribunal.

6. R. LAWSON, « Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg », in R. LAWSON, M. DE BLOIS (édit.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe - Essays in Honour of Professor H. SCHERMERS*, vol. 3, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff, 1994, pp. 219-252 ; D. SPIELMANN, « Jurisprudence des juridictions de Strasbourg et de Luxembourg dans le domaine des droit de l'homme : conflits, incohérences et complémentarités », in P. ALSTON (dir.), *L'Union européenne et les Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 789-812 ; J. WETZEL « Improving Fundamental Rights Protection in the European Union : Resolving the Conflicts and Confusion Between the Luxembourg and Strasbourg Courts Justice », *Fordham Law Review*, vol. 71, 2003, pp. 2823-2862 ; J.-L. SAURON, « Les divergences de jurisprudence – Le traitement des divergences de jurisprudence – La question en droit communautaire et européen », in P. ANCEL, M.-C. RIVIER (édit.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne 2003, Publications de l'Université de Saint-Etienne, pp. 283-302.

7. CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*.

8. CourEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz*, § 33.

9. CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem*.

10. CourEDH, 25 février 1993, *Funke*, § 44.

11. L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 658-688, p. 675.

5. S'il est effectivement indispensable qu'un justiciable puisse déduire des jurisprudences de la CJUE et de la CourEDH le contenu et l'étendue des intérêts protégés par les droits fondamentaux garantis par la Charte et par la CEDH, il l'est tout autant qu'il puisse en déduire les *conditions*⁽¹²⁾ auxquelles des restrictions auxdits droits peuvent être admises. Or, bien que de nombreux instruments de protection des droits fondamentaux – tant nationaux⁽¹³⁾ qu'internationaux⁽¹⁴⁾ – reconnaissent la possibilité de restreindre tout ou partie des droits fondamentaux qu'ils garantissent, les conditions de justification desdites restrictions n'y sont pas nécessairement similaires.

6. C'est ainsi que l'interprétation desdites conditions – énumérées aux seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH ainsi qu'à l'article 52, § 1, de la Charte – a donné et continue de donner lieu à de nombreuses divergences jurisprudentielles, parfois contradictoires, entre la CourEDH et la CJUE. Ces dernières sont d'autant plus problématiques que, comme nous l'étayons dans la présente étude, la Charte contient une exigence de *cohérence* entre les jurisprudences de ces cours. Or, à notre sens, la teneur confuse et la mise en œuvre insuffisante de cette exigence soulèvent de nombreuses interrogations qui appellent à des investigations approfondies (*infra* I). Ceci dit, lesdites interrogations étant aussi nombreuses que variées, elles ne peuvent être abordées exhaustivement dans les lignes qui suivent, de sorte qu'il est indispensable de délimiter précisément celles qui constitueront l'objet de la présente étude (*infra* II et III). Par ailleurs, des considérations d'ordre méthodologique sont également nécessaires à la bonne compréhension de l'étude (*infra* IV), de même qu'une démonstration de l'intérêt qu'elle revêt, tant du point de vue scientifique que du point de vue des praticiens (*infra* V) et qu'une description détaillée du plan qu'elle suit (*infra* VI).

12. Il convient de préciser que, dans la présente étude, le terme de *condition* de justification des restrictions aux droits fondamentaux ne s'entend pas dans son acception purement juridique, *i.e.* comme un élément dont le respect est indispensable à – et donc *conditionne* – l'existence du caractère justifié desdites restrictions. En effet, comme nous y revenons plus loin (voir *infra* § 239), le caractère justifié ou non d'une restriction à un droit fondamental est intrinsèque à la mesure visant à restreindre ledit droit. Par conséquent, le respect ou non, dans un cas d'espèce, des conditions de justification n'affecte en rien – et, donc, ne conditionne pas – l'existence de ladite mesure et de la restriction. La notion de *condition* de justification s'entend ainsi davantage comme les contraintes à la liberté d'action et de décision des autorités ou juridictions en charge d'énoncer ou d'exécuter des mesures susceptibles, dans une situation donnée, de restreindre des droits fondamentaux.

13. Voir p. ex. l'article 36 de la Constitution fédérale suisse.

14. Voir l'article 29, § 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; l'article 18, § 3, du Pacte international des droits civils et politiques ; les articles 8, § 2, 9, § 2 et 10, § 2, de la CEDH ; l'article 16, § 2, de la Charte américaine relative aux droits de l'homme ; et l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés.

I. – LA PROBLÉMATIQUE

7. La problématique découlant des divergences jurisprudentielles entre la CourEDH et la CJUE dans l'interprétation des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux peut aisément s'illustrer avec un arrêt de la CJUE. Revenons ainsi sur l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Sky Österreich GmbH*⁽¹⁵⁾, rendue par cette cour après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et, dès lors, la déclaration de force contraignante de la Charte.

8. Cette affaire concerne un accord passé entre la société *Sky Österreich GmbH*, détentrice des droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle des matchs de la Ligue Europa en Autriche, et la société *Österreichischer Rundfunk* (ORF). Au terme de cet accord, la société ORF est autorisée à réaliser, contre une rémunération importante, de brefs reportages d'actualité revêtant un grand intérêt pour le public. Toutefois, l'article 15, § 6, de la Directive 2010/13⁽¹⁶⁾ indique que la rémunération en faveur du détenteur de droits exclusifs – *i.e.* la société *Sky Österreich GmbH* – ne peut dépasser les frais supplémentaires directement occasionnés par la fourniture de l'accès au signal satellitaire à la société ORF, ces frais étant nuls en l'espèce. Saisi d'un recours, le *Bundeskommunikationssenat* a émis des doutes sur le point de savoir si la limite à la rémunération de la société *Sky Österreich GmbH* constitue une atteinte proportionnée à la liberté d'entreprise de cette dernière, garantie à l'article 16 de la Charte, et a formulé une question à titre préjudiciel auprès de la CJUE.

9. Dans son arrêt, la CJUE a conclu que la restriction à la liberté d'entreprise en cause était justifiée car « les inconvénients découlant de cette disposition [*ndla* : l'article 15, paragraphe 6, de la directive 2010/13] ne sont pas disproportionnés au regard des buts qu'elle poursuit et sont de nature à instaurer un juste équilibre entre les différents droits et libertés fondamentaux en cause en l'espèce »⁽¹⁷⁾. Cette cour étant parvenue à cette conclusion au terme d'un examen minutieux de la condition de justification que constitue le respect de la proportionnalité, figurant à l'article 52, § 1,

15. CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*.

16. Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 10 mars 2010, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, *JO L 95*, p. 1, et rectificatif *JO L 263*, p. 15.

17. CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, pt 67.

de la Charte⁽¹⁸⁾, la majeure partie de la littérature juridique a salué un tel examen et y a consacré ses principaux commentaires⁽¹⁹⁾.

10. Toutefois, ladite littérature semble s'être désintéressée du fait que dans cet arrêt, la CJUE a laissé entendre, lors de son interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte, qu'une pluralité de test de proportionnalité pouvait être envisageable⁽²⁰⁾. En effet, lors de son analyse de la justification des restrictions au droit à la liberté d'entreprise de la société *Sky Österreich GmbH*, mentionné à l'article 16 de la Charte, cette cour a affirmé que le libellé de cet article « 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 »⁽²¹⁾. Ce faisant, le droit à la liberté d'entreprise serait exposé 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 »⁽²²⁾, de sorte que « cette circonstance 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, de la Charte »⁽²³⁾.

11. Autrement dit, en estimant que des spécificités liées à l'article 16 de la Charte justifient une appréciation différenciée de la proportionnalité d'une restriction, la CJUE s'est réservée la possibilité d'interpréter les conditions de justification des restrictions énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte de façon différente selon les droits fondamentaux de la Charte en cause. Ce faisant, elle se distancie substantiellement de l'approche de la CourEDH qui, comme nous le démontrons ci-dessous, tend à interpréter les conditions de justification des restrictions énoncées aux seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH de façon similaire⁽²⁴⁾. Une

18. Voir p. ex. B. PIRKER, « Case C-283/11 Sky Österreich : Taking proportionality seriously », *European Law Blog*, 29 janvier 2013.

19. Dans un autre registre, cet arrêt a également été commenté du fait de la valeur interprétative que la CJUE y reconnaît aux explications relatives à la Charte. Voir p. ex. K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, « To say what the law of the EU is : Methods of interpretation and the European Court of Justice », *Columbia Journal of European Law*, vol. 20, 2013, pp. 3-61, pp. 54-56. Nous revenons en détail sur ce point *infra*, §§ 326 et s.

20. Parmi les rares exceptions, voir S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », in S. PEERS *et al.* (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Portland 2014, Hart Publishing, pp. 1455-1521, p. 1485 : « Furthermore, if the Court believes that different types of proportionality test should apply where different Charter rights are involved (as it expressly stated in Sky), it should explain its reasoning and the implications of such a distinction further, and must ensure that it applies this distinction consistently ».

21. CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, pt 46.

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*, pt 47.

24. Pour plus de détails, voir *infra* Partie 3.

contradiction entre les jurisprudences de ces deux cours est par ailleurs d'autant plus en mesure de se produire que la CJUE ne fournit aucun élément d'appréciation susceptible d'aiguiller son choix en faveur de l'une ou l'autre des interprétations de la proportionnalité.

12. Or, en tant qu'interprète ultime de la Charte et protagoniste, parmi d'autres, dans la mise en œuvre des droits fondamentaux au sein de l'UE, la CJUE doit veiller à garantir une *cohérence* dans l'interprétation des conditions de justifications énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte avec les conditions figurant dans d'autres instruments de protection, et en particulier avec la CEDH. L'article 52, § 3, de la Charte exige en effet que dans certaines situations, qui seront spécifiées ci-dessous, les conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte soient similaires à celles de la CEDH. Dans ce contexte, tant la CJUE que la CourEDH ont d'ailleurs affirmé la nécessité de « veiller à la plus grande cohérence entre la Convention et la Charte dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à ceux garantis par la Convention » et que « [d]ans ce cadre, une « interprétation parallèle » des deux textes pourrait s'avérer utile »⁽²⁵⁾.

13. Les interrogations et conséquences inhérentes à ce constat antinomique entre, d'une part, l'exigence de cohérence prévue par la Charte entre les jurisprudences de la CourEDH et de la CJUE lors de l'interprétation des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux et, d'autre part, la pratique effective de la CJUE qui semble admettre ouvertement la possibilité de jurisprudences contradictoires avec la CourEDH, constituent dès lors la problématique de la présente étude. Celles-ci étant cependant aussi nombreuses que diverses, il importe de détailler l'objet précis de la présente étude et les interrogations principales auxquelles nous proposons de répondre.

II. – L'OBJET

14. La présente étude se veut une analyse critique de l'interprétation par la CJUE des conditions, énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte, auxquelles des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte peuvent être justifiées. Cette disposition se lit comme suit :

Article 52 Portée et interprétation des droits et des principes

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

25. J.-P. COSTA, V. SKOURIS, *Communication commune des présidents Costa et Skouris*, Strasbourg et Luxembourg, 24 janvier 2011, p. 1.

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.

15. En ce qu'elle s'inscrit dans le contexte de l'UE, une telle analyse se heurte cependant d'emblée à d'importantes interrogations, qui nous semblent pouvoir être regroupées en trois problématiques, toutes intrinsèquement liées.

16. S'agissant de la première problématique, la réalité démontre que les notions mêmes de *droit fondamental* et de *restriction* revêtent un libellé différent et peuvent faire l'objet d'acceptions⁽²⁶⁾ différentes selon, par exemple, qu'elles sont interprétées par une juridiction nationale lors du contrôle de mesures nationales mettant en œuvre du droit de l'UE⁽²⁷⁾ ou par la CJUE lors du contrôle de mesures adoptées par les institutions de l'UE. De plus, la typologie des *droits* et *libertés* auxquels les restrictions prévues par cette disposition s'appliquent est ambiguë et les cas dans lesquels cette clause doit s'appliquer sont sujets à controverse. Certes, ceci se conçoit aisément dans la mesure où, développées originaires dans un contexte national, ces notions se sont diffusées de façon fulgurante dans le contexte de l'UE sans toutefois s'accompagner de développements relatifs à leurs acceptions dans ledit contexte.

17. Cependant, à notre sens, une analyse de l'interprétation par la CJUE des conditions de justification énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte implique nécessairement un travail préalable de détermination de l'acception de l'objet des restrictions susceptibles d'être justifiées. En effet, aborder l'interprétation des conditions de justifications des restrictions aux droits fondamentaux sans s'être prononcé sur l'acception même desdits droits et desdites restrictions ou sur la complexité morale liée à la restriction d'un droit fondamental – en principe prioritaire sur tout autre intérêt ou considération morale – reviendrait, selon nous, à ne pas tenir compte de la réalité dans laquelle s'insèrent et évoluent les restrictions des droits fondamentaux de la Charte.

18. Ce faisant, nous nous distancions sciemment d'une importante littérature juridique qui renonce à clarifier l'acception « spécifiquement

26. Dans la présente étude, lorsque nous nous intéressons à l'*acception* de notions telles qu'un *droit fondamental*, une *liberté*, un *principe* ou encore une *restriction*, nous faisons référence à l'indétermination de ces *concepts* et nous tentons ainsi d'en spécifier le sens dans le contexte spécifique de l'UE. Il convient cependant de distinguer ces acceptions de celles proposées visant à éclairer l'indétermination du *contenu* de tels concepts. En effet, ces deux indéterminations sont indépendantes l'une de l'autre, car l'acception de la notion de concept de droit fondamental, par exemple, ne concerne pas encore celle de son contenu.

27. Voir art. 51, § 1, de la Charte.

européenne » de notions juridiques développées dans le contexte de l'UE⁽²⁸⁾ et, au contraire, estimons qu'elles doivent être déterminées en prenant en compte les inférences d'ordre pratique qui en découlent⁽²⁹⁾. Autrement dit, les acceptions de *droit fondamental* et de *restriction* – notamment – retenues doivent tenir compte et se refléter dans l'interprétation de la CJUE. À l'instar de Joseph WEILER⁽³⁰⁾, l'acception des dispositions de la Charte ne nous paraît dès lors pouvoir être déterminée que *in concreto*, au travers des circonstances concrètes des cas d'espèce.

19. Dans ce cadre, une seconde problématique s'ajoute directement à l'analyse faisant l'objet de la présente étude. Rappelons en effet que ladite étude se concentre sur l'antinomie découlant, d'une part, des divergences de jurisprudence entre la CourEDH et la CJUE et, d'autre part, de l'exigence de cohérence entre lesdites jurisprudences figurant à la première phrase de l'article 52, § 3, de la Charte et dans les explications y relatives. Cet article a la teneur suivante :

« 3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. [...] ».

20. Quant aux explications relatives à la Charte, qui précisent cette disposition, elles prévoient que :

« Le paragraphe 3 vise à assurer la *cohérence* nécessaire entre la Charte et la CEDH en posant la règle que, dans la mesure où les droits de la présente Charte correspondent également à des droits garantis par la CEDH, leur sens et leur portée, y compris les limitations admises, sont les mêmes que ceux que prévoit la CEDH. Il en résulte en particulier que le législateur, en fixant des limitations à ces droits, doit respecter les mêmes normes que celles fixées par le régime détaillé des limitations prévu dans la CEDH, qui sont donc rendues applicables aux droits couverts par ce paragraphe, sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne »⁽³¹⁾.

21. L'acception de l'objectif de *cohérence* visée par les explications relatives à l'article 52, § 3, de la Charte ne ressort cependant ni de ces dispositions, ni explicitement de la jurisprudence de la CJUE. Par

28. En ce sens, voir A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Paris, Institut Universitaire de Varennes, 2014, § 66, qui formule ce constat concernant la notion de proportionnalité dans le contexte de l'Union européenne.

29. Joseph RAZ fait le même constat eu égard au concept d'autorité légitime (J. RAZ, « L'autorité légitime. Les prétentions du droit », *Droits 2013/1*, n° 57, pp. 227-260, p. 239).

30. Voir J. WEILER, « The Transformation of Europe », *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, n° 8, pp. 2403-2483, p. 2409 : « *I shall try to analyze the Community constitutional order with particular regard to its living political matrix; the interactions between norms and norm-making, constitution and institutions, principles and practice, and the Court of Justice and the political organs will lie at the core of this Article* ».

31. Souligné par nous.

ailleurs, la littérature juridique s'est désintéressée de cette question et se contente majoritairement de transposer l'interprétation des conditions de justification de la CEDH effectuée par la CourEDH dans le contexte de l'UE et, en l'absence de contradiction, d'en déduire l'existence d'une cohérence au sens de cette disposition⁽³²⁾. À notre sens, toutefois, du fait qu'une telle transposition abstraite ne permette pas de prendre en compte les spécificités propres à l'Union européenne et ne repose sur aucune justification, elle ne reflète pas la réalité dans laquelle évolue la Charte.

22. Nous argumentons dès lors que la cohérence visée par la Charte entre les jurisprudences de la CourEDH et de la CJUE en matière de restriction aux droits fondamentaux ne peut être appréhendée sans s'être préalablement interrogé sur les raisons inhérentes à cette exigence de cohérence. Lesdites raisons nous éclairent ainsi tant sur la justification de cette exigence, sur sa nature juridique, sur son objet, sur ses destinataires ou encore sur les situations dans lesquelles elle trouve à s'appliquer. À cet égard, nous argumentons, en substance, que l'exigence de cohérence doit être entendue comme un principe juridique ne pouvant se refléter uniquement dans le résultat des décisions des autorités compétentes, car il doit déjà être respecté lors du processus interprétatif auquel se livrent lesdites autorités. S'agissant de ces dernières, nous estimons notamment que la cohérence entre la Charte et la CEDH ne relève pas uniquement des autorités judiciaires nationales et de l'UE.

23. Autrement dit, si la Charte prévoit un *cadre* dans lequel doit s'effectuer l'interprétation des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux, il n'est pas suffisamment explicite et nécessite, à notre sens, d'être spécifié. Une telle nécessité a en outre été rappelée par la CourEDH et la CJUE, qui ont appelé à « veiller à la plus grande cohérence entre la Convention et la Charte dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à ceux garantis par la Convention »⁽³³⁾, comme nous reviendrons en détail ci-dessous.

24. Enfin, s'agissant de la troisième problématique, elle est inhérente à toute analyse du *régime* des justifications des restrictions aux droits fondamentaux dans l'UE et a trait à l'identification même dudit régime. En effet, ledit *régime* résulte des décisions rendues par la CJUE interprétant les conditions, énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte, auxquelles des restrictions – découlant de normes des États membres ou des institutions

32. Voir *infra* § 426.

33. J.-P. COSTA, V. SKOURIS, *Communication commune des présidents Costa et Skouris*, *op. cit.*

de l'UE – aux droits fondamentaux sont susceptibles d'être justifiées⁽³⁴⁾. Dans ce contexte, toutefois, les explications relatives à l'article 52, § 3, de la Charte citées ci-dessus précisent que ledit régime doit respecter « le régime détaillé des limitations prévu dans la CEDH ».

25. Or, l'interprétation par la CJUE desdites conditions de justification a débuté bien avant leur consécration dans la Charte car les différents droits fondamentaux susceptibles d'être restreints existaient déjà dans différentes sources⁽³⁵⁾. Ainsi, pour être exhaustive, une analyse du régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux dans l'UE nécessiterait l'examen d'un nombre considérable de ressources, tant nationales que de l'Union européenne. À ce nombre s'ajoute par ailleurs l'examen des décisions rendues par les juridictions du Conseil de l'Europe relatives au régime de justification des restrictions aux droits fondamentaux de la CEDH afin d'en examiner le respect par la CJUE. Rappelons en effet que malgré le fait que la CEDH irrigue aujourd'hui largement le droit de l'UE et s'impose comme une source d'inspiration voire un modèle de référence⁽³⁶⁾, l'interprétation par la CourEDH de certaines conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux de la CEDH diverge de celle de la CJUE, comme brièvement illustré ci-dessus.

26. Par surabondance, il est notoire que les situations concrètes dans lesquelles la CJUE, la CourEDH et les juridictions nationales sont amenées à interpréter les conditions de justification énoncées respectivement dans la CEDH et dans la Charte sont aussi diverses que variées. Ainsi, quand bien même un examen des régimes respectifs résultant de l'interprétation desdites conditions de justification par ces juridictions était limité aux

34. Nous nous inspirons de l'acception de F. SUDRE (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p. 197).

35. La CJUE a en effet dû interpréter les conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux figurant dans diverses sources, parmi lesquelles les *traditions constitutionnelles communes aux Etats membres* (voir p. ex. CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder*), la CEDH (voir p. ex. CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold*), les *traités* (voir p. ex. art. 6 et 7 TUE, 18 et 19 TFUE), de nombreux *règlements* et *directives* (voir p. ex. la Directive 2000/78/CE, du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303, pp. 16-22) ainsi que des *traités internationaux* ratifiés par l'Union européenne (voir p. ex. la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées).

36. Voir not. S. MARCIALI, « Les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux », in J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles 2009, Bruylant, pp. 345-377, p. 346 ; P. LEMMENS, « The Relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights. Substantive Aspects », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 8, 2001, n° 1, pp. 49-67, pp. 50-55 ; F. SUDRE, R. TINIERE, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, 3^e éd., Paris, Anthemis, 2013, p. 16.

restrictions subies par un droit fondamental spécifique, les divergences interprétatives potentielles ne constitueraient pas *ipso iure* un non-respect de l'article 52, § 3, de la Charte. Comme nous le démontrons dans la présente étude – nombre d'illustrations à l'appui – nous estimons en effet que le respect de la cohérence visée par cette disposition ne peut être effectif qu'en prenant dûment en considération les circonstances de chaque cas concret et la nature spécifique de l'Union européenne, rendant dès lors tout lien automatique entre l'existence d'une divergence interprétative et le non-respect de la Charte prématuré.

27. Afin de surmonter les problématiques liées à cette troisième difficulté, nous argumentons que des prescriptions méthodologiques précises et détaillées encadrant l'analyse du régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux, tant eu égard à la CEDH qu'à la Charte, sont indispensables. Nous ne pouvons dès lors nous rallier à certains auteurs concluant à l'existence ou l'inexistence d'une cohérence entre les jurisprudences de ces instruments au terme d'une constatation succincte de l'existence ou non d'une contradiction entre les dispositifs des décisions rendues par la CourEDH et la CJUE, sans procéder à un examen détaillé des droits fondamentaux invoqués ni des circonstances dans lesquelles les mesures restrictives ont été adoptées⁽³⁷⁾.

III. – LES DÉLIMITATIONS

28. Une délimitation de l'objet de la présente étude s'impose à deux égards afin de le distinguer d'autres thématiques qui, bien que proches, n'y sont pas traitées.

29. Premièrement, comme son titre l'indique, la présente étude porte sur les restrictions des droits fondamentaux *dans* l'Union européenne. Nous ne nous limitons ainsi pas aux restrictions des droits fondamentaux *de* l'Union européenne, *i.e.* découlant de restrictions à des droits fondamentaux énoncés spécifiquement dans le droit primaire ou secondaire *de* l'UE, notamment dans la Charte et les *principes généraux* du droit de l'UE.

30. Bien que la Charte – et plus précisément les conditions de justification énoncées à son article 52, § 1 – constitue le point de départ de ladite étude, nous avons en effet argumenté ci-dessus qu'une telle limitation de l'objet de l'étude ne refléterait pas la réalité dans laquelle s'inscrit la protection des

37. Voir p. ex. M. BÜHLER, *Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta*, Berlin, Duncker Humblot, 2005. Voir ég. *infra* § 426.

droits fondamentaux à l'échelle de l'UE⁽³⁸⁾. En ce sens, le cadre interprétatif du régime des justifications des restrictions nécessite la prise en compte tant de dispositions figurant dans des instruments garantissant des droits à plusieurs niveaux – dont la CEDH – que de jurisprudences rendues par des juridictions contrôlant le respect desdites dispositions à plusieurs niveaux – dont les juridictions nationales et la CourEDH.

31. Néanmoins, la pluralité de niveaux dans laquelle s'inscrit le régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux *dans* l'Union européenne rend toute étude exhaustive de celles-ci complexe et partiellement superfétatoire. *Complexe*, tout d'abord, car à l'analyse du régime des justifications des restrictions découlant principalement de la Charte, des principes généraux de l'UE et de la CEDH, s'ajoute celle des vingt-huit régimes de justification des restrictions des États membres de l'UE, ce qui soulève d'importantes difficultés. Au titre de celles-ci figurent notamment le fait que lesdits régimes nationaux s'inscrivent chacun dans une tradition nationale spécifique, qu'ils sont développés dans des langues différentes et qu'ils impliquent l'analyse d'un nombre considérable de ressources⁽³⁹⁾.

32. Partiellement *superfétatoire*, ensuite, car comme rappelé ci-dessus, tous les États membres de l'Union européenne sont également parties contractantes à la CEDH, d'une part, et tant les *principes généraux* du droit de l'UE que la Charte s'inspirent de la CEDH, d'autre part. Ainsi, bien que la CEDH n'entende pas imposer un niveau de protection uniforme au sein des parties contractantes, elle assure un niveau de protection minimal que les États parties sont ensuite libres de dépasser⁽⁴⁰⁾. Dès lors, une étude du régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux figurant dans la Charte *et* dans la CEDH inclut, *de iure*, la prise en compte des régimes de restriction des États membres, à tout le moins du point de vue des exigences minimales à respecter.

33. Deuxièmement, en ce qu'elle met l'accent sur l'*Union européenne*, la présente étude adopte la perspective de l'UE lors de l'examen de la cohérence entre le régime des justifications des restrictions aux droits

38. Voir *supra* Introduction.

39. Il convient de mentionner l'un des rares ouvrages se prêtant à un exercice d'une telle envergure, mais dont l'analyse n'est pas circonscrite à l'article 52, § 1, de la Charte : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2017.

40. Voir art. 53 CEDH : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ».

fondamentaux découlant de l'article 52, § 1, de la Charte et celui découlant de la CEDH. En d'autres termes, c'est le régime découlant de l'interprétation de la Charte qui est analysé à la lumière de la jurisprudence de la CourEDH et non le contraire. Il ne s'agit dès lors pas d'une étude sur le régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux conventionnels dans l'Union européenne, ces derniers n'étant présentés que dans la mesure nécessaire à nous éclairer sur l'existence ou non d'une cohérence avec le régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte.

IV. – LA MÉTHODE

34. Pour répondre aux interrogations découlant des deux premières problématiques identifiées, le juriste peut traditionnellement suivre deux méthodes distinctes⁽⁴¹⁾. D'une part, il peut orienter son raisonnement selon une méthode dite *top-down* ou descendante. Il s'agit alors, en substance, de proposer une acception de ce qui devrait être entendu, dans le contexte de l'UE, par la notion de *droit fondamental*, celle de *restriction*, ainsi que celle de *cohérence* entre la Charte et la CEDH au sens des articles 52, §§ 1 et 3, de la Charte et des explications y relatives. Ces acceptions sont ensuite utilisées pour expliquer, critiquer ou déterminer le contenu des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte⁽⁴²⁾.

35. D'autre part, la préférence peut être donnée à une méthode dite *bottom-up* ou ascendante. Celle-ci se fixe comme point de départ la législation et la jurisprudence faisant état ou interprétant les droits fondamentaux de la Charte, les conditions auxquelles lesdits droits peuvent être restreints et l'exigence de cohérence énoncée notamment dans les explications y relatives. Fort de ces dernières, le juriste tente d'en déduire une acception des *restrictions* à un *droit fondamental* et une acception de la *cohérence* visée par la Charte qui soient susceptibles d'expliquer et d'éclairer la pratique en cause. Cette méthode adopte donc comme point de départ les normes pertinentes – *i.e.* les articles 52, §§ 1 et 3, de la Charte – ainsi que

41. Sur la distinction entre les approches *bottom-up* et *top-down*, voir not. Richard A. POSNER, « Legal Reasoning from the Top Down and From the Bottom Up : The Question of Unenumerated Constitutional Rights », *University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992, pp. 433-450.

42. Selon la formule de Ch. BEITZ, cette méthode revient à considérer les droits fondamentaux « as inferences from high-level ideas of principles of broader scope, adapted to take account of the particularities of the arena of immediate interest » (Charles BEITZ, *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 7).

leur mise en œuvre pour en déduire l'acceptation des restrictions aux droits fondamentaux⁽⁴³⁾.

36. Si certains auteurs estiment que ces deux approches sont mutuellement exclusives et ne peuvent être réconciliées⁽⁴⁴⁾, nous nous rallions aux auteurs s'exprimant en faveur d'une combinaison entre lesdites approches⁽⁴⁵⁾ car nous estimons que, conçues indépendamment, chacune de ces approches recèlent certaines lacunes qui justifient l'adoption d'une approche réflexive.

37. En effet, avant de se voir consacrés dans la Charte, les droits fondamentaux ont été intégrés dans le droit de l'UE par la voie jurisprudentielle, en tant que *principes généraux* découlant des traditions constitutionnelles communes des États membres et de la CEDH pour répondre aux préoccupations concrètes de certains États membres⁽⁴⁶⁾. Ce sont donc du fait de ces préoccupations, inhérentes aux circonstances d'un lieu et d'une époque donnés, que la protection des droits fondamentaux dans l'UE a connu l'évolution qui lui est propre. Ainsi, déterminer l'acceptation des droits fondamentaux garantis par la Charte et celle des conditions de justification des restrictions auxdits droits selon une approche *top down* méconnaîtrait ces circonstances ainsi que l'évolution jurisprudentielle dans laquelle elles s'inscrivent, ne reflétant dès lors pas fidèlement la réalité.

38. Toutefois, si une approche de type *bottom-up* permet de pallier à ces lacunes et prend en compte les circonstances concrètes dans lesquelles s'inscrivent la protection des droits fondamentaux, elle ne fournit pas d'explications sur les valeurs incorporées au sein des droits fondamentaux ou leurs caractéristiques essentielles⁽⁴⁷⁾. Il nous semble cependant

43. Selon la formule de J. GRIFFIN, cette méthode vise à établir « what higher principles one must resort to in order to explain their moral weight, when one thinks they have it, and to resolve conflicts between them » (J. GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 29).

44. R. POSNER, « Legal Reasoning from the Top Down and From the Bottom Up : The Question of Unenumerated Constitutional Rights », *op. cit.*, p. 433, qui estime que « [t]he top-downer and the bottom-upper do not meet ».

45. S. BESSON, « The European Union and Human Rights : Towards a Post-National Human Rights Institution ? », *Human Rights Law Review*, vol. 6, 2006, pp. 323-360, p. 328.

46. Il s'agissait notamment de l'Italie et de l'Allemagne, qui craignaient de voir leurs exigences constitutionnelles en matière de protection des droits fondamentaux subordonnées à la primauté du droit de l'Union européenne. Pour aller plus loin, voir les arrêts de la Cour constitutionnelle italienne, décision du 27 décembre 1973, *Frontini e Pozzani*, aff. n° 183/7, et de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 29 mai 1974, *Solange I*, aff. n° 2 BvL 52/71.

47. De telles explications, portant notamment sur les caractéristiques essentielles, les valeurs ou encore les considérations morales propres aux droits fondamentaux, sont souvent qualifiées comme étant d'ordre *normatif*. Nous évitons toutefois l'usage de ce qualificatif au

indispensable que les autorités et juridictions – tant nationales que de l’UE – chargées de la mise en œuvre et du respect des droits fondamentaux contenus dans la Charte s’interrogent sur le *fondement* et la *justification* des droits fondamentaux et de leurs restrictions afin de pouvoir mettre en œuvre l’article 52, § 1, de la Charte de façon éclairée⁽⁴⁸⁾. À titre illustratif, elles seront ainsi en mesure de spécifier les liens qu’entretiennent les droits fondamentaux de la Charte avec d’autres notions y figurant, telles que les *libertés* et les *principes*. De telles questions ne peuvent cependant être abordées uniquement au travers d’une approche *top-down*, car les acceptions développées risqueraient de ne pas rendre correctement compte de la pratique pertinente⁽⁴⁹⁾ et de méconnaître la fonction que jouent les droits fondamentaux dans l’UE.

39. Forts de ces lacunes, nous argumentons en faveur d’une approche *réflexive*, qui réconcilie les deux approches susmentionnées en mettant l’accent sur les avantages de chacune⁽⁵⁰⁾. L’intérêt d’une telle approche réside dans le fait qu’elle permet de répondre aux interrogations liées au fondement et à la justification des restrictions aux droits fondamentaux tout en tenant compte des circonstances concrètes dans lesquelles s’inscrivent lesdits droits. Par ailleurs, elle s’impose d’autant plus que l’interprétation des conditions de justification des restrictions énoncées à l’article 52, § 1, de la Charte ne pourrait pas, à notre sens, guider les praticiens et les

vu de son caractère souvent controversé. À ce sujet, voir p. ex. L. TREMBLAY, « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », *Revue de droit de l’Université de Sherbrooke*, vol. 33, 2002-2003, pp. 70-93. Ce dernier distingue notamment la normativité dans un sens *fort* et dans un sens *faible*.

48. Il convient à cet égard de distinguer la *justification* des droits fondamentaux de leurs *fondements*. La recherche des *fondements* desdits droits s’intéresse principalement aux éléments susceptibles de les fonder, tels que certaines valeurs morales. Cependant, la *justification* des droits fondamentaux concerne les raisons de leur existence et n’implique pas nécessairement que ces derniers soient moralement fondés. Pour aller plus loin, voir Samantha BESSON, « Justification », in D. MOECKLI, S. SHAH (édit.), *International Human Rights Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 34-52, pp. 36-37.

49. À ce propos, Ch. BEITZ précise à juste titre que « [t]o dismiss the practice because it doesn’t conform to a received philosophical construction seems to me dogmatic in the most unconstructive way » (Ch. BEITZ, « What Human Rights Mean », *Daedalus*, vol. 132, 2003, n° 1, pp. 36-46, p. 46).

50. Dans le contexte des droits fondamentaux, une telle approche est notamment proposée par S. BESSON, « The European Union and Human Rights: Towards A Post-National Human Rights Institution? », *op. cit.*, p. 328 : « A dynamic and reflexive approach is clearly needed, therefore, in order to discuss the aspects of human rights protection which reflect both normative demands and the existing political structure in Europe. A combination between a ‘top to bottom’ and a ‘bottom to top’ approach is required that allows for a certain influence of the post-national political and legal practice on normative considerations, while also, in turn, constraining that institutional practice with those very normative considerations. The ‘top to bottom’ approach is of crucial importance for the definition of those appropriate normative goals which may then be realised by real institutional reforms ».

autorités compétentes – législatives et judiciaires, tant nationales que de l'Union européenne – sans faire référence à la réalité dans laquelle lesdites conditions s'insèrent et sont interprétées.

40. Notons également que les ressources utilisées pour répondre aux deux premières problématiques identifiées sont ainsi constituées, d'une part, de jurisprudences pertinentes de l'ex-CJCE et de la CJUE, ainsi que celles d'autres juridictions, nationales ou internationales, susceptibles de nous éclairer sur les acceptions et les enjeux des *droits fondamentaux* dans l'UE, de leurs *restrictions*, et sur la *cohérence* entre la Charte et la CEDH énoncée dans la Charte. D'autre part, nous avons aussi examiné la littérature juridique ayant trait tant à la philosophie ou la théorie des droits fondamentaux en général⁽⁵¹⁾ qu'à l'analyse spécialisée de tout ou partie des dispositions de la Charte, et en particulier de son article 52.

41. En ce qui concerne la troisième problématique, l'analyse du *régime* des justifications des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte nécessite d'examiner la littérature juridique et la jurisprudence de la CJUE rendues à l'égard de l'article 52, § 1, de la Charte à la lumière de l'exigence de cohérence avec la CEDH, énoncée à l'article 52, § 3, de la Charte. À cette fin, la principale ressource d'analyse devrait être constituée de la jurisprudence de la CJUE interprétant ces dispositions, mais également de celle des juridictions des États membres, d'une part, et de celle de la CourEDH interprétant les conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux de la CEDH, d'autre part. Or, en sus de l'abondance de ces ressources, leur sélection et le traitement des informations y figurant soulèvent d'importantes difficultés dont il est indispensable d'être conscient afin de pouvoir adopter une démarche méthodologique claire susceptible de mener à bien un tel exercice.

42. Au titre de ces dernières, nous relevons notamment que les dispositions énonçant les conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux ne sont pas libellées de la même façon dans la Charte et dans la CEDH. Dans cette dernière, en effet, une clause de restriction propre à chaque droit fondamental concerné est prévue, tandis que la Charte contient une unique clause générale de restriction. Par conséquent,

51. Bien qu'une divergence existe quant à savoir si la *philosophie du droit* et la *théorie du droit* regroupent une même réalité ou, au contraire, sont distinctes, ces deux termes seront utilisés indistinctement dans la présente étude. Pour aller plus loin sur la distinction entre ces notions, voir not. la discussion de J. LEVY, pour qui « philosophers (at least since Rawls introduced reflective equilibrium) typically own up to relying on one or more intuitions. [...]. The aim is to be able to go a long way starting from fairly little. Theorists remain more closely tethered to intuitions for longer » (J. LEVY, « Political Theory and Political Philosophy », *op. cit.*).

la jurisprudence pertinente de la CourEDH est intimement liée au droit fondamental en cause, tandis que celle rendue par la CJUE s'applique en principe à tous les droits fondamentaux de la Charte susceptibles de faire l'objet de restrictions. Par ailleurs, nous constatons également que la CJUE et la CourEDH ne procèdent pas de la même façon lors de leur analyse respective des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux. Ainsi, si la CourEDH analyse de façon quasi-systématique le respect des conditions énumérées dans les dispositions pertinentes de la CEDH⁽⁵²⁾, la CJUE ne semble pas avoir développé de réelle pratique en la matière, omettant parfois d'analyser l'une ou l'autre des conditions de justification ou d'indiquer expressément que son analyse s'inscrit dans le cadre de l'article 52, § 1, de la Charte⁽⁵³⁾.

43. Au vu de la diversité de la formulation des conditions de justification entre ces deux instruments de protection, nous argumentons que des directives méthodologiques distinctes pour l'analyse du régime des justifications des restrictions au sein de chacun desdits instruments doivent être formulées et rigoureusement suivies afin de respecter au mieux leurs spécificités. Précisons cependant que dans la mesure où l'exigence de cohérence entre le régime des justifications des restrictions découlant de la Charte et celui découlant de la CEDH figure explicitement dans la Charte – et non dans la CEDH – et qu'il revêt, comme nous le démontrons ci-dessous, la nature d'un principe juridique devant être respecté lors de l'interprétation des conditions énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte, la présente étude adopte sciemment le point de vue de l'Union européenne lors de l'appréciation du respect ou non de ladite cohérence. Autrement dit, il ne s'agit pas de procéder à un examen comparatif desdits régimes – dont la réalisabilité est, au demeurant, contestable au vu de l'absence de libellés et d'approches comparables – mais uniquement d'évaluer le respect de ladite exigence de cohérence à la lumière du régime des justifications des restrictions découlant de la CEDH.

44. À cette fin, s'agissant du régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte, nous prenons en compte la

52. Voir not. CourEDH, 28 juin 2011, *Nunez*, §§ 29 et s. pour la condition « prévue par la loi » et §§ 70 et s. pour la condition « nécessaire dans une société démocratique » ; CourEDH, 26 mai 1994, *Keegan*, § 53 pour les conditions « prévue par la loi » et « but légitime », et § 54 pour la condition « nécessaire dans une société démocratique ».

53. À titre illustratif, pour la condition « prévue par la loi », voir not. CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, pt 59 ; CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, pts 47-48, où la CJUE mentionne expressément l'art. 52 § 1 de la Charte ; voir not. CJUE, 1^{er} mars 2011, *Test-Achats* ; CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended* ; Tribunal, 3 octobre 2012, *Tecnimed*, pt 37, où la CJUE applique implicitement l'art. 52, § 1, de la Charte.

jurisprudence rendue par la CJUE – indépendamment de la procédure ayant abouti à la décision ou du droit fondamental concerné – dans le cadre de l'interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte de la façon la plus exhaustive possible. Une telle exhaustivité ne peut cependant être garantie, car comme esquissé ci-dessus, la CJUE ne mentionne pas systématiquement cette disposition lors de l'analyse de la justification d'une restriction à un droit fondamental.

45. S'agissant du régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux de la CEDH, la jurisprudence de la CourEDH analysée ne prétend pas à l'exhaustivité. Notre objectif est uniquement de présenter brièvement l'interprétation donnée par la CourEDH aux conditions de justification des restrictions des droits fondamentaux de la CEDH afin d'en dégager les éléments caractéristiques nécessaires à l'examen ultérieur de l'existence d'une cohérence avec les conditions de justifications contenues dans la Charte telles qu'interprétées par la CJUE. Compte tenu toutefois de l'abondance de la jurisprudence de la CourEDH, une sélection conforme aux directives suivantes s'est révélée nécessaire.

46. D'abord, seule la jurisprudence concernant les restrictions d'un droit fondamental jouissant d'une *clause spécifique de restriction* – parfois appelés les « *two stage rights* »⁽⁵⁴⁾ – a été retenue⁽⁵⁵⁾. Ainsi, seuls des arrêts interprétant les articles 8 § 2, 9, § 2, 10, § 2 et 11 § 2 de la CEDH seront examinés, car ce n'est que dans ce cadre que la CourEDH se prononcera expressément sur les conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux de la CEDH. Ensuite, la jurisprudence présélectionnée à l'aide de ce critère a été affinée en fonction du libellé desdites conditions dans ces articles. En effet, les conditions de justifications des restrictions figurant aux articles 8, § 2 et 10, § 2 de la CEDH englobent, à elles seules, tout l'éventail des conditions de justifications des restrictions aux droits

54. Voir p. ex. G. VAN DER SCHYFF, « Interpreting the protection guaranteed by the two-stage rights in the European Convention on Human Rights », in E. BREMS, J. GERARDS (édit.), *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 65-83, pp. 66-67.

55. Ce critère de sélection exclut ainsi, à titre illustratif, l'art. 6 de la CEDH, bien que la CourEDH ait admis que les restrictions au droit fondamental protégé par cette disposition puissent être justifiées si elles poursuivent un « objectif légitime » et qu'il existe un rapport raisonnable de « proportionnalité » entre les moyens employés et l'objectif poursuivi (voir not. CourEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane*, § 57). Cette cour a en outre précisé que l'objectif légitime devait être « prévu par la loi » (voir, à ce propos : OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS (OSCE), *Legal Digest of International Fair Trial Rights*, Pologne, Édition de l'OSCE, 2012). Néanmoins, la CourEDH n'est pas aussi systématique dans l'analyse du caractère justifié des restrictions à ce droit fondamental qu'elle peut l'être lorsque les droits fondamentaux concernés disposent d'une clause énumérant expressément les conditions de justification.

fondamentaux mentionnés aux articles 8 à 11 de la CEDH et peuvent ainsi être considérées comme représentatives du régime des justifications des restrictions de la CEDH. Des références à d'autres arrêts seront toutefois effectuées lorsque l'interprétation de la CourEDH y est particulièrement pertinente.

47. D'un point de vue temporel, enfin, tant les jurisprudences de la CJUE que celle de la CourEDH sélectionnées prennent en compte le fait que l'exigence de cohérence requise par l'article 52, § 3, de la Charte et dans les explications y relatives n'est effective que depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et la déclaration de force contraignante de la Charte. La CJUE n'est ainsi formellement tenue de prendre en compte que la jurisprudence de la CourEDH rendue depuis le 1^{er} décembre 2009. Ainsi, les jurisprudences de ces deux cours ne seront prises en considération qu'à compter de cette date, bien que des renvois à des décisions antérieures soient inévitables dans la mesure où ces cours ont contrôlé les restrictions aux droits fondamentaux préalablement à cette date et que de nombreux arrêts rendus depuis le 1^{er} décembre 2009 renvoient à ces interprétations antérieures.

V. – L'INTÉRÊT

48. L'objet de la présente étude revêt un intérêt tant pour la recherche scientifique que pour les autorités et juridictions – des États membres et de l'Union européenne – en charge de la mise en œuvre et du contrôle des restrictions aux droits fondamentaux.

49. S'agissant de la recherche scientifique, nous relevons que les trois problématiques identifiées ci-dessus n'ont été traitées que de façon distincte et partielle dans la littérature juridique. Ainsi, si des analyses spécifiques sur les droits fondamentaux énoncés dans la Charte existent, elles ne s'intéressent que rarement au régime des justifications des restrictions auxdits droits. Par ailleurs, les auteurs s'étant intéressés à tout ou partie des conditions de justification figurant à l'article 52, § 1, de la Charte ne se prononcent généralement pas sur l'acceptation des droits, libertés et principes susceptibles d'être l'objet de restrictions. S'agissant enfin de la cohérence requise entre le régime des justifications des restrictions de la Charte et celui de la CEDH, la littérature juridique l'assimile souvent à une simple absence de contradiction entre ces deux instruments, sans toutefois justifier cette opinion. En effet, à notre connaissance, aucune étude portant sur l'acceptation, la nature ou encore l'objet de la cohérence visée par l'article 52, § 3, de la Charte et les explications y relatives n'existe.

50. La présente étude vise ainsi tant à combler une lacune de la recherche scientifique en proposant une analyse détaillée de l'article 52, § 1, de la Charte et de son cadre interprétatif qu'à (r)éveiller l'intérêt des chercheurs pour cet instrument de protection. En effet, si l'adoption de la Charte en 2000 a fait couler beaucoup d'encre⁽⁵⁶⁾, cet intérêt s'est fortement amenuisé depuis le rejet de la Constitution européenne par la France et les Pays-Bas, en 2005. Certes, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 ainsi que l'avis consultatif 2/13 rendu par la CJUE le 18 décembre 2014 ont ravivé cet intérêt. Néanmoins, l'accent a davantage été mis sur l'impact institutionnel de l'adhésion de l'UE à la CEDH que sur la cohérence des régimes de justification des restrictions contenus dans ces deux instruments. Or, vu l'incompatibilité de l'actuel projet d'accord sur l'adhésion de l'UE à la CEDH et le fait que ladite adhésion ne figure pas parmi les priorités de l'UE pour l'année 2017⁽⁵⁷⁾, nous argumentons que les trois problématiques au cœur de la présente étude sont éminemment actuelles et devraient être plus étudiées.

51. S'agissant de l'intérêt de la présente étude pour les autorités et juridictions chargées de mettre en œuvre et contrôler les restrictions aux droits fondamentaux dans les États membres ou au sein de l'UE, la présente étude vise à leur fournir un guide dans l'application et l'interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte. En effet, la détermination d'une *restriction* à un *droit fondamental*, celle du cadre interprétatif dans lequel s'inscrivent les conditions de justification desdites restrictions, de même que celles du régime juridique de ces dernières résultant de l'interprétation de la CJUE sont autant d'outils contenus dans la présente étude qui devraient leur permettre d'interpréter l'article 52, § 1 de la Charte de façon à respecter l'exigence de cohérence entre la Charte et la CEDH. Par ailleurs, lorsque nous jugeons que l'interprétation par la CJUE de l'une ou l'autre des conditions de justification de la Charte contrevient à cette exigence, nous formulons des propositions d'interprétation cohérente susceptibles de respecter cette exigence et d'être directement suivies ou reprises par les autorités et juridictions compétentes.

56. Voir not. J.-Y. CARLIER, O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : son apport à la protection des droits de l'homme en Europe. Hommage à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; K. EWING, *The EU Charter of Fundamental Rights : Waste of Time or Wasted Opportunity ?*, Londres, 2002, Institute of Employment Law ; S. PEERS, A. WARD (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights: politics, law and policy*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2004.

57. Voir la Déclaration commune sur les priorités législatives de l'Union européenne pour 2017, approuvée le 13 décembre 2016 par le Conseil, sur les priorités préalablement convenues avec le Parlement européen et la Commission.

VI. – LE PLAN

52. La présente étude est divisée en trois parties.

53. Dans une première partie, nous nous interrogeons sur l'acception des *notions* clés liées au régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux. Nous examinons ainsi la notion de *droit fondamental* susceptible de faire l'objet de restriction et ce qui distingue cette dernière d'autres notions proches, telles que *droits de l'homme* ou encore *libertés fondamentales*. Puis, plus spécifiquement dans le contexte de la Charte, nous nous interrogeons sur les distinctions entre cette notion et celles de *libertés* et de *principes*, également contenues dans la Charte (Titre 1). Nous identifions ensuite ce que sont les *restrictions* aux droits fondamentaux spécifiés dans le titre précédent et distinguons également ces dernières d'autres notions proches, telles que les *limitations* et les *dérogations* auxdits droits. Cette identification nous permet par ailleurs de préciser les situations nécessitant l'application des conditions de justification des restrictions, contenues respectivement dans la Charte et la CEDH (Titre 2).

54. Dans une seconde partie, nous établissons le *cadre* dans lequel s'inscrit le régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux dans l'Union européenne. Nous examinons ainsi l'origine, la nature, le contenu et les destinataires de la *cohérence* requise entre la Charte et la CEDH en matière de justification des restrictions aux droits fondamentaux. À cet égard, nous nous intéressons particulièrement aux sources, à la nature, au contenu et aux destinataires d'une telle cohérence (Titre 1). Ceci précisé, nous clarifions les situations dans lesquelles ladite cohérence est requise, *i.e.* lorsqu'une *correspondance* entre un droit fondamental de la Charte et un droit fondamental de la CEDH est établie, et la façon d'identifier de telles situations (Titre 2).

55. Dans la troisième partie, nous abordons le *régime* des justifications des restrictions aux droits fondamentaux dans l'UE à travers l'analyse de la jurisprudence rendue par la CJUE interprétant les conditions desdites justifications énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte. Après un premier chapitre liminaire dans lequel nous mettons en exergue certaines caractéristiques dudit régime qui divergent entre la CJUE et de la CourEDH (Titre 1), nous examinons chacune des conditions de justification desdites restrictions. Ainsi, nous analysons l'exigence d'une *base légale* suffisante (Titre 2), la *finalité* poursuivie par la restriction (Titre 3), le respect du principe de *proportionnalité* (Titre 4) et, enfin, le respect du *contenu essentiel* du droit fondamental concerné (Titre 5).

56. Eu égard à l'analyse de chacune de ces conditions, nous présentons brièvement, dans un premier temps, la jurisprudence pertinente de la CourEDH puis nous examinons la jurisprudence de la CJUE. Si des divergences incompatibles avec l'exigence de cohérence visée par l'article 52, § 3, de la Charte et dans les explications y relatives sont identifiées, nous formulons des propositions d'interprétation susceptibles de respecter ladite cohérence.

57. Enfin, un chapitre conclusif met en perspective les résultats de la présente étude et détermine brièvement les conséquences d'une adhésion de l'Union européenne à la CEDH sur le régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux dans l'UE présenté et sur les propositions d'interprétation cohérente formulées.

« *If, as I believe, the ends of men are many, and not all of them are in principle compatible with each other, then the possibility of conflict – and of tragedy – can never be wholly eliminated from human life, either personal or social* »⁽¹⁾

Isaiah BERLIN

58. L'objectif de cette première partie est de préciser l'acception des notions centrales de la présente étude, à savoir les notions de *restrictions* et de *droits fondamentaux* figurant dans l'intitulé de ladite étude, et de les distinguer d'autres notions qui leurs sont proches, dans le contexte spécifique de l'Union européenne. En effet, le libellé de l'article 52, § 1, de la Charte, mentionné ci-dessus, prévoit que « [t]oute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte »⁽²⁾ doit respecter certaines conditions afin de pouvoir être justifiées, mais n'indique pas ce qu'il convient d'entendre par *limitation*, d'une part, ni par *droits et libertés*, d'autre part.

59. Identifier l'objet des restrictions – respectivement les *droits et libertés* de la Charte susceptibles d'en être l'objet (Titre 1) – ainsi que les *restrictions*-mêmes et ce qui les distingue, notamment, des *limitations* telles qu'énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte (Titre 2) est, dès lors, indispensable si l'on souhaite procéder à une analyse des conditions de justification énumérées dans cette disposition. Autrement dit, nous argumentons qu'une analyse du cadre interprétatif et du régime desdites conditions propre au contexte de l'UE qui renonce ou omet de se prononcer sur l'acception des *droits* et des *restrictions* spécifiques audit contexte emporte un risque inhérent de ne pas prendre en compte la réalité dans laquelle s'insère le régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte.

1. I. BERLIN, *Liberty*, édité par Henry HARDY, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 214.

2. Voir *supra* § 14.

TITRE 1

LES NOTIONS DE *DROIT FONDAMENTAL*, DE *LIBERTÉ* ET DE *PRINCIPE* DANS L'UE ET LA CHARTE

60. Le libellé de l'article 52, § 1, de la Charte indique expressément que seul l'exercice des *droits* et des *libertés* contenus dans la Charte peut faire l'objet d'une restriction. Cependant – et bien que l'intitulé de ladite Charte ne porte que sur les *droits* fondamentaux – cette dernière distingue non seulement entre les *droits* et les *libertés* qui y sont contenus, mais précise que ces derniers sont accompagnés de *principes*⁽¹⁾, faisant ainsi écho à l'article 6, § 1, du TUE⁽²⁾. Or, comme nous le précisons ci-dessous⁽³⁾, le régime des justifications des restrictions aux *principes* diffère de celui des *droits* et *libertés*, de sorte que spécifier l'acception de ces notions nous paraît indispensable.

61. En effet, force est de relever que la Charte ne classe pas les dispositions qu'elle comprend au sein de l'une ou de l'autre de ces trois catégories⁽⁴⁾, dont les contours restent au demeurant très vagues. La jurisprudence de la CJUE, interprète ultime de la Charte, ne nous éclaire

1. Voir la phrase de clôture du préambule de la Charte : « En conséquence, l'Union reconnaît les *droits*, les *libertés* et les *principes* énoncés ci-après [...] » [souligné par nous].

2. Voir l'art. 6, § 1, TUE : « L'Union reconnaît les *droits*, les *libertés* et les *principes* énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités » [souligné par nous].

3. Voir *infra* not. § 164.

4. La présence d'une distinction explicite entre *droit* et *principe* est due à un compromis opéré lors de l'élaboration de la Charte. Pour plus de détails, voir L. BURGORGUE-LARSEN,

pas davantage, car cette cour ne prête que peu d'attention au vocabulaire qu'elle utilise. Ainsi, comme l'indique à juste titre Fabrice Picod, « les juridictions communautaires utilisent un vocabulaire variable pour désigner des droits qu'elles considèrent comme des droits fondamentaux que les différences tenant aux sources desquelles les droits sont issus et l'évolution de la jurisprudence dans le temps ne suffisent pas à expliquer »⁽⁵⁾. À titre illustratif, la CJUE fait parfois référence à un *principe* en ce qui concerne le *droit* à un recours effectif et le *droit* au respect d'un délai raisonnable dans la procédure préalable à l'adoption d'une décision⁽⁶⁾.

62. Ainsi, nous argumentons qu'il est nécessaire de se prononcer sur l'acception des notions de *droits*, *libertés* et *principes* dans le contexte de la Charte afin de pouvoir identifier, dans un cas concret, à laquelle de ces catégories se rattache la disposition de la Charte concernée et déterminer dès lors l'étendue des garanties offertes par la Charte en cas de restriction⁽⁷⁾. Toutefois, les lignes qui suivent mettent en exergue qu'un tel exercice s'avère complexe et doit particulièrement prendre en compte le contexte spécifique dans lesquels s'insèrent ces notions (Chapitre 1). Ce n'est qu'une fois ces difficultés préalables surmontées que nous sommes en mesure d'examiner l'acception proprement dite de ces notions (Chapitre 2).

« Article II-112 », *op. cit.* ; E. VRANES, « The Final Clauses of the Charter of Fundamental Rights - Stumbling Blocks for the First and Second Convention », *European Integration Online Papers*, vol. 7, 2003, n° 7.

5. F. PICOD, *Droit de l'Union européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 2007, *Jurisclasseur Europe*, fascicule 120, pp. 1-39, § 146.

6. F. PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Chemin d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul JACQUÉ*, Paris Dalloz, 2010, pp. 527-545, pp. 529-530.

7. En effet, la seule mention du terme de *droit* ou de *liberté* dans une disposition de la Charte n'établit pas nécessairement que ladite disposition incorpore un tel droit ou une telle liberté et, par exemple, qu'elle n'incorporerait pas plutôt un *principe*, soumis à un régime de restrictions plus strict. Ainsi, comme le relève à juste titre J. GRIFFIN, « [n]o matter who we are we cannot establish a human right just by declaring it to be one » (J. GRIFFIN, « Human Rights and the Autonomy of International law », in S. BESSON, J. TASIOLAS (édit.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 339-355, p. 340).

CHAPITRE 1 LES DIFFICULTÉS ET LE CONTEXTE LIÉS À LA SPÉCIFICATION DES NOTIONS

63. Dans un premier temps, nous souhaitons étayer notre argument selon lequel il est autant nécessaire que complexe de spécifier l'acceptation des notions de *droit fondamental*, de *liberté* et de *principe* préalablement à toute analyse du régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux et qu'un tel exercice doit s'effectuer selon une approche spécifique (Section 1). Ceci effectué, nous détaillons le contexte particulier dans lequel s'insère un tel exercice, car l'acceptation desdites notions ne s'est pas directement développée à l'échelle de l'Union européenne, mais résulte d'une évolution de l'acceptation de ces notions consacrées dans d'autres instruments – nationaux et internationaux – de protection, ce qui influence inéluctablement sur leur sens dans l'Union européenne (Section 2).

SECTION 1. – LES DIFFICULTÉS DE SPÉCIFIER L'ACCEPTATION DE *DROIT FONDAMENTAL*, DE *LIBERTÉ* ET DE *PRINCIPE*

64. Dans les lignes qui suivent, nous détaillons nos arguments en faveur, d'une part, d'une spécification de l'acceptation des notions de *droit*, *liberté* et *principe* contenues dans la Charte (*infra* A) et, d'autre part, du caractère complexe inhérent à un tel exercice (*infra* B).

A. – LA NÉCESSITÉ DE SPÉCIFIER L'ACCEPTION DES NOTIONS

65. À notre sens, trois raisons principales postulent en faveur d'une spécification de l'acception des dispositions de la Charte en tant que, respectivement, *droit*, *liberté* et/ou *principe*.

66. Premièrement, si l'article 52, § 1, de la Charte prévoit expressément que les *droits* et *libertés* de la Charte peuvent être restreints moyennant le respect de certaines conditions, la situation est différente en ce qui concerne les *principes*. En effet, l'article 52, § 5, de la Charte précise, eu égard aux dispositions de la Charte comprenant des principes, qu'elles « peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres [...] » mais que « [l]eur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ». Ainsi, si le respect des conditions de justification des restrictions aux *droits* et *libertés* peut faire l'objet d'un contrôle devant les juridictions de l'État membre ou de l'Union européenne compétentes, la protection conférée aux dispositions de la Charte qui contiennent des *principes* est limitée à l'interprétation des actes qui les incorporent.

67. À cet égard, force est de relever que, pour certains, ces distinctions – en particulier entre, d'une part, les *droits* et *libertés* et, d'autre part, les *principes* – mentionnées dans la Charte ne sont pas pertinentes dans la mesure où « *it depends upon the existence of a dividing line between provisions of the Charter that contain "rights" and those that contain "principles": and the Charter was not drafted with such a distinction in mind* »⁽¹⁾. À l'appui de cet argument, ces auteurs se fondent généralement sur le fait que la Charte et les explications y relatives⁽²⁾ ne sont pas constantes dans la terminologie utilisées pour se référer aux dispositions de la Charte : la même disposition étant parfois qualifiée de *principe* alors qu'elle incorpore un *droit* au sens de la jurisprudence de la CJUE, et vice versa. À titre illustratif, l'article 49 de la Charte fait expressément référence aux *principes* de légalité et de proportionnalité des délits et des peines, que la CJUE a pourtant reconnus comme étant des *droits* fondamentaux, et ce

1. D. ANDERSON, C. MURPHY, « The Charter of Fundamental Rights », in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (édit.), *EU Law After Lisbon*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 155-179, p 161.

2. Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *JOCE* 303 du 14.12.2007, pp. 17 et s., ad. Art. 52.

sans pour autant qu'ils aient été mis en œuvre par des actes législatifs, au sens de l'article 52, § 5, de la Charte⁽³⁾.

68. Nous estimons toutefois qu'une telle approche ne peut être suivie et l'importance de ces distinctions si aisément écartées, et ce principalement pour deux motifs. Tout d'abord, ignorer ces distinctions reviendrait à méconnaître l'importance que la Charte, en sus de son article 52, § 5, attribue à cette distinction dans son préambule⁽⁴⁾, dans son article 51, § 1⁽⁵⁾, et qui se voit au demeurant réitérée dans le protocole n° 30 au Traité de Lisbonne⁽⁶⁾. Cela équivaudrait également à faire fi du compromis réalisé par la Convention ayant rédigé la Charte, qui visait à maintenir la notion de *principe*⁽⁷⁾.

69. Ensuite, le fait que l'utilisation de ces notions dans la Charte et dans les explications y relatives ne soit pas constante, ou encore que la jurisprudence de la CJUE ne semble pas faire de grandes distinctions entre ces notions, ne suffit pas à exclure la nécessité de leur spécification, bien au contraire. Certes, nous relevons que la Charte reste muette tant sur l'acception de ces notions que sur l'appartenance des diverses dispositions qu'elle comprend au sein de l'une ou de l'autre de ces catégories. Un tel mutisme relatif tant à l'objet de la Charte – *i.e.* les droits fondamentaux – qu'aux notions de *droits*, les *libertés* et les *principes* qui la composent⁽⁸⁾ n'est cependant pas propre à la Charte.

70. En effet, les instruments internationaux de protection des droits fondamentaux s'abstiennent souvent – et, en général, volontairement – de spécifier ces notions pour permettre aux États d'aboutir à un accord sur

3. Voir p. ex. CJCE, 10 juillet 1984, *Kent Kirk*, pt 22.

4. Voir la phrase de clôture du préambule de la Charte, *supra* note de bas de page 60.

5. L'art. 51, § 1, de la Charte prévoit que « [l]es dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils *respectent les droits, observent les principes* et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités » [souligné par nous].

6. Le préambule du protocole n° 30 du Traité de Lisbonne portant sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni indique que « la Charte contient à la fois des *droits et des principes* » [souligné par nous] et que « l'Union reconnaît les *droits*, les *libertés* et les *principes* énoncés dans la Charte » [souligné par nous] et que cette dernière doit être « appliquée en stricte conformité avec les dispositions de l'article 6 susmentionné et du titre VII de la Charte proprement dite ».

7. G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, *op. cit.*, p. 85 et p. 252.

8. Voir la phrase de clôture du préambule de la Charte, *infra* note de bas de page 60.

un texte⁽⁹⁾. Or, l'approche visant à réduire l'importance de ces distinctions semble partir du postulat que « *[i]n the absence of precise guidance, the distinction between right and principle, though important, seems set to remain obscure and unpredictable* »⁽¹⁰⁾. Néanmoins, en fonction de l'acception des notions de *droit*, de *liberté*, et de *principe* retenue, il nous paraît parfaitement envisageable qu'une disposition de la Charte puisse incorporer, simultanément, par exemple, un *droit* et un *principe*. Dès lors, veiller à spécifier ces notions et leurs éléments caractéristiques devrait permettre tant de réconcilier l'apparente inconstance figurant dans le texte de la Charte et dans la jurisprudence de la CJUE y relative, que de préciser, concrètement, les situations dans lesquelles les dispositions de la Charte doivent être comprises comme incorporant des *droits* devant être respectés et/ou des *principes* devant être observés.

71. La seconde raison en faveur d'une spécification de l'acception de ces notions découle, à notre sens, du cadre interprétatif particulier dans lequel s'insèrent les conditions de justification des restrictions aux droits et libertés garantis par la Charte. À ce propos, les juridictions compétentes sont invitées à traiter lesdites restrictions de façon similaire à celles qu'admet la CEDH, telle qu'interprétée par la CourEDH⁽¹¹⁾. Rappelons en effet que l'article 52 § 3 de la Charte est libellé comme suit :

« Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, *leur sens et leur portée sont les mêmes* que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue »⁽¹²⁾.

72. Par ailleurs, les explications relatives à la Charte énoncent, au sujet de cette disposition, que :

« Le paragraphe 3 vise à assurer la cohérence nécessaire entre la Charte et la CEDH en posant la règle que, dans la mesure où les droits de la présente Charte correspondent également à des droits garantis par la CEDH, leur sens et leur portée, *y compris les limitations admises*, sont les mêmes que ceux que prévoit la CEDH. Il en résulte en particulier que le législateur, en fixant des limitations à ces droits, doit respecter les

9. Ch. BEITZ, « What Human Rights Mean », *op. cit.*, p. 36, pour qui « [...] the Declaration's framers found that it was much easier to agree on the content of a declaration of human rights than about a common set of underlying principles. It was the philosophical, not the practical, arguments that were most difficult, and in the end the framers simply agreed to disagree about the theoretical foundations of human rights ». Voir ég. Sh. LETURCQ, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2005, p. 109, pour qui : « les énoncés qualifiés de "principe" ont fréquemment une forme générale et abstraite, pour ne pas dire vague et imprécise, et se trouvent dépourvus de toute définition juridique ».

10. D. ANDERSON, C. MURPHY, « The Charter of Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 162.

11. Pour plus de détails, voir *infra* Partie 2, titre 1.

12. Souligné par nous.

mêmes normes que celles fixées par le régime détaillé des limitations prévu dans la CEDH, qui sont donc rendues applicables aux droits couverts par ce paragraphe, sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne »⁽¹³⁾.

73. Dès lors, dans la mesure où il ressort de ces deux textes que les restrictions aux droits fondamentaux de la Charte correspondant à ceux de la CEDH doivent se voir donner le *même sens* et la *même portée* que celles reconnues dans le contexte de la CEDH, il est indispensable de spécifier l'acception des *droits fondamentaux* dans la Charte. En effet, ce n'est qu'en présence avérée d'un *droit* de la Charte jugé correspondant à un *droit* de la CEDH que l'on peut procéder à l'analyse respective des régimes des justifications des restrictions à ces derniers de la Charte et de la CEDH et, ainsi, veiller à respecter la « cohérence nécessaire » mentionnée dans les explications relatives à la Charte⁽¹⁴⁾.

74. La dernière raison justifiant de spécifier l'acception des notions de *droit*, *liberté* et *principe* contenues dans la Charte est d'ordre général et a trait aux vingt-quatre langues officielles que compte l'Union européenne et aux vingt-huit cultures différentes qui s'y côtoient. En effet, les différentes traductions de ces notions côtoient – sans toujours leur être assimilables – des notions développées dans le cadre purement national des États membres ainsi que des notions développées à une échelle internationale, telles que celle figurant dans la CEDH. Or, la Charte s'appliquant tant à l'échelle de l'Union européenne qu'au sein de chaque État membre – et ce à côté de leurs garanties constitutionnelles nationales et des traités internationaux qu'ils ont ratifiés – il est d'autant plus essentiel de spécifier l'acception de ces notions dans le contexte spécifique de la Charte en les distinguant, le cas échéant, des diverses acceptions nationales.

B. – LA COMPLEXITÉ DE SPÉCIFIER L'ACCEPTION DES NOTIONS

75. La nécessité de spécifier l'acception des *droits*, *libertés* et *principes* contenus dans la Charte n'ôte rien à la complexité de cet exercice, bien au contraire. En effet, afin de répondre à des questions telles que « qu'est-ce qu'un droit fondamental ? », la littérature juridique de ces dernières années s'est fortement basée sur l'analyse conceptuelle. Cette tendance, notamment due à des auteurs tels qu'Herbert HART, démontre à quel point la recherche de l'acception des notions juridiques « *help us further our*

13. Souligné par nous.

14. Pour plus de détails sur la notion de *correspondance*, voir *infra* Partie 2, titre 2, et pour plus de détails sur la notion de *cohérence*, voir *infra* Partie 2, titre 1.

understanding of legal phenomena »⁽¹⁵⁾. Les concepts constituent en effet un outil permettant de transcrire une réalité⁽¹⁶⁾.

76. Dans ce contexte, les notions de *droits*, *libertés* et *principes* sont souvent qualifiées par la littérature juridique de « *essentially contestable concepts* »⁽¹⁷⁾, du fait qu'il n'en existe pas une acception unique qui nierait la validité de toute autre acception⁽¹⁸⁾. Aussi, eu égard à la notion de *droit*, par exemple, certains relèvent à juste titre que « *[n]ot only do philosophers differ about what rights we have, they differ also on what is being said when we are told that someone has a right to something* »⁽¹⁹⁾. Dès lors, les auteurs divergent tant sur l'existence d'un concept unique de droit fondamental⁽²⁰⁾ que sur la possibilité et la nécessité de faire usage de l'analyse conceptuelle pour leur détermination⁽²¹⁾.

77. À notre sens, ceci découle notamment du fait que, comme le relève Véronique Champeil-Desplats, « l'expression « droits fondamentaux » a été promue par la doctrine sans que son concept (ou une conception de son concept) n'ait été réalisé en droit positif »⁽²²⁾, et explique qu'au sein des instruments internationaux de protection, les notions de *droits fondamentaux* côtoient fréquemment celles de *libertés fondamentales* ou de *droits de l'homme*⁽²³⁾. Il ne faut dès lors point s'étonner si la Charte se targue de protéger les *droits fondamentaux* de l'Union européenne tout en

15. S. TSCHORNE, « Towards an Expressive Approach to Rights: Revisiting Hart's Theory of Rights », *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)*, 2013. Voir aussi J. WALDRON, « Introduction », in J. WALDRON (édit.), *Theories of Rights*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1984, p. 2, pour qui les théoriciens juridiques analytiques du 20^e siècle ont profité d'une « atmosphere in philosophy congenial to analysis in general and preoccupied to the point of obsession with analytical rigour and precision »; J. RAZ, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 17-46, p. 18 (voir en particulier le chap. 2 intitulé « Can There Be a Theory of Law ? »).

16. Pour une autre définition dans le même sens, voir S. BESSON, « La structure et la nature de droits de l'homme », in M. HOTTELLIER, M. HERTIG (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 19-38, p. 20 : « les concepts sont souvent présents comme des intermédiaires entre l'une ou l'autre réalité du monde, d'une part, et les termes utilisés pour faire référence à cette réalité, d'autre part ».

17. Voir p. ex. S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2005, p. 72.

18. Pour aller plus loin, voir not. C. JULIA, *Fixer le sens? La sémantique spontanée des gloses de spécification du sens*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2001, p. 173.

19. J. WALDRON, « Rights in Conflict », *Ethics*, vol. 99, 1989, n° 3, pp. 503-519, p. 503.

20. *Ibid.*

21. S. BESSON, « La structure et la nature de droits de l'homme », *op. cit.*

22. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, 2010, n° 5, pp. 1-16, p. 10.

23. Voir p. ex. la Déclaration universelle des *droits de l'homme* de 1948, la Charte des *droits fondamentaux* de l'Union européenne de 2000, ou encore la Convention européennes des droits de l'homme et des *libertés fondamentales* de 1950 [souligné par nous].

réaffirmant les *droits de l'homme*⁽²⁴⁾ résultant notamment de la CEDH⁽²⁵⁾, laissant ainsi entendre une synonymie entre ces deux notions, sans toutefois le reconnaître expressément.

78. Par ailleurs, cette pluralité terminologique se retrouve également au sein de la littérature juridique spécifique à la Charte, qui use parfois de notions variées ayant, semble-t-il, la même acception ou, au contraire, de notions identiques qui recouvrent pourtant des acceptions bien distinctes⁽²⁶⁾. Dès lors, toute tentative visant à spécifier l'acception des notions de *droits*, *libertés* et *principes* dans la Charte se doit de tenir compte de cette pluralité terminologique et de surmonter les écueils qui y sont liés.

79. En outre, au caractère complexe de la spécification de ces notions découlant de cette pluralité terminologique s'ajoute un second niveau de difficulté du fait que l'acception desdites notions est intrinsèquement liée au contexte dans lequel elles s'inscrivent. À titre illustratif, au niveau national, deux États peuvent avoir développé deux acceptions radicalement différentes des droits de la personne, qu'ils ont cependant matérialisés dans leurs Constitutions respectives au travers de la même notion de *droit fondamental*. Il en va de même dans les instruments internationaux de protection des droits de la personne où, compte tenu du fait que lesdits droits n'y sont pas spécifiés *per se*⁽²⁷⁾, ces derniers sont potentiellement susceptibles de revêtir des acceptions différentes par rapport à celles d'autres instruments, internationaux ou nationaux, de protection.

24. Voir le Préambule du TUE où les États membres confirment « leur attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des *droits de l'homme* et des libertés fondamentales et de l'État de droit » et l'art. 2 TUE au terme duquel « [L]Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect *des droits de l'homme*, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités » [souligné par nous].

25. Voir l'art. 6, § 3, TUE : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

26. Voir p. ex. J.-M. CROUZATIER, « "Droits de l'homme" ou "droit humain" : une différence sémantique ? », *Aspects*, 2008, pp. 11-16, p. 11 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 398-407, p. 402, pour qui « sous un même nom, on trouvera des significations différentes ou, qu'à l'inverse, deux mots différents pourront renvoyer à la même notion [...] ».

27. À titre d'exemple, ni la Déclaration universelle des droits de l'homme, ni la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ni encore la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne précisent dans leurs préambules ce qu'est, respectivement, un *droit de l'homme*, un *droit fondamental* ou une *liberté fondamentale*.

80. Ceci met en exergue, comme le résume fort bien Étienne Picard, que si les droits fondamentaux « peuvent se trouver consacrés à divers niveaux de la hiérarchie normative, c'est que le principe de leur définition ne se trouve pas dans le rang auquel ils se situent, mais dans une autre donnée, non plus formelle mais substantielle, qui explique leur capacité à prévaloir le cas échéant. Dit en d'autres termes, si les droits fondamentaux peuvent être d'origine constitutionnelle autant que d'origine internationale (et souvent jurisprudentielle), c'est bien parce que la catégorie qu'ils constituent transcende substantiellement cette dualité formelle »⁽²⁸⁾.

81. Nous argumentons dès lors que pour surmonter la complexité inhérente à l'exercice visant à spécifier l'acception des notions centrales de la présente étude, il faut voir au-delà de la terminologie retenue dans la Charte et rechercher l'acception des notions de *droit*, *liberté* et *principe* dans la réalité dans laquelle s'appliquent et œuvrent les dispositions de la Charte. En d'autres termes, l'acception de ces notions doit être recherchée en puisant, en priorité, dans la jurisprudence de la CJUE – interprète ultime de la Charte – portant spécifiquement sur l'interprétation desdites notions.

82. Précisions toutefois qu'il ne faut point s'attendre, lors de cet exercice, à trouver dans cette jurisprudence des acceptions expresses et précises de ces notions ; il convient davantage de considérer la jurisprudence de la CJUE comme la ressource principale permettant d'identifier ce que d'aucuns appellent « l'origine substantielle »⁽²⁹⁾ des droits fondamentaux dans l'Union européenne.

SECTION 2. – LE CONTEXTE DE L'ÉMERGENCE DES NOTIONS DANS L'UE

83. Nous allons brièvement présenter l'évolution de la protection des *droits fondamentaux* à l'échelle de l'UE – depuis son émergence par voie jurisprudentielle à sa consécration dans la Charte – car ce n'est qu'à la lumière de ce contexte que l'acception de ces derniers pourra être spécifiée. Une telle présentation est d'autant plus nécessaire du fait

28. E. PICARD, « Droits fondamentaux », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 544-549.

29. L. BURGORGUE-LARSEN, « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental », *op. cit.*, p. 407, qui estime notamment que l'évolution de la reconnaissance des droits fondamentaux dans l'Union européenne « impose à la doctrine en général, et quels que soient ses rattachements à telle ou telle branche du droit, de réfléchir encore plus sur l'origine substantielle des droits sans défailir dès que, dans cette logique, le jusnaturalisme fait son apparition » [souligné par nous].

que la dénomination de la « Charte des *droits fondamentaux* de l'Union européenne » n'a suscité aucun débat ni généré aucune discussion.

84. En effet, si le Conseil européen de Cologne ayant donné mandat à la future Convention Herzog de rédiger un projet de Charte utilisait déjà l'expression « Charte des *droits fondamentaux* de l'Union européenne », il n'a toutefois pas justifié ni détaillé les raisons du choix de cette dénomination, qui s'est ainsi répandue au sein des institutions européennes et, en particulier, de la CJUE. L'absence d'informations à ce propos dans les procès-verbaux des réunions de la Convention HERZOG et le manque d'intérêt de la littérature juridique pour cette question rende dès lors utile une telle présentation (*infra* A). Par ailleurs, cette dernière met également en exergue le lien intrinsèque existant entre l'acception des droits fondamentaux dans la CEDH et dans la Charte, duquel l'exigence de cohérence mentionnée à l'article 52 § 3 de celle-ci n'est, finalement, qu'une matérialisation (*infra* B).

A. – LA GENÈSE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE

85. L'expression *droit fondamental* à l'échelle de l'Union européenne trouve son origine dans la jurisprudence de la CJUE, qui a ultérieurement été codifiée dans les traités et dans la Charte. Si cette jurisprudence s'est principalement développée dans des situations mettant en cause l'Allemagne et se réfère à des principes dérivés du droit allemand⁽³⁰⁾, ce n'est toutefois qu'au terme d'une analyse spécifique de celle-ci – que nous nous proposons d'effectuer – que nous pouvons établir si cette cour a également retenu l'acception allemande de *droit fondamental*, ou si l'acception retenue repose sur d'autres considérations. Lors de cet exercice, nous structurons nos observations en distinguant selon que la jurisprudence de la CJUE en cause portait sur des actes ou des pratiques des institutions de l'Union européenne (*infra* 1) ou des États membres (*infra* 2).

30. CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder*, pt 7 ; CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, pt 4. Pour aller plus loin, voir D. ANDERSON, C. MURPHY, « The Charter of Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 161, selon qui « the same is true of the German legal term *Grundrechte*, which appears to have been the origin of the term “fundamental rights” in the case law of the Court of Justice, and which applies to the range of rights and freedoms that are guaranteed by the Basic Law of the Federal Republic ». Voir ég. A. VON BOGDANDY, « Founding Principles », in A. VON BOGDANDY, Jürgen BAST (édit.), *Principles of European Constitutional Law*, 2^e éd., Oxford, Munich, Hart Publishing et Beck, 2010, pp. 11-54, p. 47.

1. – Les actes de l'UE

86. Compte tenu du mutisme initial des traités, la CJUE s'est d'abord limitée à examiner la conformité des actes des institutions de l'Union européenne avec les *droits fondamentaux* en se référant à ces derniers en tant que *principes généraux du droit communautaire*, découlant des engagements des États membres en faveur des instruments de protection des droits fondamentaux, et principalement envers la CEDH⁽³¹⁾. En effet, rompu dans l'arrêt *Stauder*⁽³²⁾ puis confirmé dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, le silence initial des traités a fait place à une jurisprudence de la CJUE au terme de laquelle celle-ci a déclaré qu'elle s'inspirerait des traditions constitutionnelles communes aux États membres lors de l'élaboration des *principes généraux du droit communautaire*⁽³³⁾.

87. Par la suite, dans ses arrêts *Nold* et *Hauer*⁽³⁴⁾, la CJUE a ajouté que les droits fondamentaux internationaux constituaient également une source d'inspiration et a expressément mentionné la CEDH en guise d'illustration desdites sources. Depuis, la jurisprudence de la CJUE n'a cessé de développer l'importance que revêt la CEDH aux yeux de l'Union européenne en matière de protection et d'identification des droits fondamentaux⁽³⁵⁾.

31. À ce propos, voir not. R. LAWSON, « Confusion and Conflict ? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg », *op. cit.*, p. 224.

32. CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder*.

33. CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*. Voir à ce propos : V. CHRISTIANOS, F. PICOD, « L'apport de la Constitution européenne aux modes de protection des droits de l'homme », in Joël RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne – Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 231-247, p. 237.

34. CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold* ; CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer*.

35. Parmi l'abondante littérature sur cette évolution, voir not. T. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law*, 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, chap. 5 ; J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2001 ; P. PESCATORE, « The Context and Significance of Fundamental Rights in the Law of the European Communities », *Human Rights Law Review*, vol. 2, 1981, pp. 295-308 ; M. MENDELSON, « The European Court of Justice and Human Rights », *Yearbook of European Law*, vol. 1, 1981, p. 125 ; M. AKEHURST, « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », *British Yearbook of International Law*, vol. 52, 1981, n° 1, pp. 29-51 ; M. DAUSES, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1984, pp. 401-424 ; N. FOSTER, « The European Court of Justice and the European Convention for the Protection of Human Rights », *Human Rights Law Journal*, vol. 8, 1987, pp. 245-272 ; R. LECOURT, « Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice des Communautés européennes », in F. MATSCHER, H. PETZOLD (édit.), *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne : Mélanges en l'honneur de Gerard J. Wiarda*, Cologne, Berlin, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, pp. 338-339 ; H. SCHERMERS, « The European Communities Bound by Fundamental Human Rights », *Common Market Law Review*, vol. 27, 1990, n° 2, pp. 249-258 ; J. COPPEL, A. O'NEILL, « The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? », *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, n° 4, pp. 669-692 ;

88. Cet activisme jurisprudentiel a été rendu nécessaire suite à la volonté de certains États membres de limiter la primauté des actes adoptés par les institutions de l'Union européenne, car ces derniers généraient des obligations dont le respect n'était pas nécessairement compatible avec les droits fondamentaux de leurs ressortissants⁽³⁶⁾. Ainsi, avant de se voir consacrée dans le droit primaire, la jurisprudence de la CJUE a progressivement évolué pour faire des droits fondamentaux – et particulièrement de la CEDH – une exigence à respecter par les institutions européennes dans toutes leurs activités. Ce faisant, la place de la CEDH en matière de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, qui s'est d'abord imposée en tant que *principes généraux du droit communautaire*⁽³⁷⁾ pour devenir une source d'inspiration explicite dans le contrôle des actes des institutions de l'Union européenne, met en exergue le vif intérêt développé par la CJUE pour cet instrument.

89. Soulignons également que cette évolution jurisprudentielle démontre que la protection et l'identification des droits fondamentaux dans le cadre des activités des institutions de l'Union européenne sont intrinsèquement liées à l'évolution des garanties constitutionnelles nationales et aux ratifications, par les États membres, d'instruments internationaux de protection. Nous argumentons ainsi qu'il existe un lien entre ladite évolution jurisprudentielle – dont l'adoption de la Charte est l'apogée – et les obligations nationales et internationales des États membres en matière de droits fondamentaux. Comme nous l'étayons ci-dessous⁽³⁸⁾, ceci illustre la relation réflexive existant entre le régime juridique de la protection des droits fondamentaux de l'Union européenne et celui de la CEDH, le second étant devenu la source d'inspiration prioritaire du premier.

F. JACOBS, « The Protection of Human Rights in the Member States of the European Community: The Impact of the Case-Law of the Court of Justice », in J. O'REILLY (édit.), *Human Rights and Constitution Law: Essays in Honour of Brian Walsh*, Dublin, Round Hall, 1992, pp. 243-250 ; J. PIPKORN, « La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 4, 1993, pp. 221-241 ; J. KOKOTT, « Menschenrechtsschutz im Rahmen der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaften », in P. NIKKEN, A. CANÇADO TRINDADE (édit.), *The Modern World of Human Rights: Essays in Honour of Thomas Buergenthal*, San José, Inter-American Institute of Human Rights, 1996, pp. 135-158 ; B. DE WITTE, « Le rôle passé et future de la Cour de justice des Communautés européennes dans la protection des droits de l'homme », in Ph. ALSTON (dir.), *L'Union européenne et les Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 895-935.

36. Voir à ce propos M.-L. TRÉGUIER, « Cours constitutionnelles, Cour de justice des Communautés européenne et droit fondamentaux », in J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne – Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 249-275.

37. Voir CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder*.

38. Voir *infra* Partie 1, titre 1, chap. 1 section 2, let. B.

2. – Les actes des États-membres

90. Bien que la jurisprudence de la CJUE avait pour vocation initiale de combler une lacune de protection des droits fondamentaux dans les activités des institutions de l'Union européenne, la CJUE a ajouté « un caractère “offensif” à sa doctrine des droits fondamentaux, en exerçant le pouvoir d'apprécier la compatibilité de *certaines règles nationales* (et non simplement des règles communautaires) avec les principes généraux du droit communautaire »⁽³⁹⁾. Autrement dit, la CJUE a étendu sa juridiction au-delà des actes des institutions de l'Union européenne pour l'appliquer aux mesures nationales dérogeant ou mettant en œuvre le droit de l'UE d'une façon susceptible de violer les droits fondamentaux.

91. C'est en effet dans son arrêt *Wachauf* que la CJUE a étendu son contrôle juridictionnel en affirmant que les exigences liées à la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire liait « également les États Membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires »⁽⁴⁰⁾. Par la suite, dans son arrêt *ERT*, la CJUE a précisé que « dès lors qu'une telle réglementation [*ndla* : nationale] entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tel qu'ils résultent, en particulier, de la [CEDH] »⁽⁴¹⁾. Ces arrêts démontrent ainsi clairement que la CJUE craignait que les « *national constitutional courts would reject the supremacy of EC law* »⁽⁴²⁾ si elle ne reconnaissait pas une protection minimale en matière de droits fondamentaux.

92. Les jurisprudences *Wachauf* et *ERT* illustrent dès lors que les juridictions nationales agissent dorénavant à deux niveaux distincts : le droit de l'Union européenne et le droit purement national. Dans le premier cas de figure, la CJUE a ainsi jugé que :

« [...] lors de la mise en œuvre des mesures de transposition desdites directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à ces mêmes directives, *mais également de*

39. B. DE WITTE, « Le rôle passé et future de la Cour de justice des Communautés européennes dans la protection des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 907.

40. CJCE, 23 juillet 1989, *Hubert Wachauf*. Cette jurisprudence a été confirmée par la suite, notamment dans les arrêts CJCE, 24 mars 1994, *Bostock*, p. 983 ; CJCE, 15 février 1996, *Fintan Duff*, p. 610.

41. CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia*.

42. S. DOUGLAS-SCOTT, « A Tale of Two Courts : Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis », *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 629-665, p. 633.

ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux [ndla : les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire] ou avec les autres principes généraux du droit communautaire [...] »⁽⁴³⁾.

93. Ce contrôle par la CJUE du respect, par les juridictions nationales, des droits fondamentaux garantis dans l'Union européenne et dans la CEDH n'est cependant pas à sens unique, bien au contraire. La CJUE examine en effet également les législations nationales pour déterminer si un droit fondamental national spécifique devrait être protégé au niveau communautaire et, dans l'affirmative, si les États membres devraient être tenus de respecter ce droit dans le cadre du droit de l'Union européenne⁽⁴⁴⁾. En d'autres termes, comme le relève Sionaidh Douglas-Scott, « *[t]hese same rights which the EU "borrowed" from national and international legal systems by upward incorporation following Handelsgesellschaft have now been applied to Member States in a two-way process of downward incorporation* »⁽⁴⁵⁾.

94. Ce qu'il importe de retenir de cette brève présentation, à notre sens, est le fait que les droits de fondamentaux à l'échelle de l'UE, tels qu'ils sont notamment énoncés dans la Charte, n'ont pas été promulgués en tant que tels, en partant de rien, mais se sont développés dans une relation réciproque riche – et parfois conflictuelle – avec des droits fondamentaux préexistants dans d'autres sources, tant nationales qu'internationales⁽⁴⁶⁾. Parmi ces dernières, la CEDH revêt indéniablement une importance particulière par rapport aux sources nationales, notamment allemandes. Cette importance, mise en exergue dans la jurisprudence présentée, se matérialise ainsi dans l'exigence de cohérence entre ces deux instruments visée à l'article 52, § 3, de la Charte. La relation étroite qu'entretiennent la Charte et la CEDH est dès lors inhérente au contexte dans lequel la protection des droits fondamentaux a évolué dans l'Union européenne et constitue l'une des sources principales de l'acceptation des droits fondamentaux dans l'UE.

43. CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae*, § 70 [souligné par nous].

44. T. LANG, « The Sphere in which Member States are Obligated to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles », *Legal Issues of European Integration*, 1991-1992, pp. 23-36.

45. S. DOUGLAS-SCOTT, « A Tale of Two Courts : Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis », *op. cit.*, p. 634.

46. Voir not. G. GROS, « Union européenne et droits fondamentaux », *Revista colombiana de derecho internacional*, juin 2005, n° 5, pp. 41-88, p. 49 : « Les sources dans lesquelles puise la CJCE pour définir les droits fondamentaux sont donc : les traditions constitutionnelles communes des États membres et les conventions internationales auxquelles ils ont adhérites ».

B. – L'ÉTROITE RELATION ENTRE LA CHARTE ET LA CEDH

95. À notre sens, cette étroite relation entre la Charte et la CEDH explique que, lors de la spécification des droits fondamentaux garantis dans l'Union européenne, la CJUE s'en est principalement remise à la jurisprudence de la CourEDH. C'est ainsi que, dans de nombreux arrêts, la CJUE se réfère à la jurisprudence strasbourgeoise pour déterminer « le sens et la portée qu'il convient de conférer aux droits qu'elle emprunte à la Convention européenne »⁽⁴⁷⁾. Autrement dit, aux garanties constitutionnelles nationales, éminemment diverses et variées, la CJUE a choisi de privilégier la CEDH qui, « par sa jurisprudence dynamique très importante, le catalogue précis des droits fondamentaux qu'elle fournit, et son acceptation unanime au sein de la Communauté, devint rapidement une source d'inspiration première, puis quasi exclusive pour le juge communautaire »⁽⁴⁸⁾.

96. C'est dès lors à la jurisprudence de la CourEDH – *qua* source originaire principale des droits fondamentaux de l'Union européenne – qu'il convient de s'intéresser si l'on souhaite spécifier une acception des droits fondamentaux dans l'UE qui respecte le contexte dans lequel ces derniers ont émergé. Toutefois, un tel exercice nécessite au préalable de connaître l'acception des *droits fondamentaux* propres au contexte de la CEDH.

1. – L'acception des droits fondamentaux de la CEDH ...

97. Compte tenu de l'abondance de la jurisprudence de la CourEDH, nous nous limitons ci-dessous à une brève présentation de quelques arrêts interprétant une disposition précise de la CEDH, *i.e.* le respect au droit fondamental à la vie privée et familiale protégé à l'article 8 de la CEDH⁽⁴⁹⁾. Ainsi, d'une façon générale, il ressort de cette jurisprudence que la CourEDH reconnaît un *droit fondamental* à une personne lorsqu'un intérêt suffisamment important est menacé d'une façon telle qu'il donne naissance à des obligations à l'endroit de l'État partie. À titre illustratif, dans son arrêt *Koch c. Allemagne*⁽⁵⁰⁾, la CourEDH a examiné si le refus des autorités allemandes d'octroyer une dose létale de médicament à une personne tétraplégique souhaitant mettre fin à ses jours porte atteinte au

47. P. ARAUJO Cassandra, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne à la lumière de la Charte des droits fondamentaux*, thèse de Master, 2013, p. 32.

48. G. GROS, « Union européenne et droits fondamentaux », p. 50.

49. Ce choix se justifie par le fait que ce droit fondamental revêt, comme nous l'apprenons plus loin, des caractéristiques particulières dans le contexte de la Charte.

50. CourEDH, 19 juillet 2012, *Koch*, § 35.

droit fondamental au respect de la vie privée et familiale de l'époux de l'intéressée.

98. Dans cette affaire, l'époux contestait la décision de refus mais les juridictions de recours nationales ne lui ont pas reconnu la qualité pour recourir dans la mesure où il ne pouvait démontrer aucune atteinte à son droit fondamental à la vie privée et familiale. Devant la CourEDH, ce dernier a argumenté que les décisions rejetant ses recours heurtaient un *intérêt* « qui découlait de son souhait de voir respectée la décision de sa femme de se suicider »⁽⁵¹⁾. Cette cour a relevé que l'affaire en cause soulevait « la question de savoir s'il y a eu atteinte aux propres droits du requérant au titre de l'article 8 de la Convention »⁽⁵²⁾. À cet égard, elle a examiné minutieusement l'implication personnelle de l'époux auprès de la personne concernée pour conclure que ce dernier jouissait d'un « intérêt fort et persistant »⁽⁵³⁾ à ce que les autorités allemandes se prononcent sur le fond de sa demande initiale. Au terme de son analyse, elle a ainsi conclu que « [e]u égard aux considérations ci-dessus, en particulier à la relation exceptionnellement proche entre le requérant et sa défunte épouse et à son implication immédiate dans la réalisation du souhait de l'intéressée de mettre fin à ses jours, la Cour estime que le requérant peut prétendre avoir été directement affecté par le refus de l'Institut fédéral d'autoriser l'acquisition d'une dose létale de pentobarbital de sodium »⁽⁵⁴⁾.

99. Il nous semble pouvoir être déduit du raisonnement de la CourEDH dans le cas d'espèce que, pour qu'un droit fondamental à la vie privée et familiale puisse être reconnu, deux éléments doivent être présents. Premièrement, il est nécessaire de rechercher si un intérêt individuel propre au requérant est susceptible d'être menacé – ou *affecté* pour reprendre le terme de la CourEDH – par la législation nationale à l'appui de la décision contestée. Ainsi, il n'est pas déterminant pour la CourEDH que le requérant ne soit pas directement visé par la décision refusant l'accès aux médicaments létaux, pour autant que son bien-être soit particulièrement touché par ladite décision. Dans le cas d'espèce, cette cour a admis que les liens familiaux étroits, l'attention du requérant portée à la demande faite par sa femme et le fait qu'il ait accompagné cette dernière tout au long de sa vie douloureuse, démontraient une relation très étroite entre les intéressés⁽⁵⁵⁾. Dès lors, la décision contestée a affecté l'intérêt individuel du requérant à voir le choix

51. *Ibid.*

52. *Ibid.*, § 43.

53. *Ibid.*, § 45.

54. *Ibid.*, § 50.

55. *Ibid.*, § 45.

de son épouse de mettre fin à une vie indigne respecté, intérêt reconnu comme étant protégé par l'article 8 de la CEDH⁽⁵⁶⁾.

100. Deuxièmement, en sus du fait que l'intérêt d'une personne doit être protégé par l'article 8 de la CEDH, la CourEDH précise « que les autorités nationales avaient l'obligation de se livrer à cet examen [*ndla* : à l'examen du fond de la demande du requérant] »⁽⁵⁷⁾. L'intérêt individuel du requérant a donc donné naissance à des obligations à l'endroit des autorités de l'État partie qui, en cas de non-respect, étaient susceptibles d'entraîner une violation de la CEDH. En effet, la CourEDH a indiqué en l'espèce que « le refus des juridictions internes d'examiner au fond la demande du requérant a emporté violation du droit de celui-ci au respect de sa vie privée au regard de l'article 8 de la Convention »⁽⁵⁸⁾.

101. Aussi, aux yeux de la CourEDH, l'existence d'un *droit fondamental* garanti par la CEDH est reconnue lorsqu'un intérêt particulièrement important d'une personne est susceptible d'être menacé d'une façon telle que la protection dudit intérêt génère des obligations à l'endroit des États parties. Cette observation se trouve au demeurant confortée par de très nombreux arrêts de la CourEDH qui, dans son raisonnement, fait référence aux intérêts protégés par les droits de la CEDH⁽⁵⁹⁾.

102. À titre illustratif, dans l'arrêt *Odièvre c. France* concernant la demande de la requérante, née sous X, d'obtenir la communication d'éléments qui lui permettraient d'identifier sa famille naturelle, la CourEDH a estimé que « l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs »⁽⁶⁰⁾ est protégé par l'article 8 de la CEDH et que cet article « tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée »⁽⁶¹⁾.

56. *Ibid.*

57. *Ibid.*, § 71.

58. *Ibid.*, § 72.

59. Voir not., eu égard aux intérêts protégés par l'article 8 CEDH : CourEDH, 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta*, §§ 138-139 ; CourEDH, 12 juillet 2011, *Šneerson et Campanella*, § 61 ; CourEDH, 27 septembre 2011, *Diamante et Pelliccioni*, § 146-147 ; CourEDH, 8 janvier 2013, *A.K. et L.*, §§ 48-50 ; CourEDH, 7 mars 2013, *Raw*, §§ 51-52 ; CourEDH, 5 juin 2015, *Lambert*, § 94.

60. CourEDH, 13 février 2003, *Odièvre*, § 29 [souligné par nous]. Voir ég. CourEDH, 7 février 2002, *Mikulić*, §§ 54 et 64.

61. CourEDH, 13 février 2003, *Odièvre c. France*, § 40.

103. Il importe à présent d'examiner si, au vu du lien étroit existant entre la Charte et la CEDH, la CJUE s'est effectivement inspirée de la jurisprudence CourEDH pour spécifier l'acception des *droits fondamentaux* dans le contexte de la Charte.

2. – ... *qua* source de l'acception des droits fondamentaux de l'UE

104. À cet égard, nous relevons que dès la reconnaissance des droits fondamentaux dans l'Union européenne en tant que principes généraux du droit communautaire, la CJUE a spécifié l'acception desdits droits en suivant un raisonnement similaire à celui de la CourEDH⁽⁶²⁾. Ainsi, à titre illustratif, dans son arrêt *Hoechst c. Commission* rendu 1989⁽⁶³⁾, la CJUE a dû se prononcer sur la violation alléguée au droit fondamental à la vie privée – tel que protégé par l'article 8 de la CEDH – subie par une entreprise commerciale ayant fait l'objet de perquisitions par des agents de la Commission européenne.

105. En l'absence de jurisprudence de la CourEDH sur cette question⁽⁶⁴⁾, la CJUE a examiné si un tel droit fondamental existait à l'endroit de l'entreprise concernée et, pour ce faire, a précisé que « [l']objet de la protection de cet article concerne le domaine d'épanouissement de la liberté personnelle de l'homme [...] »⁽⁶⁵⁾. En reconnaissant une telle importance à l'épanouissement de la liberté personnelle, la CJUE a ainsi reconnu qu'elle constituait un intérêt particulièrement important protégé par le droit fondamental à la vie privée. Par la suite, elle a examiné si le besoin de protection de cet intérêt était susceptible de générer des obligations et a estimé que « si l'article 14 du règlement n° 17 confère ainsi à la Commission de larges pouvoirs d'investigation, l'exercice de ces pouvoirs est soumis à des conditions de nature à garantir le respect des droits des entreprises concernées »⁽⁶⁶⁾.

106. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et la déclaration de la force contraignante de la Charte, la CJUE a poursuivi sa pratique visant à spécifier les droits fondamentaux consacrés dans la Charte par référence

62. Voir not. Armin VON BOGDANDY, « Founding Principles », *op. cit.*, p. 45, qui relève « the close reliance by the ECJ on the jurisprudence of the ECHR, ie its renunciation to formulate its own fundamental rights standards ».

63. CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*.

64. Voir le pt 18 de l'arrêt : « Par ailleurs, il y a lieu de constater l'absence d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à cet égard ».

65. CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*, pt 18.

66. *Ibid.*, pt 28.

aux intérêts protégés et aux obligations générées, à l'instar de la Cour EDH. Ainsi, bien que ces éléments ne soient pas toujours faciles à identifier dans la jurisprudence récente de la CJUE, nous estimons toutefois que l'on peut les déduire de son raisonnement.

107. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Sánchez Morcillo et Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*⁽⁶⁷⁾, la CJUE s'est prononcée sur la compatibilité avec l'article 47 de la Charte, garantissant le droit à un recours effectif, d'une procédure de saisie hypothécaire dans laquelle le débiteur saisi ne pouvait faire appel de la décision rejetant son opposition à l'exécution de la saisie, tandis que le créancier saisissant pouvait exercer cette voie de recours contre la décision ordonnant de mettre fin à la procédure.

108. Dans cette affaire, la CJUE a déclaré qu'« une procédure nationale de saisie hypothécaire, telle que celle en cause au principal, était de nature à porter atteinte à l'effectivité de la protection du consommateur voulue par la directive 93/13, lue en combinaison avec l'article 47 de la Charte »⁽⁶⁸⁾. Cette cour a abouti à cette conclusion en estimant que « ce régime procédural renforce l'inégalité des armes entre les professionnels, en tant que créanciers saisissants, d'une part, et les consommateurs, en leur qualité de débiteurs saisis, d'autre part »⁽⁶⁹⁾. Dès lors, aux yeux de la CJUE, l'intérêt d'une personne à bénéficier de la possibilité de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation désavantageuse par rapport à son adversaire⁽⁷⁰⁾ est protégé par l'article 47 de la Charte et génère une « obligation pour les États membres d'assurer l'effectivité des droits que les justiciables tirent de la directive 93/13 »⁽⁷¹⁾, ce qui « implique une exigence de protection juridictionnelle »⁽⁷²⁾.

109. En sus des nombreuses illustrations d'un tel raisonnement pouvant être identifiées dans la jurisprudence de la CJUE⁽⁷³⁾, nous relevons que le libellé de certaines dispositions de la Charte spécifie également l'acceptation des droits fondamentaux en termes d'*intérêt* protégé. Ainsi, l'article 28 de

67. CJUE, 17 juillet 2014, *Sánchez Morcillo*.

68. *Ibid.*, pt 50.

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*, pt 49. Voir ég. CJUE, 21 septembre 2010, *ASBL*.

71. CJUE, 17 juillet 2014, *Sánchez Morcillo*, pt 35.

72. *Ibid.*

73. Voir p. ex. CJUE, 11 décembre 2014, *Khaled Boudjlida*, pts 30 et s. (concernant le droit d'être entendu contenu à l'article 41 de la Charte et à propos duquel la CJUE précise que ce droit garantit la possibilité de faire valoir son point de vue au cours d'une procédure avant l'adoption d'une décision susceptible d'affecter de manière défavorable les *intérêts* de l'intéressé) et les nombreux arrêts cités.

la Charte prévoit, notamment, que les travailleurs ont le droit de recourir, en cas de conflit, à des actions collectives « pour la défense de leurs *intérêts* »⁽⁷⁴⁾. Les explications relatives à la Charte soulignent à cet égard que « [l]e droit à l'action collective a été reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme comme l'un des éléments du droit syndical posé par l'article 11 de la CEDH », rappelant ainsi que les éléments caractéristiques de ce droit fondamental découlent de l'interprétation effectuée par la CourEDH. Autre illustration, l'article 12 de la Charte, portant sur la liberté de réunion et d'association, prévoit que toute personne a le droit « de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses *intérêts* »⁽⁷⁵⁾.

110. Certains éléments caractéristiques des droits fondamentaux dans l'Union européenne se dégagent d'emblée des lignes qui précèdent : ils visent à protéger un ou plusieurs intérêts particulièrement importants, d'une part, et le besoin de protection de ces derniers donne naissance à une ou des obligations, d'autre part⁽⁷⁶⁾. Ces éléments, mis en exergue dans la jurisprudence de la CJUE et consacrés dans la Charte, ne nous permettent cependant de spécifier qu'une acception partielle de ce qu'est un droit fondamental dans le contexte de l'Union européenne. En effet, ils ne nous éclairent pas sur la relation existant entre les *intérêts* à protéger et les *obligations* générées, d'une part, et entre les titulaires des droits fondamentaux et les débiteurs desdites obligations, d'autre part. Par ailleurs, ils ne nous aident pas à distinguer, le cas échéant, si l'acception des droits fondamentaux de la Charte diffère de celle des libertés et principes, figurant également dans la Charte. Ceci démontre qu'il est crucial, pour quiconque s'intéresse aux justifications des restrictions aux droits fondamentaux, de spécifier l'acception de l'objet desdites restrictions.

74. Souligné par nous.

75. Souligné par nous. Pour d'autres exemples, voir not. les art. 12, § 1 et 24, § 2, de la Charte.

76. À cet égard, J. Raz énonce que « [t]he bare fact that something is of value to me does not endow me with a right to it, because it does not in itself establish that other people have a duty to secure me with, or not to interfere with my, possession of it » (J. RAZ, « Human Rights in the Emerging World Order », *Transnational Legal Theory*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 31-47, p. 36).

CHAPITRE 2

L'ACCEPTION DES NOTIONS LIÉES AUX DROITS FONDAMENTAUX DANS L'UE

111. Dans le prolongement des lignes qui précèdent, le présent chapitre a pour objectif d'analyser et de détailler les principaux éléments caractéristiques des *droits fondamentaux*, identifiés ci-dessus, dans le contexte spécifique de la Charte. Plus précisément, nous argumentons que, comme l'acceptation des *droits fondamentaux* dans la Charte consacre celle développée dans l'Union européenne et dérive de l'interprétation de la CEDH par la CourEDH, ladite acceptation doit être distinguée des diverses acceptations nationales des droits fondamentaux – indépendamment de leurs terminologies – et que les juridictions nationales en charge de contrôler le respect de la Charte doivent en être conscientes (Section 1).

112. Par ailleurs, nous estimons qu'une fois l'acceptation d'un *droit fondamental* au sens de la Charte spécifiée, il faut encore se prononcer sur la distinction terminologique figurant dans ladite Charte entre lesdits droits, d'une part, et les *libertés* et *principes* qui y sont également contenus, d'autre part. En effet, ces deux notions sont très prégnantes, tant dans le contexte général de l'Union européenne, eu égard notamment aux *libertés de circulation* et aux *principes généraux du droit de l'UE*, que dans celui spécifique à la Charte. Eu égard à ce dernier, relevons que bien que des dispositions de la Charte se réfèrent expressément à des *droits*⁽¹⁾, des *libertés*⁽²⁾ ou des *principes*⁽³⁾, certaines dispositions incorporant des

-
1. Art. 2, 3, 6, 9 et 14 de la Charte.
 2. Art. 10, 11, 12, 13, 15 et 16 de la Charte.
 3. Art. 49 de la Charte.

droits se trouvent dans le Titre II, consacré aux *libertés*⁽⁴⁾, tandis que d'autres dispositions faisant référence à des *libertés*, telles que l'article 11 de la Charte, consacrent le *droit à la liberté d'expression*. Ainsi, préciser l'acception respective de ces notions et se positionner par rapport aux différentes positions exprimées par la littérature juridique dans ce contexte est indispensable afin de pouvoir avancer de façon claire et univoque dans la présente étude (Section 2).

SECTION 1. – LA NOTION DE *DROIT FONDAMENTAL* DANS LA CHARTE

113. La jurisprudence de la CJUE brièvement présentée ci-dessus a permis de mettre en exergue que l'identification de l'*objet* d'un droit fondamental, soit l'*intérêt* protégé par ledit droit, au même titre que l'identification des menaces pesant sur cet intérêt ou l'identification du ou des destinataires de l'une ou des obligations générées par le droit fondamental sont essentielles pour déterminer si l'on est en présence ou non d'un droit fondamental. Cependant, nous avons également relevé que l'une des spécificités de la protection des droits fondamentaux de l'Union européenne est qu'elle évolue parallèlement aux préoccupations nationales et au degré de protection garantie par les constitutions nationales⁽⁵⁾.

114. En ce sens, en sus de se référer à la CEDH et à la jurisprudence y relative, la CJUE s'est parfois également référée aux législations et traditions constitutionnelles nationales lors du développement des droits fondamentaux à l'échelle de l'Union européenne, dans une véritable *voie à deux sens*⁽⁶⁾. Bien que la CEDH reste, selon nous, la principale source d'inspiration de l'acception de la notion de *droits fondamentaux* énoncée dans la Charte et que la présente étude se limite essentiellement à l'examen de cette ressource, il nous paraît cependant nécessaire de rappeler, à l'aide d'illustrations concrètes, que ladite notion revêt une acception autonome et diffère des acceptions nationales, y compris de celles dont la CJUE a pu s'inspirer (*infra* A). Nous estimons par ailleurs qu'une approche réflexive conforte notre constat (*infra* B).

4. Voir p. ex. l'art. 6 de la Charte.

5. Voir not. *supra* §§ 37-38 et 86.

6. S. DOUGLAS-SCOTT, « A Tale of Two Courts : Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis », *op. cit.*, p. 634. Voir ég. *supra* § 86.

A. – UNE ACCEPTION DISTINCTE DES ACCEPTIONS NATIONALES

115. Afin d'illustrer notre argument selon lequel l'acceptation de la notion de *droit fondamental* dans la Charte peut, certes, s'inspirer de diverses acceptations nationales mais n'en reste pas moins divergente, nous allons brièvement présenter l'acceptation française de *droit de l'homme* (*infra* 1) ainsi que l'acceptation allemande de *Grundrechte* (*infra* 2) et illustrer sur quoi portent lesdites divergences. Nous sommes cependant conscients que l'acceptation même de ces notions au sein de leurs sphères nationales respectives est contestée et nous ne prétendons dès lors pas spécifier la seule acceptation correcte desdites notions, mais uniquement en présenter certaines caractéristiques qui, à notre sens, ont inspiré l'acceptation de *droit fondamental* dans la Charte retenue dans la présente étude.

1. – L'exemple de l'acceptation française

116. Devenue le préambule de la Constitution française en 1791, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (la « Déclaration ») a fait couler beaucoup d'encre, notamment en ce qui concerne les origines et l'inspiration à la base des 17 articles qui la composent⁽⁷⁾. À notre sens cependant, comme le résume Simone Goyard-Fabre, « le concept des droits de l'homme (quel qu'ait pu en être le lointain et hypothétique pressentiment, en Angleterre, au XIII^e siècle, dans la Magna Carta de Jean sans Terre) qu'explicita l'humanisme juridique qui inspirait les rédacteurs de la Déclaration solennelle du 26 août 1789, en appelait, dans un contexte intellectuel passablement brouillé et confus, à la notion de droit naturel ». ⁽⁸⁾

117. En effet, à l'instar du fameux article 1 de la Déclaration, les « hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », ce qui souligne

7. Parmi les très nombreuses analyses existantes, voir not. S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, pour qui, en substance, la Déclaration a une origine lockienne. Dans une autre optique, voir X. MARTIN, « Sur l'homme de la déclaration des droits », *Droits*, 1988, n° 8, pp. 83-89, et plus récemment X. MARTIN, *Nature humaine et Révolution française. Du siècle des Lumières au Code Napoléon*, 2^e éd., Paris, DMM, 2002, qui remet en cause la doctrine juridique universitaire selon laquelle les droits de la Déclaration sont l'expression d'un humanisme optimiste qui vante l'individu. Pour ce dernier, les rédacteurs de la Déclaration avaient une conception pessimiste et utilitariste de l'homme et de ses droits. Pour d'autres approches et commentaires, voir *e.g.* P. WASCHMANN, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 », *Droits*, 1985, n° 2, pp. 13-22 ; C. LEFORT, *L'invention démocratique, les limites de la domination totalitaire*, Paris, Fayard, 1981, not. le chap. 1.

8. S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Paris, Vrin, 2002, p. 316.

à notre sens que l'individu se voit reconnaître des droits de façon innée, qui découlent uniquement de sa qualité d'homme⁽⁹⁾. Il peut donc être soutenu que la genèse des *droits de l'homme* en France se situe dans la révolution menée à l'encontre du pouvoir étatique héréditaire et au nom du droit naturel⁽¹⁰⁾. La Déclaration, en tant qu'instrument juridique reconnaissant ces droits naturels, ne fait dès lors qu'intégrer dans le droit positif français la naturalité des droits de l'homme⁽¹¹⁾.

118. Il convient toutefois de relever que le lien entre l'acception française de *droits de l'homme*, d'origine jusnaturaliste et auquel il est parfois fait référence par la notion de *droit fondamental*, et l'acception de *droit fondamental* retenue dans la Charte est contesté dans la littérature juridique. Certains auteurs estiment ainsi que les notions de *droit fondamental* et de *droits de l'homme* sont totalement distinctes, incluant chacune un concept propre. Ainsi, à titre illustratif, pour Gianluigi Palombella, « [...] *we must identify two "theoretical" types of rights, namely fundamental rights alongside human rights, perceiving them as two different conceptual ways of talking about rights [...]* »⁽¹²⁾. Pour d'autres, ces deux notions sont complémentaires car, comme le formule Peggy Ducoulombier, « [l]es droits de l'homme renvoient à un concept moral, philosophique, que les droits fondamentaux viennent consacrer dans le droit positif »⁽¹³⁾. Enfin, certains estiment que les notions de *droits de l'homme* et de *droit naturels* sont conceptuellement identiques⁽¹⁴⁾.

9. En ce sens, voir p. ex. J. TERREL, *Stoïcisme antique et droit naturel moderne*, Pessac Centre interdisciplinaire bordelais d'études des Lumières, 2003, p. 132.

10. D. GRIMM, « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », trad. de S. SCHOTT, *Juspoliticum – Revue de droit politique*, vol. 6, 2011.

11. À cet égard, il convient de garder à l'esprit que, d'une façon générale, la conception même des « droits naturels » comme des droits dont l'homme est détenteur uniquement de par son humanité est contestée et débattue en doctrine. En effet, comme le relève S. GOYARD-FABRE, « [t]irailée entre ses racines éthiques, son inscription dans le droit positif, son universalisation qui la rattache à un horizon axiologique, elle [*ndla* : l'idée des droits naturels] est lourde d'équivoques qui la fragilisent et engendrent de vertigineuses dérives » (S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., p. 331).

12. Voir G. PALOMBELLA, « From Human Rights to Fundamental Rights. Consequences of a Conceptual Distinction », *EUI Working papers LAW*, n° 2006/34, p. 3.

13. P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 3-4. Voir ég. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, p. 23.

14. Voir p. ex. J. FINNIS : « [...] "human rights" being a contemporary idiom for "natural rights" : I use the terms synonymously. » (J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 198).

119. De notre point de vue, si l'acception française de *droit de l'homme* trouve son origine dans les *droits naturels*⁽¹⁵⁾, nous ne pouvons toutefois aller jusqu'à reconnaître une synonymie entre ces notions⁽¹⁶⁾. À cet égard, notons que tant l'acception de *droit naturel* que celle des *droits naturels* sont des *essentially contestable concepts*⁽¹⁷⁾ qui incorporent des centaines d'années de réflexion d'ordre théologique, moral et juridique dont l'étude historique met en exergue des conceptions antagonistes. En effet, un examen historiographique des fondements des droits fondamentaux nous ramènerait à la conception du *droit naturel* emprunte de téléologie de Saint Thomas d'Aquin (1225-1274)⁽¹⁸⁾, selon laquelle le droit, d'origine divine, s'appréhende par la raison humaine.

120. S'en suivit cependant l'émergence d'une orientation individualiste émancipée de toute considération téléologique⁽¹⁹⁾ – due notamment à des philosophes libéraux tels que Thomas Hobbes (1588-1679) et John Locke (1632-1704)⁽²⁰⁾ – en vertu de laquelle les êtres humains sont des êtres rationnels et doivent dès lors être libres d'agir selon leur volonté ; qui s'est

15. Pour plus de détails sur l'acception et les origines du droit naturel, voir p. ex. A. ZYSSET, *The ECHR and Human Rights Theory: Reconciling the Moral and the Political Conceptions*, Londres, New York, Routledge, 2017 ; M. MATHIEU (édit.), *Droit naturel et droits de l'homme*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2009.

16. Il n'est pas le lieu d'étayer le passage du *droit naturel* aux *droits naturels* puis aux *droits de l'homme*, mais il convient de noter que ledit passage est complexe et ne fait pas l'unanimité au sein de la littérature juridique, de sorte que réduire les droits de l'homme et les droits naturels à des synonymes nous semble trop simpliste. Pour aller plus loin, voir not. A. ZYSSET, *The ECHR and Human Rights Theory: Reconciling the Moral and the Political Conceptions*, op. cit. ; M. ZUCKERT, « Do Natural Rights Derive from Natural Law ? », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 20, 1996, pp. 695-731, pp. 710-711.

17. Voir S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, op. cit., p. 72.

18. A noter que pour certain, l'origine remonterait encore plus loin, notamment à SOCRATES. Voir L. STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago, University of Chicago Press, 1953, p. 165 : « *The most famous and the most influential of all modern natural right teachers was John Locke. [...] His authority seems to be Richard Hooker, the great Anglican divine [...]. Now Hooker's conception of natural right is the Thomistic conception, and the Thomistic conception, in its turn, goes back to the Church Fathers, who, in their turn, were pupils of the Stoics, of the pupils of pupils of Socrates* ».

19. Notre affirmation selon laquelle les *droits naturels* découlent du *droit naturel* est elle-même controversée. En faveur de cette affirmation, voir not. M. ZUCKERT, « Do Natural Rights Derive from Natural Law ? », op. cit., p. 733, qui estime que « Natural rights in their Lockean version are therefore entirely different from Thomistic natural law [...]. To answer the question of my title : natural rights do not derive from natural law ». *Contra*, voir not. J. WALDRON, « The Decline of Natural Right », in A. WOOD, S. HAHN (édit.), *Cambridge History of Nineteenth Philosophy*, New York, Cambridge University Press, 2012, pp. 623-650, pour qui « Natural right is not the same as natural law, but it grew out of the natural law heritage in the seventeenth century ».

20. Bien d'autres auteurs ont contribué à la rupture de l'approche classique du *droit naturel* en faveur du développement moderne des *droits naturels* parmi lesquels figurent

matérialisée par la reconnaissance de *droits naturels*. L'acception de ces notions a ainsi évolué au fil des siècles dans la mesure où les circonstances locales et sociales entourant ces réflexions ont, elles aussi, fortement évolué⁽²¹⁾. Nous estimons, dès lors, qu'il ne peut simplement être fait état d'une synonymie entre l'acception française des *droits de l'homme* et celle des *droits naturels*, de même que, à plus forte raison, entre ces acceptions et celle de *droit fondamental* dans la Charte. En effet, l'internationalisation de la protection des droits de la personne, les récentes réflexions de la littérature juridique à cet égard et l'évolution du contexte politique et social ces dernières décennies sont autant de circonstances qui n'ont pas, à notre sens, été dûment prises en considération lors de l'affirmation d'une telle synonymie.

121. Ceci étant dit, nous sommes d'avis que, dans la mesure où l'acception des *droits fondamentaux* contenue dans la Charte est corroborée par les *théories de l'intérêt* contemporaines et que celles-ci puisent leurs sources dans différents courants théoriques développés au cours des siècles⁽²²⁾ – notamment celui des *droits naturels* – ladite acception a des racines communes avec l'acception française de *droit de l'homme* d'origine jusnaturaliste.

2. – L'exemple de l'acception allemande

122. Contrairement à ce qui a prévalu en France⁽²³⁾, les catalogues des *Grundrechte* allemands furent originellement octroyés « volontairement par les Princes des États allemands, non par attachement au

notamment H. GROTIUS (1583-1645), S. VON PUFENDORF (1632-1694) et E. KANT (1724-1804). Voir à cet égard, *inter alia*, M. ZUCKERT, « Do Natural Rights Derive from Natural Law ? », *op. cit.* ; J. WALDRON, « The Decline of Natural Right », *op. cit.*

21. W. DRAY, « The Rationale of Actions », in M. MARTIN, L. MACINTYRE (édit.), *Readings in the Philosophy of the Social Sciences*, Cambridge, MIT Press, 1994, pp. 173-180, p. 173 : « The historian must *penetrate* behind appearances, achieve *insight* into the situation, *identify* himself sympathetically with the protagonist, *project* himself imaginatively into his situation. He must *revive*, *reenact*, *rethink*, *reexperience* the hopes, fears, plans, desires, views, intentions, of those he seeks to understand ».

22. Voir S. BESSON, A. ZYSSET, « Human Rights Theory and Human Rights History », *Ancilla Iuris*, 2012, pp. 204-219, p. 210 : « In short, therefore, there are two complementary historical traditions from which human rights theorists draw : first, the history of political and moral ideas that helps focusing on the gap between the development of the human rights practice and its philosophical justification ; and, second, the history of international legal human rights norms and institutions that helps flesh out their correct interpretation ».

23. En sus de la France, l'Amérique est également une illustration du développement de droits naturels par le biais d'une révolution. Voir à ce propos Th. PANGLE, *The Spirit of modern Republicanism*, Chicago, University of Chicago Press, 1988.

constitutionnalisme, mais par instinct de survie dynastique »⁽²⁴⁾. Ainsi, avant même la révolution de 1848 et comme le précise Dieter Grimm, « [l]es droits fondamentaux allemands reniaient donc l'origine jusnaturaliste de l'idée de droit fondamental qui avait servi de justification à la Révolution américaine et française, et ils n'étaient pas non plus considérés comme des droits de l'homme »⁽²⁵⁾.

123. Après la seconde guerre mondiale, la protection des droits fondamentaux est devenue une préoccupation importante pour le Conseil parlementaire allemand qui a décidé, d'une part, de placer ces derniers en tête de la Constitution et, d'autre part, d'adopter une norme « qui devait conférer un fondement et une finalité à chacun des droits fondamentaux, à savoir la garantie de la dignité de l'être humain »⁽²⁶⁾. L'article 1, al. 1, de la Loi fondamentale allemande est ainsi libellé comme suit :

« (1) *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*

(2) *Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.*

(3) *Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht »⁽²⁷⁾.*

124. Dans ce contexte, la dignité de l'être humain est « déclarée « intangible » – un terme qui ne réapparaît à aucun autre endroit dans la Loi fondamentale – et l'État devait non seulement la respecter, mais également la protéger contre les atteintes émanant de tiers ». Cette disposition a ensuite acquis une diffusion telle qu'elle a largement été invoquée « *as a legal and moral ground for protest against degrading and abusive treatment* »⁽²⁸⁾, bien que l'acceptation de la dignité humaine ne soit pas spécifiée expressément dans la Loi fondamentale allemande. En ce sens, elle peut être utilisée tant pour *identifier* les droits fondamentaux, *i.e.* les distinguer parmi d'autres droits ou valeurs, que pour les *justifier*, *i.e.* expliquer leurs raisons d'être.

24. D. GRIMM, « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », *op. cit.*

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*

27. Pour une traduction française : « (1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. (2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde. (3) Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ».

28. O. SCHACHTER, « Human Rights as a Normative Concept », *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, n° 4, pp. 848-854, p. 849.

125. Dès lors, nous ne pouvons souscrire à l'opinion de certains auteurs allemands qui entendent dans la jurisprudence de la CJUE relative aux droits fondamentaux dans l'UE certaines caractéristiques de l'acception allemande des *Grundrechte*⁽²⁹⁾. Nous estimons en effet patent que la justification de l'acception des *droits fondamentaux* de la Charte spécifiée ci-dessus repose sur le besoin de protection de certains intérêts qualifiés de la personne, et non sur la dignité humaine. Ainsi, le fait que la CJUE ait originellement développé sa jurisprudence relative aux *droits fondamentaux* dans des situations mettant en cause l'Allemagne⁽³⁰⁾ ne doit pas être perçu comme constituant une reprise de l'acception allemande des *Grundrechte* à l'échelle de l'UE mais, tout au plus, comme une reprise terminologique de la notion de *Grundrechte*, traduite par *droits fondamentaux*, avec toutefois une acception différente.

B. – UNE ACCEPTION CONFORTÉE PAR UNE APPROCHE RÉFLEXIVE

126. Comme mentionné dans l'introduction, la présente étude adopte une méthodologie réflexive et vise à confronter les principales observations découlant de l'analyse de la Charte et de la pratique de la CJUE à des ressources philosophiques, dans la mesure où « *[p]hilosophical definitions of rights attempt to capture the way the term is used in legal, political and moral writing and discourse* »⁽³¹⁾. En ce sens, nous argumentons que l'acception des *droits fondamentaux* dans la Charte spécifiée ci-dessus est corroborée par les principaux courants théoriques existants⁽³²⁾ (*infra* 1). Par ailleurs, nous souhaitons également préciser la position de la présente étude eu regard à l'important débat au sein de la littérature juridique quant au caractère moral et/ou légal des droits fondamentaux (*infra* 2).

1. – La théorie de l'intérêt

127. Comme le souligne Dieter Grimm, le fait que des juridictions ne s'expriment pas *expressément* en faveur d'une théorie spécifique des droits

29. Voir J. KÜHLING, « Fundamental Rights », in A. VON BOGDANDY, J. BAST (édit.), *Principles of European Constitutional Law*, 2^e éd., Oxford, Munich, Hart Publishing, Beck, 2010, pp. 479-514, p. 490, note de bas de page 63 : « [...] quite a few efforts have already been made to transfer German fundamental rights doctrine to Community fundamental rights ».

30. Voir *supra* §§ 91-92.

31. J. RAZ, « On the Nature of Rights », *Mind*, vol. 93, 1984, pp. 194-214, p. 195.

32. Nous n'avons pas la prétention d'exposer ici les nombreuses et diverses approches théoriques existantes en matière de droits fondamentaux. Nous limitons ainsi nos propos à l'une des théories qui, selon nous, permet d'expliquer au mieux l'acception des droits fondamentaux dans le cadre de l'Union européenne.

fondamentaux ne signifie pas que, lors de la résolution de cas concrets, elles ne soient pas influencées par l'une ou l'autre théorie.⁽³³⁾ Dès lors, le fait que ces théories ne soient pas « thématiques en tant que telles et ne résultent pas non plus d'une décision formelle » rend nécessaire, sur la base des cas résolus, « de reconnaître rétrospectivement quelles hypothèses théoriques ont déterminé la jurisprudence d'une juridiction⁽³⁴⁾ ».

128. À notre sens, l'approche jurisprudentielle de la CJUE relative aux droits fondamentaux fait écho à une théorie largement répandue souvent dénommée *théorie de l'intérêt (Interest Theory of Rights)*⁽³⁵⁾. Selon cette théorie, qui peut légèrement différer selon les auteurs⁽³⁶⁾, une personne est titulaire d'un droit fondamental lorsqu'un aspect de son bien-être – *i.e.* son intérêt – constitue une raison suffisante pour donner naissance à des obligations à l'endroit d'une ou plusieurs personnes identifiables⁽³⁷⁾. Cette théorie a ainsi pour caractéristique, d'une part, de rendre possible « *the recognition of a right before specifying which duties correspond to it* »⁽³⁸⁾ et, d'autre part, elle « *does not preclude any of the means, and duties in particular, that could help protect the right* »⁽³⁹⁾.

129. Par ailleurs, selon cette approche, les *intérêts* protégés par les droits fondamentaux doivent être qualifiés – *i.e.* être universels et appartenir à toute personne du simple fait qu'elle est une personne – et suffisamment importants pour être susceptibles de faire l'objet de menaces qui justifient la création d'une ou plusieurs obligations⁽⁴⁰⁾. En outre, l'identification desdites obligations, de même que leur allocation à un ou

33. D. GRIMM, « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », *op. cit.*

34. *Ibid.*

35. J. RAZ, « On the Nature of Rights », *op. cit.*, p. 195. Voir ég. N. MACCORMICK, *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1982 ; N. MACCORMICK, « Rights in Legislation », in P. HACKER, J. RAZ (édit.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of HLA Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 189-289. Bien que ces auteurs traitent des *droits* et non spécifiquement des *droits fondamentaux*, ces théories sont pertinentes dans la mesure où les *droits fondamentaux* ne sont en réalité qu'un sous-ensemble des *droits* – en ce qu'ils sont généraux et sont reconnus à chacun indépendamment d'un statut particulier – et sont donc distincts d'autres droits spéciaux. A ce propos, voir not. S. BESSON, « La structure et la nature de droits de l'homme », *op. cit.*, p. 23.

36. Voir p. ex. S. BESSON, qui a développé une « Modified Interest Theory of Rights » (S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 422).

37. J. RAZ, « On the Nature of Rights », *op. cit.*, pp. 207-208 : « [t]o assert that an individual has a right is to indicate a ground for a requirement for action of a certain kind, *i.e.* that an aspect of his well-being is a ground for a duty on another person ».

38. S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 422.

39. *Ibid.*

40. S. BESSON, « La structure et la nature de droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 25 et s. ; J. WALDRON, « Rights in Conflict », *op. cit.*

plusieurs débiteurs, ne peut se faire que dans des circonstances concrètes et les débiteurs de droits fondamentaux sont toujours des institutions⁽⁴¹⁾.

130. Au regard de ce courant théorique, l'acceptation de la notion de *droit fondamental* garanti par la Charte peut, à notre sens, être comprise comme la relation entre le titulaire d'un intérêt abstrait susceptible d'être considéré, dans certains cas concrets, comme suffisamment important pour donner naissance, également dans certains cas concrets, à des obligations concrètes à l'endroit, respectivement, des États membres et des institutions européennes. L'*objet* d'un droit fondamental de la Charte, *i.e.* l'intérêt protégé par le droit, est ainsi identifiable *in abstracto* dans le catalogue des droits énumérés dans la Charte tandis que le *contenu* du droit fondamental, *i.e.* les obligations pouvant naître pour assurer le besoin de protection de l'intérêt face à certaines menaces, doit être identifié *in concreto* par les juridictions nationales compétentes et la CJUE.

2. – Les droits fondamentaux *qua* droits légaux

131. La littérature juridique distingue traditionnellement entre les *droits* – qu'ils soient *fondamentaux* ou non – *légaux* et *moraux*. Dans ce contexte, les droits *légaux* peuvent être définis comme « *rights which exist under the rules of legal systems or by virtue of decisions of suitably authoritative bodies within them* »⁽⁴²⁾. En ce sens, toutes les dispositions énoncées dans la Charte peuvent être conçues comme des *droits fondamentaux légaux*, *i.e.* « *fundamental and general moral interests recognized by the law as sufficiently important to generate moral duties* »⁽⁴³⁾.

132. Toutefois, lesdites dispositions expriment des valeurs propres à l'être humain de sorte que l'on ne peut faire abstraction de leur dimension *morale*, qui plus est lorsque l'on s'intéresse à leurs restrictions. Il existe en effet un lien intrinsèque entre les *droits fondamentaux moraux* et les *droits fondamentaux légaux* dans la mesure où ces derniers constituent une reconnaissance juridique des premiers. Ainsi, un *droit fondamental* revêt tant une nature *morale*, en ce qu'il incorpore certains intérêts spécifiques donnant lieu à des obligations particulières, que *légale*, en ce que lesdits intérêts sont consacrés dans des dispositions légales.

41. *Ibid.*

42. K. CAMPBELL, « Legal Rights », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 20 mars 2013.

43. S. BESSON, « Human Rights : Ethical, Political... or Legal ? First Steps in a Legal Theory of Human Rights » in D. CHILDRESS III (édit.), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 211-245, p. 237.

133. Les droits fondamentaux comprennent dès lors une dimension relationnelle entre le titulaire du droit fondamental et le débiteur des obligations qui y correspondent⁽⁴⁴⁾ et jouent ainsi un rôle intermédiaire entre ces deux éléments⁽⁴⁵⁾. Compte tenu de ce rôle intermédiaire, des conflits⁽⁴⁶⁾ peuvent intervenir à plusieurs niveaux, à savoir entre deux ou plusieurs *intérêts* protégés, entre deux ou plusieurs *droits* fondamentaux, ainsi qu'entre deux ou plusieurs *obligations*⁽⁴⁷⁾.

134. Dans la mesure où la présente étude examine les conditions de justifications des restrictions aux droits fondamentaux, telles qu'énoncées à l'article 52 § 1 de la Charte, elle ne porte que sur le cadre et le régime des justifications des restrictions aux *droits fondamentaux légaux* contenus dans la Charte. En ce sens, nous assumons que les intérêts consacrés dans les droits fondamentaux *moraux* ont été reconnus comme suffisamment important pour générer les droits fondamentaux *légaux* énoncés dans la Charte. Nous n'excluons cependant pas que des conflits puissent intervenir *avant* la consécration légale des intérêts protégés par les droits fondamentaux moraux, lesdits conflits étant toutefois exclus de la présente étude.

SECTION 2. – LES NOTIONS DE *LIBERTÉ* ET *PRINCIPE* DANS LA CHARTE

135. La distinction explicite énoncée à l'article 52, § 1, de la Charte et dans son préambule entre les *droits*, les *libertés* et les *principes* qui y sont contenus, de même que la variété dans le libellé des dispositions de la Charte, nous pousse à nous interroger sur l'existence d'une acception distincte des notions de *liberté* et de *principe*, par rapport à celle de *droit fondamental* spécifiée ci-dessus⁽⁴⁸⁾. La nécessité de répondre à cette interrogation est d'autant plus pressante que le régime de justification des

44. Voir S. BESSON, « La structure et la nature de droits de l'homme », *op. cit.*, p. 24.

45. Pour aller plus loin sur le rôle intermédiaire des droits fondamentaux, voir not. J. RAZ, « On the Nature of Rights », *op. cit.*, p. 208 ; S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 424.

46. Dans le présent chapitre, nous entendons par *conflit* une contradiction entre plusieurs éléments – respectivement des intérêts, des droits ou des obligations, qui ne peuvent, de ce fait, être reconnus ou appliqués simultanément. Nous empruntons cette définition à S. BESSON, pour qui « [c]onflicts of legal rights occur when one or more valid legal rights are incompatible and cannot be fully respected jointly » (S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 435). Pour plus de détail sur la notion de conflit dans le cadre des limitations des droits fondamentaux, voir *infra* Partie 1, titre 2.

47. Voir S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 426.

48. Voir *supra* Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1.

restrictions applicable diverge selon que l'on se trouve en présence, par exemple, d'un *droit fondamental* ou, respectivement, d'un *principe*.

136. Eu égard à la notion de *libertés*, nous argumentons notamment qu'une démarcation stricte entre les dispositions de la Charte contenant des *libertés*, d'une part, et celles contenant des *droits fondamentaux*, d'autre part, n'est ni souhaitable, ni réalisable. Cependant, un tel argument nécessite de clarifier l'acception des diverses notions liées aux dites libertés, notamment celles de *libertés de circulation* (*infra* A). S'agissant des *principes*, nous estimons, en substance, qu'une clarification entre les acceptions de *principes généraux de l'Union européenne* et de *principes* au sens de la Charte est indispensable et qu'une identification abstraite des dispositions de la Charte comprenant des principes n'est ni réaliste, ni souhaitable (*infra* B).

A. – LA NOTION DE LIBERTÉ DANS LA CHARTE

137. Dans le contexte de l'Union européenne, la notion de *liberté* est très prégnante et fait écho à une diversité tant terminologique que sémantique, bien qu'en partie uniquement apparente. À titre illustratif, depuis leur adoption, les traités fondateurs de l'Union européenne ont mentionné l'expression de *libertés de circulation* pour faire référence aux instruments permettant la réalisation du marché intérieur. Aujourd'hui encore, d'ailleurs, l'article 26, § 2, du TFUE énonce ainsi que « [l]e marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la *libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux* est assurée selon les dispositions des traités »⁽⁴⁹⁾.

138. Cependant, la littérature germanophone a progressivement préféré l'expression de *Grundfreiheiten*⁽⁵⁰⁾ pour faire référence aux dites libertés de circulation⁽⁵¹⁾, bien que la version allemande de l'article 26, § 2,

49. Souligné par nous.

50. Parmi les très nombreux ouvrages existants, voir p. ex., E. TSCHERNER, *Arbeitsbeziehungen und Europäische Grundfreiheiten*, Berlin, De Gruyter, 2012 ; B. STRASSBURGER, *Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012 ; ainsi que les chapitres dédiés aux *Grundfreiheiten* dans les manuels suivants : R. BIEBER, A. EPINEY, M. HAAG, *Die Europäische Union. Europarecht und Politik*, 12^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2016 ; D. EHLERS (édit.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4^e éd., Berlin, De Gruyter, 2014 ; J. GEBAUER, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, Berlin, Duncker Humblot, 2004 ; R. GRABER, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Munich 2002, VVF. Voir aussi V. SKOURIS, « Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht », *Die Öffentliche Verwaltung*, vol. 59, 2006, n° 3, pp. 89-97.

51. Pour aller plus loin sur l'émergence de cette expression dans la littérature germanophone, voir not. Th. KINGREEN, « Fundamental Freedoms », in A. VON BOGDANDY, J. BAST

du TFUE prévoit également que « *[d]er Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist* »⁽⁵²⁾. Cette expression s'est ensuite diffusée⁽⁵³⁾, tant au sein de la littérature francophone qu'au sein des institutions européennes, au travers de l'expression *libertés fondamentales*⁽⁵⁴⁾. Toutefois, l'expression francophone de *libertés fondamentales* est également utilisée pour se référer aux acceptions, totalement distinctes, de *droits de l'homme*, dans un contexte national français, voire de *droits fondamentaux*, dans le contexte de l'UE⁽⁵⁵⁾.

139. Il nous apparaît dès lors indispensable de clarifier, dans un premier temps, la diversité terminologique et sémantique liée à ces notions (*infra* 1). Dans un second temps, il importe de spécifier l'acception de la notion de *liberté* énoncée à l'article 52, § 1, de la Charte, et notamment ce qui la distingue de celle de *droit fondamental* (*infra* 2). Enfin, dans un dernier temps, la consécration dans la Charte de la « [l]iberté de circulation et de séjour »⁽⁵⁶⁾ nécessite d'examiner si cette *liberté de circulation* emporte une acception similaire ou distincte à celles d'autres *libertés* et/ou *droits fondamentaux* qui y sont garantis, dans la mesure où leurs régimes de restriction respectifs divergent (*infra* 3).

1. – Une diversité terminologique et sémantique

140. Au vu de la diversité terminologique entre, notamment, les notions de *libertés*, de *libertés de circulation* et de *libertés fondamentales* dans le contexte de la Charte, certains auteurs n'ont pas manqué d'identifier les

(édit.), *Principles of European Constitutional Law*, 2^e éd., Oxford, Munich, Hart Publishing, Beck, 2010, pp. 515-549, pp. 515 et s. ; W. PFEIL, *Historische Vorbilder und Entwicklung des Rechtsbegriffs der « Vier Grundfreiheiten » im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Francfort et al., Peter Lang, 1998.

52. Souligné par nous.

53. En Espagne, voir l'expression *las libertades básicas* dans l'ouvrage de J. NIETO SOLÍS, *Fundamentos y Políticas de la Unión Europea*, Madrid, Siglo XXI, 1998, pp. 91 et s. En Angleterre, l'expression *four freedoms* semble être préférée, voir p. ex. C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2016.

54. A titre illustratif, il est symptomatique de voir que le Parlement européen mentionne « La libre circulation des marchandises, la première des quatre *libertés fondamentales* du marché intérieur [...] » sur son site internet : http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/fr/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.2.html [consulté le 4 août 2018].

55. Voir p. ex. les ouvrages de P.-H. PRÉLOT, *Droit des libertés fondamentales*, 2^e éd., Paris, Hachette, 2010 ; L. FAVOREU et al., *Droit des Libertés fondamentales*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2015 ; X. BIOY et al., *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2017 ; Ch. DENIZEAU, *Droit des libertés fondamentales*, 6^e éd., Paris, Vuibert, 2017.

56. Voir l'art. 45 de la Charte.

difficultés sémantiques qui y sont liées⁽⁵⁷⁾, bien qu'ils n'aient pas proposé de solution pour y remédier, préférant s'en remettre à une jurisprudence ultérieure de la CJUE qui spécifierait l'acception de chacune de ces notions.

141. À titre illustratif, pour Fabrice Picod, « [i]l serait temps que les juridictions communautaires prennent soin de mieux distinguer les droits qu'elles considèrent comme fondamentaux, faute de quoi le système de protection continuera d'être critiqué en raison de son caractère lacunaire et la notion pourra difficilement prospérer »⁽⁵⁸⁾. Or, si nous approuvons le fait de se tourner vers la jurisprudence de la CJUE pour y recueillir des éléments de réponse susceptibles de nous éclairer sur l'acception de ces différentes notions, nous estimons cependant que ladite jurisprudence rendue préalablement à l'entrée en vigueur de la Charte contient déjà de précieuses indications y relatives⁽⁵⁹⁾. Nous argumentons ainsi que les notions de *libertés fondamentales* et de *libertés de circulation* revêtent la même acception, d'une part, et que cette dernière doit être distinguée de celle de *droit fondamental* contenue dans la Charte, d'autre part.

142. Eu égard au premier point, il convient de relever que l'exercice visant à identifier les libertés de circulation n'est pas aisé. Traditionnellement, il est fait référence à l'article 26, § 2, du TFUE qui énumère quatre libertés de circulation : la *libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux*. Les quatre libertés énoncées ne reflètent toutefois pas la réalité, ces dernières étant en fait bien plus nombreuses, ce qui rend leur identification difficile. À titre illustratif, la liberté de circulation des *personnes* combine la liberté de circulation du travailleur⁽⁶⁰⁾ et la liberté d'établissement⁽⁶¹⁾, tandis que la liberté de circulation des marchandises distingue entre les marchandises importées et les marchandises exportées, chacune ayant un régime propre eu égard aux entraves tarifaires et non-tarifaires⁽⁶²⁾. Par ailleurs, à ces libertés économiques de circulation s'ajoute

57. Voir p. ex. D. ANDERSON, C. MURPHY, « The Charter of Fundamental Rights », *op. cit.* ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.* ; F. PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 531 et s.

58. F. PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 531.

59. La Charte était en effet déjà citée par la CJUE avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, voir p. ex. CJCE, 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, pts 34, 38, 58 et 59 ; CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, pt 37 ; CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, pts 45-46 ; CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, pts 43-44 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, pt 90 ; CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae*, pts 61 et s.

60. Art. 45 TFUE.

61. Art. 49 TFUE.

62. E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, « Avant-propos », in E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'Unité des libertés de circulation. In varietate concordia*. Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1-7, p. 3.

une liberté de circulation *citoyenne*, dont la relation avec les précédentes est ambiguë⁽⁶³⁾.

143. Afin de pouvoir spécifier l'acceptation de ces notions, nous jugeons nécessaire de les replacer dans leur contexte. Ainsi, et sans qu'il soit utile de retracer ici l'histoire de la construction européenne⁽⁶⁴⁾, rappelons que dans le préambule du TCE, de même que dans celui du TUE et du TFUE, les États membres affirmaient être déterminés « à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens ». L'instrument essentiel en vue d'atteindre cet objectif n'était autre que la réalisation d'un *marché intérieur*, à savoir un marché unique dans lequel les personnes, les marchandises, les services et les capitaux pouvaient circuler librement, et à l'intérieur duquel les citoyens européens pouvaient librement vivre, travailler ou encore étudier. Le droit matériel des communautés européennes puis de l'Union européenne concrétise cet objectif en énumérant les règles et les principes dont le respect permet la construction progressive du marché intérieur par la réalisation d'un espace économique et juridique intégré⁽⁶⁵⁾.

144. L'interprétation par la CJUE des dispositions des traités énumérant ces différentes libertés de circulation n'a cependant pas toujours été univoque et systématique⁽⁶⁶⁾. Ainsi, il est progressivement devenu difficile de distinguer entre les mesures des États membres ayant des impacts négatifs sur le marché intérieur et celles qui n'en avaient pas⁽⁶⁷⁾. En 1993, le fameux arrêt *Keck et Mithouard*⁽⁶⁸⁾ « *brought an end to the decades of self-confinement of legal scholarship* »⁽⁶⁹⁾ en précisant le

63. *Ibid.*, p. 4.

64. À cette fin, voir l'ouvrage de M.-Th. BITSCH, *Histoire de la construction européenne. De 1945 à nos jours*, Paris, 2008, Editions Complexe. Voir ég. J. CARPENTIER, F. LEBRUN (dir.), *Histoire de l'Europe*, Paris, Édition du Seuil, 2014.

65. Pour aller plus loin, voir not. N. DE GROVE-VALDEYRON, *Droit du marché intérieur européen*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 2017 ; L. DUBOIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 7^e éd., Paris, Montchrétien, 2015 ; C. BOUTAYEB, *Droit matériel de l'Union européenne*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2017 ; R. BIEBER, A. EPINEY, M. HAAG, *Die Europäische Union. Europarecht und Politik*, op. cit. ; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, op. cit. ; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law, Text and Materials*, 3^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

66. Pour aller plus loin, voir p. ex. L. GORMLEY, « Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in *Keck & Mithouard* », *European Business Law Review*, vol. 5, 1994, pp. 63-67 ; R. JOLIET, « Der freie Warenverkehr : Das Urteil *Keck und Mithouard* und die Neuorientierung der Rechtsprechung », *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil*, 1994, p. 979-987 ; A. FROMONT, Ch. VERDURE, « La consécration du critère de l'« accès au marché » en matière de libre circulation des marchandises : mythe ou réalité? », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, n° 4, pp. 717-748.

67. Pour de nombreux exemples tirés de la jurisprudence, voir not. Th. KINGREEN, « Fundamental Freedoms », op. cit., p. 516.

68. CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*.

69. Th. KINGREEN, « Fundamental Freedoms », op. cit., p. 516.

champ d'application de l'article 34 TFUE qui, d'une part, inclut les mesures relatives aux caractéristiques des produits – qui peuvent constituer des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives même si elles sont indistinctement applicables – et, d'autre part, exclut les modalités de vente non-discriminatoires⁽⁷⁰⁾.

145. Cet arrêt constitue la source d'un changement d'approche méthodologique dans l'analyse des *libertés de circulation* »⁽⁷¹⁾ car, ainsi que le résume fort bien Thorsten Kingreen : « [a]longside the treatment of singular specific topic, for the first time publications tried to develop and deduct the common theoretical and methodological features of the principles of the free movement of goods and workers, the freedom of capital movements and payments, and the freedom of establishment and to provide services »⁽⁷²⁾. Ainsi, la littérature juridique, principalement germanophone, a depuis, développé des expressions génériques dans l'optique d'aboutir à une approche systématique et uniforme des libertés de circulation, se focalisant dorénavant sur leurs caractéristiques communes plutôt que sur leurs spécificités⁽⁷³⁾.

146. L'expression *Grundfreiheiten* trouve donc son origine dans l'évolution de l'approche méthodologique dans l'analyse des libertés de circulation, supportée en outre par la jurisprudence de la CJUE⁽⁷⁴⁾. En effet, cette dernière cour a affirmé à cette même période que « la comparaison entre ces différentes dispositions [*ndla* : relatives aux libertés de circulation] fait apparaître que celles-ci sont fondées sur les mêmes principes »⁽⁷⁵⁾. De cette évolution, dans le courant de la dogmatique allemande, est ainsi issue la notion de *libertés fondamentales*, dans la perspective de développer une grille d'analyse et des principes communs aux libertés de circulation pour faciliter leur application et la prévisibilité des décisions des autorités compétentes. Les acceptations des notions de *libertés de circulation* et de *liberté fondamentale*, dans le contexte de l'Union européenne, peuvent dès lors être considérées comme similaires dans la mesure où ce n'est qu'au

70. CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, pts 15 et 16.

71. Th. KINGREEN, « Fundamental Freedoms », *op. cit.*, p. 516.

72. *Ibid.*

73. *Ibid.*

74. Pour aller plus loin, voir not. D. CLASSEN, « Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten ? », *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, vol. 6, 1995, pp. 97-106 ; Ph. STEINBERG, « Zur Konvergenz der Grundfreiheiten auf der Tatbestands- und Rechtfertigungsebene », *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, vol. 29, 2002, pp. 13-25.

75. Voir p. ex. CJCE, 20 mai 1992, *Claus Ramrath*, pt 17.

niveau de la méthodologie suivie pour leur analyse qu'une distinction terminologique peut se justifier⁽⁷⁶⁾.

147. Eu égard au second point, nous estimons que même si la Charte rappelle dans son préambule que l'Union européenne « assure la libre circulation des personnes, des services, des marchandises et des capitaux, ainsi que la liberté d'établissement », elle ne dresse toutefois pas ces libertés de circulation au rang de droits fondamentaux. En effet, aucune de ces libertés de circulation n'y est expressément mentionnée dans la mesure où elles ne constituent, à notre sens, que des *droits* – tout court – de l'Union européenne mais ne peuvent être qualifiées de *droits fondamentaux*, au sens spécifié ci-dessus.

148. Toutefois, il est une *liberté de circulation* qui a finalement été consacrée dans la Charte ; à savoir la liberté de circulation *des citoyens* de l'Union européenne, énoncée à l'article 45 de la Charte⁽⁷⁷⁾, qui prévoit à son alinéa premier que « [t]out citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ». Cette consécration signifie, selon nous, que contrairement aux intérêts protégés par les autres libertés de circulation de l'Union européenne, les intérêts protégés par cette disposition sont jugés suffisamment importants pour générer des obligations de protection envers les États membres et les institutions de l'UE face à certaines menaces.

149. Notre point de vue est conforté, au demeurant, par la directive 2004/38/CE⁽⁷⁸⁾ qui souligne dans son préambule, que « [la] citoyenneté de l'Union confère à chaque citoyen de l'Union un *droit fondamental et individuel* de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et des restrictions fixées par le traité et des mesures adoptées en vue de leur application »⁽⁷⁹⁾. L'article 45 de la Charte ne faisant ainsi que consacrer une disposition déjà existante au niveau

76. Dans la suite de la présente étude, nous ferons uniquement référence à l'expression *libertés de circulation* afin de rester au plus près de la lettre des traités.

77. Voir aussi l'art. 21, § 1, TFUE qui prévoit que « Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application ».

78. Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 158, p. 77.

79. Souligné par nous.

des traités⁽⁸⁰⁾, certains auteurs s'interrogent d'ailleurs sur la pertinence de l'avoir inclus dans la Charte, qu'ils estiment purement symbolique⁽⁸¹⁾.

150. Au vu de ce qui précède, deux constatations peuvent ainsi être formulées, au terme desquelles la diversité terminologique liée à la notion de *liberté* dans la Charte ne s'accompagne que partiellement d'une diversité sémantique. Ainsi, premièrement, les notions de *libertés de circulation* et de *libertés fondamentales* revêtent une acception similaire dans le contexte de l'UE, en dépit de(s) l'(l')acception(s) qu'elles peuvent revêtir au niveau national. Deuxièmement, si l'acception des *droits fondamentaux* dans la Charte ne s'étend pas aux *libertés de circulation* originaires, elle englobe néanmoins la *liberté de circulation citoyenne*.

2. – L'acception de la notion de liberté dans la Charte

151. Fort de ces précisions, nous pouvons nous attarder sur l'acception de la notion de *libertés* dans la Charte et, plus spécifiquement, sur la raison pour laquelle cette dernière les distingue expressément des *droits fondamentaux* dans son article 52, § 1 et dans son préambule⁽⁸²⁾. À notre sens, une telle distinction remonte à la distinction anglophone classique entre *claim right* et *liberty right* effectuée par Wesley Hohfeld⁽⁸³⁾, ayant pour point de départ que, d'une façon générale, un *droit* a pour corollaire logique une *obligation* correspondante⁽⁸⁴⁾.

80. Pour un aperçu de l'évolution jurisprudentielle relative à la liberté de circulation des citoyens, voir p. ex. J.-P. JACQUÉ, « Article II-105 », in L. BURGOGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Partie II – La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 575-577, p. 574 ; S. GASTALDI, *Citoyenneté de l'Union et libre circulation : du critère économique au statut unique*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2013.

81. Voir p. ex E. SPAVENTA, « [...] the fact that those rights are of little practical relevance should not detract from the symbolic importance of their inclusion in the Union fundamental rights instrument [...] » (E. SPAVENTA, « Article 45 », in S. PEERS *et al.* (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 1161-1176, p. 1176).

82. Pour rappel, la phrase de clôture du préambule prévoit que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés ci-après ».

83. W. HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, vol. 23, 1913, pp. 16-59.

84. W. HOHFELD fait mention de *claim-right* et de *duty*, que nous reprenons dans la présente étude par les termes de *droit* et *obligation*. De même, le terme de *privilege* de W. HOHFELD est transcrit ici par le terme de *liberté* (d'autres auteurs retiennent également cette dernière terminologie, voir p. ex. H. STEINER, *An Essay on Rights*, Oxford, Cambridge, Massachusetts, Blackwell, 1994, pp. 59-60).

152. Ainsi, si une personne *A* a un *droit* à une prestation spécifique de la part d'une personne *B*, alors la personne *B* a une *obligation* envers la personne *A* d'accomplir ladite prestation. Par contre, lorsqu'une personne *A* a la *liberté* d'accomplir une prestation spécifique à l'égard d'une personne *B*, alors la personne *B* n'a *pas de droit* à faire valoir à la prestation susceptible d'être accomplie par la personne *A*. Ainsi, la *liberté* de la personne *A* d'accomplir une prestation est la négation de l'existence d'une *obligation* de cette même personne d'effectuer la prestation concernée⁽⁸⁵⁾. En ce sens, la *liberté* se rapproche de la notion de liberté négative développée par Isaiah Berlin⁽⁸⁶⁾.

153. Dans l'approche hohfeldienne, l'existence d'une distinction entre *droits* et *libertés* se conçoit aisément dans la mesure où ces deux notions ont trait à deux relations différentes : *droit* et *obligation*, d'une part, et *liberté* et *absence de droit*, d'autre part⁽⁸⁷⁾. Cependant, force est de constater que la notion de *droit* est souvent utilisée pour décrire indistinctement ces deux types de relations. Ainsi, si une personne *A* s'est engagée à réaliser une prestation donnée en faveur d'une personne *B*, la personne *A* a, à la fois, la liberté et l'obligation d'effectuer la prestation concernée. À titre illustratif, la liberté d'expression d'une personne *A* pour corollaire l'absence de *droit* – de la part d'autres personnes ou de l'État – de restreindre l'exercice de ladite liberté et, pour contraire, l'*obligation* d'exprimer une certaine opinion⁽⁸⁸⁾. Toutefois et bien que l'on puisse dès lors y voir une *liberté* selon l'approche hohfeldienne, la Charte s'y réfère en tant que *droit* à la liberté d'expression.

154. Les distinctions opérées dans la Charte apparaissant confuses à la lumière de l'approche hohfeldienne, elles nous semblent cependant pouvoir être surmontées si l'on garde à l'esprit qu'elles concernent uniquement la relation juridique en cause. Or, dans la jurisprudence de la CJUE identifiée ci-dessus, ce n'est pas l'*existence* d'un droit fondamental protégé par la

85. Il ne s'agit ici que d'une présentation partielle de la conception hohfeldienne, cette dernière identifiant en sus deux relations supplémentaires entre, respectivement, les notions de *pouvoir* et d'*assujettissement*, d'une part, et d'*immunité* et d'*incapacité*, d'autre part. Pour une analyse plus complète de l'approche hohfeldienne, voir not. M. BENNET, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. HOHFELD », *Klesis – Revue philosophique*, 2011, n° 21, pp. 133-156 ; L. WENAR, « Rights », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 9 septembre 2015.

86. I. BERLIN, « Two Concepts of Liberty », in *Four Essays on Liberty*, Londres, Oxford University Press, 1969.

87. Pour une critique de l'approche hohfeldienne, voir not. J. PENNER, « The Analysis of Rights », *Ratio Juris*, vol. 10, 1997, n° 3, pp. 300-315 (qui critique le fait que W. HOHFELD ne distingue pas entre droit *ad personam* et droit *in rem*) ; N. MACCORMICK, « Rights in Legislation », *op. cit.* (qui critique l'aspect corrélatif entre le droit et les obligations).

88. Pour davantage d'exemples, voir not. J.-F. KERVEGAN, « Eléments d'une théorie institutionnelle des droits », *Klesis – Revue philosophique*, 2011, pp. 112-132.

Charte qui a pour corollaire logique une ou des obligations, car au contraire, lesdites obligations dépendent de la reconnaissance d'intérêt suffisamment important pour générer un droit fondamental. Comme le formule Jean Thomas, « rights are the *grounds* of duties, and logically prior to them »⁽⁸⁹⁾.

155. La distinction éminemment formelle de Wesley Hohfeld ne nous éclaire dès lors pas sur l'objet protégé respectivement par les *droits* et *libertés* de la Charte, de sorte qu'il ne faut pas voir dans ladite distinction davantage qu'une transcription d'une approche qui ne correspond toutefois pas à la réalité dans laquelle s'insère la Charte. En effet, dans le cadre de la présente étude, c'est surtout à l'objet protégé par les droits fondamentaux – *i.e.* un intérêt particulièrement important – qu'il convient de s'intéresser, car c'est sur ce point que leur restriction aura de fortes conséquences.

156. Par conséquent, dans la mesure où un tel intérêt est présent dans toutes les dispositions de la Charte dont le libellé comprend la notion de *libertés*, ces dernières constituent des *droits fondamentaux* au sens évoqué ci-dessus et il ne devrait pas être accordé trop d'importance auxdits libellés. La situation est cependant différente dans le cas spécifique de dispositions de la Charte faisant référence aux *libertés de circulation*.

3. – Les libertés de circulation et les droits fondamentaux

157. Comme nous l'avons démontré, la *liberté de circulation citoyenne* consacrée à l'article 45 de la Charte correspond à un *droit fondamental légal*. Ce simple constat bouscule dès lors les liens traditionnels développés par la CJUE dans des arrêts tels que *Schmidberger*⁽⁹⁰⁾, *Viking*⁽⁹¹⁾, *Laval*⁽⁹²⁾ ou encore *Omega*⁽⁹³⁾ entre les *libertés de circulation* originaires et les *droits fondamentaux*, d'une part, ainsi que l'approche à suivre en cas de contradiction entre ces deux ensembles normatifs, d'autre part.

158. En ce qui concerne le premier point, il importe de relever que les deux ensembles de dispositions que constituent, d'une part, les règles du marché intérieur et, d'autre part, celles de la Charte, ne peuvent être dissociées⁽⁹⁴⁾. Prises séparément, elles réglementent chacune de nombreuses

89. J. THOMAS, *Public Rights, Private Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 82.

90. CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*.

91. CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*.

92. CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*.

93. CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*.

94. Voir not. F.-X. MILLET qui relève qu'« [i]l n'y aurait pas donc pas de hiérarchie matérielle entre les libertés économiques et les droits au sens du droit de l'Union », mais qui fini par

situations entre l'UE et les États membres, mais une telle dissociation omet le fait que « la plupart des droits fondamentaux consacrés dans l'ordre juridique commun, quelle que soit par ailleurs leur origine (communautaire, nationale, européenne – la CEDH – ou internationale), ont été invoqués à l'occasion de litiges mettant en jeu l'application et l'interprétation des règles du marché intérieur »⁽⁹⁵⁾. Autrement dit, comme le formule Thorsten Kingreen, « [q]uestions on fundamental freedoms are always questions on fundamental rights »⁽⁹⁶⁾.

159. Depuis l'entrée en vigueur de la Charte et de son article 45, une contestation peut ainsi être fondée « sur des normes relevant tout à la fois des règles ou principes de la libre circulation et de la protection des droits fondamentaux »⁽⁹⁷⁾. L'interaction entre ces deux ensembles de dispositions peut dès lors être soit positive, lorsqu'une liberté de circulation vient *conforter* un droit fondamental, ou négative, lorsqu'une liberté de circulation *s'oppose* à un droit fondamental. À titre illustratif de la première hypothèse, la liberté de circulation des travailleurs est assortie de divers droits fondamentaux sociaux et procéduraux⁽⁹⁸⁾. En ce qui concerne la seconde hypothèse, depuis l'arrêt *Schmidberger*⁽⁹⁹⁾ la CJUE s'en remet au juge national pour *concilier*⁽¹⁰⁰⁾ les dispositions relatives aux *libertés de circulation* et celles ayant trait aux *droits fondamentaux*⁽¹⁰¹⁾.

nuancer son constat (F.-X. MILLET, « À la lumière de la Charte », in L. BURGOGUE-LARSEN (dir.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2017, pp. 9-31, p. 24).

95. Pour des exemples, voir Ch. MAUBERNARD, « Conciliation des droits et libertés fondamentaux dans le marché intérieur », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2011, chron. n° 5.

96. Th. KINGREEN, « Fundamental Freedoms », *op. cit.*, p. 545.

97. Ch. MAUBERNARD, « Conciliation des droits et libertés fondamentaux dans le marché intérieur », *op. cit.*

98. *Ibid.* ; O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in O. DE SCHUTTER, P. NIHOUL (dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 81-118, p. 104. À titre illustratif, voir les arrêts suivants où le droit fondamental à l'égalité renforce la libre circulation des travailleurs en exigeant une égalité de rémunération entre hommes et femmes : CJCE, 15 juin 1978, *Gabrielle Defrenne* ; CJCE, 27 avril 2006, *Sarah Margaret Richards*.

99. CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*.

100. Dans la mesure où le moyen qu'utilise la CJUE pour vérifier la *conciliation* est un test de proportionnalité, nous y revenons *infra* Partie 3, titre 4. Pour l'instant, voir not. S. DE VRIES, « Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to The European Court of Justice », *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2013, n° 1, pp. 169-192.

101. Dès lors, certains auteurs estiment que les libertés de circulation et les droits fondamentaux ont le même rang. Voir p. ex. Av. gén. TRSTENJAK, 2 juin 2010, *Idryma Typou*, § 86 ; V. SKOURIS, « Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen

160. Eu égard au second point, *i.e.* l'approche à suivre en cas de contradiction entre une *liberté de circulation* originaire et un *droit fondamental*, il importe cependant de relever que certains arrêts de la CJUE, tels que *United Pan-Europe Communications Belgium et al.*⁽¹⁰²⁾ et *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*⁽¹⁰³⁾, dans lesquels des dispositions relatives aux libertés de circulation entraînent en conflit avec des droits fondamentaux, démontrent que « l'efficacité de la méthode de conciliation, invoquée sans autre artifice comme dans l'affaire *Schmidberger*, est illusoire »⁽¹⁰⁴⁾. En effet, une telle méthode revient à « faire peser sur les épaules du juge national l'entière responsabilité de la conciliation »⁽¹⁰⁵⁾ et, dès lors, « à lui imposer une charge ou bien à lui reconnaître un pouvoir, excessifs dans tous les cas »⁽¹⁰⁶⁾. Nous argumentons ainsi qu'il convient de distinguer le mode de résolution des conflits selon qu'un *droit fondamental* de la Charte se trouve opposé à une *liberté de circulation* originaire, d'un côté, ou à la *liberté de circulation citoyenne*, de l'autre.

161. Dans le premier cas de figure, si la recherche d'une « juste conciliation entre les deux positions juridiques »⁽¹⁰⁷⁾ ne fait pas l'unanimité, les cas de conflit entre les *libertés de circulation* et les *droits fondamentaux* mettent en exergue que les premières peuvent constituer un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne, au sens de l'article 52, § 1, de la Charte⁽¹⁰⁸⁾, susceptible de restreindre les droits fondamentaux. Quant à ces derniers, ils peuvent également constituer un objectif légitime susceptible de restreindre les libertés de circulation. Ainsi, les libertés de circulation originaires répondant avant tout à des objectifs économiques, elles n'ont pas pour objet la protection d'intérêts particulièrement importants de la personne et ne peuvent se voir reconnaître le statut de *droit fondamental* de l'Union européenne, contrairement à la liberté de circulation citoyenne garantie à l'article 45 de la Charte⁽¹⁰⁹⁾.

162. Dans le second cas de figure, et bien que la liberté de circulation des citoyens puisse faire l'objet de restrictions qui « s'inspirent de l'idée que

Gemeinschaftsrecht », *op. cit.*, p. 93, qui estime qu'il n'y a pas de rapport hiérarchique entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux et argumente en faveur d'une équivalence de principe entre les deux.

102. CJCE, 13 décembre 2007, *United Pan-Europe*, pt 41.

103. CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*.

104. Ch. MAUBERNARD, « Conciliation des droits et libertés fondamentaux dans le marché intérieur », *op. cit.*

105. *Ibid.*

106. *Ibid.*

107. Voir Av. gén. TRSTENJAK, 2 juin 2010, *Idryma Typou*.

108. Pour plus de détails sur cette condition de justification, voir *infra* Partie 3, titre 3.

109. Voir not. *supra* Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1.

l'exercice du droit de séjour des citoyens de l'Union peut être subordonné aux intérêts légitimes des États membres »⁽¹¹⁰⁾, nous estimons que lesdites restrictions excèdent désormais le champ purement économique et doivent faire l'objet d'une attention particulière⁽¹¹¹⁾. En ce sens, l'examen du régime des restrictions du droit fondamental à la libre circulation des citoyens devra dès lors s'effectuer en tenant compte du second alinéa de l'article 52, § 1 de la Charte, qui prévoit que « les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci ». L'article 21 du TFUE⁽¹¹²⁾ comprenant le même droit que l'article 45 de la Charte, les spécificités issues du droit dérivé – relatives notamment à la clause d'ordre public et la jurisprudence y relatives – devront être prises en compte⁽¹¹³⁾.

B. – LA NOTION DE *PRINCIPE* DANS LA CHARTE

163. La notion de *principe* étant fortement utilisée dans le cadre de l'Union européenne, nous estimons nécessaire de distinguer, d'une part, les *principes généraux de l'Union européenne*, dont les droits fondamentaux de l'UE font partie (*infra* 1) et, d'autre part, l'acception de la notion de *principe* dans le cadre de la Charte (*infra* 2). À cet égard, nous argumentons que la spécification de la notion de *principe* dans la Charte s'impose pour deux raisons principales.

164. Premièrement, en raison de l'invocabilité limitée devant la CJUE des *principes* par rapport aux *droits fondamentaux* et aux *libertés*⁽¹¹⁴⁾.

110. CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, pt 90.

111. H. LABAYLE, « Article 45 » in RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, pp. 348-355, p. 352 ; J.-P. JACQUÉ, « Article II-105 », *op. cit.*

112. Voir not. l'art. 21, § 1, TFUE : « Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application ».

113. Pour plus de détails, voir la Partie 3 de la présente étude. À ce stade, notons tout de même qu'en ce que l'art. 45 de la Charte garantit une liberté de circulation des personnes, la jurisprudence de la CJUE prévoit – en sus des conditions de limitation que sont l'existence d'une base légale (i), la poursuite d'un intérêt d'objectif général (ii), le respect de la proportionnalité (iii) et du contenu essentiel du droit (iv) prévues à l'article 52, § 1, de la Charte – le respect du principe de non-discrimination avec les ressortissants nationaux (voir. ég. CJCE, 17 juin 1997, *Mann Singh Shingara* ; CJCE, 30 avril 1998, *Commission c. Allemagne*).

114. Rappelons que l'art. 52, § 5, de la Charte prévoit que « [l]es dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ».

Deuxièmement, rappelons que certains États membres, *i.e.* le Royaume-Uni, la Pologne et la République tchèque, ont requis et obtenu une dérogation à l'application de la Charte dans leurs systèmes nationaux⁽¹¹⁵⁾. Bien que ces trois pays aient eu des raisons différentes de requérir ou d'adhérer au protocole n° 30 au TFUE⁽¹¹⁶⁾, l'absence de justiciabilité de la Charte à leur égard – entendu ici au sens d'invocabilité directe, et non uniquement comme l'existence d'une voie de droit – a pour conséquence, comme le relève à juste titre Jürgen Kühling, que « *the differentiation between fundamental rights as general principles of law and the fundamental rights laid down in the Charter always has a direct impact on the fundamental rights protection in the UK and in Poland* »⁽¹¹⁷⁾. Autrement dit, la coexistence de ces deux sources de protection des droits fondamentaux est susceptible d'engendrer, à tout le moins à l'égard du Royaume-Uni, de la Pologne et la République tchèque, une distinction dans la protection accordée aux droits fondamentaux qu'elles incorporent⁽¹¹⁸⁾.

115. Voir le protocole n° 30 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni, ainsi que le point 2 des conclusions du Conseil européen des 29 et 30 octobre 2009, ce dernier précisant que « [...] tenant compte de la position de la République tchèque, les chefs d'États ou de gouvernement sont convenus d'annexer, lors de la conclusion du prochain traité d'adhésion, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives, le protocole (annexe I) au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Ladite annexe I prévoit, en son article 1, que « Le protocole n° 30 sur l'application de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni s'applique à la République tchèque ».

116. La Pologne a émis des craintes quant à la possibilité de voir sa législation nationale relative à l'avortement, aux mariages entre personnes de même sexe ainsi qu'à l'euthanasie remise en cause par la Charte (pour aller plus, voir not. G. GULIYEVA, M. WYRZYKOWSKI, « Protocol (N° 30) on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom », in Hermann-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (édit.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2013, pp. 1737-1760, § 46).

L'opt-out du Royaume-Uni est justifié car « *UK has a completely different approach to fundamental rights protection according to which social rights are guaranteed not by the judiciary, but by the democratically legitimised legislature* » (J. KÜHLING, « Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 488). Pour en savoir plus sur le système de protection du Royaume-Uni, voir not. J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 282 et s.

Quant à la République tchèque, elle craignait que la Charte ne permette une remise en cause des décrets Beneš ayant trait à l'expropriation et la confiscation des biens des minorités allemandes des Sudètes après la seconde guerre mondiale (pour aller plus loin, voir not. A. ARNULL, « Protocol (N° 30) on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom », in S. PEERS *et al.* (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 1595-1612, p. 1602).

117. J. KÜHLING, « Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 488.

118. Rappelons à cet égard que le protocole n° 30 « only applies to the specific additional guarantees of the Charter, not to the fundamental rights as general principles of Community law » et qu'il « impedes a dedicated development of fundamental rights granted by the

1. – Les principes généraux de l'Union européenne

165. Les *principes généraux de l'Union européenne* constituent une source non écrite du droit de l'Union européenne. Identifiés par la CJUE, ils dérivent des traditions constitutionnelles communes des États membres⁽¹¹⁹⁾ ou peuvent être propres à l'Union européenne⁽¹²⁰⁾. Parmi ces derniers, la jurisprudence de la CJUE a progressivement identifié des principes *fonctionnels*, *i.e.* destinés à assurer le bon fonctionnement de l'Union européenne, tels que le principe de l'État de droit⁽¹²¹⁾ – qui incorpore notamment le principe de la légalité⁽¹²²⁾ – ou encore le principe d'une bonne administration de la justice⁽¹²³⁾. Aux côtés de ceux-ci, cette cour a également développé des principes *institutionnels*, *i.e.* liés à la nature particulière de l'UE et de ses institutions, tels que le principe de solidarité entre les États membres⁽¹²⁴⁾ et le principe de proportionnalité⁽¹²⁵⁾.

166. Comme précisé ci-dessus⁽¹²⁶⁾, les droits fondamentaux firent leur entrée dans le droit de l'UE en tant que *principes généraux de l'Union européenne*, ce qu'ils continuent au demeurant d'être, comme le rappelle l'article 6, § 3, du TUE⁽¹²⁷⁾. Les droits fondamentaux de l'Union européenne sont néanmoins dorénavant consacrés dans la Charte, de sorte que la principale caractéristique entre les *principes* contenus dans la Charte et les *principes généraux du droit de l'UE* réside précisément dans leurs sources : les *principes* de la Charte, au même titre que les *droits* et les *libertés* qui

Charter and will therefore unnecessarily intensify the dual approach to fundamental rights as laid down in the Charter and those as general principles of law » (J. KÜHLING, « Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 489).

119. Par exemple, le principe d'enrichissement illégitime (CJCE, 11 juillet 1968, *Henri Danvin*) et le principe de la hiérarchie des normes (CJCE, 17 décembre 1970, *Köster et Berodt*).

120. Pour aller plus loin, voir p. ex. P. REUTER, « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit », in *Problèmes de droit des gens. Mélanges offerts à Henri ROLIN*, Paris, Pedone, 1964, pp. 263-283 ; D. SIMON, « Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, n° 14, pp. 73-86 ; R.-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

121. Pour aller plus loin sur le principe de l'État de droit dans l'Union européenne, voir not. A. VON BOGDANDY, « Founding Principles », *op. cit.*

122. CJCE, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil*.

123. CJCE, 13 novembre 1973, *Wilhelm Werhahn Hansamühle*.

124. CJCE, 7 février 1973, *Commission c. Italie*.

125. CJCE, 18 mars 1980, *SpA Ferriera Valsabbia*. L'article 5, § 4, TUE précise que « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ».

126. Voir *supra* Partie 1, titre 1, chap. 1, section 2.

127. Voir *supra* note de bas de page 91.

y figurent, sont originaires des *principes généraux du droit de l'UE* qui, quant à eux, sont originaires, notamment, des traditions constitutionnelles communes aux États membres et de la CEDH.

167. Par ailleurs, l'objet des *principes généraux du droit de l'Union européenne* ne portent pas que sur des droits fondamentaux de l'UE, mais incorporent également d'autres préoccupations de l'Union européenne, d'ordre fonctionnel et institutionnel. Ainsi, afin de mieux comprendre l'acception de cette notion et ce qui la distingue des *principes* consacrés dans la Charte, il convient, à notre sens, de s'interroger sur l'acception plus large de la notion de *principe* dans le domaine juridique⁽¹²⁸⁾. Cette notion a, en effet, donné lieu à de nombreuses théories, démontrant ainsi, selon certains, qu'« [i]l ne saurait y avoir en droit de théorie plus fabuleuse que celle des principes »⁽¹²⁹⁾.

168. Dans ce contexte, Ronald Dworkin a été l'un des premiers à formuler des critères pour identifier les dispositions contenant des *principes* et, par conséquent, à les distinguer des dispositions contenant, notamment, des *droits*. Pour lui, l'origine des *principes* « *lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a sense of appropriateness developed in the profession and the public over time* »⁽¹³⁰⁾. Les principes identifient dès lors des préoccupations et traditions politiques et morales qui sous-tendent des règles établies⁽¹³¹⁾. Plus nuancé, Joseph Raz estime – à raison selon nous – que même la valeur morale la plus largement partagée n'est pas nécessairement appréhendée d'une façon identique par tout le monde, chacun ayant sa propre vision des choses, ses propres idéaux. Pour ce

128. Pour aller plus loin sur ce sujet, voir notre contribution : S. COLELLA, « Les justifications des mesures portant atteinte à l'interdiction des discriminations dans l'UE. Vers une (ré-)conciliation entre la Charte et la CEDH ? », in S. BESSON, A. ZIEGLER (édit.), *Égalité et non-discrimination en droit international et européen*, Zurich, Schulthess, 2014, pp. 37-54, pp. 43-48.

129. L. DUBOUIS, « Le droit à cheval sur les principes généraux », in *Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur de Elie Alfandari*, Paris, Dalloz, 2000, p. 251.

130. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Bloomsbury, 2011, p. 40. Pour une critique, voir J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 823-854, p. 849, qui est plus nuancé et estime que même la valeur morale la plus largement partagée n'est pas toujours perçue de la même façon par tout le monde, chacun ayant sa propre vision des choses, ses propres idéaux, de sorte que « *[t]here is, therefore, no reason to regard these principles as converting all social morality into law* ». Voir ég. R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, pp. 113-123.

131. G. TUSSEAU, « Métathéorie de la notion de principe dans la théorie du droit contemporain. Sur quelques écoles de définition des principes », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, pp. 75-112, p. 80.

dernier, « [t]here is, therefore, no reason to regard these principles as converting all social morality into law [...] »⁽¹³²⁾.

169. Ainsi, à notre sens, l'acception de la notion de *principes*, au titre desquels figurent les *principes généraux du droit de l'UE*, peut être spécifiée comme étant des normes juridiques qui peuvent intégrer une ou plusieurs valeurs morales ou politiques, sans toutefois que cela ne soit une condition de leur existence⁽¹³³⁾. Ils ont ainsi une portée ontologique, dans la mesure où ils contiennent les propriétés essentielles de l'Union européenne et du droit qui y est produit⁽¹³⁴⁾. Ils diffèrent cependant de la portée bien plus concrète dont jouissent les *principes* énoncés dans la Charte.

2. – L'acception de la notion de principe dans la Charte

170. Avant de spécifier l'acception de la notion de *principe* dans le cadre de la Charte et, le cas échéant, de la distinguer de celle de *droit fondamental* dans la Charte, il nous paraît important, d'une part, de nous positionner par rapport aux débats à ce sujet ayant cours dans la littérature juridique et, d'autre part, de détailler les raisons qui justifient, selon nous, la réalisation d'un tel exercice.

171. En effet, parmi les nombreux auteurs s'étant intéressés à l'acception de la notion de *principe* dans la Charte et à l'éventuelle distinction entre cette dernière et la notion de *droit fondamental*⁽¹³⁵⁾, certains concluent simplement qu'elle n'est pas pertinente⁽¹³⁶⁾ ou qu'il ne faudrait pas lui accorder trop d'importance⁽¹³⁷⁾. Pour d'autres, en revanche, cette distinction

132. J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *op. cit.*, p. 849.

133. S. BESSON, « General Principles in International Law – Whose Principles ? », in S. BESSON, P. PICHONNAZ (édit.), *Les principes en droit européen*, Zurich, Schulthess, 2011, pp. 21-68, p. 29.

134. Voir *mutatis mutandis* X. SOUVIGNET, « L'accès au droit, principe du droit, principe de droit », *Jurisdoctrina*, 2008, n° 1, pp. 23-50, p. 29.

135. P. ex. Ch. HILSON, « Rights and Principles in EU Law : A distinction without Foundation ? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, 2003, pp. 193-215 ; Ch. MCCRUDDEN, « The Future of the EU Charter of Fundamental Rights », *Jean Monnet Working Paper*, n° 10/01, p. 17 ; L. GOLDSMITH, « A Charter of Rights, Freedoms and Principles », in M. ANDENAS, J. USHER (édit.), *The Treaty of Nice and Beyond: Enlargement and Constitutional Reform*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 387-399, pp. 394 et 396 ; E. VRANES, « The Final Clauses of the Charter of Fundamental Rights - Stumbling Blocks for the First and Second Convention », *op. cit.*, p. 7.

136. D. SIMON « Les principes en droit communautaire », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, pp. 287-304, p. 290.

137. L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.*, p. 685 ; S. BURRI, « Towards More Synergy in the Interpretation of the Prohibition of Sex Discrimination in European Law ? », *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2013, n° 1, pp. 80-103, p. 84.

« *is evidently intended to be a significant one* »⁽¹³⁸⁾ et rend nécessaire l'établissement de critères pour distinguer les *droits* des *principes*⁽¹³⁹⁾. À notre sens, et sans préjuger de la réalisabilité d'un tel exercice, s'interroger sur cette distinction est inéluctable pour pouvoir procéder à une analyse du régime des restrictions dans la Charte.

172. Nous estimons ainsi qu'ignorer cette distinction reviendrait à méconnaître l'importance que la Charte lui reconnaît dans son préambule⁽¹⁴⁰⁾ et à son article 51, al. 1⁽¹⁴¹⁾, importance réitérée par ailleurs dans le Protocole 7 au Traité de Lisbonne⁽¹⁴²⁾. De plus, cela reviendrait à faire fi du compromis réalisé par la Convention ayant rédigé la Charte visant à maintenir le terme *principe*⁽¹⁴³⁾. Les explications relatives à la Charte précisent en outre que l'article 51, al. 1 « clarifie la distinction entre « droits » et « principes » faite dans la Charte » en vertu de laquelle « les droits subjectifs doivent être respectés, tandis que les principes doivent être observés ».

173. S'agissant à présent de l'acception de la notion de *principe* énoncée dans la Charte, nous argumentons que, selon les circonstances, le libellé d'une disposition de la Charte énonçant un *droit* ou une *liberté* peut également garantir un *principe*, et vice versa. Dans le même sens, l'Avocat général Juliane Kokott a estimé, eu égard à l'égalité de traitement, qu'elle était à la fois « un droit fondamental et un principe constitutionnel de l'Union européenne »⁽¹⁴⁴⁾. Une telle approche permet par ailleurs de surmonter les critiques des auteurs pour qui « la distinction entre droits et principes obscurcit la reconnaissance des droits fondamentaux que l'on pouvait légitimement attendre de la Charte »⁽¹⁴⁵⁾.

174. Afin d'étayer notre argument, nous constatons que certaines dispositions de la Charte sont expressément libellées comme comprenant

138. D. ANDERSON, C. MURPHY, « The Charter of Fundamental Rights », *op. cit.*, p 161.

139. S. PEERS, « Towards More Synergy in the Interpretation of the Prohibition of Sex Discrimination in European Law ? », *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2013, n° 1, pp. 80-103, p. 175.

140. Voir *supra* note de bas de page 60.

141. L'art. 51 al. 1 de la Charte prévoit en substance que les institutions de l'Union européenne et les États membres « respectent les *droits*, observent les *principes* et en promeuvent l'application » [souligné par nous].

142. Le préambule du protocole n° 7 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux au Royaume-Uni indique que « l'Union reconnaît les *droits*, les *libertés* et les *principes* énoncés dans la Charte » [souligné par nous] et que cette dernière doit être appliquée « en stricte conformité avec les dispositions [...] du titre VII de la Charte [...] ».

143. G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, *op. cit.*, pp. 85 et 252.

144. Av. gén. KOKOTT, 30 septembre 2010, *ASBL*, pt 38.

145. F. PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 531.

des *droits* alors qu'elles devraient être perçues comme des *principes*. À titre illustratif, l'article 27 de la Charte concerne le *droit* à l'information et à la consultation des travailleurs et l'article 30 de la Charte a trait au *droit* à une protection en cas de licenciement injustifié. Cependant, de tels droits ne peuvent être mis en œuvre qu'au travers de mesure d'exécution, comme leur libellé le rappelle en précisant que ces droits n'existent que « conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ». Aussi, conformément à l'article 52, § 5, de la Charte, ils devraient être considérés comme des *principes* et « leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ».

175. À l'inverse, le libellé d'une disposition de la Charte fait expressément référence à la notion de *principe*, il s'agit de l'article 49, relatif aux « principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines ». Toutefois, la CJUE a jugé très tôt que la légalité et la proportionnalité des délits et des peines constituaient des *droits* applicables dans des cas concrets sans mesure d'exécution⁽¹⁴⁶⁾.

176. Les explications relatives à la Charte confortent par ailleurs les liens étroits entre *droits* et *principes* lorsqu'elles citent « parmi les exemples de principes reconnus dans la Charte, les articles 25, 26 et 37 »⁽¹⁴⁷⁾. En effet, ces dispositions concernent les *droits* des personnes âgées, des personnes handicapées et la protection de l'environnement et, surtout, ne précisent pas qu'ils doivent s'exercer « selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales », ce qui aurait été une bonne indication de leur nature de *principe*.

177. Par conséquent, les difficultés liées à la distinction entre *droits* et *principes* contenus dans la Charte nous semblent pouvoir être surmontées si l'on reconnaît à ladite distinction une nature éminemment formelle. Autrement dit, les dispositions de la Charte ne doivent pas être appréhendées comme incorporant, respectivement, l'une ou l'autre de ces acceptations. Les explications relatives à la Charte peuvent également être lues en ce sens lorsqu'elles indiquent que « [d]ans certains cas, un article de la Charte peut contenir des éléments relevant d'un droit et d'un principe »⁽¹⁴⁸⁾.

178. *In fine*, seul un examen des situations concrètes dans lesquelles l'une ou l'autre des dispositions de la Charte est invoquée nous permettra

146. CJCE, 10 juillet 1984, *Kent Kirk*, pt 22. Voir ég. D. ANDERSON, C. MURPHY, « The Charter of Fundamental Rights », *op. cit.*

147. Souligné par nous.

148. Voir les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *JOCE* 303 du 14.12.2007, pp. 17 et s, ad. Art. 52, § 5.

de distinguer si ladite disposition doit être perçue comme un *principe* et/ou un *droit fondamental*⁽¹⁴⁹⁾. Ce n'est qu'au terme de celui-ci que la justiciabilité de la disposition en cause pourra être déterminée, car rappelons que les *principes* ne sont justiciables que dans les limites strictes de l'article 52, § 5, de la Charte. À ce propos, certains auteurs considèrent néanmoins que le fait de devoir attendre que le législateur ou l'exécutif aient pris des mesures visant à réaliser ces principes pour que ces derniers puissent produire un effet utile, est insatisfaisant⁽¹⁵⁰⁾.

149. En ce sens, J. KÜHLING, « Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 492.

150. O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 112.

CONCLUSION DU TITRE 1

179. Les lignes qui précèdent nous ont permis d'illustrer la nécessité et la complexité de spécifier l'acception des notions de *droit fondamental*, de *liberté* et de *principe*, telles qu'elles sont mentionnées à l'article 52, § 1, de la Charte. En suivant une approche réflexive et en prenant particulièrement en compte le contexte dans lequel ces notions ont émergé, leurs liens avec la jurisprudence de la CourEDH ainsi que leur évolution au sein de la jurisprudence de la CJUE, nous avons dès lors été en mesure de spécifier l'acception desdites notions et de les distinguer d'autres notions proches.

180. En substance, nous avons démontré que la notion de *droit fondamental* au sens de l'article 52, § 1, de la Charte s'entend comme la relation entre le titulaire d'un intérêt abstrait, énuméré dans la Charte, susceptible d'être considéré, dans certains cas concrets, comme suffisamment important pour donner naissance à des obligations concrètes à l'endroit des États membres et des institutions européennes.

181. Quant à la notion de *liberté*, nous avons établi qu'il ne doit pas être accordé trop d'importance aux libellés des dispositions de la Charte, car lorsque ces dernières font mention de *liberté*, elles incorporent également des intérêts jugés suffisamment importants pour pouvoir revêtir le statut de *droit fondamental*. Ces deux acceptions peuvent ainsi être considérées comme synonymes, y compris à l'égard de la *liberté de circulation citoyenne* désormais consacrée dans la Charte, qui est la seule *liberté de circulation* pouvant se prévaloir de ce statut. Ceci n'empêche néanmoins pas les libertés de circulation de constituer des finalités susceptibles de justifier des restrictions aux droits fondamentaux, et vice versa.

182. Enfin, eu égard à la notion de *principes*, elle peut être spécifiée comme étant une norme juridique intégrant une ou plusieurs valeurs morales ou politiques, sans toutefois que cela ne soit une condition de

leur existence. Cependant, seul un examen des situations concrètes dans lesquelles l'une ou l'autre des dispositions de la Charte est invoquée peut permettre de distinguer si ladite disposition doit être perçue comme incorporant un *principe* et/ou un *droit fondamental*, et déterminera la justiciabilité de la disposition en cause.

TITRE 2

LES NOTIONS DE *RESTRICTION*, DE *LIMITATION* ET DE *DÉROGATION* AUX DROITS FONDAMENTAUX

183. À l’instar de ce qui prévaut eu égard aux notions de *droit fondamental*, de *liberté* et de *principe*, les notions de *restriction*, de *limitation* et de *dérogation*, principalement, ne sont explicitement spécifiées ni par l’article 52, § 1, de la Charte ni par la jurisprudence de la CJUE et, par ailleurs, leur utilisation par la littérature juridique est inconsistante et rarement accompagnée d’indications quant à l’acception desdites notions.

184. Ainsi, l’article 52, § 1, de la Charte fait état de *limitation* des droits fondamentaux, tandis que la CJUE, dans sa jurisprudence, mentionne la notion de *restriction* des droits fondamentaux lorsqu’elle examine le respect de l’article 52, § 1, de la Charte. À titre illustratif, cette cour a récemment indiqué qu’« il y a lieu de vérifier si la *restriction* qu’emporte la condition d’exécution visée à l’article 54 de la CAAS [*ndla* : la convention d’application de l’accord de Schengen] revêt un caractère proportionnel, ce qui nécessite d’examiner, tout d’abord, si cette condition est susceptible d’être considérée comme répondant à un objectif d’intérêt général, au sens de l’article 52, § 1, de la Charte et si, dans l’affirmative, elle respecte le principe de proportionnalité au sens de la même disposition »⁽¹⁾.

1. CJUE, 27 mai 2014, *Zoran Spasic*, § 60 [souligné par nous].

185. Un constat identique s'impose par ailleurs dans le contexte de la CEDH, car les seconds paragraphes des articles 9 à 11 de la CEDH font principalement référence aux *restrictions* des droits fondamentaux, tandis que la CourEDH a jugé encore récemment que « l'artiste et ceux qui promeuvent ses œuvres n'échappent pas aux possibilités de *limitation* que ménage le paragraphe 2 de l'article 10 »⁽²⁾. À cette ambiguïté s'ajoute, au demeurant, la possibilité de *dérogations* aux droits fondamentaux de la CEDH, aux conditions énumérées à l'article 15 de la CEDH.

186. En outre, que la littérature juridique se prononce à ce sujet dans le contexte de la Charte ou celui de la Charte, les notions de *limitation* et de *restriction* se côtoient fréquemment et, souvent, indistinctement pour faire référence aux dispositions pertinentes de ces deux instruments⁽³⁾. À cette confusion terminologique prégnante s'ajoute également le fait que certains auteurs utilisent les notions de *limitation* et de *restriction* pour se référer à l'article 15 de la CEDH en estimant, par exemple, que « [d]ans le régime des restrictions aux droits et libertés reconnus dans la Convention, l'article 15 occupe une place spécifique »⁽⁴⁾ ou encore que cette disposition constitue « le fondement unique des limitations aux droits »⁽⁵⁾ ne comprenant pas de clause spécifique de restriction.

187. Au vu de la synonymie suggérée entre ces notions et de l'absence de spécification dans la Charte et la jurisprudence de la CJUE y relative, nous argumentons qu'il est indispensable de se prononcer sur leurs acceptions respectives afin, d'une part, de confirmer ou d'invalidier une telle suggestion et, d'autre part, de spécifier l'acception desdites notions

2. CourEDH, 16 février 2010, *Akdas*, § 26 [souligné par nous]. Pris individuellement, certains juges font également usage du terme de *limitation* en lieu et place de *restriction*, voir p. ex. l'opinion concordante de M. le Juge SAJÓ à laquelle Mme la Juge Tsotsoria déclare se rallier : « Sauf interprétation très spécifique, pareil dénigrement, en tant que préjudice causé à l'identité nationale, ne relève pas des droits d'autrui, donc, encore une fois, n'est pas un motif légitime de *limitation* des droits issus de la Convention » (CourEDH, Juge SAJO, 14 septembre 2010, *Dink c. Turquie* [souligné par nous]).

3. Pour l'usage du terme *restrictions* et *limitations* dans la littérature juridique relative à la CEDH, voir not. L. ADAMOVICH, « Marge d'appréciation du législateur et principe de proportionnalité dans l'application des restrictions prévues par la loi au regard de la CEDH », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1991, n° 7, pp. 291-300 ; J. KELLY, « Le contrôle international des restrictions et limitations », in *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des Droits de l'homme*, Francfort, 9-12 avril 1980, Paris, Pedone, 1982, pp. 187-198.

Pour la doctrine relative à la Charte, voir not. D. TRIANTAFYLLOU, « The European Charter of Fundamental Rights and the « Rule of Law » : Restricting Fundamental Rights by Reference », *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, pp. 53-64.

4. J. VELU, R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 177.

5. *Ibid.*

au sens de la présente étude. À cette fin, les lignes qui suivent visent à spécifier l'acception des *restrictions* aux droits fondamentaux de la Charte en identifiant notamment les situations dans lesquelles l'article 52, § 1, de la Charte trouve à s'appliquer, ainsi que la distinction existant, le cas échéant, entre les notions de *limitation* et de *dérogation* (Chapitre 1)⁽⁶⁾. Nous y examinons également les possibilités alternatives au recours à l'article 52, § 1, de la Charte qui sont prévues par la Charte pour justifier des restrictions aux droits fondamentaux et les cas dans lesquels, selon certains auteurs, l'application de cette disposition devrait être exclue (Chapitre 2).

6. À des fins de clarté et sans précision contraire, nous utilisons le terme de *restriction* tant dans le contexte de l'article 52, § 1, de la Charte que de celui des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH, et ce indépendamment du libellé respectif de ces dispositions.

CHAPITRE 1

L'ACCEPTION DES NOTIONS DE *RESTRICTION*, *LIMITATION* ET *DÉROGATION*

188. L'analyse de l'acception des *droits fondamentaux* de la Charte effectuée ci-dessus⁽¹⁾ a démontré qu'ils revêtent un caractère intermédiaire entre les *intérêts* qu'ils protègent, d'une part, et les *obligations* – positives ou négatives – générées par le besoin de protection desdits intérêts. Toutefois, les *obligations* découlant des droits fondamentaux peuvent entrer en conflit avec d'autres obligations, découlant d'autres droits fondamentaux ou simplement d'autres intérêts qui ne se voient toutefois pas revêtir le statut de droit fondamental. Dans ces cas, l'exercice d'un droit fondamental peut devoir être restreint, dans un cas concret, afin de résoudre le conflit en cause.

189. Un tel cas de figure peut s'illustrer par le fameux conflit opposant, lors de la publication d'informations personnelles concernant une personnalité publique, les obligations résultant de la protection de l'intérêt de ladite personne à maintenir une vie privée, d'une part, et celles résultant de la protection de l'intérêt des auteurs de la publication à pouvoir exprimer librement leurs informations et idées, d'autre part. Dès lors, c'est précisément dans de telles situations que l'article 52, § 1, de la Charte prend tout son sens, car il énonce les conditions auxquelles une restriction à l'un de ces deux droits fondamentaux pourra être justifiée afin de résoudre le conflit concerné.

190. Dans ce contexte, nous estimons qu'une analyse systématique des différentes situations possibles de restriction des droits fondamentaux, *i.e.*

1. Voir *supra* Partie 1, titre 1.

des différents types de *conflit* en cause, par les autorités tant nationales que de l'Union européenne compétentes et préalablement à l'examen proprement dit des conditions de justification desdites restrictions énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte, fait défaut alors qu'elle est pourtant essentielle. Une telle analyse permettrait en effet à ces autorités, et en particulier à la CJUE, de clarifier leur jurisprudence en limitant le recours à l'article 52, § 1, de la Charte aux seuls cas où les conflits ne peuvent être résolus sans avoir à restreindre un droit fondamental (Section 1). À cet égard, en effet, il est essentiel d'être conscient que le régime juridique découlant de cet article n'est que l'un des modes de résolution des conflits prévus par la Charte (Section 2).

SECTION 1. – LA NOTION DE *RESTRICTION* DANS LA CHARTE

191. Pour être en mesure de spécifier l'acception de la notion de *restriction*, il est indispensable d'identifier, au préalable, *quand* de telles restrictions sont susceptibles de se produire, *i.e.* les situations de conflit impliquant un droit fondamental garanti par la Charte et dont la résolution nécessitera la restriction d'un tel droit. Dans ce contexte, Frédéric Sudre formule, à juste titre, que « [l]'étude des conflits de droits, au même titre que celle des antinomies juridiques, suppose nécessairement d'aborder deux questions : comment identifier les conflits de droits ; comment les résoudre »⁽²⁾.

192. Dans les lignes qui suivent, nous veillons à répondre à la première de ces questions en identifiant, parmi les diverses situations de conflit impliquant des droits fondamentaux, celles dans lesquelles il devra être recouru à la restriction d'un desdits droits (*infra* A) et en distinguant la notion de *restriction* de celles de *limitation* et de *dérogation* (*infra* B).

A. – LES SITUATIONS DE RESTRICTION AUX DROITS FONDAMENTAUX

193. Comme démontré ci-dessus⁽³⁾, il ressort de la jurisprudence de la CJUE – ainsi que de celle de la CourEDH, par ailleurs – qu'une personne possède un *droit fondamental* protégé par la Charte lorsque l'un de ses intérêts, identifiable de façon abstraite dans ladite Charte, est

2. F. SUDRE, « Les conflits de droits. Cadre général d'approche dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 233-262, p. 235.

3. Voir *supra* Partie 1, titre 1.

jugé suffisamment important pour donner naissance à des obligations à l'endroit des États membres ou des institutions de l'Union européenne⁽⁴⁾. En ce sens, les droits fondamentaux « jouent un rôle intermédiaire dans le raisonnement qui mène de l'objet à protéger de manière abstraite, d'une part, au contenu des obligations concrètes correspondant au besoin de protection de cet objet, d'autre part »⁽⁵⁾.

194. Or, c'est précisément du fait de ce rôle intermédiaire tenus par les droits fondamentaux⁽⁶⁾ que des conflits – *i.e.* des contradictions impliquant l'un ou plusieurs des éléments constitutifs desdits droits fondamentaux qui ne peuvent être reconnus ou appliqués simultanément – peuvent intervenir à différents niveaux, à savoir au niveau des *intérêts*, des *droits* ou des *obligations* composant un droit fondamental⁽⁷⁾. Dès lors, de tels conflits se produisent lorsque, selon les termes de Samantha Besson, « *one or more valid legal rights are incompatible and cannot be fully respected jointly* »⁽⁸⁾.

195. Il importe ainsi d'avoir une vision claire des différents types de conflit susceptibles de se produire si l'on souhaite pouvoir déterminer lesquels nécessiteront l'application de l'article 52, § 1, de la Charte (*infra* 1 et 3). En ce sens, certaines situations ne comportent qu'un conflit apparent impliquant des éléments constitutifs d'un droit fondamental et, dès lors, peuvent être résolus sans avoir à recourir à cet article (*infra* 2). Nous argumentons dès lors que les autorités en charge de contrôler des violations alléguées aux droits fondamentaux devraient judicieusement examiner

4. Rappelons en outre que cette acception est confortée par une approche réflexive, les principaux courants théoriques estimant, comme le formule J. Raz, que « [t]o assert that an individual has a right is to indicate a ground for a requirement for action of a certain kind, *i.e.* that an aspect of his well-being is a ground for a duty on another person » (J. RAZ, « On the Nature of Rights », *op. cit.*, pp. 207-208).

5. Voir S. BESSON, « La structure et la nature de droits de l'homme », *op. cit.*, p. 24.

6. Pour aller plus loin sur le rôle intermédiaire des droits fondamentaux, voir not. J. RAZ, « On the Nature of Rights », *op. cit.*, p. 208 ; S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 424.

7. Dans le même sens que J. WALDRON (J. WALDRON, « Rights in Conflict », in J. WALDRON, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, chap. 9, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 203-224), nous pensons qu'une approche des droits fondamentaux telle que développée par la CJUE et corroborée par la théorie de l'intérêt implique nécessairement la présence de conflits entre les différents éléments composant ledit droit. *Contra*, voir not. L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas, Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 57, pour qui « *to adhere to an interest theory means to accept, as a given, that interests of various types do in fact conflict. [...]. I disagree as I think that the problem of normative inconsistencies should be explained and not taken for granted* ». Notons que la définition de *conflits de droits fondamentaux* proposée sera détaillée dans les lignes qui suivent.

8. S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 435.

les caractéristiques des situations de conflit qui leur sont soumises pour éviter tout recours inutile à l'article 52, § 1, de la Charte et l'ambiguïté jurisprudentielle qui s'ensuit.

1. – Les conflits visés par l'article 52, § 1, de la Charte

196. Les différents éléments constitutifs d'un droit fondamental peuvent entrer en conflit avec d'autres éléments, qu'ils soient issus d'un autre droit fondamental ou d'une autre source. En substance, trois cas de figure distincts nous semblent pouvoir être identifiés, chacun ayant des spécificités propres, mais dont un seul est visé par l'article 52, § 1, de la Charte.

197. Dans le premier cas de figure, des conflits peuvent se produire entre deux ou plusieurs *intérêts*. Si l'un desdits intérêts doit concerner un aspect particulièrement important du bien-être d'un individu et être garanti par un droit fondamental de la Charte, il n'en va cependant pas nécessairement ainsi de l'autre, qui veut viser uniquement le bien-être d'une collectivité, *i.e.* être un intérêt collectif. Dans ce contexte, « *conflicts of interests are essential in determining whether one has a right in the first place, and hence whether this right can conflict with others later on* »⁽⁹⁾. Autrement dit, en ce qu'un conflit entre de tels intérêts intervient *préalablement* à la reconnaissance de l'existence d'un droit fondamental et, par conséquent, à sa consécration légale dans un instrument de protection, sa résolution au moyen de l'article 52, § 1, de la Charte est simplement impossible. En effet, cette disposition ne vise que les restrictions aux droits fondamentaux légaux *existants* garantis par la Charte.

198. Eu égard au second cas de figure, les conflits peuvent intervenir entre deux ou plusieurs *droits*. En effet, compte tenu de la nature dynamique des droits fondamentaux⁽¹⁰⁾, de nouveaux intérêts peuvent être protégés par des dispositions légales existantes ou dériver d'intérêts existants et, ainsi, donner naissance à de nouveaux droits qui sont également protégés par des dispositions de la Charte et qui peuvent, le cas échéant, entrer en conflit⁽¹¹⁾. À l'instar du premier cas de figure, cependant, de tels conflits revêtent un caractère abstrait et n'emportent, ainsi, que des conséquences abstraites. Or, en ce que l'article 52, § 1, de la Charte a pour objectif de spécifier les modalités auxquelles des restrictions effectives de l'exercice de

9. *Ibid.*, p. 426.

10. J. RAZ, « On the Nature of Rights », *op. cit.*, pp. 197-199, S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 426.

11. S. BESSON, « La structure et la nature de droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 28 et s.

droits fondamentaux peuvent être justifiées, il vise à résoudre des conflits *concrets*, de sorte que ce cas de figure n'est pas pertinent pour l'application de cet article.

199. Le dernier cas de figure, enfin, concerne les conflits entre les *obligations* concrètes découlant du besoin de protection de certains intérêts, parmi lesquels l'un au moins se voit revêtir le statut de droit fondamental protégé par la Charte. Selon la fameuse distinction opérée par Henry Shue⁽¹²⁾, de telles obligations peuvent revêtir trois formes : les obligations de *respecter* un droit, *i.e.* s'abstenir de nuire à la réalisation du droit concerné ; les obligations de le *protéger*, *i.e.* d'empêcher les menaces sur ledit droit, et ce indépendamment de leurs origines ; et les obligations de le *réaliser*, *i.e.* de définir et prendre les mesures nécessaires à la garantie du droit concerné. Comme la jurisprudence de la CJUE examinée ci-dessous le démontre⁽¹³⁾, les situations de conflit dans le cadre desquelles des restrictions aux droits fondamentaux – dont la justification est examinée à la lumière de l'article 52, § 1, de la Charte – se produisent sont celles couvertes par ce dernier cas de figure, *i.e.* des conflits d'*obligations*⁽¹⁴⁾. À ce propos, deux précisions importantes s'imposent.

200. Premièrement, les obligations en conflit ne découlent pas nécessairement du besoin de protection d'intérêts protégés pas deux ou plusieurs droits fondamentaux. Certes, de tels conflits entre des obligations découlant de droits fondamentaux – parfois qualifiés de conflit *stricto sensu* par la littérature juridique⁽¹⁵⁾ – sont courants et se produisent lorsque les obligations de protection découlant d'un ou plusieurs intérêts garantis par deux ou plusieurs droits fondamentaux sont inconciliables⁽¹⁶⁾. Une illustration de ce type de conflit consiste en l'exemple précité concernant la contradiction, en cas de publication d'informations personnelles, entre

12. H. SHUE, *Basic Rights. Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, 2^e éd., Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 52 et s.

13. Voir *infra* Partie 3, titres 2 à 5.

14. Comme le résume J. WALDRON, c'est donc en ce sens qu'il convient de comprendre l'acceptation des conflits de droits : « [w]hen we say rights conflict, what we really mean is that the duties they imply are not compossible » (J. WALDRON, « Rights in Conflict », *op. cit.*, p. 206).

15. Voir p. ex. L. ZUCCA, « Conflict of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas », in E. BREMS (édit.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, Intersentia, 2008, pp. 19-37 ; J. WALDRON, « Rights in Conflict », *op. cit.*, pp. 217 et s. ; S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, pp. 431 et s. Pour une typologie tripartite, voir F. KAMM, « Rights », in J. COLEMAN, S. SHAPIRO (édit.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 476-513.

16. Autrement dit, comme le formule L. Zucca, il s'agit de « conflicts between rules that have been constitutionally entrenched and protect some fundamental aspects of individual liberty » (L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas, Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, *op. cit.*, p. 21).

les obligations de l'État membre de respecter le droit fondamental à la vie privée, d'un côté, et celles de respecter le droit fondamental à la liberté d'expression, de l'autre.

201. Cependant, d'autres *intérêts*, absents des dispositions de la Charte car n'étant pas incorporés dans des droits fondamentaux, sont également susceptibles de générer des obligations pouvant entrer en conflit avec celles découlant du besoin de protection desdits droits, tels que l'*ordre public* ou la *santé publique*. Ces conflits, souvent qualifiés de conflit *lato sensu*, consistent, dans le cadre de la Charte, en une contradiction entre les obligations découlant de droits fondamentaux et celles découlant d'intérêts collectifs, qualifiés d'*objectifs d'intérêt général reconnus de l'Union européenne* à l'article 52, § 1, de la Charte. Un tel conflit *lato sensu* existe ainsi lorsque la nature des intérêts protégés par deux droits fondamentaux diverge, l'un protégeant un intérêt individuel et l'autre un intérêt collectif⁽¹⁷⁾, tandis que les obligations générées par ces intérêts ne sont pas conciliables⁽¹⁸⁾.

202. Une illustration concrète d'une situation de conflit *lato sensu* traitée par la CJUE découle, par exemple, de l'arrêt *Volker und Markus Scheck GbR*⁽¹⁹⁾, concernant la publication contestée de données à caractère personnel, protégées par les articles 7 et 8 de la Charte. Dans cet arrêt, la CJUE a reconnu que « la publication des données nominatives [...] constitue une atteinte, dans le chef de ces bénéficiaires, aux droits reconnus par les articles 7 et 8 de la charte »⁽²⁰⁾. Elle a cependant ajouté que ladite publication visait essentiellement à « garantir une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens dans un système démocratique »⁽²¹⁾ et « l'utilisation appropriée des fonds publics par l'administration »⁽²²⁾.

203. Par conséquent, cette affaire met en exergue un conflit entre les obligations incombant aux institutions de l'Union européenne de respecter et protéger le droit fondamental des intéressés au respect de leur vie privée, d'une part, et les obligations découlant du besoin de protection de l'intérêt collectif à la participation des citoyens aux débats publics précédant

17. Le terme *intérêt public* est entendu ici comme désignant la finalité des mesures qui poursuivent des objectifs ou des valeurs qui intéressent *l'ensemble* d'une population.

18. À titre illustratif d'un conflit *lato sensu*, L. Zucca mentionne « the conflict between the fundamental right to strike and the interest in public order » (L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas, Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, *op. cit.*, p. 20).

19. CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*.

20. *Ibid.*, pt 64.

21. *Ibid.*, pt 68.

22. *Ibid.*

certaines prises de décisions – tel qu'il découle des exigences liées à la démocratie représentative existant dans l'Union européenne et garanties tant par le TUE⁽²³⁾ que le titre V de la Charte relatif à la citoyenneté⁽²⁴⁾ – d'autre part. Lors de son contrôle, cette cour a ainsi admis que la transparence de l'utilisation des fonds dans le cadre de la PAC poursuit « un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union »⁽²⁵⁾, au sens de l'article 52, § 1, de la Charte.

204. Deuxièmement, les intérêts protégés par les droits fondamentaux sont en général d'une importance telle qu'ils ne génèrent pas une unique obligation⁽²⁶⁾. Au contraire, au vu de la variété des intérêts protégés par une disposition légale, *plusieurs obligations successives* peuvent en découler, générant ainsi des « *waves of duties* »⁽²⁷⁾. Qu'il s'agisse alors d'une multitude d'obligations découlant d'un seul droit fondamental, ou d'une obligation ayant elle-même généré d'autres obligations, la possibilité de conflit est patente.

205. À titre illustratif, le droit fondamental de ne pas être torturé, énoncé à l'article 4 de la Charte, génère non seulement une obligation pour les États membres et les institutions de l'Union européenne de ne pas commettre d'actes de torture, mais également, selon les circonstances, une obligation d'informer les personnes sur les méfaits de la torture, une obligation de vigilance en cas de risque ou de tentation de commettre de tels actes, ou encore une obligation de prévenir les situations dans lesquelles il existe un danger que de tels actes soient commis⁽²⁸⁾. Il en va de même pour le droit fondamental à la liberté d'expression, garanti à l'article 11 de la Charte, qui

23. Art. 10 TUE : « 1. Le fonctionnement de l'Union est fondé sur la démocratie représentative. 2. Les citoyens sont directement représentés, au niveau de l'Union, au Parlement européen. Les États membres sont représentés au Conseil européen par leur chef d'État ou de gouvernement et au Conseil par leurs gouvernements, eux-mêmes démocratiquement responsables, soit devant leurs parlements nationaux, soit devant leurs citoyens. 3. Tout citoyen a le droit de participer à la vie démocratique de l'Union. Les décisions sont prises aussi ouvertement et aussi près que possible des citoyens. 4. Les partis politiques au niveau européen contribuent à la formation de la conscience politique européenne et à l'expression de la volonté des citoyens de l'Union ».

24. Pour un autre exemple de conflit *lato sensu* dans le cadre de l'Union européenne, voir p. ex. CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, pt 46, où la CJUE reconnaît que « 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 ».

25. CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*, pt 71.

26. Comme le relève J. Waldron, « rights are unlikely to stand in a simple one-to-one relation with duties » (J. WALDRON, « Rights in Conflict », *op. cit.*, p. 212)

27. *Ibid.* p. 212.

28. Cet exemple est emprunté à J. Waldron : « [t]he right not to be tortured, for example, clearly generates a duty not to torture. But, in various circumstances, that simple duty will be lacked up by others: a duty to instruct people about the wrongness of torture; a duty to be

implique une obligation de ne pas censurer, mais également de permettre des communications publiques, de veiller au maintien de l'ordre durant des manifestations publiques, etc⁽²⁹⁾.

2. – Les conflits exclus par l'article 52, § 1, de la Charte

206. Bien que les situations de conflit dont la résolution peut justifier, aux conditions énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte, la restriction d'un droit fondamental soient désormais déterminées, *i.e.* les conflits d'obligations, il reste nécessaire de les distinguer d'autres situations de conflit où l'application de cette disposition peut paraître pertinente, mais qui sont qualifiées de *fake*⁽³⁰⁾, *spurious*⁽³¹⁾ ou d'*apparentes*⁽³²⁾ par la littérature juridique. Nous distinguons à cet égard deux situations de conflit, qui sortent par conséquent du champ de la présente étude en ce qu'elles n'exigent pas l'application dudit article.

207. Premièrement, certains conflits entre les obligations découlant de deux ou plusieurs droits fondamentaux, *i.e.* en cas de conflit *stricto sensu*, peuvent être résolus sans avoir besoin de restreindre l'un desdits droits, mais uniquement en modifiant notre *approche* du conflit, rendant de tels conflits uniquement *apparents*. En ce sens, le constat d'Eva Brems formulé dans le contexte de la CEDH s'applique également dans celui de la Charte : « *[i]n some cases, the conflict between fundamental right is not a necessary feature of the issue concerned, but rather results from a particular approach to that issue* »⁽³³⁾.

208. À titre illustratif, mentionnons le droit fondamental à un procès équitable, garanti par l'article 47, § 2, de la Charte et l'article 6, § 2, de la CEDH en termes identiques : « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par

vigilant about the danger of, and temptation to, torture; a duty to ameliorate situations in which torture might be thought likely to occur; and so on » (J. WALDRON, « Rights in Conflict », *op. cit.*, p. 212)

29. Cette illustration est proposée par L. Zucca : « the interests in free speech involve a duty not to censor, but also to allow public speech, to keep order during speeches, etc. » (L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas, Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, *op. cit.*, p. 56).

30. E. BREMS, « Introduction », in E. BREMS (édit.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, Intersentia, 2008, pp. 1-16, p. 4.

31. L. ZUCCA, « Conflict of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas », *op. cit.*, p. 25.

32. O. DE SCHUTTER, F. TULKENS, « Rights in Conflict : The European Court of Human Right as a Pragmatic Institution », in E. BREMS (édit.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, 2008, Intersentia, pp. 169-216, p. 174.

33. E. BREMS, « Introduction », *op. cit.*, p. 4.

un tribunal indépendant et impartial [...] ». Au terme de cette disposition, une législation pénale nationale qui prévoit des délais procéduraux plus courts pour la partie inculpée que pour le ministère public est susceptible de porter atteinte à l'intérêt du titulaire dudit droit à jouir de l'égalité des armes, protégé par lesdites dispositions⁽³⁴⁾. En ce sens, dans l'affaire *Wynen et Centre hospitalier interrégional Edith-Cavell c. Belgique*⁽³⁵⁾, les obligations incombant à l'État belge au titre du respect d'un délai raisonnable, d'une part, et celles découlant du respect de l'égalité des armes, d'autre part, étaient toutes deux issues du besoin de protection de deux intérêts différents protégés par le droit fondamental à un procès équitable et, dès lors, semblaient en conflit.

209. Bien que sensible à la nécessité « de ne pas allonger inutilement les procédures à la faveur de répliques écrites successives »⁽³⁶⁾, la CourEDH a cependant estimé, dans cet arrêt, que « l'égalité des armes ne s'oppose pas à la réalisation de pareil objectif, à condition qu'elle se fasse sans créer de situation de net désavantage entre les parties »⁽³⁷⁾. Une telle approche se retrouve également, au demeurant, dans des arrêts concernant un conflit d'obligations provenant de deux droits fondamentaux distincts garantis par la CEDH. Ainsi, dans une affaire d'avortement opposant les obligations étatiques découlant du droit fondamental au respect de la vie privée de la requérante, protégé par l'article 8 de la CEDH, et celles découlant du droit fondamental des médecins de refuser de pratiquer certains actes pour des motifs de conscience, protégé par l'article 9 de la CEDH, la CourEDH a estimé que « les États sont tenus d'organiser leur système de santé de manière à garantir que l'exercice effectif de la liberté de conscience des professionnels de la santé dans le contexte de leurs fonctions n'empêche pas les patients d'accéder aux services auxquels ils ont droit en vertu de la législation applicable »⁽³⁸⁾.

210. La jurisprudence de la CJUE démontre que cette cour tend également à adopter une approche permettant d'exclure, le cas échéant, le conflit entre des obligations contradictoires, comme l'illustre l'arrêt

34. Voir not. CourEDH, 12 avril 2012, *Lagardère c. France*, § 45 : « La Cour rappelle que la notion de "procès équitable", garantie par l'article 6 § 1 de la Convention, intègre le respect de l'égalité des armes » [souligné par nous]. Dans le cadre de l'Union européenne, voir not. CJUE, 6 novembre 2012, *Otis*, § 48 : « Le principe de protection juridictionnelle effective figurant audit article 47 [de la Charte] est constitué de divers éléments, lesquels comprennent, notamment, les droits de la défense, le principe d'égalité des armes, le droit d'accès aux tribunaux ainsi que le droit de se faire conseiller, défendre et représenter » [souligné par nous].

35. CourEDH, 5 novembre 2002, *Wynen*.

36. *Ibid.*, § 32.

37. *Ibid.*

38. CourEDH, 26 mai 2011, *R.R.*, § 206. Voir ég. CourEDH, 30 octobre 2012, *P. et S.*, § 106.

Sánchez Morcillo et Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA⁽³⁹⁾. Cette affaire concernait la compatibilité avec l'article 47 de la Charte d'une procédure de saisie hypothécaire dans laquelle le débiteur saisi ne pouvait pas faire appel de la décision rejetant son opposition à l'exécution de la saisie, tandis que le créancier saisissant pouvait exercer cette voie de recours contre la décision ordonnant de mettre fin à la procédure.

211. Si la CJUE a reconnu que « les modalités de mise en œuvre des recours en appel contre la décision statuant sur la légitimité d'une clause contractuelle [...] relèvent de l'ordre juridique interne des États membres »⁽⁴⁰⁾, elle a précisé que ces modalités « doivent répondre à la double condition de ne pas être moins favorables que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne (principe d'équivalence) et de ne pas rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés aux consommateurs par le droit de l'Union (principe d'effectivité) »⁽⁴¹⁾. Ainsi, après un examen minutieux desdites modalités, la CJUE a jugé qu'en l'espèce, le « régime procédural renforce l'inégalité des armes entre les professionnels, en tant que créanciers saisissants, d'une part, et les consommateurs, en leur qualité de débiteurs saisis, d'autre part »⁽⁴²⁾. Un raisonnement *a contrario* nous permet donc de déduire que des modalités nationales de mise en œuvre des recours qui ne créent qu'un léger désavantage à l'endroit d'une partie ne constituent pas, en soi, un conflit d'obligations étatiques dont la résolution nécessite la restriction d'un droit fondamental, au sens de l'article 52, § 1, de la Charte.

212. Deuxièmement, très brièvement, l'article 52, § 1, de la Charte ne peut pas trouver à s'appliquer lorsque le conflit porte, d'un côté, sur des obligations découlant d'un droit fondamental figurant dans la Charte et, de l'autre, sur des obligations découlant d'autres sources, telles que la protection d'une valeur morale⁽⁴³⁾. Certes, au vu de la nature morale inhérente aux droits fondamentaux légaux, de tels conflits ne peuvent être exclus mais ne seront alors qu'*apparents*. Dans de telles situations, certains

39. CJUE, 17 juillet 2014, *Sánchez Morcillo*.

40. *Ibid.*, pt 31.

41. *Ibid.*

42. *Ibid.*, pt 50.

43. Comme le relèvent O. De Schutter et F. Tulkens dans la cadre de la CEDH, « *rather than a conflict between two rights equally recognized by the Convention, the conflict we are facing is between a Convention right and an interest recognized as an important weight under international or domestic law, but which does not have the status of a fundamental right guaranteed under the Convention* » (O. DE SCHUTTER, F. TULKENS, « Rights in Conflict : The European Court of Human Right as a Pragmatic Institution », *op. cit.*, p. 175).

auteurs estiment d'ailleurs qu'il conviendrait de résoudre le conflit en niant, notamment, l'applicabilité de la Charte⁽⁴⁴⁾.

3. – Les typologies d'identification des conflits

213. Il convient de mentionner que la littérature juridique a proposé différentes typologies des situations de conflit dans lesquelles un droit fondamental peut devoir être restreint⁽⁴⁵⁾, distinguant lesdits conflits en fonction, notamment, du *nombre* de droits fondamentaux dont les obligations entrent en conflit, des *titulaires* et des *débiteurs* desdits droits et obligations, ou encore du *degré* de conflit entre les obligations en présence – *i.e.* si lesdites obligations sont en conflit total ou partiel. L'objectif de telles typologies est ainsi d'offrir « *a framework that can help in interpreting, in more illuminating ways, conflicts of FLRs [ndla: fundamental legal rights]* »⁽⁴⁶⁾.

214. Par conséquent, de nombreux auteurs font dépendre leurs approches des restrictions des droits fondamentaux du type de conflit en cause et, plus spécifiquement, d'une typologie en particulier, *i.e.* la distinction présentée ci-dessus entre les conflits *lato sensu* et *stricto sensu*⁽⁴⁷⁾. Fort de cette distinction, les conflits entre des obligations découlant d'intérêts individuels et des obligations découlant d'intérêts collectifs – *i.e.* les conflits *lato sensu* – devraient être résolus différemment des conflits *stricto sensu*. Ainsi, en substance, la résolution du premier type de conflit devrait s'effectuer au moyen d'un test de *proportionnalité*, tandis que le second type de conflit devrait être résolu au moyen d'un *balancing*, *i.e.* « *a concrete weighing – in the circumstances of the case – of the interests at stake* »⁽⁴⁸⁾.

44. Voir P. DUCOULOMBIER, qui se prononce toutefois dans le contexte de la CEDH et estime qu'il serait opportun de « nier le conflit en supprimant la présence d'un des droits concurrents, en niant l'applicabilité de l'article conventionnel qui était invoqué » (P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 458). Nous nous distançons toutefois de l'approche de P. DUCOULOMBIER en ce qu'elle estime qu'une telle négation du conflit est une façon de les résoudre (p. 455) tandis qu'à notre sens, il s'agit d'une façon de nier la présence même d'un conflit.

45. Voir p. ex. L. ZUCCA, « Conflict of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas », *op. cit.*; J. WALDRON, « Rights in Conflict », *op. cit.*, pp. 217 et s.; S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, pp. 431 et s. Pour une typologie tripartite, voir F. KAMM, « Rights », *op. cit.*, pp. 476-513. À cet égard, précisons qu'indépendamment du contexte dans lesquels ces auteurs se situent, et notamment celui de la CEDH, nous estimons que leurs réflexions et leurs typologies sont également transposables au contexte de la Charte.

46. L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas, Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, *op. cit.*, p. 66.

47. Voir not. *supra* §§ 200-202.

48. S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, Londres, New York, Routledge, 2017, p. 62 (version thèse) : « *By insisting that proportionality should*

215. Sans nier l'utilité que peuvent revêtir de telles typologies dans l'appréhension des conflits et leur compréhension, nous argumentons toutefois, dans un premier point, que la distinction fondée sur les conflits *lato sensu* et *stricto sensu* est beaucoup trop imprécise pour constituer un outil efficace lors de l'analyse de la résolution desdits conflits. À cet égard, nous estimons, dans un second point, que le meilleur moyen pour appréhender lesdits conflits et leur résolution consiste en un changement de paradigme. Dans cette lignée nous nous rallions, dans un troisième point, à une autre typologie relative au degré du conflit entre les obligations en cause qui, elle, nous paraît en mesure de constituer un outil efficace pour la CJUE et les autorités des États membre en charge du respect de l'article 52, § 1, de la Charte.

216. Eu égard au premier point, nous admettons volontiers que la distinction entre les conflits *stricto sensu* et *lato sensu* peut effectivement s'illustrer dans de nombreux arrêts de la CJUE, tels que dans l'arrêt *Volker und Markus Scheck GbR*, susmentionné⁽⁴⁹⁾. Cependant, à l'instar de Jacco Bomhoff, il convient d'admettre que « *if the elaboration of the 'public'-side to conflicts between individual and public interests runs into difficulty, the conceptual move of understanding this 'public'-side as an aggregation of individual rights becomes highly attractive* »⁽⁵⁰⁾. Ainsi, dans l'arrêt *Volker und Markus Scheck GbR*, les obligations en conflit avec celles découlant du besoin de protection du droit fondamental à la vie privée des intéressés peuvent être perçus comme ne découlant pas d'un intérêt collectif des citoyens de l'Union européenne de participer au processus démocratique mais, au contraire, de la somme des intérêts individuels desdits citoyens de participer audit processus⁽⁵¹⁾.

rule cases in which a Convention right is opposed by a public interest, the dissenting Judges moreover arguably defended the view put forward in this chapter that balancing should, by contrast, be reserved for cases involving conflicting – relative – Convention rights ». Pour ce dernier, la Cour EDH effectue un *balancing* lorsqu'elle « *generally applies an open-ended and ad hoc balancing test, i.e. a concrete weighing – in the specific circumstances of the case – of the interests at stake* » (p. 146, version thèse). Nous reviendrons ci-dessous sur les différentes méthodes envisageables pour résoudre les conflits de droits fondamentaux.

49. CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*.

50. J. BOMHOFF, « "The Rights and Freedoms of Others": The ECHR and Its Peculiar Category of Conflicts Between Individual Fundamental Rights », in E. BREMS (édit.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, Intersentia, 2008, pp. 619-653, p. 638. Voir ég., E. BRIBOSIA, I. RORIVE, « In Search of a Balance between the Right to Equality and other Fundamental Rights », *Publication de la Commission européenne*, 14 juin 2010, p. 14.

51. Dans le contexte de la CEDH, Stijn Smet formule le même constat : « *it may indeed be the case that governments, in restricting the Convention rights of certain individuals to protect national security, prevent crime or preserve public order, are motivated by a*

217. Consciente de ce biais, la littérature juridique a proposé un correctif pour y remédier qui ne nous convainc cependant guère. En effet, ce dernier consiste essentiellement à distinguer, en présence de conflit *lato sensu*, les cas où les intérêts collectifs n'étant pas consacrés par un droit fondamental peuvent être attribués à une catégorie de titulaires indifférenciés ou abstraits, d'une part, des cas où lesdits intérêts sont strictement étatiques ou de l'Union européenne et n'ont, ainsi, pas vocation à être exercés individuellement⁽⁵²⁾. À titre illustratif, les obligations découlant de la protection de l'intérêt à la participation au processus démocratique pourraient être perçues comme appartenant, dans un cas concret, à un ensemble de titulaires abstraits – *i.e.* les citoyens de l'Union européenne dont la participation démocratique effective doit être protégée – ou, respectivement, aux États membres ou aux institutions de l'Union européenne – dont la légitimité repose sur une telle participation, qui mérite donc d'être protégée.

218. Ainsi, fort de ce correctif, le premier cas de figure devrait être résolu en faisant référence au *besoin de protection des droits et libertés d'autrui*, au sens de l'article 52, § 1, de la Charte, tandis que le second devrait être traité par référence aux *objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union*, au sens de ce même article⁽⁵³⁾. Néanmoins, ce correctif ne résout nullement, à notre sens, le biais et les imprécisions inhérentes à la mise en œuvre de telle distinction⁽⁵⁴⁾ et, surtout, ne reflète pas la pratique de la CJUE. En effet, cette cour ne poursuit pas un mode de résolution des

concern to protect the lives or bodily integrity of the other members of society » (S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, op. cit., p. 67 (version thèse)).

52. En ce sens, voir P. DUCOULOMBIER, qui rejette l'idée d'une séparation nette entre les titulaires déterminés, d'une part, et les titulaires abstraits, d'autre part, en se prononçant en faveur d'une gradation des conflits de droits, allant des intérêts protégés par un droit attribué à un titulaire déterminé, d'un côté, aux intérêts strictement étatiques de l'autre, en passant notamment par les titulaires non individualisés (P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 162-164). *Contra*, voir L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas, Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, op. cit., et S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, op. cit., qui militent pour une distinction stricte entre ces deux types de conflits, bien que pour des raisons différentes.

53. P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 158 et s., procède à un tel argument dans le contexte de la CEDH.

54. À ce propos, certains auteurs déplorent le manque d'une théorie de l'interprétation de la CEDH, qui se prononcerait expressément sur les relations entre les droits individuels et les buts légitimes : G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 99 et s. ; A. MCHARG, « Reconciling Human Rights and the Public Interest : Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Modern Law Review*, vol. 62, 1999, pp. 671-696, pp. 683 et s.

conflits différents selon les titulaires des intérêts dont les obligations de protection entrent en conflit⁽⁵⁵⁾.

219. Ceci nous amène par conséquent au second point, au terme duquel nous estimons que le principal problème de cette typologie – dans sa forme corrigée ou non – est qu'elle met trop l'accent sur les *intérêts* protégés par les droits fondamentaux et leurs titulaires et néglige ainsi les *obligations* qui en découlent⁽⁵⁶⁾, ignorant par conséquent l'aspect relationnel existant pourtant entre les *intérêts* et les *obligations*. En effet, se concentrer sur les *intérêts* ne permet pas de prendre en compte le caractère extrêmement varié et concret des situations dans lesquelles interviennent des restrictions aux droits fondamentaux⁽⁵⁷⁾, alors que ce sont précisément la pluralité et la succession des *obligations* de protection inhérentes auxdits droits qui justifient, le cas échéant, des modes de résolution des conflits différents⁽⁵⁸⁾. Un changement de paradigme visant à identifier et spécifier les *obligations* en conflit dans un cas d'espèce et à examiner la pratique de la CJUE lors

55. Précisons cependant que si le mode de résolution des conflits ne diffère pas selon la typologie retenue, quelques modalités d'application dudit mode par la CJUE peuvent toutefois différer, tel que l'ampleur de la marge d'appréciation reconnue aux États membres dans certains cas. À cet égard, voir notre analyse détaillée du régime des restrictions dans la Partie 3.

56. Voir p. ex. J. GERARDS, qui propose de pallier aux imprecisions des distinctions classiques « with a real valuation of the character and importance of the interest of right at hand » (J. GERARDS, « Fundamental Rights and Other Interests : Should it Really Make a Difference ? », in E. BREMS (édit.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, Intersentia, 2008, pp. 655-690, p. 690).

57. M. le Juge LOUCAIDES, de la CourEDH, résume bien notre point de vue : « Pendant de nombreuses années, la jurisprudence de la Cour s'est développée à partir de la prémisse selon laquelle si la liberté d'expression constitue un droit explicitement garanti par la Convention, le souci de protection de la réputation constitue simplement un motif admissible de restriction du droit en question, pareille restriction ne pouvant passer pour une atteinte légitime à la liberté d'expression que si elle est « nécessaire dans une société démocratique », en d'autres termes si elle correspond à un « besoin social impérieux », si elle est « proportionnée au but légitime poursuivi » et si « les motifs invoqués pour la justifier sont pertinents et suffisants ». [...]. Du fait de cette approche, la jurisprudence en matière de liberté d'expression a occasionnellement fait preuve d'une sensibilité excessive et accordé au droit à la liberté d'expression une surprotection par rapport au droit à la réputation, la liberté d'expression étant considérée comme une valeur prioritaire autorisant dans beaucoup de cas à priver les victimes de diffamation d'un recours approprié pour le rétablissement de leur dignité. Cette approche ne me paraît pas pouvoir se concilier avec l'interprétation correcte de la Convention. Le droit à la protection de la réputation aurait toujours dû être considéré comme faisant partie intégrante du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention » (CourEDH, Juge LOUCAIDES, 22 octobre 2007, *Lindon*).

58. En ce sens, voir Samantha BESSON, « Human Rights in Relation – A Critical Reading of the ECtHR's Approach to Conflicts of Rights », in S. SMET, E. BREMS, (édit.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 23-37, p. 29 : « Focusing on conflicts of human rights' duties accounts therefore for how conflicts between the same human rights may give rise to different moral issues in each case and in turn to different resolutions ».

de la résolution dudit conflit nous paraît ainsi une façon plus efficace d'appréhender le régime des restrictions des droits fondamentaux de la Charte.

220. Quant au troisième point, et dans la ligne de ce qui précède, relevons qu'une partie de la littérature juridique a développé une autre typologie des différents rapports que peuvent entretenir les obligations en conflit⁽⁵⁹⁾. En substance, il est ainsi distingué selon que les obligations en cause sont *totale*ment (conflit total) ou *partiel*lement exclusives (conflit partiel). À notre sens, cette typologie doit cependant être nuancée, car nous estimons que les obligations en conflit ne se trouvent pas uniquement en conflit total *ou* partiel, comme semble le suggérer Lorenzo Zucca. En effet, conformément à la proposition d'Alf Ross⁽⁶⁰⁾, nous considérons que des obligations peuvent entrer en conflit à différents degrés, *i.e.* en conflit *total-total*, *total-partiel* ou *partiel-partiel*.

221. À titre illustratif, un conflit *total-total* peut se produire lorsque « *neither of the norms can be applied under any circumstances without conflicting with the other* »⁽⁶¹⁾, tel que l'obligation de l'État membre de protéger la vie de ses ressortissants, d'une part, et celle de respecter le droit fondamental de l'un d'eux de décider, en recourant au suicide assisté, du moment auquel sa vie doit prendre fin⁽⁶²⁾. Un conflit *total-partiel*, quant à lui, a lieu lorsque « *one of the two norms cannot be applied under any circumstances without coming into conflict with the other, whereas the other norm has in addition further field of application in which it does not conflict with the first one* »⁽⁶³⁾.

222. Enfin, un conflit *partiel-partiel* se produit lorsque « *each of the two norms has a field of application in which it conflicts with the other but also a further field of application in which no conflict arises* »⁽⁶⁴⁾. À titre d'exemple, considérons un conflit impliquant des obligations de protection du droit fondamental à la liberté d'expression, qui n'entrent toutefois pas nécessairement en conflit avec les obligations découlant de la protection

59. L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas, Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, *op. cit.*, p. 27.

60. A. ROSS, *On Law and Justice*, Londres, Steven and Sons, 1958, pp. 128-129. Sur l'application de la distinction de Alf Ross aux droits fondamentaux, concernant initialement les « inconsistency between two norms » (p. 128), voir S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 434.

61. A. ROSS, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 129.

62. CourEDH, 5 juin 2015, *Lambert*, §§ 140-142.

63. A. ROSS, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 130.

64. *Ibid.*

du droit fondamental à la vie privée lorsque ce dernier trouve à s'appliquer, mais entre lesquelles tout conflit ne peut être exclu.

223. Contrairement à la première typologie présentée, celle-ci nous paraît pertinente pour appréhender les situations dans lesquelles des restrictions aux droits fondamentaux, au sens de l'article 52, § 1, de la Charte, peuvent se produire. En effet, nous avons démontré ci-dessus que les droits fondamentaux, tels que spécifiés par la CJUE, ne donnent pas naissance à une obligation unique, mais davantage à une cascade d'obligations⁽⁶⁵⁾. Dès lors, il est bien plus utile d'identifier et de spécifier, dans chaque cas concret, chacune des obligations en conflit – plutôt que la nature des titulaires des intérêts qu'elles protègent – pour pouvoir déterminer précisément celle(s) qui, le cas échéant, devront être minimisées ou mises de côté afin de pouvoir résoudre le conflit.

B. – L'ACCEPTATION DE LA NOTION DE *RESTRICTION*

224. L'identification des situations dans lesquelles un droit fondamental peut devoir être restreint nous permet d'emblée d'établir qu'une *restriction* intervient en présence d'un conflit entre deux ou plusieurs obligations découlant, pour tout ou partie, d'un ou plusieurs intérêts protégés par une ou plusieurs dispositions de la Charte⁽⁶⁶⁾. Cependant, au terme de la Charte, la résolution de ce conflit n'implique pas, à strictement parler, une restriction du *droit fondamental* proprement dit, mais uniquement de son *exercice* (*infra* 1). De plus, le régime des restrictions aux droits fondamentaux dans le contexte de la Charte a ceci de particulier qu'il ne peut être appréhendé indépendamment de son contexte juridique et, en particulier, des exigences découlant des autres paragraphes de l'article 52 de la Charte (*infra* 2).

1. – L'objet des restrictions

225. Conformément au texte de la Charte, la restriction ne porte pas directement sur un *droit fondamental* garanti par ladite Charte, mais uniquement sur l'*exercice* dudit droit. Cette précision nous invite dès lors à distinguer, comme le relève Roza Pati⁽⁶⁷⁾, les restrictions portant sur la

65. Voir *supra* §§ 204 et s.

66. Voir l'éloquente définition de J. WALDRON : « [r]ights conflicts arise when a duty generated by one right is not compossible with a duty generated by another » (J. WALDRON, « Rights in Conflict », *op. cit.*, p. 214).

67. R. PATI, « Rights and Their Limits : The Constitution for Europe in International and Comparative Legal Perspective », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 23, 2005, n° 1,

jouissance des droits fondamentaux de celles portant sur l'*exercice* de ceux-ci.

226. Dans ce contexte, rappelons que toute personne subissant les effets d'un acte des institutions de l'Union européenne ou d'un acte d'un État membre adopté dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'UE *jouit* des droits fondamentaux légaux énoncés dans la Charte. Une restriction à la *jouissance* de l'un de ces droits fondamentaux reviendrait ainsi à porter directement atteinte à l'un de ses éléments constitutifs, par exemple en ne reconnaissant plus le caractère particulièrement important de l'*intérêt* en cause ou en niant le fait qu'il puisse générer des obligations de protection. Par conséquent, cela reviendrait à nier son existence-même, ce qui n'est point l'objectif de l'article 52, § 1, de la Charte, qui vise uniquement à résoudre des conflits concrets d'obligations sans remettre en cause la substance des droits fondamentaux concernés.

227. C'est ainsi uniquement l'*exercice* d'un droit fondamental légal qui peut être restreint, ce qui présuppose, par ailleurs, la *jouissance* de ce dernier. Autrement dit, la restriction de l'exercice d'un droit fondamental concerne la restriction de l'étendue de la protection des intérêts de la personne titulaire dudit droit fondamental. Ainsi, lorsque l'une ou plusieurs des obligations de protection dudit intérêt ne peuvent être respectées, toutes les prérogatives du droit fondamental en cause ne pourront être exercées de façon normale. Les titulaires des intérêts protégés par ledit droit fondamental ne peuvent dès lors exiger du débiteur des obligations en cause qu'ils respectent lesdites obligations et les mettent en œuvre de façon complète ; elles ne le seront que de façon *restreinte*.

228. À cet égard, nous relevons que la Charte n'identifie pas expressément les débiteurs des obligations de protection des droits fondamentaux. Cependant, en droit international classique, lesdits débiteurs sont principalement les États car, comme le relève Frédéric SUDRE, un instrument international de protection « reconnaît des droits aux individus et, corrélativement, fait naître à la charge des États des

pp. 223-280, p. 249 : « *a distinction should be made between the limits to the scope of a right enshrined in the European Convention on Human Rights and the restrictions regarding the exercise of such right. The first set of limitations has to do with the formulation of the substantive scope of a right and its express restrictions through specific qualifications. [...]. The latter, more pertinent concept of limitations on rights pertains to the specific limitation clauses provided for in the Convention* ». Bien que cette distinction soit formulée dans le cadre de la CEDH, elle nous semble pouvoir être étendue au contexte de la Charte.

obligations correspondantes »⁽⁶⁸⁾. Aussi, un litige *strictement horizontal*⁽⁶⁹⁾ opposant les droits fondamentaux de deux individus au niveau national – par exemple dans le cas d'un conflit *stricto sensu* entre les obligations découlant du droit fondamental à la liberté d'expression, garanti par l'article 11 de la Charte, et celles découlant du droit fondamental au respect de la vie privée, garanti par l'article 7 de la Charte – prendra nécessairement une forme *verticale* devant la CJUE, quelle que soit la forme de saisine de cette cour. En effet, l'Union européenne comprend un « système complet de voies de recours et de procédure »⁽⁷⁰⁾, qui permet de contester une mesure prise par des institutions de l'UE ou des États membres⁽⁷¹⁾ au travers de divers moyens⁽⁷²⁾, tant dans des procédures ouvertes par des particuliers à l'encontre d'un État membre ou d'institutions de l'Union européenne, que dans des procédures de renvoi préjudiciel ouvertes par des juridictions nationales.

2. – L'importance du contexte juridique des restrictions

229. Si le paragraphe 1 de l'article 52 de la Charte énumère les conditions auxquelles une restriction de l'exercice d'un droit fondamental protégé par la Charte peut être justifiée, il ne peut cependant pas être lu indépendamment du contexte juridique qui l'entoure. Il est ainsi essentiel de prendre en compte l'article 52, § 2, de la Charte, qui précise que « [l]es droits reconnus par la présente Charte qui trouvent leur fondement dans les traités communautaires ou dans le traité sur l'Union européenne s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci »⁽⁷³⁾.

230. L'importance de cette disposition pour déterminer les dispositions pertinentes du régime des justifications des restrictions de l'exercice des droits fondamentaux et, par conséquent, les ressources susceptibles de nous éclairer sur l'acceptation de la notion de *restriction* dans le contexte de la Charte, peut s'illustrer avec le droit fondamental à la liberté de circulation

68. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 110.

69. P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 130.

70. CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts*.

71. Voir l'art. 51, § 1, de la Charte.

72. Pour aller plus loin sur le système contentieux de l'Union européenne, voir p. ex. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2002 ; K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2006 ; D. SIMON, F. MARMITE, D. RITLENG, *Contentieux de l'Union européenne*, 3^e vol., Paris, 2010 et 2011, Lamy.

73. Souligné par nous.

citoyenne qui, avant d'être consacré à l'article 45 de la Charte, trouve son origine dans les traités.

231. En effet, conformément à l'article 52, § 2, de la Charte, ce droit fondamental est soumis au même régime de justification des restrictions que celui qui est prévu à l'article 21, § 1, du TFUE⁽⁷⁴⁾. Au terme de cet article, « [t]out citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application* »⁽⁷⁵⁾. Ainsi, parmi les nombreuses dispositions de l'Union européenne adoptées dans le cadre de l'application du droit fondamental à la liberté de circulation citoyenne figure, principalement, la directive 2004/38/CE qui vise à faciliter et renforcer l'exercice de ce droit fondamental en établissant les conditions de son exercice et en encadrant ses restrictions.

232. Dans ce contexte, le chapitre VI de la directive 2004/38/CE, intitulé « Limitation du droit d'entrée et du droit de séjour pour des raisons d'ordre public, de sécurité public ou de santé public » contient un article 27 qui se lit comme suit :

Article 27 Principes généraux

1. Sous réserve des dispositions du présent chapitre, les États membres peuvent restreindre la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, quelle que soit sa nationalité, pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Ces raisons ne peuvent être invoquées à des fins économiques.
2. Les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent respecter le principe de proportionnalité et être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu concerné. L'existence de condamnations pénales antérieures ne peut à elle seule motiver de telles mesures.

233. Aussi, d'éventuelles restrictions de l'exercice de la liberté de circulation citoyenne ne pourront être justifiées que si elles respectent, en sus des exigences contenues à l'article 52, § 1, de la Charte, les exigences spécifiques de cette disposition et, par exemple, le fait que les obligations découlant du besoin de protection de ladite liberté et dont le respect ne peut être assuré ne le soient pas pour des finalités économiques.

234. Par conséquent, en vertu de l'article 52, § 2, de la Charte, le régime des restrictions de l'exercice des droits fondamentaux ne peut se concevoir en vase clos et doit – en particulier en présence d'un conflit d'obligations

74. En ce sens, Ch. KADDOUS, D. GRISEL, *Libre circulation des personnes et des services*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, p. 183.

75. Souligné par nous.

concernant le droit fondamental à la liberté de circulation citoyenne – respecter les autres exigences de justification desdites restrictions figurant dans le droit dérivé de l'Union européenne ainsi que l'interprétation de la CJUE relative à ces dernières.

SECTION 2. – LES NOTIONS DE *LIMITATION* ET DE *DÉROGATION* DANS LA CHARTE

235. Comme brièvement mentionné ci-dessus⁽⁷⁶⁾, l'article 52, § 1, de la Charte énumère les conditions de justification des *limitations* de l'exercice des droits fondamentaux. Cependant, dans la mesure où ni cette disposition de la Charte, ni la jurisprudence de la CJUE y relative ou encore la littérature juridique à ce sujet ne spécifient l'acception de cette notion, d'une part, et que ces dernières utilisent également et indistinctement la notion de *restriction* dans ce contexte, d'autre part, nous nous sommes contentés jusqu'à présent de la synonymie alléguée entre ces notions. Cependant, les situations dans lesquelles des *restrictions* se produisent étant désormais spécifiées, de même que l'objet de ces dernières, nous pouvons nous prononcer sur l'apparente synonymie entre ces notions (*infra* A) ainsi que sur la distinction existant, le cas échéant, entre ces deux notions et celle de *dérogation* (*infra* B).

A. – LA NOTION DE *LIMITATION* AUX DROITS FONDAMENTAUX

236. De prime abord, les notions de *restriction* et de *limitation* des droits fondamentaux peuvent effectivement être conçues comme synonymes. En effet, tant la jurisprudence que la littérature juridique relatives à la Charte et à la CEDH – qui énoncent et traitent des dispositions, respectivement, de *limitations* de l'exercice des droits fondamentaux, pour la Charte, et de *restrictions* de l'exercice des droits fondamentaux, pour la CEDH – envisagent lesdites dispositions comme un mode de résolution des conflits. Plus précisément, ces dispositions sont perçues comme énonçant les conditions auxquelles une restriction de l'exercice d'un droit fondamental protégé par ces instruments peut être justifiée dans le but de résoudre un conflit d'obligations découlant du besoin de protection – à tout le moins en partie – de l'un desdits droits. Dès lors, et bien que *la mise en œuvre* des restrictions ou limitations peut diverger entre la CJUE et la CourEDH, *i.e.* la façon d'interpréter et d'appliquer les

76. Voir *supra* § 14.

conditions de justification des restrictions ou limitations, nous estimons que l'*acceptation* de ces notions reste cependant identique.

237. Ceci précisé, nous pouvons dévoiler les deux raisons, étymologique et historique, ayant motivé notre choix en faveur de la notion de *restriction* dans le cadre de la présente étude, ladite notion pouvant donc désormais être comprise comme se référant tant au système de la CEDH qu'à celui de la Charte.

238. Eu égard à l'étymologie, tout d'abord, précisons que la notion de *limitation*, du latin *limitatio*, fait référence tant à l'action qu'au résultat de l'action visant à fixer des limites. Dans le contexte des droits fondamentaux, cela correspond dès lors à fixer des lignes ou des bornes dans lesquelles un droit fondamental peut s'exercer et, respectivement, le résultat de cette action. La notion de *restriction*, du latin *restrictio*, fait référence, quant à elle, tant à l'action qu'au résultat visant à *resserrer*, soit à renfermer dans un cadre plus étroit un objet donné. Dans le contexte des droits fondamentaux, les *restrictions* agissent ainsi directement sur l'étendue de l'exercice desdits droits, et désignent le résultat de cette action. Autrement dit, du point de vue de leur *résultat*, tant les notions de *restriction* que de *limitation* ont pour conséquence de réduire l'exercice d'un droit fondamental, mais l'action à entreprendre pour y parvenir diffère.

239. Nous estimons ainsi que le fait de *restreindre* l'exercice d'un droit fondamental évoque une action sur le contenu même dudit droit fondamental dont l'impact est, autrement dit, intrinsèque ou intérieur au droit fondamental. Ainsi, l'étendue du droit fondamental se *resserre* en ce que certaines des obligations découlant des intérêts protégés par ledit droit fondamental se voient, dans un cas concret, minimisées ou seulement partiellement respectées, afin de résoudre un conflit d'obligations. L'action de *limiter* l'exercice d'un droit fondamental, en revanche, évoque la fixation de limites ou de bornes, par définition extrinsèques ou extérieures audit droit.

240. Par conséquent, dans la mesure où les situations nécessitant la restriction de l'exercice d'un droit fondamental concernent des cas de conflit d'obligations et que lesdites obligations constituent l'un des éléments constitutifs d'un droit fondamental, nous sommes d'avis que le caractère justifié d'une restriction de l'exercice d'un droit fondamental – *i.e.* le fait qu'au moins l'une des obligations en découlant devra être minimisée ou ne pourra être respectée – concerne l'un des éléments intrinsèques ou intérieurs dudit droit, à savoir la possibilité de respecter certaines obligations, de sorte que l'acceptation de la notion de *restriction* nous semble plus à même de capturer cette perception.

241. Eu égard à la raison historique, rappelons brièvement que nous avons établi ci-dessus que l'acceptation des droits fondamentaux garantis par la Charte dérive de celle développée par la CourEDH lors de l'interprétation de la CEDH⁽⁷⁷⁾. Ainsi, dans la mesure où cette dernière fait mention de *restriction*, d'une part, et que l'article 52, § 3, de la Charte invite les autorités compétentes à traiter le régime des *limitations* de la Charte de façon similaire à celui des *restrictions* de la CEDH⁽⁷⁸⁾, nous avons également choisi de retenir cette dernière acception dans la présente étude.

B. – LA NOTION DE DÉROGATION AUX DROITS FONDAMENTAUX

242. La littérature juridique fait parfois l'amalgame entre la notion de *restriction* de l'exercice des droits fondamentaux et celle de *dérogation* auxdits droits⁽⁷⁹⁾, de sorte qu'il nous paraît important de spécifier cette dernière acception au sens de la présente étude.

243. Selon nous, d'une façon générale, les dérogations diffèrent des restrictions dans la mesure où elles permettent à un État membre de ne pas satisfaire à ses obligations découlant du besoin de protection d'un droit fondamental, et ce sans avoir à satisfaire les conditions de justification des restrictions, lorsque l'on se trouve en cas de guerre ou de menaces similaires. À titre illustratif, au terme de l'article 15 de la CEDH :

Article 15 Dérogation en cas d'état d'urgence

1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.
2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'art. 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux art. 3, 4 (§ 1) et 7.
3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.

244. La fonction de cette disposition dérogatoire « *is not to exonerate the State from complying with human rights in the face of certain emergency situations* »⁽⁸⁰⁾ mais, au contraire, « *to define carefully under*

77. Voir *supra* Partie 1, titre 1.

78. Voir *infra* Partie 2, titre 1.

79. Voir not. nos propos développés *supra*, dans l'Introduction.

80. O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 585.

which conditions certain guarantees may be (in part) suspended »⁽⁸¹⁾. Autrement dit, l'article 15 de la CEDH introduit dans le système de la CEDH la théorie de l'état de nécessité⁽⁸²⁾, tout en subordonnant l'exercice des dérogations aux droits fondamentaux à des conditions très strictes.

245. Très succinctement, lesdites conditions sont tant d'ordre matériel que formel et concernent, eu égard aux conditions matérielles, la survenance de circonstances d'une gravité particulière, telles que la guerre ou d'autres dangers publics menaçant la vie de la nation⁽⁸³⁾ (i), une nécessité absolue⁽⁸⁴⁾ (ii), le respect des autres obligations découlant du droit international⁽⁸⁵⁾ (iii) et du caractère indérogeable des dispositions énumérées dans le paragraphe 2 de l'article 15 de la CEDH (iv). Quant à la condition formelle, énoncée à l'article 15, § 3, de la CEDH, il s'agit d'une obligation d'information envers le Secrétariat général du Conseil de l'Europe, tant des mesures prises que des motifs qui les ont inspirés⁽⁸⁶⁾. À titre illustratif, mentionnons que la France a récemment eu recours, à répétitions reprises, à la possibilité de déroger aux droits fondamentaux de

81. *Ibid.*

82. M. DELMAS-MARTY, « Quand l'Europe raisonne la raison d'Etat », *Revue projet*, 2011, pp. 16-23, p. 18.

83. Sur cette première condition, voir CourEDH, 14 novembre 1960, *Lawless (n° 1)*, § 28, où la CourEDH estime que « le sens normal et habituel des mots "en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation" est suffisamment clair ; qu'ils désignent, en effet, une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État ». Voir ég. J. BÜHLER, *Le droit d'exception de l'Etat*, Genève, Droz, 1995, p. 242.

84. Sur la seconde condition, voir CourEDH, 26 mai 1993, *Brannigan et McBride*, § 43, où la CourEDH précise que « il incombe à chaque État contractant, responsable de "la vie de [sa] nation", de déterminer si un "danger public" la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue des dérogations nécessaires pour le conjurer. Partant, on doit leur laisser en la matière une large marge d'appréciation ». Voir ég. J. VELU, « Le droit pour les États de déroger à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation », in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, 4^e Colloque du Département des droits de l'homme : Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 71-147, pp. 71-147, p. 92.

85. Et notamment les obligations découlant du droit humanitaire. Voir ég. R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 216-239 ; D. HAYIM, *Le concept d'indérogeabilité en droit international. Une analyse fonctionnelle des normes indérogeables : entre unité et contingence*, vol. I, Saarbrücken, 2014, Presses académiques francophones, p. 20 (version thèse).

86. Voir ég. P. TAVERNIER, « Article 15 », in L-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 489-503, p. 493.

la CEDH, conformément à cette disposition, suite aux attentats de Paris en novembre 2015 et de Nice en juillet 2016.

246. Dans le cadre de l'Union européenne, nous relevons qu'aucune disposition de la Charte n'offre la possibilité de déroger aux droits fondamentaux qu'elle contient. Cependant, les explications relatives à la Charte précisent que « [l]a Charte n'empêche pas les États membres de se prévaloir de l'article 15 de la CEDH, [...] lorsqu'ils prennent des mesures dans les domaines de la défense nationale en cas de guerre et du maintien de l'ordre, conformément à leurs responsabilités reconnues dans l'article 4, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne et dans les articles 72 et 347 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »⁽⁸⁷⁾.

247. La Charte ne s'oppose ainsi pas à ce que les États membres dérogent aux droits fondamentaux car les articles 4 du TUE⁽⁸⁸⁾ et 72⁽⁸⁹⁾ et 347⁽⁹⁰⁾ du TFUE rappellent que, conformément au principe d'attribution des compétences, le maintien de l'ordre public et de la sécurité intérieure des États membres en cas de guerre ou de menace internationale grave ne relèvent pas de la compétence de l'Union européenne.

248. Par conséquent, nous estimons que l'acceptation des notions de *dérogation* et de *restriction* sont distinctes à deux égards. D'une part, la dérogation à des dispositions garantissant des droits fondamentaux est « une technique d'accommodation du droit aux réalités et aux exigences concrètes d'une situation »⁽⁹¹⁾. En ce sens, l'action de déroger est une action *extérieure* et indépendante de la disposition en cause, tandis que l'action visant à restreindre l'exercice d'un droit fondamental est intrinsèque audit droit fondamental, car la nature même des droits fondamentaux rend inéluctables les situations de conflit d'obligations.

87. Voir les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *JOCE* 303 du 14.12.2007, pp. 17 et s., ad. Article 52.

88. Art. 4, § 1, TUE : « Conformément à l'article 5, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ».

89. Art. 72 TFUE : « Le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ».

90. Art. 347 TFUE : « Les États membres se consultent en vue de prendre en commun les dispositions nécessaires pour éviter que le fonctionnement du marché intérieur ne soit affecté par les mesures qu'un État membre peut être appelé à prendre en cas de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, en cas de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre, ou pour faire face aux engagements contractés par lui en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale ».

91. D. HAYIM, *Le concept d'indérogeabilité en droit international. Une analyse fonctionnelle des normes indérogeables : entre unité et contingence*, op. cit., p. 24.

249. D'autre part, le résultat d'une dérogation à des dispositions protectrices de droits fondamentaux revient à ne pas appliquer *du tout* ces dernières, tandis qu'une restriction de l'exercice d'un droit fondamental n'affecte que l'étendue de l'exercice de ce dernier, mais n'entrave pas l'application même des dispositions pertinentes.

CHAPITRE 2

LES ALTERNATIVES DE LA CHARTE POUR JUSTIFIER DES RESTRICTIONS

250. Nous avons d'emblée établi qu'une *restriction* à un droit fondamental est, en substance, le résultat auquel aboutit la *résolution* d'un conflit entre deux ou plusieurs obligations – découlant, d'une part, du besoin de protection d'intérêts protégés par un droit fondamental de la Charte et, d'autre part, d'obligations découlant du besoin de protection d'intérêts similaires ou d'autres intérêts collectifs – et porte sur l'*exercice* d'un droit fondamental. Cependant, reconnaître un caractère justifié auxdites restrictions lorsque les conditions énumérées à l'article 52, § 1, tels conflits prévus par la Charte.

251. Nous argumentons dès lors qu'il est indispensable de délimiter les situations dans lesquelles les conflits d'obligations doivent être résolus en recourant à l'article 52, § 1, de la Charte de celles où des modes alternatifs de résolution doivent être utilisés (Section 1). Selon nous, un tel exercice devrait systématiquement être réalisé par les autorités chargées du contrôle de la Charte afin de clarifier les cas dans lesquels le régime de justification des restrictions prévu par cette disposition trouve à s'appliquer et, par conséquent, d'éclairer le justiciable sur le mode de résolution auquel aura recours la CJUE dans un cas concret.

252. De plus, afin d'avoir un aperçu complet des modes alternatifs aux conditions énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte pour justifier des restrictions visant à résoudre des conflits d'obligations, nous présentons brièvement quelques *exceptions* auxdites restrictions, *i.e.* des cas dans lesquels la littérature juridique estime que la restriction de l'exercice d'un droit fondamental pour résoudre un conflit d'obligations peut être niée ou prévenue (Section 2). Ces exceptions ne concernent dès lors pas la

négation ou la prévention des situations de conflit d'obligations en elles-mêmes et doivent ainsi être strictement distinguées des cas dans lesquels lesdits conflits peuvent être évités car ils ne sont qu'*apparents*⁽⁹²⁾.

SECTION 1. – LES ALTERNATIVES À L'ARTICLE 52, § 1, DE LA CHARTE

253. La possibilité offerte par l'article 52, § 1, de la Charte de justifier certaines restrictions de l'exercice des droits fondamentaux n'est pas l'unique moyen prévu par ladite Charte pour justifier des restrictions et résoudre les conflits d'obligations découlant, notamment, du besoin de protection des droits fondamentaux légaux. À cet égard, la littérature juridique distingue divers modes de résolution des conflits d'obligations, parfois formulés de façon générale⁽⁹³⁾, parfois dans le contexte spécifique de l'Union européenne⁽⁹⁴⁾ ou de la CEDH⁽⁹⁵⁾.

254. Nous estimons dès lors opportun de présenter brièvement lesdits modes, qu'ils visent la priorisation (*infra* A) ou la conciliation (*infra* B) des éléments en conflit, et de replacer l'article 52, § 1, de la Charte parmi eux afin d'avoir une vue d'ensemble de la diversité des restrictions tolérées par la Charte et, dès lors, pouvoir circonscrire en toute connaissance de cause la présente étude aux seules restrictions justifiées par l'article 52, § 1, de la Charte.

A. – LES MODES DE RÉOLUTION IMPLIQUANT UNE PRIORISATION

255. Nous distinguons, dans les lignes qui suivent, entre le mode de résolution que constitue l'établissement d'une *hiérarchie* – respectivement *formelle* ou *matérielle* – entre les dispositions d'où proviennent les obligations en conflit (*infra* 1) et le mode de résolution visant à établir une règle à même de le résoudre le conflit (*infra* 2).

92. Voir *supra* §§ 207 et s.

93. J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 331 et s. ; J. WALDRON, « Rights in Conflict », *op. cit.* ; S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, pp. 436 et s. ; G. WEBBER, *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

94. R. PATI, « Rights and Their Limits : The Constitution for Europe in International and Comparative Legal Perspective », *op. cit.*

95. P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* ; S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, *op. cit.* ; L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas, Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, *op. cit.*

1. – La hiérarchie

256. Ce premier mode de résolution des conflits d'obligations consiste en l'introduction, au sein d'un instrument de protection des droits fondamentaux, d'une *hiérarchie* entre les différentes dispositions qui y sont contenues. Plus précisément, cette hiérarchie peut être *formelle*, *i.e.* elle concerne les différentes dispositions protectrices de droits fondamentaux, ou *matérielle*, *i.e.* elle porte sur l'intérêt protégé par un droit fondamental garanti qui est reconnu comme étant supérieur aux intérêts protégés par d'autres droits fondamentaux⁽⁹⁶⁾.

257. À l'instar de ce qui prévaut pour la CEDH, la Charte ne comprend cependant aucune disposition établissant expressément une hiérarchie formelle ou matérielle entre les droits fondamentaux qu'elle garantit. Certains éléments permettent toutefois d'argumenter en sens inverse, tel que le fait que dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne – au sens du titre V de la troisième partie du TFUE – des affaires puissent être soumises à une procédure préjudicielle d'urgence⁽⁹⁷⁾. Ainsi, à titre illustratif, les restrictions à l'exercice du droit fondamental à l'intégrité physique, garanti à l'article 3 de la Charte, qui sont susceptibles d'être subies lorsqu'un État membre ne prend pas les mesures nécessaires à assurer la sécurité du demandeur d'asile pendant le traitement de sa demande d'asile, semblent être priorisées par rapport à d'autres restrictions qui, elles, ne peuvent prétendre à la procédure préjudicielle d'urgence.

258. À notre avis, cependant, ce n'est pas tant la reconnaissance d'une priorité, formelle ou matérielle, entre les dispositions de la Charte ou les intérêts qui y sont protégés qui justifient le recours à la procédure préjudicielle d'urgence, mais davantage la gravité et l'imminence des *menaces* auxquelles sont exposés lesdits intérêts qui justifient le recours à une telle procédure. Autrement dit, voir dans cette procédure l'indice d'une priorisation de certains intérêts ou dispositions de la Charte sur d'autres procéderait d'un amalgame entre les intérêts abstraits y étant garantis et les menaces concrètes auxquels ils sont exposés.

259. L'absence de hiérarchie dans la Charte peut cependant s'expliquer par le fait, notamment, que « *[w]ithin the group of fundamental rights, however, it is quite rare to see rights being given formal priority over*

96. S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, pp. 444-445.

97. Voir l'art. 107, § 1, du Règlement de procédure de la Cour de justice, JO L 265, du 29 septembre 2012, tel que modifié en dernier lieu par JO L 217, du 12.8.2016, p. 69.

others independently of a relative weighing of their stringencies »⁽⁹⁸⁾. Dans le contexte de la CEDH, la CourEDH a d'ailleurs reconnu expressément, dans son arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne* par exemple, que « l'issue de la requête ne saurait en principe varier selon qu'elle a été portée devant elle, sous l'angle de l'article 10 de la Convention, par l'éditeur qui a publié le reportage litigieux ou, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, par la personne faisant l'objet de ce reportage. En effet, ces droits méritent *a priori* un égal respect »⁽⁹⁹⁾.

2. – La règle de conflit

260. Les instruments de protection des droits fondamentaux peuvent également contenir des règles, implicites ou explicites, ayant pour but de résoudre les conflits. Ces règles peuvent être *matérielles*, *i.e.* en ce sens qu'elles prévoient une priorité *prima facie*, complète ou partielle de l'une des dispositions protégeant un droit fondamental lorsqu'elle est en cause dans un conflit⁽¹⁰⁰⁾, ou *formelles*, *i.e.* en ce sens qu'elles énoncent l'autorité – en principe législative ou judiciaire – en charge de gérer le conflit⁽¹⁰¹⁾.

261. À cet égard, la Charte comprend certaines dispositions protégeant des droits fondamentaux qui sont considérés comme *matériellement* prioritaires par rapport à d'autres⁽¹⁰²⁾. Ainsi, l'interdiction de la torture, prévue à l'article 4 de la Charte, est souvent qualifiée de *droit absolu* et les obligations de protection en découlant doivent dès lors primer en cas de

98. S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 444.

99. CourEDH, 7 février 2012, *Axel Springer AG*, § 87. Pour d'autres exemples, voir not. CourEDH, 15 octobre 2015, *Perinçek*, § 198 ; CourEDH, 7 février 2012, *Von Hannover*, § 106.

100. La priorité instaurée par des *règles de conflit matérielles* diffère de la reconnaissance d'une *hiérarchie matérielle* entre deux droits fondamentaux en ce que, dans le second cas, la priorité est établie *ex ante* et est absolue, tandis que dans le premier cas, « material rules of conflict are usually reconstructed *ex post* on the basis of past judicial decisions and only establish a *prima facie* ranking of the rights in conflict which still have to be weighed against each other » (S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 445).

101. S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 444.

102. Voir not. S. GREER, « Should Police Threats to Torture Suspects always be Severely Punished? Reflections on the Gäfgen Case », *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, n° 1, pp. 67-89, qui estime qu'il y a bien un cas de conflit de droits fondamentaux. *Contra*, voir O. DE SCHUTTER, F. TULKENS, « Rights in Conflict : The European Court of Human Right as a Pragmatic Institution », *op. cit.*, p. 180, et Stijn SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, *op. cit.*, pp. 292-293 (version thèse), qui estiment que la reconnaissance d'un droit absolu n'est pas un mode de résolution des conflits de droits fondamentaux mais un cas de *faux* ou *apparent* conflit.

conflit⁽¹⁰³⁾. L'une des raisons avancées pour expliquer une telle priorité est souvent que les intérêts protégés par le droit fondamental à l'interdiction de la torture ou encore le droit fondamental à la vie sont autant d'intérêts dont la protection est indispensable pour être en mesure d'exercer les autres droits fondamentaux de la Charte, de sorte qu'il se justifie de les prioriser, le cas échéant, sur des intérêts protégés, notamment, par d'autres droits fondamentaux.

262. La priorité matérielle du droit fondamental à l'interdiction de la torture sur d'autres droits fondamentaux est, par ailleurs, également confirmée par la jurisprudence de la CJUE. En effet, les explications relatives à cette disposition précisent que ce droit « correspond à celui qui est garanti par l'article 3 de la CEDH, dont le libellé est identique » de sorte que, en application de l'article 52, § 3, de la Charte, il a le même sens et la même portée que l'article 3 de la CEDH⁽¹⁰⁴⁾.

263. Ainsi, eu égard à l'article 3 de la CEDH, la CourEDH a jugé que cette disposition « ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention »⁽¹⁰⁵⁾ et, par conséquent, qu'il est « un droit absolu »⁽¹⁰⁶⁾. La CJUE a par ailleurs effectué une interprétation similaire de l'article 4 de la Charte dans l'arrêt *N. S. et al.*, confirmé ultérieurement par l'arrêt *Bundesrepublik Deutschland c. Kaveh Puid*⁽¹⁰⁷⁾, dans lequel elle précise qu'en cas de « défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile

103. Le droit fondamental à la vie est également souvent mentionné comme illustration d'un droit absolu. Cependant, tant l'article 2, § 2, de la CEDH que l'article 2 de la Charte (voir à ce propos les explications relatives à la Charte, qui précisent que l'art. 2, § 2, de la CEDH est considéré comme figurant également dans la Charte) énoncent les situations dans lesquelles le droit fondamental à la vie peut être ignoré, d'une part, et la CourEDH a également admis que ce droit n'est pas absolu (not. dans l'arrêt CourEDH, 28 octobre 1998, *Osman*, § 116 : « toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation »). En ce sens, voir S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, op. cit. ; S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, op. cit.

104. Nous reviendrons en détail sur les conséquences et l'acception de la notion de *correspondance* entre deux droits fondamentaux, voir *infra* Partie 2, titre 2.

105. CourEDH, 18 décembre 1996, *Aksoy*, § 62.

106. CourEDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani*, § 59. Voir également CourEDH, 1^{er} juin 2010, *Gäfgen*, § 176 : « Ce droit [n]lla : l'article 3 de la CEDH] étant absolu, il ne saurait être mis en balance avec d'autres intérêts tels que la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête ou l'intérêt général à ce que soient menées des poursuites pénales effectives. Sinon, ce caractère absolu se trouverait ébranlé (comparer aussi, mutatis mutandis, Saadi, précité, §§ 138-139). Pour la Cour, ni la protection de la vie humaine ni une condamnation pénale ne peuvent être assurées au prix d'une mise en péril de la protection du droit absolu à ne pas se voir infliger des mauvais traitements prohibés par l'article 3 ; sinon, on sacrifierait ces valeurs et jetterait le discrédit sur l'administration de la justice ».

107. CJUE, 14 novembre 2013, *Kaveh Puid*, pt 36.

dans l'État membre responsable, impliquant un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la charte, des demandeurs d'asile transférés vers le territoire de cet État membre, ce transfert serait incompatible avec ladite disposition »⁽¹⁰⁸⁾.

264. En conséquence, en cas de conflit entre les obligations découlant du besoin de protection des intérêts protégés par l'article 4 de la Charte, d'une part, et celles découlant du besoin de protection d'autres intérêts – jugés fondamentaux ou non – d'autre part, ledit conflit est résolu en faisant primer le respect des obligations découlant de cet article, sans avoir à recourir à l'examen des conditions de justification énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte.

B. – LES MODES DE RÉOLUTION IMPLIQUANT UNE CONCILIATION

265. D'autres modes de résolution des conflits d'obligations sont également envisagés par la Charte, bien qu'ils n'impliquent pas de priorisation entre les dispositions qui y sont garanties mais privilégient une conciliation entre celles-ci. Il s'agit ainsi de la recherche d'une concordance entre les éléments en conflit (*infra* 1) et la mise en balance de ceux-ci (*infra* 2).

1. – La concordance

266. Ce mode de résolution dérive de l'approche allemande prônée par Konrad HESSE, en faveur d'une *praktische Konkordanz*⁽¹⁰⁹⁾, communément traduite par *concordance pratique*⁽¹¹⁰⁾ bien que cette notion revête

108. CJUE, 21 décembre 2011, *N. S.*, pt 86.

109. Notons à ce propos que de nombreux auteurs abordent la concordance pratique comme étant un élément du test de proportionnalité, voir not. T. MARAUHN, N. RUPPEL, « Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notions of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court », in E. BREMS (édit.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, Intersentia, 2008, pp. 273-296 ; A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 369.

Contra, certains auteurs envisagent la concordance pratique comme un mode autonome de résolution des conflits, voir not. D. KOSAŘ « Conflicts between Fundamental Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of the Czech Republic », in E. BREMS (édit.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, Intersentia, 2008, pp. 347-378, p. 360 ; O. DE SCHUTTER, F. TULKENS, « Rights in Conflict : The European Court of Human Right as a Pragmatic Institution », *op. cit.*, p. 203.

110. En ce sens, voir S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 449.

désormais des acceptions différentes dans les États membres de l'UE⁽¹¹¹⁾. Ainsi, dans la littérature francophone, la notion de *concordance pratique* revêt parfois une acception similaire à – ou constitue une modalité de – la *conciliation*⁽¹¹²⁾. Il convient dès lors de spécifier ce que nous entendons par *concordance*.

267. Rappelons que pour Konrad Hesse, la *concordance pratique* implique que « *[r]ights and interests guaranteed [...] must be related to one another in such a way that each of them can be put into effect. In the case of conflicting rights, none of them must be implemented at the expense of the other, neither by hastily balancing the underlying values nor on the basis of abstract considerations* »⁽¹¹³⁾. La *concordance pratique* évite donc de reconnaître une priorité à un droit fondamental ou à un intérêt par rapport à un autre et est une démarche au travers de laquelle une autorité « *aims to optimise the conflicting rights by minimising the damage each suffers, in order to have both rights survive the conflict as intact as possible* »⁽¹¹⁴⁾. Dès lors, comme le formule Stijn Smet dans le contexte de la CEDH, « *for praktische Konkordanz to offer an optimal solution to a conflict between Convention rights it is vital that both rights make sacrifices and that those sacrifices are minimal* »⁽¹¹⁵⁾.

268. Malgré les diverses critiques formulées par la littérature juridique eu égard à la concordance pratique *qua* mode de résolution des conflits d'obligations, la jurisprudence de la CJUE – à l'instar de celle de la

111. À titre illustratif, au Royaume-Uni cette notion est traditionnellement traduite par *balancing* et « [a]n examination of the constitutional discourse post-HRA in the UK shows that balance is used in four different senses » (L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas, Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, *op. cit.*, p. 87).

112. Ainsi, en France, cette notion est souvent traduite par *conciliation*, mais revêt à tout le moins trois acceptions différentes (G. DRAGO, « La conciliation entre principes constitutionnels », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1991, Chron., pp. 265-269 ; V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995 ; L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas, Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, *op. cit.*, pp. 88 et s.).

113. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20^e éd., Heidelberg, 1995, C. F. Müller, p. 72, traduit par Th. MARAUHN, N. RUPPEL, « Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notions of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court », *op. cit.*, p. 280.

114. S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, *op. cit.*, p. 125 (version thèse). Voir ég. O. DE SCHUTTER, F. TULKENS, « Rights in Conflict : The European Court of Human Right as a Pragmatic Institution », *op. cit.*, p. 203-204. Pour aller plus loin sur la concordance pratique, voir O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *Actualité Juridique – Droit Administratif*, n° spécial, 1998, pp. 44-51 ; G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1995, pp. 163-164.

115. S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, *op. cit.*, p. 125 (version thèse).

CourEDH⁽¹¹⁶⁾ – peut mettre en exergue la recherche d'une concordance pratique dans des conflits d'obligations découlant de besoin de protection, notamment, du droit fondamental au respect de la vie privée, d'une part, et du droit fondamental à la propriété intellectuelle, d'autre part, garanti par l'article 17, § 2, de la Charte. Ceci s'illustre notamment dans l'arrêt *Promusicæ*⁽¹¹⁷⁾, concernant un conflit entre les obligations découlant, d'une part, du droit fondamental à la propriété intellectuelle de *Promusicæ* – une association de producteurs et d'éditeurs de musique – et, d'autre part, du droit fondamental au respect de la vie privée des personnes ayant partagé de la musique – dont les droits patrimoniaux appartiennent à *Promusicæ* – au moyen d'un programme d'échange en ligne (*peer to peer*) à ce que leurs données personnelles de connexion ne soient pas communiquées.

269. Dans cette affaire, la CJUE a reconnu que cette situation incorporait un conflit entre « des exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux, à savoir, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, les droits à la protection de la propriété et à un recours effectif »⁽¹¹⁸⁾. Elle a ensuite précisé qu'il incombait aux autorités et juridictions des États membres d'interpréter les directives de l'Union européenne d'une façon qui « permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique

116. Dans le contexte de la CEDH, voir not. S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, op. cit., pp. 127 et s. (version thèse) ; O. DE SCHUTTER, F. TULKENS, « Rights in Conflict : The European Court of Human Right as a Pragmatic Institution », op. cit., pp. 204-205 ; P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 244. Pour une illustration de la jurisprudence de la CourEDH, voir l'arrêt suivant concernant le maintien, sur le site internet d'un journal, d'un article dont la version papier fut jugée diffamatoire par les autorités polonaises : CourEDH, 16 juillet 2013, *Węgrzynowski and Smolczewski*, § 66 : « *The Court is of the view the alleged violations of rights protected under Article 8 of the Convention should be redressed by adequate remedies available under domestic law. In this respect, it is noteworthy that in the present case the Warsaw Court of Appeal observed that it would be desirable to add a comment to the article on the website informing the public of the outcome of the civil proceedings in which the courts had allowed the applicants' claim for the protection of their personal rights claim (see paragraph 12 above). The Court is therefore satisfied that the domestic courts were aware of the significance which publications available to the general public on the Internet could have for the effective protection of individual rights. In addition, the courts showed that they appreciated the value of the availability on the newspaper's website of full information about the judicial decisions concerning the article for the effective protection of the applicant's rights and reputation* ». Dans la mesure où, en permettant le maintien de l'article litigieux en ligne – tout en exigeant qu'il soit assorti d'un commentaire qui mentionne sa nature diffamatoire – tant le droit fondamental à la liberté d'expression du journaliste et du journal en cause, d'une part, que le droit fondamental à la réputation des requérants, d'autre part, subissent des atteintes dans une moindre mesure, alors une *concordance pratique* est donc atteinte.

117. CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicæ*.

118. *Ibid.*, pt 65.

communautaire » et, dans ce cadre, qu'ils devaient « veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire [...] »⁽¹¹⁹⁾.

270. Par conséquent, il peut dès lors être soutenu que la CJUE ne souhaite prioriser aucun des droits fondamentaux en cause et invite les autorités compétentes à minimiser, autant que possible, les restrictions auxdits droits fondamentaux. À notre sens, cependant, la distinction entre ce mode de résolution des conflits et le suivant, *i.e.* la mise en balance, n'est pas aisée à établir et perd dès lors sa pertinence.

2. – La mise en balance

271. Le dernier mode de résolution des conflits de droits fondamentaux, et le plus important dans le cadre de la présente étude, consiste en une *mise en balance*, à laquelle il est souvent fait référence dans la littérature anglophone au travers de la notion de *balancing*. Cette mise en balance peut être définie comme un mode de résolution des conflits d'obligations qui consiste à mettre en balance les intérêts protégés par les droits dont les obligations sont en conflit⁽¹²⁰⁾ et à exiger le respect des obligations découlant du droit fondamental dont les intérêts sont « *considered to be of greater 'value'* »⁽¹²¹⁾.

272. La littérature juridique a proposé divers outils pour effectuer cette mise en balance – dont la réalisation d'un test de *proportionnalité*⁽¹²²⁾ ou d'une *pondération*⁽¹²³⁾ – dont aucun ne fait cependant l'unanimité⁽¹²⁴⁾. En

119. *Ibid.*, pt 68.

120. Voir not. O. DE SCHUTTER, F. TULKENS, « Rights in Conflict : The European Court of Human Right as a Pragmatic Institution », *op. cit.*, p. 201 : « weighing the rights in conflict against one another ».

121. *Ibid.*, p. 201.

122. La *proportionnalité* est entendue ici dans le sens développée par R. ALEXI, *A Theory of Constitutional Rights*, traduit par J. RIVERS, Oxford, New York, Oxford University Press, 2002. En ce sens, en cas de conflit, la prévalence d'un droit fondamental par rapport à l'autre dépend de l'importance des droits en cause et du degré de l'atteinte qu'ils subissent.

123. F. RIGAUX, « Introduction générale », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, numéro spécial, *La liberté d'expression*, vol. 23, 1995, pp. 401-415, p. 7. Cet auteur distingue strictement la *proportionnalité* de la *pondération*. La proportionnalité ne devrait s'appliquer qu'en cas de conflit entre un *droit fondamental* et un *intérêt public* tandis que la pondération ne devrait s'appliquer qu'en cas de conflit entre deux *droits fondamentaux*. Il est cependant fortement critiqué en doctrine, voir not. P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 391 et s.

124. Pour une critique de la proportionnalité, voir not. J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*. Paris, Gallimard, 1997 ; F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*,

effet, l'une des principales objections à cette mise en balance *qua* mode de résolution des conflits est liée à l'*incommensurabilité* des droits fondamentaux desquels découlent les obligations en conflit – *i.e.* au fait qu'il n'existe pas de *mesure commune* aux droits fondamentaux, soit une métrique qui les rendrait comparables et permettrait de classer les intérêts qu'ils protègent selon leur importance⁽¹²⁵⁾. Comme le formule Frank Coffin, « *perhaps the biggest problem with the balancing metaphor is that it suggests a mechanistic, quantitative, and utilitarian comparison of the weight or value of two claims according to one scale which is equally appropriate to both* »⁽¹²⁶⁾.

273. Bien que la CJUE semble consciente de ces objections – à l'instar de la CourEDH, d'ailleurs⁽¹²⁷⁾ – elle ne s'est pas prononcée expressément à leur sujet et adopte une attitude pragmatique qui « *assumes or chooses commensurability, rather than demonstrating it, and does so for instrumental reasons ; simply because the advantages of assuming commensurability are far greater than the disadvantages* »⁽¹²⁸⁾. Ces deux cours procèdent ainsi, dans chaque cas d'espèce, à une *mise en balance* des intérêts protégés par les obligations en conflit, et ce de façon similaire selon que lesdits intérêts sont garantis par des droits fondamentaux ou

traduit par O. JOUANJAN, Paris, Presses Universitaires de France, 1996. Voir ég. J. ALDER, « The Sublime and the Beautiful : Incommensurability and Human Rights », *Public Law*, 2006, pp. 697-721.

125. S. VAN DROOGHENBOECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 282. Voir aussi C. SUNSTEIN, « Incommensurability and Valuation in Law », *Michigan Law Review*, vol. 92, n° 4, 1994, pp. 779-861, p. 796 : « Incommensurability occurs when the relevant goods cannot be aligned along a single metric without doing violence to our considered judgments about how these goods are best characterised ».

126. F. COFFIN, « Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice », *New York University Law Review*, vol. 63, 1988, pp. 16-42, p. 19. Sur l'aspect utilitariste de la proportionnalité, voir not. J. WALDRON, « Rights in Conflict », *op. cit.*

127. La CourEDH a notamment reconnu ce problème dans son arrêt *Schneider c. Luxembourg*, où elle a estimé que « le mobile d'une opposante éthique à la chasse ne saurait être utilement mis en balance avec la rémunération perçue annuellement en contrepartie du droit d'usage perdu par elle, ne fût-ce qu'en raison de la nature essentiellement inconciliable d'une indemnisation par équivalent avec le mobile subjectif invoqué » (CourEDH, 10 juillet 2007, *Schneider*, § 49).

128. S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, *op. cit.*, p. 141 (version these). Pour aller plus loin, voir F. SCHAUER, « Instrumental Commensurability », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, 1998, pp. 1215-1233, pp. 1216 et s ; F. SCHAUER, « Commensurability and Its Constitutional Consequences », *Hastings Law Journal*, vol. 45, 1994, pp. 785-812 ; J. WALDRON, « Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer », *Hastings Law Journal*, vol. 45, 1994, pp. 813-824.

constituent simplement des intérêts collectifs ne revêtant pas le statut de droit fondamental⁽¹²⁹⁾.

274. Ainsi, dans le cadre de la Charte, la possibilité d'une telle mise en balance découle de l'exigence de *proportionnalité* figurant à l'article 52, § 1, de cette dernière, qui constitue dès lors l'outil permettant de mesurer, dans un cas concret, l'importance des intérêts protégés par les droits fondamentaux concernés et la proportion dans laquelle l'exercice d'un droit fondamental peut devoir être restreint, au bénéfice d'un autre droit fondamental ou d'un autre intérêt. Ceci étant, comme la jurisprudence examinée ci-dessous l'illustre⁽¹³⁰⁾, les modalités d'utilisation de cet outil sont ambiguës car, comme le relève Samantha Besson, « *[a]s a matter of fact, very few legal orders have transparent criteria as to how the weighing of legal rights should be achieved* »⁽¹³¹⁾.

275. Afin de pallier à cette ambiguïté nous argumentons, au regard de la jurisprudence actuelle de la CJUE, que la *mise en balance* inhérente à l'exigence de proportionnalité prévue par l'article 52, § 1, de la Charte devrait être perçue non pas comme une mise en balance *quantitative* des *intérêts*, *i.e.* suggérant une comparaison utilitariste des intérêts en cause, mais davantage comme une mise en balance *qualitative* des *obligations* en conflit, *i.e.* la reconnaissance, dans un cas d'espèce, d'obligations qualitativement supérieures à d'autres⁽¹³²⁾.

276. Une telle interprétation permettrait en outre de surmonter l'objection de l'incommensurabilité et rendrait tous modes alternatifs de résolution des conflits – ainsi que les difficultés liées à leurs délimitations – sans objet. Ainsi, par exemple, la *règle de conflit* au terme de laquelle le respect des obligations découlant de droit absolu doit être considéré comme prioritaire sur toutes autres obligations, peut désormais être appréhendée comme n'impliquant pas de priorisation des premières obligations mais uniquement la reconnaissance de leur qualité supérieure⁽¹³³⁾.

129. À cet égard, P. DUCOULOMBIER relève que « [l]a Cour européenne revendique l'utilisation de la *proportionnalité* pour résoudre les litiges identifiés comme conflits de droits. Leur traitement ne semble pas se différencier de celui reçu par les situations opposant un droit à un intérêt strictement étatique » (P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 422 [souligné par nous]).

130. Voir *infra* Partie 3, titre 4.

131. S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 448.

132. Voir en ce sens S. BESSON, « Human Rights in Relation – A Critical Reading of the ECtHR's Approach to Conflicts of Rights », *op. cit.*

133. Voir *infra* Partie 3.

SECTION 2. – LES EXCEPTIONS AUX RESTRICTIONS DES DROITS
FONDAMENTAUX

277. En dépit des considérations qui précèdent relatives à la survenance inéluctable de situations nécessitant la restriction de l'exercice d'un droit fondamental, nous ne pouvons passer sous silence le fait qu'une partie de la littérature juridique estime que lesdites situations peuvent être évitées, de telle sorte que l'application de dispositions comme l'article 52, § 1, de la Charte ne revêtait aucune utilité.

278. En ce sens, ces approches peuvent être perçues comme constituant des *exceptions* à l'application de cette disposition, car elles estiment que la nécessité de restreindre l'exercice d'un droit fondamental pour résoudre un conflit d'obligations peut être niée ou prévenue (*infra* A). À notre sens, s'il convient d'être conscient de l'existence de telles approches dans la mesure où choisir d'y adhérer remettrait indubitablement en cause de nombreux arguments formulés jusqu'ici, nous estimons qu'elles ne sont pas pertinentes dans le contexte spécifique de la Charte (*infra* B).

A. – LA NÉGATION ET LA PRÉVENTION DES SITUATIONS DE RESTRICTION

279. Nous nous limitons ici à présenter brièvement deux approches au terme desquelles les restrictions de l'exercice des droits fondamentaux sont exclues. Il s'agit, tout d'abord, de l'approche visant à prôner une acception des droits fondamentaux au terme de laquelle toute restriction de ces derniers est impossible et doit donc être niée (*infra* 1). Il s'agit, ensuite, de l'approche tendant à aborder les situations de conflit d'obligations susceptibles de donner lieu à des restrictions d'une façon à prévenir la nécessité de telles restrictions (*infra* 2).

1. – Par le biais de la notion de droit fondamental

280. La première approche rejette toute possibilité de conflits entre les obligations découlant du besoin de protection de droits fondamentaux dans la mesure où elle procède d'une acception de la notion de *droit fondamental* qui rend tout conflit inexistant. Ainsi, selon les théories libertariennes, parmi lesquelles figurent notamment celle de Robert Nozick, les droits fondamentaux revêtent une nature *négative*⁽¹³⁴⁾, dans le sens où il

134. R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974, Blackwell, chap. 3. Pour une analyse en profondeur de l'œuvre de R. NOZICK, voir J. WOLFF, *Robert Nozick. Property, Justice and the Minimal State*, Cambridge, Polity Press, 1996.

s'agit de droits de *non-interférence*⁽¹³⁵⁾. Les droits fondamentaux sont dès lors conçus comme une limite absolue, une contrainte stricte imposée aux actions qu'autrui peut réaliser à l'égard d'une personne ou de la propriété de cette dernière⁽¹³⁶⁾. Chacun doit ainsi uniquement veiller à s'abstenir de réaliser certaines actions (*side constraints*) et l'intrusion des États dans les droits individuels doit rester minimale (*minimal State*).

281. Cette approche, qui présente des affinités avec l'approche kantienne selon laquelle les êtres humains sont des *fins* et non des *moyens*⁽¹³⁷⁾ et l'approche philosophique de John Locke sur les *droits naturels*⁽¹³⁸⁾, semble exclure toute possibilité de conflit potentiel entre droits fondamentaux – et, *a fortiori*, toute nécessité de restreindre l'exercice de l'un desdits droits – dans la mesure où ces droits n'imposent que des comportements d'abstention. En effet, « *inaction does not conflict with inaction* »⁽¹³⁹⁾. La restriction de l'exercice d'un droit fondamental d'une personne n'est dès lors possible qu'avec le consentement de cette dernière. Comme le résume Jeremy Waldron, « *[s]ince a constraint presents itself to him simply as a limit on his conduct, he is not required by a concern for rights to try to limit the conduct of others to see that rights are respected by them, and so the question of whether he should violate some rights himself in order to prevent graver violations by others does not arise* »⁽¹⁴⁰⁾.

2. – Par le biais des situations de conflit

282. Une seconde illustration rejetant la possibilité des restrictions de l'exercice des droits fondamentaux ressort de l'approche prônée par Hillel Steiner⁽¹⁴¹⁾, pour qui les obligations découlant des droits fondamentaux doivent être redéfinies lorsque ces dernières s'avèrent être, dans des cas concrets, incompatibles entre elles⁽¹⁴²⁾. En d'autres termes, selon cette approche, « *conflict of rights imply logical contradictions and should*

135. J. WOLFF, *Robert Nozick. Property, Justice and the Minimal State*, *op. cit.*, p. 19.

136. R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, *op. cit.*, chap. 3.

137. *Ibid.* pp. 30 et s. : « [...] Side constraints upon action reflect the underlying Kantian principle that individuals are ends and not merely means [...] ».

138. A. GOLDMAN, « The Entitlement Theory of Distributive Justice », *Journal of Philosophy*, vol. 73, 1976, n° 21, pp. 823-835.

139. J. HASNAS, « From Cannibalism to Caesareans: Two Conceptions of Fundamental Rights », *Northwestern University Law Review*, vol. 89, 1995, n° 3, pp. 900-941, pp. 921-922.

140. J. WALDRON, « Rights in Conflict », *op. cit.*, p. 204.

141. H. STEINER, *An Essay on Rights*, *op. cit.*, pp. 2-3, 80.

142. Voir ég. l'approche de C. WELLMAN, *Real Rights*, New York, Oxford University Press, 1995.

therefore be prevented from arising »⁽¹⁴³⁾, de sorte que l'on peut créer « *a list of "compossible" rights, rights which do not conflict* »⁽¹⁴⁴⁾.

B. – L'APPRÉCIATION DES EXCEPTIONS DANS LE CONTEXTE DE LA CHARTE

283. Nous doutons fortement de la pertinence pratique des approches en faveur d'une exception aux restrictions de l'exercice des droits fondamentaux dans le contexte de la Charte. En effet, eu égard à la première approche, comme l'explique Samantha Besson, elle « *contradicts many of our intuitions and practices; not only do we know of rights which justify positive duties, but they are often agent-neutral and only rarely absolute* »⁽¹⁴⁵⁾. En ce sens, la conception libertarienne de Robert Nozick ne reflète pas l'acception des notions de *droit fondamental* et de *restriction* développées par la CJUE et a, au demeurant, fait l'objet de nombreuses et pertinentes critiques de la part de la littérature juridique auxquelles nous adhérons⁽¹⁴⁶⁾.

284. Parmi celles-ci, nous retenons principalement que la conception nozickienne ne reflète pas la pratique – passée et actuelle – résultant de l'interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte par la CJUE. En effet, en prônant des droits absolus de l'individu, Robert Nozick rejette « toutes les contraintes imposées par l'appartenance à une collectivité politique commune »⁽¹⁴⁷⁾ alors que « *there is no evidence whatsoever that any state was founded or developed in the Nozickian manner* »⁽¹⁴⁸⁾. Bien au contraire, l'acception des droits fondamentaux développée par la CourEDH et de laquelle s'est inspirée la CJUE se voit corroborée par la théorie de l'intérêt et admet, par conséquent, la possibilité de conflit entre les

143. S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, op. cit., p. 428.

144. S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, op. cit., p. 31 (version thèse).

145. S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, op. cit., p. 429.

146. Voir p. ex. H. LAFOLLETTE, « Why Libertarianism is Mistaken » in J. ARTHUR, W. SHAW (édit.), *Justice and Economic Distribution*, 2^e éd., Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1991, pp. 194-206 ; W. KYMLICKA, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2002 ; G. COHEN, *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

147. D. COLLIN, *La longueur de la chaîne : Essai sur la liberté au XXI^e siècle*, Paris, Max Milo, 2011, chap. 1.

148. M. RITHBARD, « Robert Nozick and the Immaculate Conception of the State », *Journal of Libertarian Studies*, vol. 1, 1977, n° 1, pp. 45-57, p. 45.

éléments constitutifs dudit droit fondamental, ce qui est incompatible avec l'approche nozickienne⁽¹⁴⁹⁾.

285. La même conclusion d'incompatibilité peut être formulée eu égard à l'approche prônée par Hillel Steiner, car la jurisprudence de la CJUE s'en écarte lorsque, à titre illustratif, elle examine si une mesure restrictive est *nécessaire* au sens de la Charte. En effet, ce faisant, elle ne redéfinit ou ne nie pas l'existence d'un conflit d'obligations mais, bien au contraire, examine si la minimisation ou le respect partiel d'une obligation de protection découlant d'un droit fondamental est, dans un cas d'espèce, effectivement nécessaire à la résolution du conflit en cause. Ainsi, dans son arrêt *Deutsches Weintor*, la CJUE a procédé à un examen détaillé de la nécessité d'interdire certaines allégations de santé sur l'étiquetage de produits afin de garantir le respect des obligations découlant du droit fondamental à la santé, protégé à l'article 35 de la Charte⁽¹⁵⁰⁾.

149. Pour une position plus nuancée sur ce point, voir S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, *op. cit.*, p. 34 (version thèse), qui estime que la jurisprudence de la CourEDH « *indicates that the ECHR system exhibits more features of the Interest theory than of the Will theory. Accepting the possibility of conflicts between human rights should thus not cause the ECtHR all that much concern* ».

150. CJUE, 6 décembre 2012, *Deutsches Weintor*, pt 52.

CONCLUSION DU TITRE 2

286. Il ressort des lignes qui précèdent que, dans le contexte de la Charte, une *restriction* à un droit fondamental doit être entendue comme étant l'*action* visant à résoudre un *conflit* entre deux ou plusieurs obligations découlant, d'une part, du besoin de protection d'intérêts protégés par un droit fondamental de la Charte et, d'autre part, du besoin de protection d'intérêts similaires ou d'autres intérêts collectifs, ou le *résultat* de cette action.

287. À cet égard, nous avons mis en exergue que de tels *conflits* peuvent intervenir à différents niveaux et font l'objet de nombreuses et diverses typologies de la part de la littérature juridique, dont la pertinence n'est pas toujours avérée. De plus, les restrictions nécessaires pour résoudre lesdits conflits ont pour *objet*, à strictement parler, uniquement l'*exercice* d'un droit fondamental et non sa *jouissance*.

288. Il s'ensuit que, si la *justification de l'action* visant à restreindre l'exercice des droit fondamentaux réside dans la nécessité de résoudre de tels conflits, la *justification du résultat* que constitue une telle restriction découle du respect des conditions contenues à l'article 52, § 1, de la Charte. Autrement dit, cette disposition énonce un mode de résolution des conflits d'obligations qui permet de justifier des restrictions à l'exercice d'un droit fondamental, bien que d'autres modes soient également contenus dans la Charte ou développés par la CJUE.

289. Eu égard à ces derniers, cependant, leur délimitation avec le mode de résolution prévu par l'article 52, § 1, de la Charte n'est pas toujours aisée et fait l'objet de critiques de la part de la littérature juridique. Il en va de même en ce qui concerne les approches prétendant pouvoir nier ou prévenir toutes restrictions de l'exercice d'un droit fondamental, considérées ici

comme des *exceptions* aux restrictions, qui ne nous semblent pas refléter la pratique de la CJUE.

290. Enfin, une restriction de l'exercice d'un droit fondamental doit par ailleurs être distinguée des *limitations* à l'exercice d'un tel droit – qui impliquent l'établissement de limites extérieures audit droit – et des *dérogations* aux droits fondamentaux – qui permettent moyennant des conditions strictes de laisser inappliquées des dispositions de protection de droits fondamentaux.

« *Il importe donc de veiller à la plus grande cohérence entre la Convention et la Charte dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à ceux garantis par la Convention. [...]. Dans ce cadre, une « interprétation parallèle » des deux textes pourrait s'avérer utile* »⁽¹⁾

Jean-Paul COSTA, Vassilios SKOURIS

291. La seconde partie de la présente étude vise à préciser le cadre interprétatif prévu par la Charte pour les conditions de justification des restrictions des droits fondamentaux qu'elle garantit. Plus précisément, nous argumentons que l'interprétation des conditions énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte auxquelles l'adoption de mesures, nationales ou des institutions de l'Union européenne, ayant pour objectif de résoudre des conflits d'obligations – au sens spécifié dans la première partie de la présente étude – en *restreignant* l'exercice d'un droit fondamental peut être justifiée doit prendre en compte l'ensemble des dispositions pertinentes de la Charte et, en particulier, son article 52, § 3⁽²⁾.

292. Cette disposition prescrit en effet aux législateurs ainsi qu'aux juridictions, tant des États membres que de l'Union européenne, de reconnaître aux droits fondamentaux de la Charte et au régime des justifications des restrictions à ceux-ci qui *correspondent* à ceux de la CEDH, le même sens et la même portée que leur confère la CEDH⁽³⁾. Selon les explications du Présidium de la Convention ayant rédigé la Charte, un tel renvoi à la CEDH s'explique par la volonté « d'assurer la *cohérence* nécessaire entre la Charte et la CEDH »⁽⁴⁾. Il nous paraît dès lors

1. J.-P. COSTA, V. SKOURIS, *Communication commune des présidents Costa et Skouris*, *op. cit.*

2. Voir *supra* § 19.

3. Bien que le libellé de l'article 52, § 3, de la Charte semble limiter ce renvoi à la CEDH aux *droits* contenus dans la Charte, les rédacteurs de celle-ci ont expressément souhaité l'étendre au régime des *restrictions*. Les explications du Présidium de la Convention précisent en effet que : « Le paragraphe 3 vise à assurer la cohérence nécessaire entre la Charte et la CEDH en posant la règle que, dans la mesure où les droits de la présente Charte correspondent également à des droits garantis par la CEDH, leur sens et leur portée, *y compris les limitations admises*, sont les mêmes que ceux que prévoit la CEDH. Il en résulte en particulier que le législateur, en fixant des limitations à ces droits, doit respecter les mêmes normes que celles fixées par le régime détaillé des limitations prévu dans la CEDH, qui sont donc rendues applicables aux droits couverts par ce paragraphe, sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne » [souligné par nous] (les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, ad. Article 52, *JOCE* 303 du 14.12.2007, pp. 17 et s). Voir ég. O. DE SCHUTTER, « Article 52 », in RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, pp. 397-408, p. 398.

4. Voir les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, ad. Article 52, *JOCE* 303 du 14.12.2007, pp. 17 et s. [souligné par nous]. Conformément à l'art. 6, § 1, al. 3,

indispensable de spécifier la *cohérence* visée par les explications relatives à la Charte (Titre 1) et la *correspondance* entre les droits fondamentaux de la Charte et ceux de la CEDH visée par l'article 52, § 3, de la Charte (Titre 2) afin de pouvoir analyser le régime des justifications des restrictions de la CJUE de façon éclairée.

TUE, les explications relatives à la Charte doivent être dûment prises en considération lors de l'interprétation de la Charte.

BRUYLANT

TITRE 1

LA COHÉRENCE VISÉE PAR L'ARTICLE 52, § 3, DE LA CHARTE

293. L'article 52, § 3, de la Charte et les explications y relatives invitent les législateurs et les juridictions, tant nationaux que de l'Union européenne, à fixer ou contrôler le respect des restrictions de l'exercice des droits fondamentaux contenus dans la Charte de façon *cohérente* avec la CEDH⁽¹⁾. Cette disposition se révèle dès lors essentielle pour quiconque prétend offrir une analyse détaillée du régime des conditions de justification des restrictions des droits fondamentaux découlant de l'article 52, § 1, de la Charte. Dans ce contexte, nous estimons qu'il est impératif de s'interroger sur la nature et le contenu de la cohérence souhaitée par le Présidium de la Convention ayant rédigé la Charte pour pouvoir analyser ledit régime de façon pertinente.

294. Ainsi, dans un premier chapitre, nous nous interrogeons sur la *nature* – *i.e.* les caractéristiques ou propriétés inhérentes à la cohérence – et le *contenu* – *i.e.* ce sur quoi porte la cohérence – de cette dernière. Nous argumentons en effet qu'il est crucial de déterminer si la cohérence visée par les explications relatives à la Charte est une obligation juridique qui s'impose aux législateurs et aux juges lors de la détermination ou du contrôle des conditions de justification d'une restriction à un droit fondamental, ou s'il s'agit davantage d'une recommandation d'ordre politique ou morale, dont la méconnaissance n'entraînerait cependant pas de sanction juridique. Par ailleurs, le contenu de la cohérence nous semble également devoir être

1. Voir les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, ad. Article 52, *JOCE* 303 du 14 décembre 2007, pp. 17 et s.

clairement identifié dans la mesure où ni l'article 52, § 3, de la Charte ni les explications y relatives ne contiennent d'indications précises sur *quoi* doit porter la cohérence (Chapitre 1).

295. Dans le second chapitre, nous examinons les modalités de mise en œuvre concrète de la cohérence, telles que spécifiées dans le premier chapitre. Ainsi, nous détaillons les difficultés auxquelles se heurtent les autorités compétentes dans la mise en œuvre de celle-ci et dans le contrôle de son respect, ainsi que ses destinataires afin qu'ils puissent être pleinement conscients du rôle qu'ils ont à jouer (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 LA NATURE ET LE CONTENU DE LA COHÉRENCE ENTRE LA CHARTE ET LA CEDH

296. Dans un premier temps, nous spécifions la *nature* de la cohérence mentionnée dans les explications relatives à l'article 52, § 3, de la Charte en examinant son origine, d'une part, et si elle revêt un caractère juridiquement contraignant, d'autre part. À cet égard, nous argumentons que la cohérence est un principe juridique d'origine jurisprudentielle découlant de la relation étroite et réflexive qu'entretient le droit de l'UE et la CEDH et qui incorpore la préoccupation, d'ordre essentiellement moral et politique, d'éviter toutes divergences jurisprudentielles entre la CJUE et la CourEDH (Section 1).

297. Dans un second temps, nous nous attardons sur le *contenu* dudit principe de cohérence et identifions les éléments devant être rendus cohérents. Nous nous interrogeons ainsi, notamment, sur la question de savoir si cette dernière porte sur le raisonnement des juges et des législateurs ou sur le résultat auquel ces derniers sont susceptibles d'aboutir (Section 2).

SECTION 1. – LA NATURE DE LA COHÉRENCE

298. Pour pouvoir déterminer la nature de la cohérence visée par l'article 52, § 3, de la Charte et les explications y relatives, nous examinons les raisons de l'introduction d'une telle cohérence dans la Charte, notamment en analysant les sources, principalement issues de la jurisprudence et du droit positif de l'UE, visant à établir une cohérence entre le régime de protection de l'Union européenne – et en particulier la Charte – et la CEDH. Cette recherche vise essentiellement à identifier l'existence éventuelle

BRUYLANT

d'une norme juridique énonçant l'exigence d'une absence de contradiction entre ces deux instruments, car comme le formule Werner Haslechner eu égard à la nature de la cohérence, « [c]ertainly contradictory judgments are considered to make bad law, but for one to be potentially invalid, a superior legal norm has to require the absence of contradiction »⁽¹⁾.

A. – L'ORIGINE DE LA COHÉRENCE

299. Il convient d'emblée de mettre en exergue qu'une telle cohérence n'est pas uniquement formulée dans le contexte de l'Union européenne, mais a également été formulée par les institutions du Conseil de l'Europe et, plus précisément, par la CourEDH ainsi que par certains États membres de l'Union européenne. En effet, la CourEDH l'a mentionnée dans sa jurisprudence avant qu'elle ne se voit confirmer, ultérieurement, dans la CEDH elle-même et dans le projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la CEDH⁽²⁾. De plus, certaines normes constitutionnelles des États membres contiennent des références à leur adhésion à l'Union européenne et à leur participation au régime de protection mis en place par la CEDH⁽³⁾.

300. Dans les lignes qui suivent, nous nous limitons toutefois à examiner la nature de la cohérence sous l'angle de l'Union européenne⁽⁴⁾, en recherchant son origine dans des sources tant jurisprudentielles

1. W. HASLEHNER, « "Consistency" and Fundamental Freedoms : The Case of Direct Taxation », *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 737-772, pp. 737-738 [souligné par nous].

2. Voir p. ex. l'art. 59, § 2, CEDH : « L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention ». Voir ég. l'allocation de D. SPIELMANN, Président de la CourEDH, lors de la réunion conjointe de la CJUE et de la CourEDH à Helsinki le 6 septembre 2013 : « Une autre forme de mise en cohérence se réalisera donc ici, celle qui ajustera le mécanisme de protection de la Convention au droit européen contemporain. La Cour ne dit-elle pas que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles ? Pour qu'il en soit vraiment ainsi, il faut aussi pouvoir adapter les mécanismes de la Convention afin qu'ils restent en phase avec les développements de l'architecture juridique européenne ».

3. Sur cette question, voir not. P. CRAIG, « The European Union Act 2011: Locks, Limits and Legality », *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, n° 6, pp. 1915-1944. Sur les modifications de la constitution italienne, voir Lucia ROSSI, « Corte costituzionale (Italian Constitutional Court): Decisions 348 and 349/2007 of 22 October 2007, and 102 and 103/2008, of 12 February 2008 », *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, n° 1, pp. 319-331. En général, voir M. CLAES, « Constitutionalizing Europe at its Source: The "European Clauses" in the National Constitutions: Evolution and Typology », vol. 24, 2005, n° 1, *Yearbook of European Law*, pp. 81-125.

4. Le présent travail de recherche ayant comme point de départ l'article 52, § 3, de la Charte, il se justifie de poursuivre notre analyse en adoptant l'angle d'approche de l'Union européenne.

(*infra* 1) que législatives (*infra* 2) provenant des institutions de l'Union européenne⁽⁵⁾. Par ailleurs, nous ne prétendons pas offrir une analyse historique détaillée et exhaustive desdites sources, notre objectif est davantage de saisir les circonstances entourant l'origine d'une telle volonté de cohérence afin qu'elles nous éclairent sur sa nature.

1. – Une origine jurisprudentielle

301. À notre sens, la mention d'une *cohérence* entre la CEDH et la Charte dans les explications relatives à celle-ci n'est que l'épilogue, dans le contexte spécifique des droits fondamentaux, de la jurisprudence générale de la CJUE visant à assurer l'interprétation uniforme de normes semblables figurant dans des traités différents. En effet, la jurisprudence de la CJUE comprend de nombreuses manifestations d'une telle cohérence lorsque deux instruments comprenant des dispositions aux finalités identiques sont susceptibles d'entrer en contradiction. Ainsi, dès les années quatre-vingt-dix, la CJUE a fait référence à une acception de *cohérence* inhérente aux traités de l'Union européenne et qu'il convenait de respecter lors de l'interprétation des relations entre plusieurs traités.

302. À titre illustratif, cette cour a indiqué, eu égard aux relations entre les traités CEE, CEEA et CECA, qu'il serait contraire « à la finalité et à la *cohérence* des traités que, lorsque sont en cause des règles issues des traités CEE et CEEA, la fixation de leur sens et de leur portée relève en dernier ressort de la Cour de justice, [...] alors que, lorsque les normes en cause se rattachent au traité CECA, cette compétence demeurerait du seul ressort des multiples juridictions nationales, dont les interprétations pourraient diverger, et que la Cour de justice serait sans qualité pour assurer une interprétation uniforme de ces normes »⁽⁶⁾.

303. Par conséquent, la CJUE nous semble avoir toujours veillé – lorsque des normes identiques figurent dans différents traités et sont susceptibles d'être interprétées de façon divergente par les juridictions des États membres – à promouvoir une interprétation uniforme desdites normes, dans le respect d'une certaine *cohérence* entre lesdits traités. Ce constat s'impose d'autant plus entre la Charte et la CEDH au vu de la relation étroite et réflexive qui existe entre ces deux instruments⁽⁷⁾.

5. Pour une analyse englobant le point de vue de l'Union européenne et de la Cour EDH, voir notamment S. DOUGLAS-SCOTT, « A Tale of Two Courts : Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis », *op. cit.*

6. CJCE, 22 février 1990, *Faillite Acciaierie*, pt 16 [souligné par nous].

7. Voir *supra* Partie 1, titre 1, chap. 1, section 2.

304. En effet, nous avons démontré ci-dessus qu'historiquement, la CJUE a élaboré sa jurisprudence relative aux droits fondamentaux en prenant particulièrement en compte l'évolution des garanties constitutionnelles nationales et les ratifications, par les États membres, d'instruments internationaux de protection tels que la CEDH. Par conséquent, tant lorsqu'il s'agissait d'analyser la conformité d'actes ou de pratiques des institutions de l'Union européenne que des États membres, cette cour a toujours veillé à prévenir les incompatibilités entre le droit de l'Union européenne et la CEDH. Dans ce contexte, nous argumentons que la jurisprudence de la CJUE relative aux développements de la protection des droits fondamentaux dans l'UE, qui s'inspire au demeurant de la jurisprudence de la Cour EDH, recèle les prémisses de la *cohérence* entre le droit de l'Union européenne et la CEDH, consacrée aujourd'hui dans les explications relatives à l'article 52, § 3, de la Charte⁽⁸⁾.

305. Dès l'origine du développement de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, cette cour s'est donc employée à maintenir une certaine *cohérence* avec la CEDH, ce qu'elle poursuit en veillant à une interprétation uniforme des normes issues de cet instrument et de la Charte et en renforçant l'étroite relation qui les lie. Par ailleurs, la proclamation de la valeur contraignante de la Charte en 2009⁽⁹⁾ et le projet d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH⁽¹⁰⁾ sont, à notre sens, autant d'illustrations supplémentaires de la préoccupation des institutions de l'Union européenne d'éviter toutes contradictions entre ces deux instruments⁽¹¹⁾. Ainsi, comme le formule Guy Harpaz, la Charte « *attempted to further specify and formalize the interface between the two Regimes, and between the two courts, calling upon the Luxembourg Court to rely in certain instances on the jurisprudence of the Strasbourg Court* »⁽¹²⁾.

8. O. DE SCHUTTER, « Article 52 », *op. cit.*, p. 401 : « L'article 52 § 3 de la Charte prescrit par conséquent au juge européen – en ce compris le juge national faisant application du droit de l'Union – d'interpréter les dispositions de la Charte qui correspondent à des droits et libertés de la Convention européenne des droits de l'homme ou de ses protocoles additionnels en tenant compte de l'interprétation qui en est donnée par la Cour européenne des droits de l'homme. En cela, il ne fait que codifier la pratique actuelle de la Cour de justice des Communautés européennes » [souligné par nous].

9. Art. 6, § 1, TUE [souligné par nous].

10. Art. 6, § 2, TUE.

11. L. ZUCCA, « Monism and Fundamental Rights », in P. ELEFThERiADIS, J. DICKSON, *Philosophy of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 331-353, p. 333 : « *in practice institutions are acutely aware of the possibility of jurisdictional conflicts and [...] seem intent on building a closer, more unified, legal framework of fundamental rights within which conflicts will be managed* ».

12. G. HARPAZ, « The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy », *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, n° 1, pp. 105-141, p. 113.

306. Il convient néanmoins d'être conscient que l'émergence progressive au sein de la jurisprudence de la CJUE puis consacrée dans la Charte, de cette préoccupation constante de veiller à une absence de contradiction entre le régime de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne et celui de la CEDH présuppose nécessairement, à notre sens, de considérer que ces deux régimes juridiques sont distincts. Or, la concrétisation de cette préoccupation à l'article 52, § 3, de la Charte a poussé certains auteurs à estimer que l'Union européenne était désormais liée par la CEDH, bien qu'elle n'y ait pas formellement adhéree⁽¹³⁾.

307. À titre illustratif, Tobias Lock estime que « *Article 52(3) thus leads the EU to be indirectly bound by the ECHR as it must always be obeyed when restricting fundamental rights in the EU* »⁽¹⁴⁾. Selon cette approche, il n'est ainsi plus concevable que les autorités législatives et judiciaires compétentes adoptent des actes ou des décisions restreignant des droits fondamentaux sans veiller à examiner leurs conséquences potentielles au regard de la CEDH⁽¹⁵⁾. Par conséquent, la préoccupation de la CJUE de veiller activement à une absence de contradiction entre la Charte et la CEDH serait devenue désuète, car le régime juridique des justifications des restrictions de la CEDH serait désormais intégré dans celui de l'UE. Compte tenu de l'importance que revêt l'approche que d'aucuns choisissent de suivre au sujet des relations qu'entretiennent ces deux régimes juridiques, nous estimons opportun de formuler quelques observations.

2. – La discutabile nécessité de la cohérence

308. Certes, dans les lignes qui précèdent, nous avons situé l'origine de la *cohérence* énoncée dans les explications relatives à la Charte dans la

13. Pour une approche modérée, voir L. POTVIN-SOLIS, « Les politiques de l'Union européenne et les rapports de systèmes entre les deux jurisprudences européennes dans la garantie des droits fondamentaux », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Politiques de l'Union européenne et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 123-186, p. 139 : « Ainsi, l'exigence du respect de la Charte et de son interprétation compatible avec la Convention conduit à une extension du contrôle de la Cour, de sa compétence préjudicielle et de l'obligation de renvoi, quoi qu'il en soit de l'adhésion de l'Union à la Convention et sans pour autant signifier une extension des compétences de l'Union ».

14. T. LOCK, « The ECJ and the ECtHR : the Future Relationship between the Two European Courts », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, 2009, pp. 375-398, p. 382.

15. Comme le relève L. Burgorgue-Larsen : « Tout fut donc fait en amont pour que minimiser les risques de divergences jurisprudentiels grâce à une « clause de renvoi » à la Convention européenne des droits de l'homme. On peut le comprendre puisque la pratique contentieuse mit plusieurs fois en évidence qu'il ne s'agissait guère d'une simple éventualité » (L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.*, p. 675).

préoccupation de la CJUE de veiller – au vu de l'existence d'une pluralité d'ordre juridique visant le même objectif, *i.e.* la protection des droits fondamentaux, au sein desquels des divergences jurisprudentielles sont susceptibles d'émerger – à une absence de contradiction entre la Charte et la CEDH. Les relations entre la Charte et la CEDH sont ainsi qualifiées par Sionaidh Douglas-Scott de « *symbiotic interaction of fragile complexity, continuously working out a solution to the sometimes awkward co-existence of the EU and the ECHR* »⁽¹⁶⁾.

309. Cependant, ces relations ont été appréhendées de diverses façons par la littérature juridique et, selon l'approche retenue, cette cohérence pourra être perçue de façon foncièrement différente, voire même niée. Nous souhaitons ainsi brièvement démontrer l'impact de quelques-unes de ces approches – sans toutefois les décrire en détail – sur la façon de percevoir la cohérence entre la Charte et la CEDH afin de sensibiliser les autorités et juridictions des États membres, notamment, sur l'importance du choix de l'approche retenue.

310. Ainsi, dans le contexte de l'Union européenne, de nombreux auteurs se sont intéressés aux relations qu'entretiennent l'Union européenne avec ses États membres et l'ordre juridique international⁽¹⁷⁾. Que ce soit dans le domaine spécifique de la protection de droits fondamentaux⁽¹⁸⁾ ou plus largement⁽¹⁹⁾, différentes approches ont été proposées dont les plus répandues et intéressantes sont, à notre sens, les théories dites du *pluralisme*. Bien que plusieurs théories pluralistes existent, toutes ont en commun d'identifier une variété d'*ordres juridiques*⁽²⁰⁾, distincts

16. S. DOUGLAS-SCOTT, « A Tale of Two Courts : Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis », *op. cit.*, p. 631.

17. Voir not. M. POIRES MADURO, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », in N. WALKER (édit.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 501-537 ; M. POIRES MADURO, « Europe and the constitution: What if this is as good as it gets? », in J. WELER, M. WIND (édit.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, 2003, Cambridge University Press, pp. 74-103 ; N. BARBER, « Legal Pluralism and the European Union », *European Law Journal*, vol. 12, 2006, n° 3, pp. 306-329.

18. Voir not. P. EECKHOUT, « Human Rights and the Autonomy of EU Law : Pluralism or Integration », *Current Legal Problems*, vol. 66, 2013, pp. 169-202.

19. Voir not. M. AVBELI, J. KOMÁREK (édit.), « Four Visions of Constitutional Pluralism », *European University Institute Working Papers LAW*, 2008/21.

20. Les concepts mêmes d'*ordre* et de *système* juridiques donnent lieu à beaucoup de débat au sein de la doctrine, et ce d'autant plus dans le cadre de l'Union européenne (voir not. K. CULVER, M. GIUDICE, « Not a System but an Order: An inter-institutional View of the European Union Law », in J. DICKSON, P. ELEFThERiADIS (édit.), *Philosophy of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 55-76). Il n'est cependant pas le lieu ici de se prononcer sur ces concepts de sorte que, dans les lignes qui suivent, les termes d'*ordres* et de *systèmes* juridiques sont utilisés de façon interchangeable pour désigner les relations d'interdépendance entre des normes juridiques, qui les organisent en un ensemble structuré.

les uns des autres, et parmi lesquels peuvent notamment figurer l'Union européenne, les États membres et l'ordre juridique international.

311. Néanmoins, selon la théorie pluraliste à laquelle d'aucuns adhèrent, l'approche adoptée en cas de superposition du champ d'application de normes provenant de ces différents ordres et de risque de divergences jurisprudentielles varie. Aussi, pour les pluralistes dits *radicaux*, les relations existantes entre ces différents ordres ne sont pas verticales ni hiérarchiques, mais horizontales et hétérarchiques, de sorte que la façon d'aborder de potentielles contradictions, dans un cas donné, dépend uniquement de l'ordre juridique dans lequel on s'inscrit et avec lequel on choisit de raisonner⁽²¹⁾. Dès lors, en matière de protection des droits fondamentaux, les éventuelles divergences jurisprudentielles dans l'interprétation de la Charte et de la CEDH ne pourraient être résolues qu'au moyen d'un dialogue entre les juridictions ou instances concernées⁽²²⁾, car « *there is no ultimate authority which is capable of deciding that one system prevails over another, and conflicts cannot be resolved from within the law – for each system will ultimately resolve them by confirming its autonomy and by giving precedence to its own rules or principles, leading to a clash between systems* »⁽²³⁾.

312. Une autre vision du pluralisme, moins radicale et appelée le pluralisme *constitutionnel*, retient notre attention bien qu'il en existe autant de visions que de pluralistes et que nous n'escomptons pas en faire une présentation exhaustive. Afin d'illustrer cette diversité d'approches, néanmoins, mentionnons que Matthias Kumm a développé une vision du pluralisme mettant l'accent sur la complexité des relations entre les cours constitutionnelles nationales et la CJUE et présente une approche du pluralisme constitutionnel permettant de résoudre ou d'éviter les conflits constitutionnels⁽²⁴⁾.

313. D'autres auteurs, tels que Miguel Poires Maduro, s'inscrivent dans cette lignée en développant toutefois une vision du pluralisme allant

21. Pour aller plus loin, voir N. McCORMICK, *Questioning Sovereignty*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

22. En ce sens, A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union – A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009, chapitre 5. *Contra*, voir G. LETSAS, « Harmonic Law – The Case Against Pluralism », in J. DICKSON, P. ELEFTHERIADIS, J. DICKSON, P. ELEFTHERIADIS (édit.), *Philosophy of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

23. P. EECKHOUT, « Human Rights and the Autonomy of EU Law : Pluralism or Integration », *op. cit.*, p. 173.

24. M. KUMM, « The Jurisprudence of Constitutional Conflict : Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *European Law Journal*, vol. 11, 2005, pp. 262-307.

au-delà des conflits entre cours, car « *constitutional pluralism should not be seen simply as a solution, be it pragmatic or normative, to the problem of conflicting constitutional claims. Rather, it should be conceived of as something which is inherent in the theory of constitutionalism itself* »⁽²⁵⁾ et, ce faisant, il a ainsi proposé sa propre « *normative theory of power* »⁽²⁶⁾. Enfin, relevons également Neil Walker, dont la démarche va encore plus loin dans le sens où il propose une « *theory of epistemic meta-constitutionalism* »⁽²⁷⁾. Pour ce dernier, « *while legal reality of European integration is marked by a plurality of legal orders existing as different epistemic sites, these can be connected through the meta-language supplied by constitutionalism* »⁽²⁸⁾.

314. Ainsi, selon l'approche du pluralisme suivie et, plus largement, selon la façon dont l'on perçoit les relations entre ordres juridiques lorsque des contradictions sont susceptibles de se produire, la résolution de ces dernières pourrait être, respectivement, l'apanage de chaque ordre spécifique ou, au contraire, d'une interdépendance réciproque entre ces derniers qui implique que chacun desdits ordres tente de se concilier avec les autres⁽²⁹⁾.

315. Il convient également de souligner que, compte tenu de cette multitude d'approches pluralistes et de leurs lacunes respectives, certains auteurs s'en éloignent et proposent une vision des relations entre les ordres juridiques tournée vers l'intégration de ceux-ci. Ainsi, pour Piet Eeckhout par exemple, « [...] *the EU system of human rights protection is increasingly characterized by its integration with the national constitutional laws of the Member States and with the ECHR* » de

25. L'approche de M. POIRES MADURO est résumée par M. AVBELJ, J. KOMÁREK (édit.), « Four Visions of Constitutional Pluralism », *op. cit.*, p. 5 ; voir ég. M. POIRES MADURO, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *op. cit.*

26. *Ibid.*

27. N. WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, 2002, n° 3, pp. 317-359.

28. L'approche de N. WALKER est résumée par M. AVBELJ, J. KOMÁREK (édit.), « Four Visions of Constitutional Pluralism », *op. cit.*, p. 3.

29. Pour aller plus loin, voir not. F. GIORGI, « Pour une révolution théorique douce : la figure du pluralisme constitutionnel en réseau », *Communication au VII^{ème} congrès de l'Association française de droit constitutionnel*, 25-27 septembre 2008, Paris ; J.-V. LOUIS, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in G. COHEN-JONATHAN *et al.* (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 443-461 ; V. CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », in J.-C. MASCLET *et al.* (édit.), *Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 79-94, pp. 79 et s.

sorte que « [...] *in integrated legal systems, conflicts between supreme adjudicators can be resolved from within the law* »⁽³⁰⁾.

316. Cette diversité d'approche révèle que la façon dont les relations entre deux instruments issus d'ordre juridique distinct, *i.e.* la Charte et la CEDH, est envisagée influence directement sur l'acceptation, la nature et le contenu de la cohérence mentionnée dans les explications relatives à la Charte. À titre illustratif, au terme d'une approche dite *intégrée*, les éventuelles divergences jurisprudentielles entre la CJUE et la CourEDH dans l'appréciation du caractère justifié d'une restriction à un droit fondamental devront être résolues en usant de mécanismes figurant d'emblée au sein de la jurisprudence desdites cours ou dans la Charte, soit *internes* au droit de l'Union européenne. Par contre, selon une approche *pluraliste radicale*, il reviendrait à la CJUE de pallier à un tel risque de divergences en recourant, eu égard à la situation en cause et aux dispositions pertinentes du droit de l'Union européenne, à des mécanismes *externes* au droit de l'UE, tel qu'un dialogue avec la CourEDH.

317. Nous argumentons toutefois que, bien que ces diverses approches présentes toutes des forces et des faiblesses, la pratique de la CJUE se distancie des approches pluralistes radicales et se rallie davantage, avec quelques nuances, à celles favorisant un *pluralisme constitutionnel* ou une *intégration*. En effet, sans entrer dans des considérations dépassant le cadre de la présente étude, nous estimons que seules les approches admettant la possibilité d'éviter des divergences jurisprudentielles potentielles entre la CJUE et la CourEDH en usant de mécanismes *internes* au droit de l'Union européenne, tel que l'article 52, § 3, de la Charte et les explications y relatives, reflètent les origines de la cohérence dans la Charte et la relation étroite et réflexive qu'ont toujours entretenues la Charte et la CEDH.

318. Par conséquent, si la cohérence peut se concevoir comme un mécanisme visant à pallier le risque de divergences jurisprudentielles entre les régimes juridiques découlant de la Charte et de la CEDH, nous estimons qu'elle est également délimitée par lesdits régimes, dans le sens où elle ne trouve à s'appliquer que dans le strict cadre prévu par l'article 52, § 3, de la Charte⁽³¹⁾. Ainsi, en dehors de celui-ci, nous ne rejetons pas les divergences

30. P. ECKHOUT, « Human Rights and the Autonomy of EU Law : Pluralism or Integration », *op. cit.*, p. 1.

31. En ce sens, voir not. S. BESSON, « From European Integration to European Integrity : Should European Law Speak with Just One Voice ? », *European Law Journal*, vol. 10, 2004, n° 3, pp. 257-281, p. 258 : « *Integrity may therefore be understood as a response to the pervasive fact of disagreement in politics and the law, but also as being restricted by it, as it only applies within the limits of the legal and political consequences of both moral and social pluralism* ».

de vue entre ces deux régimes juridiques, car la cohérence « *would help integrate further on issues that are part of European competence, without denying the importance of disagreement and divergence of views between European and national authorities on these matters* »⁽³²⁾.

B. – LA NATURE JURIDIQUE DE LA COHÉRENCE

319. Interrogeons-nous à présent sur la nature juridique de la *cohérence* énoncée dans les explications relatives à l'article 52, § 3, de la Charte, entendue à l'origine comme la recherche d'une *absence de contradiction* entre la Charte et la CEDH⁽³³⁾. Il nous semble en effet crucial, notamment pour les juridictions des États membres en charge de contrôler le respect des droits fondamentaux garantis par la Charte, de déterminer si la cohérence visée par lesdites explications revêt une force contraignante, car dans le cas contraire, lesdites juridictions risquent d'aboutir, dans un même cas concret, à des raisonnements ou des résultats différents selon qu'elles aient ou non veillé à être cohérentes avec la CEDH⁽³⁴⁾.

1. – La cohérence *qua* principe

320. Le terme même de *cohérence* est uniquement mentionné dans les explications relatives à la Charte, dont la valeur juridique est discutée

32. *Ibid.*, p. 259.

33. Les explications de la Charte en langue anglaise mentionnent le terme de *consistency*, tandis que la version française fait état de *cohérence*. Bien que ces termes puissent sembler contenir deux notions différentes, la jurisprudence de la CJUE démontre qu'ils sont parfaitement capables d'avoir la même acception, à savoir une « absence de contradiction ». En ce sens, voir G. MATHISEN, « Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement », *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, pp. 1021-1048, p. 1024 : « *The two basic notions of consistency and coherence are evidently connected but, importantly, they are not the same. [...] At first glance, there could seem to be an inconsistency here (pardon the pun). But after a closer inspection, coherence in French and consistency in English are perfectly capable of taking on the same meaning, namely "an absence of contradictions"* ». *Contra*, voir Ch. TIETJE, « The Concept of Coherence in the Treaty on the European Union and the Common Foreign and Security Policy », *European Foreign Affairs Review*, 1997, pp. 211-233, p. 213 : « *Summarizing, it becomes clear, that the TEU refers to coherence and not, as the English version seems to indicate, to consistency* ».

34. Par surabondance, la procédure de renvoi préjudiciel, prévue à l'article 267 TFUE, qui permettrait d'éclaircir ce point n'est principalement qu'une faculté offerte aux juridictions des États membres, de sorte que des divergences interprétatives entre la Charte et la CEDH restent susceptibles de se produire entre les juridictions des États membres.

et discutable⁽³⁵⁾. Ainsi, pour certains auteurs tels que Guy Braibant, il conviendrait « d'éviter que soit accordée une importance excessive à l'« explication » de l'article 52.3, qui ne doit pas avoir plus de portée qu'un exposé des motifs ou qu'une circulaire interprétative »⁽³⁶⁾. Ce dernier admet néanmoins que l'absence de valeur juridique contraignante desdites explications ne les empêche pas de constituer un outil d'interprétation destiné à éclairer les dispositions de la Charte⁽³⁷⁾.

321. À cet égard, nous argumentons que la cohérence visée par l'article 52, § 3, de la Charte et énoncée dans les explications y relatives revêt la nature d'un *principe* et, par conséquent, qu'il doit être respecté par les autorités en charge du contrôle du respect de la Charte. En effet, nous avons déjà mis en exergue ci-dessus que la notion de *principe* identifie, en substance, des préoccupations sous-tendant des règles établies⁽³⁸⁾. Les principes sont ainsi identifiables au travers des précédents dans lesquels ils figurent et, évoluant davantage comme une coutume, ils ne seront contraignants que s'ils emportent une autorité certaine dans une continuité de décisions, de sorte qu'ils ne sont pas promulgués par une autorité normative mais consistent en des principes moraux appliqués par les juges et acquérant, de ce fait, le statut de principe⁽³⁹⁾.

322. Nous avons également mis en exergue ci-dessus que l'origine de la cohérence entre la Charte et la CEDH était jurisprudentielle et découlait des préoccupations de la CJUE de veiller à une absence de contradiction entre ces instruments de protection dans la mesure où ils appartiennent à deux régimes juridiques distincts mais poursuivent, en substance, les mêmes objectifs⁽⁴⁰⁾. Dans ce contexte, c'est avant tout dans le but de répondre aux préoccupations des États membres de voir assurer un niveau de protection suffisant dans l'Union européenne que la CJUE a développé une relation étroite et réflexive avec la CEDH. Aussi, la Convention ayant rédigé la Charte n'a aucunement *promulgué* la cohérence avec la CEDH mais s'est

35. Voir p. ex. J. ZILLER, « Le fabuleux destin des *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux* de l'Union européenne », in G. COHEN-JONATHAN *et al.* (dir.), *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 765-781 ; O. LE BOT, « Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 55, 2003, pp. 781-811.

36. G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, *op. cit.*, p. 263.

37. *Idem.*

38. Voir *supra* Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2.

39. *Ibid.*

40. Voir *supra* Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, let. A.

contentée de consacrer dans un instrument juridique les préoccupations – d'ordre notamment politique et moral – préexistantes.

323. Au demeurant, le fait que cette cohérence n'émane pas uniquement de l'Union européenne mais ait également été exprimée par ses États membres et par le Conseil de l'Europe – plus particulièrement par la CourEDH⁽⁴¹⁾ – démontre qu'indépendamment des considérations ayant suscitées ladite cohérence au sein de chacun de ces ordres juridiques, ceux-ci partagent nécessairement certaines valeurs morales qui ont permis une convergence de vues⁽⁴²⁾. Lesdites valeurs n'ont toutefois pas nécessairement, comme le souligne Joseph RAZ, à être perçues de façon identique au sein des différents ordres juridiques⁽⁴³⁾ pour autant qu'elles aient suffisamment d'homogénéité pour traduire une convergence de vues ayant abouti à la consécration d'un *principe* de cohérence.

324. Autrement dit, comme le formule Samantha Besson, la cohérence peut être conçue « *to be both a way to deal with European disagreement in speaking with a harmonious voice, on the one hand, and a way to make the most out of it without necessarily replacing the diversity of views by a unified voice, on the other* »⁽⁴⁴⁾. Ainsi, la cohérence visée à l'article 52, § 3, de la Charte peut être comprise comme un *principe* qui incorpore diverses valeurs et préoccupations qui, bien que propres aux ordres juridiques concernés, sont convergentes.

2. – Un principe juridique et interprétatif

325. Eu égard à la nature du principe de la cohérence, brièvement, nous estimons qu'elle est à la fois *juridique* et *interprétative*. S'agissant du premier point, rappelons simplement que le fait que l'article 52, § 3, de la Charte vise une telle cohérence, d'une part, et que celle-ci soit expressément mentionnée dans les explications relatives à la Charte, d'autre part, donne

41. Voir *supra*, § 299.

42. Pour aller plus loin sur les justifications morales d'un principe de cohérence dans l'Union européenne, voir not. S. BESSON, « From European Integration to European Integrity : Should European Law Speak with Just One Voice ? », *op. cit.*, p. 261.

43. À notre sens, adopter une position raziennne ne revient pas à nier toute influence de la morale dans la législation ou la jurisprudence à l'origine de la cohérence ; il s'agit davantage d'admettre le renvoi que comprend un principe à une valeur morale, sans nécessairement que le contenu desdites valeurs soit identique.

44. S. BESSON, « From European Integration to European Integrity : Should European Law Speak with Just One Voice ? », *op. cit.*, p. 269.

dès lors à ce principe un caractère juridique, *i.e.* que la ou les valeurs morales qu'il incorpore sont intégrées dans une norme juridique⁽⁴⁵⁾.

326. Certes, le fait que le principe de cohérence ne soit expressément mentionné que dans lesdites explications se heurte à une critique récurrente de la littérature juridique selon laquelle, au vu de l'absence de valeur juridique de ces dernières, ledit principe ne peut se voir revêtir le statut de principe *juridique*⁽⁴⁶⁾. En effet, le préambule des explications relatives à la Charte prévoit que « [b]ien que ces explications n'aient pas en soi de valeur juridique, elles constituent un outil d'interprétation précieux destiné à éclairer les dispositions de la Charte ». À notre avis, cependant, une telle critique peut aisément être surmontée si l'on spécifie la perspective dans laquelle l'on s'inscrit⁽⁴⁷⁾.

327. En effet, sous l'angle du droit international et, notamment, de la CEDH et des juges siégeant à la CourEDH, il est important de déterminer quels sont les textes juridiques susceptibles de s'appliquer dans un cas concret et d'examiner, le cas échéant, s'ils revêtent une force contraignante, car le non-respect d'un texte contraignant entraînerait une violation de ce dernier. Néanmoins, cette cour ne bénéficie d'aucune compétence dans l'interprétation de la Charte ou des explications y relatives et, par conséquent, ne peut se prononcer sur leur valeur contraignante.

328. Sous l'angle de l'Union européenne, par contre, la valeur juridique de ces explications ne nous paraît pas problématique, car ces dernières doivent être dûment prises en considération lors de l'examen des dispositions de la Charte⁽⁴⁸⁾. En ce sens, elles constituent un outil interprétatif visant à éclairer le sens des dispositions de la Charte. Dès lors, comme les juridictions nationales et de l'Union européenne sont tenues d'adopter leurs décisions dans le respect des directives figurant dans leur traités constitutifs respectifs, les critiques de la littérature juridique portant

45. *Ibid.*, p. 29.

46. G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, *op. cit.*, p. 263.

47. Voir ég., S. COLELLA, « Des droits de la Charte *correspondant* aux droits de la CEDH ? Quelques réflexions sur l'article 52 (3) de la Charte », in S. BESSON, N. LEVRAT (édit.), *L'Union européenne et le droit international*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2015, pp. 179-198, pp. 184-185.

48. Voir art. 6, § 1, al. 3, TUE : « Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions » et art. 52, § 7, de la Charte : « Les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la présente Charte sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres ».

sur la valeur juridique des explications n'influencent pas la possibilité desdites juridictions de s'y référer et de les prendre en compte dans les affaires dont elles sont saisies⁽⁴⁹⁾.

329. S'agissant du second point, rappelons que l'article 52, § 7, de la Charte prévoit que « [l]es explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la présente Charte sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres »⁽⁵⁰⁾. Ainsi, dans la mesure où c'est essentiellement lors de l'interprétation des dispositions de la Charte que le principe de cohérence a un rôle à jouer, il revêt nécessairement, à notre sens, un caractère *interprétatif*.

330. Du caractère tant juridique qu'interprétatif du principe de cohérence découle, par conséquent, le fait que le non-respect dudit principe lors de l'interprétation des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte doit pouvoir être invoqué devant les juridictions, tant nationales que de l'Union européenne, dans les conditions prévues à l'article 52, § 5, de la Charte.

SECTION 2. – LE CONTENU DE LA COHÉRENCE

331. Les explications relatives à la Charte ne précisent pas spécifiquement le *contenu* du principe de cohérence visé par l'article 52, § 3, de la Charte. Les lignes qui suivent visent donc à spécifier, d'une part, l'acception du principe de cohérence – *i.e.* ce en quoi il consiste – (*infra* A) et, d'autre part, son objet – *i.e.* ce sur quoi il porte (*infra* B), dans le contexte spécifique de l'interprétation des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux contenus dans la Charte.

A. – L'ACCEPTION DE LA NOTION DE COHÉRENCE

332. Nous argumentons que le principe de cohérence exige davantage qu'une simple absence de contradiction entre la Charte et la CEDH, telle que cela ressort des préoccupations à l'origine de ce principe mises en exergue ci-dessous (*infra* 1). Nous estimons en effet que le principe de cohérence implique d'établir des connections positives entre l'interprétation de ces deux instruments par, respectivement, la CJUE et la CourEDH. (*infra* 2)

49. Dans les lignes qui suivent et comme déjà mentionné, nous nous inscrivons dans une perspective unionale et épousons ainsi le regard de la CJUE sur les explications relatives à la Charte et les listes de correspondance qui y figurent.

50. Voir *supra*, note de bas de page 501 [souligné par nous].

1. – Une absence de contradiction logique

333. Certes, comme l'examen de l'origine de la cohérence le confirme, cette dernière peut être décrite, en substance, comme la recherche d'une *absence de contradiction*. Formulé autrement, « [d]eux ou plusieurs éléments sont cohérents parce qu'ils ne se contredisent pas »⁽⁵¹⁾. Nous estimons cependant que le principe de cohérence exige davantage qu'une telle absence de contradiction et nécessite également, pour pouvoir être pleinement efficace, que des connections positives soient tissées entre les éléments devant être rendus cohérents.

334. Plus spécifiquement, ceci fait écho à une distinction existant au sein de la littérature juridique entre la cohérence *statique* et *dynamique*, distinction qui se retrouve, au demeurant, dans les notions anglaises de *consistency*, d'une part, et de *coherence*, d'autre part⁽⁵²⁾. Ainsi, l'acception de la notion anglaise de *consistency* peut s'entendre comme faisant référence à une cohérence statique – *i.e.* à une absence de contradiction logique – tandis que la notion anglaise de *coherence* comprend un pan dynamique et exige, en sus d'une telle absence de contradiction logique, l'établissement de connections positives entre les différents éléments susceptibles d'entrer en contradiction. Dans le contexte de la Charte, nous estimons ainsi qu'une prévention effective des contradictions entre la Charte et la CEDH exige la mise en œuvre d'une cohérence tant statique que dynamique.

2. – L'établissement de connexions positives

335. Pour illustrer notre propos, il suffit de rappeler que dans les arrêts où la CJUE interprète l'une ou l'autre des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte de façon divergente de la CourEDH – sans toutefois créer de contradictions logiques entre leurs jurisprudences respectives – elle maintient inéluctablement une situation d'incertitude juridique pour le justiciable susceptible d'aboutir, dans un cas concret, à de nouvelles situations potentiellement contradictoires.

51. I. BOSSE-PLATIÈRE, *L'article 3 du traité UE. Recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 27.

52. À ce propos, voir not. Ch. HILLION, qui se demande si « does 'consistency' correspond to 'coherence' ? » (Ch. HILLION, « Tous pour un, un pour tous ! Cohérence in the External Relations of the European Union », in M. CREMONA (édit.), *Developments in EU External Relations Law, Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 10-36, p. 13).

336. À titre illustratif, rappelons l'affaire *Sky Österreich*⁽⁵³⁾, dans laquelle la CJUE a laissé entendre qu'une pluralité d'interprétation de la condition de justification qu'est la proportionnalité d'une mesure restrictive serait envisageable selon le droit fondamental en cause dans une situation donnée⁽⁵⁴⁾. Si une telle divergence interprétative entre la CJUE et la CourEDH n'équivaut pas nécessairement à une contradiction entre leurs jurisprudences respectives, elle maintient une incertitude que la recherche d'une approche commune entre lesdites cours au travers des connections positives auraient été en mesure de lever⁽⁵⁵⁾.

337. En outre, la CJUE est parfaitement en mesure d'établir des connections positives avec la jurisprudence de la CourEDH relative aux restrictions des droits fondamentaux, comme le démontre son arrêt *Connolly*⁽⁵⁶⁾. En effet, dans cet arrêt, cette cour a précisé que les restrictions comprises au paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH doivent s'interpréter de façon étroite et elle a examiné l'interprétation de la CourEDH des conditions de *nécessité* et de *proportionnalité* d'une mesure restrictive. Elle a ainsi reconnu que les conditions de justification des restrictions à un droit fondamental devaient être énoncées de façon suffisamment prévisible

53. CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*.

54. Pour une autre illustration, voir ég. CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*, où la CJUE s'est expressément référé aux conditions de justifications des restrictions de l'article 10 (2) de la CEDH mais a finalement choisi d'appliquer le test de restriction de l'Union européenne (sauf pour le principe de proportionnalité). Alors même que la mesure restrictive provenait d'un Etat membre, la CJUE n'a pas examiné pas la condition de la *nécessité de la mesure dans une société démocratique*, l'exigence que la mesure soit *prévüe par la loi* ou encore si celle-ci poursuivait l'un des objectifs d'intérêt général énumérés aux paragraphes 2 de l'article 10. Pour cette dernière condition, la CJUE a simplement sous-entendu que la libre circulation était un intérêt légitime qui justifiait les restrictions en cause.

55. Voir ég. Av. gén. FENNELLY, 15 juin 2000, *Allemagne c. Parlement*. L'Avocat général N. FENNELLY, dans la fameuse « saga du tabac », allait dans notre sens lorsqu'il avait estimé que l'interprétation par la CJUE de la condition du respect de la proportionnalité d'une restriction afin d'évaluer certains choix législatifs n'était « pas approprié lorsqu'il s'agit d'examiner des restrictions à l'exercice d'un droit individuel fondamental tel que la liberté d'expression » (§ 157). Dans ses conclusions, en effet, et après avoir détaillées les exigences posées par la CourEDH en matière de justification des mesures portant atteintes à la liberté d'expression, ce dernier s'est montré favorable à « [...] l'adoption d'une même approche dans l'ordre juridique communautaire. Lorsqu'il est établi qu'une mesure communautaire porte atteinte à la liberté d'expression commerciale, comme le fait manifestement la directive sur la publicité, le législateur communautaire devrait également être tenu de démontrer à la Cour qu'il avait des motifs raisonnables d'adopter la mesure en question dans l'intérêt général. En termes concrets, il devrait fournir la preuve cohérente que la mesure sera efficace pour atteindre l'objectif d'intérêt général invoqué – en l'occurrence une réduction de la consommation du tabac par rapport au niveau qui serait dans le cas contraire constaté – et que des mesures moins restrictives n'auraient pas eu la même efficacité » (§ 159).

56. CJCE, 6 mars 2001, *Bernard Connolly*.

pour les intéressés et a admis que les États parties à la CEDH jouissent d'une certaine marge d'appréciation à cet égard⁽⁵⁷⁾.

338. Par conséquent, nous estimons que le principe de cohérence visé par l'article 52, § 3, de la Charte exige tant l'absence de contradiction logique entre les conditions de justification des restrictions des droits fondamentaux de la Charte et celles de la CEDH que l'établissement de connections positives entre la jurisprudence de la CJUE et la jurisprudence de la CourEDH interprétant lesdites conditions⁽⁵⁸⁾.

B. – L'OBJET DE LA COHÉRENCE

339. Dans les lignes qui suivent, nous spécifions brièvement l'*objet* du principe de cohérence visé par l'article 52, § 3, de la Charte. Ainsi, nous identifions les éléments devant être rendus cohérents (*infra* 1) et nous les délimitons (*infra* 2).

1. – La Charte, la CEDH et leurs interprétations respectives

340. Eu égard à l'*objet* de la cohérence, *i.e.* ce *sur quoi* porte cette dernière, nous relevons que les explications relatives à la Charte précisent que la référence à la CEDH, mentionnée à l'article 52, § 3, de la Charte, « vise à la fois la Convention et ses protocoles »⁽⁵⁹⁾ et que « [l]e sens et la portée des droits garantis sont déterminés non seulement par le texte de ces instruments, mais aussi par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice de l'Union européenne »⁽⁶⁰⁾.

341. Par conséquent, le respect du principe de cohérence doit donc s'entendre comme exigeant une absence de contradiction logique et

57. *Ibid.*, §§ 37-65. *Contra*, voir l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, *Michael Cwik*, où la CJUE a dû se prononcer sur un pourvoi à l'encontre d'une décision du Tribunal de première instance relatif à l'article 10 § 2 de la CEDH qui, contrairement à l'arrêt *Connolly*, adoptait une approche communautaire quant aux conditions de justification des restrictions. À ce sujet, voir S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1466, pour qui la CJUE « adopted a rather technical approach when dismissing the appeal, not expressly aligning itself with either the Community approach to freedom of expression set out by the lower court in *Cwik* or the ECHR approach of the appeal in *Connolly* ».

58. S. COLELLA, « The Consistency Requirement between the ECHR and the EU Charter on the Context of Limitations of Fundamental Rights », *Geneva Jean Monnet Working Paper*, 14/2016.

59. Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, ad. Articles 47 et 52, *JOCE* 303 du 14.12.2007, pp. 17 et s.

60. *Ibid.*

l'établissement de connections positives entre les conditions de justification des restrictions énoncées, respectivement, dans la Charte et la CEDH, d'une part, et l'interprétation de ces dernières réalisée par la CourEDH et de la CJUE en présence de deux droits fondamentaux correspondants, d'autre part. Sur ce dernier point, par ailleurs, afin d'être efficace, ledit principe doit tant viser l'interprétation des décisions rendues antérieurement (cohérence diachronique) à un cas d'espèce que celle découlant de l'état actuel de ces dernières (cohérence synchronique) au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne.

342. Dans la mesure, néanmoins, où l'acception des conditions de justification des restrictions des droits fondamentaux, que lesdites conditions soient énumérées aux seconds alinéas des articles 8 à 11 de la CEDH ou à l'article 52, § 1, de la Charte, ne peut s'établir *in abstracto* mais est spécifiée par l'interprétation, dans des cas concrets, de la CourEDH et la CJUE, la jurisprudence de ces cours est la principale ressource sur laquelle porte la cohérence. En effet, comme le formule Steve Peers, « *[l]aws are not just words on sheets of paper ; the crucial question is how those words are interpreted* »⁽⁶¹⁾.

343. Le fait cependant que les explications relatives à la Charte renvoient à la jurisprudence de la CourEDH soulève certaines interrogations. Certes, une cohérence entre les conditions de justification des restrictions énoncées dans la Charte et dans la CEDH ne peut être effective qu'au travers d'une cohérence entre l'interprétation desdites conditions tant par la CJUE que la CourEDH. Néanmoins, comme le relève justement Tobias Lock, « *these explanations alone cannot provide a sufficient basis for the assumption that the ECJ would be bound by the ECtHR's case law* »⁽⁶²⁾.

344. En effet, dans les situations où une restriction injustifiée à un droit fondamental garanti par la Charte est alléguée sur la base d'une mesure d'un État membre adoptée dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne⁽⁶³⁾, la situation semble claire car les juridictions dudit État sont tenues, du fait que ce dernier est une partie contractante à la CEDH, de respecter la jurisprudence de la CourEDH⁽⁶⁴⁾. S'agissant toutefois des situations où l'allégation d'une restriction injustifiée est effectuée sur la base d'un acte adopté par les institutions de l'Union européenne et compte

61. Voir S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1459.

62. T. LOCK, « The ECJ and the ECtHR : the Future Relationship between the Two European Courts », *op. cit.*, p. 376.

63. Voir l'article 51 de la Charte.

64. Art. 46 CEDH : « [L]es Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ».

tenu du fait que cette dernière n'est pas partie contractante à la CEDH, d'aucuns estiment qu'il n'existe aucune obligation juridique pour la CJUE de respecter la jurisprudence de la CourEDH⁽⁶⁵⁾.

345. Pour ces derniers, percevoir le principe de cohérence comme rendant la jurisprudence de la CourEDH contraignante aux fins de l'interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte constituerait un changement de paradigme au sein du droit de l'Union européenne qui aurait dû faire l'objet d'une mention expresse dans la Charte⁽⁶⁶⁾, et non uniquement dans ses explications, car cela signifierait que la CJUE serait liée par des décisions d'une juridiction internationale créée par une convention internationale qu'elle n'a pas ratifiée⁽⁶⁷⁾.

346. Nous argumentons cependant que, bien que l'Union européenne n'ait pas formellement adhéré à la CEDH, elle ne demeure pas moins tenue de respecter le principe de cohérence visé par l'article 52, § 3, de la Charte, ce qui implique de veiller à une absence de contradiction et à l'établissement de connections positives avec la jurisprudence de la CourEDH. Par conséquent, nous ne remettons pas en cause le fait que l'Union européenne ne soit pas juridiquement directement liée par la jurisprudence de la CourEDH lors de l'interprétation de la Charte, mais cela n'exclut pas, à notre sens, qu'elle s'impose d'être cohérente avec cette dernière⁽⁶⁸⁾. À cet égard, à titre illustratif, relevons que la CJUE a statué dans son arrêt *J. McB.* que lorsque des droits compris dans la Charte correspondent à des droits contenus dans la CEDH, il convient de leur donner le même sens et la même portée, tels qu'interprétés par la CourEDH⁽⁶⁹⁾.

347. Toutefois, la Charte et les explications y relatives ne précisent pas si ladite cohérence doit, notamment, porter sur l'*interprétation* – *i.e.* sur une

65. T. LOCK, « The ECJ and the ECtHR : the Future Relationship between the Two European Courts », *op. cit.*, p. 376. *Contra*, voir K. LENAERTS, E. DE SMIJTER, « The Charter and the Role of the European Courts », *Maastricht Journal of European Law*, vol. 8, 2001, pp. 90-101, p. 99. Voir ég. LORD GOLDSMITH, « The Charter of Rights – A Brake not an Accelerator », *European Human Rights Law Review*, vol. 5, 2004, pp. 473-478, p. 476: « When applying provisions of the Charter, the Court of Justice will therefore be obliged to take over the interpretation given by the European Court of Human Rights to corresponding rights guaranteed by the ECHR ».

66. T. LOCK, « The ECJ and the ECtHR : the Future Relationship between the Two European Courts », *op. cit.*, p. 386.

67. Or, la CJUE a expressément exclu cette possibilité en estimant, dans son avis 1/91, que l'Union européenne doit être partie à un accord international pour pouvoir être lié (CJCE, 14 décembre 1991, *Avis n° 1/91*, § 39).

68. Sur cette question, voir not. A. ARNULL, « Owning up to fallibility : Precedent and the Court of Justice », *Common Market Law Review*, vol. 30, 1993, pp. 247-266 ; J. BARCELÓ, « Precedent in European Community Law », in N. MACCORMICK, R. SUMMERS (édit.), *Interpreting Precedents. A Comparative Perspective*, Aldershot 1997, Ashgate, p. 407-436.

69. CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB.*, pt 53.

partie du raisonnement de ces cours lorsqu'elles examinent les conditions de justification des restrictions –qui ressort de leurs jurisprudences respectives, ou uniquement sur le *résultat* auquel leurs interprétations desdites conditions est susceptible d'aboutir.

2. – L'acception de l'interprétation de la Charte et de la CEDH

348. À notre sens, le principe de cohérence visé par l'article 52, § 3, de la Charte ne porte pas sur le raisonnement des juges de la CJUE et de la CourEDH lorsqu'ils interprètent les conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux, mais uniquement sur le contenu desdites conditions découlant de leur interprétation respective. Afin d'étayer notre point de vue, il convient cependant de préciser ce que nous entendons par *raisonnement* desdites cours et, notamment, ce qui distingue celui-ci de leur *interprétation*⁽⁷⁰⁾.

349. Eu égard au *raisonnement* juridique, Julie Dickson résume fort bien que celui-ci peut se concevoir comme faisant référence, à tout le moins, à trois opérations distinctes, à savoir « *(a) reasoning to establish the existing content of the law on a given issue, (b) reasoning from the existing content of the law to the decision which a court should reach in a case involving that issue which comes before it, and (c) reasoning about the decision which a court should reach in a case, all things considered* »⁽⁷¹⁾. Ces trois opérations susceptibles de constituer le raisonnement juridique ne nous semblent cependant pas devoir être considérées distinctement, comme contenant chacune une signification propre de ce que peut être le raisonnement juridique.

350. En effet, lorsqu'ils interprètent une disposition, les juges cherchent tant à capturer fidèlement le contenu de la disposition en cause, telle qu'elle est libellée, que d'en retirer ou d'en faire ressortir quelque chose de nouveau au cours d'un processus raisonné ayant comme point de départ ladite disposition et aboutissant à une décision dans un cas concret⁽⁷²⁾.

70. Cette précision s'impose car l'acception de ces notions ne fait pas l'unanimité au sein de la littérature juridique. À ce propos, voir S. BESSON, M.-L. GÄCHTER-ALGE, « L'interprétation en droit européen – Quelques remarques introductives », in S. BESSON, N. LEVRAT, E. CLERC (édit.), *L'interprétation en droit européen*, Zurich 2011, Schulthess, pp. 3-35, p. 6.

71. J. DICKSON, « Interpretation and Coherence in Legal Reasoning », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 10 février 2010, pt 1.

72. *Ibid.*, pt 2.3 : « *in interpreting the law, judges both seek to capture and be faithful to the content of the law as it currently exists, and to supplement, modify, or bring out something new in the law, in the course of reasoning from the content of the law to a decision in a particular case* ».

L'interprétation a dès lors un rôle à jouer tant dans le raisonnement dans le sens (a) que dans le sens (b)⁽⁷³⁾ et constitue un élément incontournable du raisonnement juridique.

351. À notre sens, l'*interprétation* peut donc être conçue comme l'activité herméneutique par laquelle les autorités compétentes expliquent, montrent où révèlent le sens de la norme interprétée, « si ce sens ne peut pas être déterminé clairement sur la base des termes utilisés et des conventions qui en déterminent leur usage »⁽⁷⁴⁾. La notion de *raisonnement* juridique est donc plus large que celle d'*interprétation* – qui en constitue cependant un élément – et englobe tous les mécanismes et processus auxquels les juridictions recourent pour adopter leurs décisions.

352. Fort de ces précisions, nous argumentons que le principe de cohérence visé par l'article 52, § 3, de la Charte ne porte pas sur le raisonnement des autorités compétentes, car cela reviendrait à requérir des juges qu'ils développent un processus raisonné lors de l'interprétation desdites conditions, en faisant des inférences, puis en les combinant entre elles ou en les enchaînant d'une certaine manière⁽⁷⁵⁾. Or, requérir une cohérence dans le raisonnement des juges se justifie par le fait d'étendre le « champ de la raison au-delà des limites imposées par les approximations formalistes de l'interprétation des conditions de restriction »⁽⁷⁶⁾. Cependant, comme nous l'avons souligné ci-dessus, l'exigence de la cohérence au sein de la Charte se justifie par la coexistence d'une pluralité de régimes de protection des droits fondamentaux, et non par un éventuel besoin de pallier aux déficits de raisonnement des juridictions compétentes.

353. L'hypothèse également mentionnée selon laquelle le principe de cohérence pourrait viser le *résultat* découlant de l'interprétation ne nous convainc pas davantage, dans la mesure où l'acceptation des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux n'est pas préexistante mais découlera de l'activité interprétative des juridictions compétentes, dans un cas concret. Il ne nous paraît dès lors pas concevable de requérir

73. *Ibid.*, en ce sens, voir ég. J. RAZ, « On The Nature of Law », *Archiv fur Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 82, 1996, pp. 1-25 ; J. RAZ, « Why Interpret? », *Ratio Juris*, vol. 9, pp. 349-63.

74. S. BESSON, M.-L. GÄCHTER-ALGE, « L'interprétation en droit européen – Quelques remarques introductives », *op. cit.*, p. 6. Voir ég. G. CONWAY, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 ; J. BENOÛT-XEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, 2003, Clarendon Press, p. 144.

75. S. MURENZI, « La cohérence dans le raisonnement des juges européens », in S. BESSON, A. ZIEGLER (édit.), *Le juge en droit européen et international*, Genève, Zurich, Bâle, 2013, pp. 173-192, p. 182.

76. S. MURENZI, « La cohérence dans le raisonnement des juges européens », *op. cit.*, p. 181.

ex ante desdites juridictions que le résultat de leurs activités – effectuées à la lumière des circonstances propres à chaque cas d'espèce – puissent être cohérent avec les décisions rendues par d'autres autorités, et ce indépendamment de toute prise en compte du contexte dans lesquelles ces dernières ont été rendues.

354. Par conséquent, à notre sens, le principe de cohérence énoncé dans les explications relatives à la Charte doit être compris, dans le contexte des restrictions aux droits fondamentaux, comme étant un principe incrémental exigeant une absence de contradiction ainsi que l'établissement de connections positives entre l'acceptation des conditions de justification desdites restrictions énoncées dans la CEDH et dans la Charte, bien que les juridictions nationales et la CJUE aient ensuite la charge et la latitude de les appliquer aux situations concrètes.

CHAPITRE 2

LA MISE EN ŒUVRE DE LA COHÉRENCE ENTRE LA CHARTE ET LA CEDH

355. Afin d'avoir une vision complète du principe de cohérence visé par l'article 52, § 3, de la Charte, nous estimons opportun de spécifier les diverses formes que peut prendre la mise en œuvre de ce principe (Section 1), ainsi que ses principaux destinataires (Section 2).

SECTION 1. – LES FORMES DE LA MISE EN ŒUVRE

356. Il convient d'être conscient que la mise en œuvre du principe de cohérence entre l'acceptation des conditions de justification des restrictions énoncées dans la Charte et la CEDH peut revêtir diverses formes, selon que l'on met l'accent sur l'un ou l'autre des régimes découlant de ces ordres juridiques. Par conséquent, il n'est pas toujours aisé de distinguer la forme de la cohérence visée par l'article 52, § 3, de la Charte, et ce d'autant plus que la littérature juridique utilise parfois des notions identiques pour se référer à des formes de cohérence revêtant cependant une acception différente⁽¹⁾.

357. Ceci étant dit, ladite littérature distingue traditionnellement deux formes de mise en œuvre de la cohérence, à savoir la cohérence *horizontale* et la cohérence *verticale*⁽²⁾. À cet égard, nous argumentons que cette

1. P. ex. M. POIRES MADURO, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *op. cit.*, p. 519, utilise les termes de *cohérence verticale* et *horizontale* pour distinguer respectivement la cohérence entre les cours européennes et nationales, d'une part, et la cohérence entre les cours nationales entre elles, d'autre part, contrairement aux définitions retenues dans le présent chapitre.

2. Voir not. Ch. TIETJE, « The Concept of Coherence in the Treaty on the European Union and the Common Foreign and Security Policy », *op. cit.*, pp. 224 et s. ; S. BESSON, « From European Integration to European Integrity : Should European Law Speak with Just One

distinction n'emporte pas réellement d'enjeu concret dans la mesure où le principe de cohérence énoncé dans les explications y relatives implique ces deux formes.

A. – UNE COHÉRENCE HORIZONTALE...

358. La cohérence horizontale est traditionnellement perçue comme portant sur la façon dont les autorités et juridictions compétentes doivent tenir compte, dans le cadre de leurs activités respectives, des décisions rendues antérieurement, *i.e.* la cohérence diachronique, et de l'état actuel de ces dernières, *i.e.* cohérence synchronique, au sein d'un ordre juridique donné⁽³⁾. Notons que, du point de vue de l'Union européenne, une cohérence horizontale est déjà juridiquement consacrée à l'article 13 TUE, qui prévoit que l'« Union dispose d'un cadre institutionnel visant à promouvoir ses valeurs, poursuivre ses objectifs, servir ses intérêts, ceux de ses citoyens, et ceux des États membres, ainsi qu'à assurer la cohérence, l'efficacité et la continuité de ses politiques et de ses actions ».

359. Comme nous l'avons suggéré ci-dessus, la cohérence horizontale ne se limite toutefois pas à l'absence de contradictions logiques entre l'acception des conditions de justification figurant dans la Charte et la CEDH, telle qu'elle découle de l'interprétation de la CJUE et de la CourEDH réalisée dans les décisions passées et actuelles desdites cours, d'une part, et l'acception de ces conditions telle qu'elle doit être spécifiée dans une décision à rendre dans un cas d'espèce, d'autre part. Autrement dit, elle n'est pas uniquement *passive*, car elle implique également l'établissement *actif* de connections positives entre ces deux éléments⁽⁴⁾.

360. Cette distinction entre cohérence horizontale passive et cohérence horizontale active n'est, par conséquent, qu'une question du degré de cohérence souhaitée⁽⁵⁾. Or, dans le contexte des restrictions aux droits fondamentaux, et à plus forte raison eu égard à l'impact que peuvent avoir

Voice ? », *op. cit.*

3. S. BESSON, « From European Integration to European Integrity : Should European Law Speak with Just One Voice ? », *op. cit.*, p. 258.

4. *Idem*, p. 64. Voir également I. BOSSE-PLATIÈRE, *L'article 3 du traité UE. Recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, *op. cit.*, qui distingue la cohérence *statique* de la cohérence *dynamique*.

5. En ce sens, voir not. Ch. TIETJE : « [i]t can be concluded that coherence in law is a matter of degree and that the degree of coherence of a legal system is in the first instance a question of the justificative structure, the underlying concepts and the domain of reference » (Ch. TIETJE, « The Concept of Coherence in the Treaty on the European Union and the Common Foreign and Security Policy », *op. cit.*, p. 217).

les décisions rendues par les autorités compétentes sur les intéressés, nous estimons qu'un degré de cohérence accru s'impose.

B. – ... ASSORTIE D'UNE COHÉRENCE VERTICALE

361. La cohérence verticale porte sur la façon dont les juridictions compétentes doivent tenir compte, dans le cadre de leurs activités respectives, des décisions rendues antérieurement et synchroniquement au sein d'autres ordres juridiques⁽⁶⁾. Du point de vue de l'Union européenne, cela implique que « *all authorities should take into account past laws and decisions of other European authorities, be they national or strictly European, and try to make their own laws and decisions fit with them as far as possible* »⁽⁷⁾.

362. La littérature juridique distingue à cet égard la cohérence *verticale-verticale* ou *supranationale*, *i.e.* la cohérence entre les autorités des États membres et celles de l'Union européenne, et la cohérence *verticale-horizontale* ou *transnationale*, *i.e.* la cohérence parmi les États membres de l'Union européenne⁽⁸⁾. Dans ce contexte, le principe de cohérence visé à l'article 52, § 3, de la Charte s'applique nécessairement tant eu égard aux institutions de l'Union européenne qu'aux autorités des États membres, mais également entre ces dernières lorsqu'elles mettent en œuvre le droit de l'Union européenne.

363. En effet, tant les juridictions des États membres que celles de l'Union européenne doivent veiller à prendre en compte les décisions antérieures et synchroniques rendues par la CourEDH et la CJUE lors de l'interprétation des conditions de justification des restrictions énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte. Par conséquent, une mise en œuvre effective du principe de cohérence dans sa forme *verticale-verticale* emportera nécessairement une mise en œuvre *verticale-horizontale*, dans la mesure où cela implique que les juridictions des États membres aient toutes pris en compte la jurisprudence pertinente de la CJUE et de la CourEDH.

364. Précisons néanmoins que la mise en œuvre concrète du principe de cohérence soulève de nombreuses difficultés d'ordre pratique que la littérature juridique n'a pas manqué de souligner⁽⁹⁾. À titre illustratif,

6. S. BESSON, « From European Integration to European Integrity : Should European Law Speak with Just One Voice ? », *op. cit.*, p. 262.

7. *Ibid.*, p. 263.

8. *Ibid.*

9. *Ibid.*, pp. 265-266.

la quantité des décisions passées et actuelles à prendre en compte par les autorités compétentes, les barrières linguistiques, géographiques, culturelles ou encore sociales lors de leurs prises en compte ou encore les ressources financières en sont autant d'exemples⁽¹⁰⁾. Nous argumentons toutefois qu'une mise en œuvre effective du principe de cohérence entre la CEDH et la Charte, visé à l'article 52, § 3, de cette dernière, implique nécessairement les deux formes de mise en œuvre, qui sont dès lors complémentaires.

SECTION 2. – LES PRINCIPAUX DESTINATAIRES DE LA COHÉRENCE

365. L'article 52, § 3, de la Charte n'identifie expressément qu'une catégorie de destinataires du principe de cohérence, à savoir les législateurs, tant de l'Union européenne que des États membres. Nous estimons toutefois qu'aux côtés de ces derniers, il est essentiel de ne pas minimiser le rôle crucial des autorités exécutives dans la mise en œuvre de ce principe (*infra* 1). Ceci étant, nous pensons que les autorités judiciaires ont également un rôle central à jouer dans la mise en œuvre du principe de cohérence et nous mettons principalement l'accent sur ces dernières dans le cadre de la présente étude (*infra* 2).

A. – LES AUTORITÉS LÉGISLATIVES ET EXÉCUTIVES

366. Comme déjà mentionné, le principe de cohérence visé par l'article 52, § 3, de la Charte a essentiellement pour objet de veiller à une absence de contradiction entre les jurisprudences de la CourEDH et de la CJUE interprétant les conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux figurant à l'article 52, § 1, de la Charte⁽¹¹⁾. Cependant, les explications relatives à l'article 52, § 3, de la Charte ne s'adressent qu'aux *législateurs* lorsqu'elles indiquent que « [...] le législateur, en fixant des limitations à ces droits, doit respecter les mêmes normes que celles fixées par le régime détaillé des limitations prévu dans la CEDH [...] ».

367. Nous argumentons cependant que ceci se conçoit aisément dans la mesure où c'est principalement lors de l'adoption d'actes législatifs, dans leur domaine de compétence respectif, que les autorités de l'Union européenne et des États membres doivent se prononcer sur le caractère justifié des restrictions aux droits fondamentaux susceptibles de se

10. *Ibid.*

11. Voir *supra*, Partie 2, titre 1.

fonder sur lesdits actes. Par conséquent, c'est principalement lors de la préparation, de la consultation et des débats préalables à l'adoption d'un acte que les législateurs doivent minutieusement veiller à une absence de contradiction entre les dispositions dont l'adoption est projetée et celles figurant dans la Charte et la CEDH, telles qu'interprétées par la CourEDH et la CJUE, d'autre part. Ces exigences incombant aux législateurs nationaux semblent par ailleurs avoir été confirmées par la CJUE, qui a rappelé à maintes reprises « qu'une législation nationale n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elle répond véritablement au souci de l'atteindre d'une manière *cohérente* et systématique »⁽¹²⁾.

368. Toutefois, les actes adoptés par les législateurs des États membres et de l'Union européenne doivent finalement être mis en œuvre par les autorités exécutives et, en cas de litiges, interprétés par les juridictions compétentes afin que celles-ci puissent en préciser le sens et la portée. Dès lors, le principe juridique de cohérence visé par l'article 52, § 3, de la Charte ne peut s'imposer uniquement aux législateurs, car il est inexorablement lié aux activités en découlant réalisées par les autorités d'exécution et les juridictions compétentes, tant au sein des États membres que de l'Union européenne.

369. Dans le cadre de la présente étude, néanmoins, nous nous intéressons uniquement aux juridictions des États membres et de l'Union européenne *qua* destinataires du principe de cohérence. En effet, sans minimiser le rôle central que jouent les législateurs et les autorités d'exécution, nous souhaitons mettre l'accent sur l'activité des juridictions dans la mesure où elles sont quotidiennement confrontées à l'interprétation des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux, d'une part, et que leurs décisions constituent la principale ressource sur laquelle porte le principe de cohérence, d'autre part.

B. – LES AUTORITÉS JUDICIAIRES

370. Comme déjà mentionné ci-dessus⁽¹³⁾, l'acceptation des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux, énumérées à l'article 52, § 1, de la Charte, n'est pas préexistante et doit être spécifiée au terme d'une interprétation menée essentiellement par les autorités

12. Voir p. ex. CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft*, pt 55 ; CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa*, pt 61 ; CJCE, 6 octobre 2009, *Commission c. Espagne*, pt 8 [souligné par nous].

13. Voir *supra*, Partie 1, titre 2.

judiciaires⁽¹⁴⁾ des États membres et la CJUE. Par conséquent, ces autorités sont les premières concernées par la mise en œuvre du principe de cohérence entre la Charte et la CEDH.

371. Rappelons toutefois que la jurisprudence rendue par les autorités judiciaires des vingt-huit États membres de l'Union européenne qui constituent, certes, une ressource particulièrement riche et pertinente dans l'examen de la mise en œuvre de ce principe, n'est cependant pas examinée ici, pour des motifs liés à la complexité et au caractère partiellement superfétatoire d'un tel examen⁽¹⁵⁾. Nous veillons par conséquent à présenter et analyser la jurisprudence rendue par la CJUE dans l'interprétation des articles 52, § 1 et § 3, de la Charte afin de déterminer si elle met effectivement en œuvre le principe de cohérence énoncé dans les explications relatives à la Charte.

14. Au sens de la présente étude, les termes *autorités judiciaires* et *juridictions* sont entendus comme synonyme et font référence aux autorités dotées d'un pouvoir décisionnel les habilitant à rendre une décision en vue de résoudre un litige, ou à donner un avis sur un point de droit afin d'en faciliter la résolution.

15. Voir *supra*, §§ 31 et 32.

CONCLUSION DU TITRE 1

372. Une recherche des raisons à la base de la mention d'une *cohérence* entre la CEDH et la Charte au sein des explications relatives à cette dernière démontre, à notre sens, que ladite cohérence est d'origine jurisprudentielle et découle de la préoccupation de la CJUE et des cours constitutionnelles nationales de veiller à l'absence de contradiction entre le régime de protection de protection des droits fondamentaux de l'UE et celui découlant de la CEDH. Autrement dit, la mention de la cohérence dans les explications relatives à la Charte traduit la coexistence d'une variété d'ordre juridique ayant des destinataires identifiés et poursuivant des objectifs de protection similaires, bien que la façon de concevoir les relations entre cette pluralité d'ordres juridiques peut avoir une incidence sur l'acceptation que d'aucuns aura de l'acceptation de la cohérence

373. Nous avons également établi que, dans la mesure où la cohérence traduit les préoccupations de la CJUE et des juridictions nationales de veiller à une absence de contradiction entre la Charte et la CEDH en établissant une relation étroite et réflexive entre ces instruments, elle incorpore des préoccupations d'ordre tant moral que politique émanant de l'Union européenne et des États membres. Par conséquent, la cohérence peut se concevoir comme un *principe* qui, du fait qu'il est consacré dans les explications relatives à la Charte, d'une part, et qu'il a pour fonction de guider l'interprétation de la Charte, d'autre part, peut être qualifié de principe *juridique et interprétatif*.

374. Quant au *contenu* du principe de cohérence, nous avons spécifié que, pour pouvoir être pleinement efficace, il devait revêtir tant un pan *statique*, *i.e.* l'absence de contradiction logique entre la CEDH et la Charte, que *dynamique*, *i.e.* l'établissement de connections positives entre ces deux instruments. Par ailleurs, ces deux pans portent tant sur les dispositions

contenues dans la CEDH et ses protocoles et la Charte, d'une part, que sur leur interprétation par la CJUE et la CourEDH, d'autre part.

375. Eu égard à ce dernier point, nous avons indiqué que la cohérence visée par ce principe doit être *diachronique*, *i.e.* porter sur les décisions rendues antérieurement à un cas d'espèce, et *synchronique*, *i.e.* porter également sur les décisions découlant de l'état actuel du droit de l'UE. Enfin, nous avons précisé que ledit principe ne porte pas sur l'entier du raisonnement des autorités compétentes lors de l'adoption d'une décision ni même sur le résultat auquel elles aboutissent dans une décision, mais uniquement sur l'interprétation des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux, à savoir sur l'acceptation donnée auxdites conditions.

376. Quant à la mise en œuvre effective dudit principe, nous avons établi qu'elle implique une cohérence *horizontale* assortie d'une cohérence *verticale* et qu'elle s'adresse tant aux autorités législatives, exécutives et judiciaires des États membres et de l'Union européenne.

TITRE 2

LA CORRESPONDANCE VISÉE PAR L'ARTICLE 52, § 3, DE LA CHARTE

377. Dans les lignes qui suivent, nous tentons de répondre à la question de savoir *quand* le principe de cohérence entre la Charte et la CEDH trouve à s'appliquer, *i.e.* dans quelles situations. En effet, nous avons mis en exergue ci-dessus que l'article 52, § 3, de la Charte vise à assurer une cohérence entre les régimes de justification des restrictions aux droits fondamentaux contenus dans ces instruments uniquement lorsque lesdits droits sont jugés *correspondant*.

378. Si les explications relatives à la Charte offrent quelques éléments de réponse à cette question, la littérature juridique et la jurisprudence de la CJUE n'ont cependant pas manqué de relever de nombreuses difficultés dans la détermination de ladite correspondance (Chapitre 1). Tout en ayant considéré ces dernières, nous estimons que la mise en œuvre de la correspondance mentionnée à l'article 52, § 3, de la Charte doit nécessairement s'effectuer *in concreto* et implique, dans le contexte des justifications des restrictions, d'adopter la même approche que celle de la CourEDH dans des cas similaires (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LES DIFFICULTÉS DE DÉTERMINER LA CORRESPONDANCE

379. Les explications relatives à la Charte offrent un début de piste quant à la façon de déterminer l'existence d'une *correspondance* entre des droits fondamentaux de la Charte et des droits fondamentaux de la CEDH et les situations dans lesquelles leurs régimes de justification des restrictions respectifs doivent recevoir le même sens et la même portée.

380. En effet, les explications relatives au troisième paragraphe de l'article 52 de la Charte contiennent deux listes reproduisant les « droits qui peuvent, au stade actuel, et sans que cela exclue l'évolution du droit, de la législation et des traités, être considérés comme correspondant à des droits de la CEDH au sens du présent paragraphe »⁽¹⁾. La première liste contient les droits de la Charte considérés comme *correspondant* aux droits de la CEDH et, par conséquent, dont le sens et la portée sont les mêmes ; tandis que la seconde énumère les droits de la Charte correspondant à la CEDH mais dont la portée est plus étendue⁽²⁾.

381. Si, à l'instar d'une partie de la littérature juridique, d'aucuns pourraient dès lors être tentés de déterminer l'existence d'une correspondance entre des droits fondamentaux de la Charte avec ceux de la CEDH en renvoyant simplement à la liste de correspondance figurant dans les explications de la Charte⁽³⁾, nous estimons cependant qu'une telle approche se heurte à deux difficultés.

1. Voir les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *JOCE* 303 du 14.12.2007, pp. 17 et s., ad. Article 52.

2. *Ibid.*

3. Voir not. O. DE SCHUTTER, « Article 52 », *op. cit.*, p. 401 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.* ; S. PEERS, « Taking Rights Away ? Limitations and Derogations », in

382. D'une part, elle ne reflète pas la pratique actuelle de la CJUE en la matière, qui est particulièrement équivoque dans son interprétation de l'article 52, § 3, de la Charte, en particulier dans le contexte des justifications aux restrictions des droits fondamentaux (Section 2). D'autre part, cela ne répondrait pas à d'autres interrogations également soulevées par ladite littérature juridique qui méritent d'être considérées dans la mesure où, selon la réponse donnée, la recherche d'une correspondance pourrait s'avérer illusoire (Section 1).

SECTION 1. – LES DIFFICULTÉS SOULEVÉES PAR LA LITTÉRATURE JURIDIQUE

383. Parmi les principales difficultés relevées par la littérature juridique dans la détermination de l'existence d'une correspondance entre un droit fondamental consacré dans la Charte et un droit fondamental consacré dans la CEDH, deux nous semblent mériter que l'on s'y attarde et nécessitent d'être résolues. Nous allons ainsi brièvement présenter l'argument tiré de la circularité apparente de l'exigence de correspondance (*infra* A) ainsi que celui tiré du fait que les droits consacrés non seulement dans la CEDH mais également dans ses protocoles sont pertinents, alors que ces derniers n'ont pas tous été ratifiés par tous les États membres de l'Union européenne (*infra* B).

A. – L'APPARENTE CIRCULARITÉ DE LA CORRESPONDANCE

384. Une partie de la littérature juridique a mis en exergue une circularité dans le libellé de l'article 52, § 3, de la Charte. Pour ceux-ci, en effet, déterminer si deux droits fondamentaux sont *correspondants* et, par conséquent, s'ils doivent se voir donner le même sens et la même portée, nécessiterait précisément d'en déterminer, au préalable, le sens et la portée afin de pouvoir ensuite évaluer s'ils peuvent être qualifiés de correspondant.

S. PEERS, A. WARD (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 141-179, p. 170 : « Next, which provisions are covered by Article 52 (3) ? Surely all those cases where the wording of the right is identical to the ECHR right covered ». *Contra*, voir not. M. BOROWSKY, « Artikel 52 », in J. MEYER (édit.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 771-813, p. 687 : « Von grundlegender Bedeutung ist der Umstand, dass Art. 52 Abs. 3 S. 1 – neben Art. 52 Abs. 2 – eine weitere Transferklausel enthält, die – unabhängig vom jeweiligen Wortlaut – zur inhaltlichen Identität der einander entsprechenden Rechte in der Charta und in der EMRK führt ».

385. À titre illustratif, Martin Borowsky estime que « *[g]inge man nämlich von dem Kriterium aus, dass bestimmte Rechte „die gleiche Bedeutung und Tragweite“haben, und wollte man daraus auf ihre Entsprechungsschliessen, führtedieszueinemZirkelschluss.Dennerst wenn sich bestimmte Rechte einander entsprechen, sollen sie – gewissermassen als Rechtsfolge – „die gleiche Bedeutung und Tragweite“haben und damit inhaltlich identisch (!) sein, was im französischen und englischen Text noch stärker mit „même“und „same“zum Ausdruck kommt* »⁽⁴⁾.

386. À notre sens, toutefois, un tel argument procède d'une ambiguïté de l'acception du contenu sur lequel doit porter la correspondance – *i.e.* les droits fondamentaux garantis dans la CEDH et la Charte – et de l'exigence d'une identité – *inhaltlich identisch* – de ces derniers. En effet, nous avons établi ci-dessus que les droits fondamentaux protégés par ces instruments sont des intérêts abstraits jugés suffisamment importants pour générer des obligations concrètes de protection à l'endroit des États membres ou des institutions de l'UE face à des menaces effectives. Par conséquent, si une identité entre ces *intérêts* abstraits figurant dans ces instruments peut être établie, elle n'équivaut pas nécessairement à une identité du sens et de la portée des *droits fondamentaux* qui les protègent, dans la mesure où le caractère intermédiaire desdits droits permet, dans un même cas concret, de donner naissance à des obligations forts différentes et, par conséquent, que ceux-ci revêtent une signification et une portée distinctes.

387. L'argument de la circularité nous semble donc perdre sa pertinence si les autorités compétentes en charge de contrôler le respect de la Charte veillent, comme nous les y avons invitées plus haut, à spécifier les obligations découlant de droits fondamentaux de la Charte qui, dans chaque cas d'espèce, entrent en conflit et nécessitent la restriction de l'un desdits droits afin de résoudre ledit conflit.

B. – LES DROITS FONDAMENTAUX DANS LES PROTOCOLES À LA CEDH

388. Certains auteurs ont relevé⁽⁵⁾, à raison, que les explications relatives à l'article 52, § 3, de la Charte précisent que la correspondance visée porte, d'une part, sur les droits fondamentaux de la Charte et, d'autre part, sur ceux garantis tant par la CEDH que ses protocoles⁽⁶⁾. Dans ce contexte, tous les États membres de l'Union européenne ont uniquement

4. M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.*, p. 794.

5. Voir not. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1492.

6. Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *JOCE* 303 du 14.12.2007, pp. 17 et s., ad. Article 52.

ratifié les protocoles n° 1 et n° 6 à la CEDH, les protocoles n° 4, n° 7, n° 10 et n° 13 n'ayant, quant à eux, été ratifiés que par une partie de ces derniers.

389. Or, les explications relatives à la Charte contiennent, à réitérées reprises, des mentions de dispositions contenues dans des protocoles n'ayant pas été ratifiés par tous les États membres. À titre illustratif, les explications relatives à l'article 19 de la Charte, concernant le droit fondamental à une protection en cas d'éloignement, d'expulsion ou d'extradition, prévoit que « cet article a le même sens et la même portée que l'article 4 du protocole additionnel n° 4 à la CEDH en ce qui concerne les expulsions collectives ».

390. Certes, à l'instar de Martin Borowsky, il nous paraît concevable que la Convention ayant rédigé la Charte ait souhaité que les institutions de l'Union européenne soient tenues de donner, dans le cadre de leurs activités respectives, le même sens et la même portée aux droits fondamentaux de la Charte correspondant à des droits fondamentaux énoncés dans des protocoles à la CEDH, et indépendamment d'en être partie contractante⁽⁷⁾. Cependant, il n'en va pas aisément de même pour les États membres mettant en œuvre le droit de l'Union européenne, qui seraient alors tenus par des dispositions de traités internationaux qu'ils n'ont pas ratifiés.

391. La jurisprudence de la CJUE nous semble cependant déjà donner des éléments de réponse susceptibles de lever cette interrogation. En effet, dans son arrêt *Byankov*⁽⁸⁾, cette cour a pris en considération la jurisprudence de la CourEDH relative au 4^e protocole à la CEDH, sans toutefois justifier de sa démarche.

392. Il convient cependant de préciser que cette approche a été fortement critiquée, notamment par l'Avocat général M. Pedro Cruz Villalón dans ses conclusions relatives à l'affaire *Fransson*⁽⁹⁾. Dans ses conclusions relatives à cette affaire, il a ainsi relevé que « le droit prévu à l'article 4 du protocole n° 7 de la CEDH n'a pas été unanimement accepté par les États signataires de la convention, dont différents États membres de l'Union »⁽¹⁰⁾. En l'espèce, quatre États membres de l'Union européenne

7. M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.*, p. 797 : « Die umfassende und unbeschränkte Bindung der Union tritt in jedem Fall ein, unabhängig von Ratifikationsstand und einzelstaatlichen Vorbehalten. [...] Was aber ist mit der Bindung der Mitgliedstaaten „bei der Durchführung des Rechts der Union“? Sollen die Mitgliedstaaten in genau dem Masse gebunden sein, wie sie als Vertragsparteien durch die EMRK und deren Zusatzprotokolle verpflichtet sind? ».

8. CJUE, 4 octobre 2012, *Hristo Byankov*. Voir ég. CJUE, 17 novembre 2011, *Petar Aladzhov*, pt 37.

9. Av. gén. CRUZ VILLALÓN, 12 juin 2012, *Åkerberg Fransson*.

10. *Ibid.*, pt 72.

n'avaient pas ratifié ledit protocole et cinq États membres l'avaient ratifié tout en formulant des réserves limitant la portée de cet article – qui consacre le principe *ne bis in idem* – pour exclure les sanctions administratives.

393. Fort de ce constat, il a estimé que « l'obligation d'interpréter la charte à la lumière de la CEDH doit être nuancée lorsque le droit fondamental en question, ou un aspect de celui-ci (comme c'est le cas de l'applicabilité de l'article 4 du protocole n° 7 de la CEDH à la double sanction administrative et pénale), n'a pas été pleinement repris par les États membres »⁽¹¹⁾. D'aucuns estiment toutefois que la volonté de la Convention ayant rédigé la Charte ressort suffisamment clairement des explications relatives à la Charte et impliquent de prendre en compte également les protocoles n'ayant pas été ratifiés par tous les États membres⁽¹²⁾.

394. À notre sens, le fait que tous les États membres n'aient pas ratifié les protocoles à la CEDH mentionnés dans les explications relatives à cette dernière ne préjuge pas de la prise en compte de ces derniers aux fins de déterminer l'existence d'une correspondance. En effet, d'une part, cet exercice vise uniquement à déterminer les situations dans lesquelles il conviendra de donner le même sens et la même portée aux conditions de justification des restrictions, soit dans lesquelles le principe de cohérence vise à s'appliquer. De plus, d'autres traités internationaux non ratifiés par l'Union européenne et la totalité des États membres sont également mentionnés dans les explications. Par conséquent, le fait que le Présidium de la Convention ayant rédigé la Charte ait souhaité intégrer la jurisprudence rendue par la CourEDH dans l'interprétation de certains protocoles ne revient pas à ce que l'Union européenne soit juridiquement liée par des dispositions desdits protocoles. En d'autres termes, à nouveau, il convient d'éviter de se placer dans une perspective extérieure au droit de l'UE, tel qu'en droit international, car du point de vue de l'UE, les protocoles doivent être pris en compte.

SECTION 2. – LES DIFFICULTÉS SOULEVÉES PAR LA CJUE

395. La façon dont la CJUE interprète l'article 52, § 3, de la Charte et se prononce sur l'existence, dans des cas concrets, d'une *correspondance* entre des droits fondamentaux consacrés dans la Charte et dans la CEDH et leurs

11. *Ibid.*, pt 85.

12. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1494 : « *While prima facie it might be reasonable to argue that Article 52(3) should not be fully applied where some Member States have not ratified an ECHR Protocol or have reservations regarding it, the drafters of the Explanations to the Charter obviously did not take that approach* ».

régimes respectifs de justification des restrictions soulèvent d'importantes interrogations et appelle, à notre sens, à davantage de systématique et de transparence. En effet, cette disposition a été interprétée à plusieurs reprises par cette cour depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et a donné lieu à une jurisprudence manquant de clarté et révélant de nombreuses insuffisances. À notre sens, trois approches distinctes peuvent être distinguées dans l'interprétation par la CJUE de la *correspondance* entre deux droits fondamentaux dans le cadre de l'article 52, § 3, de la Charte.

A. – L'APPROCHE SE FONDANT SUR LE LIBELLÉ DES DISPOSITIONS

396. Premièrement, cette cour peut examiner l'existence d'une correspondance entre deux droits fondamentaux figurant respectivement dans la Charte et dans la CEDH en comparant simplement les libellés des dispositions en cause⁽¹³⁾. Cette approche se retrouve ainsi dans le premier arrêt de cette cour interprétant l'article 52, § 3, de la Charte, à savoir l'arrêt *JMcB*. En effet, dans cet arrêt, la CJUE a rappelé le contenu de cette disposition et, dans le cas d'espèce, a relevé qu'« [a]ux termes de l'article 7 de la même charte, « [t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ». Le libellé de l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH est identique à celui dudit article 7, sauf dans la mesure où il utilise les termes « sa correspondance » au lieu et place de « ses communications ». Cela étant, il y a lieu de constater que cet article 7 contient des droits correspondant à ceux garantis par l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH »⁽¹⁴⁾.

397. Selon cette interprétation – confortée par certains avocats généraux⁽¹⁵⁾ – le même sens et la même portée doivent ainsi être donnés

13. Voir ég. CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, pt 70, où la CJUE cite l'arrêt CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*. Pour aller plus loin, voir S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, pp. 1493 et s.

14. CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, pt 53.

15. Voir not. Av. gén. Bot, 5 avril 2011, *Ivana Scattolon*, pts 124-127 : « 124. En outre, l'article 52, paragraphe 3, de la charte précise que, dans la mesure où elle contient des droits correspondant à ceux garantis par la CEDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère cette convention (69). Selon l'explication de ladite disposition, le sens et la portée des droits garantis sont déterminés non seulement par le texte de la CEDH, mais aussi, notamment, par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 125. En vue de fournir à la juridiction de renvoi les éléments nécessaires pour qu'elle puisse apprécier la conformité de l'article 1^{er}, paragraphe 218, de la loi n° 266/2005 avec l'article 47 de la charte, nous suivrons donc la grille d'analyse élaborée par la Cour européenne des droits de l'homme dans des cas similaires de violation alléguée de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH en raison de l'impact d'une loi rétroactive sur des procédures judiciaires en cours. 126. Nous

aux conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte et de la CEDH lorsque lesdits droits en cause revêtent un libellé identique. Dans cette optique, il serait ainsi pertinent que la CJUE se réfère auxdites conditions où, à tout le moins, à leur libellé, lorsqu'elle examine si une mesure restrictive est justifiée.

398. Or, dans l'arrêt *JMcB*, bien que cette cour ait affirmé la correspondance entre les droits fondamentaux en cause, elle a uniquement examiné le régime des justifications aux restrictions subies par ledit droit à la lumière de l'article 52, § 1, de la Charte. Ainsi, dans cet arrêt, la CJUE a estimé que « la reconnaissance, en faveur du père naturel, d'un droit de garde de son enfant, en vertu de l'article 2, point 11, du règlement n° 2201/2003, nonobstant l'absence de l'octroi d'un tel droit en vertu du droit national, se heurterait aux exigences de sécurité juridique ainsi qu'à la nécessaire protection des droits et libertés d'autrui, au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la charte, en l'occurrence ceux de la mère »⁽¹⁶⁾, sans mentionner ni se prononcer expressément sur la correspondance des conditions de l'article 52, § 1, de la Charte avec celles de l'article 8, § 2, de la CEDH.

B. – L'APPROCHE SE FONDANT SUR LES LISTES DE CORRESPONDANCE

399. Deuxièmement, la CJUE mentionne parfois directement les explications relatives à la Charte – sans toujours se référer à l'article 52, § 3, de la Charte – lorsque ces dernières énoncent spécifiquement que l'un des droits fondamentaux de la Charte correspond à un droit fondamental de la CEDH. À l'instar de certains avocats généraux⁽¹⁷⁾, elle a procédé ainsi dans son arrêt *DEB*⁽¹⁸⁾ où elle a indiqué que « selon les explications afférentes à cet article, lesquelles, conformément à l'article 6, paragraphe 1, troisième alinéa, TUE et à l'article 52, paragraphe 7, de la charte, doivent être prises en considération pour l'interprétation de celle-ci, l'article 47, deuxième alinéa, de la charte correspond à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH »⁽¹⁹⁾.

examinerons ainsi, dans un premier temps, s'il existe une ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice. Si tel est le cas, il nous faudra, dans un second temps, vérifier s'il existe un impérieux motif d'intérêt général justifiant cette ingérence ».

16. CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, pt 59.

17. Voir not. Av. gén. CRUZ VILLALÓN, 14 avril 2011, *Scarlet Extended*, pt 31 ; et Av. gén. BOT, 12 juin 2012, *Sky Österreich*, pt 28.

18. CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, pt 32. Plus récemment, voir p. ex. les arrêts CJUE, 6 novembre 2012, *Otis*, pt 47, et CJUE, 29 janvier 2013, *Ciprian Vasile Radu*, pt 32.

19. CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, pt 32. Voir ég. CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui*, pt 29 ; CJUE, 14 mars 2017, *Achtiba*, pt 27.

400. À nouveau, toutefois, la CJUE ne s'est pas prononcée sur le sens et la portée des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux concernés. Il est néanmoins pertinent de souligner, à cet égard, que l'Avocat général Pedro Cruz Villalón a adopté une approche similaire dans l'affaire *Scarlet Extended SA* et a poursuivi son raisonnement sur la correspondance entre les régimes de justification des restrictions aux droits fondamentaux. En ce sens, il a rappelé que l'article 52, § 1, de la Charte soumettait les restrictions de l'exercice des droits fondamentaux de la Charte à une série de conditions qui correspondaient, dans une large mesure, aux conditions énoncées aux seconds paragraphes des articles 8 et 10 de la CEDH, dont l'interprétation donnée par la CourEDH devrait être prise en compte⁽²⁰⁾.

C. – L'APPROCHE SE FONDANT SUR LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EDH

401. Troisièmement, la CJUE se réfère parfois directement à la jurisprudence de la CourEDH pour déterminer si, en substance, un droit consacré par la Charte est bien correspondant à un droit garanti par le droit de la Convention, et ce quand bien même le droit concerné ne figure pas sur les listes de correspondance des explications relatives à la Charte⁽²¹⁾. À titre illustratif, cette cour a procédé de la sorte dans son arrêt *Volker und Markus Schecke GbR*, où elle a conclu à l'existence d'une correspondance entre le droit fondamental garanti à l'article 8 de la Charte – qui, rappelons-le, ne figure sur aucune des listes de correspondance des explications relatives la Charte – et le droit fondamental consacré à l'article 8 de la CEDH⁽²²⁾.

402. Dans cet arrêt, au demeurant, la CJUE s'est également prononcée sur la correspondance des régimes de justification des restrictions auxdits droits fondamentaux, en estimant que les restrictions « susceptibles d'être

20. Av. gén. CRUZ VILLALÓN, 14 avril 2011, *Scarlet Extended*, pt 33 : « Cette dernière disposition [ndla : l'article 52 (1) de la Charte] soumet « [t]oute limitation de l'exercice des droits et libertés » à une série de conditions. Le terme « limitation » lui-même correspondrait à son tour aux termes « ingérence », utilisé à l'article 8 de la CEDH, et « restriction », employé à l'article 10 de la CEDH, dispositions qui énumèrent diverses conditions qui correspondraient également, dans une large mesure, aux conditions posées à l'article 52, paragraphe 1, de la charte et dont l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l'homme devra être prise en compte par la Cour (21). Dans la mesure, pourtant, où ces conditions comporteraient des différences, il nous paraît clair qu'il faudra donner aux dispositions de la charte une interprétation autonome (22) ».

21. Voir not. C. VIAL, R. TINIÈRE, « Propos introductifs. L'autonomie du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne en question », in C. VIAL, R. TINIÈRE (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 9-40.

22. CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*.

légitimement apportées au droit à la protection des données à caractère personnel, correspondent à celles tolérées dans le cadre de l'article 8 de la CEDH »⁽²³⁾. Fort de ce constat, il serait raisonnable de s'attendre à ce que la CJUE examine les diverses conditions de justification figurant à l'article 52, § 1, de la Charte aux côtés de celles figurant dans la CEDH afin de veiller, pour chacune d'elles, à ce qu'elles aient le même sens et la même portée. Néanmoins, cette cour ne s'est pas prêtée à un tel exercice et, à l'exception de références diffuses à la jurisprudence de la CourEDH⁽²⁴⁾, a uniquement interprété et appliqué le régime des justifications prévu par l'article 52, § 1, de la Charte⁽²⁵⁾.

403. En ce sens, la CJUE a examiné si la restriction aux articles 7 et 8 de la Charte était prévue par la loi⁽²⁶⁾, si elle répondait à un objectif général de l'Union européenne⁽²⁷⁾ et si elle respectait le principe de proportionnalité. Certes, en ce qui concerne l'examen du respect de cette dernière condition, la CJUE a explicitement renvoyé à la jurisprudence de la CourEDH⁽²⁸⁾. Toutefois, cette cour a finalement spécifié le contenu de cette condition par référence au droit de l'Union européenne et à sa propre jurisprudence, en indiquant que « [s]elon une jurisprudence constante, le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union, exige que les moyens mis en œuvre par un acte de l'Union soient aptes à réaliser l'objectif visé et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre »⁽²⁹⁾.

404. À cette diversité d'approches relative tant à l'établissement d'une correspondance entre deux droits fondamentaux qu'entre leurs régimes respectifs de justification des restrictions, il convient d'ajouter le fait que la CJUE se réfère parfois à une notion spécifique aux conditions de justification des restrictions de la CEDH, qui ne trouve cependant par son pendant dans le libellé de l'article 52 de la Charte ou dans les explications y relatives. À titre illustratif, mentionnons la notion de *société démocratique*, qui joue un rôle déterminant dans l'appréciation de la proportionnalité dans la CEDH⁽³⁰⁾.

23. *Ibid.*, pt 52.

24. À ce propos, C. VIAL et R. TINIÈRE estiment, à raison selon nous, que l'appui sur le droit de la Convention n'est pas très évident à suivre (C. VIAL, R. TINIÈRE, « Propos introductifs. L'autonomie du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne en question », *op. cit.*, pp. 37 et s.).

25. *Ibid.*, pts 65 et s.

26. *Ibid.*, pt 66.

27. *Ibid.*, pt 67.

28. *Ibid.*, pt 72.

29. *Ibid.*, pts 74 et s. Voir ég. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, pts 38 et s.

30. *Ibid.*, pt 79. Voir ég. *infra* Partie 3, titre 4, chap. 2, section 1, let. A.

CHAPITRE 2

LA MISE EN ŒUVRE

DE LA CORRESPONDANCE

405. Afin de pallier au caractère équivoque de la jurisprudence de la CJUE relevée ci-dessus et d'améliorer sa transparence, nous proposons dans les lignes qui suivent un mode de détermination de la *correspondance* entre deux droits fondamentaux, respectivement entre leurs régimes respectifs de justification des restrictions (Section 1) et nous spécifions les conséquences découlant d'une telle correspondance, en termes de portée et de sens desdits régimes (Section 2).

SECTION 1. – LA CORRESPONDANCE *CONCRÈTE* DES DROITS ET RESTRICTIONS

406. Les listes de correspondance figurant dans les explications relatives à la Charte constituent, à notre sens, un outil insuffisant dans la détermination, dans un cas concret, d'une correspondance entre des droits fondamentaux garantis dans la Charte et la CEDH, d'une part, et les conditions de justification des restrictions auxdits droits prévues dans ces instruments, d'autre part. En effet, nous argumentons que de telles listes invitent les autorités compétentes à s'en remettre à une acception desdits droits fondamentaux et desdites conditions de nature abstraite (*infra* A), alors que nous avons démontré ci-dessus que ces acceptions ne peuvent être spécifiées que dans des situations concrètes (*infra* B).

407. En effet, comme cela ressort de la seconde approche de la CJUE dans la détermination de la correspondance présentée ci-dessus, cette cour tend parfois à s'en remettre aux listes de correspondance figurant dans les explications relatives à la Charte pour déterminer la correspondance entre

BRUYLANT

deux droits fondamentaux. En ce sens, sa conclusion relative à l'existence ou non d'une correspondance se base, à notre sens, sur le fait que selon cette cour l'acception d'un droit fondamental de la Charte peut être fixée ou déterminée de façon abstraite par lesdites listes de correspondance.

408. Or, comme démontré ci-dessus, si les *intérêts* protégés par les droits fondamentaux peuvent effectivement être énoncés de façon abstraite dans la Charte ou la CEDH – voire être jugés correspondant et figurer dans une liste – ils ne doivent pas être assimilés aux droits fondamentaux qui les protègent, car ils n'en sont qu'un élément constitutif. Ceci vaut à plus forte raison dans le contexte des restrictions desdits droits, dans la mesure où l'acception des conditions de justification desdites restrictions découle de leur interprétation par la CJUE et la CourEDH dans des cas concrets, et ne peut être spécifié *in abstracto*.

409. En ce sens, nous estimons que les listes de correspondance peuvent constituer un guide utile – bien que non indispensable – pour identifier les intérêts protégés par un droit fondamental, mais que le contenu dudit droit, *i.e.* les obligations qui découlent du besoin de protection des intérêts en cause, ne peut qu'être spécifié dans des cas concrets. Par conséquent, afin de déterminer, dans un cas d'espèce, l'existence d'une correspondance entre un droit fondamental de la Charte et un droit fondamental de la CEDH, nous argumentons que la CJUE doit non seulement examiner si les intérêts protégés par lesdits droit s'inscrivent dans un rapport de similarité – *i.e.* sont les *mêmes* au sens des explications relatives à la Charte – mais également si les obligations de protection en découlant se trouvent dans un tel rapport.

410. Ce n'est que dans de tels cas que l'acception des conditions de justification des restrictions énumérées dans la Charte doit être la *même* que celle énoncée dans la CEDH. À cet égard, précisons également que, à l'instar de Laurence Potvin-Solis, le terme de *même* doit s'entendre comme « une exigence d'équivalence et non d'identité qui est imposée » par l'article 52, § 3, de la Charte, d'une part, et qu'elle s'inscrit dans un rapport de compatibilité et non de stricte conformité, d'autre part⁽¹⁾. Autrement dit, en cas de correspondance entre des droits fondamentaux garantis par ces deux instruments, il ne faut pas chercher une *identité* entre lesdites conditions dans la Charte et la CEDH, *i.e.* chercher à donner abstraitement la même acception à ces dernières, mais uniquement à veiller à leur *équivalence*, *i.e.* à ce qu'elles incorporent concrètement des valeurs ou

1. L. POTVIN-SOLIS, « Les politiques de l'Union européenne et les rapports de systèmes entre les deux jurisprudences européennes dans la garantie des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 145.

caractéristiques égales. C'est précisément cette entreprise qui est formulée en termes de *cohérence* dans les explications relatives à la Charte.

411. Cette appréciation est notamment confirmée, à notre sens, par l'existence de la liste de correspondance énonçant les droits fondamentaux de la Charte dont la portée est plus étendue que celle des droits fondamentaux garantis dans la CEDH, reconnaissant ainsi qu'une correspondance entre deux droits et, *a fortiori*, entre les conditions de justification des restrictions y relatives, peut n'être que partielle. Par ailleurs, l'article 52, § 3, *in fine* de la Charte prévoit que cette disposition « ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue », de sorte qu'imposer une identité au moyen d'un « alignement matériel automatique de la jurisprudence de Luxembourg sur celle de Strasbourg »⁽²⁾ reviendrait à nier l'autonomie de la CJUE dans la détermination du niveau de protection des droits fondamentaux propre à l'Union européenne.

SECTION 2. – LE LIEN ENTRE L'ART. 52, § 1 ET § 3, DE LA CHARTE

412. Les difficultés découlant de la pratique actuelle de la CJUE ont mis en exergue qu'indépendamment de l'approche suivie, lorsque cette cour a conclu à l'existence d'une correspondance entre des droits fondamentaux de la Charte et de la CEDH, elle n'examine le caractère justifié des restrictions en cause qu'à la lumière du régime des justifications aux restrictions des droits fondamentaux découlant de l'article 52, § 1, de la Charte. Autrement dit, la CJUE ne s'enquiert pas de savoir si l'acception des conditions de justification découlant dudit régime est le *même* que celui découlant de la CEDH et, par conséquent, n'œuvre nullement au respect actif du principe de cohérence visé à l'article 52, § 3, de la Charte et énoncé dans les explications y relatives.

413. Une telle pratique soulève la question de savoir lequel, de l'article 52, § 1 ou de l'article 52, § 3, de la Charte doit primer lorsqu'une correspondance entre des droits fondamentaux de la Charte et de la CEDH a été établie. Dans ces situations, en effet, est-il indiqué de veiller à assurer une cohérence entre les régimes de justification des restrictions figurant, respectivement, dans la Charte et la CEDH – comme les explications relatives à la Charte semblent nous y inviter – ou convient-il davantage de s'en tenir au test des restrictions prévu par la Charte, à l'instar de la jurisprudence de la CJUE ? La réponse donnée à cette question emporte des conséquences importantes dans la mesure où, comme la suite de l'étude le

2. *Ibid.*, p. 148.

démontre, les régimes de justification des restrictions prévus par la CEDH et la Charte diffèrent à plusieurs égards.

414. Sur ce point, nous nous rallions à l'opinion formulée notamment par Steve Peers⁽³⁾ et une importante partie de la littérature juridique⁽⁴⁾ selon laquelle les explications relatives à la Charte sont explicites et invitent à interpréter les conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux de façon similaire dans ces deux instruments. Dès lors, dans de telles situations, les autorités compétentes doivent donner aux conditions énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte la *même* acception que celle découlant de la CEDH, telle qu'interprétée par la CourEDH.

3. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1518 : « As for the relationship between Article 52 (1) and (3), there is a strong argument that the latter paragraph takes priority in the event of an overlap, because, as the Explanations to the Charter confirm, the “meaning and scope” of ECHR rights encompasses the rules regarding the limitation of those rights ».

4. Voir not. R. ALONSO GARCIA, « The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union », *European Law Journal*, vol. 8, 2002, n° 4, pp. 492-514, p. 496 ; P. LEMMENS, « The Relations between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights - Substantive Aspects », *op. cit.*, pp. 54-55.

CONCLUSION DU TITRE 2

415. Les lignes qui précèdent nous ont permis de présenter et de nous prononcer sur les principales difficultés liées à la détermination d'une *correspondance* entre des droits fondamentaux de la Charte et des droits fondamentaux de la CEDH, formulées tant par la littérature juridique que par la CJUE.

416. Ainsi, nous nous distancions de l'approche prônée par certains auteurs visant à s'en remettre aux listes de correspondance figurant dans les explications relatives à la Charte afin de déterminer les situations dans lesquelles le principe de cohérence trouve à s'appliquer. À cet égard, nous avons démontré qu'une telle approche tend à assimiler, à tort selon nous, la présence de droits fondamentaux de la CEDH et de la Charte sur ces listes à l'existence d'une *identité* entre ces derniers, qui serait dès lors susceptible d'être déterminée de façon abstraite alors que nous avons indiqué ci-dessus que lesdits droits fondamentaux ne peuvent être déterminés que dans des situations concrètes.

417. Par ailleurs, nous avons également souligné que le fait qu'à notre sens, tant les droits fondamentaux figurant dans la CEDH que ceux énoncés dans ses protocoles devraient être pris en considération dans la détermination d'une telle correspondance, alors que ces derniers n'ont pas été ratifiés par l'ensemble des États membres de l'Union européenne, ne préjuge pas de la possibilité, pour la CJUE, de prendre en compte ces derniers.

418. De plus, nous avons relevé qu'il importe d'être conscient de la *diversité des approches* de la CJUE tant lors de la détermination d'une correspondance entre des droits fondamentaux de la CEDH et de la Charte – cette cour s'en remettant parfois au libellé des dispositions, parfois aux listes de correspondance ou encore directement à la jurisprudence de la

CourEDH – que lors de la détermination du régime des justifications des restrictions applicable en présence d'une telle correspondance.

419. Afin de surmonter ces difficultés, nous avons argumenté que les listes de correspondance doivent être perçues comme un *guide utile* pour identifier les *intérêts* protégés par un droit fondamental faisant l'objet d'une restriction. Cependant, la correspondance visée par l'article 52, § 3, de la Charte doit s'entendre comme portant également sur le contenu des droits fondamentaux en cause – *i.e.* les obligations découlant du besoin de protection des intérêts incorporés dans le droit fondamental – et ne peut être établie que dans des cas concrets. Dans un tel cas de figure, nous estimons qu'une *équivalence* est requise entre l'acceptation des conditions de justification des restrictions de la CEDH et de la Charte – à savoir qu'elles doivent incorporer des caractéristiques égales – et non une identité.

« [...] il y a lieu de tenir compte des droits fondamentaux garantis par la CEDH dans l'interprétation et l'application du droit primaire de l'Union et [...] il faut toujours s'employer à trouver un équilibre qui épargne à la fois ces droits fondamentaux et les dispositions concernées du droit primaire »

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE⁽¹⁾

420. La présente partie porte sur le régime des justifications aux restrictions des droits fondamentaux dans l'Union européenne, *i.e.* l'examen des conditions auxquelles des restrictions aux droits fondamentaux peuvent être justifiées ainsi que de l'interprétation desdites conditions par la CJUE. Elle a pour objectif d'analyser chacune des conditions de justification énumérées à l'article 52, § 1, de la Charte lorsque le droit fondamental de la Charte faisant l'objet d'une restriction *correspond* à un droit fondamental de la CEDH, à la lumière des exigences du principe de cohérence visé par l'article 52, § 3, de la Charte et énoncé dans les explications y relatives.

421. À cette fin, la jurisprudence de la CourEDH relative à chacune des conditions de justification des restrictions à un droit fondamental de la CEDH qui a été jugé correspondant à un droit fondamental de la Charte est brièvement présentée. Nous procédons ensuite de même eu égard à la jurisprudence de la CJUE rendue en application de l'article 52, § 1, de la Charte afin d'évaluer si l'interprétation par cette cour des conditions de justification des restrictions respecte le principe de cohérence spécifié ci-dessus⁽²⁾. Le cas échéant, nous tentons d'identifier les divergences interprétatives entre la CJUE et la CourEDH contrevenant aux exigences dudit principe et veillons à formuler des propositions interprétatives susceptibles de respecter la cohérence requise entre la Charte et la CEDH.

422. Deux séries de remarques liminaires s'imposent toutefois avant de procéder à l'analyse proprement dite du régime des justifications aux restrictions des droits fondamentaux. Elles ont respectivement trait, tout d'abord, aux *propositions interprétatives* qui seront formulées et, ensuite, à la *méthode* utilisée pour parvenir à ces dernières.

423. En ce qui concerne les *propositions interprétatives* relatives à chacune des conditions de justification, rappelons brièvement qu'elles ne visent à s'appliquer que lorsque la CJUE a reconnu être en présence d'un droit fondamental de la Charte *correspondant* à un droit fondamental garanti par

1. CJUE, 18 décembre 2014, *Avis n° 2/13*, § 204.

2. Voir *supra* Partie 2, titre 1.

la CEDH, au sens de l'article 52, § 3, de la Charte. Nous ne prétendons ainsi pas à leur application en l'absence d'une telle correspondance, notamment lorsque le droit fondamental de la Charte en cause ne figure ni dans la CEDH⁽³⁾ ni dans ses protocoles, ou lorsqu'il protège des intérêts qui ne sont pas protégés par la CEDH⁽⁴⁾. De plus, nos propositions interprétatives se veulent directement applicables par les juridictions compétentes, tant de l'Union européenne que des États membres, afin que lesdites juridictions puissent assurer une mise en œuvre effective du principe de cohérence dans l'interprétation des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux.

424. Eu égard à la *méthode* d'analyse employée, trois observations doivent être formulées. Premièrement, les lignes qui suivent n'ont pas pour objectif de procéder à une présentation exhaustive de la jurisprudence de la CourEDH relative à l'interprétation des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux de la CEDH, loin s'en faut⁽⁵⁾. Ainsi, nous souhaitons uniquement mettre en exergue les éléments caractéristiques de l'acception desdites conditions, tels qu'ils découlent de l'interprétation de la CourEDH, afin de pouvoir ensuite évaluer de façon éclairée la mise en œuvre du principe de cohérence par la CJUE dans le contexte de l'interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte.

425. Deuxièmement, rappelons que la Charte – ainsi que le principe de cohérence visé à son article 52, § 3, – ne revêt une valeur contraignante que depuis de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, de sorte que la CJUE n'est juridiquement tenue de respecter ledit principe que depuis le 1^{er} décembre 2009. Ceci implique, à notre sens, que la jurisprudence de la CourEDH à la lumière de laquelle nous examinons le respect du principe de cohérence par la CJUE ne doit formellement être prise en compte qu'à compter de cette date, bien que des renvois à des arrêts antérieurs soient

3. Voir p. ex. la majorité des droits sociaux figurant au titre IV de la Charte.

4. Pour aller plus loin sur les différents standards de protection des droits fondamentaux incorporés au sein d'instruments de protection de l'Union européenne, des États membres et de la CEDH et de leur application – parfois – concomitante, voir not. S. PLATON, « Les droits fondamentaux et l'exécution des politiques de l'Union européenne par les États membres » ; in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Politiques de l'Union européenne et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 99-122.

5. À cette fin, voir not. les commentaires suivants : L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999 ; J. VELU, R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.* ; D. HARRIS et al. (édit.), *Harris, O'Boyle, Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014 ; Ch. GRABENWARTER, K. PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6^e éd., Munich, Bâle, Vienne, C.H. Beck, Helbing Lichtenhahn, Manz, 2016.

inévitables dans la mesure où la CourEDH exerce un contrôle sur les restrictions des droits fondamentaux depuis plus de cinquante ans⁽⁶⁾.

426. Troisièmement, d'une façon générale, nous relevons qu'une partie de la littérature juridique s'intéressant aux conditions de justification des restrictions énumérées à l'article 52, § 1, de la Charte et à la cohérence visée par l'article 52, § 3, de ladite Charte estime que l'interprétation par la CourEDH du pendant desdites conditions se trouvant dans la CEDH doit être *transposée, i.e. s'appliquer entièrement et strictement*, au contexte de la Charte⁽⁷⁾. Or, nous avons argumenté⁽⁸⁾ que le principe de cohérence n'incorpore aucune exigence de transposition stricte de l'acception des conditions de justification des restrictions telles qu'interprétées par la CourEDH, ni même du raisonnement de cette cour dans ce cadre.

427. Nous avons en effet établi que seules sont requises une absence de contradiction entre les jurisprudences des deux cours – *i.e.* une cohérence statique – et la recherche de connections positives entre celles-ci – *i.e.* une cohérence dynamique – visant tant les décisions rendues antérieurement à un cas d'espèce – cohérence diachronique – que celles découlant de l'état actuel du droit de l'Union européenne – cohérence synchronique. Par conséquent, les propositions d'interprétation cohérente formulées ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une simple transposition de la jurisprudence de la CourEDH mais veillent à respecter les spécificités, la nature et le rôle de l'Union européenne.

428. Fort de ces remarques liminaires, nous présentons brièvement, dans un premier temps, les principales caractéristiques du régime des

6. Le premier arrêt de la CourEDH a été rendu en 1960 (CourEDH, 14 novembre 1960, *Lawless* (n° 1)).

7. Voir not. B. SCHNEIDERS, *Die Grundrechte der EU und die EMRK. Das Verhältnis zwischen ungeschriebenen Grundrechten, Grundrechtecharta und Europäischer Menschenrechtskonvention*, *op. cit.*, pp. 196 et s., qui procède, pour chaque condition de justification, à une description de l'interprétation donnée par la CourEDH puis à leur *application*, tel quel, dans le contexte de l'UE (*Anwendung auf das Unionsrecht*) ; D. TRIANTAFYLLOU, « The European Charter of Fundamental Rights and the « Rule of Law » : Restricting Fundamental Rights by Reference », *op. cit.*, pp. 59-60 : « Since, according to Article 52 (3) of the Charter, the rights corresponding to those guaranteed by the ECHR have the same meaning and scope of the rights laid down by the said Convention, one could be tempted to transpose the law concept of the Convention » ; M. BLECKMANN, *Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 279 : « Artikel 52 Abs. 3 S. 1 GRCh ist als Kongruenzsicherungs- oder Transferklausel zu verstehen, über die der konventionsrechtliche Schutzstandard in die entsprechenden Gewährleistungen der Grundrechte-Charta inkorporiert wird ». *Contra*, voir not. L. POTVIN-SOLIS, « Les politiques de l'Union européenne et les rapports de systèmes entre les deux jurisprudences européennes dans la garantie des droits fondamentaux », *op. cit.*

8. Voir *supra* not. §§ 21 et s.

justifications des restrictions aux droits fondamentaux dans l'Union européenne (Titre 1). Nous analysons ensuite ledit régime proprement dit en débutant par la condition de justification que constitue l'existence d'une *base légale* suffisante pour constituer le fondement juridique des restrictions aux droits fondamentaux (Titre 2). Nous poursuivons par l'examen de la condition de justification portant sur la *finalité* de la mesure restrictive, *i.e.* la poursuite d'un objectif d'intérêt général ou du besoin de protection des droits et liberté d'autrui (Titre 3). Nous continuons en nous attardant sur la condition de justification relative à la *proportionnalité* entre la restriction imposée à l'exercice du droit fondamental en cause et la finalité de la mesure restrictive (Titre 4), avant de clore notre analyse avec la condition de justification relative au respect du *contenu essentiel* du droit fondamental en cause (Titre 5).

TITRE 1

LES CARACTÉRISTIQUES DU RÉGIME DES JUSTIFICATIONS DES RESTRICTIONS AUX DROITS FONDAMENTAUX DANS L'UE

429. Avant d'entamer l'analyse proprement dite du régime des conditions de justification des restrictions découlant de l'interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte à la lumière des exigences découlant du principe de cohérence avec la CEDH, il nous semble nécessaire de brièvement mettre en exergue trois caractéristiques inhérentes à ce régime. Nous argumentons en effet que, dans la mesure où une telle analyse se base sur des ressources émanant de deux ordres juridiques distincts, nous nous devons de spécifier certaines des caractéristiques desdits ordres susceptibles d'avoir une influence sur la façon dont, respectivement, la CJUE et la CourEDH interprètent les conditions de justification des restrictions contenues dans la Charte et la CEDH.

430. Nous allons examiner l'importance de l'ordre dans lequel les conditions de justification sont examinées par ces cours, *i.e.* l'agencement de l'examen desdites conditions entre elles (Chapitre 1). Il nous semble également indispensable de préciser la relation particulière existant entre l'Union européenne et la CJUE, d'une part, et ses États membres, d'autre part, du point de vue de la *subsidiarité*, car elle diffère de celle des États parties à la CEDH avec le Conseil de l'Europe et la CourEDH (Chapitre 2). Enfin, certaines spécificités du mode de saisine de la CJUE seront également mises en exergue dans la mesure où il diverge de celui de la CourEDH d'une façon pouvant expliquer, selon nous, une partie des divergences jurisprudentielles entre ces deux cours (Chapitre 3).

BRUYLANT

CHAPITRE 1

L'ORDRE D'ANALYSE DES CONDITIONS DE JUSTIFICATION

431. Eu égard à l'ordre dans lequel les conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux sont généralement analysées par la CJUE et la CourEDH, nous relevons que ces cours ne procèdent pas nécessairement à leur analyse dans un ordre précis et rigoureux (Section 1). Or, nous argumentons qu'une telle absence de rigueur est susceptible de nuire aux objectifs visés par le principe de cohérence (Section 2).

SECTION 1. – L'ABSENCE DE RIGUEUR DE LA CJUE ET LA COUREDH ...

432. Pour illustrer notre propos, mentionnons que la CourEDH évite parfois de se prononcer sur la condition de justification que constitue l'existence d'une base légale suffisante – bien que ce soit la première condition mentionnée dans les seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH – au profit d'un examen approfondi de l'une des autres conditions de justification⁽¹⁾. Il en va de même pour la CJUE, qui débute parfois son analyse par l'examen du respect du *contenu essentiel* du droit fondamental concerné ou analyse la *proportionnalité* de la mesure restrictive en cause, et ce sans s'être interrogée au préalable sur l'existence d'une base

1. Voir p. ex. CourEDH, 1^{er} décembre 2015, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova*, § 51 : « Indépendamment de la prévisibilité de l'ingérence litigieuse et de l'existence ou non d'une divergence de jurisprudence au niveau interne quant à la possibilité de former un appel contre un arrêt d'une cour d'appel ordonnant la levée du secret professionnel, ayant pu porter atteinte au principe de la sécurité juridique, la Cour juge qu'il ne s'impose pas de trancher ces deux questions compte tenu de la conclusion à laquelle elle parviendra en ce qui concerne la nécessité de l'ingérence » [souligné par nous].

légale – pourtant également mentionnée en première ligne à l'article 52, § 1, de la Charte⁽²⁾.

433. Certes, une telle démarche démontre le caractère *cumulatif* des dites conditions – leurs libellés ne laissant d'ailleurs planer aucun doute – de sorte que le non-respect de l'une d'elles suffit à ce que la restriction du droit fondamental en cause ne puisse pas être justifiée. Cependant, cela met également en exergue le fait qu'elles ne sont *pas* examinées de façon *holistique*. Or, sur ce point, si nous estimons que les arrêts dans lesquels la CJUE et la CourEDH se réservent la faculté de prioriser l'examen de l'une des conditions par rapport aux autres peuvent se concevoir, nous argumentons toutefois que davantage de rigueur méthodologique améliorerait la transparence de leurs jurisprudences et répondrait aux exigences de sécurité juridique et de prévisibilité du droit poursuivies notamment par le principe de cohérence⁽³⁾.

SECTION 2. – ... ET LES CONSÉQUENCES QUI EN DÉCOULENT

434. À l'appui de notre argument, nous estimons, à titre illustratif, que lorsque la CJUE choisit, dans un cas d'espèce, de ne pas examiner le fondement juridique de la mesure restrictive en cause – *i.e.* la condition de justification que constitue l'existence d'une base légale suffisante – elle maintient une incertitude sur le caractère suffisant ou non de la base légale concernée comme étant susceptible de justifier une restriction à un droit fondamental. Néanmoins, bien que les considérations auxquelles serait arrivée cette cour si elle s'était prononcée sur cette condition de justification ne concerneraient que la situation concrète lui étant soumise, de telles considérations auraient tout de même pu éclairer d'autres autorités, notamment nationales, lors d'une interprétation ultérieure de ladite base légale ou de l'adoption de mesures concrètes sur son fondement.

2. Voir p. ex. CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, pts 48-68, où la CJUE examine la condition du *contenu essentiel* du droit fondamental (pt 49) puis de sa *proportionnalité* (pts 50 et s.) mais sans se prononcer sur la condition de la base légale. *Contra*, voir le raisonnement du Tribunal, qui n'a cependant pas été repris par la CJUE, dans l'arrêt du Tribunal, 28 mai 2013, *Mohamed Trabelsi*, pt 83 : « En l'espèce, pour répondre au troisième moyen, tiré de la violation du droit de propriété, il est, en particulier, nécessaire de vérifier que la première des trois conditions mentionnées aux points 79 à 81 ci-dessus [*ndla* : les conditions de justifications énumérées à l'article 52, § 1, de la Charte] est satisfaite, et ce alors même qu'aucune des parties n'a demandé au Tribunal de procéder à cette vérification. En effet, si le Tribunal procédait à l'examen des autres conditions mentionnées auxdits points sans avoir réalisé cette vérification, il risquerait de se fonder sur des considérations juridiques erronées ».

3. Voir *supra* Partie 2, titre 1.

435. De plus, le fait de régulièrement négliger l'examen du respect de l'une des conditions de justification peut être perçu comme une tendance de ces cours à prioriser l'importance de certaines conditions sur d'autres⁽⁴⁾. Or, à notre sens, chacune des conditions énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte ne fait que transcrire des caractéristiques – d'égal importance – intrinsèques à l'Union européenne et aux États membres. À titre illustratif, l'existence d'une base légale suffisante exige que le peuple ait participé à l'adoption de la loi et traduit dès lors des valeurs démocratiques, tandis que la proportionnalité n'est que le reflet du principe d'égalité⁽⁵⁾. Un examen complet et holistique de l'ensemble des conditions de justification nous semble donc aussi souhaitable qu'utile pour rendre le régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux plus transparents, tant à l'égard des juridictions et autorités nationales que des particuliers⁽⁶⁾.

436. Dans la présente étude, nous avons dès lors structuré notre analyse du régime des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux de façon à en rendre la présentation la plus aisée possible, ladite structure ne devant en aucun cas être perçue comme la traduction d'une hiérarchie ou d'une priorisation parmi lesdites conditions⁽⁷⁾.

4. Voir p. ex. D. TRIANTAFYLLOU qui, en considérant la condition de justification qu'est la base légale comme étant de nature éminemment formelle et donc facilement contrôlable, semble reconnaître une importance variable aux différentes conditions de justification (D. TRIANTAFYLLOU, « The European Charter of Fundamental Rights and the « Rule of Law » : Restricting Fundamental Rights by Reference », *op. cit.*, p. 53 : « The necessary basis providing for the respective limitations proves to be the most important limiting framework, circumscribing the content of each fundamental right, because it is an explicitly formal one that can, therefore, easily be controlled »).

5. Pour aller plus loin, voir S. BESSON, « Human Rights in Relation – A Critical Reading of the ECtHR's Approach to Conflicts of Rights », *op. cit.*

6. Bien que nous estimons que le respect de chacune des conditions de justification est d'égal importance, nous pensons cependant qu'il peut y avoir différents degrés de restriction selon la gravité de la mesure restrictive au sein de l'une ou l'autre des conditions, d'une part, ou selon qu'il existe un cumul de non respect desdites conditions, d'autre part. Par conséquent, si toutes les conditions de justification ne devaient pas être respectées, la restriction revêtirait alors un caractère aggravé qui jouerait un rôle important dans le contexte de la responsabilité de l'État, ce qui dépasse toutefois le cadre de la présente étude.

7. Nous relevons à cet égard que de nombreux auteurs s'intéressant aux conditions de justification énoncées à l'article 52 organisent leurs analyses en fonction d'un ordre préalable, dont ils ne prennent cependant pas la peine d'énoncer les raisons sous-jacentes. Voir p. ex. M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.* ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.* ; M. CORNILS, « §5. Schrankendogmatik », in Ch. GRABENWARTER (édit.), *Enzyklopädie Europarecht, Band 2 : Europäischer Grundrechtsschutz*, Baden-Baden, Zurich, Vienne, Nomos, Dike, Facultas, 2014, pp. 193-253, pp. 237-248. S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, « Article 52-1. Limitations aux droits garantis », in F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 1083-1111.

CHAPITRE 2

LA SUBSIDIARITÉ ET L'INTERPRÉTATION DES CONDITIONS DE JUSTIFICATION

437. Dans le contexte des droits fondamentaux – et plus particulièrement dans le cadre de la CEDH – la littérature juridique met souvent en exergue la nature subsidiaire du contrôle effectué par des juridictions internationales telles que la CJUE et la CourEDH, notamment lors de l'interprétation des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux. Cette caractéristique est notamment relevée lors de l'analyse de la condition de justification que constitue le respect du principe de *proportionnalité*, du fait de la reconnaissance d'une certaine marge d'appréciation aux autorités et juridictions nationales⁽¹⁾.

438. La subsidiarité est ainsi souvent perçue, en substance, comme un principe d'organisation utilitariste au terme duquel l'adoption de mesures ainsi que leur contrôle au niveau des États membres doivent être

1. Voir p. ex. A. MADS, E. BJORGE, G. BIANCO (édit.), *A Future for the Margin of Appreciation*, Oxford, Oxford University Press, 2016 ; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law - Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012 ; J. GERARDS, « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine », *European Law Journal*, vol. 17, n° 1, pp. 80-200 ; D. SPIELMANN, « Allowing the Right Margin : The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine : Waiver or Subsidiarity of European Review? », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 14, 2011, pp. 381-418 ; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford, New York, Intersentia, 2001 ; S. GREER, *The Margin of Appreciation : Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights - Human Rights Files n° 17*, Strasbourg, Publications du Conseil de l'Europe, 2000 ; H. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Court of Human Rights Jurisprudence*, Londres, New York, La Haye, Martinus Nijhoff, Kluwer, 1996.

privilégiés car ils maximisent leur efficacité⁽²⁾. Nous pensons cependant que l'acception de la subsidiarité est multiple et complexe, qu'il en existe divers types et qu'elle ne peut certainement pas se résumer au reflet de la marge d'appréciation (Section 1). Par conséquent, nous estimons qu'avant toute analyse du régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux, il est indispensable d'être conscient du rôle de la subsidiarité dans l'interprétation par la CJUE des conditions de justification des restrictions (Section 2).

SECTION 1. – LES DIVERS TYPES DE SUBSIDIARITÉ

439. La littérature juridique admet généralement que l'acception de la notion de *subsidiarité* se réfère au fait que les États sont les premiers responsables pour assurer la protection des droits fondamentaux et que, par conséquent, les autorités internationales ou supranationales œuvrant dans ce domaine ont essentiellement pour fonction de contrôler que les exigences minimales en la matière aient été respectées au niveau national⁽³⁾. De cette acception relativement large, la pratique permet de spécifier trois types de subsidiarité distinctes qui, bien qu'intrinsèquement liée, revêtent pourtant chacune une fonction différente.

440. Tout d'abord, la subsidiarité *procédurale* a trait à la compétence d'une juridiction internationale ou supranationale de contrôler des mesures nationales restreignant des droits fondamentaux. Elle découle directement du fait que les États sont les premiers responsables de la mise en œuvre et du contrôle du respect des droits fondamentaux garantis dans des instruments internationaux ou supranationaux de protection.

441. Ensuite, la subsidiarité *substantielle* concerne le degré du contrôle effectué par une telle juridiction, contrôle qui ne trouve naturellement à s'appliquer qu'en présence du premier type de subsidiarité. C'est notamment de cette subsidiarité substantielle que découle la notion de marge d'appréciation dans l'examen de la *proportionnalité* d'une restriction à un droit fondamental, car ladite marge prévoit que les autorités nationales sont le mieux placées pour juger de la conformité d'une mesure nationale

2. En ce sens, voir not. S. BESSON, « Subsidiarity in International Human Rights Law – What is Subsidiary about Human Rights ? », *American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, 2016, n° 1, pp. 69-107, p. 87 ; V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 35-45 ; R. DEHOUSSE, « La subsidiarité et ses limites », *Annuaire européen*, vol. 40, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, pp. 27-46.

3. *Ibid.*

avec les droits fondamentaux⁽⁴⁾. Par conséquent, le degré de contrôle de la juridiction internationale ou supranationale varie en fonction de la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales⁽⁵⁾.

442. Enfin, la subsidiarité *réparatrice* protège le choix des États lors de l'adoption d'actes visant à remédier aux effets d'une mesure nationale ayant été jugée par une juridiction internationale comme restreignant de façon injustifiée des droits fondamentaux. Cette subsidiarité dérive par conséquent des deux types de subsidiarité précédents, dans la mesure où elle découle des nouvelles obligations de protection des droits fondamentaux incombant à un État ayant fait l'objet d'une condamnation par une juridiction internationale.

443. Tant dans le contexte spécifique de l'Union européenne que dans celui de la CEDH, nous estimons que ces trois types de subsidiarité existent, bien qu'il existe des distinctions entre elles qui sont intrinsèquement liées aux spécificités propres à chacun de ces contextes. À cet égard, être conscient de ces spécificités, qui caractérisent la façon dont, respectivement, la CJUE et la CourEDH interprètent les conditions de justification est, à notre sens, indispensable si l'on veut analyser le régime des restrictions découlant de l'interprétation de la Charte et de la CEDH de façon éclairée et pertinente. Nous souhaitons en particulier attirer l'attention sur deux éléments spécifiques.

444. Premièrement, la subsidiarité substantielle doit être distinguée de la discrétion reconnue aux États membres de l'Union européenne et aux États parties à la CEDH dans la mise en œuvre et l'implémentation au niveau nationale de leurs obligations découlant du devoir de protection des droits fondamentaux. En effet, comme spécifié ci-dessus, lesdites obligations dépendent des circonstances concrètes et des menaces pesant sur les intérêts protégés par les droits fondamentaux, de sorte que leur respect est nécessairement du ressort des États membres et n'appelle aucune intervention de la CJUE ou de la CourEDH. Cette discrétion est notamment matérialisée à l'article 51, § 1, de la Charte, qui rappelle que

4. En ce sens, dans sa fameuse monographie à ce sujet, Y. ARAI-TAKAHASHI estime « possible to consider the application of the proportionality principle as the other side of the margin of appreciation » (Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, op. cit., p. 14).

5. Y. SHANY, « Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 16, 2006, n° 5, pp. 907-940, p. 909 : « The margin of appreciation doctrine, most renowned for its application in the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR), establishes a methodology for scrutiny by international courts of the decisions of national authorities – i.e., national governments, national courts and other national actors ».

les États membres de l'Union européenne sont tenus de respecter leurs obligations lors de l'adoption de toutes mesures mettant en œuvre du droit de l'Union européenne.

445. Deuxièmement, la subsidiarité substantielle doit également être distinguée de la discrétion dont jouissent les juridictions des États membres de l'Union européenne et des États parties à la CEDH dans l'interprétation des droits fondamentaux énoncés dans la Charte et la CEDH, et en particulier dans l'interprétation des conditions de justification des restrictions auxdits droits. À ce propos, la situation diverge substantiellement selon que l'on se trouve dans le contexte de la Charte ou de la CEDH.

446. La CourEDH reconnaît ainsi une large discrétion aux États parties à la Convention dans l'interprétation de la CEDH, cette dernière n'étant considérée que comme un standard minimal de protection qui permet auxdits États d'octroyer un niveau de protection plus étendue⁽⁶⁾. Dans l'interprétation des droits fondamentaux par la Charte, toutefois, la CJUE a exclu la possibilité pour les États membres d'octroyer à un droit fondamental garanti tant par la Charte qu'à l'échelon national un niveau de protection différent – même supérieur – de celui garanti par la Charte du fait de la primauté des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ainsi, dans son arrêt *Stefano Melloni*, la CJUE a indiqué qu'une telle interprétation « porterait atteinte au principe de la primauté du droit de l'Union, en ce qu'elle permettrait à un État membre de faire obstacle à l'application d'actes du droit de l'Union pleinement conformes à la Charte, dès lors qu'ils ne respecteraient pas les droits fondamentaux garantis par la Constitution de cet État »⁽⁷⁾.

447. Par conséquent, lors de l'analyse du régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux dans l'UE, nous argumentons qu'il est essentiel de garder à l'esprit le fait que, selon que l'on se trouve dans le contexte de la Charte ou de la CEDH et que c'est la CJUE ou la CourEDH qui contrôle le respect des conditions de justification desdites restrictions figurant dans ces instruments, leur interprétation respective d'une mesure nationale restrictive revêt nécessairement des caractéristiques spécifiques et inéluctablement distinctes. Ainsi, si une subsidiarité procédurale existe tant dans le contexte de la CEDH que de la Charte, la subsidiarité substantielle y diffère dans la mesure où des spécificités de l'Union européenne telles que la primauté du droit de l'Union européenne et la division des compétences

6. Voir *supra*, § 32.

7. CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni*, § 58.

entre celle-ci et les États membres ne se retrouvent pas dans le contexte de la CEDH.

SECTION 2. – LA SUBSIDIARITÉ DANS L'INTERPRÉTATION DE LA CHARTE

448. Dans le cadre de la présente étude portant sur l'interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte, c'est particulièrement la subsidiarité substantielle dans l'exercice par la CJUE de son activité interprétative qui nous intéresse, *i.e.* le degré du contrôle effectué par cette juridiction lors de l'interprétation des conditions de justification énoncées dans cette disposition.

449. À cet égard, il est important de ne pas confondre le degré du contrôle de cette cour – *i.e.* la *déférence* plus ou moins grande laissée aux juridictions nationales dans l'interprétation des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux énoncés dans la Charte – avec la *discretion* laissée aux États membres dans la *mise en œuvre* du droit de l'Union européenne. En effet, si cette déférence dépend étroitement de la marge d'appréciation reconnue, dans un cas d'espèce, auxdites juridictions et trouve particulièrement à s'appliquer lors du contrôle de la condition de justification que constitue la proportionnalité, elle n'intervient cependant qu'au niveau du contrôle de l'interprétation des juridictions nationales, et non lors de l'adoption de mesure de mise en œuvre du droit l'UE.

450. Précisons également qu'à l'instar de la CourEDH dans le contexte de la CEDH, la CJUE reconnaît une marge d'appréciation aux États membres lors de l'appréciation du caractère proportionné d'une mesure restrictive, bien que la fonction et l'étendue de la dite marge soient différentes dans les deux contextes⁽⁸⁾. Par conséquent, lorsque les droits fondamentaux de la Charte qui font l'objet de restrictions *correspondent* à des droits fondamentaux de la CEDH, la CJUE doit interpréter les conditions de justification desdites restrictions et veiller à respecter le principe de cohérence en prenant en compte tant les spécificités de l'interprétation de la CourEDH que celles propres au contexte de l'Union européenne.

8. Voir *infra* Partie 3, titre 4, chap. 3, section 1, let. B.

CHAPITRE 3

LES VOIES DE SAISINE DE LA CJUE ET DE LA COUREDH

451. Eu égard aux voies de saisine de la CJUE et de la CourEDH, nous estimons que les différences existant entre la saisine de la CJUE par des individus ou des États membres de l'Union européenne, d'une part, et la saisine de la CourEDH par des individus ou des États parties à la CEDH, d'autre part, impactent nécessairement sur l'interprétations respectives par ces cours de la Charte et de la CEDH⁽¹⁾. À ce propos, nous souhaitons relever deux caractéristiques relatives à la saisine et à l'activité interprétative de ces cours lors de l'examen des conditions de justification contenues respectivement dans la CEDH et la Charte.

452. Dans le cadre de la CEDH, tout d'abord, notons que la CourEDH ne peut être saisie, à titre individuel, que par une seule voie – à savoir la requête individuelle au sens de l'article 34 de la CEDH⁽²⁾ – et qu'après l'épuisement des voies de recours internes⁽³⁾. L'intervention de la CourEDH dans le contrôle des conditions de justification des restrictions à des droits fondamentaux garantis dans la CEDH est donc *procéduralement*

1. Nous nous distancions ainsi de certains auteurs procédant à une analyse comparative de l'interprétation de ces deux cours sans prendre suffisamment en compte les spécificités liées à leur mode de saisine (voir p. ex. Benedikt PIRKER, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review. A theoretical and Comparative Study*, Groningue, Europa Law Publishing, 2013).

2. Article 24 CEDH : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. [...] ».

3. Article 35, § 1, CEDH : « La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive ».

subsidaire, en ce sens qu'il revient en premier lieu aux juridictions nationales de procéder audit contrôle⁽⁴⁾. De plus, cette cour ayant été créée par un traité international dont l'objectif principal est la protection des droits fondamentaux, elle exerce sa mission dans le domaine exclusif des droits fondamentaux protégés par la CEDH et ses protocoles et, dès lors, elle a souvent été qualifiée de *spécialiste*.

453. S'agissant de la Charte, nous relevons que la CJUE peut être saisie au travers de diverses voies, mais rarement par les individus. La voie du renvoi préjudiciel est, en pratique, le moyen par excellence au terme duquel la CJUE est amenée à interpréter ou à apprécier la validité d'une règle de droit de l'Union européenne. La grande majorité des arrêts présentés dans la présente étude ont ainsi été rendus dans le cadre de procédures de renvoi préjudiciel lors desquelles des questions ayant trait au respect des droits fondamentaux ont été posées.

454. Lorsque la CJUE est saisie à titre préjudiciel, au sens de l'article 267 du TFUE, elle a itérativement jugé que dans le cadre de cette procédure, fondée sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et elle-même, il ne lui appartenait pas « d'apprécier l'interprétation des dispositions du droit national ou de juger si l'interprétation que la juridiction nationale en donne est correcte »⁽⁵⁾. De plus, cette cour est liée par la question posée par la juridiction de renvoi, de sorte que si un point n'est pas soulevé, elle ne peut l'examiner d'office.

455. Par conséquent, la formulation de la question préjudicielle par la juridiction de renvoi joue un rôle déterminant dans l'interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte par la CJUE. Plus précisément, contrairement à la CourEDH qui peut librement contrôler le respect de l'ensemble des conditions de justification des restrictions, la CJUE ne peut examiner le respect de certaines conditions de justification si cela ne lui a pas été demandé. À titre illustratif, la CJUE ne peut contrôler la validité au regard du droit de l'Union européenne d'une base légale sur le fondement de laquelle une mesure restrictive de droits fondamentaux a été adoptée si elle n'est saisie que d'une question préjudicielle en interprétation⁽⁶⁾. Cette limite

4. Pour aller plus loin, voir not. I. CABRAL BARRETO, « Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, vol. 15, 2002, pp. 1-23.

5. Voir not. CJUE, 22 mai 2014, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*.

6. Plus précisément, il faut voir si la question préjudicielle concerne l'interprétation ou la validité d'un acte. Si c'est l'interprétation d'un acte de l'Union européenne qui est concernée, la CJUE ne pourra, en principe, pas invalider l'acte en cause, tandis qu'elle pourra le faire si c'est précisément la validité d'un acte qui est remise en cause. Sur ce point, voir Av. gén. Bor, 1^{er} mars 2016, *BSH Bosch*, pts 53 et s.

à l'activité interprétative de la CJUE, imposée par le système procédural de l'Union européenne, explique une partie des critiques formulées ci-dessus⁽⁷⁾ et constitue, à notre sens, un argument supplémentaire pour se distancier de la littérature juridique qui procède à une simple comparaison jurisprudentielle ou transposition des jurisprudences de la CJUE et de la Cour EDH.

7. Voir *supra* not. §§ 432 et s.

CONCLUSION DU TITRE 1

456. Dans ce chapitre, nous avons mis en exergue certaines des caractéristiques inhérentes aux régimes des justifications des restrictions aux droits fondamentaux découlant de la jurisprudence de la CJUE et de la CourEDH. À cet égard, nous argumentons que l'identification de ces dernières est nécessaire afin d'appréhender les jurisprudences de ces cours de façon éclairée et éviter certains écueils dans lesquels bon nombre d'auteurs nous semblent être tombés.

457. Au titre desdites caractéristiques, nous avons ainsi souligné l'absence de rigueur et de systématisme de la CJUE et de la CourEDH dans l'analyse des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte et de la CEDH ainsi que les conséquences d'une telle pratique sur la mise en œuvre du principe de cohérence. Sur ce point, nous avons argumenté en faveur d'une interprétation holistique desdites conditions, afin de remédier à la tendance visant à prioriser l'importance de certaines conditions sur d'autres, et de rendre le régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux plus transparent.

458. Nous avons également relevé différents types de subsidiarité dans les relations entre la CJUE et la CourEDH, d'une part, et les États membres de l'Union européenne et ceux parties à la CEDH, d'autre part. À cet égard, la nature spécifique de l'Union européenne et la relation particulière existant entre celle-ci et ses États membres diffèrent substantiellement de la relation existant entre la CourEDH et les États parties à la CEDH, ce qui impacte inéluctablement sur l'interprétation des conditions de justification par ces deux cours.

459. Enfin, les différences dans les voies de saisine de ces deux cours influencent également sur l'interprétation de celles-ci. Le système procédural de l'Union européenne et, notamment, le fait que la CJUE soit

strictement liée par la formulation des questions préjudicielles qui lui sont soumises se reflètent dès lors nécessairement dans sa jurisprudence. Par conséquent, nous estimons qu'il est impératif d'être conscient de ces divergences d'approches lors de l'analyse du régime des justifications des restrictions propres à ces deux cours.

TITRE 2

LA BASE LÉGALE DES RESTRICTIONS AUX DROITS FONDAMENTAUX

460. La première condition de justification des restrictions aux droits fondamentaux énoncée à l'article 52, § 1, de la Charte est celle de la base légale : la restriction doit être *prévue par la loi*⁽¹⁾. Une telle exigence est courante, tant dans les instruments nationaux⁽²⁾ qu'internationaux⁽³⁾ de protection des droits fondamentaux, dans un but essentiellement de sécurité et de prévisibilité du droit, de même que pour garantir l'égalité de traitement, la démocratie ou encore la séparation des pouvoirs⁽⁴⁾.

1. Dans les lignes qui suivent, nous nous référons à la condition « prévue par la loi », mentionnée aux seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH et à l'article 52, § 1, de la Charte, au moyen de l'expression générique de *base légale*. Nous souhaitons ainsi nous détacher des schémas de raisonnement nationaux et de la connotation nationale inhérente à la notion *loi*, au profit d'une expression plus large permettant d'envisager cette notion à l'échelle de l'Union européenne.

2. Voir p. ex. l'art. 36 de la Constitution fédérale suisse : « 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 ».

3. Voir p. ex. l'art. 18, § 3, du Pacte international des droits civils et politiques, les articles 8 § 2, 9, § 2 et 10, § 2, de la CEDH, et l'art. 16, § 2, de la Charte américaine relative aux droits de l'homme, l'art. 1 de la Charte canadienne des droits et libertés.

4. Voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 204-205 ; A. SCHMIDT NOËL, *La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Thèse de doctorat, Université de Neuchâtel, 18 janvier 2011, p. 43.

461. En tant qu'interprète ultime de la Charte, il revient à la CJUE de veiller à interpréter cette condition en respectant le principe de cohérence avec la CEDH et la jurisprudence de la CourEDH, visé par l'article 52, § 3, de la Charte, lorsque le droit fondamental de la Charte faisant l'objet d'une restriction correspond à un droit fondamental de la CEDH⁽⁵⁾. Cependant, force est de constater que depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, cette cour ne s'est que peu prononcée sur l'acceptation de cette condition de justification lors de l'interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte. Ainsi, elle estime souvent évident que les mesures restrictives soumises à son contrôle reposent sur une base légale – nationale ou adoptée par les institutions de l'UE – de sorte qu'elle ne procède à aucun examen approfondi desdites bases légales et évite de se prononcer sur le contenu de cette condition⁽⁶⁾.

462. Le nombre relativement faible d'arrêts rendus par la CJUE dans lesquels elle se prononce sur cette condition de justification ne nous exempte cependant pas de procéder à leur analyse, au contraire. Avant d'entamer celle-ci, toutefois, il nous paraît utile de formuler deux considérations, d'ordre essentiellement historique et méthodologique, qui nous éclairent sur les origines et le développement de cette condition de justification (Chapitre 1).

463. Par la suite, nous décrivons brièvement l'interprétation donnée par la CourEDH au pendant de cette condition en présence de droits fondamentaux de la CEDH ayant été jugés correspondant à des droits fondamentaux de la Charte (Chapitre 2). Nous examinons ensuite les arrêts de la CJUE interprétant la condition de justification qu'est la base légale, telle que mentionnée à l'article 52, § 1, de la Charte (Chapitre 3). Forts de nos analyses, nous évaluons s'il existe des divergences entre les jurisprudences des deux cours de nature à nuire au respect et à la mise en œuvre du principe de cohérence et, le cas échéant, nous formulons des propositions d'interprétation susceptibles d'y remédier (Chapitre 4).

5. Sur les notions de *correspondance* et de *cohérence* entre la Charte et la CEDH, voir *supra* Partie 2, titres 1 et 2.

6. Voir S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1470 : « in each of the cases it is clear from the judgment that the limitations on the relevant Charter rights were indeed set out in some national or EU law ».

CHAPITRE 1

QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES

464. Au titre de remarques liminaires, nous souhaitons brièvement présenter l'évolution qu'a connue le libellé de la condition de justification qu'est la base légale (Section 1), décrire une préoccupation émanant de la littérature juridique relative à cette condition (Section 2) ainsi que nous attarder sur certaines dispositions spécifiques de la Charte mentionnant également, aux côtés de l'article 52, § 1, de la Charte, l'exigence d'une base légale (Section 3). En substance, nous soutenons notamment que les motifs ayant motivé la modification du libellé original de cette condition de justification visaient notamment à faciliter la mise en œuvre du principe de cohérence. De plus, les difficultés identifiées par une partie de la littérature juridique s'intéressant à cette condition de justification nous semblent procéder d'une assimilation erronée de deux problématiques pourtant distinctes.

SECTION 1. – LE LIBELLÉ DE L'ARTICLE 52, § 1, DE LA CHARTE

465. La première remarque liminaire a trait au libellé de la condition de justification des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte qu'est la base légale, énoncée à l'article 52, § 1, de la Charte. Les membres de la Convention ayant rédigé la Charte avaient en effet opté pour la formulation suivante : « [t]oute limitation à l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par l'*autorité législative compétente* »⁽¹⁾. Bien que les raisons de l'abandon de cette formulation

1. Note du *Praesidium* du 16 mai 2000, Charte 4316/00, Convent 34 [souligné par nous].

initiale en faveur du libellé actuel restent méconnues⁽²⁾, nous estimons que cette modification peut être perçue comme traduisant des objectifs similaires à ceux poursuivis par le principe de cohérence.

466. La notion d'autorités *législatives* semble en effet distinguer lesdites autorités de celles ayant des missions d'une autre nature, telles qu'*exécutives* ou *judiciaires*. Or, comme nous l'étayons ci-dessous⁽³⁾, la CJUE a admis la possibilité pour des jurisprudences constantes telles que celles existant dans les pays anglo-saxons de *common law* de constituer une base légale suffisante au titre de la condition de justification figurant à l'article 52, § 1, de la Charte, s'alignant par ailleurs sur la jurisprudence de la CourEDH. Par conséquent, l'évolution du libellé de cette condition de justification en faveur d'une formulation plus large ne se limitant pas uniquement aux bases légales adoptées par des autorités législatives illustre, à notre sens, un rapprochement en faveur de l'interprétation de la CEDH pour la CourEDH qui s'inscrit parfaitement dans l'objectif du principe de cohérence.

467. Par ailleurs, la formulation actuelle de cette condition à l'article 52, § 1, de la Charte fait explicitement écho aux libellés des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH. Un tel parallélisme dans l'énoncé de cette condition de justification rend ainsi plus aisé la recherche et l'examen, par la CJUE, de la jurisprudence pertinente de la CourEDH nécessaire à une mise en œuvre effective du principe de cohérence, bien qu'une identité de l'énoncé desdites conditions n'appelle pas, rappelons-le, une identité de leur acception.

SECTION 2. – LA PRÉOCCUPATION DE LA LITTÉRATURE JURIDIQUE

468. Eu égard à la seconde remarque liminaire, nous relevons que la littérature juridique ayant commenté cette condition de justification fait état d'une préoccupation commune, formulée comme suit par Laurence Burgorgue-Larsen : « [c]réeée pour des déclarations de droits s'adressant exclusivement à des États dont les assemblées, *ne variatur*, participent à la production de « lois », la question ici est celle de savoir si la formule ne devient pas une pure clause de style dans le contexte de l'Union »⁽⁴⁾.

2. A. HERINGA, L. VERHEY, « The EU Charter : Text and Structure », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 8, 2001, pp. 11-32, p. 26. Pour aller plus loin, voir M. BÜHLER, *Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta*, *op. cit.*, pp. 246 et s.

3. Voir *infra* Partie 3, titre 2, chap. 3.

4. L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.*, p. 666.

Ainsi, pour ces auteurs, il semble évident que, dans le contexte de l'Union européenne, la condition de justification qu'est la base légale, mentionnée à l'article 52, § 1, de la Charte, ne peut pas être interprétée de la même façon qu'au sein des États membres dans la mesure où il n'existe pas, dans l'UE, une claire séparation des pouvoirs telle qu'on peut la connaître au sein desdits États⁽⁵⁾.

469. Tel que nous le comprenons, ce point de vue lie ainsi l'interprétation de la condition de justification des restrictions qu'est la base légale à la légitimité démocratique propre à tout acte juridique adopté selon une procédure législative⁽⁶⁾. Autrement dit, il estime que, dans le contexte de l'Union européenne, seuls les actes adoptés au terme de la procédure dite ordinaire de l'article 294 du TFUE sont à même de respecter cette condition de justification.

470. Nous argumentons cependant que ces préoccupations procèdent d'un glissement de la problématique, à savoir de celle de l'acceptation de la condition de justification qu'est la base légale vers celle de son autorité légitime. Certes, il convient de relever que ces deux problématiques sont liées, comme l'a d'ailleurs confirmé la CJUE dans son arrêt *Parlement c. Conseil*⁽⁷⁾ en précisant que « des dispositions qui portent sur l'attribution de pouvoirs de puissance publique aux gardes-frontières, tels que [...] l'arrestation des personnes appréhendées, la saisie de navires et le renvoi des personnes appréhendées vers un endroit déterminé, permettent des ingérences dans des droits fondamentaux des personnes concernées d'une importance telle qu'est rendue nécessaire l'intervention du législateur de l'Union »⁽⁸⁾. En ce sens, l'adoption des règles essentielles d'une matière du droit de l'UE est réservée à la compétence du législateur de l'Union

5. À ce propos, voir not. M. BÜHLER, *Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta*, op. cit., p. 245 : « Die EU kenne den Begriff „Gesetz“ nicht. [...] Das Gemeinschaftsrecht habe kein „law concept“, keinen feststehenden Gesetzesbegriff, da es keine klare Gewaltenteilung gebe, sondern der Rat und nicht das Parlament die Aufgabe des Gemeinschaftsgesetzgeber erfüllte ».

6. R. SCHÜTZE, *An Introduction to European Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 100-101 : « will a limitation of someone's fundamental rights require the (democratic) legitimacy behind formal legislation, that is : a European law adopted under a « legislative procedure » ». Voir ég. C. EISNER, *Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union. Gefahr oder Fortschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 178. Voir aussi Av. gén. CRUZ VILLALÓN, 14 avril 2011, *Scarlet Extended*, § 113, pour qui la notion de loi doit être « entendue comme droit « délibéré », c'est-à-dire démocratiquement légitimé. Seule, en effet, une loi au sens parlementaire du terme aurait pu permettre d'avancer dans l'examen des autres conditions que pose l'article 52, § 1, de la charte ».

7. CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c. Conseil*.

8. *Ibid.*, pt 77.

européenne et ne peut pas être déléguée, de sorte qu'il faut une base légale *légitime* pour justifier une restriction à un droit fondamental.

471. Cependant, la problématique soulevée par la condition de justification que constitue la base légale porte sur l'équivalence – et non l'identité – de l'acceptation de cette condition telle qu'elle découle des jurisprudences de la CourEDH et de la CJUE, soit sur ses éléments constitutifs en termes de contenu. Or, la problématique de la légitimité desdites bases légales porte avant tout, à notre sens, sur la nécessité que ces dernières soient l'expression, à un certain degré, de la participation des citoyens⁽⁹⁾. La littérature juridique concernée semble donc procéder à une réduction de la problématique de la légitimité démocratique d'une base légale, *i.e.* relatif à son processus d'adoption, à celle de son sens et de sa portée, *i.e.* relatif à son contenu.

472. À notre sens, la jurisprudence de la CJUE a déjà répondu au pan de la problématique relatif à la légitimité démocratique de la base légale dans le contexte de l'UE, rendant dès lors cette préoccupation de la littérature juridique sans réel intérêt pratique. En effet, comme l'illustrent notamment les arrêts *Volker et Markus Schecke* et *Mohamed Trabelsi et al. c. Conseil de l'UE*, sur lesquels nous revenons ci-dessous⁽¹⁰⁾, il n'est pas nécessaire que le Parlement européen ait participé à la procédure d'adoption d'un acte juridique pour qu'il puisse constituer une base légale de l'Union européenne susceptible de fonder des mesures restrictives de droits fondamentaux⁽¹¹⁾. Ainsi, comme le relève Robert Schütze, la CJUE apparaît avoir favorisé un

9. En ce sens, voir p. ex. D. TRIANTAFYLLOU, « The European Charter of Fundamental Rights and the « Rule of Law » : Restricting Fundamental Rights by Reference », *op. cit.*, p. 61 : « references to 'law' made by the Charter should ideally require a co-deciding participation of the European Parliament in the drafting of the respective implementing rules ».

Précisons que nous n'entendons pas ici prendre position en faveur de l'une ou l'autre des différentes acceptions de la notion de légitimité démocratique à l'échelle de l'UE ; nous entendons uniquement mettre en exergue la distinction entre cette problématique et celle, étudiée ici, de l'acceptation de la base légale.

10. Dans ces arrêts, tant un acte émanant de la Commission européenne (p. ex. le règlement n° 259/2008/CE, dans l'arrêt CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*) qu'une décision d'exécution du Conseil – (p. ex. la décision 2011/79/PESC dans l'arrêt du Tribunal, 28 mai 2013, *Mohamed Trabelsi*) ont été jugés comme étant des bases légales permettant de justifier des restrictions à un droit fondamental au sens de l'article 52, § 1, de la Charte. Voir *infra* Partie 3, titre 2, chap. 3, section 3, let. A.

11. K. LEANERTS, « Die EU-Grundrechtecharta : Anwendbarkeit und Auslegung », *Europarecht*, vol. 47, 2012, n° 1, pp. 3-17, p. 9 : « Folglich verlangt Art. 52 Abs. 1 GRCh nicht, dass Grundrechtseinschränkungen auf einer Unionsmaßnahme beruhen, für deren Erlass eine Mitwirkung des Europäischen Parlaments erforderlich ist ».

concept matériel de la base légale afin d'élargir la portée des restrictions justifiées aux droits fondamentaux⁽¹²⁾.

SECTION 3. – LES AUTRES BASES LÉGALES MENTIONNÉES DANS LA CHARTE

473. Avant l'analyse détaillée de la condition de justification qu'est la base légale, au sens de l'article 52, § 1, de la Charte, il nous semble indispensable de préciser qu'outre cette clause horizontale, certaines dispositions particulières de la Charte exigent également l'existence d'une *base légale*, de l'Union européenne ou des États membres, pour justifier des restrictions. Au nombre de ces dernières figurent notamment l'article 8, § 2, de la Charte, relatif à la protection des données à caractère personnel, l'article 17 de la Charte, relatif à l'expropriation, l'article 47 de la Charte, concernant le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, ainsi que l'article 49 de la Charte, relatif aux principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines.

474. Par conséquent, le lien entre ces dispositions spécifiques et l'article 52, § 1, de la Charte doit être précisé si l'on souhaite avoir un vue complète du régime des justifications des restrictions de la Charte. À cet égard, abordons plus spécifiquement la relation entre l'article 8, § 2, de la Charte et l'article 52, § 1, de la Charte, dans la mesure où il est établi que le droit à la protection des données à caractère personnel *correspond* à l'article 8 de la CEDH⁽¹³⁾.

475. La première phrase du second paragraphe de l'article 8 de la Charte prévoit que « [c]es données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime *prévu par la loi* »⁽¹⁴⁾. Ainsi, une restriction à ce droit fondamental doit être consentie par le titulaire dudit droit ou, à défaut, être prévue par une base légale. En ce que cette exigence de base légale figure déjà expressément à l'article 52, § 1, de la Charte, sa mention à l'article 8, § 2, de la Charte nous semble redondante et ne devrait pas porter à conséquence⁽¹⁵⁾. Une partie de la littérature juridique soutient

12. R. SCHÜTZE, *An Introduction to European Law*, *op. cit.*, p. 101 : « [t]he Court thus appears to favour a material concept of « law » so as to widen the scope of legitimate limitations of fundamental rights ».

13. Voir not. *supra*, Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, let. A.

14. Souligné par nous.

15. En ce sens, D. TRIANTAFYLLOU, « The European Charter of Fundamental Rights and the « Rule of Law » : Restricting Fundamental Rights by Reference », *op. cit.*, p. 56.

toutefois une autre opinion, qu'il est nécessaire de présenter et sur laquelle il convient de prendre position.

476. En effet, pour certains auteurs, le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel est un droit particulier, en ce sens qu'il constitue la consécration d'un système élaboré de règles – contenues notamment dans le droit dérivé de l'UE (tel que la Directive 95/46/CE) ou le droit international (tel que la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des données) – de droits, d'obligations et de restrictions résultant de *checks and balances* spécifiques au domaine de la protection des données⁽¹⁶⁾. Dès lors, appliquer la clause horizontale de l'article 52, § 1, de la Charte à ce droit fondamental méconnaîtrait sa spécificité.

477. À notre sens, un tel point de vue se heurte toutefois à la jurisprudence de la CJUE développée au regard de l'article 8 de la Charte. En effet, tant dans l'arrêt *Volker et Markus Schecke*⁽¹⁷⁾ que, ultérieurement, dans l'arrêt *ASNEF et FECEMD*⁽¹⁸⁾, la CJUE a mentionné et appliqué les conditions de justification des restrictions énumérées à l'article 52, § 1, de la Charte. Par surabondance, dans son arrêt *Schwarz*⁽¹⁹⁾, cette cour a à nouveau examiné des restrictions portées à l'article 8 de la Charte à la lumière de l'article 52, § 1, de celle-ci, et non de son article 8, § 2, et ce sans même mentionner le droit dérivé relatif à la protection des données⁽²⁰⁾.

478. Nous estimons également nécessaire de relever que certains droits fondamentaux de la Charte sont expressément garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. Il en va notamment ainsi du droit de se marier et de fonder une famille (article 9), du droit à l'objection de conscience (article 10, § 2), le droit de créer des établissements d'enseignement ainsi que le droit des parents d'éduquer leurs enfants (article 14, § 3), le droit à la liberté d'entreprise (article 16), le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise (article 27), le droit de négociation et d'actions collectives (article 28), le droit à une protection en cas de licenciement injustifié (article 30), le droit à la sécurité et à l'aide sociale

16. H. KRANENBORG, « Article 8 », in S. PEERS *et al.* (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 223-265, pp. 259-260 : « The right to data protection of the Charter, as already referred to in section B.I, constitutes the heading of a set of rights and obligations *and limitations of these*, which are put together as an elaborate system of checks and balances. Therefore, one cannot actually speak about a limitation of the right to data protection as such which could be justified under the conditions of Articles 52 (1). It seems that this point has been overlooked when the Charter was drafted ».

17. CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*.

18. CJUE, 24 novembre 2011, *ASNEF*.

19. CJUE, 17 octobre 2013, *Michael Schwarz*.

20. *Ibid.*, pt 34.

(article 34), le droit à la protection de la santé (article 35) et le droit à l'accès aux services d'intérêt économique général (article 36).

479. L'article 52, § 6, de la Charte prévoit à cet égard que « [l]es législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte comme précisé dans la présente Charte ». Autrement dit, lorsque des dispositions de la Charte, telles que celles précitées, font explicitement références aux bases légales ou pratiques nationales, ces dernières doivent être prises en considération lors de l'examen des conditions de justification des restrictions énumérées à l'article 52, § 1, de la Charte⁽²¹⁾. Cette disposition appelle cependant deux précisions.

480. D'une part, cette réserve en faveur des bases légales et des pratiques nationales s'explique par la nature spécifique de l'Union européenne et la division de compétences qui la caractérise⁽²²⁾. En effet, les dispositions mentionnées ci-dessus concernent toutes des domaines dans lesquels l'UE n'a pas de compétences ou n'a que des compétences limitées. À titre illustratif, eu égard à l'article 9 de la Charte, l'Union européenne n'a qu'une compétence limitée en matière civile⁽²³⁾ et, eu égard à l'article 28 de la Charte, elle n'a pas de compétence en ce qui concerne le droit de grève⁽²⁴⁾.

481. D'autre part, la jurisprudence de la CJUE interprétant les références aux législations ou pratiques nationales qui figurent dans des actes du droit de l'Union européenne offre des éléments de réponse à la question de savoir qu'est-ce qui, des clauses spécifiques ou de la clause générale, devrait primer. Ainsi, à titre illustratif, dans son arrêt *Kamberaj*⁽²⁵⁾, la CJUE a interprété un renvoi exprès, contenu dans le droit de l'Union européenne, à la législation nationale au terme duquel cette dernière pouvait limiter l'égalité de traitement entre les résidents de longue durée et les ressortissant nationaux eu égard au droit à une aide au logement, droit garanti notamment par l'article 34, § 3, de la Charte.

482. Dans le cas d'espèce, en effet, l'article 11, § 4, de la Directive 2003/109/CE⁽²⁶⁾ prévoyait qu'« [e]n matière d'aide sociale et de protection

21. Voir les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *JOCE* 303 du 14.12.2007, pp. 17 et s., ad. art. 52, § 6 ; S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, pp. 1511-1512.

22. Pour aller plus loin, voir S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, pp. 1511 et s.

23. L'article 81, § 1 TFUE ne prévoit en effet une compétence de l'UE qu'aux fins d'une « coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires ».

24. L'article 153, § 5, TFUE prévoit que « [l]es dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni au droit d'association, ni au droit de grève, ni au droit de lock-out ».

25. CJUE, 24 avril 2012, *Servet Kamberaj*.

26. Directive 2003/109/CE du Conseil, du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JO* 2004, L 16, p. 44.

sociale, les États membres peuvent limiter l'égalité de traitement aux prestations essentielles ». En application de cette disposition et estimant que l'aide au logement constituait une prestation essentielle au sens de ladite disposition, la législation nationale italienne a institué un traitement différencié pour l'octroi de l'aide au logement entre les ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, et les citoyens de l'Union, qu'ils soient ressortissants italiens ou non, résidant sur le territoire. Ayant à se prononcer sur la validité de la législation nationale italienne eu égard, notamment, à l'article 34 de la Charte, la CJUE a indiqué que lorsque le législateur de l'Union européenne faisait un renvoi exprès à la législation nationale, il souhaitait respecter les différences qui subsistaient entre les États membres quant à la définition et la portée exacte des notions en cause⁽²⁷⁾. Toutefois, cette cour a précisé que le renvoi au droit national n'implique pas « que les États membres puissent porter atteinte à l'effet utile de la directive 2003/109 lors de l'application du principe d'égalité de traitement prévu à cet article »⁽²⁸⁾.

483. L'arrêt *Williams*⁽²⁹⁾ illustre également la tendance de la CJUE à ne pas reconnaître une totale discrétion aux États membres lorsque le droit de l'Union européenne renvoie aux bases légales et pratiques nationales. Dans cette affaire, la CJUE s'est prononcée sur le droit à une période annuelle de congés payés des pilotes de British Airways, droit garanti notamment par l'article 31, § 2, de la Charte et l'article 7 de la Directive 2003/88/CE⁽³⁰⁾. Au terme de cette dernière disposition, « [l]es États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales »⁽³¹⁾. En l'espèce, la base légale anglaise fixait la rémunération des pilotes sur la base d'une somme annuelle fixe, d'une part, et de primes variant selon le temps passé en vol et à l'extérieur de la base, d'autre part. La CJUE a ainsi dû se prononcer sur la compatibilité, notamment avec l'article 31 de la Charte, de la pratique de British Airways visant à calculer le montant acquitté au titre du congé annuel sur la seule base de la somme fixe annuelle.

484. À ce propos, la CJUE a indiqué que « si la structure de la rémunération ordinaire d'un travailleur relève, en tant que telle, des dispositions et pratiques régies par le droit des États membres, celle-ci

27. CJUE, 24 avril 2012, *Servet Kamberaj*, pt 77.

28. *Ibid.*, pt 78.

29. CJUE, 15 septembre 2011, *Williams*.

30. Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *JO L 299*, p. 9.

31. Souligné par nous.

ne saurait avoir un impact sur le droit du travailleur, rappelé au point 19 du présent arrêt, de jouir, durant sa période de repos et de détente, de conditions économiques comparables à celles concernant l'exercice de son travail »⁽³²⁾. En d'autres termes, les restrictions au droit fondamental aux congés payés prévues par les États Membres ne peuvent porter atteinte au contenu essentiel dudit droit, *in casu* le droit de recevoir une rémunération ordinaire durant une période de repos.

485. Dès lors, à notre sens, les principes se dégageant tant des arrêts *Kamberaj* que *Williams* peuvent s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux dispositions de la Charte comprenant un renvoi aux législations et pratiques nationales. En ce sens, ledit renvoi ne peut aboutir à une atteinte au contenu essentiel du droit en cause, ce qui serait au demeurant paradoxal dans la mesure où un tel renvoi figure précisément dans un instrument visant à garantir les droits fondamentaux. Fort de ces précisions liminaires, analysons à présent les jurisprudences respectives de la CourEDH et de la CJUE relatives à cette condition de justification.

32. CJUE, 15 septembre 2011, *Williams*, pt 23.

CHAPITRE 2

LA BASE LÉGALE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COURED

486. D'une façon générale, la jurisprudence de la CourEDH relative à la condition de justification que constitue la base légale, énoncée aux seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH, nous semble revêtir deux caractéristiques, la première, d'ordre méthodologique, découle de l'examen quasiment systématique du respect de cette condition par la CourEDH (Section 1). La seconde, ayant trait à l'acceptation même de ladite condition, ressort de la série de critères, développés par cette cour, à satisfaire pour attester du respect de cette condition (Section 2).

SECTION 1. – LA MÉTHODE D'INTERPRÉTATION DE LA COURED

487. Comme l'ensemble des arrêts présentés dans la section suivante l'illustre et bien que la CourEDH n'ait aucune obligation procédurale d'agir de la sorte⁽¹⁾, nous relevons une caractéristique dans la méthode de cette cour lors de l'interprétation de cette condition de justification. Il s'agit du fait qu'elle procède à un examen quasiment systématique de cette condition lors de l'analyse d'une violation alléguée à l'un des droits fondamentaux garantis par la CEDH, à l'exception des rares occasions où elle y renonce au profit de l'examen d'une autre condition de justification⁽²⁾.

1. Nous relevons en particulier que le Règlement de la Cour, du 14 novembre 2016, ne contient aucune disposition en ce sens.

2. Voir p. ex. CourEDH, 6 juin 2013, *Avilkina*, § 37 : « *In view of its analysis in paragraphs 43-54 below, the Court does not find it necessary to decide whether the wording of Article 61 meets the "quality of law" requirements of Article 8 § 2 of the Convention* » [arrêt non traduit en français].

488. La raison principalement avancée par la littérature juridique pour expliquer l'absence occasionnelle d'examen de cette condition de justification par la CourEDH repose sur la bonne foi. Plus précisément, il peut parfois être difficile pour cette cour de remettre en question la bonne foi d'un État partie à la CEDH en déclarant qu'une mesure nationale restrictive de droits fondamentaux ne repose pas sur une base légale suffisante, alors même que les autorités nationales ont précisément agi dans l'objectif de respecter ladite base légale nationale⁽³⁾.

489. À notre sens et quelques soient les raisons ayant finalement motivé la CourEDH, ce qu'il importe de retenir est que lorsque la CourEDH renonce à examiner la condition de justification qu'est la base légale dans un cas d'espèce, elle le mentionne expressément dans l'arrêt en cause⁽⁴⁾. Par conséquent, elle reconnaît qu'un tel examen relève du principe et que son absence relève de l'exception.

SECTION 2. – L'INTERPRÉTATION DE LA BASE LÉGALE

490. Il ressort de la jurisprudence de la CourEDH que la condition de justification des restrictions aux droits fondamentaux qu'est la base légale trouve son origine dans le principe de la *prééminence du droit*⁽⁵⁾. À titre illustratif, dans l'affaire *Roman Zakharov c. Russie*, relatif au droit fondamental au respect à la vie privée et familiale, cette cour a rappelé sa jurisprudence constante « selon laquelle les termes « prévue par la loi » signifient que la mesure litigieuse doit avoir une base en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit, expressément mentionnée dans le préambule de la Convention et inhérente à l'objet et au but de l'article 8 »⁽⁶⁾.

491. Le principe juridique de la prééminence du droit – engendrant lui-même une multitude de sous-principes, tel que le principe de la sécurité

3. B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 309-310.

4. Voir p. ex. *supra* note de bas de page 648.

5. Voir not. le préambule de la CEDH et l'arrêt CourEDH, 2 août 1984, *Malone*, § 67. Voir ég. V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Article 8 § 2 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 323-351, p. 333 : « Les conditions de la licéité d'une ingérence sont donc la traduction de la prééminence du droit [...] » ; J. VELU, R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p. 186 : « [...] la prééminence du droit veut que les particuliers soient prémunis contre les actes arbitraires de l'autorité. Cela suppose que la « loi » assortisse les restrictions prévues de *garanties* adéquates contre les abus de l'autorité ».

6. CourEDH, 4 décembre 2015, *Roman Zakharov*, § 228.

juridique⁽⁷⁾ – exige que les ingérences arbitraires des autorités nationales dans l'exercice des droits fondamentaux garantis par la CEDH soient limitées par le législateur ou le pouvoir judiciaire national⁽⁸⁾. Ainsi, lors de l'interprétation de la condition de justification qu'est la base légale, la Cour EDH ne peut se fonder sur des critères purement formels, car les traditions juridiques nationales divergent énormément en la matière, notamment entre les États de *common law* et de *civil law*⁽⁹⁾.

492. La Cour EDH a dès lors développé un test en trois étapes⁽¹⁰⁾ pour s'assurer, dans des cas concrets, que cette condition de justification est remplie. Au terme de ce test, toute restriction à un droit fondamental doit reposer sur une base légale en droit national (*infra* A) qui soit accessible (*infra* B) et prévisible (*infra* C).

A. – L'EXISTENCE D'UNE BASE LÉGALE NATIONALE

493. L'acte ou la mesure portant atteinte à l'exercice du droit fondamental de la personne en cause doit reposer sur une base légale en droit national et avoir été effectué ou adopté en conformité avec celle-ci⁽¹¹⁾. Bien que largement connue et répandue dans les constitutions nationales des États parties à la CEDH, cette condition de justification n'est cependant pas toujours respectée en pratique et la Cour EDH a plusieurs fois été confrontée à des restrictions effectuées en l'absence de base légale nationale⁽¹²⁾. Par conséquent, la Cour EDH joue un rôle central lors de l'examen du respect de cette condition et l'acception de ladite condition retenue par cette cour est essentielle.

494. En effet, en ce qui concerne son rôle, la Cour EDH a précisé « qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne, même lorsque

7. Pour aller plus loin, voir. X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

8. S. GREER, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, Publication du Conseil de l'Europe, 1997, p. 9 ; J. VELU, R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 186.

9. A. SCHMIDT NOËL, *La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*

10. Certains auteurs font état d'un test en deux étapes, la première étape – mentionnée ici – étant alors généralement présumée. En ce sens, B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 309.

11. *Ibid.* p. 310 ; V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Article 8 § 2 », *op. cit.*, p. 334.

12. Eu égard à l'article 8 CEDH, voir p. ex. Cour EDH, 10 décembre 2009, *Mikhaylyuk et Petrov*, où la Cour EDH a conclu que « the interference with the applicants' correspondence did not have any basis in domestic law ».

celui-ci renvoie au droit international ou à des accords internationaux »⁽¹³⁾. Autrement dit, il revient aux tribunaux nationaux de s'assurer de l'existence d'une base légale nationale, la CourEDH n'ayant pas pour fonction de vérifier la constitutionnalité des bases légales sur lesquelles sont adoptées des mesures portant atteinte aux droits fondamentaux⁽¹⁴⁾.

495. Plus spécifiquement, la CourEDH doit, en principe, accepter l'interprétation effectuée par les juridictions nationales au terme de laquelle, par exemple, une jurisprudence nationale, une décision judiciaire ou encore un acte provenant de l'exécutif national constitueraient une base légale suffisante, au sens des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH⁽¹⁵⁾. Ainsi, la CourEDH a notamment indiqué, dans le contexte de l'Union européenne, que « les organes judiciaires de la Communauté sont mieux placés pour interpréter et appliquer le droit communautaire. Dans chaque cas, le rôle de la Cour se limite à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de telles décisions »⁽¹⁶⁾.

496. En ce qui concerne l'*acception* de la condition de justification qu'est la base légale, la CourEDH a indiqué qu'elle englobe à la fois le droit *écrit* et *non écrit*⁽¹⁷⁾, mais à l'exclusion notamment des directives, instructions ou encore circulaires qui n'ont pas de force contraignante⁽¹⁸⁾. En effet, ces dernières ne sont pas considérées comme des lois, car elles ne sont qu'une « instruction de service adressée, en vertu de son pouvoir hiérarchique, par une autorité administrative supérieure à des agents subordonnés » et que ces textes sont « édicté[s] en dehors de l'exercice d'un pouvoir normatif »⁽¹⁹⁾. Par ailleurs, la base légale en cause ne doit pas nécessairement être adoptée au terme d'une procédure impliquant une participation du Parlement national⁽²⁰⁾.

497. Eu égard au droit écrit, deux précisions peuvent être apportées. D'une part, la CourEDH inclut dans la condition de justification que constitue

13. Voir CourEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus*, § 143.

14. V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Article 8 § 2 », *op. cit.*, p. 334.

15. Voir B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 310 : « The references to 'law' are, of course, to national law, and the Strasbourg Court must accept the interpretation of national law adopted by the national courts, unless there are very strong reasons for disagreeing ».

16. *Ibid.*

17. CourEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times*, § 47 ; voir ég. J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2012, p. 762 ; M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.*, p. 678.

18. CourEDH, 25 mars 1983, *Silver*, § 86.

19. CourEDH, 12 juin 2007, *Frérot*, §§ 52 et s.

20. K. LENAERTS, « Die EU-Grundrechtecharta : Anwendbarkeit und Auslegung », *op. cit.*, p. 8.

la base légale tant les lois nationales au sens *formel* – soit tous les actes édictés par le ou les organes investis du pouvoir législatif au terme d’une procédure prévue à cet effet – que *matériel* – soit tous les actes énonçant une règle de droit – ainsi que les conventions internationales applicables en droit interne⁽²¹⁾. Ainsi, un règlement de l’Union européenne, *in casu* le règlement (CEE) 990/93 du Conseil des Communautés européennes, a été considéré par la Cour EDH comme constituant une base légale au sens de la CEDH⁽²²⁾.

498. D’autre part, en ce qui concerne les pays de *common Law*, la Cour EDH admet également que des mesures restrictives fondées sur des décisions jurisprudentielles remplissent la condition de justification qu’est la base légale⁽²³⁾. Comme le formule Aline Schmidt Noël, « pour ne pas créer d’inégalité entre les parties contractantes de *common law* et celles de *civil law*, la Cour admet également que la base légale puisse aussi être constituée par la jurisprudence interprétant une loi écrite »⁽²⁴⁾.

499. Enfin, il importe de rappeler que si, initialement, la Cour EDH a pu se contenter du seul fait qu’une restriction à un droit fondamental reposait sur une base légale pour estimer que cette condition de justification était satisfaite⁽²⁵⁾, elle a ensuite précisé que ladite base légale devait revêtir certaines qualités. Dans son arrêt *Sunday Times*, la Cour EDH a dès lors précisé les composantes de cette condition de justification en fixant deux caractéristiques essentielles : il faut que la base légale en cause soit suffisamment *accessible* et qu’elle ait été énoncée avec un degré de *précision* suffisant pour permettre au citoyen de régler sa conduite⁽²⁶⁾.

B. – L’ACCESSIBILITÉ DE LA BASE LÉGALE

500. Selon la Cour EDH, la caractéristique de l’*accessibilité* de la base légale est présente lorsque lesdites bases légales sont publiées ou, à tout le moins, susceptibles d’être consultées par les personnes concernées⁽²⁷⁾, de

21. Cour EDH, 28 mars 1990, *Groppera Radio*, § 68.

22. Cour EDH, 30 juin 2005, *Bosphorus*.

23. Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times*, § 48.

24. Voir A. SCHMIDT NOËL, *La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 256 ; Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin*, § 34.

25. Voir p. ex. V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Article 8 § 2 », *op. cit.*, p. 334.

26. Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times*, § 49 ; S. MARKS, « The European Convention on Human Rights and its « Democratic Society », *British Yearbook of International Law*, vol. 66, 1995, pp. 209-238, p. 215.

27. Voir p. ex. Cour EDH, 4 décembre 2015, *Roman Zakharov*, §§ 239-242.

sorte que les intéressées doivent disposer de renseignements suffisants sur les bases légales applicables dans des circonstances concrètes⁽²⁸⁾.

501. À titre illustratif, dans son arrêt *Roman Zakharov c. Russie*⁽²⁹⁾ relatif à l'article 8 de la CEDH, la CourEDH a examiné en détail l'accessibilité d'*addenda* à un arrêté du Ministère des Communications russe qui, contrairement audit arrêté, n'avaient pas fait l'objet d'une publication officielle dans la mesure où ils ne comprenaient que des spécifications éminemment techniques. En dépit de leur caractère technique, cette cour a relevé que ces *addenda* « à l'arrêté n° 70 sont susceptibles de porter atteinte au droit des usagers au respect de leur vie privée et de leur correspondance. La Cour considère dès lors qu'ils doivent être accessibles aux citoyens »⁽³⁰⁾. Dans le cas d'espèce, le texte desdits *addenda* pouvait être consulté par le public « via une base de données internet juridique privée, qui l'a repris à partir de SvyazInform [ndla : le magazine officiel du Ministère des Communications russe, diffusé uniquement par abonnement] »⁽³¹⁾, de sorte que la CourEDH a estimé que la caractéristique de l'accessibilité de la base légale était présente.

502. Une autre illustration de l'examen de cette caractéristique par la CourEDH dans le cadre d'une atteinte à l'article 8 de la CEDH se retrouve dans l'arrêt *Silver et al. c. Royaume Uni*⁽³²⁾. Dans cette affaire, des autorités pénitentiaires interceptaient ou retardaient l'envoi de la correspondance de certains prisonniers, conformément à des instructions et directives non publiées. La CourEDH a relevé que lesdites instructions et directives instaurent une réelle pratique à suivre, de sorte que bien qu'elles n'aient pas force de loi, elles constituaient tout de même une base légale au sens de l'article 8, § 2, CEDH « dans la mesure, à vrai dire limitée, où l'on en révélait suffisamment le contenu aux intéressés »⁽³³⁾.

503. L'*accessibilité* d'une base légale nationale ne se résume ainsi pas, aux yeux de la CourEDH, à sa publication dans un journal officiel accessible au grand public mais, plus spécifiquement, exige que le contenu de ladite base légale soit consultable ou, à tout le moins, soit porté à la connaissance

28. CourEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times*, § 49 : « le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné » ; A. SCHMIDT NOËL, *La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, op. cit., p. 256. Voir ég. CourEDH, 19 octobre 2017, *Lebois*, § 66.

29. CourEDH, 4 décembre 2015, *Roman Zakharov*, §§ 239-242.

30. *Ibid.*, § 241.

31. *Ibid.*, § 242.

32. CourEDH, 25 mars 1983, *Silver*, §§ 87 et 93.

33. *Ibid.*, § 88.

des personnes dont les droits fondamentaux sont susceptibles de faire l'objet de restriction.

C. – LA PRÉVISIBILITÉ DE LA BASE LÉGALE

504. Selon la jurisprudence de la Cour EDH, la caractéristique de la prévisibilité de la base légale se détermine au regard de sa *clarté* (*infra* 1) et de sa *précision* (*infra* 2), et ce qu'il s'agisse de normes écrites⁽³⁴⁾ ou de pratiques jurisprudentielles⁽³⁵⁾. Toutefois, la base légale n'a pas besoin d'être prévisible avec une « certitude absolue »⁽³⁶⁾, car cette dernière s'accompagne souvent d'une rigidité excessive alors que, comme le formule la Cour EDH, « le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation »⁽³⁷⁾.

1. – La clarté de la base légale

505. Eu égard à la clarté de la base légale, tant la jurisprudence de la Cour EDH que la littérature juridique s'attardent peu sur les exigences qui y sont liées, celles-ci devant être appréciées au regard des circonstances concrètes de chaque cas. Dans son arrêt *Valenzuela Contreras c. Espagne*⁽³⁸⁾ relatif à une violation alléguée du droit fondamental au respect de la vie privée, garanti à l'article 8 de la CEDH, du fait de l'interception des communications téléphoniques du requérant, la Cour EDH a estimé que « le droit espagnol, écrit et non écrit, n'indiquait pas avec assez de clarté au moment des faits l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré »⁽³⁹⁾, de sorte que le requérant n'avait « donc pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique »⁽⁴⁰⁾. À l'appui de sa conclusion, la Cour EDH a précisé que, dans le contexte spécifique de l'interception des communications téléphoniques, l'étendue et les modalités du pouvoir d'appréciation des autorités devaient figurer en détail dans le droit interne, ce qui n'était pas suffisamment le cas en l'espèce⁽⁴¹⁾.

34. Voir p. ex. Cour EDH, 26 avril 1991, *Ezelin*, § 45.

35. Voir p. ex. Cour EDH, 30 mars 1989, *Chappell*, § 56.

36. Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times*, § 49.

37. *Ibid.*

38. Cour EDH, 30 juillet 1998, *Valenzuela Contreras*.

39. *Ibid.*, § 61.

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*, § 60.

506. Mentionnons également l'affaire *Michaud c. France*⁽⁴²⁾, relatif à la compatibilité avec l'article 8 de la CEDH des dispositions de l'Union européenne sur la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux. Cet arrêt concerne la directive 2005/60/CE⁽⁴³⁾ qui prévoit, à l'intention notamment des membres des professions juridiques indépendantes, une obligation de déclarer aux autorités compétentes toutes informations utiles en cas de soupçons de blanchiment d'argent à l'endroit d'un de leurs clients. M. Patrick Michaud, avocat, s'est plaint devant la CourEDH que les dispositions pertinentes de la loi française transposant cette directive n'étaient pas suffisamment claires pour constituer une base légale au sens de l'article 8, § 2, de la CEDH, dans la mesure où la notion de soupçon, notamment, n'y était pas définie.

507. À cet égard, la CourEDH a précisé que la notion de soupçon « relève du sens commun » et qu'un public averti tel que les avocats pouvaient difficilement prétendre ne pas être en mesure de la cerner⁽⁴⁴⁾. Ceci valait d'autant plus qu'un « avocat ayant des doutes quant à l'existence d'un « soupçon » dans un cas donné est en mesure de bénéficier à cet égard de l'assistance d'un confrère averti et expérimenté »⁽⁴⁵⁾. La clarté d'une base légale se détermine donc avant tout dans les circonstances du cas, au terme d'une analyse détaillée de la base légale en cause, du domaine concerné ainsi que de la qualité de leurs destinataires, ce qui ne rend d'ailleurs pas toujours aisée la distinction entre les exigences liées à la *clarté* et celles liées à la *précision* de la base légale.

2. – La précision de la base légale

508. Eu égard à la précision de la base légale, en effet, la CourEDH a indiqué que sa détermination « dépend dans une large mesure du texte considéré, du domaine qu'il couvre et de la qualité de ses destinataires »⁽⁴⁶⁾. Trois illustrations permettent de confirmer cette affirmation.

509. Premièrement, dans l'arrêt *Leander c. Suède*⁽⁴⁷⁾, M. Torsten Leander s'est vu refuser un emploi de technicien dans un musée naval au

42. CourEDH, 6 décembre 2012, *Michaud*.

43. Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, JO L 309, p. 15.

44. CourEDH, 6 décembre 2012, *Michaud*, § 97.

45. *Ibid.*

46. CourEDH, 26 septembre 1995, *Vogt*, § 48. Voir ég. V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Article 8 § 2 », *op. cit.*, p. 335.

47. CourEDH, 26 mars 1987, *Leander*.

motif que, au terme de mesures de contrôle du personnel, certaines de ses données personnelles mettaient en exergue un risque potentiel pour la sécurité nationale. Les données en cause avaient été collectées par le Conseil national de la police et figuraient dans un registre secret qui n'avait jamais été porté à la connaissance de ce dernier. Lors de l'examen de la prévisibilité de la base légale – *i.e.* des dispositions de l'ordonnance sur le contrôle du personnel énonçant les conditions auxquelles le Conseil national de la police pouvait stocker et communiquer des informations – la Cour EDH a relevé que « [d]ans le contexte particulier de contrôles secrets du personnel affecté à des secteurs touchant à la sécurité nationale, l'exigence de prévisibilité ne saurait cependant être la même qu'en maints autres domaines »⁽⁴⁸⁾.

510. Ainsi, dans le cas d'espèce, la Cour EDH a jugé que les dispositions en cause donnaient « des indications appropriées sur l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir, conféré aux autorités compétentes, de recueillir, enregistrer et fournir des informations dans le cadre du système de contrôle du personnel »⁽⁴⁹⁾, de sorte que la caractéristique de la précision de la base légale, requise par l'article 8, § 2, CEDH, était remplie.

511. Ensuite, dans l'arrêt *Ternovszky c. Hongrie*⁽⁵⁰⁾, la législation hongroise pertinente dissuadait les professionnels de la santé d'assister les futures mères souhaitant mettre au monde leur enfant chez elle plutôt que dans une structure hospitalière. Ayant constaté une restriction au droit fondamental protégé par l'article 8 de la CEDH, la Cour EDH a examiné la prévisibilité de la base légale hongroise en cause en prenant particulièrement en compte le contexte. Ainsi, elle a conclu que « [*i*]n the context of home birth, regarded as a matter of personal choice of the mother, this implies that the mother is entitled to a legal and institutional environment that enables her choice »⁽⁵¹⁾. Dans le cas d'espèce, cette cour a donc exigé que la prévisibilité de la base légale nationale atteigne un degré de certitude juridique⁽⁵²⁾. Dès lors, ces deux illustrations démontrent à quel point le contexte et le domaine concerné influencent sur le degré de précision exigé de la base légale en cause.

48. *Ibid.*, § 51.

49. *Ibid.*, § 56.

50. Cour EDH, 14 décembre 2010, *Ternovszky*.

51. *Ibid.*, § 24 [arrêt non traduit en français].

52. *Ibid.*, § 24 : « *For the Court, the right to choice in matters of child delivery includes the legal certainty that the choice is lawful and not subject to sanctions, directly or indirectly* ».

512. Enfin, mentionnons l'affaire *M. K. c. France*⁽⁵³⁾, dans laquelle les empreintes digitales du requérant ont été enregistrées dans un fichier automatisé d'empreintes digitales – conformément à un décret permettant leur conservation pendant 25 ans – au cours d'une procédure pénale ayant finalement été classée sans suite. Lorsque l'intéressé a requis l'effacement de ses empreintes, il s'est heurté au refus des autorités compétentes au motif que la conservation des empreintes poursuivait diverses finalités, dont celle d'exclure la participation du requérant en cas d'usurpation de son identité, d'une part, et celle de faciliter la poursuite et l'instruction des affaires dont les autorités sont saisies, d'autre part⁽⁵⁴⁾.

513. La CourEDH a cependant observé que la première de ces finalités, qui revenait à justifier le fichage de l'intégralité de la population, ne figurait pas dans les dispositions du décret litigieux⁽⁵⁵⁾ et que, dans la mesure où ledit décret ne distinguait pas parmi les crimes et délits dont le fichier automatisé était susceptible de faciliter la recherche, il englobait *de facto* toutes les infractions⁽⁵⁶⁾. Au demeurant, en ce qui concerne la durée de conservation des empreintes, la CourEDH a indiqué qu'« une telle durée est en pratique assimilable à une conservation indéfinie ou du moins, comme le soutient le requérant, à une norme plutôt qu'à un maximum »⁽⁵⁷⁾.

514. Par conséquent, en l'espèce, les modalités et les conditions de conservation de ces données figurant dans les dispositions du décret concerné n'étaient pas assez précises pour empêcher une utilisation desdites données contraire aux garanties prévues par l'article 8 de la CEDH. Eu égard à la précision requise, la CourEDH a notamment cité son arrêt *Malone c. Royaume-Uni*⁽⁵⁸⁾, dans lequel elle a affirmé que « l'exigence de prévisibilité ne saurait signifier qu'il faille permettre à quelqu'un de prévoir si et quand ses communications risquent d'être interceptées par les autorités, afin qu'il puisse régler son comportement en conséquence. Néanmoins, la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à opérer pareille atteinte secrète, et virtuellement dangereuse, au droit au respect de la vie privée et de la correspondance »⁽⁵⁹⁾.

53. CourEDH, 18 avril 2013, *M. K.*

54. *Ibid.*, §§ 12 et 14.

55. *Ibid.*, § 40.

56. *Ibid.*, § 41.

57. *Ibid.*, § 45.

58. CourEDH, 2 août 1984, *Malone*.

59. *Ibid.*, § 67.

515. Il ressort de la brève présentation qui précède que les circonstances dans lesquelles se produit une restriction à l'exercice des droits fondamentaux sont déterminantes pour examiner si la base légale en cause revêt les qualités minimales pour justifier ladite restriction. En ce sens, la Cour EDH ne se contente pas de la simple existence d'une telle base légale au titre de l'article 8, § 2, de la CEDH mais évalue sa qualité en prenant particulièrement en compte le contexte⁽⁶⁰⁾. Ainsi, si des exigences strictes de prévisibilité peuvent se justifier dans le contexte spécifique de la surveillance des télécommunications⁽⁶¹⁾, ces mêmes exigences ne seraient pas applicables, en tant que telles, aux affaires ayant trait, par exemple, à la surveillance par GPS de déplacements en public dans la mesure où cette dernière constitue « une ingérence moins importante dans la vie privée de la personne concernée »⁽⁶²⁾.

60. Voir not. Cour EDH, 24 janvier 2017, *Paradiso*, §§ 168-174.

61. Voir not. Cour EDH, 4 décembre 2008, *S et Marper*, § 99 : « dans ce contexte comme dans celui des écoutes téléphoniques, de la surveillance secrète et de la collecte secrète de renseignements, il est essentiel de fixer des règles claires et détaillées régissant la portée et l'application des mesures et imposant un minimum d'exigences concernant, notamment, la durée, le stockage, l'utilisation, l'accès des tiers, les procédures destinées à préserver l'intégrité et la confidentialité des données et les procédures de destruction de celles-ci, de manière à ce que les justiciables disposent de garanties suffisantes contre les risques d'abus et d'arbitraire ».

62. Cour EDH, 2 septembre 2010, *Uzun*, § 66.

CHAPITRE 3

LA BASE LÉGALE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE

516. Les principales caractéristiques de l’acceptation de la condition de justification qu’est la base légale, telles qu’elles ressortent de la jurisprudence de la CourEDH portant sur les seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH, ayant été rappelées, analysons à présent la jurisprudence de la CJUE relative à cette condition de justification, telle qu’elle découle de l’article 52, § 1, de la Charte. À cet égard, nous argumentons que ladite jurisprudence diverge sur certains points de celle de la CourEDH, et ce d’une façon susceptible de nuire aux objectifs visés par le principe de cohérence visé par l’article 52, § 3, de la Charte et les explications y relatives. Parmi lesdites divergences figurent notamment l’absence d’un examen quasi systématique du respect de cette condition de justification (Section 1) et une interprétation différente de ladite condition selon que la base légale en cause émane des institutions de l’Union européenne (Section 2) ou de ses États membres (Section 3).

SECTION 1. – LA MÉTHODE D’INTERPRÉTATION DE LA CJUE

517. Contrairement à la méthode d’interprétation de la CourEDH relative à l’examen quasi systématique par cette cour de la condition de justification que constitue la base légale, une analyse de la jurisprudence de la CJUE met d’emblée en exergue que cette cour n’examine pas le respect de cette condition dans l’ensemble des affaires où une violation à un droit fondamental protégé par la Charte est alléguée. Ainsi, lorsque cette cour contrôle le respect de l’article 52, § 1, de la Charte – que ce soit

expressément⁽¹⁾ ou implicitement⁽²⁾ – elle ne procède pas toujours à l'examen de la base légale sur lequel se fonde la mesure restrictive⁽³⁾, tel que les deux arrêts qui suivent le démontrent.

518. Dans son arrêt *Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd*⁽⁴⁾, la CJUE a dû déterminer si le règlement (CE) n° 44/2001⁽⁵⁾ – portant notamment sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires – permettait au juge national de refuser l'exécution d'une décision judiciaire rendue par un autre État membre dans la mesure où elle ne satisfaisait pas aux exigences de motivation découlant du droit à un procès équitable, garanti à l'article 47 de la Charte. Cette cour a fondé tout son raisonnement sur l'étendue du devoir de motivation inhérent audit droit fondamental⁽⁶⁾, mais ne s'est pas prononcée sur la qualité de la base légale en cause, soit du règlement (CE) n° 44/2001.

519. Il en a été de même dans le contexte du droit fondamental au respect de la vie privée et familiale, garanti à l'article 7 de la Charte, dans l'arrêt *J. McB*⁽⁷⁾. Dans cet arrêt, une ressortissante britannique, non mariée et mère de trois enfants, avait quitté son domicile irlandais avec ses enfants pour retourner en Angleterre, sans l'assentiment du père des enfants. Ce dernier a ouvert une procédure judiciaire en Irlande puis en Angleterre, sur le fondement du règlement (CE) n° 2201/2003⁽⁸⁾, afin de requérir le rapatriement de ses enfants en Irlande, le déplacement de ces derniers lui paraissant illicite. Cependant, dans la mesure où, selon le droit irlandais, les mères non mariées ont d'office un droit de garde sur leurs enfants – tandis que les pères doivent requérir une décision judiciaire, ce qui n'avait pas été réalisé en l'espèce – la question s'est posée de savoir si une telle législation nationale, permise au terme du règlement (CE) n° 2201/2003, ne se heurtait pas au droit fondamental à la vie privée de l'intéressé.

1. Voir not. CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, pt 59 ; CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, pts 47-48.

2. Voir not. CJUE, 1^{er} mars 2011, *Test-Achats* ; CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended* ; Tribunal, 3 octobre 2012, *Tecnimed*, pt 37.

3. S. COLELLA, « The Consistency Requirement between the ECHR and the EU Charter in the Context of Limitations of Fundamental Rights », *op. cit.*

4. CJUE, 6 septembre 2012, *Trade Agency*.

5. Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO L 12*, p. 1.

6. CJUE, 6 septembre 2012, *Trade Agency*, pts 53 et s.

7. CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*.

8. Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, *JO L 338*, p. 1.

520. En l'espèce, la CJUE a conclu que le règlement (CE) n° 2201/2003 « ne s'oppose pas à ce que le droit d'un État membre subordonne l'acquisition du droit de garde par le père d'un enfant, non marié avec la mère de ce dernier, à l'obtention par le père d'une décision de la juridiction nationale compétente lui conférant un tel droit, qui est susceptible de rendre illicite, au sens de l'article 2, point 11, de ce règlement, le déplacement de l'enfant par sa mère ou le non-retour de celui-ci »⁽⁹⁾. Bien que, dans cet arrêt, cette cour fasse abondamment référence à la jurisprudence de la CourEDH relative au droit fondamental à la vie privée rendue dans des situations analogues pour arriver à une telle conclusion, elle ne s'est nullement interrogée sur la qualité de la base légale en cause.

521. Cette absence d'examen de cette condition de justification a pour corollaire que, dans le cadre de la présente étude, une analyse réduite aux seuls arrêts où la CJUE se prononce explicitement sur cette condition lorsque le droit fondamental de la Charte en cause *correspond* à un droit fondamental garanti par la CEDH ne permettrait d'examiner qu'un faible nombre d'arrêt, d'une part, et ne reflèterait pas correctement la pratique de cette cour dans l'interprétation de cette condition de justification, d'autre part. Par conséquent, il nous semble impératif, eu égard à cette condition de justification, d'adopter une approche plus large et d'analyser, dans les deux sections suivantes, toute la jurisprudence de la CJUE portant sur l'interprétation de cette condition de justification, et ce indépendamment du droit fondamental en cause.

522. À cet égard, comme le relève Martin Borowsky, la jurisprudence de la CJUE démontre que les exigences en termes de qualité de la base légale diffèrent selon que ladite base légale est d'origine nationale ou de l'Union européenne⁽¹⁰⁾. En effet, cette cour se montre davantage encline à examiner le respect de cette condition de justification lorsque le cas d'espèce concerne un acte des institutions de l'Union européenne que lorsqu'il concerne un acte émanant d'un État membre⁽¹¹⁾. À notre sens, si ceci peut partiellement s'expliquer par la marge d'appréciation nécessairement reconnue aux autorités et juridictions nationales dans l'interprétation d'une base légale d'origine nationale⁽¹²⁾, elle n'exempte cependant pas la CJUE de tout examen de cette condition de justification en présence d'un acte de l'Union européenne.

9. CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, pt 64.

10. M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.*, p. 782 : « *Was die normative Qualität der „Gesetze“ anbetrifft, ist zwischen Akten der Union und solchen der Mitgliedstaaten zu unterscheiden, da die jeweiligen Anforderungen an das „Gesetz“ möglicherweise divergieren* ».

11. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1471.

12. Voir *infra* Partie 3, titre 4, chap. 3, section 1.

SECTION 2. – L'INTERPRÉTATION DES BASES LÉGALES DE L'UE

523. À des fins de présentation, nous distinguons la jurisprudence de la CJUE relative à cette condition de justification en présence de bases légales de l'Union européenne de droit primaire (*infra* A), d'une part, et de droit dérivé, d'autre part (*infra* B).

A. – LES BASES LÉGALES DANS LE DROIT PRIMAIRE

524. L'examen de la jurisprudence de la CJUE relative à des affaires concernant des restrictions à un droit fondamental basées directement sur une disposition du droit primaire de l'Union européenne est nécessairement bref. En effet, au terme de l'article 263, § 1, TFUE, cette cour n'a pas la compétence de contrôler la légalité ou la validité des dispositions figurant dans les traités, mais elle peut néanmoins se prononcer à titre préjudiciel sur l'interprétation des dispositions qui y sont contenues⁽¹³⁾.

525. Une illustration de la pratique de la CJUE ressort de son arrêt *Knauf Gips KG c. Commission européenne*⁽¹⁴⁾, rendu près de six mois après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et la déclaration de force contraignante de la Charte. Cette affaire portait sur une contestation, par l'entreprise Knauf, d'une décision de la Commission européenne qui la condamnait à une amende de 85,8 millions d'euros pour violation de l'article 101⁽¹⁵⁾ TFUE, qui prohibe les accords et les pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.

526. Dans cet arrêt, la deuxième chambre de la CJUE a invalidé la décision du Tribunal au sujet de l'imputabilité, à l'entreprise Knauf, des activités de l'entier du groupe Knauf. Le Tribunal concluait en effet qu'« il incombait à la requérante de réagir au cours de la procédure administrative, sous peine de ne plus pouvoir le faire, en démontrant que, malgré les éléments retenus par la Commission, l'infraction commise par les sociétés du groupe Knauf ne lui était pas imputable »⁽¹⁶⁾. La CJUE a apprécié la situation sous l'angle du droit fondamental à un recours effectif et à l'accès à un tribunal impartial, garanti à l'article 47 de la Charte et qui correspond à l'article 6 de la CEDH tout en ayant une portée plus large dans la mesure

13. Voir art. 267 TFUE.

14. CJUE, 1^{er} juillet 2010, *Knauf Gips*.

15. Ex-art. 81 TUE.

16. CJUE, 1^{er} juillet 2010, *Knauf Gips*, pt 88.

où il ne s'applique pas seulement à des contestations relatives à des droits et obligations de caractère civil⁽¹⁷⁾.

527. Cette cour a ainsi estimé que « s'agissant de l'application des articles 101 et 102 du TFUE, aucune disposition du droit de l'Union n'impose au destinataire de la communication des griefs de contester ses différents éléments de fait ou de droit au cours de la procédure administrative, sous peine de ne plus pouvoir le faire ultérieurement au stade de la procédure juridictionnelle »⁽¹⁸⁾. Fort de ce constat, la CJUE a conclu que « [e]n l'absence de base légale expressément prévue à cet effet, une telle limitation est contraire aux principes fondamentaux de légalité et de respect des droits de la défense »⁽¹⁹⁾ et a précisé que, selon l'article 52, § 1, de la Charte, « toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par celle-ci doit être prévue par la loi »⁽²⁰⁾.

528. Cette absence de tout examen de la qualité que la base légale doit revêtir afin d'être susceptible de justifier une restriction en présence de dispositions des traités ne nous semble pas surprenante. D'ailleurs, certains auteurs ont observé que la CJUE estime évident que les dispositions du droit primaire de l'Union européenne constituent une base légale suffisante au sens de l'article 52, § 1, de la Charte⁽²¹⁾. En ce sens, cette pratique fait écho à la jurisprudence initiale de la CourEDH selon laquelle la seule existence d'une base légale était suffisante à satisfaire cette condition de justification. Nous notons également que cette pratique s'est confirmée dans la jurisprudence ultérieure de la CJUE, comme l'atteste par exemple l'arrêt *Fuji Electric*⁽²²⁾.

529. Dans cette affaire, Fuji Electric avait été condamné par la Commission européenne, après avoir participé à un ensemble d'accords et de pratiques concertées interdites au titre de l'article 101 TFUE, à payer solidairement une amende de près de quatre millions d'euros. Cependant, dans la mesure où cette entreprise avait volontairement coopéré lors de la procédure administrative et reconnaissait l'imputabilité de certaines infractions, la question se posait de savoir si l'exercice de son droit de recours, en vertu de l'article 263, § 4, TFUE, devait être limité⁽²³⁾.

17. Voir les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, ad. art. 47 et 52, JOCE 303 du 14.12.2007, pp. 17 et s. Voir aussi CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, pt 32.

18. *Ibid.*, pt 89 [souligné par nous].

19. *Ibid.*, pt 91 [souligné par nous].

20. *Ibid.*, pt 91 [souligné par nous].

21. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1470.

22. Tribunal, 17 décembre 2015, *Fuji Electric*.

23. Art. 263, § 4, TFUE : « Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle

530. Se référant à l'arrêt *Knauf Gips KG c. Commission européenne*, la CJUE a estimé qu'« [e]n l'absence de base légale expressément prévue à cet effet, une telle limitation serait contraire aux principes fondamentaux de légalité et de respect des droits de la défense »⁽²⁴⁾ et a rappelé que le droit fondamental à un recours effectif « est garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et que, selon l'article 52, paragraphe 1, de cette charte, toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par celle-ci doit être prévue par la loi »⁽²⁵⁾.

B. – LES BASES LÉGALES DANS LE DROIT DÉRIVÉ

531. À titre liminaire, précisons que lorsque nous nous référons aux bases légales dans le *droit dérivé* de l'Union européenne, nous faisons essentiellement référence aux actes juridiques de l'Union européenne énoncés à l'article 288 du TFUE, à savoir les règlements (*infra* 1), les directives (*infra* 2) et les décisions (*infra* 3), à l'exception toutefois des recommandations et des avis⁽²⁶⁾. Eu égard à ces derniers, rappelons que dans la mesure où ils ne sont pas juridiquement contraignants⁽²⁷⁾, ils ne peuvent générer des obligations de protection à l'égard des institutions de l'Union européenne ou des États membres et, dès lors, constituer le fondement légal de mesures restrictives de droits fondamentaux nécessitant un examen au titre de l'article 52, § 1, de la Charte.

1. – Les règlements

532. Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la CJUE s'était prononcée sur les caractéristiques que devaient revêtir des bases légales du droit dérivé pour justifier des restrictions aux droits fondamentaux. Dans ce cadre, nous estimons que cette cour procédait à une analyse de la qualité de la base légale en cause proche de l'analyse effectuée par la CourEDH.

533. À titre illustratif, dans son arrêt *Racke* concernant le respect du droit fondamental à la vie privée, la CJUE a accordé une importance particulière au fait que le règlement concerné soit *accessible* et a estimé

est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ».

24. Tribunal, 17 décembre 2015, *Fuji Electric*, pt 159.

25. *Ibid.*

26. Voir l'art. 288, § 1, TFUE : « Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis ».

27. Voir l'art. 288, § 5, TFUE : « Les recommandations et les avis ne lient pas ».

que « attendu que le règlement n° 649/73 du 1^{er} mars 1973, qui [...] devait entrer en vigueur le jour de sa publication au Journal officiel, a été publié dans un numéro de ce dernier qui, tout en portant la date du 9 mars 1973, n'a effectivement été disponible [...] que le 12 mars 1973, date à laquelle il doit donc être considéré comme entré en vigueur »⁽²⁸⁾. De même, dans son arrêt *Könecke*⁽²⁹⁾, la CJUE a indiqué, eu égard à la *prévisibilité* de la base légale, en l'espèce l'article 4 du règlement n° 1071/68 de la Commission européenne⁽³⁰⁾, qu'« une sanction, même de caractère non pénal, ne peut être infligée que si elle repose sur une base légale claire et non ambiguë »⁽³¹⁾. Mentionnons enfin l'arrêt *Gondrand Frères*, dans lequel la CJUE a précisé que le « principe de sécurité juridique exige qu'une réglementation imposant des charges au contribuable soit claire et précise, afin qu'il puisse connaître sans ambiguïté ses droits et obligations et prendre ses dispositions en conséquence »⁽³²⁾.

534. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et la déclaration de force contraignante de la Charte, la CJUE a également dû se prononcer, à diverses reprises, sur la condition de justification que constitue le respect de la base légale dans le cadre de mesures restrictives fondées sur un règlement. Ainsi, dans son arrêt *Volker et Markus Schecke*⁽³³⁾, cette cour a examiné la compatibilité avec l'article 8 de la Charte de l'obligation de publication de données relatives aux bénéficiaires d'aides du FEAGA, prévue par l'article 44*bis* du règlement (CE) n° 1290/2005⁽³⁴⁾ et le règlement (CE) n° 259/2008⁽³⁵⁾. Elle a estimé à cet égard qu'« il est constant que l'ingérence résultant de la publication sur un site Internet de données nominatives relatives aux bénéficiaires concernés doit être regardée comme ayant été « prévue par la loi » au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la charte. En

28. CJCE, 25 janvier 1979, *A. Racke*, pt 19.

29. CJCE, 25 septembre 1984, *Karl Könecke*.

30. Règlement (CEE) n° 1071/68 de la Commission, du 25 juillet 1968, concernant les modalités d'application de l'octroi d'aides au stockage privé dans le secteur de la viande bovine, *JO L 180*, p. 19.

31. CJCE, 25 septembre 1984, *Karl Könecke*, pt 11.

32. CJCE, 9 juillet 1981, *Gondrand Frères*, pt 17.

33. CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*.

34. Règlement (CE) n° 1290/2005 du Conseil, du 21 juin 2005, relatif au financement de la politique agricole commune, *JO L 209*, p. 1, tel que modifié par le règlement (CE) n° 1437/2007 du Conseil, du 26 novembre 2007, *JO L 322*, p. 1.

35. Règlement (CE) n° 259/2008 de la Commission du 18 mars 2008 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 1290/2005 du Conseil en ce qui concerne la publication des informations relatives aux bénéficiaires de fonds en provenance du Fonds européen agricole de garantie (FEAGA) et du Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader), *JO L 76*, p. 28.

effet, les articles 1^{er}, paragraphe 1, et 2 du règlement n° 259/2008 prévoient expressément une telle publication »⁽³⁶⁾.

535. Dans cet arrêt, la CJUE ne fournit aucune indication sur les éventuelles caractéristiques que devrait revêtir le règlement en cause afin d'être suffisant pour justifier une restriction à un droit fondamental⁽³⁷⁾. À notre sens, cette démarche interpelle car, d'une part, elle peut être perçue comme se distanciant – sans raisons apparentes – des arrêts rendus avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et, d'autre part, la CJUE y a pourtant expressément cité l'article 52, § 3, de la Charte et y a rappelé l'importance de la CEDH en affirmant que « les limitations susceptibles d'être légitimement apportées au droit à la protection des données à caractère personnel, correspondent à celles tolérées dans le cadre de l'article 8 de la CEDH »⁽³⁸⁾.

536. Par ailleurs, cette pratique est d'autant plus surprenante si on l'a met en perspective avec celle de la CourEDH dans une situation analogue relative à la publication d'informations relatives au travail d'employés au service du renseignement des États ayant occupé l'Estonie, conformément à la loi estonienne sur la divulgation⁽³⁹⁾. En effet, dans ce contexte, la CourEDH a procédé à une analyse de la qualité de la loi estonienne, en observant notamment que « *the interference in question was based on the Disclosure Act that had been adopted by the Riigikogu and published according to the rules in force* » et que « *the law was sufficiently clear to enable those affected to foresee the consequences it entailed* »⁽⁴⁰⁾.

537. Certes, le règlement (CE) n° 259/2008 en cause dans l'affaire *Volker et Markus Schecke* prévoyait la possibilité d'une publication de données à caractère personnel susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux protégés par l'article 8 de la Charte. Toutefois, à notre sens, sa seule existence ne peut suffire à satisfaire la condition de justification que constitue la base légale, car elle ne suffit pas à garantir l'objectif de sécurité et de prévisibilité du droit. Nous argumentons ainsi que lesdits objectifs poursuivis par cette condition de justification ne peuvent être assurés qu'au travers d'un examen des caractéristiques dudit règlement – à l'instar de

36. CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*, pt 66.

37. D'autres arrêts, rendus ultérieurement, suivent le même schéma de résolution, *i.e.* s'abstiennent de toutes observations sur le respect de la condition de justification qu'est la base légale. Voir not. Tribunal, 29 novembre 2012, *Thesing et Bloomberg*, pt 76 ; CJUE, 17 octobre 2013, *Michael Schwarz*, pt 35 ; CJUE, 5 mai 2011, *Deutsche Telekom*, pts 51 et s.

38. CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*, pt 52.

39. CourEDH, 3 septembre 2015, *Sõro*.

40. *Ibid.*, § 57 [arrêt non traduit en français]. Notons que cet arrêt a été rendu après l'arrêt de la CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*, mais l'analyse de la qualité de la base légale qui y est effectuée est constante dans la jurisprudence de la CourEDH.

celui mené par la CourEDH dans l'affaire *Sõro c. Estonie* – lui permettant de conclure que ledit règlement constitue une base légale suffisante au sens de l'article 52, § 1, de la Charte.

538. Une autre illustration de l'approche de la CJUE dans le domaine du droit fondamental au respect de la vie privée, garanti par les articles 7 et 8 de la Charte, se reflète dans l'arrêt *Michael Schwarz c. Stadt Bochum*⁽⁴¹⁾. Dans cette affaire, les autorités allemandes avaient refusé de délivrer un passeport à un ressortissant allemand sans que ses empreintes digitales ne soient concomitamment relevées aux fins d'être stockées sur ledit passeport, conformément aux exigences du règlement (CE) n° 2252/2004⁽⁴²⁾. La CJUE a ainsi reconnu que le prélèvement et la conservation d'empreintes digitales régis par l'article 1, § 2, dudit règlement constituaient une restriction à l'exercice des droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel⁽⁴³⁾.

539. Cette cour a ensuite examiné si cette restriction pouvait être justifiée au regard de l'article 52, § 1, de la Charte et a conclu, sans davantage de précision, que « la limitation qui résulte du prélèvement et de la conservation d'empreintes digitales dans le cadre de la délivrance de passeports doit être considérée comme étant prévue par la loi, au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, dès lors que l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement n° 2252/2004 prévoit ces opérations »⁽⁴⁴⁾.

540. S'agissant de cette affaire, nous relevons néanmoins que dans ses conclusions⁽⁴⁵⁾, l'Avocat général Paolo Mengozzi a été plus explicite que la CJUE et a précisé que la mesure restreignant les droits fondamentaux de l'intéressé remplissait la condition de justification qu'est la base légale en ce que l'article 1, § 2, du règlement n° 2252/2004 répondait « aux exigences d'accessibilité, de clarté et de prévisibilité, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme »⁽⁴⁶⁾. Par conséquent, si l'arrêt de la CJUE brille par son absence de toute mention de l'article 52, § 3, de la Charte, par l'absence de prise en compte de la jurisprudence de la CourEDH rendue dans des situations analogues ou encore par l'absence

41. CJUE, 17 octobre 2013, *Michael Schwarz*.

42. Règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil, du 13 décembre 2004, établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres, *JO L 385*, p. 1, tel que modifié par le règlement (CE) n° 444/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 6 mai 2009, *JO L 142*, p. 1, et rectificatif *JO L 188*, p. 127.

43. CJUE, 17 octobre 2013, *Michael Schwarz*.

44. *Ibid.*, pt 35.

45. Av. gén. MENGOZZI, 13 juin 2013, *Michael Schwarz*.

46. *Ibid.*, pt 43.

d'établissement de connexions positives avec cette dernière, nous argumentons que les conclusions de l'Avocat général démontrent qu'une autre interprétation de cette condition de justification était parfaitement envisageable et conforme aux exigences du principe de cohérence visé par cette disposition.

541. Au demeurant, la pratique de la CJUE visant à s'abstenir d'examiner les caractéristiques des bases légales en cause lorsqu'elles consistent en des règlements se vérifie également à l'égard de restrictions à d'autres droits fondamentaux que celui à la vie privée, tel que le droit fondamental à la liberté d'expression garanti à l'article 11 de la Charte, comme en témoigne notamment l'arrêt *Neptune Distribution SNC c. Ministre de l'Économie et des Finances*⁽⁴⁷⁾. Dans cet arrêt, la CJUE s'est prononcée sur la compatibilité avec la Charte de l'interdiction de faire figurer sur les emballages, les étiquettes et dans la publicité des eaux minérales naturelles toute allégation ou mention faisant référence à une faible teneur en sodium qui est susceptible d'induire le consommateur en erreur quant à cette teneur.

542. À ce propos, la CJUE a, à nouveau, conclu, sans examen approfondi, que ladite restriction « est prévue par la loi, à savoir par l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 1924/2006, lu en combinaison avec l'annexe de ce règlement, et l'article 9, paragraphe 2, de la directive 2009/54, lu en combinaison avec l'annexe III de cette directive »⁽⁴⁸⁾. Au vu de ce qui précède, la CJUE semble donc considérer que les dispositions contenues dans des règlements de l'Union européenne contiennent inéluctablement les qualités requises pour justifier des mesures restrictives de droits fondamentaux, et ce sans qu'un examen approfondi de leurs caractéristiques ne soit requis⁽⁴⁹⁾.

2. – Les directives

543. Eu égard aux actes de droit dérivé que constituent les directives, relevons que, quelques mois après l'arrêt *Volker et Markus Schecke* qui concernait la validité d'un règlement de l'Union européenne, la CJUE a examiné une directive constituant la base légale sur laquelle des mesures nationales restrictives de droits fondamentaux avaient été adoptées. En effet, dans son arrêt *Test-Achats ASBL*⁽⁵⁰⁾, la CJUE a dû interpréter la

47. CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*.

48. *Ibid.*, pt 69.

49. En ce sens, voir ég. CJUE, 14 septembre 2017, *K.*, pt 37 ; CJUE, 5 juillet 2017, *Werner Fries*, pt 37.

50. CJUE, 1^{er} mars 2011, *Test-Achats*.

directive 2004/113/CE⁽⁵¹⁾ mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

544. À ce propos, l'article 5, § 2, de la directive 2004/113/CE prévoit une exception à l'égalité de traitement dans le calcul des primes et des prestations aux fins de services d'assurances et financiers lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques. Après avoir rappelé la teneur des articles 21 et 23 de la Charte⁽⁵²⁾, portant respectivement sur le droit à la non-discrimination et l'égalité entre femme et homme, la CJUE a rappelé que l'article 5, § 2, de ladite directive y était désigné comme une « dérogation »⁽⁵³⁾. Ainsi, aux yeux de cette cour, cette directive « est fondée sur la prémisse selon laquelle, aux fins de l'application du principe d'égalité de traitement des femmes et des hommes consacré aux articles 21 et 23 de la charte, les situations respectives des femmes et des hommes à l'égard des primes et des prestations d'assurances contractées par eux sont comparables »⁽⁵⁴⁾. Fort de ce constat, elle a estimé qu'il existait « un risque que la dérogation à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes prévue à l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/113 soit indéfiniment permise par le droit de l'Union »⁽⁵⁵⁾. Par conséquent, ce risque a poussé la CJUE à conclure que cet article était incompatible avec les articles 21 et 23 de la Charte dans la mesure où ils permettaient de maintenir ladite dérogation « sans limitation dans le temps »⁽⁵⁶⁾.

545. Bien que le Traité de Lisbonne n'était pas encore en vigueur au moment de la saisine de la CJUE dans l'arrêt *Test-Achats ASBL*, cette cour a développé son argumentaire essentiellement par rapport à la Charte⁽⁵⁷⁾, ce qui nous permet de formuler les deux observations suivantes. D'une part, elle semble se distancier de sa jurisprudence relative aux règlements en reconnaissant certaines caractéristiques que doivent revêtir les dispositions des directives pour être susceptibles de fonder des mesures restrictives de droits fondamentaux. D'autre part, cependant, nous relevons également que cet arrêt ne cite ni l'article 52, § 3, de la Charte ni la jurisprudence de

51. Directive 2004/113/CE du Conseil, du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, *JO L 373*, p. 37.

52. CJUE, 1^{er} mars 2011, *Test-Achats*, pt 17.

53. *Ibid.*, pt 30.

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*, pt 31.

56. *Ibid.*, pt 32.

57. Pour un commentaire de cet arrêt, voir p. ex. L. BURGORGUE-LARSEN, « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2011) », *Revue du droit public*, 2012, n° 6, pp. 1724-1763, p. 1726.

la CourEDH à l'appui de son examen de la qualité des dispositions de la directive en cause.

546. La pratique de la CJUE semble toutefois se préciser ultérieurement, notamment dans l'arrêt *Digital Rights Ireland Ltd*⁽⁵⁸⁾ concernant l'enregistrement et la conservation de certaines données découlant de communications électroniques effectuées avec un téléphone portable appartenant à la société Digital Rights Ltd sur la base de la législation nationale transposant la directive 2006/24/CE⁽⁵⁹⁾. Les articles 3 à 6 de ladite directive imposent en effet aux États membres de conserver des données relatives, notamment, aux sources et aux destinataires d'appels téléphoniques et de les transmettre aux autorités nationales compétentes pendant une durée minimale de six mois et maximale de deux ans. Plus précisément, la directive 2006/24/CE comprend une obligation générale à l'endroit des États membres de prendre les mesures nécessaires pour que les données conservées soient transmises aux autorités compétentes, sans préciser les modalités ou les limites desdites transmissions.

547. Dans son arrêt, la CJUE a invalidé la directive 2006/24/CE au motif qu'elle excédait les limites qu'impose la proportionnalité au regard des articles 7, 8 et 52, § 1, de la Charte. Cet arrêt mettant, certes, largement l'accent sur la condition de justification que constitue la proportionnalité⁽⁶⁰⁾, cette cour y formule néanmoins d'intéressantes observations sur la condition de justification qu'est la base légale. Ainsi, la CJUE a indiqué que la réglementation de l'Union européenne « doit prévoir des règles *claires* et *précises* régissant la portée et l'application de la mesure en cause et imposant un minimum d'exigences de sorte que les personnes dont les données ont été conservées disposent de garanties suffisantes permettant de protéger efficacement leurs données à caractère personnel contre les risques d'abus ainsi que contre tout accès et toute utilisation illicites de ces données »⁽⁶¹⁾.

548. De plus, la CJUE a évalué la qualité des dispositions de la directive en cause en prenant particulièrement en compte le contexte⁽⁶²⁾ et s'est expressément référée à la jurisprudence de la CourEDH. Elle a ainsi

58. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*.

59. Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, *JO L 105*, p. 54.

60. Voir *infra*, Partie 3, titre 4.

61. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, § 54 [souligné par nous].

62. *Ibid.*, pt 53.

notamment cité les arrêts *S. et Marper c. Royaume-Uni*⁽⁶³⁾ et *M. K. c. France*, mentionnés ci-dessus, à l'appui de son analyse⁽⁶⁴⁾. Ainsi, dans le même sens que l'avait jugé la CourEDH dans ce dernier arrêt, la CJUE a estimé qu'en l'espèce, le caractère général de la directive 2006/24/CE et le fait que la conservation des données ne subisse aucune exception, ne soit soumise à aucun contrôle juridictionnel ou encore que la détermination de sa durée effective ne se fonde sur aucun critère objectif⁽⁶⁵⁾, rendait nécessairement ladite directive invalide.

549. Il est intéressant de relever, au demeurant, que dans cette affaire, l'Avocat général Pedro Cruz Villalón a abouti au même constat d'invalidité de la directive 2006/24/CE mais en usant d'un raisonnement légèrement différent. Pour ce dernier, en effet, ladite affaire soulevait la question de savoir « si les limitations à l'exercice des droits fondamentaux que la directive 2006/24 comporte s'accompagnent de l'indispensable degré de détail que doivent présenter les garanties dont de telles limitations doivent être assorties »⁽⁶⁶⁾. Autrement dit pour ce dernier, bien qu'il incombe aux États membres de spécifier le cadre dans lequel la conservation des données doit être effectuée afin d'encadrer les restrictions aux droits fondamentaux, le législateur de l'Union européenne « doit jouer un rôle directeur »⁽⁶⁷⁾ et ne peut totalement abandonner aux États membres le soin de définir les garanties de nature à justifier ladite conservation⁽⁶⁸⁾.

550. Il ressort dès lors des lignes qui précèdent qu'en égard aux directives *qua* bases légales au titre desquelles sont adoptées des mesures restrictives de droits fondamentaux, la CJUE ne se contente pas de leur simple *existence* pour admettre que la condition de justification prévue à l'article 52, § 1, de la Charte est satisfaite. Bien au contraire, cette cour procède à un examen de leur *qualité* en se référant expressément à la jurisprudence diachronique et synchronique de la CourEDH rendue dans des affaires analogues⁽⁶⁹⁾.

551. Une spécificité propre à la nature de l'Union européenne et mise en exergue par l'Avocat général Cruz Villalón nécessite toutefois d'être dûment prise en considération par la CJUE lors de son interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte. En effet, les exigences de *clarté* et de *précision*

63. CourEDH, 4 décembre 2008, *S et Marper*.

64. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, pts 54 et 55.

65. *Ibid.*, pts 57 à 65.

66. Av. gén. CRUZ VILLALÓN, 12 décembre 2013, *Digital Rights Ireland*, pt 111.

67. *Ibid.*, pt 117.

68. *Ibid.*, pts 120 et 123.

69. Plus récemment, voir ég. CJUE, 14 septembre 2017, *K.*, pt 35.

inhérentes à la caractéristique de la prévisibilité d'une base légale et ayant une acception équivalente entre la CourEDH et la CJUE dans l'interprétation des directives de l'Union européenne, s'apprécie *in concreto* en prenant particulièrement en compte le domaine concerné. Dès lors, lorsque des dispositions d'une directive ayant un impact sur les droits fondamentaux de certaines personnes sont adoptées – en particulier lorsqu'elles concernent des domaines particulièrement délicats tels que la collecte ou la transmission de données sensibles – les modalités au terme desquelles lesdites dispositions peuvent impacter sur lesdits droits devraient figurer dans ladite directive et ne pas être laissées à la libre appréciation des États membres.

552. Nous argumentons en effet qu'une telle liberté d'appréciation est nécessaire à l'endroit des États parties à la CEDH au vu du seuil de protection minimal que garantit la CEDH et du rôle subsidiaire de la CourEDH dans son contrôle. Néanmoins, la nature de l'Union européenne et la division des compétences qui la caractérise, de même que la spécificité de l'instrument juridique qu'est la directive, nous semble devoir être pris en compte lors de l'interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte. Ainsi, la CJUE se doit, selon nous, de garder ces spécificités à l'esprit lorsqu'elle veille à mettre à œuvre de façon effective le principe de cohérence, le cas échéant en spécifiant sa jurisprudence par rapport à celle de la CourEDH en ce sens que la liberté d'appréciation qu'une directive laisse aux instances nationales quant à la forme et aux moyens de la transposition⁽⁷⁰⁾ ne doit pas porter sur des éléments essentiels relatifs aux restrictions des droits fondamentaux, ces éléments devant être présents dans la directive.

3. – Les décisions

553. En ce qui concerne les actes de droit dérivé de l'Union européenne que constituent les décisions, force est de préciser, à titre liminaire, qu'une partie de la littérature juridique estime que, contrairement aux règlements et aux directives, elles n'ont pas la portée générale nécessaire pour constituer des bases légales susceptibles de justifier des restrictions aux droits fondamentaux, au sens de l'article 52, § 1, de la Charte⁽⁷¹⁾. Nous nous distancions toutefois de tels auteurs pour deux raisons principales.

70. Art. 288, § 3, TFUE.

71. B. SCHNEIDERS, *Die Grundrechte der EU und die EMRK. Das Verhältnis zwischen ungeschriebenen Grundrechten, Grundrechtecharta und Europäischer Menschenrechtskonvention*, op. cit., pp. 197-198 : « Somit kommen im Sekundärrecht nur

554. D'une part, et comme déjà relevé ci-dessus⁽⁷²⁾, la CJUE a privilégié un concept matériel de l'acception de la base légale, de sorte que la portée générale découlant des actes émanant de la procédure législative – au sens de l'article 294 TFUE – n'est pas un prérequis nécessaire. Ceci vaut à plus forte raison qu'au terme de l'article 297, § 2, du TFUE, les institutions de l'Union européenne peuvent également adopter des règlements, directives et décisions ne revêtant pas de nature législative tout en ayant une portée générale.

555. D'autre part, une décision est obligatoire dans tous ses éléments – à tout le moins envers ses destinataires⁽⁷³⁾ – et, par conséquent, est susceptible d'engendrer des obligations qui peuvent entrer en conflit avec d'autres obligations découlant du besoin de protection de droits fondamentaux garantis par la Charte. À ce propos, précisons que même les décisions qui n'indiquent pas expressément leurs destinataires ne doivent pas d'emblée se voir exclure la possibilité de constituer des bases légales au sens de l'article 52, § 1, de la Charte dans la mesure où les destinataires doivent uniquement être *identifiables*⁽⁷⁴⁾.

556. Au demeurant, la possibilité pour une décision de l'Union européenne de constituer une base légale au sens de l'article 52, § 1, de la Charte a été concrétisée dans le domaine de la politique étrangère et de la sécurité commune⁽⁷⁵⁾, comme l'illustrent les arrêts *Al Matri c. Conseil de l'UE*⁽⁷⁶⁾ et *Mohamed Trabelsi et al. c. Conseil de l'UE*⁽⁷⁷⁾. Ces affaires, rendues le même jour, ont toutes deux trait aux événements politiques survenus en Tunisie lors du printemps arabe, entre décembre 2010 et janvier 2011. Dans ce contexte, le Conseil de l'Union européenne a adopté en janvier 2011 la décision 2011/72/PESC, comportant des mesures restrictives à l'encontre des personnes responsables du détournement de fonds publics tunisiens.

557. Plus spécifiquement, l'article 1^{er} de la décision 2011/72/PESC prévoyait le gel des capitaux appartenant à toutes personnes responsables du détournement desdits fonds dont le nom figurait sur une annexe à ladite

Verordnungen und Richtlinien als geeignete Rechtsgrundlagen für Grundrechtseingriffe im Rahmen des Vollzugs durch Einrichtungen der Union beziehungsweise durch die Mitgliedstaaten in Frage ».

72. Voir not. R. SCHÜTZE, *An Introduction to European Law*, op. cit.

73. Art. 288, § 4, TFUE : « La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci ».

74. Voir *supra* Partie 1, titre 1.

75. Voir le chap. 2 TUE, et not. les art. 25 et 31, § 2, TUE, qui permettent au Conseil de l'UE d'adopter des décisions à la majorité qualifiée dans le domaine de la PESC.

76. Tribunal, 28 mai 2013, *Al Matri*.

77. Tribunal, 28 mai 2013, *Mohamed Trabelsi*.

décision. Sur la base de cette décision, le Conseil de l'Union européenne a également adopté, en février 2011, la décision d'exécution 2011/79/PESC, qui modifiait l'annexe de la décision 2011/72/PESC afin d'y faire figurer les noms des intéressés, au motif qu'ils faisaient l'objet d'une enquête des autorités tunisiennes pour des opérations de blanchiment d'argent⁽⁷⁸⁾. Dans la mesure où la décision d'exécution 2011/79/PESC les visait nominativement, les requérants en ont demandé l'annulation.

558. Ainsi, dans l'affaire *Mohamed Trabelsi et al. c. Conseil de l'UE*, le Tribunal a examiné l'argument du requérant selon lequel la décision d'exécution 2011/72/PESC restreignait son droit fondamental de propriété, garanti par l'article 17 de la Charte, sans pour autant qu'elle repose sur une base légale au sens de l'article 52, § 1, de ladite Charte. Ce tribunal a notamment fait référence à l'arrêt de la CJUE rendu dans l'affaire *Knauf Gips KG*⁽⁷⁹⁾ en rappelant les conditions de justification de l'article 52, § 1, de la Charte⁽⁸⁰⁾, puis a précisé que « la limitation à l'exercice du droit de propriété du premier requérant, par la décision attaquée, n'est légale que si cette décision dispose d'une base légale. Pour vérifier si tel est le cas, il convient, tout d'abord, de déterminer les rapports que la décision attaquée et la décision 2011/72/PESC entretiennent entre elles »⁽⁸¹⁾.

559. Lors de l'examen des rapports entre les deux décisions concernées, le Tribunal a poursuivi son raisonnement en examinant, d'une part, l'objectif poursuivi par l'article 1^{er} de la décision 2011/72/PESC – à savoir celui de geler l'ensemble des avoirs détenus par les personnes responsables du détournement de fonds publics tunisiens⁽⁸²⁾ – et, d'autre part, la raison pour laquelle le requérant a été inscrit sur la liste annexée à la décision 2011/72/PESC, à savoir le « blanchiment d'argent »⁽⁸³⁾. Ce tribunal a ainsi relevé que « force est de constater que, ainsi défini, le « blanchiment d'argent » ne correspond pas aux seuls agissements permettant de dissimuler l'origine illicite d'avoirs issus de détournements de fonds publics »⁽⁸⁴⁾ et, dès lors, a conclu ainsi que « la décision attaquée a inclus le premier requérant au nombre des personnes dont les avoirs devaient être gelés en vertu de la

78. *Ibid.*, pt 9 ; Tribunal, 28 mai 2013, *Al Matri*, pt 9.

79. CJUE, 1^{er} juillet 2010, *Knauf Gips*.

80. Tribunal, 28 mai 2013, *Mohamed Trabelsi*, pts 77-81.

81. *Ibid.*, pt 84.

82. *Ibid.*, pt 91.

83. *Ibid.*, pt 93.

84. *Ibid.*, pt 95.

décision 2011/72, en faisant application d'un critère autre que celui prévu à l'article 1^{er}, paragraphe 1, de cette dernière décision »⁽⁸⁵⁾.

560. Autrement dit, le Tribunal a jugé que le libellé, clair et précis, de l'article 1^{er} de la décision 2011/72/PESC, n'avait pas été respecté par la décision d'exécution 2011/79/PESC, de sorte que « la limitation de l'exercice, par le premier requérant, du droit de propriété, que cette décision implique, ne peut être regardée comme étant prévue par la loi au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux »⁽⁸⁶⁾. Il a abouti à une conclusion similaire dans l'arrêt *Al Matri c. Conseil de l'Union européenne*, en estimant que, compte tenu du fait que « la décision 2011/79 a inclus le requérant au nombre des personnes dont les avoirs devaient être gelés en vertu de la décision 2011/72, en faisant application d'un critère autre que celui prévu à l'article 1^{er}, paragraphe 1, de cette dernière décision »⁽⁸⁷⁾, la décision 2011/79 devait être annulée en ce qu'elle visait le requérant⁽⁸⁸⁾.

561. Nonobstant le fait que, dans ces deux arrêts, le Tribunal ne mentionne pas l'article 52, § 3, de la Charte et ne se réfère pas à la jurisprudence de la CourEDH, il procède néanmoins à une analyse minutieuse des caractéristiques de la décision en cause – en prêtant une attention particulière à sa clarté et sa précision – et admet qu'une décision puisse constituer une base légale suffisante pour restreindre un droit fondamental de la Charte.

SECTION 3. – L'INTERPRÉTATION DES BASES LÉGALES DES ÉTATS MEMBRES

562. Dans la mesure où la présente étude s'intéresse à la protection des droits fondamentaux *dans* l'Union européenne, *i.e.* elle prend en compte également le contexte national dans lequel s'inscrivent les droits fondamentaux⁽⁸⁹⁾, nous ne pouvons faire l'économie de quelques considérations sur l'interprétation par la CJUE de la condition de justification que constitue la base légale, énoncée à l'article 52, § 1, de la Charte, lorsque ladite base légale est d'origine nationale. Rappelons néanmoins que seules les bases légales nationales mettant en œuvre le

85. *Ibid.*, pt 96.

86. *Ibid.*

87. Tribunal, 28 mai 2013, *Al Matri*, pt 50.

88. *Ibid.*, pt 74.

89. Voir *supra*, Introduction.

droit de l'Union européenne, au sens de l'article 51, § 1, de la Charte, sont pertinentes pour la présente étude⁽⁹⁰⁾.

563. Dans ce contexte, deux arrêts rendus par la CJUE permettent d'illustrer la pratique de cette cour en la matière. Premièrement, mentionnons l'arrêt *WebMindLicenses Kft*⁽⁹¹⁾, dans lequel la CJUE a examiné si le droit de l'Union européenne s'opposait à ce que, pour établir l'existence d'une pratique abusive contraire à la directive TVA⁽⁹²⁾, l'administration fiscale hongroise utilise des preuves obtenues à l'insu de l'assujéti dans le cadre d'une procédure pénale parallèle non encore clôturée, preuves constituées *in casu* d'interceptions de télécommunications et de saisies de courriers électroniques. La législation hongroise mettant en œuvre la directive TVA, au sens de l'article 51, § 1, de la Charte, permettait en effet une telle transmission et utilisation⁽⁹³⁾.

564. Après avoir relevé que le droit de l'Union européenne ne s'opposait pas à la transmission puis à l'utilisation, par l'administration fiscale, de preuves obtenues dans le cadre d'une procédure pénale en cours, la CJUE a précisé qu'elles devaient s'exercer « sous réserve du respect des droits garantis par le droit de l'Union, spécialement par la Charte »⁽⁹⁴⁾. À cet égard, elle a rappelé la teneur de l'article 52, § 1, de la Charte⁽⁹⁵⁾ et a souligné que le droit fondamental à la vie privée garanti aux articles 7 et 8 de la Charte *correspondait* à l'article 8 de la CEDH, au sens de l'article 52, § 3, de la Charte, en citant notamment son arrêt *J. McB.*⁽⁹⁶⁾ à cet égard. Elle a enfin formulé les observations suivantes à l'attention de la juridiction de renvoi : « la base légale qui permet l'utilisation des preuves mentionnées au point précédent par l'administration fiscale doit être suffisamment claire et précise et que, en définissant elle-même la portée de la limitation de l'exercice du droit garanti par l'article 7 de la Charte, elle offre une certaine protection contre d'éventuelles atteintes arbitraires de cette administration »⁽⁹⁷⁾.

90. Voir p. ex. CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, pt 19. Voir ég. CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, pt 72 : « Ainsi, en l'occurrence, si la juridiction de renvoi considère, à la lumière des circonstances des litiges au principal, que la situation des requérants au principal relève du droit de l'Union, elle devra examiner si le refus du droit de séjour de ces derniers porte atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale prévu à l'article 7 de la charte. En revanche, si elle considère que ladite situation ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, elle devra faire un tel examen à la lumière de l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH ».

91. CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*.

92. Directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, JO L 347, p. 1, ci-après la « directive TVA ».

93. CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, pt 67.

94. *Ibid.*, pt 68.

95. *Ibid.*, pt 69.

96. *Ibid.*, pt 70.

97. *Ibid.*, pt 81.

565. Il est intéressant de relever qu'à l'appui de ses observations, la CJUE a expressément cité les arrêts *Malone c. Royaume-Uni*⁽⁹⁸⁾ et *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*⁽⁹⁹⁾ de la CourEDH⁽¹⁰⁰⁾. Ce dernier arrêt rendu en 2010 reprend, en substance, les arguments développés dans l'arrêt *Malone c. Royaume-Uni* résumé ci-dessus lors de la présentation de l'affaire *M. K. c. France*⁽¹⁰¹⁾. Par conséquent, l'arrêt *WebMindLicenses Kft* démontre que la CJUE invite les États membres à procéder à un examen du respect de la condition de justification qu'est la base légale qui soit équivalent à celui de la CourEDH dans la mesure où il doit porter sur les caractéristique de cette dernière.

566. Deuxièmement, présentons brièvement l'arrêt *Scarlet Extended SA*⁽¹⁰²⁾, et en particulier les conclusions de l'Avocat général Pedro Cruz Villalón rendues dans cette affaire⁽¹⁰³⁾. Dans ladite affaire, la société belge SABAM, représentant des auteurs et compositeurs d'œuvres musicales, a constaté que des internautes utilisant les services de Scarlet – un fournisseur d'accès à internet – téléchargeaient des œuvres de son catalogue sans autorisation et sans s'acquitter des droits d'auteur. Dès lors, cette société a requis des juridictions belges compétentes une injonction au terme laquelle Scarlet devait notamment être contraint de bloquer toute forme d'envoi ou de réception de fichiers comprenant une œuvre musicale sans l'autorisation des ayants droit, *i.e.* que Scarlet établisse une forme de filtrage.

567. La législation belge relative aux droits d'auteur, transposant les directives 2001/29/CE⁽¹⁰⁴⁾ et 2004/48/CE⁽¹⁰⁵⁾, prévoyait en effet la possibilité d'une « injonction de cessation à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin »⁽¹⁰⁶⁾. Cependant, dans cette affaire, la CJUE n'a pas examiné si cette législation belge respectait la condition de justification qu'est la base légale mais a focalisé toute son analyse sur le respect d'une autre condition

98. CourEDH, 2 août 1984, *Malone*.

99. CourEDH, 12 janvier 2010, *Gillan et Quinton*.

100. CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, pt 81.

101. CourEDH, 18 avril 2013, *M. K.*

102. CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*.

103. Av. gén. CRUZ VILLALÓN, 14 avril 2011, *Scarlet Extended*.

104. Directive du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JO L 167, p. 10.

105. Directive du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JO L 157, p. 45, et rectificatifs, JO L 195, p. 16 et JO L 204, p. 27.

106. CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, pt 13.

de justification, à savoir la proportionnalité, contrairement aux conclusions de l'Avocat général Pedro Cruz Villalón.

568. Ce dernier a en effet minutieusement rappelé l'interprétation de la condition de justification qu'est la base légale réalisée par la CourEDH et a indiqué que, dans le cadre de la CEDH, « la portée de la notion de prévisibilité et d'accessibilité de la loi dépendait dans une large mesure du contenu du texte en cause, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires »⁽¹⁰⁷⁾. Par la suite, cet avocat général a précisé que cette « jurisprudence doit être prise en considération par la Cour dans l'interprétation de la portée des dispositions correspondantes de la charte »⁽¹⁰⁸⁾. Enfin, lors de son analyse du respect proprement dit, dans le cas concret, de cette condition de justification, il a spécifié que les « exigences découlant de la « qualité de la loi » au sens de la CEDH et, désormais, de la charte »⁽¹⁰⁹⁾, devaient être respectées.

569. L'Avocat général Pedro Cruz Villalón a dès lors estimé qu'en l'espèce, l'exigence de mettre en place un système de filtrage était si caractérisée, singulière et inattendue « qu'elle ne saurait être admise qu'à la condition d'être prévue de façon expresse, préalable, claire et précise, dans une « loi » au sens de la charte »⁽¹¹⁰⁾. *In casu*, ce dernier a estimé que « la conclusion qui s'impose est donc que la disposition en cause du droit national ne peut, au regard des articles 7, 8 et 11 de la charte et en particulier des exigences tenant à la « qualité de la loi » et, plus largement des exigences de la prééminence du droit, être considérée comme une base légale suffisante pour adopter une mesure d'injonction imposant un système de filtrage et de blocage comme celui exigé dans l'affaire au principal ».

570. En conséquence, nous estimons que contrairement à l'arrêt *WebMindLicenses Kft*, l'arrêt *Scarlet Extended* met en exergue une certaine retenue de la part de la CJUE à soumettre les bases légales d'origine nationale à un examen de leur qualité⁽¹¹¹⁾, contrairement à l'opinion défendue par l'Avocat général Pedro Cruz Villalón. À cet égard, nous argumentons que si une telle approche peut se concevoir, elle met en exergue une divergence entre l'approche de la CJUE et de la CourEDH susceptible de contrevenir

107. *Ibid.*, pt 98.

108. *Ibid.*, pt 100.

109. *Ibid.*, pt 103.

110. *Ibid.*, pt 105.

111. Pour une autre illustration, voir not. CJUE, 27 septembre 2017, *Peter Puškár*, pt 89, où cette cour s'en remet à la juridiction de renvoi quant à la qualité de la base légale nationale en cause.

aux exigences découlant du principe de cohérence visé à l'article 52, § 3, de la Charte et dans les explications y relatives.

571. En effet, dans la mesure où la Charte ne s'applique aux États membres que dans le cadre de l'adoption d'actes nationaux visant à mettre en œuvre le droit de l'Union européenne – telle que la transposition de directives – lesdits États jouissent inéluctablement d'une certaine discrétion dans le choix des mesures à adopter, discrétion que la CJUE respecte en diminuant le degré de son contrôle. Or, dans le contexte de la CEDH, la Cour EDH ne connaît pas une telle limitation de son contrôle des mesures nationales. Par conséquent, les caractéristiques inhérentes à la nature de l'Union européenne rendent possibles des contradictions jurisprudentielles entre ces deux cours.

CHAPITRE 4

LES DIVERGENCES ET PROPOSITIONS D'INTERPRÉTATION COHÉRENTE

572. La jurisprudence de la CJUE examinée ci-dessus relative aux différentes situations dans lesquelles cette cour a été invitée à interpréter la condition de justification que constitue la base légale, énoncée à l'article 52, § 1, de la Charte, nous permet d'identifier certaines divergences avec la pratique de la CourEDH⁽¹⁾. Ces dernières concernent tant la méthode suivie lors de l'examen du respect de ladite condition (Section 1) que l'interprétation proprement dite de celle-ci (Section 2) et nous semblent susceptibles de contrevenir aux exigences découlant du principe de cohérence. Par conséquent elles appellent, à notre sens, la formulation de proposition d'interprétation cohérente (Section 3).

SECTION 1. – LES DIVERGENCES QUANT À LA MÉTHODE SUIVIE

573. Tout d'abord, nous avons souligné ci-dessus une divergence entre la CJUE et la CourEDH quant à la présence, respectivement l'absence, d'examen systématique de la condition de justification qu'est la base légale. À cet égard, nous argumentons que cette divergence nuit aux exigences découlant du principe de cohérence pour deux raisons principales.

574. Premièrement, bien que ladite divergence ne porte que sur la *méthode* d'examen du respect de la condition de justification qu'est la base légale, et non sur l'*acception* proprement dite de cette condition, et que

1. À défaut de précisions contraires dans les lignes qui suivent, la notion de *divergence* doit être comprise comme se référant à des distinctions entre les points de vue de la CJUE et de la CourEDH, tandis que la notion de *différence* s'entend comme des distinctions au sein même du point de vue respectif de l'une ou l'autre de ces cours.

seule une équivalence entre l'acceptation de ladite condition entre la Charte et la CEDH est exigée par le principe de cohérence⁽²⁾, elle reste néanmoins susceptible, d'y porter atteinte. En effet, nous estimons que si la CJUE se refuse à un examen systématique des caractéristiques de la base légale sur laquelle a été fondée la mesure restrictive et que, de surcroît, elle n'étaye pas les raisons sous-jacentes à ce refus, elle introduit dans sa jurisprudence une incertitude quant à l'opportunité d'apprécier cette condition, qui va à l'encontre de l'un des objectifs du principe de cohérence, à savoir celui de la sécurité juridique.

575. En effet, il convient de rappeler que la Charte s'adresse en premier lieu aux États membres de l'UE et que ces derniers sont tenus, en tant qu'États parties à la CEDH, de respecter la jurisprudence de la CourEDH. Dès lors, dans des situations relevant du droit de l'UE et mettant en cause des droits fondamentaux de la Charte correspondant à des droits fondamentaux de la CEDH, les juridictions nationales pourraient, compte tenu de l'incertitude qui se dégage de la jurisprudence de la CJUE, interpréter la condition de justification qu'est la base légale d'une façon similaire à la CourEDH afin de respecter leurs obligations découlant de la CEDH. Un tel procédé, qui s'apparenterait à une *transposition* de la jurisprudence de la CourEDH dans les domaines du droit de l'UE, risque cependant de ne pas tenir suffisamment compte des spécificités du droit de l'UE, surtout lorsque la base légale concernée est d'origine de l'UE.

576. Deuxièmement, le principe de cohérence visé à l'article 52, § 3, de la Charte et mentionné dans les explications y relatives ne peut être respecté, à notre avis, qu'au terme d'une mise en œuvre *active* par la CJUE. Autrement dit, tant le pan *statique* – *i.e.* éviter des contradictions avec la jurisprudence de la CourEDH – que *dynamique* – *i.e.* établir des connections positives avec la jurisprudence de la CourEDH – du principe de cohérence requiert que la CJUE procède à une analyse effective de la jurisprudence de la CourEDH. Or, une telle analyse ne peut avoir lieu si la CJUE refuse d'entrer en matière sur l'examen même de la condition de la base légale. Si, à tout le moins, les raisons de l'abstention d'une telle analyse figuraient expressément dans les arrêts de la CJUE – à l'instar de la CourEDH – elles pourraient être appréciées et évaluées, au regard des exigences du principe de cohérence, mais tel n'est pas le cas.

2. Voir *supra* Partie 2, titre 1.

SECTION 2. – LES DIVERGENCES QUANT À L'INTERPRÉTATION

577. En ce qui concerne le contenu de la condition de la base légale, l'interprétation de la CJUE diverge selon que les bases légales en cause sont d'*origine* de l'UE ou des États membres et, dans le premier cas de figure, selon la *nature* de la base légale – *i.e.* s'il s'agit d'un règlement, d'une directive ou d'une décision. Lesdites divergences appellent trois remarques de notre part.

578. Premièrement, lorsque la restriction d'un droit fondamental repose sur une base légale de l'*Union européenne*, force est de distinguer selon que l'on se trouve en présence de droit primaire ou dérivé. La CJUE semble en effet estimer que la seule existence d'une base légale dans les traités l'exempte de toute analyse approfondie de la disposition du traité en cause, probablement compte tenu du fait qu'elle n'a pas la compétence de se prononcer sur la validité du droit primaire. Elle interprète ainsi cette condition de justification d'une manière extensive, dans le sens où le respect de ladite condition ne requiert aucune qualité spécifique de la base légale en cause, à l'instar de la jurisprudence initiale de la CourEDH.

579. Toutefois, en procédant à une telle interprétation, la CJUE reconnaît qu'une base légale figurant dans les traités mais qui ne revêtirait pas les qualités requises au sens de la jurisprudence actuelle de la CourEDH, puisse néanmoins constituer le fondement juridique de restrictions à un droit fondamental. Or, dans cette hypothèse, cette interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte serait susceptible de contrevenir, selon nous, à l'article 53 de la Charte, au terme duquel la Charte ne doit pas être interprétée comme « limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales » reconnus, notamment, par la CEDH. En effet, au travers d'une telle interprétation, la CJUE introduit un standard de protection des droits fondamentaux de la Charte différent de celui de la CEDH dans la mesure où la justification d'éventuelles restrictions de ces derniers – du point de vue de la condition de la base légale – ne doit pas obéir à des exigences spécifiques. Ainsi, en présence de deux droits fondamentaux correspondant garantis tant par la Charte que la CEDH et faisant l'objet de restrictions sur le fondement de bases légales figurant dans les traités, les juridictions nationales se retrouvent face à l'obligation de respecter deux standards distincts, ce qui nous semble précisément contraire à l'objectif visé par le principe de cohérence.

580. Par ailleurs, ce constat vaut par analogie, à notre sens, eu égard à certaines bases légales figurant dans le droit *dérivé*, plus particulièrement aux *règlements*. En effet, dans ses arrêts *Volker et Markus Schecke, Markus*

Schwarz ou encore *Neptune Distribution*, la CJUE ne procède à aucune analyse de la qualité des règlements concernés, ne mentionne pas l'article 52, § 3, de la Charte et n'effectue aucune référence à la jurisprudence de la CourEDH.

581. Deuxièmement, eu égard aux bases légales de l'Union européenne figurant dans le reste du droit *dérivé*, deux remarques peuvent être formulées relatives à l'interprétation de la condition de la base légale par la CJUE. D'une part, force est de reconnaître que la jurisprudence de la CJUE n'entre jamais ouvertement en contradiction avec la jurisprudence de la CourEDH lorsque la CJUE interprète la condition de la base légale en présence de droits fondamentaux de la Charte correspondant à des droits fondamentaux de la CEDH. Ce faisant, l'aspect passif – ou *statique* – du principe de cohérence – *i.e.* l'absence de contradiction entre les jurisprudences des deux cours – nous semble respecté et une cohérence diachronique assurée.

582. D'autre part, la CJUE semble également veiller au respect d'une certaine cohérence *dynamique* entre sa jurisprudence et celle de la CourEDH, en procédant à une analyse de la qualité de la base légale du droit dérivé concerné selon les standards établis par la CourEDH, sans toutefois se référer expressément à l'article 52, § 3, de la Charte ou systématiquement à la jurisprudence de la CourEDH. Il en a principalement été ainsi eu égard aux *directives*, tel que l'illustrent les arrêts *Test-Achats ASBL* ou *Digital Rights Ireland*, la CJUE s'étant référée, dans ce dernier arrêt, aux arrêts de la CourEDH rendus dans des situations analogues. Eu égard aux *décisions*, la CJUE procède également à une telle analyse, évitant toutefois de mentionner la jurisprudence de la CourEDH et préférant, le cas échéant, se référer à ses propres arrêts, tel que dans l'arrêt *Mohamed Trabelsi et al. c. Conseil de l'UE* où la CJUE a renvoyé à son arrêt rendu dans l'affaire *Knauf Gips KG*.

583. Troisièmement, en ce qui concerne les restrictions à un droit fondamental protégé par la Charte reposant sur une base légale *nationale*, la CJUE – ainsi que certains avocats généraux – invite en principe les juridictions nationales à procéder à un examen détaillé de la qualité de la base légale nationale concernée selon le standard de la CourEDH, tel que l'illustre l'arrêt *WebMindLicenses Kft* à grand renfort de références aux arrêts de la CourEDH. À notre sens, une telle interprétation se conçoit aisément dans la mesure où la CJUE n'a pas pour fonction de contrôler la conformité du droit national dans les domaines de compétence des États membres et peut donc renvoyer les autorités compétentes à leurs obligations découlant du respect de la CEDH. Autrement dit, et à l'instar

de la CourEDH, la CJUE doit respecter l'interprétation effectuée par les juridictions des États membres portant sur la condition de justification qu'est la base légale nationale lorsque le droit de l'UE dans le domaine en cause laisse auxdits États une certaine latitude dans sa mise en œuvre. Une telle interprétation permet également d'établir les connections positives entre la jurisprudence de la CJUE et celle de la CourEDH exigées par le principe de cohérence. Cette situation doit toutefois être distinguée, comme le souligne l'Avocat général Pedro Cruz Villalón dans l'arrêt *Scarlet Extended SA*, des cas où les dispositions de la base légale nationale ne constitueraient qu'une transposition d'un acte du droit de l'UE lors de laquelle les États membres ne jouissent d'aucune latitude.

584. Au vu des divergences entre la CJUE et la CourEDH dans la méthode et l'interprétation de la condition de justification que constitue la base légale, nous souhaitons formuler des propositions d'interprétation susceptibles de respecter le principe de cohérence contenu à l'article 52, § 3, de la Charte et dans les explications y relatives.

SECTION 3. – LES PROPOSITIONS D'INTERPRÉTATION COHÉRENTE

585. Eu égard à la *méthode*, tout d'abord, rappelons qu'elle n'est pas, à proprement parler, visée par le principe de cohérence mentionné à l'article 52, § 3, de la Charte et dans les explications y relatives, mais que les divergences identifiées peuvent potentiellement porter atteinte à l'article 53 de ladite Charte et à l'un des objectifs du principe de cohérence, *i.e.* garantir la sécurité juridique. À cet égard, nous estimons que le moyen le plus efficace et adéquat pour pallier à l'incertitude quant à l'opportunité d'apprécier la condition de la base légale contenue dans la jurisprudence de la CJUE réside dans la réalisation d'un examen systématique par cette cour de ladite condition, subsidiairement dans la mention expresse des raisons à l'appui d'une renonciation à la réalisation d'un tel examen. Un tel examen devrait, à notre sens, comprendre à tout le moins deux étapes.

586. Premièrement, comme le souhaite Steve Peers⁽³⁾, il devrait prévoir une mention expresse et systématique de l'article 52, § 1, de la Charte préalablement à toute analyse proprement dite des conditions qui y sont énumérées. Deuxièmement, lorsque les droits fondamentaux dont la violation est alléguée correspondent à des droits fondamentaux garantis

3. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1474 : « *Given the express wording of Article 52 (1), it would be better to refer to this criterion each time the question of limiting Charter rights arises, even if the requirement is clearly satisfied* ».

par la Charte, la CJUE devrait également faire une référence expresse et systématique à l'article 52, § 3, de la Charte ainsi qu'aux explications y relatives.

587. Eu égard à l'*interprétation* de la condition de justification qu'est la base légale, ensuite, nous pensons que la CJUE ne peut se borner à asseoir la simple existence d'une base légale pour estimer que cette condition est remplie ; elle devrait procéder à une interprétation détaillée, dans chaque cas d'espèce, du contenu des bases légales concernées⁽⁴⁾. Plus précisément, nous estimons que la CJUE devrait se prononcer sur les exigences en termes d'*accessibilité* et de *prévisibilité* des bases légales en cause, à l'instar de la pratique de la CourEDH⁽⁵⁾.

588. En effet, eu égard au pan actif – ou *dynamique* – du principe de cohérence⁽⁶⁾, rappelons qu'il requiert de la CJUE l'établissement de connections positives avec la jurisprudence de la CourEDH au travers d'une prise en compte effective de cette dernière, sans pour autant requérir une transposition de ladite jurisprudence dans l'UE. Ainsi, si un renvoi à la jurisprudence de la CourEDH rendue depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne faciliterait l'établissement d'une telle cohérence, il n'est pas nécessaire, pour autant que la CJUE procède à une analyse détaillée de la *qualité* des bases légales concernées, en prenant particulièrement en compte, notamment, le contexte, le domaine ainsi que les destinataires de la base légale. En mettant particulièrement l'accent sur l'analyse de ces derniers éléments, nous pensons que cette cour serait en mesure de procéder à une interprétation de la condition de la base légale qui respecte la spécificité et la nature propre de l'UE, tout en étant *cohérente* avec la jurisprudence pertinente de la CourEDH.

4. Comme précisé ci-dessus au § 583, un tel examen ne trouverait toutefois pas à s'appliquer dans le cas des bases légales d'origine nationale jouissant d'une latitude dans la mise en œuvre du droit de l'UE.

5. Voir cependant Av. gén. CRUZ VILLALÓN, 14 avril 2011, *Scarlet Extended*, pts 93, 100 et 113.

6. Voir *supra* Partie 2, titre 1.

CONCLUSION DU TITRE 2

589. Dans les lignes qui précèdent, nous avons pu nous prononcer sur la réduction, selon nous erronée, à laquelle procède une partie de la littérature juridique des problématiques liées aux spécificités de la condition de justification qu'est la base légale dans le contexte de l'Union européenne à une problématique tenant à la *légitimité démocratique* desdites bases légales. Par ailleurs, nous avons également souligné la coexistence dans la Charte, aux côtés de l'article 52, § 1, de diverses dispositions énonçant également une exigence spécifique de base légale afin de justifier des restrictions à certains droits fondamentaux. Eu égard à ces dernières, nous avons pu identifier leur raison d'être et démontrer qu'elles avaient, somme toute, une portée assez limitée.

590. En ce qui concerne plus spécifiquement la méthode suivie par la CJUE lors de l'interprétation de la condition de justification qu'est la base légale, l'examen de la jurisprudence a notamment relevé certaines divergences avec la méthode de la CourEDH. Parmi celles-ci figure le fait que la CJUE n'examine pas systématiquement le respect de cette condition, contrairement à ce qui prévaut pour la CourEDH. Sur ce point, nous avons argumenté que bien que ces divergences de *méthodes* interprétatives entre ces cours ne soient pas directement concernées par le principe de cohérence visé à l'article 52, § 3, de la Charte, elles restent susceptibles d'y porter atteinte, de sorte que nous invitons à la CJUE à procéder à un examen exprès de cette condition ou, le cas échéant, à indiquer les raisons de son refus.

591. Quant à l'acception proprement dite de cette condition de justification, la jurisprudence met en exergue que la CJUE l'interprète différemment selon que les bases légales en cause sont d'*origine* de l'Union européenne ou des États membres et, dans le premier cas de figure, selon la *nature* de la base légale – *i.e.* s'il s'agit d'un règlement, d'une directive

ou d'une décision. Nous suggérons dès lors à cette cour de procéder à une interprétation détaillée de cette condition, dans chaque cas de figure et indépendamment de l'origine de la base légale concernée. Par ailleurs, davantage de connections positives devraient être établies avec la jurisprudence de la CourEDH, notamment au travers d'une prise en compte effective de cette dernière relative à la *qualité* que doivent revêtir des bases légales afin d'être suffisantes pour justifier des restrictions.

TITRE 3

LA FINALITÉ DES RESTRICTIONS AUX DROITS FONDAMENTAUX

592. Aux côtés de la condition de justification que constitue l'existence d'une base légale suffisante, l'article 52, § 1, de la Charte distingue deux catégories de *finalités* que peuvent poursuivre des mesures restrictives de droits fondamentaux, *i.e.* les buts assignés auxdites mesures, à savoir le respect d'*objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union* (Chapitre 2), d'une part, et le *besoin de protection des droits et libertés d'autrui* (Chapitre 3), d'autre part. Avant de procéder à l'analyse proprement dite des finalités des mesures restrictives des droits au sein des jurisprudences de la CourEDH⁽¹⁾ et de la CJUE⁽²⁾, nous estimons cependant nécessaire de formuler trois remarques liminaires afin de saisir l'enjeu lié au respect de cette condition de justification (Chapitre 1).

1. Dans le contexte de la CEDH, les finalités des mesures restrictives sont intitulées les *buts légitimes* poursuivies par lesdites mesures (voir not. la jurisprudence de la CourEDH citée *infra* Partie 3, titre 3, chap. 2, section 2, let. B). Dans la présente étude, le terme *finalités* des mesures restrictives doit ainsi s'entendre comme incorporant tant l'acception prévalant dans le contexte de la CEDH que celle prévalant dans le contexte de la Charte.

2. Dans les lignes qui suivent, nous nous référons aux *finalités* pour faire référence tant aux *objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union* et aux *droits et libertés d'autrui* mentionnés dans la Charte qu'aux différents *buts légitimes* énoncés dans la CEDH.

CHAPITRE 1

QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES

593. Dans un premier temps, nous souhaitons brièvement décrire l'évolution qu'a connu le libellé de l'article 52, § 1, de la Charte relatif aux finalités susceptibles d'être visées par des restrictions aux droits fondamentaux, ladite évolution étant particulièrement éclairante sur l'acception de cette condition de justification (Section 1). De plus, le caractère nécessairement approximatif de la distinction entre les finalités relevant des *objectifs d'intérêts général reconnus par l'Union européenne* et celles qui relèvent des *droits et libertés d'autrui* nous semble devoir être précisé (Section 2), bien que l'enjeu majeur inhérent à une telle distinction ne doit pas être négligé (Section 3).

SECTION 1. – LE LIBELLÉ DE L'ARTICLE 52, § 1, DE LA CHARTE

594. À l'instar de la condition de justification que constitue l'existence d'une base légale suffisante, le libellé initial de la condition de justification exigeant qu'une restriction poursuive certaines finalités a subi d'importantes modifications au cours des négociations au sein de la Convention ayant rédigé la Charte.

595. Ainsi, dans sa version initiale, la seconde phrase de l'article 52, § 1, de la Charte prévoyait uniquement que les restrictions devaient viser « la protection d'intérêts légitimes dans une société démocratique »⁽¹⁾. Par la suite, la formulation a évolué de sorte que, pour pouvoir être justifiées, lesdites restrictions devaient répondre « à des objectifs d'intérêt général

1. Note du Présidium du 15 février 2000, Charte 4123/1/00, Convent 5, p. 10 [souligné par nous]. Voir ég. la Note du Présidium du 16 mai 2000, Charte 4316/00, Convent 34, p. 10.

poursuivis par la Communauté ou à d'autres intérêts légitimes à respecter dans une société démocratique »⁽²⁾. Enfin, avant de revêtir sa teneur actuelle, l'énoncé de cette condition a été modifié une nouvelle fois en ce sens que la justification des restrictions ne serait admise que si ces dernières « répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union, à d'autres intérêts légitimes dans une société démocratique ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »⁽³⁾.

596. À notre sens, trois remarques s'imposent eu égard à l'évolution du libellé de cette condition de justification, qui nous permettent par ailleurs de mieux appréhender l'analyse de la jurisprudence qui suit. Tout d'abord, il est intéressant de relever que la Convention ayant rédigé la Charte avait initialement assorti les diverses finalités poursuivies par les mesures restrictives de la caractéristique d'être admissibles *dans une société démocratique*, faisant ainsi largement écho au libellé des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH. Dès lors, et contrairement à l'opinion d'une partie de la littérature juridique⁽⁴⁾, nous estimons que l'absence de cette caractéristique dans la version finale ne traduit pas une omission de la part de ladite Convention mais, au contraire, était réfléchie⁽⁵⁾.

597. Ensuite, nous relevons que la formulation relative aux *autres intérêts légitimes* ayant été jugée trop large – et compte tenu des vives critiques qu'elle a suscitées au sein de la Convention – elle a finalement été supprimée au profit de l'énoncé actuel⁽⁶⁾. Nous estimons néanmoins que cette suppression ne porte pas à conséquence dans la mesure où l'énoncé retenu des *objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne* est d'emblée suffisamment large pour inclure une multitude de finalités, comme les explications relatives à la Charte le confirment et comme l'analyse de la jurisprudence de la CJUE ci-dessous le corrobore⁽⁷⁾. Le caractère ouvert de cette formulation a d'ailleurs poussé une partie de la littérature juridique à conclure que les finalités poursuivies par des restrictions jouissaient

2. Note du Présidium du 3 juillet 2000, Charte 4383/00, Convent 41, p. 26 [souligné par nous].

3. Note du Présidium du 28 juillet 2000, Charte 4422/00, Convent 45, p. 16 [souligné par nous].

4. Voir not. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1480 : « One element still missing from the Charter's justification test for limitations, as compared to the ECHR, is any requirement that rights can only be limited in a "democratic society". The omission of this rule from Article 52 (1) is inexplicable [...] ».

5. Nous y reviendrons ci-dessous dans le cadre de l'analyse de la condition de justification que constitue la proportionnalité, voir *infra* Partie 3, titre 4.

6. M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.*, p. 775.

7. Voir *infra* Partie 3, titre 3, chap. 2, section 3.

d'une « légitimité – pratiquement acquise d'avance »⁽⁸⁾, de sorte que « la constatation de l'existence d'un intérêt général communautaire apparaît comme une « pure pétition de principe » »⁽⁹⁾.

598. Enfin, relevons qu'initialement, l'article 52, § 1, de la Charte ne distinguait pas entre les finalités relevant des *objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne* et ceux constituant des *droits et libertés d'autrui*, tous deux semblant dès lors constituer des *intérêts légitimes* susceptibles de justifier des restrictions aux droits fondamentaux. En ce sens, la Convention ayant rédigé la Charte fait écho à l'acceptation des restrictions des droits fondamentaux – telle qu'identifiée ci-dessus au sein de la jurisprudence de la CJUE – *qua* mesure visant à solutionner des situations de conflit d'obligations découlant du besoin de protection de certains *intérêts*.

599. Force est cependant de reconnaître que l'identification desdits intérêts légitimes comme appartenant, dans un cas d'espèce, à l'une ou l'autre de ces catégories n'est pas toujours aisée, comme les illustrations qui suivent le démontrent. La frontière entre ces deux catégories de finalités est dès lors nécessairement approximative mais reste exigée par la Charte qui prévoit que pour être justifiée, une mesure restreignant un droit fondamental doit poursuivre une finalité appartenant à l'une ou l'autre de ces catégories. Il nous semble donc essentiel de saisir et détailler l'approximation inhérente à la distinction entre ces deux catégories de finalités avant toute analyse proprement dite de la jurisprudence de la CourEDH et de la CJUE.

SECTION 2. – L'APPROXIMATION DE LA FINALITÉ DES RESTRICTIONS

600. À notre sens, une mesure restreignant un droit fondamental peut avoir comme finalité la protection d'intérêts relevant simultanément d'*objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne* et du *besoin de protection des droits et libertés d'autrui*⁽¹⁰⁾. Illustrons notre propos à l'aide de deux exemples. Tout d'abord, imaginons une mesure de la Commission européenne rendant publiques certaines données

8. L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.*, p. 670.

9. *Ibid.*, p. 671. Voir ég. M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.*, p. 784 : « [...] diese vage und völlig underklare Klausel der Union doch eine Blankettermächtigung erteilt ».

10. Voir, en ce sens, CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, pt 52, où cette cour affirme que « [l]a sauvegarde des libertés protégées par l'article 11 de la Charte constitue incontestablement un objectif d'intérêt général [...] ». Par ailleurs, une telle approximation de la finalité des restrictions n'est pas propre à l'Union européenne mais se retrouve, à notre sens, dans tous les instruments de protection des droits fondamentaux.

personnelles de ressortissants ou entreprises européens – telles que le montant de subventions allouées ou certaines correspondances échangées – ou des documents de la Commission faisant état de soupçons de violation de certaines dispositions du droit de l'UE⁽¹¹⁾.

601. Dans ce cas de figure, la Commission pourrait justifier une telle restriction aux droits fondamentaux au respect de la privée et familiale et à la protection des données personnelles des intéressés – garantis aux articles 7 et 8 de la Charte – en invoquant *l'objectif d'intérêt général* énoncé à l'article 15 du TFUE, qui prévoit que « [a]fin de promouvoir une bonne gouvernance, et d'assurer la participation de la société civile, les institutions, organes et organismes de l'Union œuvrent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture ». Cependant, cette institution européenne pourrait également justifier la restriction aux droits fondamentaux mentionnés en invoquant le besoin de protéger *les droits et libertés d'autrui*, plus précisément les droits fondamentaux énoncés aux articles 41 et 42 de la Charte garantissant, respectivement, le droit à une bonne administration et le droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union européenne.

602. À titre de second exemple, envisageons une mesure provenant d'un État membre de l'Union européenne visant à interdire une manifestation écologique prévoyant un blocage des transits routier et ferroviaire transfrontaliers et, ainsi, portant atteinte au droit fondamental à la liberté d'expression des manifestants, garanti à l'article 11 de la Charte⁽¹²⁾. L'État membre pourrait justifier une telle restriction à la liberté d'expression en se prévalant de *l'objectif d'intérêt général* que constitue l'établissement d'un marché intérieur, énoncé à l'article 3, § 3, du TUE, qui prévoit que l'« Union établit un marché intérieur ». Cependant, il pourrait également justifier une telle mesure en se basant sur *le besoin de protection des libertés d'autrui*, tel que le droit fondamental à la liberté de circulation des citoyens de l'Union européenne, garanti à l'article 45, § 1, de la Charte⁽¹³⁾.

603. Ces deux exemples illustrent que les intérêts poursuivis par une mesure restreignant des droits fondamentaux n'entrent pas nécessairement dans l'une ou l'autre de ces deux catégories de finalités, mais peuvent y appartenir simultanément. En ce sens, lesdites catégories n'apparaissent

11. Cet exemple s'inspire de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*.

12. Cet exemple s'inspire de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*.

13. Art. 45, § 1, de la Charte : « Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ».

pas mutuellement exclusives, bien que le libellé de la Charte semble exiger que l'on opte pour l'une ou l'autre de celles-ci. Ce constat a ainsi parfois poussé la littérature juridique à qualifier la distinction entre *objectif d'intérêt général* et *droits et libertés d'autrui* d'illusoire⁽¹⁴⁾. Bien que nous entendions les arguments de ladite littérature, corroborés au demeurant par la formulation initiale de cette condition de justification, nous estimons cependant nécessaire de maintenir ladite distinction et d'opter strictement, dans un cas d'espèce, pour l'une ou l'autre de ces deux catégories de finalités des mesures restrictives.

SECTION 3. – LA NÉCESSITÉ DE LA DISTINCTION

604. En dépit de l'approximation inhérente à ces deux catégories de finalités des restrictions, deux raisons principales nous incitent à maintenir une telle distinction dans la suite de notre étude. Premièrement, la lettre de l'article 52, § 1, de la Charte, dans sa version actuelle et telle qu'interprétée par la CJUE, nous y invite. Deuxièmement, minimiser l'importance de cette distinction reviendrait à ne pas tenir correctement compte du rôle et de l'acceptation même des *restrictions aux droits fondamentaux*, telles qu'ils ressortent de la pratique de la CJUE et ont été identifiés ci-dessus⁽¹⁵⁾.

605. En effet, rappelons que la Charte consacre, en tant que *droits fondamentaux*, certains *intérêts* jugés suffisamment importants pour générer des obligations à l'égard de destinataires identifiables. Quant aux *objectifs d'intérêt général* mentionnés dans le droit de l'UE, tels que la bonne gouvernance au sein de l'UE mentionnée ci-dessus, ils visent également – comme leur nom l'indique – la protection d'*intérêts*. En ce sens, tant les finalités que constituent le besoin de protection des *droits et libertés d'autrui* que la poursuite d'*objectifs d'intérêt général* incorpore des *intérêts* dont il peut être difficile, dans des situations concrètes, d'identifier s'ils sont constitutifs d'un droit fondamental ou d'un objectif d'intérêt général.

14. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, pp. 1475-1476. Dans le contexte de la CEDH, P. DUCOULOMBIER parle « d'hésitation sémantique de la Cour » entre ces deux catégories de motifs (voir P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 48) et S. Smet estime que « there are borderline cases in which it is difficult to distinguish between the public interest and the individual rights implicit therein » (S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, *op. cit.*, p. 67 (version thèse)).

15. Voir *supra* Partie 1, titre 1.

606. Toutefois, dans la mesure où certains de ces intérêts sont expressément inscrits dans la Charte, ils se sont vu reconnaître le statut de *droit* fondamental et sont dès lors susceptibles de constituer des *droits et libertés d'autrui* à même de restreindre d'autres droits fondamentaux énoncés dans la Charte. Or, cette différence de statut entre les droits fondamentaux expressément garantis par la Charte et les objectifs d'intérêt général formulés en termes larges revêt un enjeu majeur dans la façon dont la CJUE résout le conflit d'obligations en cause et interprète la condition de justification qu'est la proportionnalité⁽¹⁶⁾.

607. En effet, comme nous y revenons plus bas⁽¹⁷⁾, la jurisprudence de la CJUE illustre une tendance à procéder à une application différente du test de proportionnalité selon que les obligations en conflit ont été identifiées comme découlant de deux droits fondamentaux ou d'un droit fondamental opposé à un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne. Dès lors, nous argumentons qu'il convient de maintenir un regard critique sur la catégorie de la finalité des mesures restrictives finalement retenue par cette cour afin de rester conscient de l'enjeu que revêt l'approximation inhérente auxdites catégories.

16. Voir *infra* Partie 3, titre 4.

17. Voir not. *infra* Partie 3, titre 4, chap. 3, section 2, let. B, ch. 1.

CHAPITRE 2

LES OBJECTIFS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL RECONNUS PAR L'UE

608. Conformément au principe de cohérence visé par l'article 52, § 3, de la Charte, lorsqu'une mesure restreignant l'exercice d'un droit fondamental protégé par la Charte – qui *correspond* à un droit fondamental énoncé dans la CEDH – a comme finalité de la protection d'*objectifs d'intérêt général reconnu par l'UE*, l'acceptation de cette condition de justification devra être équivalente à celle découlant de l'interprétation de la CEDH par la CourEDH. En ce sens, Olivier De Schutter précise que « lorsque l'on voudra justifier certaines restrictions apportées à des droits de la Charte des droits fondamentaux par la poursuite d'« objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union », encore faudra-t-il que l'objectif invoqué figure parmi les motifs jugés légitimes par la Convention européenne des droits de l'homme, pour chaque droit dont il s'agit »⁽¹⁾.

609. Rappelons à cet égard que nous avons argumenté ci-dessus que la cohérence requise dans la jurisprudence de ces deux cours ne doit pas se réduire à une transposition de cette dernière dans le droit de l'Union européenne⁽²⁾. Ceci se justifie d'autant plus que, contrairement à la condition de justification qu'est l'existence d'une base légale suffisante, celle de la poursuite d'objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne n'est pas libellée de façon identique dans la Charte et la CEDH : les articles 8 à 11 de la CEDH énoncent de façon exhaustive les finalités susceptibles de justifier des restrictions, tandis que l'article 52, § 1, de la Charte les regroupe dans une formulation générale.

1. O. DE SCHUTTER, « Article 52 », *op. cit.*
2. Voir *supra* Partie 2, titre 1.

610. En ce sens, on ne peut simplement se satisfaire de l'absence de la mention de la finalité d'une mesure restrictive adoptée par les institutions de l'Union européenne ou les autorités des États membres et poursuivant un *objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne* au sein de la liste des *buts légitimes* figurant aux seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH pour conclure que le principe de cohérence exigé par l'article 52, § 3, de la Charte et les explications y relatives n'a pas été respecté. Par conséquent, nous argumentons qu'une interprétation de cette condition de justification qui respecte le rôle, la nature, ainsi que la division de compétences au sein de l'Union européenne est nécessaire.

611. Avant toutefois d'aborder l'interprétation de cette première catégorie de finalité des mesures restrictives, nous souhaitons mettre en exergue une distinction figurant au sein-même des *objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne* (Section 1). Nous procédons ensuite à une présentation de l'interprétation de cette condition de justification réalisée par la CourEDH (Section 2), suivie d'une présentation de la jurisprudence pertinente de la CJUE rendue depuis la proclamation de la force contraignante de la Charte en présence de droits fondamentaux de la Charte correspondant à des droits fondamentaux de la CEDH (Section 3). Enfin, nous évaluons la mise en œuvre du principe de cohérence par la CJUE dans les situations où les jurisprudences de ces cours divergent et, le cas échéant, nous formulons des propositions interprétatives (Section 4).

SECTION 1. – UNE DISTINCTION INHÉRENTE À LA NATURE DES OBJECTIFS

612. Les explications relatives à la Charte qui, rappelons-le, doivent être prises en considération lors de l'interprétation de celle-ci⁽³⁾, prévoient que *les objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne* couvrent aussi bien les objectifs mentionnés à l'article 3 du TUE que « d'autres intérêts protégés par des dispositions spécifiques des traités *comme* l'article 4, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, à l'article 35, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les articles 36 et 346 de ce traité »⁽⁴⁾. Nous en déduisons dès lors que lesdites explications introduisent une distinction entre les objectifs qui concernent l'*Union européenne*, tels que mentionnés à l'article 3 du TUE (*infra* A), et ceux qui concernent les *États membres*, tels que mentionnés dans les autres dispositions du TUE (*infra* B).

3. Voir *supra* note de bas de page 501.

4. Voir les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *JOCE* 303 du 14.12.2007, pp. 17 et s, ad. Article 52, p. 32 [souligné par nous].

A. – LES OBJECTIFS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL DE L'UE

613. L'article 3 du TUE constitue la principale disposition de ce traité énonçant les objectifs d'intérêt général de l'Union européenne. Au titre de ceux-ci figurent notamment la promotion de la paix et des valeurs de l'Union européenne, l'assurance de la liberté de circulation des personnes au sein d'un espace sans frontières intérieures, la prévention et la lutte contre la criminalité, l'établissement d'un marché intérieur, le développement durable fondé sur une croissance économique équilibrée, ou encore l'établissement d'une union économique et monétaire⁽⁵⁾.

614. Par ailleurs, l'énumération contenue dans les explications relatives à la Charte n'étant pas exhaustive⁽⁶⁾, d'autres dispositions des traités sont susceptibles de compléter la liste des objectifs énumérés à l'article 3 du TUE. À titre illustratif, mentionnons l'article 15, § 1, du TFUE, relatif à la bonne gouvernance dans l'Union européenne, ou encore l'article 21, § 2, du TUE, qui énonce les objectifs poursuivis par l'Union européenne en matière de PESC. Au titre de ces derniers figurent notamment la sauvegarde des valeurs de l'Union européenne, de sa sécurité, de son indépendance et son intégrité, la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme, la paix, la prévention des conflits, le soutien au développement durable sur le plan économique, social et environnemental des pays en développement dans le but essentiel d'éradiquer la pauvreté, ou encore d'encourager l'intégration

5. Art. 3 TUE : « 1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples. 2. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène. 3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement [...]. 4. L'Union établit une union économique et monétaire dont la monnaie est l'euro. 5. Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies. [...] ».

6. La conjonction *comme* suggère en effet qu'il ne s'agit que d'une illustration de certains motifs envisageables et les différentes versions linguistiques des explications le confirment, avec les termes *such as*, en anglais, et *wie*, en allemand. Voir ég. L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.*, p. 670, et S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1475, qui estiment que la liste doit être considérée comme exhaustive car les exceptions aux droits fondamentaux doivent être interprétées strictement.

de tous les pays dans l'économie mondiale, y compris par la suppression progressive des obstacles au commerce international⁽⁷⁾.

615. En sus de ces nombreux objectifs d'intérêt général figurant dans le droit primaire de l'Union européenne, nous estimons également qu'il convient de rajouter les objectifs, formulés souvent de façon plus étroite, figurant dans le droit dérivé de l'Union européenne, et en particulier dans les préambules des règlements et directives. À titre illustratif, mentionnons le sixième considérant de la directive 2004/38/CE⁽⁸⁾ qui vise à « maintenir l'unité de la famille ».

B. – LES OBJECTIFS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL DES ÉTATS MEMBRES

616. Comme relevé ci-dessus⁽⁹⁾, une formulation antérieure du libellé de cette condition de justification prévoyait que les objectifs d'intérêt général susceptibles d'être invoqués pour justifier une restriction à un droit fondamental devaient être *poursuivis* par l'Union européenne, avant d'être finalement modifiée en faveur des objectifs d'intérêt général *reconnus* par l'Union. Nous estimons ainsi que cette modification a pour conséquence d'admettre au sein de cette catégorie de finalité des mesures restrictives des objectifs s'inscrivant au-delà du cadre des compétences de l'Union européenne, comme les explications relatives à la Charte le confirment⁽¹⁰⁾.

7. Voir l'art. 21, § 2, TUE : « L'Union définit et mène des politiques communes et des actions et œuvre pour assurer un haut degré de coopération dans tous les domaines des relations internationales afin : a) de sauvegarder ses valeurs, ses intérêts fondamentaux, sa sécurité, son indépendance et son intégrité; b) de consolider et de soutenir la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme et les principes du droit international; c) de préserver la paix, de prévenir les conflits et de renforcer la sécurité internationale, conformément aux buts et aux principes de la charte des Nations unies, ainsi qu'aux principes de l'acte final d'Helsinki et aux objectifs de la charte de Paris, y compris ceux relatifs aux frontières extérieures; d) de soutenir le développement durable sur le plan économique, social et environnemental des pays en développement dans le but essentiel d'éradiquer la pauvreté ; [...] ».

8. Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 158, p. 77.

9. Voir *supra* Partie 3, titre 3, chap. 1, section 1.

10. *Pro*, voir S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1475 : « [...] in principle the inclusion of Member States' interests here is not questionable » ; E. RUMLER-KORINEK, E. VRANES, « Art 52 », in M. HOLOUBEK, G. LIENBACHER (édit.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Vienne, 2014, Manz, pp. 744-771, p. 754. *Contra*, voir M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.*, p. 784, qui estime que les intérêts des États membres ne peuvent être pris en compte que s'ils trouvent un ancrage dans le droit de l'UE : « *Schranken, die sich aus den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ergeben, müssen mit anderen Worten ihren eindeutigen Niederschlag im europäischen Vertragswerk gefunden haben* ».

617. En effet, aux côtés de l'article 3 du TUE mentionnant des objectifs d'intérêts général de l'Union européenne, lesdites explications mentionnent trois autres dispositions. Tout d'abord y figure l'article 4, § 1, du TUE, qui traite de la division de compétences entre l'Union européenne et les États membres et rappelle que « toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ». À l'instar d'une partie de la littérature juridique, nous estimons que ce renvoi au domaine de compétence des États membres – et ainsi à leurs intérêts dans ledit domaine – peut, certes, paraître maladroit⁽¹¹⁾ mais reflète la nature de l'Union européenne. En ce sens, la Charte ne s'adresse aux États membres que lorsqu'ils *mettent en œuvre* le droit de l'Union européenne, notion qui a été interprétée largement par la CJUE⁽¹²⁾ et qui leur permet d'invoquer des objectifs d'intérêt général *nationaux* reconnus par l'Union européenne comme constituant des finalités susceptibles de justifier des restrictions à un droit fondamental.

618. Ensuite, les explications relatives à la Charte mentionnent également l'article 36 du TFUE, qui prévoit que des restrictions d'importation, d'exportation ou de transit de marchandises peuvent être « justifiées par des raisons de *moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux* ou de *préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux* ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de *protection de la propriété industrielle et commerciale* », en précisant toutefois que « ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres »⁽¹³⁾.

619. À notre sens, le fait que le Présidium de la Convention ayant rédigé la Charte ait préféré mentionner les finalités énumérées dans cette disposition – qui concernent spécifiquement la liberté de circulation des marchandises – au détriment des finalités mentionnées notamment aux articles 45, § 3, 52, § 1 et 62 du TFUE – relatifs à la liberté de circulation

11. Une référence à l'art. 4, § 2, du TUE, qui énumère explicitement certains intérêts spécifiquement étatiques aurait paru plus opportune. Voir l'art. 4, § 2, TUE : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ». Voir ég. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1475 ; M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.*, pp. 784-785.

12. CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, pts 17-23.

13. Souligné par nous.

des personnes – et à l'article 65, § 1, let., b, du TFUE – relatif à la liberté de circulation des capitaux – peut s'expliquer par le fait que l'article 36 du TFUE comprend l'énumération la plus complète et détaillée desdits objectifs. En tout état de cause, ces finalités s'adressent en premier lieu aux États membres chargés de mettre en œuvre le droit de l'Union européenne, de sorte qu'il revient à ces derniers, le cas échéant, de spécifier l'acception de finalités telles que l'*ordre public* ou la *moralité publique*. En ce sens, le choix de la Convention ayant rédigé la Charte de ne pas opter pour une liste exhaustive des finalités permet de laisser aux États membres une latitude qui s'inscrit dans le cadre de la division des compétences entre ces derniers et les institutions de l'Union européenne.

620. Aux côtés de ces dispositions, les explications relatives à la Charte mentionnent en plus l'article 346 du TFUE, qui prévoit qu'« aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité », d'une part, et que « tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires », d'autre part. Cette disposition est ainsi la consécration spécifique de l'un des objectifs d'intérêt général les plus importants pour un État membre, à savoir la sauvegarde de la sécurité sur son territoire en temps de guerre en veillant à un approvisionnement suffisant en armes et matériel de guerre.

621. Enfin, les explications relatives à la Charte font aussi état de l'article 35, § 3, du TFUE, qui n'est cependant pas pertinent dans la mesure où un tel article n'existe pas (!)⁽¹⁴⁾. À cette dernière exception près, nous estimons ainsi que toutes les dispositions examinées ci-dessus sont incontestablement en faveur des états membres. Elles permettent en effet d'inclure des intérêts nationaux au titre des *objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne*, alors qu'il n'aurait sinon pas été possible de les invoquer, faute d'être mentionnés dans les traités ou faute de compétences⁽¹⁵⁾. Cependant, la distinction entre les objectifs d'intérêt général *de l'UE* et ceux *des États membres* telle que dressée par les

14. En ce sens voir S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1475, qui estiment qu'il s'agit d'une erreur : « *Unfortunately, there appears to be an error as regards the specific Treaty Articles referred to, most obviously because there is no Article 35(3) TFUE!* ».

15. M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.*, p. 784 : « *Ob damit auf Seiten der Union eine Veränderung verbunden war, erscheint fraglich. Mit Blick auf die Mitgliedstaaten bedeutet die endgültige Formulierung jedenfalls eine wichtige Ausweitung, werden nun auch nur*

explications relatives à la Charte ne nous semble pas devoir être considérée comme étant absolue, en ce sens qu'un objectif d'intérêt général *reconnu* par l'Union européenne peut incorporer, dans un cas d'espèce, tant des intérêts *de l'Union européenne* que *de ses États membres*.

C. – LE CARACTÈRE DUAL DE CERTAINS OBJECTIFS

622. Bien que la distinction entre les objectifs d'intérêt général *de l'Union européenne* et ceux *des États membres* susceptibles de justifier une restriction à un droit fondamental puisse se concevoir compte tenu de la division de compétences au sein de l'Union européenne, nous argumentons cependant qu'elle ne peut revêtir un caractère ni strict ni définitif. En effet, si, au vu du principe d'attribution des compétences énoncé à l'article 5 du TUE, il paraît difficilement concevable qu'une mesure adoptée par les institutions de l'Union européenne et restreignant des droits fondamentaux puisse poursuivre des objectifs d'intérêt général spécifiques *aux États membres*, il n'en va pas de même, à notre sens, d'une mesure purement nationale qui pourrait, selon nous, poursuivre des objectifs d'intérêt général communs tant à *l'UE* qu'à *l'État membre* concerné.

623. Illustrons notre propos à l'aide d'un exemple basé sur l'article 149, § 1, du TFUE, qui prévoit que les institutions de l'Union européenne peuvent, notamment, « adopter des actions d'encouragement destinées à favoriser la coopération entre les États membres et à soutenir leur action dans le domaine de l'emploi par le biais d'initiatives visant à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques ». En ce sens, en période de crise économique, l'Union européenne pourrait adopter une mesure encourageant les États membres à renforcer leur coopération dans le but de créer des emplois, comme en facilitant les démarches administratives, les modes de coopération ou les taux de fiscalité des entreprises issues d'un secteur donné sises dans un État membre susceptibles de collaborer avec des entreprises sises dans un autre État membre. Ladite mesure ne revêtirait cependant aucune valeur contraignante, car l'article 149, § 2, du TFUE précise que « [c]es mesures ne comportent pas d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ».

624. Dans l'hypothèse où des États membres font suite à l'invitation de l'Union européenne et adoptent des mesures favorisant certaines

im mitgliedstaatlichen Recht geschützte Rechtsgüter, ordre public-Vorbehalte und nationale Interessen erfasst, die die Union selbst mangels Kompetenz nicht verfolgen dürfte. Art. 52 Abs. 1 ist damit zumindest auch auf genuin mitgliedstaatliche Interessen zugeschnitten ».

entreprises nationales d'un secteur donné, d'autres entreprises ne relevant pas dudit secteur ou ne pouvant bénéficier desdites mesures pourraient faire valoir, par exemple, une restriction de leur droit fondamental à la liberté d'entreprise garanti à l'article 16 de la Charte. À notre sens, l'État membre pourrait alors justifier une telle restriction aux droits fondamentaux des intéressés en arguant qu'elle a pour finalité de promouvoir l'intérêt national que constitue la préservation d'un haut niveau d'emploi et d'une stabilité économique en période de crise. Selon nous, cet objectif d'intérêt général trouverait vraisemblablement tant une assise à l'échelle de l'État membre, mentionnée dans sa Constitution nationale ou la CEDH, qu'à l'échelle de l'Union européenne, mentionnée à l'article 3, § 3, du TUE.

625. En tout état de cause, il revient finalement à la CJUE d'apprécier, dans un cas d'espèce, si l'objectif d'intérêt général poursuivi par une mesure restrictive concerne l'Union européenne *et/ou* les États membres et s'il convient de traiter ces deux catégories d'objectifs de façon mutuellement exclusive ou, comme nous le préconisons, de façon complémentaire en ce sens que des intérêts purement nationaux d'un État membre puissent coïncider avec des intérêts de l'Union européenne.

SECTION 2. – LA FINALITÉ DES RESTRICTIONS DANS LA JURISPRUDENCE
DE LA COUR EDH

626. Contrairement à ce qui prévaut dans le cadre de la Charte il n'existe pas, dans la CEDH, une formulation générale pour se référer aux diverses finalités qu'un État partie peut avancer pour justifier une restriction à un droit fondamental garanti par la CEDH. En effet, les seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH comprennent une énumération, propre à chacun de ces articles, des finalités admises pour justifier des restrictions. À cet égard, le fait que les finalités énumérées soient spécifiques à chaque article se conçoit aisément car, à titre illustratif, une finalité telle que l'empêchement de divulguer des informations confidentielles peut être pertinente pour justifier une restriction au droit fondamental à la liberté d'expression, mais l'est plus difficilement pour justifier une restriction à la liberté de conscience ou de religion⁽¹⁶⁾.

627. Ainsi, à teneur des articles 8, § 2 à 11, § 2, de la CEDH, les finalités susceptibles de justifier des mesures restrictives sont la *sécurité nationale*,

16. P. KEMPEES, « « Legitimate aims » in the case-law of the European Court of Human Rights », in P. MAHONEY *et al.* (édit.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Carl Heymanns, 2000, pp. 659-675, p. 659.

la *sûreté publique*, l'*ordre public*, la *défense de l'ordre* et la *prévention des infractions pénales*, l'*intégrité territoriale*, le *bien-être économique du pays*, la *protection de la santé publique*, la *protection de la morale*, l'*empêchement de la divulgation d'informations confidentielles*, ou encore l'*autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire*. Dans le contexte de la présente étude, cette énumération appelle deux brèves observations de notre part⁽¹⁷⁾.

628. D'une part, la CourEDH a précisé que l'énumération des finalités contenues dans ces dispositions était *exhaustive*⁽¹⁸⁾, marquant ainsi une première distinction avec la Charte. Cette exhaustivité exige des autorités qui tentent de justifier une mesure restrictive que ladite mesure énonce expressément et de façon univoque le ou les finalités pertinentes parmi celles énumérées dans les seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH.

629. À titre illustratif, dans l'affaire *S.A.S c. France*, relative à l'interdiction de porter la burqa et le niqab dans l'espace public, le gouvernement a invoqué, comme finalité d'une telle restriction au droit fondamental au respect de la vie privée de la requérante, « le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte »⁽¹⁹⁾. Or, la CourEDH a relevé que le second paragraphe de l'article 8 ne prévoyait pas une telle finalité et, de ce fait, a refusé de la prendre en considération⁽²⁰⁾. Ainsi, à de rares exceptions près⁽²¹⁾, il incombe à l'État partie défendeur devant la CourEDH de démontrer qu'une mesure restrictive poursuit l'une

17. Pour aller plus loin, voir not. P. KEMPEES, « « Legitimate aims » in the case-law of the European Court of Human Rights », *op. cit.*

18. CourEDH, 27 août 2015, *Parrillo*, § 163 : « La Cour rappelle que l'énumération des exceptions au droit au respect de la vie privée qui figure dans le second paragraphe de l'article 8 est exhaustive et que la définition de ces exceptions est restrictive ». Voir ég. B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 314. Une exception existe cependant en présence d'une législation soumettant la radiodiffusion à des autorisations, la CourEDH ayant indiquée que « [i]l peut en résulter des ingérences dont le but, légitime au regard de la troisième phrase du paragraphe 1 (art. 10-1), ne coïncide pourtant pas avec l'une des fins que vise le paragraphe 2 (art. 10-2). Leur conformité à la Convention doit néanmoins s'apprécier à la lumière des autres exigences de celui-ci » (CourEDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia*, § 32).

19. CourEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S.*, § 114.

20. *Ibid.*, §§ 116-117.

21. Dans l'arrêt *Ciubotaru c. Moldavie*, le gouvernement moldave refusa de modifier l'identité ethnique du requérant, restreignant ainsi son droit au respect de sa vie privée. La CourEDH releva cependant que « [w]hile the applicant contested the existence of a legitimate aim, the Government did not expressly refer to any legitimate aim pursued in this case. The Court, for its part, is ready to accept that the impugned measure pursued the legitimate aims of safeguarding national security and preventing disorder » (CourEDH, 27 avril 2010, *Ciubotaru*, § 54) [arrêt non traduit en français].

des finalités énumérées dans la CEDH, au risque de voir la CourEDH admettre la violation du droit fondamental concerné⁽²²⁾.

630. D'autre part, relevons qu'une partie de la littérature juridique classe les finalités énumérées dans la CEDH par référence aux intérêts qu'elles protègent, en opposant ainsi celles poursuivant des intérêts de l'État (*i.e.* la *sécurité nationale*, la *sûreté publique*, la *défense de l'ordre public*, l'*intégrité territoriale*, la *divulgence d'informations confidentielles*), à celles poursuivant des intérêts du corps social (*i.e.* la *prévention des infractions pénales*, le *bien-être économique du pays*, la *protection de la santé publique*, la *protection de la morale*, et l'*autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire*)⁽²³⁾. Nous argumentons cependant que de telles classifications sont délicates dans la mesure où, d'une part, la délimitation entre le corps social et l'État est sujette à caution et, d'autre part, lesdites classifications ne se reflètent pas dans la façon dont la CourEDH interprète les différentes finalités énoncées dans la CEDH⁽²⁴⁾. Dès lors, nous privilégions dans les lignes qui suivent une analyse propre à chacune des finalités énoncées aux seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH.

A. – LA MÉTHODE D'INTERPRÉTATION DE LA COUR EDH

631. Sans prétendre présenter exhaustivement et de façon détaillée la méthode d'interprétation de la CourEDH des différentes finalités que peuvent poursuivre des mesures restrictives des droits fondamentaux de la CEDH, nous souhaitons mettre en exergue, d'une façon générale, deux éléments caractéristiques de ladite méthode. Nous argumentons en effet que ces dernières divergent de la méthode d'interprétation de la CJUE

22. Voir p. ex. l'arrêt *P. et S. c. Pologne*, concernant notamment la divulgation de données médicales personnelles, où la CourEDH estima qu'une telle divulgation « *cannot be regarded as compatible either with the Convention standards as to the State's obligation to secure respect for one's private or family life, or with the obligations of the medical staff to respect patients' rights laid down by Polish law. It did not therefore pursue a legitimate aim. That of itself is sufficient to ground a breach of Article 8 of the Convention* » (CourEDH, 30 octobre 2012, *P. et S.*, § 133) [arrêt non traduit en français].

23. En ce sens, voir V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « Article 8 § 2 », *op. cit.*, p. 336. Pour une autre classification au sein de ces catégories, voir S. GREER, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, Publication du Conseil de l'Europe, 1997, p. 18.

24. À titre illustratif, le bien-être économique est entendu comme protégeant les intérêts du corps social, alors que la jurisprudence de la CourEDH a admis cette finalité dans des cas relatifs à des propriétés appartenant à l'État (voir *infra* Partie 3, titre 3, chap. 2, section 2, let. B, ch. 5).

d'une façon potentiellement problématique au regard du principe de cohérence⁽²⁵⁾.

632. Premièrement, la CourEDH a expressément et itérativement affirmé que les différentes finalités pouvant légitimement justifier des mesures restrictives devaient être interprétées de façon *restrictive*⁽²⁶⁾. Ainsi, dès son arrêt *Klass et al. c. Allemagne*, elle a affirmé que « [m]énageant une exception à un droit garanti par la Convention, ce paragraphe (art. 8-2) appelle une interprétation étroite »⁽²⁷⁾. Plus récemment, la CourEDH a réitéré cette approche dans son arrêt *S.A.S. c. France*, en rappelant que « l'énumération des exceptions à la liberté de chacun de manifester sa religion ou ses convictions qui figure dans le second paragraphe de l'article 9 est exhaustive et que la définition de ces exceptions est restrictive. [...]. La même approche s'impose sur le terrain de l'article 8 de la Convention »⁽²⁸⁾. Par ailleurs, la CourEDH a également suivi cette ligne de conduite dans le contexte de l'article 10 de la CEDH dès son arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*, où elle a rappelé qu'elle « ne se trouve pas devant un choix entre deux principes antinomiques, mais devant un principe - la liberté d'expression - assorti d'exceptions qui appellent une interprétation étroite »⁽²⁹⁾.

633. Deuxièmement, la CourEDH adopte une approche différente selon que les finalités invoquées par l'État partie sont contestées ou non par l'autre partie. En effet, d'une façon générale, elle a souvent indiqué que « [l]a pratique de la Cour est d'être plutôt succincte lorsqu'elle vérifie l'existence d'un but légitime, au sens des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la

25. Nous ne cherchons pas ici à examiner la ou les méthode(s) d'interprétation suivie(s) par la CourEDH dans des cas donnés, mais uniquement à mettre en exergue certaines caractéristiques de la façon dont laquelle cette cour aborde et se prononce sur la condition de justification qui nous occupe. Ceci étant, il convient de préciser que la littérature juridique identifie presque autant de telles caractéristiques qu'il y a d'auteurs qui se prononcent. A cet égard, voir p. ex. les commentaires suivants : D. HARRIS, *et al.* (édit.), *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.* ; Ch. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights - Commentary*, Baden-Baden, C. H. Beck, 2014 ; W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

26. B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 309 : « In dealing with exceptions to Convention rights, the Court adopts a narrow interpretation » ; J. VELU, R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 183 : « On rappellera d'abord que la liberté est la règle, les restrictions qui y sont apportées étant l'exception. Cette donnée inhérente à l'Etat de droit commande une interprétation étroite des dispositions qui autorisent des ingérences dans une liberté » ; V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Article 8 § 2 », *op. cit.*, p. 326, qui indique que les clauses reconnaissant le pouvoir de l'Etat de restreindre l'exercice des droits ont toujours été interprétées par les organes de contrôle de la Convention de façon restrictive en leur principe dans le but de prémunir les particuliers contre l'arbitraire.

27. CourEDH, 6 septembre 1978, *Klass*, § 42.

28. CourEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S.*, § 113 [souligné par nous].

29. CourEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times*.

Convention »⁽³⁰⁾, établissant ainsi que la simple invocation d'une finalité à la mesure restrictive peut suffire à remplir cette condition de justification et la dispenser de tout examen approfondi.

634. À cet égard, la littérature juridique s'accorde à dire que la CourDEH admet facilement le respect de cette condition de justification⁽³¹⁾, ce qui se conçoit au demeurant, car il pourrait être problématique pour la CourEDH de reconnaître qu'un État partie à la CEDH – et partageant, dès lors, les valeurs de justice, de paix et de démocratie figurant dans le préambule de la CEDH – puisse adopter des mesures poursuivant des finalités qui ne sont pas légitimes et, donc, qui s'inspirent des considérations illicites⁽³²⁾.

635. Cependant, lorsque les finalités invoquées par l'État partie sont fortement contestées par le ou les requérants, la CourEDH estime que « cela commande un examen approfondi »⁽³³⁾ de cette condition de justification⁽³⁴⁾. Ainsi, dans l'arrêt *S.A.S. c. France* concernant l'interdiction du port de la burqa et du niqab dans les espaces publics, cette cour a procédé à un examen minutieux des différentes finalités invoquées par le gouvernement français – en examinant l'exposé des motifs accompagnant le projet de base légale litigieuse, la décision du Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité de ladite base légale et un rapport du Conseil d'État – pour conclure « qu'en adoptant l'interdiction litigieuse, le législateur entendait répondre à des questions de « sûreté publique » ou de « sécurité publique », au sens du second paragraphe des articles 8 et 9 de la Convention »⁽³⁵⁾.

636. Tout en gardant à l'esprit ces deux caractéristiques propres à la méthode d'interprétation de la CourEDH de la condition de justification que constitue la finalité d'une mesure restrictive, procédons à présent à une présentation de l'acceptation de chacune desdites finalités mentionnées

30. CourEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S.*, § 114.

31. B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 314 ; J. VELLU, R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 188 : « la Cour censure rarement les ingérences litigieuses en raison de l'illicéité du but poursuivi » ; Ch. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights - Commentary*, *op. cit.*, p. 207.

32. Voir P. KEMPEES, « « Legitimate aims » in the case-law of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 660 : « There are obvious problems in finding that the authorities of a state which is party to the Convention (and therefore, one hopes, by definition committed to the democratic values) acted in pursuance of an aim that was not legitimate, that is, were inspired by an illicit motive ».

33. *Ibid.*

34. Pour une illustration, voir p. ex. CourEDH, 5 décembre 2017, *Hamidović*, § 35, où les finalités invoquées étaient controversées entre les parties et où la CourEDH a dû procéder à un examen davantage détaillé.

35. CourEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S.*, § 115. Dans le même sens, voir ég. CourEDH, 11 juillet 2017, *Belcacemi*, §§ 48-49.

dans la CEDH. Précisons toutefois d'emblée qu'une mesure restrictive peut poursuivre cumulativement plusieurs finalités, de sorte que l'analyse autonome de ces dernières effectuée ci-après ne préjuge pas de la possibilité, dans un cas d'espèce, que différentes finalités puissent se côtoyer.

B. – L'INTERPRÉTATION DES FINALITÉS DES RESTRICTIONS

637. Dans la mesure où l'acceptation des différentes finalités énoncées dans la CEDH a « un contenu autonome »⁽³⁶⁾ propre à cet instrument de protection, nous présentons, pour chacune desdites finalités énoncées aux seconds paragraphes des articles 8 et 10 de la CEDH, l'acceptation retenue par la CourEDH, telle qu'illustrée dans la jurisprudence rendue par cette cour depuis le 1^{er} décembre 2009.

1. – La sécurité nationale, la sécurité et la sûreté publiques

638. D'une façon générale, les trois finalités que sont la protection de la *sécurité nationale*, de la *sécurité publique* et de la *sûreté publique* peuvent être considérées comme regroupant de nombreux intérêts communs⁽³⁷⁾ et, dès lors, comme ayant une acception en grande partie similaire. En effet, la CourEDH a observé que « la "sécurité publique" fait partie des buts énumérés par le second paragraphe de l'article 9 de la Convention (public safety dans le texte anglais de cette disposition) et que le second paragraphe de l'article 8 renvoie à la notion similaire de "sûreté publique" (public safety également dans le texte en anglais de cette disposition) »⁽³⁸⁾.

639. La proximité des acceptions de *sécurité* et *sûreté publiques* semble par ailleurs s'étendre à la notion de *sécurité nationale*, comme l'atteste la CourEDH dans son arrêt *Pentikäinen c. Finlande*. Dans cette affaire, concernant l'arrestation d'un journaliste suite à son refus d'obtempérer aux ordres de dispersion lancés par la police lors d'une manifestation violente, le gouvernement finlandais a notamment invoqué, comme finalité poursuivie par cette mesure restreignant le droit fondamental à la liberté d'expression du journaliste, la nécessité de « rétablir le calme, et en particulier pour

36. J. VELU, R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 187 ; W. BERKA, « Die Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention », *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 37, 1986, pp. 71-100, p. 85.

37. Voir not. B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 315

38. CourEDH, 1^{er} juillet 2014, S.A.S., § 115 [souligné par nous].

assurer la sécurité publique »⁽³⁹⁾. La sécurité *publique* ne figurant cependant pas parmi les finalités énumérées au second paragraphe de l'article 10, la CourEDH a retenu que la mesure litigieuse visait notamment la sécurité *nationale*, semblant dès lors reconnaître une proximité entre ces deux finalités.

640. La CourEDH n'a cependant jamais spécifié l'acception de la notion de *sécurité nationale*⁽⁴⁰⁾, bien que sa jurisprudence permette d'en isoler certains éléments constitutifs. Ainsi, ladite jurisprudence met en exergue que cette finalité « concerne la sécurité de l'État et la défense de l'ordre constitutionnel démocratique face à des menaces émanant de l'intérieur et de l'extérieur »⁽⁴¹⁾. Au titre desdites menaces figurent notamment l'espionnage, le terrorisme, l'approbation du terrorisme, le séparatisme ou encore l'incitation aux manquements à la discipline militaire⁽⁴²⁾.

641. À titre illustratif, dans son arrêt *Leander c. Suède*, la CourEDH a reconnu que pour « préserver la sécurité nationale, les États contractants ont indéniablement besoin de lois qui habilitent les autorités internes compétentes à recueillir et à mémoriser dans des fichiers secrets des renseignements sur des personnes, puis à les utiliser quand il s'agit d'évaluer l'aptitude de candidats à des postes importants du point de vue de ladite sécurité »⁽⁴³⁾. Trois arrêts récents permettent également d'illustrer l'invocation de cette finalité et revêtiront une importance particulière lors de l'analyse de la jurisprudence de la CJUE.

39. CourEDH, 20 octobre 2015, *Pentikäinen*, § 76.

40. Dans les lignes qui suivent et sauf précision contraire, il est exclusivement fait référence à la notion de *sécurité nationale*, bien qu'au vu de leur similarité, les observations formulées valent également pour les notions de *sécurité publique* et de *sûreté publique*.

41. S. GREER, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 19. Voir ég. P. KEMPEES, « "Legitimate aims" in the case-law of the European Court of Human Rights », op. cit., pp. 661-662 : « *The obvious interpretation of "national security" is the safety of the state against enemies who might seek to subdue its forces in war or subvert its government by illegal means.[...] this aim extends not only to the structure of the state itself but also to those features which make it a democracy* ». Voir ég. DIVISION DE LA RECHERCHE DE LA COUREDH, *Sécurité nationale et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Publication du Conseil de l'Europe/CourEDH, 2013, p. 5 : « La notion n'est pourtant pas clairement définie et revêt même, à tout le moins, un certain flou. La Commission européenne des droits de l'homme (« la Commission ») a d'ailleurs considéré qu'elle ne pouvait recevoir de définition exhaustive, lui conférant ainsi une certaine élasticité et donc une certaine flexibilité, reflétée par la marge d'appréciation dont jouissent les États en la matière ».

42. DIVISION DE LA RECHERCHE DE LA COUREDH, *Sécurité nationale et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 5. Voir ég. CourEDH, 7 février 2017, *İrfan Güzel c. Turquie*, §§ 85 et s.

43. CourEDH, 26 mars 1987, *Leander*, § 59.

642. Premièrement, la CourEDH s'est prononcée sur les finalités que constituent notamment la *sécurité nationale*, la *sûreté publique* et la *prévention des infractions pénales* dans son arrêt *Nada c. Suisse*⁽⁴⁴⁾. Cette affaire faisait suite aux attentats perpétrés en 1999 par *Al-Qaïda* au Kenya et en Tanzanie, à la suite desquelles le Conseil de sécurité de l'ONU a adopté, la même année, la résolution 1267 prévoyant des sanctions contre les Taliban. En 2000, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 1333 qui élargissait le régime des sanctions à l'organisation *Al-Qaïda* et prévoyait l'établissement d'une liste de personnes entretenant des relations avec cette organisation sur laquelle le nom du requérant a été inscrit en 2001. Dans le cadre de la transposition de ces résolutions, le gouvernement suisse a adopté l'Ordonnance sur les Taliban, qui prévoyait l'interdiction d'entrée et de séjour aux personnes visées par la résolution 1333.

643. Le requérant, qui résidait dans une enclave italienne située dans le canton suisse du Tessin, a été informé en 2003 qu'il n'était plus autorisé à passer les frontières au motif que son nom était mentionné par ladite résolution, ce qui a été le cas durant plus de six ans. Ce dernier a ainsi estimé que cette interdiction restreignait son droit fondamental à la vie privée et familiale en rendant difficile tous contacts avec ses proches résidant en dehors de l'enclave.

644. S'agissant de la finalité de cette restriction, la CourEDH a reconnu que les mesures litigieuses « poursuivaient un ou plusieurs des buts légitimes énumérés à l'article 8, § 2 : d'une part, elles visaient la prévention des infractions pénales, d'autre part, les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité s'inscrivant dans la lutte contre le terrorisme international et ayant été adoptées en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations unies (« Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression »), elles étaient également susceptibles de contribuer à la sécurité nationale et à la sûreté publique de la Suisse »⁽⁴⁵⁾.

645. Deuxièmement, mentionnons l'arrêt de la CourEDH rendu dans l'affaire *Roman Zakharov c. Russie*⁽⁴⁶⁾. Dans cette affaire, le requérant alléguait une restriction à son droit fondamental à la vie privée du fait que la législation russe autorisait la surveillance secrète des télécommunications au moyen de l'interception des communications de téléphonie mobile. Eu égard aux finalités poursuivies par cette législation, la CourEDH a indiqué que « les mesures de surveillance autorisées en droit russe poursuivent les

44. CourEDH, 12 septembre 2012, *Nada*.

45. *Ibid.*, § 174 [souligné par nous].

46. CourEDH, 4 décembre 2015, *Roman Zakharov*.

buts légitimes que sont la protection de la sécurité nationale et de la sûreté publique, la prévention des infractions pénales et la protection du bien-être économique du pays »⁽⁴⁷⁾.

646. Troisièmement, rappelons brièvement l'affaire *S.A.S. c. France*, dans laquelle la CourEDH a examiné si la législation française interdisant de porter, dans l'espace public, une tenue destinée à dissimuler le visage – i.e. la burqa et le niqab – constituait une restriction justifiée à la possibilité de choisir son apparence, qui relève de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH. À ce propos, cette cour a notamment précisé que les travaux préparatoires de la législation concernée exposaient que la pratique de la dissimulation du visage pouvait « être dans certaines circonstances un danger pour la sécurité publique »⁽⁴⁸⁾ et que « le législateur avait estimé que cette pratique pouvait constituer un danger pour la sécurité publique »⁽⁴⁹⁾. En conséquence, la CourEDH a admis qu'en adoptant l'interdiction litigieuse, le législateur entendait répondre à des questions de « sûreté publique » ou de « sécurité publique », au sens du second paragraphe des articles 8 et 9 de la Convention⁽⁵⁰⁾.

2. – L'intégrité territoriale

647. Pour certains auteurs, la finalité que constitue *l'intégrité territoriale* est si étroitement liée à la sécurité nationale qu'elle ne justifie pas un examen séparé⁽⁵¹⁾. L'intégrité territoriale a cependant parfois été invoquée de façon autonome devant de la CourEDH, i.e. en tant qu'unique finalité d'une restriction, ce qui suffit à motiver, selon nous, une brève analyse de l'acceptation de ladite finalité.

648. Ainsi, la CourEDH s'est récemment prononcée sur cette finalité dans son arrêt *Bayar et Gürbüz c. Turquie*⁽⁵²⁾. Cette affaire concernait la publication, dans un quotidien turc, d'articles comprenant des déclarations du chef du PKK et d'un membre du comité exécutif d'une branche du PKK. Suite auxdites déclarations, le propriétaire et le rédacteur en chef

47. *Ibid.*, § 237.

48. CourEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S.*, § 115

49. *Ibid.*

50. *Ibid.*

51. P. KEMPEES, « "Legitimate aims" in the case-law of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 662 : « *It is true that "national security" appears alongside the expression "territorial integrity" in Article 10 but not in Article 8 and 11; nonetheless, it would be nonsense to construe it in such a way that it did not include "territorial integrity" as well.* ».

52. CourEDH, 27 novembre 2013, *Bayar et Gürbüz*.

du quotidien ont été inculpés puis condamnés pour propagande par voie de presse contre l'unité indivisible de l'État. À cet égard, la CourEDH a relevé que l'existence d'une finalité n'était pas contestée entre les parties et a indiqué que la restriction au droit fondamental à la liberté d'expression des requérants « poursuivait un but légitime au sens de l'article 10, § 2, à savoir la protection de l'intégrité du territoire national »⁽⁵³⁾.

649. Dans cet arrêt, cependant, la CourEDH ne donne aucune indication sur l'acception de cette finalité, préférant se référer à sa jurisprudence rendue dans les arrêts *Yağmurdereli c. Turquie* et *Gözel et Özer c. Turquie*, qui fournissent de précieuses indications. Ainsi, dans ce premier arrêt, cette cour a précisé que des mouvements séparatistes faisant recours à la violence étaient susceptibles de porter atteinte à l'intégrité territoriale de la Turquie⁽⁵⁴⁾. De plus, dans le second arrêt, la CourEDH a indiqué que « lorsque des opinions n'incitent pas à la violence – c'est-à-dire qu'elles ne préconisent pas le recours à des procédés violents ou à une vengeance sanglante, ne justifient pas la commission d'actes terroristes en vue de la réalisation des objectifs de leurs partisans, et ne peuvent être interprétées comme susceptibles de favoriser la violence en insufflant une haine profonde et irrationnelle envers des personnes identifiées – les États contractants ne peuvent se prévaloir de la protection de l'intégrité territoriale, de la sécurité nationale, de la défense de l'ordre ou de la prévention du crime pour restreindre le droit du public à être informé en utilisant le droit pénal pour peser sur les médias »⁽⁵⁵⁾. Ainsi, à l'instar de la finalité qu'est la *sécurité nationale*, la protection de l'intégrité territoriale semble inéluctablement liée à des menaces à caractère violent.

3. – La défense et la protection de l'ordre

650. La formulation de la *protection de l'ordre*, au sens de l'article 9, § 2, de la CEDH, et celle de la *défense de l'ordre*, au sens des seconds paragraphes des articles 8, 10 et 11 de la CEDH, désignent la même finalité, de sorte que nous les analysons conjointement. En dépit de leur formulation commune, cependant, la CourEDH a indiqué dans son célèbre arrêt *Engel et al. c. Pays-Bas*⁽⁵⁶⁾ que « le terme "ordre", tel qu'il figure dans cette disposition [ndla : l'article 10 de la CEDH], ne désigne pas seulement l'"ordre public" au sens des articles 6, § 1 et 9, § 2 (art. 6-1, art. 9-2) de la Convention et

53. *Ibid.*, § 31.

54. CourEDH, 4 juin 2002, *Yağmurdereli*, § 40.

55. CourEDH, 6 juillet 2010, *Gözel et Özer*, § 56.

56. CourEDH, 8 juin 1976, *Engel*.

de l'article 2, § 3, du Protocole n° 4 (P4-2-3) [...] »⁽⁵⁷⁾. Ainsi, la CourEDH semble distinguer deux acceptions différentes de la notion d'*ordre public* au sein, respectivement, des articles 9 et 10 de la CEDH, mais n'a toutefois pas « réellement cherché de manière systématique, dans les affaires où ces exceptions ont été invoquées, à en définir les caractéristiques générales »⁽⁵⁸⁾.

651. Une première indication relative à l'acception de cette finalité pour justifier des restrictions à l'article 10 de la CEDH ressort néanmoins de l'arrêt *Engel et al. c. Pays-Bas*, car la CourEDH y a affirmé que la défense de l'*ordre* visait « aussi l'ordre devant régner à l'intérieur d'un groupe social particulier ; il en est ainsi notamment lorsque, comme dans le cas des forces armées, le désordre dans ce groupe peut avoir des incidences sur l'ordre dans la société entière ». Cette acception large de la notion d'ordre public a notamment été confirmée dans l'arrêt *Groppera Radio et al. c. Suisse*⁽⁵⁹⁾, où la CourEDH a estimé que l'interdiction de retransmission des émissions de radios de la société requérante constituait une restriction à sa liberté d'expression justifiée par « la défense de l'ordre international des télécommunications »⁽⁶⁰⁾. La CourEDH a également confirmé cette approche dans sa jurisprudence récente, comme l'illustre notamment les deux arrêts suivants.

652. Premièrement, relevons l'affaire *Perincek c. Suisse*⁽⁶¹⁾, dans laquelle la CourEDH a dû déterminer si la condamnation du requérant à des peines pécuniaires, conformément à la législation pénale suisse, pour avoir nié à plusieurs reprises lors de rassemblements publics l'existence du génocide des Arméniens, qualifiant ce dernier de « mensonge international »⁽⁶²⁾, constituait une restriction à sa liberté d'expression susceptible d'être justifiée par la défense de l'ordre, au sens de l'article 10, § 2, de la CEDH. Cette cour a estimé, à cet égard, que rien ne prouvait « que ces rassemblements aient réellement donné lieu à des affrontements »⁽⁶³⁾ et, plus précisément, que rien ne prouvait qu'à la date des événements publics au cours desquels le requérant avait tenu les propos litigieux, « les autorités suisses aient vu en ceux-ci un risque de troubles à l'*ordre* et qu'elles aient cherché à les contrôler sur ce fondement. Rien ne prouve non

57. *Ibid.*, § 98.

58. S. GREER, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 31. Pour des affaires récentes où la CourEDH admet sans autre examen cette finalité, voir p. ex. CourEDH, 6 octobre 2015, *Müdür Duman*, § 31 ; CourEDH, 15 septembre 2015, *Dilipak*, § 59.

59. CourEDH, 28 mars 1990, *Groppera Radio*.

60. *Ibid.*, § 70.

61. CourEDH, 15 octobre 2015, *Perincek*.

62. *Ibid.*, § 13.

63. *Ibid.*, § 153.

plus que, malgré la présence d'une communauté arménienne comme d'une communauté turque en Suisse, ce type de propos risquait de susciter de graves tensions et de se solder par des affrontements »⁽⁶⁴⁾.

653. Deuxièmement, mentionnons l'arrêt *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquie*⁽⁶⁵⁾, dans lequel la CourEDH a eu l'occasion d'aborder les trois finalités préalablement examinées. Dans cette affaire, cette cour a dû examiner si la restriction au droit fondamental à la liberté d'expression découlant de la condamnation d'un syndicat turc de salariés de l'éducation et de la science au motif qu'un article de ses statuts prônait l'accès à un enseignement dans la langue maternelle des individus – contrevenant ainsi à la disposition constitutionnelle au terme de laquelle la seule langue officielle est le turc – pouvait être justifiée. Le gouvernement turc arguait que la condamnation visait plusieurs finalités, à savoir la « *défense de l'ordre* ou la protection de la *sécurité nationale*, y compris la protection de l'*intégrité territoriale* de l'État »⁽⁶⁶⁾.

654. Eu égard aux deux premières finalités, la CourEDH a estimé que « l'article litigieux des statuts du requérant n'exhortait pas à l'usage de la violence, à la résistance armée ou au soulèvement, et qu'il n'incitait pas non plus à la haine »⁽⁶⁷⁾. Elle a précisé que cet article « n'était pas non plus susceptible de favoriser la violence en insufflant une haine profonde et irrationnelle envers des personnes identifiées »⁽⁶⁸⁾. Enfin, en ce qui concerne la finalité relative à l'unité du territoire national, la CourEDH a noté que le syndicat « défendait le principe de l'enseignement dans une langue maternelle, autre que le turc, pour les individus composant la société turque. Or, la Cour constate que le Gouvernement a omis d'indiquer quelles actions concrètes de nature à démentir la sincérité de son programme Eğitim-Sen aurait prises »⁽⁶⁹⁾ et a ainsi conclu « qu'aucun danger clair et imminent ne menaçait l'unité territoriale de l'État »⁽⁷⁰⁾. La CourEDH semble donc exiger la présence de menaces concrètes et potentiellement violentes pour admettre qu'une restriction au droit fondamental à la liberté d'expression puisse être justifiée par la finalité de protéger l'ordre public⁽⁷¹⁾.

64. *Ibid.* [souligné par nous].

65. CourEDH, 25 septembre 2012, *Eğitim*.

66. *Ibid.*, § 65.

67. *Ibid.*, § 75.

68. *Ibid.*, § 75.

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*

71. Voir ég. B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 317 : « *The interests of territorial integrity would seem to require some threat of violence or disorder before resort can be made to this ground* ».

655. Cependant, dans le cadre des restrictions à l'article 8 de la CEDH, la CourEDH aborde cette finalité de façon encore plus large et, même en cas d'absence de circonstances potentiellement violentes ou si elle nourrit certains doutes, elle se montre particulièrement encline à admettre ladite finalité. Ainsi, dans l'arrêt *Dadouch c. Malte*⁽⁷²⁾, les autorités maltaises ont refusé la reconnaissance d'un mariage entre un ressortissant maltais et une ressortissante russe en arguant qu'une telle restriction à l'article 8 de la CEDH se justifiait par la défense de l'ordre et l'interdiction de la bigamie dans une société basée sur la monogamie. La CourEDH a cependant estimé que « [w]hile it is difficult to perceive how the refusal to register the applicant's marriage could prevent bigamy or ensure certainty in respect of personal status [...], the Court is prepared to accept that national regulation of the registration of marriage may serve the legitimate aim of the prevention of disorder and the protection of the rights of others, as contended by the Government »⁽⁷³⁾.

656. Autrement dit, l'acceptation de la finalité d'une restriction que constitue la défense et la protection de l'ordre public ne semble pas identique selon qu'elle vise à justifier une restriction à l'article 10 ou à l'article 8 de la CEDH. À notre sens, si une telle divergence d'approche peut se concevoir au vu du rôle que joue la liberté d'expression dans une société démocratique – comme nous y revenons ci-dessous⁽⁷⁴⁾ – elle doit néanmoins être soulignée, car nous estimons que la CJUE doit la prendre en considération lors de la mise en œuvre du principe de cohérence.

4. – La prévention du crime et des infractions pénales

657. À l'instar de la précédente finalité, la prévention des *infractions pénales*, mentionnée à l'article 8, § 2, de la CEDH, et la prévention des *crimes*, mentionnée à l'article 10, § 2, de la CEDH, seront analysées conjointement. En effet, la distinction entre les *infractions pénales* et les *crimes* qui, au premier abord, peuvent recouvrir deux acceptions distinctes, ne figure que dans la version française de la CEDH, la version anglaise faisant uniquement état de *crime* pour les deux dispositions. De plus, comme les deux séries d'affaires ci-dessous l'illustrent, la jurisprudence de la CourEDH ne s'est pas développée distinctivement eu égard à ces deux finalités.

72. CourEDH, 20 juillet 2010, *Dadouch* [arrêt non traduit en français].

73. *Ibid.*, § 54.

74. Voir *infra* Partie 3, titre 4, chap. 2, section 1, let. A.

658. Ainsi, premièrement, dans l'arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas*⁽⁷⁵⁾, la CourEDH a dû examiner si l'emprisonnement de la requérante conséquemment à son refus de témoigner contre son partenaire dans une procédure pénale pour homicide constituait une restriction au droit fondamental à la vie privée de celle-ci, garanti à l'article 8 de la CEDH, susceptible d'être justifiée par la finalité visant à prévenir des infractions pénales. À cet égard, la CourEDH a rappelé qu'il « ne prête pas à controverse que l'ingérence poursuivait un « but légitime », à savoir, notamment, la protection de la société par la « prévention des infractions pénales », notion qui englobe la recherche de preuves en vue de la découverte et de la poursuite des infractions »⁽⁷⁶⁾.

659. Toujours en ce qui concerne le respect du droit fondamental à la vie privée mais dans le contexte de la perquisition et la saisie de fichiers informatiques dans un cabinet d'avocat, la CourEDH a estimé que « la recherche et la saisie des éléments informatiques dans le système informatique de la société requérante ont été ordonnées dans le cadre d'une enquête pénale ouverte à l'encontre de plusieurs ressortissants portugais et allemands pour les chefs de corruption, prise illégale d'intérêts, blanchiment d'argent et prévarication [...]. Elles visaient donc un but légitime, à savoir la prévention des infractions pénales »⁽⁷⁷⁾.

660. De même, dans l'arrêt *Michaud c. France* concernant l'obligation, contenue dans la directive 91/308/CEE, faite aux avocats de déclarer aux autorités nationales toutes informations utiles en cas de soupçons de blanchiment d'argent à l'endroit de leur client, la CourEDH n'a pas douté du fait que « visant à lutter contre le blanchiment de capitaux et les infractions pénales associées, l'ingérence litigieuse poursuit l'un des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 : la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales. Cela n'a d'ailleurs pas prêté à controverse entre les parties »⁽⁷⁸⁾.

661. Deuxièmement, dans l'affaire *Gough c. Royaume-Uni*⁽⁷⁹⁾, concernant une restriction à l'article 10, § 2, de la CEDH, la CourEDH a eu l'occasion de préciser la portée de la finalité que constitue la prévention des infractions pénales et des crimes. Cette affaire concernait un militant naturiste maintes fois interpellé, mis en examen, condamné et emprisonné

75. CourEDH, 3 avril 2012, *Van der Heijden*.

76. *Ibid.*, § 54.

77. CourEDH, 3 septembre 2015, *Sérvulo & Associados*. Voir ég. CourEDH, 22 avril 2014, *Nusret Kaya*, § 42 ; CourEDH, 18 avril 2013, *M. K.*

78. CourEDH, 6 décembre 2012, *Michaud*, § 99.

79. CourEDH, 28 octobre 2014, *Gough* [arrêt non traduit en français].

lors de diverses marches visant à relier l'Écosse depuis l'Angleterre. La CourEDH a admis que la nudité en public était une forme d'expression protégée par l'article 10 de la CEDH et que les mesures prises à l'encontre du requérant constituaient des restrictions au droit protégé par cet article⁽⁸⁰⁾.

662. Cependant, les parties n'ayant pas précisé les crimes dont la prévention pouvait être invoquée pour justifier lesdites restrictions, la CourEDH a procédé elle-même à cet examen. Ainsi, elle a reconnu que lesdites mesures visaient tant à prévenir la réalisation de nouvelles infractions par le requérant – et éviter ainsi que la nudité de celui-ci n'alarme des membres du public – que, plus largement, à assurer le respect de la loi et, dès lors, prévenir les infractions et le désordre susceptibles d'émerger si le requérant était admis à violer impunément la loi au motif de ses convictions personnelles sur la nudité, aussi sincères soient-elles.

663. Dès lors, indépendamment du droit fondamental faisant l'objet d'une restriction motivée par le besoin de prévenir des infractions pénales ou des crimes, la CourEDH adopte une approche large et reconnaît que les infractions en cause peuvent s'être déjà produites ou non, et qu'elles puissent viser des personnes déterminées ou non.

5. – Le bien-être économique du pays

664. La finalité que constitue le *bien-être économique* du pays a régulièrement été invoquée devant la CourEDH⁽⁸¹⁾. Depuis 2009, cette cour a ainsi précisé que cette finalité incorporait de nombreux et divers intérêts économiques étatiques, tels que la possibilité de jouir de ses propriétés foncières, de percevoir ou d'économiser des fonds publics, d'éviter de devoir supporter certains coûts ou subir certaines pertes liés à l'immigration de personnes, ou encore de protéger un secteur économique privé influant

80. *Ibid.*, § 158 : « *Having regard to all the circumstances surrounding the actions of the applicant and the police, the Court accepts that the measures aimed to prevent disorder and crime. However, the parties did not make detailed submissions identifying more clearly the precise nature of the disorder and crime which the measures were taken to prevent. It is clear that in a straightforward sense, the measures were designed to prevent the applicant's committing breach of the peace through causing offence to and alarming other members of the public by confronting them with his naked state in public. However, the applicant's arrest, prosecution, conviction and imprisonment can be seen to have pursued the broader aim of seeking to ensure respect for the law in general, and thereby preventing the crime and disorder which would potentially ensue were the applicant permitted to continually and persistently flout the law with impunity because of his own personal, albeit sincerely held, opinion on nudity* ».

81. Voir not. CourEDH, 24 novembre 1986, *Gillow* ; CourEDH, 21 juin 1988, *Berrehab* ; CourEDH, 25 février 1993, *Mialhe* ; CourEDH, 25 février 1993, *Funke*.

largement sur l'économie à l'échelle nationale. Nous illustrons dès lors brièvement notre propos à l'aide de la jurisprudence de la CourEDH relative à chacun de ces intérêts.

665. À titre illustratif du premier cas de figure, le *bien-être économique* d'un pays a parfois été invoqué devant la CourEDH pour justifier des expulsions du territoire. Ainsi, dans son arrêt *Orlić c. Croatie*, la CourEDH a jugé que l'éviction d'une famille occupant illicitement une propriété appartenant à l'État croate pouvait être justifiée par le bien-être économique de cet État⁽⁸²⁾.

666. Eu égard aux fonds publics, la CourEDH a indiqué dans son arrêt *Rousk c. Suède* que la restriction au droit fondamental à la vie privée et familiale du requérant découlant de la vente aux enchères de sa maison familiale était justifiée par « *the economic well-being of the country, by ensuring the collection of taxes* »⁽⁸³⁾. De plus, dans son arrêt *McDonald c. Royaume-Uni*, cette cour a estimé que supprimer la subvention pour l'assistance nocturne d'une personne handicapée au profit d'une solution moins onéreuse pouvait constituer une restriction au droit fondamental à la vie privée de cette dernière, justifiée au regard du bien-être économique du pays.⁽⁸⁴⁾

667. Concernant ensuite les coûts en matière d'immigration, la CourEDH a accepté, dans son arrêt *Hasanbasic c. Suisse*, l'argument du gouvernement suisse selon lequel le refus du regroupement familial requis par les requérants pouvait se justifier au vu des dettes importantes accumulées par ce dernier, notamment à l'égard de l'aide sociale⁽⁸⁵⁾. Par ailleurs, dans l'arrêt *Zammit Maempel c. Malte*, cette finalité a également été admise pour justifier l'utilisation de feux d'artifices lors de fêtes villageoises à proximité immédiate d'habitations, car lesdits feux « *are one of the highlights of a village feast which attracts village locals, other nationals and tourists, an occasion which undeniably generates an amount of income and which therefore, at least to a certain extent, aids the general economy* »⁽⁸⁶⁾.

82. CourEDH, 21 juin 2011, *Orlić*, § 62. Voir ég. CourEDH, 2 décembre 2010, *Kryvitska et Kryvitskyy* ; CourEDH, 24 avril 2012, *Yordanova*, § 113.

83. CourEDH, 25 juillet 2013, *Rousk*, § 135 [arrêt non traduit en français].

84. CourEDH, 20 mai 2014, *McDonald*, § 53.

85. CourEDH, 11 juin 2013, *Hasanbasic*, §§ 37 et 52.

86. CourEDH, 22 novembre 2011, *Zammit Maempel*, § 64 [arrêt non traduit en français].

668. Enfin, dans son arrêt *G. S. B. c. Suisse*⁽⁸⁷⁾, la CourEDH s'est prononcée sur l'impact, sur l'économie nationale, de la divulgation des données bancaires de ressortissants non nationaux aux autorités d'un autre pays. Cet arrêt faisait suite à la dénonciation à l'administration fiscale américaine, réalisée par un employé d'une grande banque suisse, de milliers de comptes bancaires non déclarés appartenant à des ressortissants américains. Dans le cadre de la procédure d'entraide administrative entre la Suisse et les États-Unis qui s'en est suivie, les données bancaires du requérant ont été divulguées à l'administration fiscale américaine, constituant ainsi une restriction au droit fondamental à la vie privée et familiale de ce dernier.

669. Eu égard aux finalités invoquées pour justifier cette divulgation, la CourEDH a relevé que « le secteur bancaire représentant une branche économique importante pour la Suisse, la Cour estime que la mesure incriminée, qui participait d'une tentative globale du gouvernement suisse de régler le conflit entre UBS SA et les autorités fiscales américaines, pouvait valablement être considérée comme de nature à contribuer à la protection du bien-être économique du pays »⁽⁸⁸⁾. Cette cour a en outre accepté l'argument selon lequel « les prétentions des autorités fiscales américaines contre les banques suisses pouvaient mettre en danger la survie même d'UBS SA, acteur important de l'économie suisse et employeur d'un nombre considérable de personnes »⁽⁸⁹⁾.

670. En d'autres termes, ces arrêts de la CourEDH font état d'une acception large de la finalité que constitue le bien-être économique d'un pays, finalité qui n'est plus uniquement liée aux revenus de propriétés ou d'impôts qu'un État est en droit de percevoir mais qui, plus largement, s'étend aux activités d'individus ou d'entreprises susceptibles d'avoir une certaine influence sur l'économie dudit État.

6. – La protection de la morale

671. Dans le contexte de l'article 10 de la CEDH, la protection de la morale n'a été invoquée devant la CourEDH que deux fois depuis le 1^{er} décembre 2009. Il s'agit, premièrement, de l'arrêt *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*⁽⁹⁰⁾, qui concerne la décision des autorités suisses de

87. CourEDH, 22 décembre 2015, *G. S. B.* Dans ce même contexte, voir ég. CourEDH, 7 juillet 2015, *M. N.* [arrêt non traduit en français].

88. *Ibid.*, § 83.

89. *Ibid.*

90. CourEDH, 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse*.

refuser une campagne publicitaire dudit mouvement car certains de leurs préceptes, tels que la génioocratie, le clonage ou encore l'éveil sensuel des enfants, étaient contraires à la morale. La CourEDH a accepté cette justification à la restriction au droit fondamental à la liberté d'expression inhérente à ce refus publicitaire sans toutefois en procéder à une analyse approfondie, dans la mesure où elle n'était pas contestée par les parties au litige⁽⁹¹⁾.

672. La seconde invocation de cette finalité a eu lieu dans l'arrêt *Akdaş c. Turquie*, concernant la publication d'un roman érotique⁽⁹²⁾. Le requérant ayant édité ce roman a été condamné à une amende pour publication obscène et a vu tous les exemplaires du roman saisis en vue de leur destruction. En l'espèce, la CourEDH a relevé qu'il n'y avait pas de controverse entre les parties « sur la légitimité du but poursuivi en l'espèce, à savoir la protection de la morale. Elle souscrit à ce constat »⁽⁹³⁾. Ainsi, à l'instar de l'arrêt précédent, l'absence de contestation entre les parties a permis à la CourEDH de ne pas approfondir son examen de l'acceptation et du respect de cette condition de justification.

673. Dans le cadre de l'article 8 de la CEDH, la CourEDH semble également admettre la protection de la morale en tant que finalité justifiant une restriction à un droit fondamental sans estimer nécessaire de motiver une telle conclusion. Ainsi, dans son arrêt *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, la CourEDH a reconnu que le refus des autorités grecques de reconnaître la décision américaine prononçant l'adoption du requérant par son oncle au motif que ce dernier était moine pouvait être justifié par le besoin de protéger « les bonnes mœurs »⁽⁹⁴⁾.

674. Elle a fait de même dans son arrêt *S.H. et al. c. Autriche* en estimant que la législation autrichienne prohibant la fécondation *in vitro* avec don de sperme ainsi que le transfert d'embryon avec don d'ovocytes pouvait se concevoir dans l'optique de protéger la morale, ce qui n'était au demeurant pas contesté entre les parties⁽⁹⁵⁾. Cette approche a encore été confirmée dans l'arrêt *Costa et Pavan c. Italie*, où la CourEDH a reconnu que la restriction au droit à la vie privée et familiale induite par la législation italienne interdisant le recours à un diagnostic préimplantatoire à un couple porteur d'une maladie génétique grave pouvait « poursuivre les buts

91. *Ibid.*, § 49.

92. CourEDH, 16 février 2010, *Akdaş*.

93. *Ibid.*, § 24.

94. CourEDH, 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis*, § 67.

95. CourEDH, 3 novembre 2011, *S.H.*, § 90.

légitimes de protection de la morale et des droits et libertés d'autrui, ce qui n'est pas contesté par les parties »⁽⁹⁶⁾.

7. – La protection de la santé

675. Dans le cadre de l'article 8 de la CEDH, la protection de la santé a été invoquée dans des affaires aussi diverses que variées pour justifier, notamment, des restrictions allant de la participation obligatoire des prisonniers au nettoyage des cellules⁽⁹⁷⁾ à la criminalisation des pratiques sexuelles sadomasochistes entre adultes consentants lorsque le tort infligé était jugé grave⁽⁹⁸⁾. Mentionnons brièvement deux séries d'arrêts récents pour illustrer la diversité des situations pouvant entrer en ligne de compte dans l'invocation de cette finalité afin de justifier des restrictions aux droits fondamentaux.

676. Premièrement, dans l'affaire *Y.Y. c. Turquie*⁽⁹⁹⁾, le requérant, né de sexe féminin, avait déposé auprès de la juridiction turque compétente une demande en vue d'obtenir l'autorisation de changer de sexe afin d'établir une harmonie entre la perception intime qu'il avait de lui-même et ses caractéristiques physiques. Cette juridiction a refusé au motif que l'une des conditions requises par la législation turque n'était remplie, à savoir que le requérant n'était pas, de manière définitive, dans l'incapacité de procréer. La CourEDH a ainsi dû examiner si cette restriction au droit fondamental à la vie privée et familiale du requérant poursuivait l'une des finalités mentionnées au second paragraphe de l'article 8 de la CEDH et, dans la mesure où le requérant contestait les finalités invoquées par le gouvernement, elle a procédé à une analyse détaillée⁽¹⁰⁰⁾.

677. Ainsi, la CourEDH a examiné l'argument du gouvernement selon lequel la restriction du droit fondamental du requérant visait à protéger les « intérêts de l'individu qui souhaite pouvoir recourir à une opération irréversible et présentant un risque pour son intégrité physique et morale »⁽¹⁰¹⁾. À cet égard, elle n'a pas vu « de raisons de douter qu'en adoptant la législation litigieuse, le Gouvernement défendeur tendait à un but légitime au sens du second paragraphe de l'article 8 et elle admet que ce

96. CourEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan*, § 59. Voir ég. CourEDH, 27 août 2015, *Parrillo*.

97. CommEDH, 6 mars 1982, *X. c. Royaume-Uni*.

98. CourEDH, 19 février 1997, *Laksey*, § 50.

99. CourEDH, 10 mars 2015, *Y.Y.*

100. *Ibid.*, § 77 : « Toutefois, en l'espèce, le requérant contestant la pertinence des objectifs invoqués par le Gouvernement (paragraphe 72 ci-dessus), la Cour estime qu'il convient de se prononcer de manière plus circonstanciée ».

101. *Ibid.*, § 74.

type d'interventions puisse être soumis à une régulation et à un contrôle de l'État pour des motifs relevant de la protection de la santé »⁽¹⁰²⁾. Ce faisant, la CourEDH a estimé que la notion de *santé* visée à l'article 8, § 2, de la CEDH incluait la santé du requérant⁽¹⁰³⁾.

678. Ceci a notamment été confirmé dans l'affaire *Yordanova c. Bulgarie*⁽¹⁰⁴⁾, où une communauté rom vivait depuis de nombreuses années dans des habitations construites sur une propriété appartenant à l'État bulgare. Bien que l'État ait toléré cette communauté durant plusieurs décennies, il a finalement décidé de procéder à son éviction en invoquant, notamment, le besoin de « *put an end to a situation involving safety and health risks which had given rise to complaints* »⁽¹⁰⁵⁾. À cet égard, la CourEDH a relevé que « *it is undisputed that the applicants' homes lack sewage and sanitary facilities* »⁽¹⁰⁶⁾ et que, pour justifier la restriction au droit fondamental à la vie privée et familiale constituée par l'éviction des roms, « *there is a legitimate public interest in taking measures to cope with hazards such as those that may stem from an unlawful settlement of makeshift houses lacking sewage and sanitary facilities* »⁽¹⁰⁷⁾.

679. Deuxièmement, dans l'affaire *Solomakhin c. Ukraine*⁽¹⁰⁸⁾, la CourEDH a indiqué que la protection de la santé, au sens de l'article 8, § 2, de la CEDH, comprenait tant la santé *individuelle* de la personne directement concernée par la mesure litigieuse⁽¹⁰⁹⁾, que la santé du *public*. Dans le cas d'espèce, le requérant souffrait d'une maladie respiratoire aiguë rendant toute vaccination contre la diphtérie contre-indiquée mais a cependant été vacciné et n'a souffert d'aucun des effets potentiels liés à la contre-indication.

680. Afin de justifier la restriction au droit fondamental à la vie privée du requérant, le gouvernement a invoqué que la vaccination poursuivait « *the legitimate aim of the protection of public health against diphtheria, which was a highly infectious and virulent disease. Given the complicated epidemiological situation in the country and in the region in which the applicant had resided, the interference had been necessary to protect the*

102. *Ibid.*, § 79.

103. Voir ég. CourEDH, 23 mars 2017, *A.-M.V. c. Finlande*, § 80.

104. CourEDH, 24 avril 2012, *Yordanova* [arrêt non traduit en français].

105. *Ibid.*, § 109.

106. *Ibid.*, § 114.

107. *Ibid.*

108. CourEDH, 15 mars 2012, *Solomakhin* [arrêt non traduit en français].

109. Pour d'autres arrêts où la finalité que constitue la protection de la santé se rapporte à la santé d'une personne *individuelle*, voir not. CourEDH, 10 avril 2012, *Pontes*, § 83 ; CourEDH, 22 octobre 2015, *Jovanovic*, § 7.

health of the applicant and of the public at large »⁽¹¹⁰⁾. La CourEDH a ainsi endossé l'argument du gouvernement et a conclu que la restriction en cause « *pursued the legitimate aim of the protection of health* »⁽¹¹¹⁾.

681. Eu égard au droit fondamental à la liberté d'expression, la protection de la santé a notamment été invoquée dans l'affaire *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, déjà mentionnée ci-dessus⁽¹¹²⁾, relative au refus des autorités suisses d'une campagne publicitaire dudit mouvement. *In casu*, la CourEDH a considéré que le fait que le mouvement raëlien ait offert des services au public en matière de clonage et annoncé la naissance du premier enfant cloné permettait de justifier l'interdiction de la campagne d'affichage en cause dans le but de protéger la santé. Cette cour a dès lors admis l'argument du gouvernement suisse, sans toutefois procéder à une analyse approfondie de cette finalité⁽¹¹³⁾.

682. Dès lors, à l'instar de la finalité que constitue la protection de la morale, l'acception de la protection de la santé n'est que peu détaillée par la CourEDH, bien qu'elle l'ait admise dans de nombreuses situations. Cette cour interprète cependant largement la notion de *santé*, en ce qu'elle vise tant celle de l'individu faisant l'objet de la restriction en cause que celle, plus générale, des membres de la société, et ce dans des situations les exposant tant à des risques de maladie que d'accident graves.

8. – La divulgation d'informations confidentielles

683. La CourEDH semble également faire une interprétation large de l'acception de *divulgation d'informations confidentielles*, qui n'est mentionnée qu'à l'article 10, § 2, de la CEDH. Ainsi, lorsque la nature confidentielle des informations ne soulève pas de controverses entre les parties, la CourEDH admet facilement qu'une mesure restrictive poursuive cette finalité, comme l'illustre par exemple l'arrêt *Matúz c. Hongrie*⁽¹¹⁴⁾. Dans cette affaire, un journaliste de télévision contractuellement soumis à une clause de confidentialité a été licencié après avoir publié un ouvrage sur la censure existant dans le monde de la télévision et dans lequel il reproduisait des documents auxquels il avait eu accès dans le cadre de son travail. La CourEDH a aisément admis que le licenciement du requérant et la restriction concomitante de son droit fondamental à la liberté

110. *Ibid.*, § 32.

111. *Ibid.*, § 35.

112. CourEDH, 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse*.

113. *Ibid.*, §§ 49 et s.

114. CourEDH, 21 octobre 2014, *Matúz*.

d'expression avaient pour finalité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles⁽¹¹⁵⁾.

684. Bien que cette dernière affaire concerne la divulgation d'informations relevant du *domaine privé* – respectivement des relations contractuelles de travail – la même conclusion s'impose en présence d'informations relevant du *domaine public*. En effet, dans l'affaire *Bédât c. Suisse*⁽¹¹⁶⁾, un journaliste avait publié des lettres et procès-verbaux concernant une procédure pénale initiée suite à un accident mortel. Ces documents étaient cependant couverts par le secret de l'instruction, de sorte que la CourEDH a directement retenu que la condamnation pénale du journaliste en cause avait pour finalité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, en notant que cela « n'est pas non plus contesté par les parties »⁽¹¹⁷⁾.

685. La CourEDH n'exige cependant pas que les informations susceptibles d'être divulguées revêtent une nature confidentielle *ex lege*, comme dans ce dernier arrêt, mais retient également cette finalité lorsque des informations émanant simplement d'une autorité publique sont en cause, comme l'atteste l'arrêt *Görmüş et al. c. Turquie*⁽¹¹⁸⁾. Cette affaire concernait la perquisition des locaux d'un journal turc à la suite de la publication d'un article qui dévoilait, d'une part, que l'État-major turc avait sélectionné les journalistes autorisés à couvrir des événements organisés par certaines ONG qui lui étaient proches et, d'autre part, qui exprimait des doutes sur le point de savoir si ces événements, en principe civils, ne relevaient pas implicitement de l'État-major. Les requérants se sont plaints que la perquisition – qui portait sur tous les fichiers se trouvant dans les ordinateurs privés, professionnels et dans les archives, les disques durs, les CD et tout autre matériel similaire dans tous les locaux du journal – avait une portée tellement large qu'elle visait en fait à connaître les sources d'information des journalistes ayant rédigé l'article.

686. La CourEDH a reconnu qu'une telle perquisition restreignait le droit fondamental des requérants à la liberté d'expression mais a admis « qu'il était légitime pour les autorités militaires de chercher à empêcher la divulgation d'informations confidentielles »⁽¹¹⁹⁾. Dans la mesure où cette cour, cependant, n'a pas évalué la nature, confidentielle ou non, des informations en cause, le simple fait que ces dernières proviennent

115. *Ibid.*, § 30.

116. CourEDH, 29 mars 2016, *Bédât*. Voir ég. CourEDH, 15 décembre 2011, *Mor*, § 48.

117. *Ibid.*, § 46.

118. CourEDH, 19 janvier 2016, *Görmüş*.

119. *Ibid.*, § 38.

d'une autorité étatique lui est apparu suffisant. Par ailleurs, notons que la CourEDH a interprété cette finalité comme incluant « les informations confidentielles divulguées aussi bien par une personne soumise à un devoir de confidentialité que par une tierce personne »⁽¹²⁰⁾.

9. – L'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire

687. Cette finalité, mentionnée uniquement à l'article 10, § 2, de la CEDH, est rarement explicitée par la CourEDH⁽¹²¹⁾, bien que souvent invoquée dans des affaires de diffamation à l'endroit des magistrats ou de diffusion de documents issus d'une procédure judiciaire⁽¹²²⁾. Dans ces cas de figure, cette finalité est cependant considérée comme entrant dans le champ d'application de *la protection de la réputation ou des droits d'autrui*, également mentionnée dans cette disposition et que nous analysons plus en détail ci-dessous⁽¹²³⁾. Dans les lignes qui suivent, l'accent est mis sur les cas dans lesquels cette finalité est invoquée de façon autonome.

688. En effet, dans ces cas, la CourEDH a indiqué dès son arrêt *Sunday Times* que « [l]es termes « pouvoir judiciaire » (« *judiciary* ») recouvrent l'appareil de la justice ou le secteur judiciaire du pouvoir autant que les juges en leur qualité officielle. Quant à l'expression « autorité du pouvoir judiciaire », elle reflète notamment l'idée que les tribunaux constituent les organes appropriés pour apprécier les droits et obligations juridiques et statuer sur les différends y relatifs, que le public les considère comme tels et que leur aptitude à s'acquitter de cette tâche lui inspire du respect et de la confiance »⁽¹²⁴⁾.

689. Dans sa jurisprudence récente, la CourEDH a poursuivi cette approche⁽¹²⁵⁾ et a régulièrement rappelé que l'action des tribunaux a besoin de la confiance du public et que les magistrats doivent pouvoir bénéficier de cette confiance sans être perturbés⁽¹²⁶⁾. De plus, à l'instar de sa pratique relative aux autres finalités des restrictions, la CourEDH ne procède pas à une analyse détaillée de cette finalité si elle n'est pas contestée par les parties, comme l'illustre par exemple l'arrêt *Ümit Bilgiç c. Turquie*. Dans

120. CourEDH, 1^{er} juillet 2014, *A.B.*

121. Voir p. ex. CourEDH, 9 juillet 2013, *Di Giovanni*, § 74 ; CourEDH, 18 septembre 2012, *Falter Zeitschriften*, § 30 ; CourEDH, 31 mai 2011, *Žugić*, § 42.

122. CourEDH, 29 mars 2016, *Bédat* ; CourEDH, 22 mars 2016, *Pinto Coelho*, § 34 ; CourEDH, 1^{er} juillet 2014, *A.B.*, § 41.

123. Voir *infra* Partie 3, titre 3, chap. 3.

124. CourEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times*, § 55.

125. L'arrêt *Sunday Times* est notamment cité dans CourEDH, 31 mai 2011, *Žugić*, § 45.

126. CourEDH, 25 juillet 2013, *Ümit Bilgiç*, § 128.

cette affaire où la liberté d'expression du requérant a été restreinte du fait de sa condamnation pour outrage à magistrat, la CourEDH a relevé qu'« il n'est pas davantage contesté que l'ingérence en question était prévue par la loi et qu'elle poursuivait un but légitime, à savoir « garantir l'autorité du pouvoir judiciaire », au sens de l'article 10, § 2, de la Convention »⁽¹²⁷⁾.

690. Arrivés au terme de cette brève présentation des différentes finalités existantes dans le contexte de la CEDH, nous pouvons formuler les trois observations suivantes. Premièrement, la jurisprudence de la CourEDH présentée corrobore la présence des deux caractéristiques de la méthode d'interprétation de cette cour identifiées ci-dessus⁽¹²⁸⁾.

691. Deuxièmement, la volonté des juges de la CourEDH de préciser l'acception des différentes finalités énoncées dans la CEDH permettant de justifier des restrictions varie considérablement en fonction des finalités concernées. En effet, la jurisprudence de cette cour relative à la *sécurité nationale*, à l'*ordre public* ou encore au *bien-être économique du pays* contient certaines indications essentielles propres auxdites finalités, tandis que la jurisprudence relative à la protection de la *santé*, de la *morale* ou de la *divulgaration d'informations confidentielles*, notamment, est bien plus vague.

692. Enfin, bien que la CourEDH ait maintes fois affirmé que les finalités susceptibles de restreindre un droit fondamental devaient être interprétées de façon *restrictive*, sa jurisprudence tend à en admettre une interprétation large⁽¹²⁹⁾, de sorte que comme le formule Steven Greer, « la préférence donnée à l'équilibre entre les droits et les exceptions plutôt qu'à la priorité aux droits montre, une fois de plus, que la Cour opère ses choix sans que l'on puisse en discerner les raisons »⁽¹³⁰⁾. Fort de cette analyse de la pratique de la CourEDH, intéressons-nous à présent à celle de la CJUE pour évaluer si des divergences problématiques au regard des exigences du principe de cohérence existent entre les jurisprudences des deux cours.

127. *Ibid.*, § 126.

128. Voir *supra* Partie 3, titre 3, chap. 2, section 2, let. A.

129. En ce sens, voir ég. CourEDH, Juge SAJJO, 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*, §§ 7-8.

130. S. GREER, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 43.

SECTION 3. – LA FINALITÉ DES RESTRICTIONS DANS LA JURISPRUDENCE
DE LA CJUE

693. À l’instar de l’approche suivie pour l’examen de la jurisprudence de la CourEDH, nous mettons d’abord en exergue certaines caractéristiques de la méthode d’interprétation de la CJUE (*infra* A) puis nous examinons sa jurisprudence relative à la condition de justification qui nous occupe (*infra* B).

A. – LA MÉTHODE D’INTERPRÉTATION DE LA CJUE

694. Nous relevons d’emblée que seule l’une des deux caractéristiques de la méthode d’interprétation de la CourEDH identifiées ci-dessus se retrouve, en substance, dans la méthode d’interprétation de la CJUE. Ainsi, le fait que la CourEDH affirme que les différentes finalités susceptibles de justifier des restrictions à des droits fondamentaux doivent être interprétées de façon *restrictive* – bien que sa jurisprudence permette de nuancer une telle affirmation⁽¹³¹⁾ – se retrouve dans la jurisprudence de la CJUE même si elle n’est pas énoncée de façon aussi explicite. Certes, lorsque la CJUE mentionne expressément l’article 52, § 1, de la Charte, elle examine généralement tout ou partie des conditions de justification sans spécifier de méthode interprétative⁽¹³²⁾. Néanmoins, tant cette cour que la littérature juridique admettent que lesdites conditions doivent être interprétées de façon stricte.

695. À titre illustratif, mentionnons l’arrêt *Rhimou Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken*⁽¹³³⁾, dans lequel les autorités néerlandaises ont refusé le regroupement familial requis par la femme marocaine d’un résident permanent au motif que son mari ne percevait pas de revenu suffisant au sens de la loi nationale transposant la directive 2003/86/CE⁽¹³⁴⁾. Dans cette affaire, la CJUE a estimé que l’« autorisation du regroupement familial étant la règle générale, la faculté prévue à l’article 7, paragraphe 1, initio et sous c), de la directive doit être interprétée de manière stricte »⁽¹³⁵⁾. Elle a

131. Voir *supra* § 692.

132. Voir p. ex. CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, pts 69 et s. ; CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*, pts 68 et s. ; CJUE, 27 mai 2014, *Zoran Spasic*, pts 56 et s. Certains avocats procèdent également ainsi, voir p. ex. Av. gén. WATHELET, 16 septembre 2015, *WebMindLicenses*, pts 115 et s.

133. CJUE, 4 mars 2010, *Rhimou Chakroun*.

134. Directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au regroupement familial, JO L 251, p. 12.

135. CJUE, 4 mars 2010, *Rhimou Chakroun*, pt 43.

également rappelé que « les mesures concernant le regroupement familial devraient être adoptées en conformité avec l'obligation de protection de la famille et de respect de la vie familiale qui est consacrée [...] notamment par l'article 8 de la CEDH et par la charte »⁽¹³⁶⁾. La littérature juridique relève en outre que les titulaires de droits fondamentaux garantis dans le contexte de l'Union européenne jouissent d'une protection étendue « *because the public policy, public security and public health derogations from the Treaty's provisions on the free movement of persons have to be interpreted strictly and there is a demand for the justification of state actions to be in line with the standards prescribed by European Union law* »⁽¹³⁷⁾.

696. Lors de notre analyse de la jurisprudence de la CourEDH, nous avons également mis en exergue que cette cour procède à un examen différencié des finalités énumérées dans la CEDH selon qu'elles sont contestées ou non entre les parties au litige⁽¹³⁸⁾. Une telle caractéristique ne se retrouve toutefois pas dans la jurisprudence de la CJUE, bien que cette cour relève parfois la convergence ou la divergence de vues entre les parties relative à la finalité invoquée. Dans son arrêt *Stichting Al-Aqsa c. Conseil de l'Union européenne*, par exemple, la CJUE a souligné que la fondation *Stichting Al-Aqsa* « reconnaît elle-même la légitimité du but poursuivi, à savoir la lutte contre le financement du terrorisme en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales, et elle ne conteste pas l'aptitude d'un gel des fonds à réaliser ce but »⁽¹³⁹⁾.

697. À cet égard, nous estimons que le fait que la CJUE prête attention au caractère contesté ou non des finalités n'influence pas son interprétation des conditions de justification. Tout au plus, la CJUE souligne l'accord ou le désaccord de vues existant entre les parties – souvent *après* sa propre appréciation de ladite finalité – mais ne les considère pas comme un facteur lui permettant de renoncer à l'interprétation des finalités invoquées, contrairement à la CourEDH⁽¹⁴⁰⁾. Au demeurant, la CJUE a précisé, eu égard aux finalités invoquées pour justifier une restriction au droit fondamental à la vie privée d'un citoyen européen, qu'« il n'existe pas de présomption en faveur de l'existence et du bien-fondé des raisons invoquées par une

136. *Ibid.*, pt 44. Plus largement, voir ég. CJCE, 10 juillet 2008, *Gheorghe Jipa*, pt 23 ; CJCE, 14 mars 2000, *Église de scientologie*, pt 17 ; CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, pts 30-31.

137. Th. KOSTAKOPOULOU, N. FERREIRA, « Testing Liberal Norms: The Public Policy and Public Security Derogations and the Cracks in European Union Citizenship », *Warwick School of Law Legal Studies Research Paper*, n° 2013-18 ; S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1475.

138. Voir *supra*, pts 633 et s.

139. CJUE, 15 novembre 2012, *Stichting Al-Aqsa*, pt 124.

140. *Ibid.*, pts 123-124.

autorité nationale »⁽¹⁴¹⁾ et qu'il incombait à l'État membre « d'apporter, conformément aux règles de procédure nationales, la preuve que la sûreté de l'État serait effectivement compromise [...] ainsi que des éléments de preuve y afférents »⁽¹⁴²⁾.

698. Nous soulignons également que la CJUE semble faire fi de la distinction inhérente aux *objectifs d'intérêt général* mentionnée dans les explications relatives à la Charte. En effet, à notre sens, cette cour n'interprète pas différemment les finalités invoquées selon qu'elles concernent des objectifs d'intérêt général de l'Union européenne ou des États membres. Autrement dit, il ne lui est pas pertinent de savoir si une mesure restreignant un droit fondamental – qu'elle émane d'un État membre ou directement des institutions de l'Union européenne – est motivée par des raisons propres aux États membres ou à l'Union européenne. Ainsi, une finalité telle que le respect de la *transparence et de la bonne gestion de l'administration* pour justifier la restriction au droit fondamental à la vie privée que constitue la divulgation de données est susceptible de revêtir une acception différente selon qu'elle est invoquée dans un litige à l'échelon purement national ou à l'échelon de l'Union européenne.

699. À la lumière de ces divergences méthodologiques entre la CourEDH et la CJUE, examinons à présent la jurisprudence de la CJUE se prononçant sur certains *objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne*, au sens de la Charte.

B. – L'INTERPRÉTATION DE CERTAINES FINALITÉS DES RESTRICTIONS

700. L'article 52, § 1, de la Charte n'énumérant pas exhaustivement les finalités susceptibles d'être invoquées pour justifier une restriction, nous présentons ci-dessous une sélection d'arrêts de la CJUE – rendus depuis le 1^{er} décembre 2009 – dans lesquels cette cour a interprété des finalités susceptibles de justifier des restrictions. Le choix des arrêts présentés a principalement été guidé par la nécessité, d'une part, que les droits fondamentaux de la Charte concernés *correspondent* à des droits fondamentaux de la CEDH et, d'autre part, que les finalités invoquées devant la CJUE dans de tels cas figurent également dans les seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH.

141. CJUE, 4 juin 2013, ZZ, pt 61.

142. *Ibid.*

1. – La sécurité nationale, la sécurité et l'ordre publics

701. Ces trois finalités sont examinées conjointement dans la mesure où la jurisprudence de la CJUE les définit souvent les unes par rapport aux autres. En effet, contrairement à d'autres finalités présentées ci-dessous, le droit de l'Union européenne – particulièrement le droit dérivé – et les législations nationales de mise en œuvre dudit droit – particulièrement celles relatives aux libertés de circulation – mentionnent expressément ces différentes finalités comme étant susceptibles de justifier des restrictions aux droits fondamentaux⁽¹⁴³⁾. Ce faisant, lesdites finalités constituent des objectifs d'intérêt général *reconnus par l'Union européenne* qui ont fait l'objet d'une jurisprudence abondante, car la CJUE a affirmé qu'une restriction à une liberté de circulation qui ne reposait sur aucune finalité admissible au terme du droit dérivé « n'est pas non plus admissible en vertu dudit article 52, paragraphe 1 [*ndla* : de la Charte], par rapport aux articles 15 à 17 de la Charte »⁽¹⁴⁴⁾.

702. Eu égard à ces finalités, nous argumentons que lors de l'examen de l'article 52, § 1, de la Charte, la CJUE tend à assimiler les notions de sécurité *nationale* et de sécurité *publique*, d'une part, et à distinguer lesdites notions de celle d'*ordre public*, d'autre part. À cet égard, mentionnons l'arrêt *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*⁽¹⁴⁵⁾ concernant l'article 8, § 3 let., e, de la directive 2013/33/UE⁽¹⁴⁶⁾, qui permet aux États membres de placer en détention un requérant d'asile lorsque la protection de la *sécurité nationale* ou de l'*ordre public* l'exige. Dans cette affaire, la CJUE a dû examiner la validité de cette disposition au regard de l'article 6 de la Charte, qui prévoit que « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ». En l'espèce, le requérant avait été placé en détention du fait d'infractions pénales et de la décision des autorités nationales compétentes qui l'enjoignait de quitter le territoire néerlandais, décision assortie d'une interdiction d'entrée.

143. Voir p. ex. la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, *JO L 376*, p. 36, qui prévoit à son article 16, § 1, que les États membres ne peuvent pas subordonner l'exercice d'une activité de service sur leur territoire à une exigence qui n'est pas « justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement ».

144. Voir p. ex. CJUE, 30 avril 2014, *Robert Pflieger*, pt 49.

145. CJUE, 15 février 2016, *J. N.*

146. Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, *JO L 180*, p. 96.

703. Bien que cet arrêt ne concerne pas spécifiquement les articles 7, 8 ou 11 de la Charte – *i.e.* le droit fondamental au respect de la vie privée et familiale et le droit fondamental à la liberté d'expression – il mérite notre attention car le droit fondamental de la Charte en cause a été jugé *correspondant* à un droit fondamental de la CEDH. En effet, la CJUE y a relevé qu'« il ressort des explications relatives à l'article 6 de la Charte [...] que les droits prévus à l'article 6 de la Charte correspondent à ceux garantis par l'article 5 de la CEDH et que les limitations qui peuvent légitimement être apportées à l'exercice des droits consacrés à la première de ces dispositions ne peuvent excéder celles autorisées par la CEDH dans le libellé même de la seconde de ces dispositions »⁽¹⁴⁷⁾.

704. Dans cette affaire, la CJUE a reconnu que le placement en détention d'un requérant d'asile, au sens de l'article 8, § 3, let. e) de la directive 2013/33/UE constituait « une limitation de l'exercice du droit à la liberté consacré à l'article 6 de la Charte »⁽¹⁴⁸⁾ prévue par la loi, au sens de l'article 52, § 1, de la Charte⁽¹⁴⁹⁾. En ce qui concerne l'objectif d'intérêt général invoqué, elle a relevé que la « protection de la sécurité nationale et de l'ordre public constituant l'objectif poursuivi par l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33, il doit être constaté qu'une mesure de rétention trouvant son fondement dans cette disposition répond effectivement à un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union »⁽¹⁵⁰⁾. Elle a cependant précisé que « la notion d'« ordre public » suppose, en tout état de cause, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »⁽¹⁵¹⁾.

705. Cette cour a ensuite distingué la notion d'ordre public de celle de *sécurité publique*, en précisant que quant à « la notion de « sécurité publique », il ressort de la jurisprudence de la Cour que cette notion couvre la sécurité intérieure d'un État membre et sa sécurité extérieure et que, partant, l'atteinte au fonctionnement des institutions et des services publics essentiels ainsi que la survie de la population, de même que le risque d'une perturbation grave des relations extérieures ou de la coexistence pacifique

147. CJUE, 15 février 2016, *J. N.*, pt 47.

148. *Ibid.*, pt 49.

149. *Ibid.*, pt 51.

150. *Ibid.*, pt 53.

151. *Ibid.*, pt 65. Cette notion a été développée à de nombreuses reprises dans le droit dérivé, voir p. ex. CJUE, 11 juin 2015, *Z. Zh.*, pt 60 ; CJUE, 17 novembre 2011, *Hristo Gaydarov*, pt 33.

des peuples, ou encore l'atteinte aux intérêts militaires, peuvent affecter la sécurité publique »⁽¹⁵²⁾.

706. Nous pouvons formuler deux remarques eu égard à cette jurisprudence. Premièrement, en ce que la CJUE a spécifié l'acceptation de la notion de sécurité *publique* dans le cadre d'une directive dont la disposition concernée mentionnait expressément la sécurité *nationale*, elle a procédé, à notre sens, à une assimilation de ces deux notions. Cette approche se voit corroborée, au demeurant, notamment dans l'arrêt *H. T. c. Land Baden-Württemberg*⁽¹⁵³⁾. Nous argumentons dès lors que ceci confirme notre opinion mentionnée ci-dessus⁽¹⁵⁴⁾ visant à relativiser la catégorisation de la finalité que constitue la sécurité *nationale* comme étant un objectif d'intérêt général *des États membres* – dans la mesure où elle se réfère à la sphère *nationale* – contrairement à l'acceptation plus large de sécurité *publique*.

707. Deuxièmement, lorsque la CJUE conclut que l'invocation de la finalité que constitue l'*ordre public* implique la présence d'une « menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant notamment la sécurité intérieure ou extérieure d'un État membre », elle adopte une interprétation proche de celle de la CourEDH. En effet, cette dernière a précisé que la *sécurité publique* « concerne la sécurité de l'État et la défense de l'ordre constitutionnel démocratique face à des menaces émanant de l'intérieur et de l'extérieur » et que l'*ordre public* – qui revêt une acception large et ne se limite pas à la sphère nationale – exige, en principe, la présence de menaces concrètes et potentiellement violentes. Malgré ces similarités interprétatives, force est cependant de relever que la CJUE ne se réfère pas expressément à la CEDH ou à la jurisprudence de la CourEDH lors de l'interprétation des finalités invoquées pour justifier des restrictions.

2. – La lutte contre la criminalité et le terrorisme

708. Deux arrêts récents nous permettent de spécifier l'acceptation de ces deux finalités en tant qu'objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne. Premièrement, revenons brièvement sur l'arrêt *Digital Rights Ireland Ltd*, qui concerne la validité de la directive 2006/24/CE – obligeant la conservation de certaines données personnelles – au regard au droit fondamental au respect de la vie privée et familiale, garanti aux articles 7 et 8 de la Charte. À la question de savoir si la restriction audit droit fondamental

152. CJUE, 15 février 2016, *J. N.*, pt 66. En ce sens, voir ég. CJUE, 23 novembre 2010, *Panagiotis Tsakouridis*, pts 43 et 44 ; CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, pt 83.

153. CJUE, 24 juin 2015, *H. T.*, pts 77 et s.

154. Voir *supra*, pt 622.

poursuivait un objectif d'intérêt général, la CJUE a répondu que « l'objectif matériel de cette directive est, dès lors, de contribuer à la lutte contre la criminalité grave et ainsi, en fin de compte, à la sécurité publique »⁽¹⁵⁵⁾, qui constitue un objectif d'intérêt général au sens de l'article 52 de la Charte⁽¹⁵⁶⁾.

709. Cette cour a également précisé que « constitue un objectif d'intérêt général de l'Union la lutte contre le terrorisme international en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales [...]. Il en va de même de la lutte contre la criminalité grave afin de garantir la sécurité publique ». Ainsi, la *lutte contre la criminalité* et la lutte contre le *terrorisme* sont, aux yeux de la CJUE, deux finalités susceptibles de justifier des restrictions, d'une part, et elles sont intrinsèquement liées à la *sécurité nationale* ou *publique* dans la mesure où elles constituent, notamment, des menaces concrètes à la sécurité intérieure et extérieure de l'État et de ses institutions.

710. Cette approche se voit notamment confirmée dans un second arrêt, rendu dans l'affaire *Stichting Al-Aqsa c. Conseil de l'Union européenne*. Bien qu'elle ne concerne pas directement les droits fondamentaux à la vie privée et familiale et à la liberté d'expression, elle mérite d'être mentionnée, car la CJUE y renvoie expressément dans son arrêt *Digital Rights Ireland Ltd*⁽¹⁵⁷⁾ lors de son examen de la condition de justification que constitue la poursuite d'un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne. Dans cette affaire, la CJUE a été saisie d'un pourvoi contre un arrêt du Tribunal annulant diverses décisions et un règlement du Conseil de l'Union européenne.

711. Précisons par ailleurs que cette affaire s'inscrit dans le cadre des événements intervenus le 11 septembre 2001, au terme desquels le Conseil de sécurité des Nations unies a adopté la résolution 1373 arrêtant des stratégies pour lutter contre le terrorisme, en particulier en gelant les fonds et autres avoirs financiers des personnes ou entités commettant des actes de terrorisme. Afin de mettre en œuvre cette résolution au niveau de l'Union européenne, le Conseil de l'Union européenne a adopté le règlement (CE) n° 2580/2001⁽¹⁵⁸⁾ concernant l'adoption de mesures dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et, conformément à ce dernier, a régulièrement adopté des décisions comprenant la liste des personnes dont les avoirs devaient être gelés.

155. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, pt 41.

156. *Ibid.*, pt 44.

157. *Ibid.*, pt 42.

158. Règlement (CE) n° 2580/2001, du 27 décembre 2001, concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, JO L 344, p. 70, et rectificatif JO 2010, L 52, p. 58.

712. La fondation néerlandaise *Stichting Al-Aqsa* – *i.e.* une institution d'aide sociale islamique visant notamment à assister les Palestiniens vivant dans les territoires occupés par Israël – avait été inscrite et régulièrement confirmée sur ladite liste. Or, faisant valoir une violation de son droit fondamental à la jouissance paisible de sa propriété, garanti par l'article 17 de la Charte, *Stichting Al-Aqsa* a contesté devant le Tribunal son inscription sur cette liste. Ce dernier a annulé les décisions litigieuses sans toutefois examiner le moyen tiré de la violation du droit fondamental de propriété de la fondation. Saisie d'un pourvoi, la CJUE a à son tour annulé la décision du Tribunal et, statuant définitivement sur le litige, s'est prononcée sur ledit moyen. La CJUE a ainsi reconnu que « le droit de propriété ne jouit pas, en droit de l'Union, d'une protection absolue »⁽¹⁵⁹⁾ et que des restrictions pouvaient y être apportées à condition, notamment, que « ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union »⁽¹⁶⁰⁾.

713. Dans son arrêt, la CJUE a estimé que la restriction au droit fondamental de propriété poursuivait un « objectif d'intérêt général aussi fondamental pour la communauté internationale que la lutte par tous les moyens, conformément à la charte des Nations unies, contre les menaces à l'égard de la paix et de la sécurité internationales que font peser les actes de terrorisme »⁽¹⁶¹⁾. En l'espèce, l'objectif poursuivi par les législations contestées – *i.e.* la lutte contre le terrorisme – ne s'inscrivait dès lors pas dans le cadre de la sécurité *nationale* ou *publique*, à l'instar de l'arrêt *Digital Rights Ireland Ltd*, mais dans celui, plus large, de la sécurité *internationale*.

714. Formulé autrement, c'est le fait que des menaces pèsent simultanément sur la sécurité de plusieurs États qui permet de justifier des restrictions aux droits fondamentaux. En ce sens, ces finalités sont susceptibles de recouvrir divers intérêts, tant nationaux qu'internationaux selon les cas d'espèce⁽¹⁶²⁾, corroborant dès lors le caractère inopportun de la classification de telles finalités au sein de l'une ou l'autre des catégories relatives aux objectifs, respectivement, des *États membres* ou de l'*Union européenne*.

159. CJUE, 15 novembre 2012, *Stichting Al-Aqsa*, pt 121.

160. *Ibid.*

161. *Ibid.*, pt 123.

162. Pour aller plus loin, voir ég. CJUE, 18 juillet 2013, *Yassin Abdullah Kadi*.

3. – La prévention des infractions pénales

715. Un autre objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne a été identifié par la CJUE dans son arrêt *Michael Schwarz c. Stadt Bochum*⁽¹⁶³⁾. Cette affaire concernait la compatibilité avec le droit fondamental à la vie privée et familiale du refus des autorités allemandes de délivrer un passeport à un ressortissant allemand sans que ses empreintes digitales ne soient concomitamment relevées aux fins d'être stockées sur ledit passeport, conformément aux exigences du règlement (CE) n° 2252/2004⁽¹⁶⁴⁾.

716. En l'espèce, la CJUE a reconnu que le prélèvement et la conservation d'empreintes digitales régit par l'article 1, § 2, dudit règlement poursuivait « deux buts précis, le premier étant de prévenir la falsification des passeports et le second d'empêcher leur utilisation frauduleuse, à savoir leur utilisation par d'autres personnes que leur titulaire légitime »⁽¹⁶⁵⁾. Cette cour a en outre précisé qu'en « poursuivant de tels buts, ladite disposition vise par conséquent à empêcher, notamment, l'entrée illégale de personnes sur le territoire de l'Union »⁽¹⁶⁶⁾.

717. Cette finalité s'illustre également dans l'arrêt *Digital Rights Ireland Ltd*⁽¹⁶⁷⁾, concernant la directive 2006/24/CE sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public. Dans cette affaire, rappelons que la société *Digital Rights Ireland Ltd* contestait ladite directive dans la mesure où, en permettant le stockage d'une masse de données à l'égard d'un nombre illimité de personnes pour une longue durée, elle restreignait son droit fondamental à la vie privée et familiale protégé aux articles 7 et 8 de la Charte. Après avoir cité l'article 52, § 1, de la Charte et avoir reconnu la présence d'une restriction audit droit fondamental, la CJUE a relevé que « l'objectif matériel de cette directive vise, ainsi qu'il découle de son article 1^{er}, paragraphe 1, à garantir la disponibilité de ces données à des fins de recherche, de détection et de poursuite d'infractions graves telles qu'elles sont définies par chaque État membre dans son droit

163. CJUE, 17 octobre 2013, *Michael Schwarz*.

164. Règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil, du 13 décembre 2004, établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres, *JO L 385*, p. 1, tel que modifié par le règlement (CE) n° 444/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 6 mai 2009, *JO L 142*, p. 1, et rectificatif *JO L 188*, p. 127.

165. CJUE, 17 octobre 2013, *Michael Schwarz*.

166. *Ibid.*, pt 37.

167. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*.

interne »⁽¹⁶⁸⁾. À cet égard, cette cour a spécifié que « [l']objectif matériel de cette directive est, dès lors, de contribuer à la lutte contre la criminalité grave et ainsi, en fin de compte, à la sécurité publique »⁽¹⁶⁹⁾.

718. Ces deux arrêts nous permettent de formuler deux observations. D'une part, la finalité que constitue la prévention des infractions pénales, telle qu'interprétée par la CJUE, revêt une acception similaire – à notre sens – à celle développée par la CourEDH et présentée ci-dessus⁽¹⁷⁰⁾. En effet, la CourEDH a interprété largement cette finalité, qui inclut tant la recherche de preuves en vue de la découverte d'infractions que la poursuite judiciaire de celles-ci, à l'instar de la CJUE qui estime que ladite finalité justifie des mesures visant à garantir la disponibilité de preuve tant à des fins de recherche que de poursuite d'infractions définies par chaque État membre.

719. D'autre part, le dernier arrêt examiné met en exergue qu'aux yeux de la CJUE, la *prévention des infractions pénales* est étroitement liée à la finalité que constitue la *sécurité publique*, à tel point que ces deux finalités pourraient viser la protection des mêmes intérêts. Plus précisément, la prévention des infractions pénales constituerait une finalité visant à protéger des intérêts qui sont également et inéluctablement protégés par la finalité qu'est la sécurité publique. À cet égard, nous argumentons que cette proximité sémantique est intrinsèquement liée à la formulation de cette condition de justification dans l'article 52, § 1, de la Charte.

720. En effet, contrairement à la CEDH où les finalités susceptibles de justifier des restrictions y sont exhaustivement énumérées et où la CourEDH a développé une jurisprudence relativement distincte pour chacune desdites finalités, la Charte ne comprend qu'une mention générale de celles-ci. Dès lors, la formulation des finalités figurant dans le droit dérivé de l'Union européenne, dans les législations des États membres ou encore dans les observations desdits États déposées dans le cadre de procédure devant la CJUE, constituent autant de ressources interprétatives pour la CJUE, de sorte que l'on ne peut exclure une certaine redondance dans l'acception des différentes finalités admises au titre de la Charte ou la présence de liens étroits voire indissociables entre eux.

168. *Ibid.*, pt 41.

169. *Ibid.*

170. Voir *supra* Partie 3, titre 3, chap. 2, section 2, let. B, ch. 4.

4. – La protection de la santé

721. Une brève clarification terminologique s'impose en ce qui concerne la finalité qu'est la protection de la santé. En effet, le droit primaire et le droit dérivé mentionnent tant la protection de la santé *tout court*, que celle de la santé *publique* – notamment dans le cadre des libertés de circulation – ou de la santé *humaine* voire *animale*⁽¹⁷¹⁾. L'acceptation de cette finalité est donc large et recouvre les intérêts de divers titulaires. Trois arrêts récents, relatifs respectivement au droit fondamental à la liberté d'expression et au droit fondamental à la vie privée et familiale, permettent d'illustrer que la protection de la santé constitue un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne et nous éclaire sur son acception.

722. Il s'agit, premièrement, de l'affaire *Deutsches Weintor*⁽¹⁷²⁾ concernant une coopérative viticole allemande qui commercialisait des vins en indiquant sur leur étiquette *Édition douceur - digeste*, car les vins concernés avaient fait l'objet d'un procédé spécial de réduction de l'acidité. L'autorité allemande de contrôle de la commercialisation a cependant contesté l'utilisation de l'indication *digeste* dans la mesure où il s'agissait d'une *allégation de santé* interdite par le règlement (CE) 1924/2006⁽¹⁷³⁾. En effet, l'article 4, § 3, dudit règlement prohibe, pour les boissons titrant plus de 1.2 % d'alcool, toute allégation qui suggère l'existence d'une relation entre une denrée alimentaire et la santé. Interrogée sur la compatibilité de cette interdiction avec divers droits fondamentaux, plus précisément avec les articles 15, 16 et 35 de la Charte garantissant, respectivement, le droit à la liberté professionnelle, le droit à la liberté d'entreprise ainsi que le droit de la santé, la CJUE a évalué si la restriction auxdits droits emportée par le règlement concerné pouvait être justifiée par le besoin de protection de la santé publique.

723. Bien que cet arrêt ne concerne pas les droits fondamentaux à la vie privée et familiale et à la liberté d'expression, il est pertinent car ses conclusions ont été reprises dans des arrêts ultérieurs traitant notamment de ce dernier droit fondamental, sur lesquels nous revenons ci-dessous.

171. Voir p. ex. le règlement (CE) n° 318/2007 de la Commission, du 23 mars 2007, fixant les conditions de police sanitaire applicables aux importations de certains oiseaux dans la Communauté et les conditions de quarantaine qui leur sont applicables, *JO L 84*, p. 7. Voir ég. Tribunal, 17 mars 2016, *Zoofachhandel Züpkke*, pt 52.

172. CJUE, 6 décembre 2012, *Deutsches Weintor*.

173. Règlement (CE) n° 1924/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires, *JO L 404*, p. 9, tel que modifié en dernier lieu par le règlement (UE) n° 116/2010 de la Commission, du 9 février 2010, *JO L 37*, p. 16.

Cette cour a ainsi rappelé que « des mesures limitant les possibilités de publicité pour des boissons alcooliques et cherchant ainsi à lutter contre l'abus d'alcool répondent à des préoccupations de santé publique et que la protection de cette dernière constitue, comme cela résulte également de l'article 9 TFUE, un objectif d'intérêt général de nature, le cas échéant, à justifier une restriction à une liberté fondamentale »⁽¹⁷⁴⁾. Dès lors, faisant suite à une jurisprudence constante⁽¹⁷⁵⁾ et conformément à l'article 9 du TFUE, au terme duquel « l'Union prend en compte les exigences liées à [...] un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine », la CJUE a aisément admis la santé publique comme constituant un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne au sens de l'article 52, § 1, de la Charte.

724. Deuxièmement, mentionnons l'affaire *Neptune Distribution*⁽¹⁷⁶⁾, dans laquelle la CJUE a été saisie d'une question préjudicielle mettant également en cause le règlement (CE) n° 1924/2006 et qui lui a permis de préciser sa jurisprudence rendue dans l'affaire *Deutsches Weintor*. En l'espèce, Neptune Distribution assurait la vente de bouteilles d'eaux minérales mentionnant sur leurs étiquettes que l'eau ne contenait que 0.39 grammes de sel par litre. L'autorité de contrôle française a enjoint à Neptune Distribution de supprimer ces mentions de l'étiquetage au motif que la directive 2009/54/CE⁽¹⁷⁷⁾ et le règlement (CE) n° 1924/2006 interdisaient toute mention relative à la faible teneur en chlorure de sodium, car elles étaient susceptibles d'induire le consommateur en erreur quant à la teneur totale des eaux en question en sodium.

725. Dans cette affaire, la juridiction de renvoi a demandé à la CJUE d'apprécier la validité des dispositions pertinentes de ces actes au regard des articles 11 et 16 de la Charte, garantissant les droits fondamentaux à la liberté d'expression et d'information et à la liberté d'entreprise. Cette cour a reconnu que l'interdiction en cause « constitue une ingérence dans la liberté d'expression et d'information de l'entrepreneur ainsi que dans la liberté d'entreprise de celui-ci »⁽¹⁷⁸⁾ et que « des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des

174. CJUE, 6 décembre 2012, *Deutsches Weintor*, pt 49.

175. CJCE, 10 juillet 1980, *Commission c. France*, pt 17 ; CJCE, 25 juillet 1991, *Aragonesa*, pt 15 ; CJCE, 13 juillet 2004, *Commission c. France*, pt 30 ; CJCE, 13 juillet 2004, *Bacardi France*, pt 37.

176. CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*.

177. Directive 2009/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 18 juin 2009, relative à l'exploitation et à la mise dans le commerce des eaux minérales naturelles, JO L 164, p. 45.

178. CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*, pt 67.

objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui »⁽¹⁷⁹⁾.

726. Eu égard à cette dernière condition, la CJUE a rappelé que, en ce que le règlement (CE) n° 1924/2006 et la directive 2009/54/CE limitent l'utilisation des mentions concernées, ils « visent à assurer un niveau élevé de protection du consommateur, à garantir l'information appropriée et transparente de celui-ci quant à la teneur en sodium des eaux destinées à la consommation, à assurer la loyauté des transactions commerciales et à protéger la santé humaine »⁽¹⁸⁰⁾. Elle a également précisé que « la protection de la santé humaine ainsi que la protection des consommateurs à un niveau élevé constituent des objectifs légitimes d'intérêt général mis en œuvre par le droit de l'Union, conformément notamment aux articles 9 TFUE, 12 TFUE, 114, paragraphe 3, TFUE, 168, paragraphe 1, TFUE, 169, paragraphe 1, TFUE, ainsi qu'aux articles 35 et 38 de la Charte »⁽¹⁸¹⁾.

727. Cette approche a par ailleurs également été confirmée dans l'arrêt *Philip Morris Brands SARL et al.*⁽¹⁸²⁾ relatif aux exigences imposées par la directive 2014/40/UE⁽¹⁸³⁾ à l'étiquetage des produits du tabac, qui seraient prétendument contraires au droit fondamental à la liberté d'expression et d'information des producteurs. La CJUE y a en effet indiqué que « l'ingérence relevée répond à un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union, à savoir la protection de la santé. Plus précisément, dans la mesure où il est constant que la consommation de tabac et l'exposition à la fumée du tabac sont des causes de décès, de maladie et d'incapacité, l'interdiction édictée à l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2014/40 contribue à la réalisation dudit objectif en ce qu'elle vise à empêcher la promotion des produits du tabac et l'incitation à les consommer »⁽¹⁸⁴⁾.

728. Troisièmement, examinons brièvement l'arrêt *Léger*⁽¹⁸⁵⁾, dans lequel l'intéressé a vu son don de sang refusé au motif qu'il avait eu une relation sexuelle avec un homme. En effet, le point 2.1. de l'annexe III

179. *Ibid.*, pt 68.

180. *Ibid.*, pt 72.

181. *Ibid.*, pt 73.

182. CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris*.

183. Directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil, du 3 avril 2014, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE, JO L 127, p. 1.

184. CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris*, pt 152.

185. CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger*.

de la directive 2004/33/CE⁽¹⁸⁶⁾ exclut les dons de sang de sujets « dont le comportement sexuel les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang », ce que l'arrêté français de transposition traduit notamment par un « homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme ». Fort du recours de l'intéressé, la juridiction nationale compétente a demandé à la CJUE si la législation nationale était compatible avec le critère d'exclusion du don de sang compris dans la directive 2004/33/CE.

729. Dans ce contexte, la CJUE a examiné si « la contre-indication permanente au don de sang prévue par l'arrêté du 12 janvier 2009 pour un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme remplit néanmoins les conditions posées par l'article 52, paragraphe 1, de la Charte pour être justifiée »⁽¹⁸⁷⁾. Eu égard à l'objectif d'intérêt général poursuivi, cette cour a indiqué que l'exclusion de certains dons de sang visait à « réduire au minimum le risque de transmission d'une maladie infectieuse aux receveurs. Cette exclusion contribue par conséquent à l'objectif général d'assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine, qui constitue un objectif reconnu par l'Union »⁽¹⁸⁸⁾, mentionné aux articles 168, § 4 et 5 du TFUE ainsi qu'à l'article 35 de la Charte.

730. À notre sens, deux constats découlent de ces arrêts. Tout d'abord, à l'instar de la CourEDH, la CJUE s'est prononcée sur l'acceptation de la *santé* comme étant une finalité permettant de justifier des restrictions dans des situations aussi nombreuses que variées. Cette cour admet ainsi une interprétation large de ce motif, en ce sens qu'il englobe toutes situations comprenant un risque de maladie, d'incapacité ou de décès pour les membres de la société. De plus, l'acceptation de cette finalité par la CJUE englobe également la santé des personnes procédant elle-même à des activités susceptibles de les mettre en danger, telle que le tabagisme, comme l'a également interprétée la CourEDH dans son arrêt *Y.Y. c. Turquie*, notamment.

5. – La transparence et la bonne gestion

731. Cette finalité a notamment été admise comme objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne dans l'arrêt *Volker et Markus*

186. Directive 2004/33/CE de la Commission, du 22 mars 2004, portant application de la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins, JO L 91, p. 25.

187. CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger*, pt 51.

188. *Ibid.*, pt 57.

Schecke⁽¹⁸⁹⁾, où la CJUE a examiné la compatibilité avec l'article 8 de la Charte de l'obligation de publication de données relatives aux bénéficiaires d'aides du FEAGA, prévue à l'article 44*bis* du règlement (CE) n° 1290/2005⁽¹⁹⁰⁾ et dans le règlement (CE) n° 259/2008⁽¹⁹¹⁾. En ce qui concerne la finalité d'une telle restriction au droit fondamental à la vie privée, cette cour a rappelé la teneur de l'article 52, § 1, de la Charte et a relevé que les dispositions pertinentes de ces règlements visaient à « accroître la transparence de l'utilisation des fonds communautaires de la [PAC] et [à] améliorer la bonne gestion financière de ces fonds, notamment en renforçant le contrôle public de l'utilisation des sommes concernées »⁽¹⁹²⁾.

732. À ce propos, la CJUE a précisé que « le principe de transparence est inscrit aux articles 1^{er} TUE et 10 TUE ainsi qu'à l'article 15 TFUE. Il permet d'assurer une meilleure participation des citoyens au processus décisionnel ainsi que de garantir une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens dans un système démocratique »⁽¹⁹³⁾. Elle a en outre indiqué qu'« en renforçant le contrôle public de l'utilisation des sommes versées par le FEAGA et le Feader, la publication [...] contribue à l'utilisation appropriée des fonds publics par l'administration »⁽¹⁹⁴⁾ et que ladite publication « permettra aux citoyens une meilleure participation au débat public qui entoure les décisions concernant les orientations de la PAC »⁽¹⁹⁵⁾. Cette cour a dès lors conclu qu'« en visant à accroître la transparence de l'utilisation des fonds dans le cadre de la PAC, l'article 44*bis* du règlement n° 1290/2005 et le règlement n° 259/2008 poursuivent un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union »⁽¹⁹⁶⁾.

733. Eu égard à cette finalité, nous relevons d'emblée que si la CJUE la considère comme un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne, elle ne figure pas dans la liste exhaustive des finalités énumérées aux seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH. Or, de prime abord, ce constat peut soulever d'importantes difficultés dans la mise

189. CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*.

190. Règlement (CE) n° 1290/2005 du Conseil, du 21 juin 2005, relatif au financement de la politique agricole commune, *JO L 209*, p. 1, tel que modifié par le règlement (CE) n° 1437/2007 du Conseil, du 26 novembre 2007, *JO L 322*, p. 1.

191. Règlement (CE) n° 259/2008 de la Commission du 18 mars 2008 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 1290/2005 du Conseil en ce qui concerne la publication des informations relatives aux bénéficiaires de fonds en provenance du Fonds européen agricole de garantie (FEAGA) et du Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader), *JO L 76*, p. 28.

192. CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*, § 67 [souligné par nous].

193. *Ibid.*, pt 68.

194. *Ibid.*, pt 69.

195. *Ibid.*, pt 70.

196. *Ibid.*, pt 71.

en œuvre du principe de cohérence. En effet, en présence de restrictions à des droits fondamentaux de la Charte jugés *correspondants* à des droits fondamentaux de la CEDH, ledit principe exige que l'acceptation de leurs conditions de justification soit équivalente, ce qui est problématique lorsque la finalité acceptée pour justifier une restriction dans la Charte n'existe pas dans la CEDH. Force est cependant de nuancer ce constat à la lumière de la jurisprudence de la CourEDH interprétant la finalité que constitue la défense de l'ordre, présentée ci-dessus.

734. En effet, la CourEDH a développé une acception large de la notion d'*ordre*, qui ne s'applique pas uniquement à l'ordre devant régner au sein d'un État faisant face à certaines menaces, mais également à l'ordre nécessaire au bon fonctionnement des institutions et autorités publiques d'un État, et aux exigences en termes de transparence et de gestion qui en découlent. Ainsi, dans le cadre d'une restriction au droit fondamental à la liberté d'expression d'une association, cette cour a indiqué qu'« une association doit pouvoir divulguer des faits de nature à intéresser le public, à leur donner une appréciation et contribuer ainsi à la transparence des activités des autorités publiques »⁽¹⁹⁷⁾. Elle l'a par ailleurs récemment confirmé dans l'arrêt *Gillberg c. Suède* relatif à l'obligation imposée à l'intéressé, conformément à la législation nationale, de divulguer certaines informations d'une façon portant atteinte à son droit fondamental à la liberté d'expression. Dans ce cas, la CourEDH a estimé que la divulgation « permet explicitement aux citoyens et aux médias d'exercer un contrôle sur l'État, les municipalités et les autres composantes du secteur public, ce qui contribue au libre échange des opinions et des idées et à une gestion efficace et correcte des affaires publiques »⁽¹⁹⁸⁾.

735. Nous argumentons dès lors que, du point de vue de la CJUE et des exigences découlant du principe de cohérence visé à l'article 52, § 3, de la Charte et mentionné dans les explications y relatives, l'absence expresse de mention de cette finalité dans la CEDH n'empêche pas la mise en œuvre dudit principe dans la mesure où l'acceptation d'une telle finalité trouve son équivalent, en substance, dans la jurisprudence de la CourEDH.

197. CourEDH, 27 mai 2004, *Vides Aizsardzības*, § 42 [souligné par nous].

198. CourEDH, 3 avril 2012, *Gillberg*, § 95 [souligné par nous].

6. – Le maintien de la paix

736. Afin d'illustrer cette finalité, mentionnons l'arrêt *Adib Mayaleh c. Conseil de l'Union européenne*⁽¹⁹⁹⁾. Dans cette affaire, M. Abid Mayaleh, ressortissant syrien naturalisé français et gouverneur de la Banque centrale de Syrie, a vu son nom inscrit sur la liste figurant à l'annexe I de la décision 2012/739/PESC⁽²⁰⁰⁾ et à l'annexe II du règlement (UE) n° 363/2013⁽²⁰¹⁾ au motif qu'il « apporte un soutien économique et financier au régime syrien dans le cadre de ses fonctions de gouverneur de la Banque centrale de Syrie »⁽²⁰²⁾. Eu égard aux personnes figurant sur ces listes, les États membres sont tenus de leur empêcher l'entrée ou le passage sur leur territoire, bien qu'ils ne soient pas tenus d'appliquer ces mesures à leurs propres ressortissants.

737. En l'espèce, bien qu'aucune mesure nationale – émanant de la France ou d'un autre État membre de l'Union européenne – n'ait été prise à l'endroit de l'intéressé, ce dernier a estimé que l'adoption de ces actes par les institutions de l'Union européenne violait notamment son droit fondamental à la vie privée et familiale et son droit fondamental à la liberté de circulation. Tout en rejetant cet argument, le Tribunal a reconnu que l'affaire mettait en cause « un objectif d'intérêt général aussi fondamental pour la communauté internationale que la protection des populations civiles et le *maintien de la paix* et de la sécurité internationale »⁽²⁰³⁾.

738. À l'instar de la dernière finalité identifiée, le maintien de la paix ne figure pas non plus parmi les différentes finalités énoncées dans la CEDH. Cependant, nous estimons que l'interprétation développée par la CourEDH de l'acceptation des finalités que constituent notamment la *sécurité nationale* et la *sûreté publique* dans son arrêt *Nada c. Suisse* inclut le maintien de la paix, de sorte que la jurisprudence de cette cour permet de pallier à l'absence de la formulation de cette finalité dans la CEDH⁽²⁰⁴⁾.

199. Tribunal, 5 novembre 2014, *Adib Mayaleh*.

200. Il s'agissait initialement de la décision 2011/782/PESC du Conseil, du 1^{er} décembre 2011, concernant des mesures restrictives à l'encontre de la Syrie et abrogeant la décision 2011/273, JO L 319, p. 56, abrogée en faveur de la décision 2012/739/PESC du Conseil, du 29 novembre 2012, concernant des mesures restrictives à l'encontre de la Syrie et abrogeant la décision 2011/782, JO L 330, p. 21.

201. Il s'agissait initialement du règlement (UE) n° 36/2012 du Conseil, du 18 janvier 2012, concernant des mesures restrictives en raison de la situation en Syrie et abrogeant le règlement n° 442/2011, JO L 16, p. 1, modifié par la suite par le règlement d'exécution (UE) n° 363/2013 du Conseil, du 22 avril 2013, mettant en œuvre le règlement n° 36/2012, JO L 111, p. 1, rectificatif au JO L 127, p. 27.

202. Tribunal, 5 novembre 2014, *Adib Mayaleh*, pts 10-11.

203. *Ibid.*, pts 177 et 197 [souligné par nous].

204. Voir *supra* §§ 642-644.

7. – Le marché intérieur

739. En guise de dernière finalité susceptible de justifier des restrictions aux droits fondamentaux, nous souhaitons nous attarder sur celle que constitue le *marché intérieur*. Certes, cette finalité est propre à l'Union européenne et ne figure, dès lors, pas parmi les finalités énoncées aux seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH. En ce sens, en présence d'une restriction à des droits fondamentaux correspondant entre la Charte et la CEDH qui est motivée par le besoin de protéger le marché intérieur, il paraît impossible de veiller à une équivalence de l'acceptation de cette condition de justification entre ces deux instruments.

740. Nous argumentons toutefois qu'au vu de l'interprétation, par la CJUE, de la finalité que constitue le *marché intérieur*, des connexions positives avec la jurisprudence de la CourEDH peuvent néanmoins être établies lorsque le droit fondamental de la Charte en cause correspond à un droit fondamental de la CEDH, conformément aux exigences découlant du principe de cohérence. Quatre illustrations nous permettent d'étayer notre argument.

741. Premièrement, revenons sur l'affaire *Philip Morris Brand SARL*⁽²⁰⁵⁾, dans laquelle la CJUE a notamment examiné si l'interdiction de mettre sur le marché des produits du tabac contenant un arôme caractérisant, prévue par l'article 7 de la directive 2014/40/UE, pouvait être justifiée. À cet égard, la CJUE a notamment relevé que la directive 2014/40/UE poursuivait « un double objectif, consistant à faciliter le bon fonctionnement du marché intérieur des produits du tabac et des produits connexes, en prenant pour base un niveau élevé de protection de la santé humaine, particulièrement pour les jeunes »⁽²⁰⁶⁾. Ainsi, cette cour n'a pas envisagé le marché intérieur comme une finalité autonome, mais comme étant intrinsèquement liée, dans le cas d'espèce, à celle relative à la protection de la santé.

742. Deuxièmement, dans l'arrêt *Neptune Distribution* relatif à l'étiquetage des eaux minérales, la CJUE a indiqué que le règlement n° 1924/2006 mis en cause « vise à garantir le fonctionnement efficace du marché intérieur tout en assurant un niveau élevé de protection du consommateur »⁽²⁰⁷⁾. Ceci établi, cette cour a orienté tout son raisonnement sur la seconde finalité invoquée pour justifier la restriction au droit

205. CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris*. Voir ég. CJUE, 4 mai 2016, *Pillbox 38 (UK) Ltd*, pt 84.

206. CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris*, pt 143 [souligné par nous].

207. CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*, pt 49.

fondamental à la liberté d'expression de Neptune Distribution, à savoir la protection des consommateurs. À l'instar de l'arrêt précédent, elle n'a dès lors pas considéré la protection du marché intérieur comme étant une finalité autonome.

743. Au titre de troisième illustration, mentionnons l'affaire *Hubert Schaible*, dans laquelle la CJUE a examiné la compatibilité avec la Charte des obligations, contenues dans le règlement n° 21/2004, selon lesquelles les éleveurs d'ovins et de caprins sont tenus d'identifier individuellement et électroniquement ces derniers, de même que d'en tenir un registre. Dans ce contexte, cette cour a affirmé que la « protection sanitaire, la lutte contre les épizooties et le bien-être des animaux, objectifs qui se recoupent, constituent des objectifs d'intérêt général légitimes de la législation de l'Union, de même que l'achèvement dans le secteur concerné du marché intérieur agricole »⁽²⁰⁸⁾. Par conséquent, la CJUE a à nouveau considéré le marché intérieur uniquement en relation avec d'autres finalités.

744. Enfin, cette approche est également confirmée par l'affaire *Digital Rights*, dans laquelle la juridiction de renvoi a expressément demandé à la CJUE si la restriction faite aux droits fondamentaux de la société en cause était justifiée au vu d'« atteindre les objectifs légitimes tels que : a) permettre que certaines données soient disponibles aux fins des enquêtes sur les infractions graves et aux fins de la détection et de la poursuite de ces dernières, et/ou b) garantir le bon fonctionnement du marché intérieur de l'Union européenne ? »⁽²⁰⁹⁾. Dans cet arrêt, la CJUE a cependant essentiellement examiné la justification des restrictions subies du point de vue des finalités que constituent la sécurité publique et le maintien de la paix.

745. Nous estimons dès lors que, dans le contexte de la Charte, la finalité que constitue le *marché intérieur* est perçue par la CJUE comme une catégorie particulière d'objectifs d'intérêt général de l'Union européenne. Plus précisément, le marché intérieur semble être une finalité si large et centrale à l'Union européenne que son respect passe nécessairement par une série d'autres objectifs d'intérêt général de l'Union européenne⁽²¹⁰⁾. À titre illustratif, l'intégrité et les conditions de concurrence protégées par la finalité qu'est le marché intérieur sont, dans le contexte spécifique du marché intérieur agricole, intrinsèquement liées à la santé des animaux ou la qualité des produits constituant ledit marché. Il en va d'ailleurs de même

208. CJUE, 17 octobre 2013, *Herbert Schaible*, pt 35.

209. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, pt 18.

210. En ce sens, voir not. Tribunal, 26 septembre 2014, *Romonta*, pt 68.

de la qualité des denrées alimentaires ou des effets sur la santé de produits issus du tabac, dans leur marché respectif.

746. Par conséquent, bien que la finalité que constitue le *marché intérieur* protège inéluctablement des intérêts de nature économique qui ne se retrouvent toutefois pas nécessairement énoncés aux seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH, leur interprétation par la CJUE prend particulièrement en compte le domaine spécifique du marché intérieur concerné par une mesure restrictive. L'importance reconnue par cette cour au contexte et aux intérêts intrinsèquement liés au marché intérieur met en exergue des préoccupations qui se retrouvent dans l'approche de la CourEDH et permettent à la CJUE, à notre sens, de prévenir d'éventuelles divergences interprétatives avec la jurisprudence de la CourEDH.

747. Au terme de la présentation de cette sélection des finalités admises par la CJUE, nous avons d'emblée mis en exergue certaines similarités entre l'interprétation desdites finalités par la CourEDH et la CJUE, de même que certaines divergences – liées notamment à la formulation distincte de cette condition de justification dans la Charte et la CEDH – lorsque les restrictions en cause concernent des droits fondamentaux correspondants. Sur cette base, nous détaillons à présent nos observations et évaluons à présent le respect des exigences découlant du principe de cohérence visé à l'article 52, § 3, de la Charte et mentionné dans les explications y relatives.

SECTION 4. – LES DIVERGENCES ET PROPOSITIONS D'INTERPRÉTATION COHÉRENTE

748. Dans un premier temps, nous décrivons les principales divergences entre la jurisprudence de la CJUE et celle de la CourEDH relatives tant à certaines caractéristiques de leur méthode d'interprétation respectives (*infra* A) qu'à l'acception proprement dite de certaines finalités susceptibles de justifier des restrictions à des droits fondamentaux (*infra* B). Dans un second temps, nous formulons des propositions d'interprétation cohérente susceptibles de pallier aux divergences identifiées (*infra* C).

A. – LES DIVERGENCES QUANT À LA MÉTHODE SUIVIE

749. Nous argumentons que les jurisprudences respectives de la CJUE et de la CourEDH mettent en évidence une divergence d'approche relative au rôle dévolu aux parties au litige dans le fait d'admettre la présence d'une finalité permettant de justifier des restrictions, d'une part, et qu'elles

BRUYLANT

appellent à nuancer la façon dont ces cours se targuent d'interpréter lesdites finalités, *i.e.* de façon *restrictive*. Or, ces deux divergences nous semblent devoir être examinées au regard des exigences du principe de cohérence.

750. S'agissant du premier point, nous estimons qu'il ne contrevient pas aux exigences découlant du principe de cohérence, énoncé à l'article 52, § 3, de la Charte et dans les explications y relatives. En effet, ledit principe n'exige qu'une équivalence de l'acceptation des conditions de justification proprement dite, et ne porte pas sur les méthodes d'interprétation de la CourEDH et de la CJUE ou sur certaines de leurs caractéristiques. Toutefois, nous souhaitons attirer l'attention sur l'impact *indirect* que cette divergence peut avoir sur le respect du principe de cohérence.

751. À notre sens, le fait que la CourEDH s'abstienne de déterminer l'acceptation des finalités invoquées et de contrôler leur existence lorsqu'il existe un accord à ce sujet entre les parties au litige a pour conséquence de conditionner tout examen approfondi desdites finalités à la volonté des parties, leur reconnaissant finalement la tâche, dans un cas d'espèce, d'admettre le respect de cette condition de justification⁽²¹¹⁾. Or, en sus des problèmes de légitimité que pose une telle *délégation* aux parties au litige, l'approche visant à renoncer à un contrôle autonome de l'existence et du respect de cette condition de justification se distance de la pratique de la CJUE. À cet égard, la mise en œuvre par la CJUE du principe de cohérence peut être rendue délicate, car tant le fait de veiller à éviter des contradictions entre ses jurisprudences antérieures et celles de la CourEDH que celui d'établir des connections positives avec cette dernière nécessitent de pouvoir identifier l'acceptation des finalités invoquées pour justifier des restrictions. Cette tâche s'avère néanmoins difficile lorsque la CourEDH se soustrait à cet exercice en présence d'un accord entre les parties.

752. Eu égard au second point, nous avons relevé ci-dessus que tant la CourEDH que la CJUE affirment que les finalités invoquées pour justifier une restriction à un droit fondamental doivent être interprétées de façon *restrictive*, dans la mesure où elles ménagent une exception à un droit fondamental⁽²¹²⁾. Toutefois, au terme de la présentation de la jurisprudence de ces deux cours, cette affirmation nous semble devoir être nuancée. En effet, des finalités telles que l'*ordre public*, le *bien-être économique* du pays ou encore la *protection de la santé* sont interprétées, selon nous,

211. Certains juges à la CourEDH semblent également critiquer face à une telle approche. Voir p. ex. CourEDH, Juge SAJO, 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*, §§ 7-8.

212. Voir *supra* §§ 632 et 694.

de façon très large par la CourEDH⁽²¹³⁾ de sorte que leurs acceptions dépassent la sphère strictement nationale pour englober également des intérêts internationaux. De plus, il en va de même dans la jurisprudence de la CJUE, où cette cour admet aisément des finalités très larges, telles que *la paix internationale* ou *la lutte contre le terrorisme* – qui sont, certes, mentionnées dans la législation de l'Union européenne – sans toutefois détailler leur acception.

753. À notre sens, cette caractéristique commune à la CJUE et à la CourEDH visant à admettre de nombreux et larges intérêts au titre des finalités susceptibles de justifier des restrictions – malgré leur affirmation de procéder à une interprétation stricte – a le mérite de pallier aux difficultés mises en exergue ci-dessus relatives aux différences de formulation de cette condition de justification entre la Charte et la CEDH. Autrement dit, elle permet de surmonter la problématique liée à l'absence de mention expresse, parmi les finalités énumérées dans la CEDH, de certains des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne identifiés par la CJUE, lors de l'examen de l'équivalence de l'acceptation de cette condition de justification en présence de restrictions à des droits fondamentaux correspondants.

754. Enfin, nous souhaitons également brièvement relever que la CJUE ne distingue pas, dans son interprétation de cette condition de justification, selon que la finalité invoquée concerne un objectif de l'*Union européenne* ou des *États membres*. À notre sens, cette approche est justifiée, notamment du fait qu'il n'existe pas d'acceptation uniforme de notions telles que la *sécurité publique* ou l'*ordre public* au sein de l'Union européenne dans la mesure où ces acceptions sont spécifiées dans le droit national des États membres et varient donc entre lesdits États⁽²¹⁴⁾. Ce faisant, la CJUE permet potentiellement à des préoccupations traditionnellement ou originairement nationales de constituer des objectifs de l'*Union européenne*.

213. Voir not. L. BURGOGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.*, p 671 : « Il faut toutefois ici rappeler que la donne est identique dans le système conventionnel européen. La pratique contentieuse démontre que le contrôle de la Cour de Strasbourg ne porte guère sur l'idonéité des objectifs poursuivis, mais plutôt sur la nécessité des ingérences et la proportionnalité des mesures prises pour restreindre les droits ». Voir ég. B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 314 : « The justifications set out in the Convention provisions are exhaustive, but also quite comprehensive in the range of interests which may be brought into play. It has proved very easy for a Contracting State to bring its action within one of the stated exceptions, and the Strasbourg Court seldom has to spend much time analyzing the nature of the limitation to satisfy itself that it falls within one of them; indeed, it frequently finds that a measure is justified by reference to several specific aims ».

214. Voir Th. KOSTAKOPOULOU, N. FERREIRA, « Testing Liberal Norms: The Public Policy and Public Security Derogations and the Cracks in European Union Citizenship », *op. cit.*, p. 7 : « there is n° isomorphism in the definition of public policy across the EU – public policy and

B. – LES DIVERGENCES QUANT À L'INTERPRÉTATION

755. D'une façon générale, nous relevons que l'interprétation des finalités poursuivies par des mesures restrictives de droits fondamentaux – particulièrement des droits fondamentaux à la vie privée et familiale et à la liberté d'expression – par la CJUE et la CourEDH est très proche. En effet, des finalités telles que la *santé* ou la *prévention des infractions pénales* recourent la protection des mêmes intérêts et sont toutes deux interprétées de façon similaire.

756. L'interprétation par la CJUE et la CourEDH des finalités susceptibles de justifier des restrictions nous permet cependant d'identifier deux difficultés auxquelles il nous semble nécessaire de pallier dans le respect des exigences découlant du principe de cohérence. La première difficulté fait suite à notre constat précédent et est inhérente à la différence de formulation, entre la Charte et la CEDH, de la condition de justification qu'est la finalité des mesures restreignant des droits fondamentaux. En effet, l'interprétation effectuée par la CourEDH desdites finalités est inéluctablement liée au droit fondamental en cause, certaines finalités ne figurant d'ailleurs pas dans les seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH et n'étant, dès lors, pas pertinentes pour justifier des restrictions à d'autres droits fondamentaux que ceux-ci. En ce sens, la jurisprudence de cette cour s'est essentiellement développée dans le cadre du respect de ces articles.

757. L'interprétation par la CJUE des finalités susceptibles de justifier des restrictions, en revanche, est applicable aux restrictions affectant l'ensemble des droits, libertés et principes contenus dans la Charte. Ainsi, en cas de correspondance entre des droits fondamentaux de la Charte et de la CEDH, le respect du principe de cohérence exige que la CJUE reconnaisse à la finalité invoquée pour justifier des restrictions auxdits droits fondamentaux une acception équivalente à celle admise par la CourEDH. Un tel exercice nous semble toutefois délicat si la CJUE ne peut prendre en considération que la jurisprudence de la CourEDH relative aux articles 8 à 11 de la CEDH, alors qu'elle se doit de développer une interprétation desdites finalités admises au sens de la Charte qui soit plus générale, *i.e.* qui soit applicable à l'ensemble des droits fondamentaux qui y figurent.

public security remain 'national concepts', that is, they are defined on the basis of national laws and traditions. However, the Court has clearly stated for more than three decades that Member States' discretion in this area is circumscribed by EU law ».

758. La seconde difficulté concerne le fait que les jurisprudences respectives de la CJUE et de la CourEDH nous semblent mettre en évidence deux divergences. La première, que nous qualifions de *formelle*, repose sur une dichotomie entre les finalités admissibles pour la CourEDH et pour la CJUE (*infra* 1). En d'autres termes, il s'agit des situations dans lesquelles la CJUE refuse expressément d'admettre, au titre des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne, une finalité pourtant admise par la CourEDH, et *vice versa*. Quant à la seconde, qualifiée ici de *matérielle*, elle consiste en une contradiction expresse eu égard à l'acceptation d'une finalité, telle qu'interprétée par ces deux cours (*infra* 2).

1. – Les divergences formelles

759. S'agissant des divergences *formelles*, nous abordons tout d'abord la situation où la CJUE exclut l'admissibilité d'une finalité pour justifier des restrictions à un droit fondamental – alors qu'une telle finalité est pourtant reconnue par la CourEDH – puis nous examinons le cas où la CourEDH exclut l'admissibilité de finalités pourtant reconnues par la CJUE.

760. Eu égard au premier cas de figure, illustrons notre propos en considérant la finalité que constitue le *bien-être économique du pays*, mentionné à l'article 8, § 2, de la CEDH. Comme l'a rappelé la CourEDH dans sa jurisprudence *Hasanbasic c. Suisse* présentée ci-dessus⁽²¹⁵⁾, la poursuite de nombreux et divers intérêts économiques étatiques peut justifier des restrictions au droit fondamental à la vie privée et familiale, et notamment à l'immigration de personnes et au regroupement familial. En ce sens, l'existence de dettes importantes en faveur de l'État contractées par M. Hasanbasic a été jugée suffisante pour justifier des restrictions aux droits fondamentaux de l'intéressé.

761. Dans le droit de l'Union européenne, la directive 2004/38/CE est l'instrument de base régissant les droits des citoyens de l'UE et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement. En son article 27, § 1, cette directive prévoit que les États membres peuvent restreindre la liberté de circulation d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille « pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Ces raisons ne peuvent être invoquées à des fins économiques ». Nous argumentons dès lors que l'exclusion, au terme de cette disposition, de toute fin *économique* à la finalité invoquée par le gouvernement national pour justifier des restrictions aux droits garantis par la directive 2004/38/CE

215. CourEDH, 11 juin 2013, *Hasanbasic*.

et par la Charte s'avère problématique au regard de la jurisprudence de la CourEDH relative à l'article 8 de la CEDH et des exigences découlant du principe de cohérence.

762. Certes, l'on pourrait être tenté d'écarter cette problématique en se prévalant de la seconde phrase de l'article 52, § 3, de la Charte, qui prévoit que cette « disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». En ce sens, en tolérant des restrictions aux droits garantis par la directive 2004/38/CE et par la Charte dans des cas plus limités que ne le fait la CourEDH – et en excluant, notamment, les cas ou des intérêts économiques auraient être invoqués comme finalités pour justifier des restrictions – le droit de l'Union européenne offrirait un niveau de protection plus important que celui offert par la CEDH⁽²¹⁶⁾. Par conséquent, dans la mesure où l'article 52, § 3, de la Charte réserve précisément ce cas de figure, la divergence d'approche entre ces deux cours ne serait finalement pas problématique.

763. La CJUE en a toutefois décidé autrement, comme en témoigne son arrêt *Hristo Byankov*⁽²¹⁷⁾. Dans cette affaire, un ressortissant bulgare alléguait avoir subi une restriction à son droit fondamental à la liberté de circulation et, potentiellement, à son droit fondamental à la vie privée et familiale, du fait d'une interdiction de sortie du territoire en raison d'une dette importante et de l'absence de sûreté pour la garantir. La juridiction de renvoi a précisément émis la crainte qu'en raison de l'exclusion, dans le cadre de l'article 27, § 1 de la directive 2004/38/CE, des dérogations invoquées à des *finalités économiques*, le droit de l'Union européenne n'offrirait pas un niveau de protection équivalent à la CEDH⁽²¹⁸⁾.

764. Ainsi, malgré le fait que la CJUE ait eu l'occasion de préciser si le droit de l'Union européenne consacrait un niveau de protection plus élevé que celui de la CEDH, elle s'est contentée d'indiquer qu'« il ne saurait être considéré que, en raison de l'exclusion, dans le cadre de l'article 27, paragraphe 1, de la directive 2004/38, des dérogations invoquées à des fins économiques, l'ordre juridique de l'Union n'offre pas un niveau de protection [...] qui est *au moins équivalent* à celui instauré en vertu de la [CEDH] »⁽²¹⁹⁾. Nous estimons dès lors que l'approche de la CJUE maintient une incertitude qui ne permet pas de solutionner la divergence formelle entre la Charte et la CEDH, car elle est susceptible de contrevenir aux

216. En ce sens, voir Av. gén. MENGGOZZI, 21 juin 2012, *Hristo Byankov*, pt 27 ; Av. gén. MENGGOZZI, 6 septembre 2011, *Petar Aladzhov*, pt 30.

217. CJUE, 4 octobre 2012, *Hristo Byankov*.

218. *Ibid.*, pt 46.

219. *Ibid.* [souligné par nous].

exigences découlant du principe de cohérence, ce qui nous incite à formuler une proposition d'interprétation cohérente ci-dessous.

765. Eu égard au second cas de figure, illustrons notre propos avec les finalités que constituent la sécurité *nationale* et la sécurité *publique*. Dans l'Union européenne, nous avons démontré ci-dessus que la CJUE tendait à assimiler ces deux notions, comme l'illustre notamment l'affaire *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*⁽²²⁰⁾. Dans la jurisprudence de la CourEDH, une proximité entre ces notions a également pu être identifiée, bien qu'elle connaisse certaines limites.

766. Ainsi, dans le cadre de la CEDH, la sécurité *nationale* figure au second paragraphe des articles 8, 10 et 11 de la CEDH, mais est exclue du second paragraphe de l'article 9 de la CEDH – seule la sécurité *publique* y étant mentionnée. À ce propos, la CourEDH a relevé que l'omission de la sécurité *nationale* parmi les finalités énumérées à l'article 9, § 2, de la CEDH n'était pas accidentelle mais, au contraire, reflétait l'importance primordiale du pluralisme religieux en tant que l'une des assises d'une société démocratique, d'une part, et le fait qu'un État ne doit pas pouvoir dicter à un individu ce qu'il doit croire ou prendre des mesures en vue de le contraindre à changer de conviction, d'autre part⁽²²¹⁾. Dès lors, dans le cas spécifique de la liberté de pensée, de conscience et de religion, la CourEDH exclut toute justification des restrictions par la finalité visant à protéger la sécurité nationale⁽²²²⁾.

767. Dans l'Union européenne, cependant, la formulation large de l'article 52, § 1, de la Charte permettrait à la CJUE de justifier des restrictions à la liberté de pensée, de conscience et de religion, mentionnée à l'article 10 de la Charte, au moyen de finalités considérées comme relevant de la sécurité *nationale*. Si la CJUE ne s'est pas encore prononcée, à notre connaissance, sur ce cas de figure, il est tout sauf hypothétique, comme l'illustre l'arrêt *Bundesrepublik Deutschland c. Y et Z*⁽²²³⁾.

220. CJUE, 15 février 2016, *J. N.*

221. Voir CourEDH, 12 février 2009, *Nolan et K*, § 73 : « *Far from being an accidental omission, the non-inclusion of that particular ground for limitations in Article 9 reflects the primordial importance of religious pluralism as "one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention" and the fact that a State cannot dictate what a person believes or take coercive steps to make him change his beliefs* » [arrêt non traduit en français].

222. Voir not. J. MURDOCH, *La protection du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion par la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Publication du Conseil de l'Europe, 2012, p. 40.

223. CJUE, 5 septembre 2012, *Y. et Z.*

768. Dans cette affaire, deux requérants pakistanais issus de la confession musulmane réformatrice des ahmadis craignaient pour leurs vies et ont requis le statut de réfugié auprès des autorités allemandes. Lesdites autorités ont admis leurs requêtes et ont estimé qu'en cas de retour au Pakistan, les intéressés ne seraient pas en mesure de pratiquer leur religion en public sans s'exposer à un risque de persécution. Dès lors, selon celles-ci, « pour un ahmadi observant sa religion de façon stricte au Pakistan et dont les convictions impliquent notamment le fait de vivre sa croyance de façon publique, la situation dans cet État constitue une grave violation de la liberté de religion »⁽²²⁴⁾. Saisie d'un recours, la juridiction de renvoi a interrogé la CJUE qui a précisé les conditions à remplir pour prétendre au statut de réfugié au titre de l'article 9 de la directive 2004/83/CE.

769. Dans l'hypothèse cependant où les pratiques religieuses radicales des intéressés – qui se sont vus reconnaître le statut de réfugié – avaient été considérées comme constituant une menace pour la sécurité nationale allemande, l'Allemagne aurait pu les refouler ou refuser de leur délivrer un titre de séjour, conformément à l'article 21, § 2, let. a, de la directive 2004/83/CE⁽²²⁵⁾. En effet, au terme de cette disposition, les États membres peuvent refouler un réfugié notamment lorsqu'« il y a des raisons sérieuses de considérer qu'il est une menace pour la sécurité de l'État membre où il se trouve ». Ce faisant, des finalités propres à la sécurité nationale, énumérées dans le droit dérivé de l'Union européenne, auraient permis de refouler les intéressés et de restreindre leur liberté de pensée, de conscience et de religion, garantie à l'article 10 de la Charte. Dès lors, nous estimons que l'exclusion formelle dans la CEDH de finalités pourtant admises par la Charte et le droit de l'UE peut potentiellement aboutir à une contradiction entre les jurisprudences la CJUE et de la CourEDH.

2. – Les divergences matérielles

770. En ce qui concerne les divergences *matérielles*, nous tenons à souligner que les jurisprudences respectives de la CourEDH et de la CJUE présentées ci-dessus ne reflètent pas de contradictions expresses relatives à l'acceptation de l'une ou de l'autre des finalités admises tant par la Charte que par la CEDH. Le principe de cohérence est donc respecté dans son pan

224. *Ibid.*, pt 39.

225. Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO L 304, p. 12, et rectificatif JO L 204, p. 24.

relatif à l'absence de contradiction entre les jurisprudences des deux cours. Ceci dit, nous estimons nécessaire d'être conscient qu'en l'état actuel de leurs jurisprudences, de telles contradictions restent susceptibles de se produire.

771. À titre illustratif, mentionnons la finalité que constitue l'*ordre public*. Comme l'a démontré la CJUE dans son arrêt *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* mentionné ci-dessus⁽²²⁶⁾, l'invocation de cette finalité exige une menace grave à un *intérêt fondamental de la société*, et ce quel que soit le droit fondamental concerné. Au sein de la jurisprudence de la CourEDH, la défense et la protection de l'ordre exigent également la présence d'une telle menace, qui peut toutefois revêtir une forme différente selon qu'il s'agisse de justifier une restriction au droit fondamental à la liberté d'expression ou au droit fondamental au respect de la vie privée et familiale, comme le rappellent les arrêts *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquie*⁽²²⁷⁾ et *Dadouch c. Malte*⁽²²⁸⁾, également présentés ci-dessus.

772. De telles spécificités jurisprudentielles, qui dépendent du droit fondamental concerné, sont ainsi susceptibles d'aboutir à des contradictions entre les jurisprudences des deux cours si la CJUE privilégie une interprétation uniforme de l'*ordre public*, sans suffisamment prendre en considération les développements émanant de la jurisprudence de la CourEDH. Ainsi, tant les divergences *formelles* identifiées que les divergences *matérielles* susceptibles de se produire nécessitent une mise en œuvre effective du principe de cohérence, raison pour laquelle nous formulons des propositions interprétatives susceptibles de respecter les exigences découlant dudit principe.

C. – LES PROPOSITIONS D'INTERPRÉTATION COHÉRENTE

773. Après une brève remarque liminaire (*infra* 1), nous énonçons nos propositions afin de pallier aux divergences identifiées entre les jurisprudences de la CourEDH et de la CJUE relatives tant aux méthodes d'interprétation de ces deux cours (*infra* 2) qu'à leurs interprétations proprement dites des finalités susceptibles de justifier des restrictions (*infra* 3).

226. CJUE, 15 février 2016, *J. N.*

227. CourEDH, 25 septembre 2012, *Eğitim*.

228. CourEDH, 20 juillet 2010, *Dadouch*.

1. – Une remarque liminaire

774. Pour être en mesure de formuler des propositions d'interprétation cohérente pertinentes, nous argumentons qu'il est impératif de se prononcer au préalable sur l'acception de la notion d'*intérêt général* figurant au cœur des objectifs d'*intérêt général* reconnus par l'Union européenne. En effet, la jurisprudence de la CJUE présentée ci-dessus nous a permis d'identifier certains desdits intérêts mais ne nous éclaire pas sur l'acception d'un *intérêt général*. Or, il nous semble impératif de spécifier cette notion pour saisir la relation existant entre les droits fondamentaux, d'une part, et les *intérêts généraux* susceptibles de constituer des finalités admises pour justifier des restrictions auxdits droits.

775. Un tel exercice permettra par ailleurs de lever définitivement le désaccord entre la littérature juridique et la CJUE relatif aux objectifs d'intérêts général de l'Union européenne et ceux des *États membres*. De plus, cet exercice s'avère d'autant plus nécessaire à notre sens que, comme le relève Aileen McHarg, « *[t]he relationship between human rights and public interests exceptions is one of the most important issues in contemporary human rights jurisprudence. Not only is the interpretation given to exceptions a key determinant of the utility of rights in practice, but this is also the area in which the political or value-laden nature of the choices facing the court is most obvious, raising questions as to the legitimacy of judicial rather than democratic decision-making* »⁽²²⁹⁾.

776. Un bref survol tant de la jurisprudence de la CJUE que de la littérature juridique – spécifique à la Charte et à la CEDH – révèle que les relations entre les droits fondamentaux et les finalités permettant d'en justifier des restrictions, de même que les relations entre les intérêts protégés par lesdits droits, ne sont pas⁽²³⁰⁾ ou rarement explorées⁽²³¹⁾. Plus

229. A. MCHARG, « Reconciling Human Rights and the Public Interest : Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 695.

230. La littérature se contente essentiellement d'énumérer et de commenter les finalités contenues dans ces instruments, sans toutefois se questionner sur leurs acceptions ou sur les relations qu'elles entretiennent avec les droits qu'elles restreignent. Voir not. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.* ; M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.* ; B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, *op. cit.* ; S. GREER, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*

231. Dans le cadre de la CEDH, cette relation est examinée notamment par A. MCHARG, « Reconciling Human Rights and the Public Interest : Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *op. cit.* ; B. CALL, « Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights and Proportions »,

riche et abondante, la littérature juridique théorique s'est intéressée à cette question, bien qu'elle ne soit pas aisée à appréhender⁽²³²⁾.

777. En effet, la relation entre un droit fondamental et la finalité susceptible d'en justifier des restrictions est intrinsèquement liée à l'acception des intérêts qui y sont protégés. Or, en sus des différentes positions existantes relatives aux intérêts protégés par des droits fondamentaux, il existe autant de théorie sur les intérêts susceptibles de justifier des restrictions que d'auteurs s'étant prononcés à ce sujet⁽²³³⁾. Bien qu'il ne soit pas le lieu ici de procéder à une analyse détaillée des différentes théories existantes, nous souhaitons souligner une caractéristique desdits intérêts, identifiable dans la jurisprudence de la CJUE et trouvant écho dans la littérature juridique théorique, qui peut nous aiguiller dans la formulation de nos propositions d'interprétation.

778. Rappelons tout d'abord que nous avons établi ci-dessus que les droits fondamentaux garantis dans la Charte sont perçus par la CJUE comme incorporant des intérêts particulièrement importants dont le besoin de protection donne naissance à une ou plusieurs obligations à l'endroit des États membres ou des institutions de l'UE, et que lesdites obligations sont susceptibles d'entrer en conflit avec une ou plusieurs obligations découlant du besoin de protection d'autres intérêts⁽²³⁴⁾. Les finalités admises par la CJUE pour justifier des restrictions incorporent ainsi précisément de tels intérêts, comme cette cour le reconnaît expressément. À titre illustratif, dans son arrêt *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*⁽²³⁵⁾, la CJUE a affirmé que la finalité que constitue l'ordre public vise à protéger les intérêts de la société.

779. La jurisprudence de la CJUE démontre également que ces intérêts sont souvent communs à *tous* les membres de la société⁽²³⁶⁾, se distinguant dans ces cas des intérêts individuels ou collectifs protégés par les droits fondamentaux. En effet, des finalités telles que la *prévention des infractions*, la *préservation de la paix internationale* ou encore la *protection de la santé*,

Human Rights Quarterly, vol. 29, 2007, n° 1, pp. 251-270. Dans le cadre de la Charte, voir not. M. AVBELJ, « Security and the Transformation of the EU Public Order », *German Law Journal*, vol. 14, 2013, n° 10, pp. 2057-2074.

232. Parmi la littérature existante, voir not. B. BARRY, « The Public Interest », in A. QUINTON (édit.), *Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 112-126 ; B. BARRY, *Political Argument*, Londres, Routledge, 1969, chap. 10 à 14.

233. Pour une catégorisation des différentes approches, voir V. HELD, *The Public Interest and Individual Interest*, New York, Basic Books, 1970.

234. Voir *supra* Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1.

235. CJUE, 15 février 2016, *J. N.*

236. Le terme *société* est entendu ici comme l'ensemble des individus vivant collectivement et de façon organisée dans l'Union européenne.

telles qu'admisses par la CJUE, ne visent pas exclusivement les intérêts d'individus ou de groupes d'individus identifiables mais, plus largement, s'adressent à tous les membres de la société. En ce sens, la CJUE fait écho à l'acception développée par des théoriciens comme Brian Barry, pour qui « *the public interest is any action which is conducive to the fulfilment of goals which the public wants for itself as a whole* »⁽²³⁷⁾.

780. Si l'intérêt visé par une finalité peut ainsi être collectif, *i.e.* « *the interest of no-one special* »⁽²³⁸⁾, et se définit alors en répondant notamment à la question de savoir dans quel type de communauté l'on souhaite vivre⁽²³⁹⁾, la jurisprudence de la CJUE démontre également, à notre sens, que les considérations utilitaristes sous-jacentes à cette acception de l'intérêt général ne préjugent pas de la possibilité pour de tels intérêts d'être également propres à certaines catégories d'individus⁽²⁴⁰⁾.

781. Dès lors, lorsque les conflits d'obligations découlant, d'une part, du besoin de protection d'un droit fondamental et, d'autre part, du besoin de protection des *objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne*, impliquent la présence d'obligations visant à protéger des intérêts communs à la société, nous estimons que la distinction entre les *objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne*, d'une part, et le *besoin de protection des droits et libertés d'autrui*, d'autre part, peut s'avérer pertinente.

782. Par ailleurs, cette observation nous permet de préciser davantage notre opinion sur la distinction effectuée par la littérature juridique entre les objectifs d'intérêt général des *États membres* et ceux de l'*Union européenne*. À ce propos, nous argumentons que ces deux objectifs visent la protection d'intérêts collectifs communs que l'on peut difficilement contenir dans une sphère purement nationale ou unionale. La réponse d'un ressortissant d'un État membre à la question de savoir dans quel type de société il souhaiterait vivre comprendra ainsi certainement des caractéristiques telles qu'une société en paix ou exempte de criminels, qui ne peuvent cependant à notre ère se concevoir à l'échelle purement nationale. De plus, la délimitation

237. Voir la discussion sur B. BARRY faite par A. MCHARG, « Reconciling Human Rights and the Public Interest : Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 676.

238. S. BENN, « "Interests" in Politics », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 60, 1959-1960, pp. 123-140, p. 134.

239. A. MCHARG, « Reconciling Human Rights and the Public Interest : Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 677.

240. Voir p. ex. l'arrêt CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris*. Pour aller plus loin sur cette question, voir R. DWORIN, *Taking rights seriously*, *op. cit.*

stricte entre les intérêts des États membres et ceux de l'Union européenne, en sus d'être illusoire, n'emporte pas d'enjeu réel dans le cadre de la présente étude dans la mesure où tous les deux peuvent être *reconnus par l'Union européenne* et invoqués devant la CJUE.

783. À la lumière de ces précisions, nous pouvons formuler des propositions d'interprétation afin de surmonter les divergences identifiées concernant tant les caractéristiques des méthodes d'interprétation des deux cours que l'interprétation proprement dite des finalités.

2. – Les propositions quant à la méthode suivie

784. À titre liminaire, nous soulignons que la jurisprudence de la CJUE présentée ci-dessus démontre que, contrairement à la pratique de cette cour relative à d'autres conditions de justification⁽²⁴¹⁾, le CJUE procède à un examen systématique du respect de cette condition de justification. Ce faisant, elle améliore la transparence de son analyse de cette condition et renforce la sécurité juridique et la prévisibilité de sa jurisprudence à cet égard, autant que la protection juridictionnelle des droits fondamentaux garantis par la Charte.

785. S'agissant à présent de la méthode d'interprétation de cette cour, rappelons qu'elle n'est pas directement visée par les exigences découlant du principe de cohérence mais que, à notre sens, les divergences identifiées sont indirectement susceptibles d'y porter atteinte. À cet égard, nous estimons que deux démarches pourraient être entreprises par la CJUE afin de prévenir des divergences jurisprudentielles avec la CourEDH.

786. D'une part, nous invitons la CJUE à faire une mention expresse et systématique de l'article 52, § 1, de la Charte lors de toute appréciation du caractère justifié d'une restriction à un droit fondamental et, lorsque ledit droit *correspond* à un droit de la Charte, à se référer expressément à l'article 52, § 3, de la Charte et aux explications y relatives. De telles références établiraient une connexion positive entre la Charte et la CEDH, conformément aux exigences découlant de la Charte, et délimiteraient *de facto* la jurisprudence de la CourEDH à prendre en considération par la CJUE lors de son interprétation des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne invoqués par les parties.

241. Voir en particulier la pratique de la CJUE relative à la condition de la base légale, *supra* Partie 3, titre 2, chap. 3.

787. D'autre part, nous pensons que la CJUE devrait définitivement lever tous doutes quant à la dichotomie émanant des explications relatives à la Charte et de la littérature juridique quant aux objectifs d'intérêt général des *États membres* et ceux de *l'Union européenne*. En ce sens, si sa jurisprudence actuelle tendant à nier une telle dichotomie nous paraît justifiée, cette cour pourrait néanmoins affirmer sa position de façon plus prononcée. Ainsi, une mention expresse du fait que les *objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne* sont susceptibles d'incorporer des intérêts pouvant être invoqués tant par les États membres que les institutions de l'Union européenne – dépassant ainsi toutes considérations strictement nationales ou de l'Union européenne – serait un premier pas en ce sens.

3. – Les propositions quant à l'interprétation

788. Nous souhaitons formuler trois propositions d'interprétation qui, selon nous, sont susceptibles de pallier aux divergences jurisprudentielles identifiées ci-dessus. Premièrement, d'une façon générale, il ressort de la jurisprudence présentée que bien que l'interprétation par la CJUE et la CourEDH des finalités susceptibles de justifier des restrictions soit en grande partie équivalente, la CJUE les interprète de façon autonome, sans se référer systématiquement ou explicitement à la jurisprudence pertinente de la CourEDH. Or, nous estimons que des références expresses et systématiques à la jurisprudence pertinente de la CourEDH ou, à tout le moins, à la jurisprudence de la CJUE citant les arrêts pertinents de la CourEDH, permettraient d'établir les connections positives nécessaires entre les jurisprudences des deux cours et participerait à une mise en œuvre efficace du principe de cohérence.

789. Deuxièmement, revenons sur les difficultés découlant de la différence de formulation de cette condition de justification entre la Charte et la CEDH. En effet, si l'interprétation par la CJUE des finalités susceptibles de justifier des restrictions au sens de la Charte s'applique à l'ensemble des droits fondamentaux de cette dernière, elle ne doit être *cohérente* qu'avec la jurisprudence de la CourEDH relative à des restrictions concernant des droits fondamentaux de la CEDH jugés correspondant à la Charte. Cependant, cette problématique nous semble pouvoir être surmontée si l'on se concentre sur la relation qu'entretiennent les droits fondamentaux et les finalités pouvant justifier leurs restrictions.

790. En effet, le respect du principe de cohérence exige que tant l'acception des intérêts visés par les objectifs d'intérêts général reconnus

par l'Union européenne que leur étendue soient équivalentes à celles de la CEDH, telles qu'interprétées par la CourEDH. Cependant, comme nous l'avons spécifié plus haut⁽²⁴²⁾, les intérêts peuvent être définis de façon abstraite et ne dépendent pas des circonstances concrètes d'un cas, contrairement aux obligations de protection qui en découlent. Dès lors, à notre sens, rien n'empêche la CJUE de prendre en compte la jurisprudence de la CourEDH relative aux finalités susceptibles de justifier des restrictions aux articles 8 à 11 de la CEDH, tout en étant saisie de situations concernant des restrictions à d'autres droits fondamentaux. Une telle pratique ne contrevient pas à l'article 52, § 3, de la Charte mais, bien au contraire, renforce l'objectif de cette disposition dans la mesure où elle permettrait de diffuser la jurisprudence de la CourEDH à l'ensemble de la Charte. Ainsi, la sécurité juridique et la transparence dans la protection des droits fondamentaux garantis par la Charte et la CEDH se verraient renforcées.

791. Troisièmement, eu égard aux divergences *formelles*, nous avons identifié deux cas de figure problématiques découlant, respectivement, de l'absence de certaines finalités dans la Charte – bien qu'admises dans la CEDH – et de l'absence de certaines finalités dans la CEDH – bien qu'admises dans la Charte. S'agissant du premier cas de figure, nous avons pris l'exemple du *bien-être économique du pays*, mentionné à l'article 8, § 2, de la CEDH et expressément exclu de la directive 2004/38/CE. Afin de respecter les exigences découlant du principe de cohérence, nous argumentons qu'une interprétation large de certaines finalités existant dans la Charte pourrait pallier l'absence d'autres finalités tout en respectant la volonté de la Convention ayant rédigé la Charte.

792. Illustrons notre proposition à l'aide d'un exemple concret, à savoir l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Petar Aladzhov*⁽²⁴³⁾. Dans cette affaire, la CJUE a dû examiner si le fait qu'un ressortissant bulgare soit frappé d'une interdiction de quitter son pays et de circuler dans l'Union européenne tant qu'il ne s'acquitterait pas d'une dette fiscale ou qu'il ne constituait pas une garantie couvrant le paiement intégral de celle-ci, était compatible avec l'article 27, § 1, de la directive 2004/38/CE. Après avoir reconnu qu'une telle mesure restreignait les droits fondamentaux de l'intéressé, la CJUE a examiné l'argument selon lequel ladite mesure poursuivait des considérations d'*ordre public*, admises au sens de ladite directive, en ce qu'elle poursuivait « la mission de l'administration publique visant à assurer les recettes budgétaires »⁽²⁴⁴⁾

242. Voir *supra* Partie 1, titre 1.

243. CJUE, 17 novembre 2011, *Petar Aladzhov*.

244. *Ibid.*, pt 36.

793. Citant la jurisprudence de la CourEDH, la CJUE a ainsi indiqué qu'il « ne saurait, certes, être exclu par principe [...], que le non-recouvrement de créances fiscales puisse relever des exigences de l'ordre public⁽²⁴⁵⁾ ». Cette cour a ensuite précisé qu'une telle finalité ne pouvait être retenue, dans le droit de l'Union européenne, « qu'en cas de menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société et tenant, par exemple, à l'importance des sommes en jeu ou aux nécessités de la lutte contre la fraude fiscale⁽²⁴⁶⁾ ».

794. Par conséquent, en estimant qu'une dette fiscale importante pouvait constituer une menace aux intérêts protégés par l'*ordre public* et, dès lors, pouvait potentiellement justifier des restrictions à certains droits fondamentaux, la CJUE a admis que des considérations d'ordre économique – en principe exclues par la directive 2004/38/CE – pouvaient néanmoins être prises en compte pour justifier lesdites restrictions. Ce faisant, cette cour a été en mesure de pallier à la divergence formelle existant entre le libellé de cette condition de justification dans la Charte et la CEDH, tout en respectant la substance de la jurisprudence de la CourEDH, telle que rappelée dans l'arrêt *Hasanbasic c. Suisse*. Cette interprétation respecte au demeurant la volonté de la Convention ayant rédigé la Charte et la nature de l'Union européenne, dans la mesure où elle s'inscrit dans le cadre juridique développé par cette cour relatif à l'*ordre public*.

795. Autrement dit, lorsque le droit de l'Union européenne exclut, par rapport à la CEDH, une finalité susceptible de justifier des restrictions, les exigences découlant du principe de cohérence peuvent être observées si la CJUE procède à une identification des intérêts poursuivis par la finalité en cause dans la CEDH et veille, dans la mesure du possible, à intégrer ces derniers dans sa propre interprétation autonome des finalités admises par le droit de l'Union européenne.

796. S'agissant du second cas de figure, relatif à l'exclusion par la CourEDH de certaines finalités pourtant admises par la Charte, nous avons illustré notre propos avec la *sécurité nationale*, expressément exclue par la CourEDH des finalités susceptibles de justifier des restrictions au droit fondamental à la liberté de pensée, de conscience et de religion⁽²⁴⁷⁾. En effet,

245. *Ibid.*, pt 37.

246. *Ibid.*, pt 38.

247. En ce sens, voir not. L. GOLDSMITH, « A Charter of Rights, Freedoms and Principles », *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, pp. 1201-1216, p. 1214, qui estime que l'interprétation des objectifs d'intérêt général reconnu par l'UE inclut notamment le besoin d'assurer l'activité économique, le haut niveau de l'emploi ou encore la protection de l'environnement, qui ne figure pas, comme tel, dans les seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH.

à ce propos, force est de relever que la formulation large de l'article 52, § 1, de la Charte permettrait potentiellement à la CJUE de justifier des restrictions à l'article 10 de la Charte au regard d'une telle finalité et, ce faisant, d'entrer en contradiction avec la jurisprudence actuelle de la CourEDH.

797. Dans ces cas, nous suggérons que la CJUE évite cette contradiction en se référant à l'article 53 de la Charte, qui garantit le niveau de protection des droits fondamentaux et prévoit qu'aucune disposition de la Charte ne peut être interprétée comme portant atteinte aux droits fondamentaux reconnus par la CEDH. En effet, tolérer davantage de finalités permettant de justifier des restrictions au droit fondamental à la liberté de religion que ne l'admet l'article 9, § 2, de la CEDH porte nécessairement atteinte au niveau de protection que cette cour reconnaît à ce droit fondamental. Ainsi, et uniquement en présence de droits fondamentaux de la Charte *correspondant* à des droits fondamentaux de la CEDH, la CJUE pourrait décider, de façon autonome dans le respect de la nature de l'Union européenne, d'écarter les dispositions de droit national ou dérivé contrevenant à la CEDH en se prévalant de l'article 53 de la Charte, tout en restant libre, dans les autres cas de figure, de se référer aux finalités mentionnées dans lesdites dispositions.

CHAPITRE 3

LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS D'AUTRUI

798. La seconde catégorie de finalités susceptibles de justifier des restrictions aux droits fondamentaux – *i.e.* le *besoin de protection des droits et libertés d'autrui* – nécessite, au même titre que les objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne, un examen détaillé. En effet, en présence de droits fondamentaux de la Charte *correspondant* à des droits fondamentaux de la CEDH, l'article 52, § 3, de la Charte et les explications y relatives exigent que l'acceptation de ces finalité soit équivalente entre la Charte et CEDH.

799. S'agissant de cette condition, Laurence Burgorgue-Larsen relève à juste titre que « la « protection des droits et libertés d'autrui » est connu tant du système conventionnel que, par capillarité, du système communautaire »⁽¹⁾. Il pourrait dès lors être soutenu que les *droits et libertés d'autrui* susceptibles de justifier des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte peuvent provenir non seulement de la Charte, mais également de la CEDH ou d'autres sources reconnues par le droit de l'Union européenne.

800. Les lignes qui suivent ont ainsi pour objectif de spécifier les sources formelles des *droits et libertés d'autrui* (Section 1) avant de présenter leur interprétation par la CourEDH (Section 2) puis par la CJUE (Section 3) dans des situations mettant principalement en cause le droit fondamental à la vie privée et familiale et le droit fondamental à la liberté d'expression. Enfin, le cas échéant, nous mettons en exergue les divergences existant

1. L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.*, p. 672.

entre les jurisprudences desdites cours puis formulons des propositions d'interprétation cohérente (Section 4).

SECTION 1. – LES SOURCES FORMELLES DES DROITS ET LIBERTÉS D'AUTRUI

801. Préalablement à l'analyse de la jurisprudence de la CJUE et de la CourEDH, il nous semble impératif de nous interroger sur les sources formelles⁽²⁾ des *droits et liberté d'autrui* pouvant justifier des restrictions à des droits fondamentaux garantis par la Charte. En effet, contrairement aux finalités que constituent les *objectifs d'intérêt général*, dont les explications relatives à la Charte contiennent une première énumération, les *droits et libertés d'autrui* susceptibles de justifier des restrictions aux droits fondamentaux ne sont pas explicités ou cités – ne serait-ce qu'à titre exemplatif – dans la Charte ou dans lesdites explications, de sorte que la question se pose de savoir si seuls les droits garantis par la Charte elle-même sont à même d'en faire partie.

802. Dans le cadre de la CEDH, cette question a été expressément traitée par la CourEDH dans son arrêt *Chassagnou et al. c. France*⁽³⁾. Dans cet arrêt, cette cour a en effet indiqué que si les *droits et libertés d'autrui* « figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les États à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une « société démocratique »⁽⁴⁾.

803. Par ailleurs, en sus des cas où tant les droits fondamentaux faisant l'objet des restrictions que ceux les ayant causé se trouvent dans la CEDH, la CourEDH a précisé qu'il « en va différemment lorsque des restrictions sont apportées à un droit ou une liberté garantis par la Convention dans le but de protéger des « droits et libertés » qui ne figurent pas, en tant que tels, parmi ceux qu'elle consacre : dans une telle hypothèse, *seuls des impératifs indiscutables* sont susceptibles de justifier une ingérence dans

2. Par *source formelle*, nous entendons la norme de droit positif dans laquelle est consacrée le droit fondamental légal dont le besoin de protection est susceptible de justifier des restrictions à un droit fondamental.

3. CourEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou*.

4. *Ibid.*, § 113. Pour aller plus loin, voir not. P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 105 et s. ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », *Revue française de droit administratif*, 2002, n° 1, pp. 124-138.

la jouissance d'un droit garanti »⁽⁵⁾. Au demeurant, lors de l'identification de ces droits et libertés par les juridictions nationales, la CourEDH a indiqué que lesdites autorités étaient « astreintes à les examiner avec une rigueur et un soin particulier »⁽⁶⁾.

804. À titre illustratif de *droits et libertés d'autrui* ne figurant pas dans la CEDH et ayant été admis par la CourEDH, mentionnons l'arrêt *Barthold c. Allemagne*. Dans cette affaire, un vétérinaire a été condamné pour avoir enfreint le code déontologique de sa profession en faisant de la publicité pour sa clinique dans un journal. La CourEDH a estimé que la restriction au droit fondamental à la liberté d'expression de l'intéressé visait à « empêcher le requérant de s'assurer un avantage commercial sur des confrères observant, eux, la règle déontologique qui oblige les vétérinaires à s'abstenir de publicité [...]. La cour d'appel hanséatique a fondé sa décision sur la protection des « droits d'autrui » et il n'existe aucune raison de penser qu'elle ait poursuivi d'autres objectifs, étrangers à la Convention »⁽⁷⁾. Autrement dit, comme le formule Jacco Bomhoff, « *the clause "the rights of others" therefore neither exclusively involves conflicting fundamental rights nor covers all cases of conflicting Convention rights* »⁽⁸⁾.

805. Bien que la CJUE ne se soit pas expressément prononcée sur les sources formelles des *droits et libertés d'autrui* en mesure de justifier des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte, sa jurisprudence nous permet de dresser trois observations. Premièrement, il est admis, par cette cour, que des droits fondamentaux de *l'Union européenne*, qu'ils soient réaffirmés dans la Charte ou mentionnés dans le droit primaire ou dérivé, peuvent justifier des restrictions à d'autres droits contenus dans celle-ci. La présentation qui suit s'attarde d'ailleurs particulièrement sur ces cas de figure.

806. Deuxièmement, il est constant que les droits fondamentaux garantis par les constitutions nationales sont complétés – et non pas supplantés – par la Charte⁽⁹⁾. Il existe dès lors la possibilité d'invoquer des droits fondamentaux *nationaux* afin de justifier des restrictions aux

5. CourEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou*.

6. CourEDH, 28 juin 2007, *Wagner*, § 96.

7. CourEDH, 25 mars 1985, *Barthold*, § 51.

8. J. BOMHOFF, « "The Rights and Freedoms of Others": The ECHR and Its Peculiar Category of Conflicts Between Individual Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 621.

9. B. DE WITTE, « Article 53 », in S. PEERS *et al.* (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 1523-1538, p. 1524 ; X. GROUSSOT, L. PECH, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après la Traité de Lisbonne », *Question d'Europe*, 2010, n° 173, p. 8.

droits fondamentaux contenus dans la Charte⁽¹⁰⁾. Ce cas de figure aborde la problématique – fortement débattue au sein de la littérature juridique – de la résolution du conflit entre des normes constitutionnelles nationales et des normes de l'Union européenne et, dès lors, la question de la primauté du droit de l'Union européenne dans ce cas⁽¹¹⁾.

807. À ce propos, rappelons simplement que la CJUE a affirmé que « le droit né du traité [...] ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient [...] »⁽¹²⁾, de sorte que des règles de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, ne peuvent porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit de l'Union européenne⁽¹³⁾. Il en découle que des droits fondamentaux nationaux qui ne sont pas consacrés au niveau de l'Union européenne ne peuvent justifier des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte, au risque d'ébranler les principes de bases de l'Union européenne.

808. La même conclusion s'impose au regard des droits fondamentaux nationaux réaffirmés dans le droit de l'Union européenne mais y bénéficiant d'un niveau de protection moins élevé. La CJUE a en effet spécifié dans son arrêt *Melloni* qu'un État membre ne peut renoncer à appliquer le droit de l'Union européenne « afin d'éviter une atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de la défense garantis par sa constitution »⁽¹⁴⁾ au risque de « porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles [...] et, partant, à compromettre l'effectivité de ladite décision-cadre »⁽¹⁵⁾.

809. Troisièmement et dernièrement, les *droits et libertés d'autrui* peuvent également figurer dans des traités internationaux auxquels l'Union européenne n'est pas partie, tels que la CEDH, comme le permet l'article 6 du TUE. En effet, si le premier paragraphe de cette disposition énonce que l'Union européenne reconnaît les droits fondamentaux mentionnés dans la Charte, son paragraphe 3 précise que les « droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la [CEDH] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». En ce sens, des traités internationaux de protection des droits fondamentaux, tels que les Pactes I ou II des Nations-Unies, auxquels tous les États membres de l'UE sont

10. Voir p. ex. CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*.

11. Pour aller plus loin sur cette question, voir not. B. DE WITTE, « Article 53 », *op. cit.*, pt 1530.

12. CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, pt 3.

13. CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, pt 61.

14. CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni*, pt 64.

15. *Ibid.*, pt 63.

parties, pourraient être reconnus dans le droit de l'Union européenne en tant que principes généraux. Ces derniers constituant une source formelle de *droits et libertés d'autrui* qui côtoie la Charte, ils permettraient potentiellement d'élargir les dispositions susceptibles de contenir des *droits et libertés d'autrui* au sens de l'article 52, § 1, de la Charte au-delà du droit primaire et dérivé de l'Union européenne.

SECTION 2. – LES DROITS ET LIBERTÉS D'AUTRUI DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EDH

810. Forts de ce qui précède, examinons la façon dont la Cour EDH procède à l'interprétation de la condition de justification que constitue le *besoin de protection des droits et libertés d'autrui*. À ce propos, le libellé de cette condition dans la CEDH soulève d'emblée une interrogation, car il diffère selon les dispositions de la CEDH en cause. En effet, si les seconds paragraphes des articles 8, 9 et 11 de la CEDH reprennent spécifiquement ce libellé, le second paragraphe de l'article 10 de la CEDH, relatif au droit fondamental à la liberté d'expression, prévoit que cette finalité peut revêtir deux formes, à savoir « la protection de la réputation *ou* des droits d'autrui »⁽¹⁶⁾.

811. À cet égard, la jurisprudence de la Cour EDH a cependant spécifié que la protection de la réputation vise essentiellement à protéger contre les cas de *diffamation* à l'encontre de personnes individuelles⁽¹⁷⁾, de personnes morales⁽¹⁸⁾ ou encore d'agents publics⁽¹⁹⁾. En ce sens, la protection de la réputation relève du droit fondamental à la vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la CEDH⁽²⁰⁾. Par conséquent, comme l'exercice du droit fondamental à la liberté d'expression – qui, rappelons-le, permet notamment d'exprimer ou de publier toutes informations ou idées qui heurtent, choquent ou inquiètent⁽²¹⁾ – risque davantage de causer des diffamations que celui d'autres droits fondamentaux, il est plus susceptible de restreindre le droit fondamental à la vie privée d'un individu⁽²²⁾. Ainsi,

16. Souligné par nous.

17. Voir not. Cour EDH, 7 juin 2016, *CICAD* ; Cour EDH, 3 décembre 2015, *Prompt*.

18. Voir not. Cour EDH, 2 février 2016, *Erdener*.

19. Voir not. Cour EDH, 30 juin 2015, *Peruzzi*.

20. Cour EDH, 29 mars 2016, *Bédard*, § 72.

21. Voir not. Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside*, § 49 ; Cour EDH, 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse*, § 48 ; Cour EDH, arrêt du 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, requ. n° 27510/08, § 196.

22. Rappelons que ce droit fondamental vise notamment la protection de la personnalité et la maîtrise de la publication d'éléments de sa vie privée. Voir ég. Cour EDH, 7 février 2012, *Von Hannover*, §§ 95-103.

l'exercice du droit fondamental à la liberté d'expression concerne « un domaine où la protection de la réputation et des droits d'autrui revêt une importance particulière »⁽²³⁾, ce qui justifie qu'il soit expressément mentionné à l'article 10, § 2, de la CEDH⁽²⁴⁾ malgré le fait qu'il n'en constitue pas moins un *droit d'autrui* au sens de cette disposition. Autrement dit, la protection de la réputation et celle des droits d'autrui ne doivent pas être perçues comme deux finalités distinctes et autonomes ; la première n'étant qu'une manifestation de la seconde⁽²⁵⁾.

A. – LA MÉTHODE D'INTERPRÉTATION DE LA COUR EDH

812. Nous souhaitons brièvement mettre en exergue deux caractéristiques de la méthode d'interprétation de la Cour EDH lorsqu'elle examine le caractère justifié des restrictions au droit fondamental à la vie privée et familiale, d'une part, et au droit fondamental à la liberté d'expression, d'autre part. Nous argumentons en effet qu'au vu de ces caractéristiques, la méthode d'interprétation de la Cour EDH diverge sensiblement de celle de la CJUE, et ce d'une façon susceptible de contrevenir aux exigences découlant du principe de cohérence.

813. Premièrement, rappelons que les deux caractéristiques identifiées ci-dessus dans le cadre des *objectifs d'intérêts général* valent également en ce qui concerne les *droits et libertés d'autrui*⁽²⁶⁾. En effet, la jurisprudence citée relative à l'interprétation restrictive que doivent recevoir les finalités susceptibles de justifier des restrictions, d'une part, et celle relative au caractère contesté ou non des dites finalités entre les parties au litige, d'autre part, concerne l'entier des finalités énoncées aux seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH, parmi lesquels figurent précisément les *droits et libertés d'autrui*.

814. Nous estimons néanmoins qu'une précision supplémentaire doit être apportée s'agissant de l'affirmation de la Cour EDH selon laquelle il convient d'interpréter les finalités susceptibles de justifier des droits fondamentaux de façon restrictive, précision qui vise notamment à corroborer notre argument formulé ci-dessus au terme duquel une analyse de la jurisprudence de cette cour nous pousse à nuancer une

23. *Ibid.*, § 103.

24. Voir ég. D. HARRIS, *et al.* (édit.), *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 666 et s.

25. En ce sens, voir ég. P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 181-182.

26. Voir *supra* Partie 3, titre 3, chap. 2.

telle affirmation. En effet, lorsque l'on se trouve en présence d'un conflit d'obligations découlant, respectivement, du droit fondamental à la vie privée et familiale, garanti à l'article 8 de la CEDH, et du droit fondamental à la liberté d'expression, garanti à l'article 10 de la CEDH.

815. Dans ces situations, la CourEDH a itérativement jugé que « l'issue de la requête ne saurait en principe varier selon qu'elle a été portée devant elle, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, par la personne faisant l'objet du reportage ou, sous l'angle de l'article 10, par l'éditeur qui l'a publié. En effet, ces droits méritent *a priori* un égal respect »⁽²⁷⁾. Par conséquent, cette cour ne procède à aucune distinction entre le droit fondamental ayant *subi* la restriction concernée, d'une part, et le droit fondamental l'ayant *causé*, d'autre part, de sorte qu'elle ne ménage ainsi aucune interprétation restrictive des exceptions à l'un ou l'autre droit fondamental.

816. Deuxièmement, nous estimons que la jurisprudence de la CourEDH met en exergue une absence de méthodologie dans la détermination d'*autrui*, *i.e.* celui dont les droits et libertés méritent d'être protégés. En effet, comme l'illustre notamment l'arrêt *Parrillo c. Italie*⁽²⁸⁾, *autrui* n'est souvent pas identifié⁽²⁹⁾. Dans cette affaire, la requérante souhaitait faire don de ses embryons à la recherche scientifique pour contribuer au traitement des maladies difficilement curables mais s'est vu opposer le refus des autorités compétentes du fait que de telles recherches sur des cellules souches étaient interdites en Italie. La CourEDH a accueilli l'argument du gouvernement italien selon lequel une telle interdiction visait notamment à protéger les droits et libertés d'autrui, mais a précisé que « cela n'implique aucun jugement de la Cour sur le point de savoir si le mot « autrui » englobe l'embryon humain »⁽³⁰⁾.

817. Certes, nous pensons qu'une telle approche peut se concevoir dans la mesure où la CourEDH estime que l'absence de consensus européen en la matière impose de laisser une ample marge d'appréciation aux États parties⁽³¹⁾. Cependant, à l'instar du juge Pinto de Albuquerque, nous estimons que la CourEDH conclut – trop – rapidement à l'absence d'un consensus, parfois sans examiner avec suffisamment de minutie les législations et pratiques, nationales ou internationale, pertinentes. Ainsi, pour revenir à l'affaire *Parrillo c. Italie*, cette cour ne nous semble pas

27. CourEDH, 7 février 2012, *Von Hannover*, § 106. Voir ég. CourEDH, 10 mai 2011, *Mosley*, § 111.

28. CourEDH, 27 août 2015, *Parrillo*.

29. Voir p. ex. CourEDH, 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse*, § 54.

30. *Ibid.*, § 167.

31. *Ibid.*, §§ 174 et s.

avoir pris correctement en compte le droit de l'Union européenne en la matière avant d'aboutir à sa conclusion⁽³²⁾. En effet, ce dernier ainsi que la jurisprudence de la CJUE « clarifie de manière non ambiguë, que tant de point de vue scientifique que légal, la vie humaine commence à la conception et mérite une protection légale à tous ses stades de développement »⁽³³⁾, de sorte qu'un embryon peut être compris dans la notion d'*autrui*.

818. Par ailleurs, lorsque la CourEDH se montre encline à identifier *autrui*, ce dernier a été considéré comme se référant tant à des *personnes* nommément désignées⁽³⁴⁾ ou des *entités* expressément mentionnées⁽³⁵⁾, à des *groupes* de personnes⁽³⁶⁾, ou encore au *public* au sens large⁽³⁷⁾. Par conséquent, lorsqu'*autrui* est identifié, par exemple comme faisant référence aux *créanciers d'une personne en faillite*⁽³⁸⁾, la question se pose de savoir si, dans des circonstances similaires, tous les créanciers

32. Voir CourEDH, Juge PINTO DE ALBUQUERQUE, 27 août 2015, *Parrillo*, § 24 : « le fait que la Convention d'Oviedo et ses Protocoles aient été ratifiés par un grand nombre d'États est un élément solide permettant de considérer qu'un consensus européen tend à se former autour des dispositions de cette Convention et de ses Protocoles. Ce consensus est renforcé par les résolutions et recommandations susmentionnées de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que le cadre législatif et jurisprudentiel complémentaire de l'UE, à savoir la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 et l'important arrêt Oliver Brüstle, qui tous reflètent la tendance du droit international à reconnaître à travers le monde une protection juridique à l'embryon humain. À la lumière de tous ces instruments, si une marge d'appréciation doit être accordée aux États membres du Conseil de l'Europe sur des questions liées à l'existence et à l'identité d'un être humain, et particulièrement à la recherche scientifique sur l'embryon humain, cette marge doit être étroite ».

33. A. POPESCU, « L'arrêt Parillo c. Italie : un considérable pas en arrière, malgré la protection de l'embryon humain in vitro italien », *Village de la Justice*, 10 septembre 2015.

34. Voir p. ex. CourEDH, 14 janvier 2016, *Mandet*, § 50, où cette cour indique que « l'ingérence dénoncée avait pour but « la protection des droits et libertés d'autrui », l'« autre » étant M. Glouzman ». Voir ég. CourEDH, 25 juillet 2013, *Rousk*, § 135, où la CourEDH a estimé que la restriction au droit de propriété du requérant était justifiée par le droit du nouvel acheteur ; ainsi que CourEDH, 10 juillet 2007, *Schneider*, § 92.

35. Voir p. ex. CourEDH, 12 juin 2014, *Fernández Martínez*, § 122, où la CourEDH a considéré que « la décision de non-renouvellement en cause en l'espèce poursuivait le but légitime de la protection des droits et libertés d'autrui, en l'occurrence ceux de l'Église catholique, et en particulier son autonomie quant au choix des personnes habilitées à enseigner la doctrine religieuse ».

36. Voir p. ex. CourEDH, 7 juin 2016, *Şahin Kuş*, § 45, où la CourEDH estime que la restriction en cause était justifiée par le besoin de protection des droits des élèves. Voir ég. CourEDH, 15 novembre 2016, *Dubská et Krejzová*, § 84, où cette cour a estimé que la politique litigieuse « a été conçue pour protéger la santé et la sécurité des nouveau-nés pendant et après l'accouchement et, au moins indirectement, celles des mères. Il peut par conséquent être affirmé qu'elle visait le but légitime de la protection de la santé et des droits d'autrui au sens de l'article 8, § 2, de la Convention ».

37. Voir p. ex. CourEDH, 24 février 1994, *Casado Coca*, § 46, où la CourEDH a relevé que « les dispositions orales incriminées tendaient à protéger les intérêts du public ».

38. CourEDH, 17 juillet 2003, *Luordo*, § 76.

de personnes en faillite pourraient se prévaloir de la jurisprudence de la cour⁽³⁹⁾. À notre sens, l'absence d'indication, de la part de la CourEDH, sur l'acception de la notion d'*autrui*, au sens des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH, rend dès lors l'appréhension du respect de cette condition de justification et la question de savoir si elle est satisfaite dans un cas d'espèce particulièrement difficile pour les justiciables.

B. – L'INTERPRÉTATION DE CERTAINS DROITS ET LIBERTÉS D'AUTRUI

819. Eu égard à l'analyse proprement dite des droits et libertés d'autrui, Steven GREER souligne à juste titre que le *besoin de protection des droits et libertés d'autrui* est une exception vaste et diverse, et que les « organes de Strasbourg se sont principalement servis de cette exception, comme des autres buts légitimes, au cas par cas et n'ont dégagé que peu de principes généraux »⁽⁴⁰⁾. De nombreux droits fondamentaux ont ainsi été considérés comme susceptibles de justifier des restrictions aux droits fondamentaux à la vie privée et familiale et à la liberté d'expression, de sorte qu'une présentation exhaustive de ceux-ci dépasse largement le cadre de la présente étude⁽⁴¹⁾. Dans les lignes qui suivent, nous présentons dès lors uniquement une sélection de quelques *droits et libertés d'autrui*, en distinguant les cas où ces derniers justifient des restrictions à des droits et libertés similaires (*infra* 1) des cas où ils justifient des restrictions à des droits et libertés différents (*infra* 2).

1. – Les conflits entre droits fondamentaux similaires

820. Des conflits peuvent émerger entre les obligations découlant du besoin de protection de deux intérêts – similaires ou différents – protégés par le même droit fondamental lorsque ledit droit est invoqué par deux titulaires distincts⁽⁴²⁾. Dans le cadre du droit fondamental à la vie privée et familiale, l'opposition entre deux intérêts similaires garantis par le même

39. J. BOMHOFF, « “The Rights and Freedoms of Others”: The ECHR and Its Peculiar Category of Conflicts Between Individual Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 626.

40. Voir S. GREER, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 37.

41. Voir ég. I. ROAGNA, *La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Publication du Conseil de l'Europe, 2012, p. 50.

42. Pour aller plus loin, voir not. P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 196 et s.

droit fondamental peut s'illustrer dans les cas où deux parents divorcés réclament tous deux la garde de leur enfant commun.

821. Ainsi, dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*⁽⁴³⁾, la CourEDH a dû se prononcer sur une décision du Tribunal fédéral suisse enjoignant à une mère ayant fui Israël avec son fils suite aux dérives religieuses de son ex-conjoint d'assurer le retour de l'enfant en Israël. Dans la mesure où les deux parents arguaient de leur droit à vivre avec leur enfant, ils invoquaient tous deux le respect de leur droit fondamental à la vie privée et familiale. La CourEDH a ainsi reconnu que la décision litigieuse constituait une restriction au droit fondamental à la vie privée et familiale de la mère, garanti par l'article 8 de la CEDH, susceptible d'être justifiée par les *droits et liberté d'autrui*, en l'espèce le droit fondamental du père, notamment⁽⁴⁴⁾.

822. Des conflits peuvent également émerger entre des obligations générées par le besoin de protection d'intérêts différents garantis par un même droit fondamental. Ainsi, toujours dans le domaine de l'article 8 de la CEDH, le droit fondamental à la vie privée et familiale des enfants peut entrer en conflit avec le droit fondamental à la vie privée et familiale des parents.

823. À titre illustratif, dans les affaires *Labassee c. France*⁽⁴⁵⁾ et *Menesson c. France*⁽⁴⁶⁾, la CourEDH a admis l'argument du gouvernement français selon lequel la restriction du droit fondamental à la vie privée et familiale des parents du fait du refus de reconnaître juridiquement un lien de filiation avec leur enfant au motif que ce dernier était né d'une gestation pour autrui intervenue à l'étranger – pratique interdite en France – pouvait se justifier par le besoin de protéger le droit fondamental à la vie privée et familiale de l'enfant. De même, dans une affaire relative à l'annulation d'une reconnaissance de paternité, la CourEDH a admis que la restriction au droit fondamental à la vie privée et familiale que subissait le requérant du fait d'une telle annulation pouvait être justifiée par le besoin de protéger le respect effectif de la vie privée et familiale des enfants et d'autres individus vulnérables⁽⁴⁷⁾.

43. CourEDH, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk*. Voir ég. CourEDH, 9 septembre 2014, *Gajtani*.

44. CourEDH, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk*, § 106.

45. CourEDH, 26 juin 2014, *Labassee*.

46. CourEDH, 26 juin 2014, *Menesson*.

47. CourEDH, 14 janvier 2016, *Mandet*, §§ 48-50.

2. – Les conflits entre droits fondamentaux différents

824. Lorsque les obligations conflictuelles découlent d'intérêts protégés par deux droits distincts, celui considéré au titre des *droits et libertés d'autrui* susceptibles de justifier des restrictions à l'exercice de l'autre peut revêtir des formes très nombreuses et variées⁽⁴⁸⁾. Nous nous limitons ainsi à présenter trois illustrations de droits ayant été admis par la CourEDH pour justifier des restrictions aux droits fondamentaux à la liberté d'expression et à la vie privée.

825. Premièrement, les *droits des consommateurs* ont toujours été considérés comme susceptibles de justifier des restrictions, comme la CommEDH le soulignait déjà dans sa décision *X et Church of Scientology c. Suède*. Cette affaire concernait une restriction au droit fondamental à la liberté d'expression des requérants découlant de l'interdiction prononcée par le Tribunal de commerce suédois d'utiliser certaines phrases dans une publicité pour un appareil mesurant l'état de l'âme. La CommEDH a estimé qu'une telle restriction pouvait se justifier par la finalité visant à protéger les droits des consommateurs, ce « but est un but légitime, en vertu du paragraphe 2 de l'article 10, puisqu'il s'agit de protéger les droits d'autrui dans une société démocratique »⁽⁴⁹⁾.

826. Plus récemment, la CourEDH a confirmé cette approche dans son arrêt *Verein gegen Tierfabriken Schweiz c. Suisse*⁽⁵⁰⁾, relatif à la restriction au droit fondamental à la liberté d'expression que comportait le refus des autorités postales de distribuer une revue de la requérante dans les boîtes aux lettres arborant un autocollant refusant toute publicité. À cet égard, la CourEDH a souligné qu'« il faut néanmoins tenir dûment compte de l'intérêt important de protéger les consommateurs et les habitants d'envois non souhaités »⁽⁵¹⁾.

827. Deuxièmement, mentionnons le *droit de propriété*, souvent invoqué pour justifier, dans différents contextes, des restrictions au droit fondamental à la vie privée et familiale. À titre illustratif, la CourEDH a jugé que les droits patrimoniaux des créanciers, protégés par l'article 1 du protocole 1 à la CEDH, peuvent justifier la divulgation de la correspondance du failli afin d'éviter que ce dernier ne détourne son patrimoine en leur

48. Voir P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 175 et s., pour une présentation plus détaillée.

49. CommEDH, 5 mai 1979, *Church of Scientology*, p. 79.

50. CourEDH, 20 septembre 2011, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz*.

51. *Ibid.*

défaveurs⁽⁵²⁾. Dans un autre domaine, la CourEDH a relevé dans l'affaire *Rousk c. Suède* que l'éviction des intéressés de leur domicile après la mise aux enchères de ce dernier restreignait leur droit fondamental à la vie privée et familiale, ce qui pouvait cependant se justifier par « *the legitimate aims of protecting the rights and freedoms of others, namely that of the purchaser of the property* »⁽⁵³⁾.

828. Troisièmement, examinons les conflits opposant les deux droits fondamentaux qui nous intéressent particulièrement, *i.e.* le droit fondamental à la vie privée et familiale, d'une part, et le droit fondamental à la liberté d'expression, d'autre part. Comme indiqué ci-dessus, la liberté d'expression est particulièrement susceptible de se voir restreinte pour sauvegarder la vie privée et familiale, car cette dernière constitue une finalité expressément mentionnée au second paragraphe de l'article 10 de la CEDH. À cet égard, de nombreux arrêts de la CourEDH sont interprétés par la littérature juridique comme révélant une « préférence abstraite » de cette cour en faveur de l'article 10 de la CEDH sur l'article 8 de la CEDH⁽⁵⁴⁾.

829. À notre sens, de tels propos sont peu pertinents et doivent être nuancés. Nous estimons en effet qu'ils se réfèrent en réalité aux différents éléments à prendre en compte lors de la mise en balance entre ces deux droits fondamentaux – éléments que nous analysons dans le contexte de la proportionnalité⁽⁵⁵⁾ – mais ne concernent ni l'identification ni l'acception proprement dites des *droits et libertés d'autrui*, au sens de la CEDH. En effet, dans son affaire *De Carolis et France Televisions c. France*, dans laquelle le droit fondamental à la liberté d'expression des requérants – qui avaient diffusé un reportage sur le financement des attentats du 11 septembre 2001 – s'opposait au droit fondamental à la réputation et à la vie privée d'une personne occupant une fonction dirigeante en Arabie saoudite – mentionnée dans le reportage – la CourEDH a relevé, sans autre examen, que l'ingérence en cause « poursuivait la protection de la réputation ou des droits d'autrui, l'un des « buts légitimes » reconnus par le paragraphe 2 de

52. CourEDH, 17 juillet 2003, *Luordo*, § 76 ; CourEDH, 22 avril 2004, *Neroni* ; CourEDH, 24 mars 2005, *Goffi*.

53. CourEDH, 25 juillet 2013, *Rousk*, § 135 [arrêt non traduit en français].

54. Ch.-A. MORAND, « Pesée d'intérêts et décisions complexes », in Ch.-A. MORAND (édit.), *La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Helbing Lichtenhahn, 1996, pp. 41-86, pp. 69-70 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, p. 112 ; P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 182.

55. Voir *infra* Partie 3, titre 5.

l'article 10 »⁽⁵⁶⁾. Ce n'est toutefois qu'au stade de l'examen de la *nécessité* de ladite ingérence que cette cour a minutieusement vérifié si les propos tenus dans le reportage étaient constitutifs de diffamation. Autrement dit, comme le relève, à juste titre, Peggy Ducoulombier, « l'important ne semble pas tant être le respect par les journalistes des droits d'autrui que le sérieux avec lequel ils exercent leur profession »⁽⁵⁷⁾.

830. Cette brève présentation de la jurisprudence de la CourEDH illustre, d'une part, que cette cour admet facilement le respect de cette condition de justification en procédant à une interprétation large des divers intérêts susceptibles d'être protégés par les *droits et libertés d'autrui*, ces derniers pouvant ou non être compris dans la CEDH ou ses protocoles. D'autre part, si cette cour spécifie majoritairement qui est *autrui* – *i.e.* le titulaire des droits et libertés susceptibles de justifier des restrictions à des droits fondamentaux – elle n'a toutefois développé ni systématisme ni lignes directrices relatives à son identification. C'est par ailleurs cette pratique qui a poussé certains auteurs à estimer que « *such a wide and diffuse understanding of this specific clause arguably undermines the integrity of the "legitimate aim"-test as a whole* »⁽⁵⁸⁾.

SECTION 3. – LES DROITS ET LIBERTÉS D'AUTRUI DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE

831. Procédons à présent à une présentation de la jurisprudence de la CJUE afin d'évaluer si cette cour respecte les exigences découlant du principe de cohérence, visé à l'article 52, § 3, de la Charte et énoncé dans les explications y relatives. À cette fin – et à l'instar de ce qui a prévalu pour la présentation de la jurisprudence de la CourEDH – nous nous attardons d'abord sur certaines caractéristiques de la méthode d'interprétation de la CJUE (*infra* A) avant de procéder à l'analyse proprement dite de la jurisprudence de cette cour (*infra* B).

A. – LA MÉTHODE D'INTERPRÉTATION DE LA CJUE

832. À titre liminaire, nous tenons à souligner que la caractéristique de la méthode d'interprétation de la CJUE identifiée ci-dessus dans le cadre

56. CourEDH, 21 janvier 2016, *De Carolis*, § 48.

57. P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 183.

58. J. BOMHOFF, « "The Rights and Freedoms of Others": The ECHR and Its Peculiar Category of Conflicts Between Individual Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 624.

des *objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne* vaut également en ce qui concerne les *droits et libertés d'autrui*⁽⁵⁹⁾. En effet, la jurisprudence citée affirmant que les finalités susceptibles de justifier des restrictions doivent recevoir une interprétation restrictive concerne l'entier desdites finalités, parmi lesquelles figurent précisément les *droits et libertés d'autrui*.

833. Toutefois, la jurisprudence de la CJUE nous contraint à nuancer quelque peu cette affirmation, comme l'illustre l'arrêt *Scarlet Extended SA*⁽⁶⁰⁾. À la base de cette affaire se trouve une injonction litigieuse enjoignant à un fournisseur d'accès à internet de surveiller ses clients et de bloquer l'envoi et la réception de fichiers audio transférés sans l'autorisation des ayants-droits. Ladite injonction, telle que nous la comprenons, avait ainsi pour effet de restreindre tant le droit fondamental à la liberté d'entreprise dudit fournisseur, protégé par l'article 16 de la Charte, que les droits fondamentaux à la protection des données à caractère personnel et à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations des utilisateurs d'internet, protégés par les 8 et 11 de la Charte. De telles restrictions étaient cependant susceptibles d'être justifiées par *le besoin de protection des droits et libertés d'autrui*, et notamment par le droit fondamental de propriété intellectuelle des auteurs et compositeurs des fichiers audio transférés sans autorisation.

834. Dans son arrêt, cependant, la CJUE n'a procédé à aucune distinction entre les droits fondamentaux ayant *subi* une restriction et le droit fondamental ayant *causé* celle-ci, en vue d'interpréter strictement ce dernier dans la mesure où il ménage une exception aux premiers⁽⁶¹⁾. Au contraire, cette cour s'est longuement étendue sur la protection du droit fondamental de propriété intellectuelle, telle que mentionnée dans la directive pertinente et dans la Charte et telle qu'interprétée dans sa propre jurisprudence⁽⁶²⁾, et a conclu que c'était la protection de ce droit fondamental qui devait être mise en balance avec celle d'*autres* droits fondamentaux. Lesdits droits fondamentaux ont par la suite été identifiés

59. Voir *supra* Partie 3, titre 3, chap. 2.

60. CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*.

61. Dans ses conclusions, l'Avocat général P. CRUZ VILLALÓN a adopté un raisonnement plus évident et conforme à l'article 52 par 1 de la Charte lorsqu'il a déclaré que « [...] le système de filtrage et de blocage sollicité trouve cependant, dans les circonstances de l'affaire au principal, sa principale justification dans la nécessité de protéger les « droits et libertés d'autrui ». Le « besoin de protection des droits » des titulaires de droits d'auteur ou de droits voisins est au cœur de la présente affaire, il est la cause essentielle de la procédure civile engagée par la Sabam contre Scarlet » (Av. gén. CRUZ VILLALÓN, 14 avril 2011, *Scarlet Extended*, pt 89).

62. *Ibid.*, pts 42 et s.

comme étant la liberté d'entreprise⁽⁶³⁾, la protection des données à caractère personnel ainsi que la liberté de recevoir ou de communiquer des informations⁽⁶⁴⁾.

835. Dès lors, à l'instar de la pratique de la CourEDH relative aux conflits d'obligations entre les droits fondamentaux protégés aux articles 8 et 10 de la CEDH, nous relevons que la CJUE aborde également certains conflits sans spécifier les relations existant entre les droits fondamentaux de la Charte en cause, s'éloignant ainsi de ses propres propos au terme desquels les finalités permettant de justifier des restrictions aux droits fondamentaux devaient être interprétées de façon restrictive.

836. Nous souhaitons à présent mettre en exergue deux autres caractéristiques de la méthode d'interprétation de la CJUE qui, à notre sens, divergent sensiblement de la méthode d'interprétation de la CourEDH. Premièrement, nous avons établi ci-dessus que la CourEDH fait une interprétation large de la notion d'*autrui* – *i.e.* celui dont les droits sont susceptibles de justifier des restrictions à d'autres droits fondamentaux – bien qu'elle réserve parfois son jugement lorsque l'identification d'*autrui* ne lui paraît pas faire l'objet d'un consensus entre les États parties à la CEDH.

837. Dans le contexte de la Charte, la CJUE tend également à adopter une interprétation large de la notion d'*autrui*, ce dernier pouvant notamment se référer tant à des personnes⁽⁶⁵⁾ ou entités⁽⁶⁶⁾ nommément désignées, qu'au public au sens large⁽⁶⁷⁾. Cependant, cette cour n'hésite pas à se prononcer, lorsqu'elle est saisie d'une question préjudicielle, sur les qualités que doit revêtir *autrui* afin de pouvoir bénéficier de l'application de l'article 52, § 1, de la Charte. A titre illustratif, contrairement à la CourEDH qui a refusé de se prononcer sur la question de savoir si un embryon humain jouissait de *droits et libertés* susceptibles de justifier des restrictions, la CJUE n'a pas hésité à définir précisément l'embryon humain dans son arrêt

63. *Ibid.*, pt 46.

64. *Ibid.*

65. CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*.

66. CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae*.

67. Voir not. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, pt 42, où la CJUE examine si la mesure litigieuse poursuit un objectif d'intérêt général reconnu par l'UE ou le besoin de protection des droits et libertés d'autrui et estime qu'« il convient de relever, à cet égard, que l'article 6 de la Charte énonce le droit de *toute personne* non seulement à la liberté, mais également à la sûreté » [souligné par nous].

Oliver Brüstle c. Greenpeace eV⁽⁶⁸⁾ afin de savoir si certaines dispositions de la directive 98/44/CE⁽⁶⁹⁾ lui étaient applicables.

838. La seconde caractéristique que nous souhaitons mettre en exergue est liée à la nature spécifique de l'Union européenne, fondée sur un ensemble de règles et de politiques ayant pour objectif premier l'établissement d'un marché intérieur et au cœur desquelles figurent les libertés de circulation. Nous estimons en effet que cette spécificité a poussé la CJUE, au cours de l'évolution de sa jurisprudence et de ses références progressives aux droits fondamentaux⁽⁷⁰⁾, à distinguer deux corps de règles. Ainsi, avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, les dispositions protégeant les droits fondamentaux, d'une part, et celles relatives au marché intérieur ayant trait, notamment, aux libertés de circulation, d'autre part, étaient souvent considérées par cette cour comme appartenant à deux catégories distinctes⁽⁷¹⁾.

839. Dès lors, en cas de conflit entre des obligations découlant de ces deux catégories de dispositions, la CJUE a reconnu, dans certaines situations, une priorité aux dispositions protectrices de droits fondamentaux par rapport à celles relatives au marché intérieur et aux libertés de circulation⁽⁷²⁾, tandis que dans d'autres situations, cette cour s'est davantage prononcée en faveur d'une conciliation entre ces deux catégories de dispositions⁽⁷³⁾.

68. CJUE, 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle*.

69. Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, *JO L 213*, p. 13.

70. Pour un bref aperçu historique de l'évolution de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, voir *supra* Partie 1, titre 1, chap. 1, section 2.

71. Ch. MAUBERNARD, « Conciliation des droits et libertés fondamentaux dans le marché intérieur », *op. cit.*

72. Voir p. ex. CJCE, 10 février 2000, *Lilli Schröder*, pt 57 ; CJCE, 20 février 2000, *Deutsche Post*, pt 57 : « il y a lieu de considérer que la finalité économique poursuivie par l'article 119 du traité et consistant en l'élimination des distorsions de concurrence entre les entreprises établies dans différents États membres revêt un caractère secondaire par rapport à l'objectif social visé par la même disposition, lequel constitue l'expression d'un droit fondamental de la personne humaine ». Voir également les arrêts CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*, pt 74, et CJCE, 14 octobre, 2004, *Omega*, pt 35, qui reconnaissent tous deux une priorité aux droits fondamentaux sur les libertés de circulation, tout en reconnaissant que des exceptions sont envisageables.

73. Voir CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, pt 93 ; CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, pt 45. Pour aller plus loin, voir not. J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droits fondamentaux : quelle place dans l'architecture de l'Union », in G. COHEN-JONATHAN *et al.* (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul JACQUÉ*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 263-278 ; J. JACQUÉ, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après Lisbonne », *L'Europe des Libertés*, n° 26, pp. 2-12.

840. Force est ainsi de constater que, d'un point de vue méthodologique, la façon dont la CJUE choisit d'aborder un conflit opposant des obligations découlant d'une liberté de circulation à celles découlant de tout autre droit fondamental n'est pas sans conséquence sur la résolution du conflit. En effet, selon que ce conflit est traité, respectivement, comme un conflit entre deux droits fondamentaux ou comme un conflit entre deux droits issus de catégories distinctes, la CJUE le résoudra et interprétera la condition de justification que constitue le *besoin de protection des droits et libertés d'autrui*, énoncée à l'article 52, § 1, de la Charte, différemment⁽⁷⁴⁾.

841. Bien qu'aucune méthodologie systématique et uniforme de résolution de tels conflits ne puisse être déduite de la jurisprudence de la CJUE dans ces cas de figure, nous argumentons que la déclaration de force contraignante de la Charte et la consécration de la liberté de circulation des citoyens de l'Union européenne *qua* droit fondamental au sein de celle-ci constituent des raisons suffisantes pour inviter cette cour à clarifier les liens qu'entretiennent ces deux corps de règles lorsqu'ils se trouvent en conflit.

B. – L'INTERPRÉTATION DE CERTAINS DROITS ET LIBERTÉS D'AUTRUI

842. Dans le contexte de la CEDH, nous avons divisé notre présentation des *droits et libertés d'autrui* en fonction des situations impliquant un conflit d'obligations provenant d'intérêts protégés par deux droits fondamentaux similaires, d'une part, et ceux provenant d'intérêts protégés par deux droits fondamentaux différents, d'autre part. Une telle distinction ne peut cependant être reprise dans le cadre de la présentation de la jurisprudence de la CJUE relative à l'interprétation de cette condition de justification dans la Charte.

843. En effet, s'agissant du premier cas de figure, nous avons illustré notre propos relatif aux cas de conflits entre deux droits fondamentaux protégeant des intérêts similaires dans le contexte de la CEDH avec la situation où deux parents divorcés réclamaient chacun la garde de leur enfant commun. Néanmoins, dans le contexte de la Charte, il est indispensable que lesdites situations contiennent, en sus, un élément d'extranéité afin que le droit de l'Union européenne puisse trouver à s'appliquer. Ainsi, si l'un des parents est un ressortissant de l'Union européenne et se déplace avec son enfant d'un État membre à un autre sans l'assentiment de l'autre parent, les

74. Voir *infra* Partie 3, titre 4, chap. 3, section 3, let. B, ch. 2.

obligations découlant du besoin de protection des droits fondamentaux à la vie privée et familiale des deux parents entreront en conflit.

844. Cependant, dans de telles situations – et comme nous y revenons ci-dessous – la CJUE tend à éviter d’aborder la problématique sous l’angle d’un conflit entre les obligations émanant de deux droits fondamentaux – contrairement à la CourEDH – et l’envisage davantage sous l’angle d’un conflit opposant *la liberté de circulation* d’un parent au *droit fondamental à la vie privée et familiale* de l’autre parent⁽⁷⁵⁾. Faisant ainsi écho à sa pratique précédant l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la CJUE persiste à considérer les dispositions à la base de tels conflits comme appartenant à deux catégories de normes distinctes en se prévalant de la nature spécifique de l’Union européenne et de la place centrale qu’y occupent les libertés de circulation.

845. Cette différence d’approche rend dès lors délicate toute évaluation de l’existence d’une acception équivalente de la condition de justification des restrictions que constitue l’existence du *besoin de protection des droits et libertés d’autrui* entre la jurisprudence de la CJUE et celle de la CourEDH, conformément aux exigences découlant du principe de cohérence⁽⁷⁶⁾. Par conséquent, nous distinguons dans notre présentation les situations impliquant un conflit d’obligations découlant de deux droits fondamentaux différents, et celles impliquant un conflit d’obligations découlant d’un droit fondamental et d’une liberté de circulation.

1. – Les conflits entre droits fondamentaux différents

846. Nous souhaitons présenter deux illustrations de la jurisprudence de la CJUE relative à des restrictions aux droits fondamentaux à la vie privée et à la liberté d’expression qui ont été justifiées par *des droits et libertés d’autrui* et qui ont également été admises par la CourEDH, afin d’évaluer si l’acception de cette condition de restriction est équivalente dans les jurisprudences des deux cours.

847. Premièrement, examinons brièvement le *droit des consommateurs* en revenant sur l’arrêt *Neptune Distribution*⁽⁷⁷⁾, relatif à l’interdiction de faire figurer sur les emballages d’eaux minérales naturelles toute mention

75. Voir CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB.*

76. À notre connaissance, la jurisprudence de la CJUE rendue depuis l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne ne comprend pas d’arrêts portant sur l’interprétation de l’article 52, § 1, de la Charte en présence de conflits d’obligations découlant de deux droits fondamentaux similaires protégés par la Charte.

77. CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*, pt 67.

relative à la faible teneur en chlorure de sodium susceptible d'induire le consommateur en erreur quant à la teneur totale en sodium des eaux en question. Lors de son examen du caractère justifié d'une telle restriction au droit fondamental à la liberté d'expression, la CJUE a conclu que les dispositions litigieuses visaient notamment à assurer « un niveau élevé de *protection du consommateur*, à garantir l'information appropriée et transparente de celui-ci quant à la teneur en sodium des eaux destinées à la consommation »⁽⁷⁸⁾. Elle a également rappelé que la protection des consommateurs était mentionnée à l'article 38 de la Charte⁽⁷⁹⁾.

848. Deuxièmement, mentionnons que le besoin de protection du *droit de propriété* a souvent été admis par la CJUE comme pouvant justifier des restrictions au droit fondamental à la vie privée et familiale⁽⁸⁰⁾. Considéré par certains auteurs comme le « *[t]he leading judgment of the Court on the conflict of rights* »⁽⁸¹⁾, l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Promusicae*⁽⁸²⁾ concerne précisément un cas de conflit entre le droit fondamental à la vie privée et familiale, d'une part, et le droit fondamental de propriété, d'autre part. Bien que cet arrêt ait été rendu peu avant la proclamation de la force contraignante de la Charte et que l'article 52, § 1, de la Charte n'y soit pas mentionné, la CJUE a fondé son raisonnement sur cette dernière de sorte que les considérations relatives à la condition de justification qu'est le *besoin de protection des droits et libertés d'autrui* méritent toute notre attention.

849. Dans l'affaire *Promusicae*⁽⁸³⁾, l'association espagnole de producteurs et d'éditeurs de musique et vidéos du même nom a requis des autorités nationales que Telefónica – une société de fourniture d'accès à internet – soit tenue de révéler l'identité et l'adresse de personnes ayant utilisé un programme permettant l'échange de musiques et vidéos dont les droits patrimoniaux lui appartenaient. Saisie d'une question préjudicielle, la CJUE a ainsi dû examiner si les directives 2000/31/CE⁽⁸⁴⁾, 2001/29/CE⁽⁸⁵⁾ et

78. *Ibid.*, pt 72 [souligné par nous].

79. *Ibid.*, pt 73.

80. Pour une illustration de la situation où c'est le droit fondamental de propriété qui est l'objet d'une restriction motivée par le besoin de protection des droits et libertés d'autrui, voir CJUE, 31 janvier 2013, *Denise McDonagh*.

81. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1477.

82. CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae*.

83. *Ibid.*

84. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JO L 178, p. 1.

85. Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JO L 167, p. 10.

2004/48/CE⁽⁸⁶⁾ – qui visent la protection effective de la propriété intellectuelle sans toutefois exiger des États membres qu'ils communiquent des données à caractère personnel dans le cadre d'une procédure civile – ne comprenaient pas des restrictions injustifiées aux articles 17 et 47 de la Charte, qui garantissent respectivement le droit fondamental de propriété intellectuelle et le droit fondamental à un recours effectif.

850. Cette cour a souligné que la communication des informations requises par *Promusicae* concernait des données à caractère personnel relevant de la directive 2002/58/CE⁽⁸⁷⁾ qui « vise à garantir le plein respect des droits exposés aux articles 7 et 8 de celle-ci [*ndlla* : de la Charte] »⁽⁸⁸⁾. Dès lors, elle a indiqué que cette affaire « soulève la question de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux, à savoir, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, les droits à la protection de la propriété et à un recours effectif »⁽⁸⁹⁾. Relevons que l'identification par la CJUE des droits fondamentaux au respect de la vie privée et familiale et à la protection des données à caractère personnel en tant que *droits et liberté d'autrui* a été aisée, car ils étaient nommément mentionnés dans la directive matériellement pertinente en l'espèce.

851. Cette conclusion de la CJUE a été confirmée dans son arrêt *Scarlet Extended SA*⁽⁹⁰⁾, rendu après la proclamation de la force contraignante de la Charte, qui concerne des faits proches de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Promusicae*. Dans cette affaire, en effet, la société belge SABAM – représentant des auteurs et compositeurs d'œuvres musicales – ayant constaté que des utilisateurs du fournisseur d'accès à internet Scarlet téléchargeaient des œuvres de son catalogue sans s'acquitter des droits d'auteur, a requis des juridictions belges compétentes une injonction au terme de laquelle Scarlet devait notamment bloquer l'envoi ou la réception de fichiers comprenant une œuvre musicale sans l'autorisation des ayants droit. Ayant été condamné, Scarlet a interjeté un recours au cours duquel

86. Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *JO L 157*, p. 45, et – rectificatif – *JO 2004*, L 195, p. 16.

87. Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, *JO L 201*, p. 37.

88. CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae*, pt 64.

89. *Ibid.*, pt 65.

90. CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*.

la juridiction nationale a saisi la CJUE afin de déterminer si l'injonction litigieuse était compatible avec la directive 2000/31/CE⁽⁹¹⁾.

852. La CJUE a estimé que l'injonction faite à Scarlet de « mettre en place le système de filtrage litigieux obligerait ce dernier à procéder à une surveillance active de l'ensemble des données concernant tous ses clients afin de prévenir toute atteinte future à des droits de propriété intellectuelle. Il s'ensuit que ladite injonction imposerait [...] une surveillance générale qui est interdite par l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2000/31 »⁽⁹²⁾. Elle a cependant indiqué qu'« [a]ux fins d'apprécier la conformité de cette injonction au droit de l'Union, il convient en outre de tenir compte des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables »⁽⁹³⁾.

853. À cet égard, la CJUE a rappelé que l'injonction litigieuse « poursuit l'objectif visant à assurer la protection des droits d'auteur, qui font partie du droit de propriété intellectuelle »⁽⁹⁴⁾ garanti à l'article 17, § 2, de la Charte, et que certaines communications électroniques réalisées par l'intermédiaire de Scarlet pouvaient restreindre ledit droit. Citant son arrêt *Promusicae*, elle a précisé que « la protection du droit fondamental de propriété, dont font parties les droits liés à la propriété intellectuelle, doit être mise en balance avec celle d'autres droits fondamentaux »⁽⁹⁵⁾ et que, dès lors, les autorités nationales devaient « assurer un juste équilibre entre la protection de ce droit et celle des droits fondamentaux de personnes qui sont affectées par de telles mesures »⁽⁹⁶⁾.

854. Parmi lesdits droits fondamentaux, la CJUE a identifié le droit fondamental de Scarlet à la liberté d'entreprise et a conclu que « les autorités et les juridictions nationales doivent notamment assurer un juste équilibre entre la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droits d'auteur, et celle de la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs [...] en vertu de l'article 16 de la charte »⁽⁹⁷⁾. Ceci fait, elle a ajouté deux autres droits fondamentaux à mettre en balance en estimant que l'injonction litigieuse était « également susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux des clients de [Scarlet], à savoir à leur droit à

91. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché, JO L 178, p. 1.

92. CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, pt 40.

93. *Ibid.*, pt 41.

94. *Ibid.*, pt 42.

95. *Ibid.*, pt 44.

96. *Ibid.*, pt 45.

97. *Ibid.*, pt 46.

la protection des données à caractère personnel ainsi qu'à leur liberté de recevoir ou de communiquer des informations, ces droits étant protégés par les articles 8 et 11 de la charte »⁽⁹⁸⁾.

855. Ces quelques arrêts nous permettent d'emblée de dresser deux observations. Tout d'abord, la CJUE se réserve une large marge de manœuvre lors de l'identification des droits susceptibles d'entrer en conflit, au sens de l'article 52, § 1, de la Charte. En effet, dans l'arrêt *Scarlet Extended SA*, cette cour a identifié le droit fondamental à la liberté d'entreprise alors qu'il n'était mentionné ni dans les directives pertinentes ou les questions préjudicielles⁽⁹⁹⁾, ni même dans les conclusions de l'Avocat général Pedro Cruz Villalón. Notons également qu'elle a refusé de retenir certains *droits et libertés d'autrui*, malgré le fait qu'ils aient été invoqués par l'Avocat général au terme d'une analyse particulièrement détaillée⁽¹⁰⁰⁾.

856. Ensuite, ces arrêts confirment également que la CJUE interprète largement la notion d'*autrui* et ne se limite pas à la concevoir, au sens de l'article 52, § 1, de la Charte, comme étant uniquement l'une des parties au litige national. Ceci est notamment illustré par l'arrêt *Scarlet Extended SA* où, en retenant les droits fondamentaux des articles 8 et 11 de la Charte, elle a admis au titre de cette condition de justification les droits fondamentaux de tous les utilisateurs des services de Scarlet.

2. – Les conflits entre droit fondamental et liberté de circulation

857. Depuis la proclamation de la force contraignante de la Charte et la consécration, à son article 45, du droit fondamental à la liberté de circulation des citoyens, ladite liberté constitue à la fois un droit fondamental susceptible d'être restreint par un *droit ou une liberté d'autrui*, au sens de l'article 52, § 1, de la Charte, qu'un droit fondamental susceptible de justifier une restriction à un *autre* droit fondamental. Cependant, nous estimons que la CJUE maintient une approche spécifique dans les conflits impliquant

98. *Ibid.*, pt 50.

99. Pour une seconde illustration, voir p. ex. l'arrêt de la CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, § 60, où la CJUE a indiqué que « l'article 7 de la charte, mentionné par la juridiction de renvoi dans sa question, doit être lu en corrélation avec l'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, reconnu à l'article 24, paragraphe 2, de ladite charte », alors que l'article 24 de la Charte n'était pas mentionné dans la question préjudicielle mais uniquement dans l'un des considérants du règlement en cause.

100. CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, pts 74-80 et 84-86. L'Avocat général M. Cruz Villalón identifie au demeurant un autre droit fondamental que la CJUE n'a toutefois pas retenu, à savoir le secret des communications électroniques, garanti à l'article 7 de la Charte (voir Av. gén. CRUZ VILLALÓN, 14 avril 2011, *Scarlet Extended*, pts 81-83).

cette liberté de circulation, en les distinguant notamment des cas de conflits examinés ci-dessus. Deux arrêts récents de la CJUE nous semblent illustrer notre constat, qui soulève au demeurant certaines difficultés relatives aux exigences découlant du principe de cohérence.

858. Premièrement, revenons sur l'arrêt *J. McB.*⁽¹⁰¹⁾, dans lequel une ressortissante britannique, non mariée et mère de trois enfants, a quitté son domicile irlandais avec ses enfants pour retourner en Angleterre, sans l'assentiment du père des enfants. Ce dernier a ouvert une procédure judiciaire en Irlande puis en Angleterre, sur le fondement du règlement (CE) n° 2201/2003⁽¹⁰²⁾, afin de requérir le rapatriement de ses enfants en Irlande, le déplacement de ces derniers lui paraissant illicite. Cependant, dans la mesure où, selon le droit irlandais, les mères non mariées ont d'office un droit de garde sur leurs enfants, la question s'est posée de savoir si la législation nationale au terme de laquelle un père non marié n'avait de droit de garde sur ses enfants que s'il requerrait une décision judiciaire – une telle requête étant permise au terme du règlement n° 2201/2003 mais n'ayant pas été effectuée dans le cas d'espèce – ne se heurtait pas au droit fondamental à la vie privée et familiale de l'intéressé.

859. En l'espèce, la CJUE a indiqué que le déplacement de la mère, accompagnée de ses enfants, « représente l'exercice licite, par la mère ayant la garde de l'enfant, de son propre droit de libre circulation, consacré aux articles 20, paragraphe 2, sous a), TFUE et 21, paragraphe 1, TFUE, et de son droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant »⁽¹⁰³⁾, qui doivent toutefois être exercés « sans que cela prive le père naturel de la possibilité d'exercer son droit de présenter une demande visant à obtenir par la suite le droit de garde de cet enfant ou un droit de visite à l'égard de ce dernier ». Cette cour a ainsi identifié deux droits fondamentaux en conflit, *i.e.* le droit fondamental à la liberté de circulation de la mère et le droit fondamental au respect de la vie privée et familiale du père, et a conclu que « la reconnaissance, en faveur du père naturel, d'un droit de garde de son enfant, en vertu de l'article 2, point 11, du règlement n° 2201/2003 [...] se heurterait [...] à la nécessaire protection des droits et libertés d'autrui, au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la charte, en l'occurrence ceux de la mère »⁽¹⁰⁴⁾.

101. CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB.*, pt 59.

102. Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, *JO L 338*, p. 1.

103. CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB.*, pt 58.

104. *Ibid.*, pt 59.

860. Tel qu'il est formulé, cet arrêt illustre une restriction au droit fondamental à la vie privée et familiale du père de l'enfant justifiée, comme le relève la CJUE, par le droit fondamental à la liberté de circulation de la mère, en tant que *droit et liberté d'autrui* au sens de l'article 52, § 1, de la Charte. Relevons à cet égard que la CJUE n'a pas identifié ce *droit d'autrui* en mentionnant l'article 45 de la Charte, garantissant le droit fondamental à la liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'Union européenne, mais uniquement les articles 20 et 21 du TFUE⁽¹⁰⁵⁾. Néanmoins, nous avons déjà précisé ci-dessus⁽¹⁰⁶⁾ que ceci pouvait se concevoir, dans la mesure où les droits fondamentaux garantis par la Charte faisant l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par les traités⁽¹⁰⁷⁾.

861. Deuxièmement, examinons l'arrêt *Commission c. Allemagne*⁽¹⁰⁸⁾, dans lequel la Commission a déposé un recours en manquement contre l'Allemagne du fait que des administrations publiques dépassant un certain seuil de salariés ont attribué des contrats d'assurances vieillesse directement à des entreprises mentionnées dans une convention collective, sans avoir procédé à l'appel d'offres dans l'Union européenne requis par les directives 92/50/CEE⁽¹⁰⁹⁾ et 2004/18/CE⁽¹¹⁰⁾. Sans mentionner l'article 52, § 1, de la Charte, la CJUE a relevé que « l'exercice d'un droit fondamental tel que le droit de négociation collective peut être soumis à certaines restrictions »⁽¹¹¹⁾ et, en particulier, que « ce droit doit être exercé conformément au droit de l'Union »⁽¹¹²⁾. Cette cour a ensuite indiqué que l'« exercice du droit fondamental de négociation collective doit ainsi être

105. *Contra*, voir S. PEERS, « The Rebirth of the EU's Charter of Fundamental Rights », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13, 2011, pp. 283-309, p. 301, qui estime que la CJUE « failed to discuss in any event the question whether free movement rights could be limited by those Charter rights connected to family law » alors qu'à notre sens, celle-ci a expressément mentionné cette problématique, en préférant toutefois se référer aux dispositions sur la libre circulation du TUE plutôt qu'à celles de la Charte. Voir ég. CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, pts 81 et s.

106. Voir *supra* Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, let. A, ch. 3.

107. Art. 51, § 2, de la Charte.

108. CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*.

109. Directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, JO L 209, p. 1.

110. Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO L 134, p. 114.

111. CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, pt 43.

112. *Ibid.*

concilié avec les exigences découlant des libertés protégées par le traité FUE »⁽¹¹³⁾.

862. Ayant précisé ceci, la CJUE a rappelé qu'« il ne peut être considéré qu'il serait inhérent à l'exercice même de la liberté des partenaires sociaux et du droit de négociation collective de porter atteinte aux directives qui font application de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services dans le domaine des marchés publics »⁽¹¹⁴⁾ et a estimé qu'il se posait « dès lors la question de la conciliation des exigences liées à la réalisation de l'objectif social poursuivi en l'espèce par les parties à la négociation collective avec celles découlant des directives 92/50 et 2004/18 ». Au terme de son analyse, cette cour a conclu que « le respect des directives en matière de marchés publics de services ne s'avère pas inconciliable avec la réalisation de l'objectif social poursuivi par les parties signataires [*ndla* : de la convention collective] dans l'exercice de leur droit de négociation collective »⁽¹¹⁵⁾. Autrement dit, dans cet arrêt, la CJUE a examiné si le droit fondamental de négociation collective, protégé par l'article 28 de la Charte, avait été restreint – le cas échéant de façon justifiée – par la liberté d'établissement et de prestation de services, sans toutefois faire mention de l'article 45 de la Charte dans ce contexte mais en se référant uniquement au droit dérivé appliquant lesdites libertés.

863. À ce propos, nous argumentons que l'absence de mention de l'article 45 de la Charte ainsi que l'absence de références aux libertés de circulation en tant que droits fondamentaux dans ces deux arrêts révèlent une réticence de la part de cette cour à considérer les libertés de circulation et les droits fondamentaux de la Charte sur un pied d'égalité. Ainsi, contrairement à son approche en cas de conflit d'obligations découlant de deux droits fondamentaux *classiques* – qui vise à interpréter largement les *droits et libertés d'autrui* susceptibles de justifier des restrictions – la CJUE analyse un conflit d'obligations découlant d'une liberté de circulation et d'un droit fondamental essentiellement du point de vue de la liberté de circulation. Plus précisément, cette cour privilégie l'impact d'une mesure litigieuse sur la liberté de circulation concernée, et ce indépendamment de la formulation retenue pour qualifier le conflit en cause, *i.e.* que la liberté de circulation ait *causé* ou *subi* une restriction.

113. *Ibid.*, pt 44. Ce faisant, la CJUE a repris la formulation utilisée dans de fameux arrêts – rendus toutefois avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne – tels que CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line* ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*.

114. CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, pt 47.

115. *Ibid.*, pt 66.

864. En effet, malgré la formulation adoptée, l'approche de la CJUE dans l'affaire *J. McB.* démontre que cette cour aborde uniquement le conflit sous l'angle de la restriction à la liberté de circulation apportée par le droit fondamental à la vie privée et familiale du père. Ainsi, la CJUE y analyse si l'exercice d'un droit de l'Union européenne – *i.e.* de la liberté de circulation de la mère conformément à la législation irlandaise et au droit de l'Union européenne au titre dudit règlement – peut être restreint, de façon justifiée, par le respect des obligations découlant du droit fondamental à la vie privée et familiale du père. Cette cour n'a cependant pas examiné si la restriction au droit fondamental à la vie privée et familiale du père du fait de l'exercice de la liberté de circulation de la mère pouvait être justifiée.

865. Il en va de même dans l'arrêt *Commission c. Allemagne*, où la CJUE a examiné en détail si les dispositions allemandes permettant de contourner l'exigence d'appel d'offres prévue dans les directives concernées – et qui, de ce fait, restreignaient les libertés d'établissement et de services – pouvaient être justifiées par le droit fondamental de négociation collective. Ce faisant, cette cour a privilégié un examen de l'atteinte subie par les libertés de circulation et n'a pas examiné les conséquences de l'exercice desdites libertés sur le droit fondamental de négociation collective.

SECTION 4. – LES DIVERGENCES ET PROPOSITIONS D'INTERPRÉTATION COHÉRENTE

866. Au terme de cette présentation de la jurisprudence de la CJUE, nous mettons en exergue dans les lignes qui suivent les divergences existant entre la jurisprudence de la CJUE et celle de la CourEDH relatives, d'une part, à leur méthode d'interprétation (*infra* A) et, d'autre part, à leur interprétation proprement dite de la condition de justification que constitue *le besoin de protection des droits et liberté d'autrui* (*infra* B). Nous formulons ensuite des propositions d'interprétation susceptibles, à notre sens, de respecter les exigences découlant du principe de cohérence (*infra* C).

A. – LES DIVERGENCES QUANT À LA MÉTHODE SUIVIE

867. Nous souhaitons souligner deux difficultés, découlant des méthodes d'interprétation de la CJUE et de la CourEDH, qui nous semblent pouvoir être problématiques dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne. Premièrement, il ressort explicitement des jurisprudences analysées que, malgré l'affirmation de ces deux cours selon laquelle la

condition de justification que constitue *le besoin de protection des droits et libertés d'autrui* doit être interprétée de façon restrictive, lesdites cours admettent de façon large de nombreux droits et libertés d'autrui comme étant susceptibles de justifier des restrictions aux droits fondamentaux. Si, en soi, cette pratique commune ne contrevient pas aux exigences découlant du principe de cohérence – ledit principe ne portant, au demeurant, que sur l'acception proprement dite de cette condition de justification et non sur les méthodes d'interprétation de celle-ci – nous estimons que les nuances méthodologiques propres à la CJUE et à la CourEDH pourraient avoir un impact indirect sur le respect dudit principe.

868. En effet, d'une façon générale, la CourEDH distingue entre le droit fondamental ayant *subi* une restriction et le droit fondamental dont l'exercice a *causé* cette dernière, sauf en présence d'un conflit d'obligations découlant des droits fondamentaux protégés par les articles 8 et 10 de la CEDH car, dans ces cas, elle estime que ces deux droits se causent et subissent simultanément des restrictions. Or, en présence d'une situation similaire où deux droits fondamentaux causent et subissent simultanément des restrictions, la CJUE adopte une approche différente de celle de la CourEDH lorsque l'un des droits fondamentaux concernés est une liberté de circulation, car elle se concentre sur les restrictions subies par ladite liberté, au détriment de celles subies par le droit fondamental.

869. À cet égard, nous argumentons qu'une telle divergence méthodologique est susceptible de compliquer la mise en œuvre du principe de cohérence. En effet, lorsque la CJUE est confrontée à un conflit d'obligations impliquant une liberté de circulation, elle risque d'être peu encline à se référer ou à prendre en compte la jurisprudence pertinente de la CourEDH, telle que l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*⁽¹¹⁶⁾, du fait que ladite jurisprudence ne prend pas en compte les impératifs liés aux spécificités de l'Union européenne et aux libertés de circulation.

870. Deuxièmement, nous relevons que la CJUE est davantage encline à spécifier les titulaires des *droits et libertés* susceptibles de justifier des restrictions, *i.e.* la notion d'*autrui*. Si tant est qu'une telle démarche permette de clarifier l'acception de cette condition de justification, au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, et améliore la transparence et la sécurité juridique en matière de justification des restrictions aux droits fondamentaux dans l'Union européenne, elle n'en constitue pas moins un risque potentiel de contradiction avec la jurisprudence de la CourEDH. Tel aurait notamment été le cas si la CourEDH s'était expressément prononcée

116. CourEDH, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk*.

en défaveur du fait qu'un embryon humain puisse jouir de droits et de libertés dans son arrêt *Parrillo c. Italie*⁽¹¹⁷⁾.

871. Nous estimons toutefois qu'une telle divergence de vues entre ces deux cours ne risquerait de se produire que sur des questions au sujet desquelles il n'existe pas de consensus européen. Or, dans de telles situations, la CourEDH évite précisément de se prononcer en reconnaissant une large marge d'appréciation aux États parties, de sorte qu'une contradiction jurisprudentielle entre la CJUE et la CourEDH reste, selon nous, éminemment hypothétique.

B. – LES DIVERGENCES QUANT À L'INTERPRÉTATION

872. En ce qui concerne l'interprétation proprement dite de la condition de justification que constitue le besoin de protection des *droits et libertés d'autrui* dans la jurisprudence la CJUE et de la CourEDH, la présentation qui précède met principalement en exergue une difficulté. Il ressort en effet de cette présentation que lorsqu'un conflit entre les obligations découlant du besoin de protection de deux droits fondamentaux émergent et que ces deux droits subissent et se causent mutuellement des restrictions, ces deux cours adoptent une approche différente.

873. En ce sens, la CourEDH considère lesdits droits sur un pied d'égalité et examine les restrictions causées et subies par les deux droits lors de son analyse du respect de cette condition de justification, tandis que la CJUE paraît privilégier – à tout le moins lorsque le conflit implique une liberté de circulation – une analyse spécifiquement orientée et limitée aux restrictions subies par la liberté de circulation, renonçant à un examen détaillé des restrictions subies par l'autre droit fondamental concerné.

874. Il va par conséquent de soi qu'une telle interprétation des droits fondamentaux par la CJUE, variant selon la présence ou non d'une liberté de circulation dans un cas d'espèce, diffère de celle de la CourEDH et peut aboutir à des divergences jurisprudentielles entre ces deux cours. Dans la mesure où de telles divergences contreviennent aux exigences découlant du principe de cohérence, nous estimons nécessaire de formuler des propositions d'interprétation cohérente.

117. CourEDH, 27 août 2015, *Parrillo*.

C. – LES PROPOSITIONS D'INTERPRÉTATION COHÉRENTE

875. Nous souhaitons formuler deux propositions d'interprétation susceptibles, à notre sens, de pallier aux divergences identifiées. Premièrement, comme déjà mentionné ci-dessus, nous estimons qu'une référence expresse et systématique à l'article 52, § 1, de la Charte et, le cas échéant, à l'article 52, § 3, de celle-ci, permettrait d'établir les connexions positives nécessaires entre la Charte et la CEDH. Dans cette optique, nous invitons la CJUE à se référer expressément à la jurisprudence pertinente de la CourEDH ou, à tout le moins, à sa propre jurisprudence citant les arrêts pertinents de la CourEDH – afin d'améliorer la transparence et la sécurité juridique en matière de justification des restrictions de droits fondamentaux.

876. Deuxièmement, eu égard aux divergences de méthode et d'interprétation entre les deux cours, nous pensons qu'une mise en œuvre effective du principe de cohérence implique une modification de la perception et de la gestion, par la CJUE, des situations de conflit d'obligations découlant d'un droit fondamental et d'une liberté de circulation. Plus précisément, nous argumentons que cette cour devrait modifier tant sa méthode d'interprétation – *i.e.* cesser de percevoir de tels conflits comme opposant des dispositions appartenant à deux catégories distinctes – que son interprétation proprement dite desdits conflits – *i.e.* envisager le conflit d'obligations de façon *symétrique*⁽¹¹⁸⁾ et procéder à une double analyse.

877. Sur ce dernier point, nous estimons en particulier que la CJUE devrait, d'une part, examiner les restrictions subies par *la liberté de circulation* du fait de l'exercice d'un droit fondamental ainsi que le respect des conditions de justification de ladite restriction, telles qu'elles figurent dans la Charte et sont spécifiquement énoncées dans les dispositions des traités relatives à chaque liberté de circulation – comme le rappelle l'article 52, § 2, de la Charte. D'autre part, cette cour devrait simultanément examiner les restrictions subies par le *droit fondamental* concerné du fait de l'exercice d'une liberté de circulation, ainsi que le respect des conditions de justification d'une telle restriction figurant dans la Charte.

118. Voir Ph. SYRIPS, « Reconciling Economic Freedoms and Social Rights – The Potential of Commission c Germany (Case C-271/08, Judgment of 15 July 2010) », *Industrial Law Journal*, vol. 40, 2011, n° 2, pp. 222-229.

878. Dans ce contexte, il est pertinent de relever qu'une telle proposition n'est pas étrangère à la CJUE. En effet, l'Avocat général Verica Trstenjak a formulé une proposition similaire dans ses conclusions relatives à l'affaire *Commission c. Allemagne*⁽¹¹⁹⁾. Dans cette affaire, après avoir reconnu l'existence d'un droit fondamental de négociation collective, garanti à l'article 28 de la Charte, l'intéressée a précisé que l'on ne saurait en déduire « que les conventions collectives qui sont conclues en application de ces droits fondamentaux, ainsi que les conventions qui en dérivent, seraient automatiquement, par leur contenu, soustraites au domaine d'application des libertés fondamentales »⁽¹²⁰⁾. De ce fait, elle a estimé qu'« [e]n cas de conflit entre un droit fondamental et une liberté fondamentale, il convient en effet d'admettre le principe que les deux notions juridiques ont un rang égal »⁽¹²¹⁾, ce qui signifie « d'une part, que les libertés fondamentales peuvent être restreintes dans l'intérêt des droits fondamentaux [...], d'autre part, que l'exercice des libertés fondamentales peut justifier une restriction des droits fondamentaux »⁽¹²²⁾.

879. Certains auteurs ne partagent toutefois pas cet avis, estimant qu'une priorité des dispositions protectrices de droits fondamentaux sur celles relatives aux libertés de circulation devrait prévaloir⁽¹²³⁾. Le principal argument à l'appui de ce point de vue réside dans le rôle que revêtent les droits fondamentaux en tant que valeur fondatrice de l'Union européenne, mentionnée à l'article 2 du TUE⁽¹²⁴⁾. À notre sens, toutefois, les auteurs soutenant un tel avis partagent une acception différente de la notion de *droit fondamental*. En effet, en ce qu'ils argumentent en faveur d'une prévalence des droits fondamentaux sur les libertés de circulation, ils soutiennent alors implicitement que ces dernières ne se voient pas reconnaître le statut de *droit fondamental*.

880. Or, comme nous l'avons démontré ci-dessus⁽¹²⁵⁾, l'évolution de la jurisprudence de la CJUE et la consécration de la liberté de circulation

119. Av. gén. TRSTENJAK, 14 avril 2010, *Commission c. Allemagne*, pts 75 et s.

120. *Ibid.*, pt 80.

121. *Ibid.*, pt 81.

122. *Ibid.*

123. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1479 : « *But where there is a conflict between human rights and free movement rights, the better argument is that a degree of priority should be given to human rights, in light of their role of human rights as a founding value of the European Union (art. 2 TEU)* ».

124. Art. 2 TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

125. Voir *supra* Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2.

citoyenne dans la Charte illustrent, à notre sens, que ladite liberté protège des intérêts considérés par l'Union européenne et les États membres comme étant d'une importance telle que son besoin de protection impose de lui reconnaître le statut de droit *fondamental*.

CONCLUSION DU TITRE 3

881. En substance, l'analyse de la jurisprudence de la CJUE et de la CourEDH relative aux finalités que sont susceptibles de poursuivre des mesures restrictives de droits fondamentaux afin d'être justifiées met en exergue le caractère nécessairement approximatif de la distinction entre les finalités relevant des *objectifs d'intérêts général reconnus par l'Union européenne* et celles qui relèvent des *droits et libertés d'autrui*. À ce propos, nous avons souligné l'enjeu lié à cette distinction et précisé que les intérêts poursuivis par de telles mesures n'entrent pas nécessairement dans l'une ou l'autre de ces deux catégories de finalités, mais peuvent y appartenir simultanément. Nous avons ainsi invité la CJUE à lever définitivement tout doute sur l'apparente dichotomie existant entre lesdites finalités.

882. S'agissant des méthodes d'interprétation de cette condition de justification par la CJUE, il ressort notamment de la jurisprudence présentée que la pratique de la CourEDH – qui vise à s'en remettre aux parties au litige pour déterminer l'existence d'une finalité susceptible de justifier des mesures restrictives – diffère de celle de la CJUE, ce qui rend difficile l'absence de toute contradiction et l'établissement de connexions positives entre les jurisprudences respectives de ces cours.

883. Par ailleurs, les méthodes de ces deux cours divergent également lorsqu'une restriction de l'exercice d'un droit fondamental est justifiée par le besoin de protection d'un autre droit fondamental, en particulier lorsque ce dernier constitue une *liberté de circulation de l'UE*. Sur ce dernier point, nous avons argumenté en faveur d'une modification de la perception et de la gestion de tels conflits d'obligations par la CJUE, en faveur d'un examen simultané des restrictions subies par les deux droits fondamentaux en cause, ce qui ferait d'ailleurs écho à la pratique de la CourEDH.

884. En ce qui concerne l'interprétation proprement dite de cette condition de justification par la CJUE, nous avons notamment relevé qu'elle est très proche de celle effectuée par la CourEDH. Des contradictions restent néanmoins susceptibles d'émerger entre les jurisprudences de ces deux cours découlant de la formulation éminemment différente de cette condition dans la Charte et la CEDH, et notamment du fait que certaines finalités comprises, respectivement, dans la Charte ou la CEDH, sont absentes ou expressément exclues de l'autre de ces instruments. Nous nous sommes ainsi notamment prononcés en faveur d'une interprétation large de l'acception de certaines finalités de la Charte afin de respecter la substance de la jurisprudence de la CourEDH.

TITRE 4

LA PROPORTIONNALITÉ DES RESTRICTIONS AUX DROITS FONDAMENTAUX

885. La troisième condition énoncée à l'article 52, § 1, de la Charte pour justifier une restriction à un droit fondamental prévoit que dans « le respect du principe de *proportionnalité*, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont *nécessaires* [...] »⁽¹⁾. Ainsi, la légalité d'une restriction – *i.e.* l'existence d'une base légale suffisante – poursuivant un objectif d'intérêt général ou le besoin de protection des droits et libertés d'autrui, au sens défini dans le titre précédent, ne suffisent pas encore à la justifier⁽²⁾.

886. Il convient cependant d'être conscient de l'ambiguïté liée à la notion de *proportionnalité*, qui existe sous des appellations diverses et peut revêtir une acception différente au sein des constitutions nationales⁽³⁾, de la Charte ou de la CEDH. La littérature juridique spécifique à ces deux derniers instruments relève ainsi, à juste titre, l'imprécision et le caractère fortement controversé de l'acception de la proportionnalité en leur sein⁽⁴⁾. Dès lors, sauf précision contraire de notre part, le terme

1. Souligné par nous.

2. Comme le souligne A. BARAK : « [l]egality does not equal legitimacy » (A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, *op. cit.*, p. 245). Voir également M. TÜMAY, « The Concept of 'Necessary in a Democratic Society' in Restriction of Fundamental Rights. A Reflection from European Convention on Human Rights », *Human Rights Review*, vol. 1, 2011, n° 2, p. 3.

3. Voir not. A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, *op. cit.*, p. 132, qui souligne les divergences entre les tests de proportionnalité existant dans divers pays.

4. Voir p. ex. N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Londres, La Haye, Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 2 ;

proportionnalité est utilisé dans le présent chapitre pour faire référence, respectivement et selon le contexte, à l'acception de cette condition de justification telle qu'énoncée à l'article 52, § 1, de la Charte, d'une part, et dans les seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH, d'autre part, et ce indépendamment de la formulation y figurant.

887. Après quelques brèves remarques liminaires (Chapitre 1), l'acception de cette condition de justification, telle qu'interprétée par la CourEDH (Chapitre 2) puis par la CJUE (Chapitre 3) dans des situations impliquant des restrictions à des droits fondamentaux de la Charte correspondant à ceux de la CEDH, est présentée. Au terme de cette présentation, nous formulons des propositions d'interprétation cohérente susceptibles de pallier aux divergences identifiées (Chapitre 4).

G. DE BÚRCA, « The Principle of Proportionality and its application in EC Law », vol. 13, 1993, *Yearbook of European Law*, pp. 105-150 ; F. JACOBS, « Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law », in E. ELLIS (édit.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 1999, pp. 1-21.

CHAPITRE 1

QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES

888. Le *principe de proportionnalité*, tel que mentionné à l'article 52, § 1, de la Charte, a initialement été développé par voie prétorienne par la CJUE avant de se voir consacrer dans les traités et la Charte. C'est ainsi dans la jurisprudence de cette cour qu'il convient de puiser afin de spécifier son acception et ses composants essentiels. Comme nous l'étayons ci-dessous, cette brève analyse historique nous incite par ailleurs à distinguer, d'une part, la proportionnalité *qua* principe d'appréciation du respect de la division des compétences entre l'UE et ses États membres et, d'autre part, la proportionnalité *qua* condition de justification des restrictions aux droits fondamentaux, car cette distinction implique une forme de raisonnement spécifique (Section 1). De plus, eu égard à la condition de justification des restrictions qu'est la proportionnalité, nous estimons également indispensable de préciser certaines spécificités y relatives propres au contexte de la Charte ainsi que de détailler succinctement les éléments composants cette condition de justification avant toute analyse jurisprudentielle (Section 2).

SECTION 1. – LE LIBELLÉ DE L'ARTICLE 52, § 1, DE LA CHARTE

889. Il est important de rappeler qu'avant d'être consacrée dans la Charte en tant que condition de justification des restrictions aux droits fondamentaux, l'exigence du respect du principe de proportionnalité était déjà présente dans la jurisprudence de la CJUE, comme le rappelle les explications relatives à la Charte (*infra* A). La mention de ce principe au sein de l'article 52, § 1, de la Charte ne constitue ainsi qu'une réaffirmation de son application dans le domaine des droits fondamentaux, bien que son

application dans ce domaine emporte un mode de raisonnement spécifique (*infra* B).

A. – DE L'ORIGINE JURISPRUDENTIELLE À LA CHARTE

890. Dans les explications relatives à la Charte⁽¹⁾, le Présidium de la Convention ayant rédigé ladite Charte cite un extrait de l'arrêt de la CJUE rendu dans l'affaire *Kjell Karlsson*, au terme duquel il est impératif que des restrictions « ne constituent pas, par rapport au but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable »⁽²⁾. Une telle référence a le mérite de rappeler que le principe de proportionnalité des mesures restrictives de droits fondamentaux s'est développé par voie prétorienne.

891. En effet, l'émergence du principe de proportionnalité s'est faite progressivement dès 1955, dans des arrêts tels que *Fédération Charbonnière de Belgique*⁽³⁾ ou *Fromançais SA*⁽⁴⁾, où la CJUE a développé certains éléments⁽⁵⁾ devant être appréciés lors du contrôle judiciaire de toute législation adoptée par les institutions de l'Union européenne ou les États membres⁽⁶⁾. Ainsi, comme cette cour l'a notamment rappelé dans son arrêt *Fedesa*, ce principe exige que « les mesures d'interdiction soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés »⁽⁷⁾.

1. Voir les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *JOCE* 303 du 14.12.2007, pp. 17 et s., ad. article 52, p. 32.

2. CJCE, 13 avril 2000, *Kjell Karlsson*, pt 45.

3. CJCE, 29 novembre 1956, *Fédération Charbonnière*, p. 304 : « La Cour ne peut pas admettre cet argument, car, en application d'une règle de droit généralement admise, une telle réaction indirecte de la Haute Autorité à un acte illicite des entreprises devrait être proportionnée à l'envergure de celui-ci ».

4. CJCE, 23 février 1983, *Fromançais*, pt 8 : « Afin d'établir si une disposition de droit communautaire est conforme au principe de proportionnalité, il importe de vérifier, en premier lieu, si les moyens qu'elle met en œuvre pour réaliser l'objectif visé s'accordent avec l'importance de celui-ci et, en second lieu, s'ils sont nécessaires pour l'atteindre ».

5. L'acceptation des différents éléments composant la condition de justification qu'est la proportionnalité est étayée ci-dessous lors de l'analyse de la jurisprudence de la CJUE (*infra* Partie 3, titre 5), de sorte que les lignes qui suivent comportent volontairement un certain niveau d'abstraction.

6. Comme le relève N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, op. cit., p. 166 : « The principle of proportionality is applied not only as a test of validity for Community but also national measures interfering with the exercise of individual rights and freedoms granted by the Treaties ».

7. CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa*, pt 13 [souligné par nous].

892. Le principe de proportionnalité ainsi développé s'est vu appliquer dans des domaines aussi divers que variés du droit de l'UE de sorte que, comme le souligne Francis Jacobs, « [q]uant au principe de proportionnalité, rares sont les domaines, si tant est qu'il y en ait, dans lesquels il ne trouve pas à s'appliquer »⁽⁸⁾. Au vu de l'importance croissante qu'a progressivement revêtu la protection des droits fondamentaux dans les divers domaines d'activité des institutions de l'UE⁽⁹⁾, c'est sans surprise que la CJUE a indiqué dès son arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* qu'afin d'être justifiées, des restrictions aux droits fondamentaux protégés dans l'UE découlant de mesures des institutions de l'UE devaient remplir la condition de la proportionnalité⁽¹⁰⁾.

893. La déclaration de force contraignante de la Charte et la mention, à son article 52, § 1, de la condition de justification que constitue la proportionnalité consacre ainsi au sein de cet instrument des décennies d'application jurisprudentielle. À cet égard, rappelons cependant que dans sa formulation initiale, la Charte ne permettait de justifier que les restrictions qui restaient, « dans le respect du principe de *proportionnalité*, dans des limites *nécessaires* à la protection d'intérêts légitimes dans une *société démocratique* »⁽¹¹⁾. Si la formulation actuelle maintient les exigences de *proportionnalité* et de *nécessité* de la mesure restrictive, elle ne fait cependant plus état du caractère *démocratique* de la société protégeant les intérêts en cause.

894. Sur ce point, relevons que certains auteurs estiment que la référence à une *société démocratique* était judicieuse en ce qu'elle faisait écho au libellé de la CEDH, de sorte que sa suppression constituerait une omission inexplicable⁽¹²⁾. Contrairement à cette opinion, nous estimons que l'abandon de cette référence peut se justifier. Bien que nous y revenons ci-dessous⁽¹³⁾, relevons tout de même que dans la CEDH, c'est la *mesure* restreignant l'exercice d'un droit fondamental qui doit être nécessaire dans

8. Voir Av. gén. JACOBS, 6 avril 1995, *Commission c. Grèce*, pt 70.

9. Voir *supra* Partie 1, titre 1, chap. 1, section 2.

10. CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, pts 3-20.

11. Note du Présidium du 15 février 2000, Charte 4123/1/00, Convent 5, p. 10. Voir également les versions ultérieures, not. la note du Présidium du 28 juillet 2000, Charte 4422/00, Convent 45, p. 16 : « 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 poursuivis par l'Union, à d'autres intérêts légitimes dans une société démocratique [...] ».

12. Voir not. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1480 : « *One element still missing from the Charter's justification test for limitations, as compared to the ECHR, is any requirement that rights can only be limited in a "democratic society". The omission of this rule from Article 52 (1) is inexplicable [...]* ».

13. Voir *infra* Partie 3, titre 4, chap. 2, section 1, let. A.

une société démocratique⁽¹⁴⁾, tandis que dans la Charte, tel que formulée initialement, c'étaient les *intérêts légitimes* que la mesure restrictive était susceptible de poursuivre qui devaient être nécessaires dans une société démocratique. Autrement dit, le caractère démocratique porte sur la mesure restrictive dans la Charte, tandis qu'il vise les finalités poursuivies par ladite mesure dans la CEDH, de sorte qu'à notre avis, le maintien de cette référence aurait suscité davantage d'interrogations qu'il n'en aurait résolues.

B. – LE RAISONNEMENT INHÉRENT À LA PROPORTIONNALITÉ

895. Telle qu'elle s'est développée dans la jurisprudence de la CJUE, la proportionnalité – et les différents éléments qui la composent – est perçue par une partie de la littérature juridique comme un *instrument*, une *procédure* ou un *outil* permettant au juge d'examiner si une mesure est susceptible d'atteindre la finalité visée de façon appropriée⁽¹⁵⁾. La proportionnalité constituerait ainsi un mécanisme formel de résolution des conflits entre divers droits, principes, intérêts ou obligations⁽¹⁶⁾ et serait neutre, *i.e.* liée

14. Rappelons brièvement la teneur de l'article 8, § 2, de la CEDH : « Il ne peut y avoir ingérence [...] que pour autant que cette ingérence [...] constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire [...] ».

15. Pour des ouvrages récents, voir p. ex. B. PIRKER, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review. A theoretical and Comparative Study*, *op. cit.*, p. 16. Dans le contexte de la CEDH, voir p. ex. S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, *op. cit.*, en particulier le chap. IV intitulé « A Structured Balancing Test for the Resolution of Conflicts Between Relative Convention Rights », pp. 193 et s. (version thèse). Voir ég. A. STONE SWEET, J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, pp. 72-164, p. 76 : « it is important to emphasize that PA is an analytical procedure-it does not, in itself, produce substantive outcomes ».

16. Voir not. B. PIRKER, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review. A theoretical and Comparative Study*, *op. cit.* ; N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, *op. cit.* ; P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques VELU*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 49-68 ; A. STONE SWEET, J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *op. cit.*, pp. 72-164. J. BOMHOFF résume ainsi fort bien cette approche : « In contemporary studies, balancing is a 'method of constitutional interpretation', balancing and proportionality are 'doctrines' relying on certain similar 'thought processes', 'proportionality balancing' is an 'analytical procedure' and a 'technique of rights adjudication'. And although they are virtually always prompted by language, it is with the implications of this 'technique' or this 'process' for decisions in concrete cases, for the institutional position of the judiciary, etc., that studies of balancing and proportionality are ultimately concerned » (J. BOMHOFF, *Balancing Constitutional Rights. The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 18).

à aucune culture juridique particulière⁽¹⁷⁾. En ce sens, « à l'aide du principe de proportionnalité le juge ne parvient pas seulement à donner une issue au litige : il élabore aussi une règle de contenu plus précis, laquelle pourra être appliquée dans des cas futurs en tant que précédent jurisprudentiel »⁽¹⁸⁾. Ainsi, le caractère vague et imprécis des composants du principe de proportionnalité – *i.e.* notamment la détermination du caractère *approprié* ou *nécessaire* d'une mesure – se verrait nécessairement préciser au fil des arrêts, de sorte que *plus* la jurisprudence de la CJUE se développe, *moins* ledit principe trouve à s'appliquer au profit de l'application d'« une règle abstraite à un cas concret par le biais d'un syllogisme »⁽¹⁹⁾. Autrement dit, les composants du principe de proportionnalité seraient susceptibles d'être appliqués au moyen d'un raisonnement déductif.

896. Une autre partie de la littérature juridique, toujours plus importante, opte pour un autre point de vue et estime que l'analyse de la jurisprudence de la CJUE relative au principe de proportionnalité ne permet pas de dégager une règle pouvant subsumer tous les cas concrets⁽²⁰⁾. Dans cette optique, en usant de la proportionnalité, les juges résolvent des cas particuliers sans disposer des méthodes traditionnelles d'interprétation de type syllogistique⁽²¹⁾. Comme le défend Antonio Marzal Yetano, « l'appréciation de la proportionnalité se fait purement *in concreto*, sans que la solution au litige soit déduite d'une règle abstraite »⁽²²⁾, de sorte que « l'application de la proportionnalité ne donne pas lieu à une véritable jurisprudence, mais simplement à un très grand nombre d'arrêts d'espèce »⁽²³⁾. Ces auteurs estiment ainsi que l'analyse dudit principe ne peut être que contextualisée⁽²⁴⁾.

17. Pour aller plus loin, voir not. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, §§ 21 et s.

18. *Ibid.*, § 329, qui offre une analyse de l'approche de R. ALEXU.

19. *Ibid.*, § 336. A. MARZAL YETANO va plus loin et tisse le lien entre cette littérature et la position très *kelsenienne* selon laquelle, dans le domaine juridique, tout raisonnement est nécessairement syllogistique.

20. En ce sens, voir not. J. BOHMHOF, *Balancing Constitutional Rights. The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, *op. cit.*

21. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 433.

22. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, § 339.

23. *Ibid.*

24. Cette approche, parfois qualifiée d'*expressiviste*, est notamment poursuivie par J. BOHMHOF, *Balancing Constitutional Rights. The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, *op. cit.* ; A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, § 24 ; A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, *op. cit.*

897. À notre sens, la jurisprudence de la CJUE présentée ci-dessous s'inscrit dans cette seconde approche⁽²⁵⁾. Comme nous l'étayons plus bas, cette cour se prononce essentiellement sur l'interprétation de cette condition de justification dans le cadre de questions préjudicielles ayant trait à des mesures très concrètes. De plus, elle formule souvent des recommandations circonstanciées et contextualisées à l'attention des juridictions de renvoi, qui ne nous semblent toutefois pas pouvoir constituer un précédent utile à toute interprétation ultérieure de cette condition⁽²⁶⁾.

898. Il en découle que dans sa jurisprudence relative à la condition de justification qu'est la proportionnalité, la CJUE n'a pas spécifié l'acception des divers éléments qui composent la proportionnalité. Formulée autrement, l'exigence du caractère *approprié* ou *nécessaire* d'une mesure restrictive ne s'est pas accompagnée d'une interprétation desdites notions, la CJUE se bornant à utiliser ces notions pour écarter ou approuver certaines mesures restrictives de droits fondamentaux au regard du droit de l'Union européenne.

899. À titre illustratif, dans l'arrêt *Volker et Markus Schecke*, la CJUE se prononce à peine sur le caractère *apte* de la mesure visant à publier des données personnelles pour augmenter la transparence et la bonne gestion des fonds de l'UE, en estimant que lesdites publications « renforcent le contrôle public sur l'utilisation des sommes concernées et contribuent à une utilisation optimale des fonds publics »⁽²⁷⁾. Ce faisant, elle ne clarifie cependant pas en quoi consiste le test d'*aptitude* et ne précise pas ce qui fait qu'une mesure contribue ou non à l'utilisation optimale des fonds de l'UE.

900. Il en va de même en ce qui concerne le test de *nécessité* dans l'arrêt *Deutsches Weintor*, dans lequel la CJUE relève que l'interdiction totale faite à un producteur de vins d'utiliser certaines allégations de santé sur ses bouteilles est *nécessaire*, car de telles allégations sont « de nature à encourager la consommation du vin en question et, en définitive, à accroître les risques inhérents à une consommation non modérée de toute boisson alcoolique pour la santé des consommateurs »⁽²⁸⁾. Toutefois, l'accroissement d'un risque pour la santé ne nous éclaire pas sur l'existence

25. *Contra* voir A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 636.

26. Pour davantage d'illustrations, voir A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pt 344.

27. CJUE, 9 novembre 2010, *Volker et Markus Schecke*, pt 75.

28. CJUE, 6 décembre 2012, *Deutsches Weintor*, pt 52.

ou non de mesures alternatives moins restrictives aux droits fondamentaux à la liberté professionnelle et à la liberté d'entreprise du producteur. Dès lors, il existe, à notre sens, autant de versions du test de proportionnalité appliqué par cette cour que de situations concrètes dans lesquelles elle s'est prononcée⁽²⁹⁾.

901. Néanmoins, le fait que la CJUE contrôle le respect de cette condition de justification moyennant une appréciation des situations concrètes ne nous dispense pas d'analyser la jurisprudence de cette cour, bien au contraire. En effet, pour examiner si ladite jurisprudence respecte les exigences découlant du principe de cohérence – tel que défini ci-dessus et visé par l'article 52, § 3, de la Charte et les explications y relatives – il est indispensable d'analyser les paramètres susceptibles d'influencer sur l'acception des divers composants de la condition de justification qu'est la proportionnalité dans un cas donné, *i.e.* notamment l'*aptitude* et la *nécessité*. Ainsi, ce n'est qu'au terme d'une analyse de la jurisprudence de la CJUE que l'on est en mesure d'évaluer si l'*origine* de la mesure restrictive – nationale ou des institutions de l'UE –, la reconnaissance d'une *marge d'appréciation* plus ou moins importante aux États membres, ou encore le droit fondamental en cause influencent l'interprétation par la CJUE de la condition de justification qu'est la proportionnalité de façon différente de celle de la CourEDH.

SECTION 2. – LA NATURE JURIDIQUE DE LA PROPORTIONNALITÉ

902. L'article 52, § 1, de la Charte énonce littéralement qu'aux fins d'être justifiées, les restrictions aux droits fondamentaux doivent respecter le *principe* de proportionnalité. Cependant, cette disposition ne précise pas la relation existant entre l'article 52, § 1, de la Charte et l'article 5, § 4, première phrase du TUE, qui prévoit qu'« [e]n vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ». Pour une partie de la littérature juridique traitant du *principe* de proportionnalité dans le cadre de l'UE, l'acception dudit principe figurant dans le TUE et dans la Charte est similaire, la mention du second n'étant qu'une réaffirmation du premier⁽³⁰⁾.

29. En ce sens, A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, §§ 403 et s.

30. Voir p. ex. N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, *op. cit.*, §§ 192-193, qui analyse ce principe dans la jurisprudence de la CJUE indifféremment du domaine concerné, tout en relevant une application différente dans le contexte des droits fondamentaux.

903. Si nous souscrivons au fait que ces deux mentions de la proportionnalité incorporent des valeurs communes⁽³¹⁾, nous estimons cependant que leur acception ne se recoupent pas totalement et qu'elles ne revêtent pas la même nature juridique⁽³²⁾. Nous argumentons en particulier qu'il est important de distinguer la jurisprudence de la CJUE dans laquelle il est fait référence audit principe en tant que *condition de justification* des restrictions aux droits fondamentaux, telle qu'énoncée dans la Charte, de celle où il est fait référence audit principe en tant que *principe institutionnel*, lié à la nature particulière de l'UE. En ce sens, nous nous distancions d'une partie de la littérature juridique qui renonce à se prononcer sur la relation entre ces deux dispositions⁽³³⁾ car, selon nous, la rigueur du test de proportionnalité appliqué par la CJUE n'est pas identique dans les deux cas de figure.

A. – LES SPÉCIFICITÉS DE LA PROPORTIONNALITÉ DANS LA CHARTE

904. Pour détailler notre argument, rappelons qu'en tant que principe institutionnel de l'Union européenne, la proportionnalité trouve sa source juridique à l'article 5, § 4, du TUE, qui fait partie des *dispositions communes* dudit traité et s'impose aux institutions de l'UE dans l'ensemble de leurs activités⁽³⁴⁾. Conformément à cette disposition, le contenu et la forme de l'action de l'Union européenne ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. De plus, la seconde phrase de cette disposition précise que les « institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ». Les exigences découlant dudit principe sont ainsi précisées dans un protocole n° 2 au TUE, portant sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

31. Voir *supra*, Partie 1, titre 1, chap. 2, setion 2, let. B., au sujet de l'acception des principes généraux de l'UE, dont fait partie le principe de proportionnalité. Voir ég. T. TRIDIMAS, « Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny », in E. ELLIS (édit.), *The Principle of Proportionality*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 1999, pp. 66-84, p. 80.

32. À cet égard, d'aucuns estiment que « Strenge Massstäbe haben auch bei der eigentlich Verhältnismässigkeitsprüfung zu gelten, wobei das Verhältnis zu dem allgemeinen Prinzip der Verhältnismässigkeit in der Art. 5 Abs. 4 EUV noch nicht abschliessend geklärt ist » (M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.*, p. 786).

33. Voir not. Andrew LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, *op. cit.*, p. 177, qui ne procède à aucune précision conceptuelle sur la nature de la proportionnalité, la qualifiant tantôt de *principe*, tant de *forme d'analyse*.

34. Il n'est pas le lieu ici de présenter l'historique du développement de ce principe avant sa consécration dans le TUE. À ce propos, voir not. Nicholas EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, *op. cit.*

905. Il s'agit ainsi d'un principe juridique « *for the political institutions to observe in the exercise of their decision making functions* »⁽³⁵⁾, qui permet de contrôler l'étendue d'une législation – *i.e.* notamment d'éviter des dispositions excessivement détaillées – et de déterminer les moyens les moins intrusifs pour son implémentation afin d'éviter des législations excessives ou oppressives⁽³⁶⁾. En ce sens, le principe de proportionnalité a vocation à s'appliquer avant tout aux activités de *création de normes* propres au législateur de l'Union européenne et est étroitement lié au principe de subsidiarité. En effet, ce n'est que lorsque l'application du principe de subsidiarité suppose qu'une mesure de l'Union européenne doit être adoptée que l'application du principe de proportionnalité déterminera le type de mesure à adopter⁽³⁷⁾.

906. Le principe de proportionnalité conditionne ainsi l'adoption de tous les actes des institutions, de sorte que sa mention à l'article 52, § 1, de la Charte peut se concevoir comme une réaffirmation de l'application dudit principe à l'égard du législateur lorsqu'il adopte des normes permettant de restreindre des droits fondamentaux. À cet égard, rappelons que le législateur est expressément mentionné dans les explications relatives à l'article 52, § 3, de la Charte⁽³⁸⁾.

907. Dans le cadre de la présente étude, il convient néanmoins de relever que les activités du législateur de l'Union européenne sont distinctes de celles de la CJUE lorsqu'elle contrôle le respect de l'article 52, § 1, de la Charte. En effet, ce contrôle n'intervient qu'*après* que la norme permettant la restriction ait été adoptée. Dans ce contexte, le principe de proportionnalité, aux côtés des autres conditions énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte, n'est que l'un des éléments examinés par la CJUE pour apprécier le caractère justifié ou non d'une restriction à un droit fondamental. En ce sens, comme le relève l'Avocat général Pedro Cruz Villalón, si les contrôles opérés par le législateur et la CJUE au titre, respectivement, des articles 5, § 4, du TUE et 52, § 1, de la Charte, « peuvent suivre le même parcours, ils ne s'exercent pas, en revanche, avec les mêmes rigueurs »⁽³⁹⁾.

35. *Ibid.* p. 142.

36. *Ibid.* Sur la notion générale de *principe*, voir *supra* Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2.

37. *Ibid.*

38. Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, JOCE 303 du 14.12.2007, pp. et 17 s., ad. article 52, p. 33 : « Il en résulte en particulier que *le législateur*, en fixant des limitations à ces droits, doit respecter les mêmes normes que celles fixées par le régime détaillé des limitations prévu dans la CEDH, qui sont donc rendues applicables aux droits couverts par ce paragraphe, sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne » [souligné par nous].

39. Voir A G CRUZ VILLALÓN, 12 décembre 2013, *Digital Rights Ireland*, § 89.

908. En effet, le contenu de ces deux contrôles de proportionnalité porte sur des éléments différents⁽⁴⁰⁾, *i.e.* un contrôle sur l'intervention de l'Union dans le respect des compétences des États membres dans le cadre de l'article 5, § 4, du TUE et un contrôle de la justification des restrictions à l'exercice d'un droit fondamental dans le cadre de l'article 52, § 1, de la Charte. Il en découle, à notre sens, que l'apport de l'abondante jurisprudence de la CJUE interprétant le principe de proportionnalité à l'aune de l'article 5, § 4, du TUE ne peut être transposée *tel quel* à l'interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte. Une telle transposition ferait, en outre, fi du caractère nécessairement contextuel inhérent à l'application du principe de proportionnalité dans le domaine des droits fondamentaux, précisé ci-dessus⁽⁴¹⁾.

909. En ce sens, il convient d'apprécier avec prudence la jurisprudence de la CJUE rendue en application de l'article 52, § 1, de la Charte dans laquelle cette cour ou les parties en présence se réfèrent au principe de proportionnalité en mentionnant expressément l'article 5, § 4, du TUE ou la jurisprudence rendue dans ce contexte⁽⁴²⁾. À titre illustratif, mentionnons l'arrêt *Digital Rights Ireland*, dans lequel la juridiction de renvoi a formulé sa question préjudicielle de la façon suivante :

« La restriction faite aux droits de la partie requérante en matière d'utilisation de téléphonie mobile qui découle des exigences des articles 3, 4 et 6 de la directive 2006/24 est-elle incompatible avec l'article 5, paragraphe 4, TUE, en ce qu'elle est disproportionnée et qu'elle n'est pas nécessaire ou qu'elle est inappropriée pour atteindre les objectifs légitimes »⁽⁴³⁾.

910. Or, comme l'Avocat général Pedro Cruz Villalón l'a correctement relevé dans cette affaire, l'exigence de proportionnalité acquiert, dans le contexte de la Charte, une force particulière qu'elle n'a pas dans le cadre de l'article 5, § 4, TUE, en ce sens que « ce n'est pas la proportionnalité comme principe général de l'action de l'Union mais, bien plus spécifiquement, la

40. Voir not. R. STREINZ, « Artikel 5 », in R. STREINZ (édit.), *EUV/AEUV*, 2^e éd, Munich, Beck, 2012, pp. 47-66, p. 63 : « *Ogleich ein Aspekt des allgemein unionsrechtlichen Prinzips der Verhältnismässigkeit (übermassverbot), ist die kompetenzielle Verhältnismässigkeitsprüfung strikt von der grundrechtlichen zu unterscheiden. Dies ist nicht nur wegen zwei getrennt vorzunehmender Prüfungsschritte mit unterschiedlichem Inhalt erforderlich, sondern auch deshalb, weil die Rechtsprechung zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz als Bestandteil der Unionsgrundrechte nicht ohne weiteres auf die Kompetenzprüfung übertragen werden kann* ».

41. En ce sens, A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*

42. À titre illustratif, voir CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*, pts 74 et s., dans lequel la CJUE renvoie, à l'égard de la condition de justification qu'est la proportionnalité, à l'arrêt CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone*, pts 51 et s.

43. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, pt 18.

proportionnalité en tant que condition constitutive de toute limitation des droits fondamentaux » qui doit être analysée⁽⁴⁴⁾.

911. Précisons par conséquent que, dans les lignes qui suivent et sauf précision contraire, l'utilisation de la notion de *principe* de proportionnalité vise uniquement et strictement à rester au plus près de la formulation de l'article 52, § 1, de la Charte et s'entend donc comme se référant à la *condition* de justification qu'est la proportionnalité, et non à l'article 5, § 4, du TUE.

B. – LES COMPOSANTS DU TEST DE PROPORTIONNALITÉ

912. Avant d'examiner de façon détaillée la jurisprudence de la CJUE sur la condition de justification qu'est la proportionnalité, nous souhaitons brièvement présenter les éléments composant ladite condition, tels qu'ils ont été développés par la CJUE. Rappelons à cet égard que nous présentons ici les composants de la proportionnalité *propres au contexte de l'UE*, ces derniers pouvant diverger, au vu de leur nature contextuelle, des éléments composant le test de proportionnalité énoncé dans la CEDH ou dans les constitutions nationales⁽⁴⁵⁾.

913. La CJUE a itérativement jugé que la proportionnalité d'une mesure restrictive de droits fondamentaux émanant des institutions de l'UE exige « que les actes des institutions de l'Union ne dépassent pas les limites de ce qui est *approprié* et *nécessaire* à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que les inconvénients causés par celle-ci ne doivent *pas être démesurés* par rapport aux buts visés »⁽⁴⁶⁾. Cette acception de la proportionnalité suggère ainsi que

44. *Ibid.*, pt 133.

45. En effet, les composants du test de proportionnalité ainsi que leur interprétation dans le cadre de la justification de restriction aux droits fondamentaux varient au sein de chaque instrument. À titre illustratif, l'acception allemande de cette condition de justification diffère substantiellement de l'acception française. Pour aller plus loin, voir. not. N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, *op. cit.* Par ailleurs, dans la mesure où il ressort de la jurisprudence de la CJUE que le test de proportionnalité se compose de trois éléments et que ladite jurisprudence revêt, dans le cadre de la présente étude, une autorité juridique, nous ne remettons pas en cause ce constat. Relevons cependant qu'une partie de la littérature juridique théorique s'intéressant à la proportionnalité s'interroge sur la nature justifiée ou non de ces différents éléments et ne conçoit, dès lors, pas la proportionnalité de la même façon. Pour aller plus loin, voir not. G. LETSAS, « Rescuing Proportionality », in R. CRUFT, L. MATTHEW, et M. RENZO (édit.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 316-40.

46. Voir not. CJUE, 14 septembre 2017, *K.*, pt 37 ; CJUE, 15 février 2016, *J. N.*, pt 54 ; CJUE, 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, pt 45 ; CJUE, 23 octobre 2012, *Emeka Nelson*, pt 71 ; CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, pt 50 [souligné par nous].

cette condition de justification se compose de trois éléments, le défaut de l'un d'eux suffisant toutefois à déclarer une restriction disproportionnée.

914. Ainsi, il convient tout d'abord d'examiner si les mesures adoptées sont *aptées* à la réalisation des objectifs d'intérêt général reconnus par l'UE ou de la protection des droits et libertés d'autrui (i). Ensuite, il faut analyser si lesdites mesures ne vont pas *au-delà de ce qui est nécessaire* pour atteindre lesdits objectifs ou protéger lesdits droits – *i.e.* la réglementation la moins contraignante devant être privilégiée (ii)⁽⁴⁷⁾. Enfin, il convient également d'examiner si les inconvénients causés par la mesure ne sont pas démesurés par rapport aux finalités visées par celle-ci, ce qui revient à procéder à une *mise en balance* ou à un contrôle de la *proportionnalité stricto sensu* (iii).

915. Eu égard à la *proportionnalité stricto sensu*, relevons qu'elle a fait l'objet de nombreuses études et analyses. Nous ne prétendons cependant pas les réécrire ni même nous prononcer sur les innombrables difficultés qu'elles soulèvent ou en fournir une description. Nous souhaitons uniquement mettre en exergue certaines caractéristiques découlant de la jurisprudence de la CJUE où cette cour se livre – ou prétend se livrer – à une analyse de ce composant du test de proportionnalité. Par ailleurs, d'une façon générale, l'Avocat général Michal Bobek précise à juste titre que l'analyse de la condition de justification que constitue la proportionnalité doit inclure l'*ensemble* de ces trois composants⁽⁴⁸⁾. À titre illustratif, le fait que la mesure restrictive de droits fondamentaux ait été adoptée dans un domaine où les institutions de l'UE disposent d'un large pouvoir d'appréciation ne signifie pas que le contrôle de la proportionnalité réalisé par la CJUE doive se limiter à l'*aptitude*. Au contraire, cela signifie uniquement qu'un plus grand degré de déférence s'impose dans la *mise en œuvre* dudit contrôle, qui doit alors se limiter à détecter les vices *manifestes*⁽⁴⁹⁾.

916. Fort de ces observations, examinons à présent la jurisprudence de la CourEDH relative à la condition de justification qu'est la proportionnalité (Chapitre 2) avant d'analyser, de façon éclairée, la jurisprudence de la CJUE (Chapitre 3).

47. B. PIRKER, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review. A theoretical and Comparative Study*, op. cit., p. 29 : « Under the necessity test, the adjudication examines whether there exists an alternative measure which achieves the same degree of satisfaction for the first value while entailing a lower degree of non-satisfaction of the second value ». Ce composant incite ainsi à atteindre un « optimum de pareto ». Voir g. A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, op. cit., p. 631.

48. Voir les conclusions de Av. gén. BOBEK, 16 mars 2016, *Lidl*, pt 41.

49. *Ibid.*

CHAPITRE 2

LA PROPORTIONNALITÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUREDH

917. À l’instar de ce qui prévaut dans le contexte de l’UE, la CourEDH a relevé à de nombreuses reprises que la simple existence d’une base légale énonçant une finalité dont la protection est invoquée à l’appui d’une restriction à un droit fondamental ne suffit pas à justifier ladite restriction⁽¹⁾. Encore faut-il examiner si la restriction au droit fondamental concerné est proportionnée auxdites finalités. Toutefois, pour des raisons quelque peu obscures⁽²⁾, le libellé de la CEDH ne contient aucune formulation expresse de cette condition de justification en termes de *proportionnalité*.

918. À ce propos, l’énoncé des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH prévoit uniquement que pour être justifiées, les restrictions doivent être nécessaires dans une société démocratique. Sur ce point, la CourEDH a précisé que toute mesure restreignant un droit fondamental devait répondre à un besoin social impérieux et être *proportionnée* à la finalité poursuivie⁽³⁾, en soulignant que les finalités invoquées par les autorités nationales doivent apparaître pertinentes et suffisantes⁽⁴⁾.

919. Ainsi, le test de proportionnalité appliqué par la CourEDH porte tant sur l’analyse de la finalité invoquée à l’appui d’une restriction – devant figurer dans une base légale suffisante – que sur la nécessité de ladite mesure

1. Et ce dès l’arrêt CourEDH, 7 décembre 1976, *Handyside*, § 50.

2. Pour diverses opinions à ce sujet, voir not. J. GERARDS, « How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013, n° 2, pp. 466-490, p. 468.

3. Voir not. CourEDH, 7 juin 2016, *Şahin Kuş*, § 46 ; CourEDH, 12 septembre 2012, *Nada*, § 181 ; CourEDH, 22 avril 2013, *Animal Defenders*, § 105.

4. *Ibid.*

par rapport à ladite finalité. En ce sens, cette cour examine la nécessité dans une *société démocratique* – et donc le caractère *démocratique* – tant de la mesure restrictive que de la base légale sur laquelle elle est fondée, confirmant ainsi que la condition de la proportionnalité est intrinsèquement liée aux autres conditions de justification figurant dans la CEDH analysées dans les titres précédents et corroborant, au demeurant, leur caractère holistique⁽⁵⁾.

920. La vaste majorité de la littérature juridique ayant analysé la jurisprudence de la CourEDH y distingue les trois composants de la condition de justification qu'est proportionnalité figurant dans la jurisprudence de la CJUE et de diverses juridictions nationales⁽⁶⁾. Ces composants, développés initialement par la Cour constitutionnelle allemande⁽⁷⁾ portent, rappelons-le, sur l'*aptitude*, la *nécessité* et la *proportionnalité stricto sensu* de la mesure restreignant le droit fondamental concerné. Les deux premiers composants ont trait à la relation entre les moyens et les modes choisis pour restreindre le droit fondamental, d'une part, et la finalité invoquée à l'appui de ladite restriction, d'autre part, tandis que le dernier concerne la relation entre les divers intérêts en conflit⁽⁸⁾.

921. Dans le cadre de la CEDH, l'exigence qu'une mesure restrictive réponde à un *besoin social impérieux* emporte inéluctablement une appréciation de l'importance de la finalité invoquée, le besoin de protection de cette dernière devant être *impérieux*. De même, une mesure restrictive doit poursuivre une finalité *pertinente* et *suffisante*, de sorte que le choix des modes et moyens pour restreindre un droit fondamental doit être adapté à une telle finalité⁽⁹⁾. Par ailleurs, en sus de l'examen des relations entre les choix à l'origine de la mesure restrictive et la finalité invoquée, l'analyse relative aux divers intérêts en conflit se retrouve dans le cadre de l'examen de la *proportionnalité* de la mesure restrictive à ladite finalité, tel

5. S. BESSON, « Human Rights in Relation – A Critical Reading of the ECtHR's Approach to Conflicts of Rights », *op. cit.* ; O. DE SCHUTTER, F. TULKENS, « Rights in Conflict : The European Court of Human Right as a Pragmatic Institution », *op. cit.*, p. 215.

6. Voir not. J. GERARDS, « How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 469 ; B. PIRKER, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review. A theoretical and Comparative Study*, *op. cit.*, p. 222.

7. Pour aller plus loin sur l'interprétation de la condition de la proportionnalité en droit allemand, voir not. R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.* ; L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, Schwartz, 1981 ; B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker Humblot, 1976.

8. Voir not. B. PIRKER, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review. A theoretical and Comparative Study*, *op. cit.*, pp. 130 et s.

9. Voir not. M. FORDHAM, T. DE LA MARE, « Identifying the Principles of Proportionality », in J. JOWELL, J. COOPER (édit.), *Understanding Human Rights Principles*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 27-89, p. 53.

qu'entendue par la Cour EDH, plus spécifiquement dans la *proportionnalité stricto sensu*⁽¹⁰⁾.

922. Bien que ces composants du test de proportionnalité se retrouvent dans la jurisprudence de la Cour EDH, nous estimons nécessaire de présenter de façon détaillée l'interprétation donnée par cette cour à chacun desdits composants. En effet, comme nous l'étayons ci-dessous, des caractéristiques liées au libellé de cette condition de justification dans la CEDH et à la nature subsidiaire de cet instrument de protection influencent l'interprétation de la Cour EDH. À l'instar de la présentation des précédentes conditions de justification, nous exposons d'abord certaines caractéristiques découlant de la méthode d'interprétation de la Cour EDH (Section 1) puis examinons l'interprétation proprement dite de cette condition par la Cour EDH (Section 2).

SECTION 1. – LA MÉTHODE D'INTERPRÉTATION DE LA COUR EDH

923. S'il ne s'agit pas ici de présenter de façon exhaustive la méthode d'interprétation de la Cour EDH lors de l'examen de la condition de justification qu'est la proportionnalité, deux éléments caractéristiques nous semblent revêtir un intérêt particulier dans le cadre de la présente étude. Premièrement, nous relevons l'emphase exercée par la Cour EDH sur le troisième composant de la proportionnalité et l'importance que revêt le critère de la société démocratique dans l'interprétation de cette cour (*infra* A). Deuxièmement, nous souhaitons souligner le fait que la Cour EDH reconnaît une marge d'appréciation aux États parties lors du contrôle du respect de cette condition de justification (*infra* B).

924. Ces deux caractéristiques sont en réalité intrinsèquement liées, car l'examen du caractère *nécessaire dans une société démocratique* d'une restriction implique en réalité deux examens distincts et simultanés. Comme le relève Murat Tümay, il s'agit d'examiner la relation, d'une part, « *between the domestic and European powers in the field of the implementation of human rights* »⁽¹¹⁾ et, d'autre part, celle découlant du « *weighing up the conflicting interests of individuals and interests implied in the responsibilities of the governments in democracy* »⁽¹²⁾.

10. Voir *infra*, Partie 3, titre 4, chap. 2, section 2.

11. M. TÜMAY, « The Concept of 'Necessary in a Democratic Society' in Restriction of Fundamental Rights. A Reflection from European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 5.

12. *Ibid.*

925. Ainsi, les autorités nationales jouissent d'une marge d'appréciation pour évaluer l'existence, dans un cas concret, d'un besoin social impérieux dont la protection peut justifier des restrictions à des droits fondamentaux. En ce sens, ladite marge découle directement – sans toutefois devoir lui être assimilée – de la *subsidiarité substantielle* existant entre la CourEDH et les autorités des États parties⁽¹³⁾. Cette marge d'appréciation va toutefois de pair avec un contrôle de la CourEDH, qui porte sur l'appréciation, effectuée par les autorités nationales, des mesures restrictives en cause et de leur résultat sur les droits fondamentaux du requérant, d'une part, et sur sa propre appréciation desdites mesures restrictives, conformément aux exigences propres à la CEDH⁽¹⁴⁾.

A. – L'IMPORTANCE DE LA SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE

926. La jurisprudence examinée ci-dessous met en exergue que la CourEDH n'accorde pas la même importance, lors de son interprétation, aux trois composants de la proportionnalité. Comme le formule Janneke Gerards, « [t]he ECtHR tends to focus on the third requirement, stressing consistently that the search for a fair balance is inherent to the Convention »⁽¹⁵⁾. Certains auteurs estiment par ailleurs qu'une telle pratique se conçoit au vu du caractère subsidiaire – entendu au sens *procédural*⁽¹⁶⁾ – de la CEDH, soit du fait que les problématiques de l'aptitude et de la nécessité d'une mesure restrictive ont déjà fait l'objet d'une analyse par les juridictions nationales⁽¹⁷⁾.

927. C'est au travers du contrôle du caractère nécessaire *dans une société démocratique* d'une restriction – au sens des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH et tel qu'interprété par la CourEDH – que la CEDH introduit la *proportionnalité stricto sensu* parmi les composants

13. Voir *supra*, Partie 3, titre 1, chap. 2.

14. M. TÜMAY, « The Concept of 'Necessary in a Democratic Society' in Restriction of Fundamental Rights. A Reflection from European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 14. Voir ég. S. COLELLA, « The Consistency Requirement between the ECHR and the EU Charter in the Context of Limitations of Fundamental Rights », *op. cit.*

15. J. GERARDS, « How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 468. Voir ég. B. PIRKER, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review. A theoretical and Comparative Study*, *op. cit.*, p. 225 : « Generally, the two prongs of suitability and necessity play a rather subordinate role in the case law of the court » ; S. TSAKYRAKIS, « Proportionality: An Assault on Human Rights? », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 2009, n° 3, pp. 468-493, p. 474 ; A. ZYSSET, *The ECHR and Human Rights Theory: Reconciling the Moral and the Political Conceptions*, *op. cit.*, p. 148.

16. Voir *supra* Partie 3, titre 1, chap. 2.

17. S. GREER, « "Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate », *Cambridge Law Journal*, vol. 63, 2004, n° 2, pp. 412-434, p. 433.

de la condition de justification qu'est la proportionnalité⁽¹⁸⁾. Bien que les liens ténus – et, certes, controversés – qu'entretiennent la démocratie et les droits fondamentaux, et à plus forte raison à l'échelle internationale⁽¹⁹⁾, permettent de concevoir un tel contrôle, ce dernier soulève néanmoins certaines interrogations relatives à l'acceptation de la *société démocratique*.

928. Dans le contexte de la CEDH, l'exigence de la *société démocratique* n'est qu'une réaffirmation de l'importance que lui accorde le Conseil de l'Europe⁽²⁰⁾. En effet, dans le préambule du Statut du Conseil de l'Europe, signé à Londres en 1949, les États parties se déclarent « attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable ». Dans la mesure où, dès son arrêt *Golder*, la Cour EDH a précisé, au terme d'une interprétation téléologique, que le préambule d'un traité revêtait une grande utilité pour déterminer l'objet et le but de l'instrument à interpréter⁽²¹⁾, elle a marqué son attachement à une acceptation de la *démocratie* propre aux institutions du Conseil de l'Europe⁽²²⁾, parfois qualifiée de « standard européen de la démocratie »⁽²³⁾.

18. Voir S. TSAKYRAKIS, « Proportionality: An Assault on Human Rights? », *op. cit.*, p. 476 : « The concept of the restrictions necessary in a democratic society is supposed to lead to the principle of proportionality, that is, a balancing approach that requires the intensity of the restriction not to be excessive in relation to the legitimate needs and interests, which the specific restriction aims to redress ».

19. Sur ce sujet, voir not. F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Montpellier, Faculté de droit de Montpellier, 2006 ; O. JACOT-GUILLARMOD, « Rapport entre démocratie et droits de l'homme », in *Démocratie et Droits de l'Homme*, Actes du colloque de Thessalonique des 24 et 25 septembre 1987, Strasbourg, Engel, 1990, pp. 49-72 ; A. ZYSSET, *The ECHR and Human Rights Theory: Reconciling the Moral and the Political Conceptions*, *op. cit.* ; G. TENEKIDES, « Rapport entre démocratie et droits de l'homme », in *Démocratie et Droits de l'Homme*, Actes du colloque de Thessalonique des 24 et 25 septembre 1987, Strasbourg, Engel, 1990, pp. 10-48 ; A. ÚBEDA DE TORRES, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Reus, 2006.

20. F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, *op. cit.*, pp. 45-46 : « Aux fins de cette interprétation [*ndla* : l'interprétation des clauses de restriction figurant aux second paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH], en l'absence de définition de la notion de société démocratique, elles [*ndla* : la défunte Commission et la Cour] ont invoqués le « patrimoine commun » inscrit dans le préambule et l'article 3 du Statut de Londres, dont la réalisation constitue l'idéal démocratique que le Conseil de l'Europe poursuit et que nous appelons la « démocratie véritable ».

21. Cour EDH, 21 février 1975, *Golder*, § 34.

22. En ce sens, voir not. F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY (édit.), *Raisonnement la raison d'État, vers une Europe des droits de l'Homme*, p. 410 ; F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, *op. cit.*, p. 109.

23. Voir le titre de la thèse de F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, *op. cit.*

929. Nous estimons dès lors indispensable d'examiner brièvement l'acception (*infra* 1) et la fonction (*infra* 2) du critère de la *société démocratique*, tels qu'ils découlent de la jurisprudence de la CourEDH, afin d'en saisir l'importance dans l'interprétation de la condition de justification qu'est la proportionnalité et être en mesure, par la suite, d'examiner l'interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte à la lumière de nos observations.

1. – L'acception de la société démocratique

930. L'acception de la *société démocratique* contenue dans le composant de la condition de justification qu'est la *nécessité dans une société démocratique* n'a jamais été précisément spécifiée par la CourEDH. Ainsi, comme le relève Florence Jacquemot, la « directive "nécessaire dans une société démocratique" trouve un contenu par son application c'est à dire par l'interprétation que le juge européen donne au standard »⁽²⁴⁾. Ce n'est dès lors qu'en examinant *in concreto* la nécessité d'une mesure restrictive de droits fondamentaux que la CourEDH décide de sa conformité avec le fameux standard démocratique, tel qu'entendu dans la CEDH⁽²⁵⁾. Formulé autrement, la seule forme de *nécessité* susceptible de justifier des restrictions à l'un des droits fondamentaux énumérés aux articles 8 à 11 de la CEDH est celle qui peut se réclamer de la *société démocratique*⁽²⁶⁾.

931. La jurisprudence de la CourEDH permet d'identifier certaines caractéristiques ou matrices d'une *société démocratique* au sens de la CEDH. L'acception de la société démocratique est ainsi spécifiée dans les arrêts de la CourEDH et structurée selon diverses caractéristiques définies par cette dernière, qui sont susceptibles d'évoluer au fil d'une interprétation dynamique⁽²⁷⁾. À cette fin, la CourEDH s'appuie sur le patrimoine commun revendiqué par le Conseil de l'Europe pour déterminer le contenu de ce standard.

932. La prééminence du droit, la dignité humaine, le pluralisme, la tolérance, l'esprit d'ouverture, la transparence ainsi que la non-discrimination sont autant de « traits spécifiques du modèle européen de société démocratique » identifiables dans la jurisprudence de la

24. *Ibid.*, p. 151.

25. A. ZYSSET, *The ECHR and Human Rights Theory: Reconciling the Moral and the Political Conceptions*, *op. cit.*, pp. 148-149.

26. *Ibid.*, pp. 142-143.

27. *Ibid.*, pp. 151 et s.

CourEDH⁽²⁸⁾. Cette cour conçoit ainsi la société démocratique comme intégrant, d'une part, une protection accrue de *l'identité individuelle* – qui relève « du principe matriciel de la dignité humaine, est un corollaire du principe du pluralisme dans une société démocratique »⁽²⁹⁾ – et, d'autre part, un renforcement de *la participation de la société civile*⁽³⁰⁾.

933. Eu égard à la protection de *l'identité individuelle*, force est de relever que différentes convictions personnelles construisent l'identité d'une personne, convictions qui peuvent notamment avoir trait à la religion ou à la culture. À titre illustratif, concernant l'identité religieuse, la CourEDH a eu l'occasion de rappeler dans l'affaire *S.A.S. c. France* que « la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention » et figure « parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – qui ne saurait être dissocié de pareille société »⁽³¹⁾.

934. Par ailleurs, la société démocratique à laquelle se réfère la CourEDH renvoie à une idée de « participation renforcée de la société civile à la chose publique, une participation ouverte à la diversité des intérêts en présence »⁽³²⁾. Dans ce cadre, *la participation de l'ensemble de la société civile* au débat public est essentielle et implique notamment la reconnaissance d'une importante liberté d'expression. La CourEDH a ainsi indiqué dans son arrêt *Mouvement raëlien c. Suisse* que la « liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » et a précisé qu'« elle vaut non seulement pour les “informations” ou “idées” accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de “société démocratique” »⁽³³⁾.

28. F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, op. cit., p. 297.

29. En ce sens, voir l'analyse jurisprudentielle détaillée d'A. Zysset relative au critère de la société démocratique dans les droits fondamentaux énoncés aux articles 8 à 11 de la CEDH : A. ZYSSET, *The ECHR and Human Rights Theory: Reconciling the Moral and the Political Conceptions*, op. cit., chap. 8.2 à 8.6.

30. F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, op. cit., pp. 423 et s.

31. Voir p. ex. CourEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S.*, § 124 ; CourEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis*, § 31. Voir ég. CourEDH, 11 juillet 2017, *Belcacemi*, § 53.

32. F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, op. cit., p. 436.

33. Voir CourEDH, 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse*, § 48 ; CourEDH, arrêt du 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, requ. n° 27510/08, § 196.

935. Il ressort donc de cette jurisprudence que l'acceptation de la *société démocratique* n'est pas figée mais se construit sur un dialogue continu entre les « pouvoirs et la société civile »⁽³⁴⁾, en dépit de certaines incohérences parfois identifiables au sein de ladite jurisprudence⁽³⁵⁾.

2. – La fonction de la société démocratique

936. Selon Florence Jacquemot, la fonction initiale du critère de la *société démocratique*, tel qu'interprété par la CourEDH, est de guider l'interprétation de la CEDH. En ce sens, il permet à la CourEDH de donner des directives dans l'application de l'article en cause, ce qui a notamment pour conséquence de coordonner les systèmes juridiques nationaux sur des règles précises⁽³⁶⁾.

937. Pour Alain Zysset, le critère de la *société démocratique* permet essentiellement à la CourEDH de développer un ensemble de raisons susceptibles de justifier une mesure restrictive de droits fondamentaux⁽³⁷⁾. Autrement dit, le fait qu'une restriction repose sur une base légale et poursuive un objectif d'intérêt général ou le besoin de protection des droits et libertés d'autrui n'étant pas suffisant, c'est au travers de la référence à la *société démocratique* que la CourEDH développe les raisons permettant de justifier des mesures restrictives de droits fondamentaux.

938. À notre sens, ces fonctions de *guide interprétatif* et de *justification* se retrouvent toutes deux dans la jurisprudence de la CourEDH et se complètent. En effet, bien que les caractéristiques identifiées ci-dessus propres à l'acceptation de la *société démocratique* dans la CEDH ne soient pas exemptes de toutes critiques dans la littérature juridique, cette dernière reste néanmoins unanime sur le fait qu'elles permettent de structurer les délibérations des juges de la CourEDH portant sur les mérites des différentes solutions envisageables dans un cas d'espèce⁽³⁸⁾. En ce sens,

34. F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, op. cit., p. 589.

35. *Ibid.*, pp. 588 et s. Voir ég. CourEDH, 1^{er} juillet 2014, S.A.S., § 128 : « Le pluralisme et la démocratie doivent également se fonder sur le dialogue et un esprit de compromis, qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique ».

36. F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, op. cit., pp. 369 et s.

37. A. ZYSSET, *The ECHR and Human Rights Theory: Reconciling the Moral and the Political Conceptions*, op. cit., p. 153, qui estime que « the practical reason of the ECtHR is not found within the application of formal rules that the ECtHR applies at the stage of interpretation » et s'est ainsi donné pour tâche « to identify the "target set of normative judgments" in which the practical reason of the ECtHR is most salient ».

38. O. DE SCHUTTER, F. TULKENS, « Rights in Conflict : The European Court of Human Right as a Pragmatic Institution », op. cit., pp. 214-215.

elles encadrent les échanges portant sur le caractère finalement *justifié* ou non de la mesure restrictive et guident les juridictions des États parties lors de leurs propres contrôles de mesures nationales à l'égard de la CEDH. Nous rejoignons ainsi Alain Zysset qui estime que « *despite the prima facie opaqueness of the interpretation stage, both the balancing stage and, more specifically, the third step of "democratic society" play a crucial role in striking the balance* »⁽³⁹⁾.

B. – LA MARGE D'APPRÉCIATION RECONNUE AUX ÉTATS PARTIES

939. En tant que seconde caractéristique de la méthode d'interprétation de la Cour EDH, nous souhaitons mettre en exergue le rôle que revêt la marge d'appréciation reconnue aux États parties dans l'interprétation, par la Cour EDH, de la proportionnalité d'une mesure restrictive. En ce sens, la marge d'appréciation est appréhendée telle qu'elle découle de la *subsidiarité substantielle* du contrôle effectuée par la Cour EDH par rapport à celui des juridictions nationales⁽⁴⁰⁾. À cet égard, une importante partie de la littérature juridique considère la *proportionnalité* et la *marge d'appréciation* comme étant complémentaire⁽⁴¹⁾, bien que leur relation ne soit pas aisée à appréhender.

940. Ainsi, en ce qu'elle détermine le degré du contrôle de la Cour EDH lors de l'examen du respect, par les États parties, de leurs obligations découlant de la CEDH⁽⁴²⁾, la marge d'appréciation joue un rôle essentiel dans le raisonnement de cette cour⁽⁴³⁾. Nous argumentons par conséquent qu'un bref aperçu de l'émergence de la marge d'appréciation (*infra* 1), de sa

39. A. ZYSSET, *The ECHR and Human Rights Theory: Reconciling the Moral and the Political Conceptions*, op. cit., p. 207.

40. Voir *supra* Partie 3, titre 1, chap. 2.

41. Voir p. ex. Y. ARAI-TAKAHASHI, qui estime « possible to consider the application of the proportionality principle as the other side of the margin of appreciation » (Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, op. cit., p. 14). Voir aussi F. MATSCHER, « Methods of Interpretation of the Convention » in R. McDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (édit.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Boston, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 63-82, p. 79. *Contra*, voir S. GREER, « "Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate », op. cit., p. 424, qui estime qu'il revient à la Cour EDH d'interpréter les droits de la CEDH et de résoudre les conflits entre eux, de sorte qu'il ne peut y avoir de marge d'appréciation à cet égard.

42. T. O'DONNELL, « The Margin of Appreciation Doctrine : Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 4, 1982, pp. 474-496, p. 475.

43. A. ZYSSET, *The ECHR and Human Rights Theory: Reconciling the Moral and the Political Conceptions*, op. cit., pp. 143-144 : « It is therefore a jurisprudential creation that takes us to the core of the reasoning practiced by the ECtHR in its role of arbiter of interests ».

fonction (*infra* 2) et des modes de détermination de son étendue (*infra* 3) dans le contexte spécifique des restrictions aux droits fondamentaux est indispensable pour comprendre correctement le régime des justification des restriction aux droits fondamentaux de la CEDH.

1. – L'émergence de la marge d'appréciation

941. La première mention expresse de la marge d'appréciation au niveau international a eu lieu dans la jurisprudence de la CourEDH⁽⁴⁴⁾ et s'est développée dans trois contextes distincts. Tout d'abord, la CourEDH a admis la nécessité de reconnaître une telle marge dans le cadre de l'invocation de la dérogation prévue à l'article 15 de la CEDH. Ainsi, dès l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*⁽⁴⁵⁾, cette cour a estimé qu'« [e]n contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer. L'article 15 § 1 (art. 15-1) leur laisse en la matière une large marge d'appréciation »⁽⁴⁶⁾.

942. Par la suite, cette cour a élargi ces considérations à la détermination des droits fondamentaux de la CEDH concernés dans un cas d'espèce⁽⁴⁷⁾. Ainsi, la CourEDH s'est référée à la marge d'appréciation des États parties dans le cadre de l'*interdiction des discriminations*, énoncée à l'article 14 de la CEDH. En ce sens, selon une jurisprudence constante de cette cour, « pour qu'une question se pose au regard de l'article 14 il doit y avoir une différenciation dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. [...]. Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement »⁽⁴⁸⁾.

44. A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, *op. cit.*, p. 418.

45. CourEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*. Quelques références antérieures peuvent également être identifiées dans des décisions de la CommEDH ; à ce propos voir Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, *op. cit.*, p. 5.

46. *Ibid.*, § 207.

47. H. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Court of Human Rights Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 56 : « the doctrine, originating as a state defense in extraordinary cases of national derogation from the Convention under Article 15, was effectively transposed to as a standard for judging alleged state transgression in non-emergency situation in the "Personal Freedoms" domain, mostly under Articles 8-11 ».

48. CourEDH, 19 février 2013, *X et al.*, § 98. Voir ég. CourEDH, 12 avril 2006, *Stec*, §§ 51-52 ; CourEDH, 26 février 2002, *Fretté*, § 40. Pour aller plus loin, voir not. E. KLEBER, *La*

943. Enfin, la marge d'appréciation a également été appliquée dans le contexte des restrictions aux droits fondamentaux, notamment en ce qui concerne les seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH⁽⁴⁹⁾. Plus spécifiquement, c'est lors du contrôle de la proportionnalité d'une mesure nationale, au sens de ces dispositions⁽⁵⁰⁾, et en particulier lors de la détermination de l'existence d'un *besoin social impérieux*, que la Cour EDH reconnaît aux autorités nationales une marge d'appréciation. Ladite marge d'appréciation peut ainsi être définie comme la latitude reconnue aux autorités nationales dans l'examen du caractère justifié ou non d'une restriction à un droit fondamental⁽⁵¹⁾.

2. – La fonction de la marge d'appréciation

944. Comme déjà mentionné, la marge d'appréciation découle de la subsidiarité substantielle inhérente à la CEDH et prévoit que la Cour EDH s'en remette, à des degrés divers, aux jugements des autorités nationales concernant l'interprétation du caractère proportionné des mesures restrictives en cause, en fonction du contexte⁽⁵²⁾. Au vu du nombre d'États parties à la CEDH et de la nature contextuelle de l'interprétation des juridictions nationales, la littérature juridique s'accorde ainsi à dire que la marge d'appréciation a, entre autre, la fonction d'accommoder la diversité qui existe entre les États parties⁽⁵³⁾. Autrement dit, elle permet à la

discrimination multiple. Etude de droit international, suisse et européen, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2015, pp. 114 et s.

49. Relevons que la jurisprudence relative à d'autres droits fondamentaux garantis par la CEDH, tels que les articles 5 et 6 de la CEDH, illustre également l'application de la doctrine de la marge d'appréciation, mais elle n'est pas traitée dans le cadre de la présente étude. À cet égard, voir. p. ex. Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, *op. cit.*, pp. 8-9.

50. O. ARNARDÓTTIR, D. GUDMUNDSDÓTTIR, « Speaking the same language? Comparing judicial restraint at the ECtHR and the ECJ », in O. ARNARDÓTTIR, A. BUYSE (édit.), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection. Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, Londres, New York, Routledge, 2016, pp. 161-188, p. 180.

51. E. BREMS, « The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity Within Europe », in D. FORSYTHE, P. McMAHON (édit.), *Human Rights and Diversity : Area Studies Revisited*, Lincoln, Londres, University of Nebraska Press, 2003, pp. 81-110, p. 82 : « The margin of appreciation is deference to national bodies in the examination of whether a restriction of a convention right is acceptable or not ». Voir ég. S. GREER, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossiers sur les droits de l'homme n° 17, Strasbourg, Publication du Conseil de l'Europe, 2000, p. 5.

52. S. BESSON, « Subsidiarity in International Human Rights Law – What is Subsidiary about Human Rights », *op. cit.*, p. 81.

53. Voir p. ex. F. MENA PARRAS, « From Strasbourg to Luxembourg ? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », *Centre Perelman de Philosophie du Droit, Working Paper 2015/7*, p. 3 ; Y. ARAI-TAKAHASHI, « The margin of appreciation doctrine: a theoretical

CourEDH d'ajuster l'intensité de son contrôle de la conformité de mesures nationales avec les exigences découlant de la CEDH⁽⁵⁴⁾.

945. La CourEDH a elle-même reconnu cette fonction en précisant de façon récurrente que « [l']adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ». Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante »⁽⁵⁵⁾.

946. À cet égard, la CourEDH a également précisé qu'elle n'a point pour tâche de se substituer aux autorités nationales compétentes, mais qu'il lui incombe de considérer « l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent pertinents et suffisants »⁽⁵⁶⁾. Par conséquent, comme le formule Janneke Gerards, « *the Court will more easily accept the reasons and arguments advanced by the government, except for situations in which the arguments are clearly unconvincing or disclose arbitrary decision-making* »⁽⁵⁷⁾.

947. Il importe également d'être conscient du fait qu'afin d'éviter que les États parties n'usent systématiquement de leur marge d'appréciation pour justifier des restrictions et n'abaissent dès lors le niveau minimal de protection des droits fondamentaux garantis par la CEDH, la CourEDH admet que l'étendue de ladite marge puisse varier en fonction des circonstances du cas d'espèce⁽⁵⁸⁾.

3. – L'étendue de la marge d'appréciation

948. La détermination, par la CourEDH dans une situation donnée, de l'étendue de la marge d'appréciation reconnue à un État partie n'est

analysis of Strasbourg's variable geometry », in A. FØLLESDAL, B. PETERS, G. ULFSTEIN (édit.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 62-105, pp. 97-102.

54. *Ibid.*

55. CourEDH, 6 juillet 2010, *Gözel et Özer*, § 46 ; CourEDH, 15 octobre 2015, *Perinçek*, § 196.

56. CourEDH, 15 octobre 2015, *Perinçek*, § 196.

57. J. GERARDS, « Diverging Fundamental Rights Standards and the Role of the European Court of Human Rights », in M. CLAES, M. DE VISSER (édit.), *Constructing European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 4-5.

58. *Ibid.*, p. 5.

pas aisée⁽⁵⁹⁾. En effet, s'il est admis que différents facteurs interviennent dans cette détermination⁽⁶⁰⁾, leur prise en compte par la Cour EDH et l'influence qu'ils sont susceptibles d'exercer comportent de nombreuses incertitudes⁽⁶¹⁾, d'aucuns allant jusqu'à qualifier la marge d'appréciation de pure « *rhetorical device* »⁽⁶²⁾. Bien qu'il ne soit pas le lieu ici d'examiner en détail ces critiques et chacun de ces facteurs dans la jurisprudence de la Cour EDH⁽⁶³⁾, nous ne pouvons faire l'économie de mentionner les principaux facteurs de variation de l'étendue de ladite marge compte tenu du rôle qu'ils jouent également dans le contexte de la Charte.

949. La jurisprudence de la Cour EDH démontre ainsi que l'étendue de la marge d'appréciation varie, notamment, en fonction du droit fondamental faisant l'objet de la restriction, de la nature de ladite restriction, du texte et de l'objectif de la disposition de la CEDH en cause, des circonstances du cas d'espèce, de l'existence d'un consensus entre les États parties relatives aux mesures à adopter dans un tel cas d'espèce, ou encore de considérations de politiques nationales (à caractère social, économique, environnemental, territorial, etc.)⁽⁶⁴⁾.

950. Précisons toutefois que la reconnaissance d'une large marge d'appréciation n'est pas nécessairement à l'avantage de l'État partie en cause⁽⁶⁵⁾, qui supporte en conséquence la charge de prouver que la mesure restrictive contestée a été adoptée au terme d'une appréciation circonstanciée de l'ensemble des éléments pertinents. De plus, l'octroi d'une marge d'appréciation étendue aux États parties n'empêche pas la

59. *Ibid.*, p. 5 : « *The Court has always made clear that there is an important difference between a 'wide' and a 'narrow' margin of appreciation, even if this does not translate in very clear standards of review* ». Voir ég. J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 267.

60. D. SPIELMANN, « *Allowing the Right Margin : The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?* », *op. cit.*, pp. 392-411.

61. F. TULKENS, L. DONNAY, « *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature* », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 1, 2006, pp. 3-23, p. 15.

62. J. GERARDS, « *Diverging Fundamental Rights Standards and the Role of the European Court of Human Rights* », *op. cit.*, p. 7.

63. À cet égard, voir not. M. FOROWICZ, « *State Discretion as a Paradox of EU Evolution* », *EUI Working Paper, MWP 2011/27*.

64. À cet égard, voir not. M. FOROWICZ, « *State Discretion as a Paradox of EU Evolution* », *op. cit.*, p. 8 ; F. TULKENS, L. DONNAY, « *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature* », *op. cit.*, pp. 15-20, F. MENA PARRAS, « *From Strasbourg to Luxembourg ? Transposing the margin of appreciation concept into EU law* », *op. cit.*, p. 4.

65. S. GREER, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 10.

CourEDH de se livrer à un examen approfondi des procédures et mesures nationales lorsqu'elle l'estime approprié⁽⁶⁶⁾.

951. Enfin, mentionnons que la marge d'appréciation a fait et continue de faire l'objet de nombreuses et diverses critiques de la part de la littérature juridique, dont il convient d'être conscient. Aux titres de ces dernières, il est notamment argumenté que la marge d'appréciation minimise les aspirations que devrait poursuivre la CEDH et l'universalité des droits fondamentaux⁽⁶⁷⁾, qu'elle induit une retenue judiciaire excessive de la part de la CourEDH⁽⁶⁸⁾, ou encore que le manque de clarté entourant cette notion engendre des incertitudes et porte atteinte à la légitimité des jugements de la CourEDH⁽⁶⁹⁾.

SECTION 2. – L'INTERPRÉTATION DE LA PROPORTIONNALITÉ

952. Contrairement à une partie de la littérature juridique⁽⁷⁰⁾, nous ne structurons pas notre analyse de la jurisprudence de la CourEDH en fonction de chacun des composants de la condition de justification qu'est la proportionnalité – *i.e.* *aptitude, nécessité et proportionnalité stricto sensu* – et indépendamment du droit fondamental en cause ou du contexte des restrictions.

953. Nous privilégions en effet un examen *in concreto* desdits composants – *i.e.* par rapport à chacune des finalités énoncées dans la CEDH – en mettant un accent particulier sur les arrêts concernant des droits

66. Voir p. ex. CourEDH, 6 septembre 1978, *Klass* ; CourEDH, 26 mars 1987, *Leander*.

67. E. BENVENISTI, « Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards », *International Law and Politics*, vol. 31, 1999, pp. 853-854, p. 843 : « The judicial output of the ECHR and the other international bodies carries the promise of setting universal standards for the protection and promotion of human rights. These universal aspirations are, to a large extent, compromised by the doctrine of margin of appreciation ».

68. En ce sens, voir not. C. MORRISSON, *The Dynamics of Development in the European Human Rights Convention System*, La Haye, Boston, Londres, Martinus Nijhoff, 1981, pp. 6-7.

69. H. YOURROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Court of Human Rights Jurisprudence*, *op. cit.* ; K. DZEHTSIATOU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 131. Voir ég. A. ZYSSET, *The ECHR and Human Rights Theory: Reconciling the Moral and the Political Conceptions*, *op. cit.*, p. 143.

70. Voir not. J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, *op. cit.* ; S. GREER, « Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, 2003, pp. 405-433 ; S. GREER, « “Balancing” and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate », *op. cit.* ; G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.* ; A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, *op. cit.*

fondamentaux de la CEDH jugés *correspondant* à des droit fondamentaux de la Charte. En ce sens, dans le prolongement du titre précédent, nous distinguons la jurisprudence de la Cour EDH interprétant la condition de justification que constitue la proportionnalité d'une mesure par rapport à une telle finalité (*infra* A) de celle l'interprétant par rapport à un droit ou une liberté d'autrui (*infra* B).

A. – LA PROPORTIONNALITÉ PAR RAPPORT AUX FINALITÉS

954. Dans les lignes qui suivent, nous examinons principalement la même jurisprudence de la Cour EDH que présentée dans le titre précédent relatif aux finalités susceptibles d'être invoquées pour justifier des restrictions, en mettant cette fois l'accent sur l'interprétation de la condition de justification qu'est la proportionnalité.

1. – La sécurité nationale, la sécurité et la sûreté publiques

955. Eu égard à la proportionnalité d'une mesure restrictive de droits fondamentaux poursuivant les finalités que constituent la sécurité nationale et la sûreté publique, attardons-nous sur trois affaires relatives à des restrictions au droit fondamental à la vie privée et familiale⁽⁷¹⁾. Premièrement, revenons sur l'arrêt *Nada c. Suisse*, relatif à la résolution 1333 du Conseil de sécurité de l'ONU élargissant le régime des sanctions de l'organisation *Al-Qaïda* à toute personne entretenant des relations avec cette organisation et figurant sur une liste. La législation suisse transposant cette résolution prévoyait l'interdiction d'entrée et de séjour aux personnes visées par ladite liste, parmi lesquelles figurait le requérant. Ce dernier s'était dès lors plaint d'une violation de son droit fondamental à la vie privée et familiale dans la mesure où il vivait dans une enclave italienne située dans un canton suisse et que ladite interdiction rendait difficile tous contacts avec ses proches résidant hors de l'enclave.

956. Après avoir admis que la mesure litigieuse visait notamment à contribuer à la sécurité nationale et à la sûreté publique, la Cour EDH a examiné si la résolution en cause laissait « aux États une certaine liberté dans leur mise en œuvre et, en particulier, si elles permettaient en l'espèce aux autorités de prendre en compte le caractère très spécial de la situation du requérant et, dès lors, de se conformer aux exigences de l'article 8 de

71. Pour une illustration relative à des restrictions au droit fondamental à la liberté d'expression justifiées par ces finalités, voir not. Cour EDH, 23 juin 2016, *Brambilla*, §§ 57-68.

la Convention »⁽⁷²⁾. À ce propos, la CourEDH a estimé en l'espèce que bien qu'elles soient contraignantes, les résolutions du Conseil de sécurité laissaient un libre choix aux États parties entre différents moyens pour se conformer à leurs obligations.

957. Au terme de son examen du caractère *nécessaire dans une société démocratique* de la restriction en cause, la CourEDH a conclu que les autorités suisses n'avaient pas suffisamment pris en compte les spécificités de l'affaire, notamment la situation géographiquement unique de l'enclave italienne en Suisse, la durée considérable des mesures infligées ainsi que la nationalité, l'âge et l'état de santé du requérant⁽⁷³⁾. Compte tenu de ces spécificités, la latitude dont jouissaient lesdites autorités dans la mise en œuvre du régime des sanctions applicable au requérant aurait dû leur permettre de ne pas empiéter sur le droit fondamental à la vie privée et familiale de l'intéressé. Ainsi, la CourEDH a estimé que la restriction n'était pas proportionnée, et ce sans s'attarder sur le caractère *nécessaire* de la mesure ni proposer d'alternatives susceptibles de porter une atteinte moindre aux droits fondamentaux du requérant ; tout son raisonnement s'est orienté sur la *proportionnalité stricto sensu*⁽⁷⁴⁾.

958. Notons qu'un raisonnement distinct a été adopté dans la récente affaire *A.B. et al. c. France* concernant le placement des requérants en rétention plutôt que dans un Centre d'Accueil des Demandeurs d'Asile (CADA) dans l'attente de leur renvoi. La CourEDH, après avoir rappelé que les autorités nationales devaient ménager « un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble »⁽⁷⁵⁾, a observé qu'en l'espèce, les autorités nationales ne s'étaient pas prononcées « sur la possibilité pour les requérants de bénéficier d'un hébergement au CADA où ils résidaient avant leur placement en rétention ou chez un proche »⁽⁷⁶⁾. Par conséquent, elle a elle-même procédé à un tel examen et a estimé qu'en l'absence de risque particulier de fuite, la rétention était disproportionnée en ce qu'elle ne satisfaisait pas au composant de la *nécessité* de la condition de justification de la proportionnalité, d'autres

72. CourEDH, 12 septembre 2012, *Nada*, § 175.

73. *Ibid.*, § 195.

74. À titre illustratif, au § 189 de l'arrêt, la CourEDH souligne l'ampleur de la mesure litigieuse, mais n'examine pas de variations concrètes envisageables dans sa mise en œuvre. De même, au § 190, cette cour examine la possibilité, pour le requérant, d'éviter de subir une restriction à ses droits fondamentaux, mais ne se prononce pas sur l'existence ou non de moyens alternatifs à l'endroit des autorités suisses pour éviter ladite restriction.

75. CourEDH, 12 juillet 2016, *A.B.*, § 50.

76. *Ibid.*, § 154. Voir ég. CourEDH, 12 juillet 2016, *A.M.*

mesures portant moins atteinte aux droits fondamentaux des requérants étant envisageables.

959. Deuxièmement, rappelons l'affaire *Roman Zakharov c. Russie*⁽⁷⁷⁾, concernant une restriction au droit fondamental à la vie privée et familiale du fait de l'interception de communications de téléphonie mobile autorisée conformément à la législation russe⁽⁷⁸⁾. Au terme d'une analyse minutieuse portant notamment sur la durée des mesures de surveillance secrète, les procédures d'autorisation et les modalités du contrôle de l'application des mesures de surveillance, la Cour EDH a estimé que les dispositions pertinentes du droit russe ne fournissaient pas de garanties suffisantes contre l'arbitraire⁽⁷⁹⁾. En particulier, les circonstances dans lesquelles les pouvoirs publics étaient habilités à recourir à ces mesures n'étaient pas définies de façon suffisamment claire et les procédures d'autorisation ne garantissaient pas que lesdites mesures ne soient ordonnées que lorsque cela était *nécessaire dans une société démocratique*⁽⁸⁰⁾. Ainsi, en estimant que la législation russe ne satisfaisait pas à l'exigence relative à la qualité de la loi et que, dès lors, elle ne pouvait garantir que les restrictions adoptées sur son fondement soient limitées à ce qui est nécessaire dans une société démocratique, la Cour a démontré une nouvelle fois le caractère holistique et le lien intrinsèque existant entre les différentes conditions de justification énoncées à l'article 8, § 2, de la CEDH.

960. Enfin, dans l'affaire *S.A.S. c. France*⁽⁸¹⁾, la Cour EDH a examiné la nécessité, au regard de la sûreté et de la sécurité publiques, au sens des seconds paragraphes des articles 8 et 9 de la CEDH, de l'interdiction absolue de porter une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public. Cette cour a rappelé qu'une telle interdiction « ne peut passer pour proportionnée qu'en présence d'un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique »⁽⁸²⁾. En l'espèce, elle a estimé que la finalité invoquée pouvait être « atteint[e] par une simple obligation de montrer leur visage et de s'identifier lorsqu'un risque pour la sécurité des personnes et des biens est caractérisé ou que des circonstances particulières conduisent à soupçonner une fraude identitaire »⁽⁸³⁾. Ce faisant, cette cour a rejeté le caractère *nécessaire* de la mesure en cause au regard de ces finalités et n'a, dès lors, pas eu à examiner la *proportionnalité stricto sensu*.

77. Cour EDH, 4 décembre 2015, *Roman Zakharov*.

78. Dans un contexte similaire, voir ég. Cour EDH, 7 juin 2016, *Karabeyoğlu*.

79. *Ibid.*, §§ 235-305.

80. *Ibid.*, § 302.

81. Cour EDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S.*, §§ 139 et s.

82. *Ibid.*, § 139.

83. *Ibid.*

2. – L'intégrité territoriale

961. Dans l'affaire *Bayar et Gürbüz c. Turquie*⁽⁸⁴⁾, relative à l'inculpation du rédacteur en chef et du propriétaire d'un quotidien turc pour propagande à l'unité indivisible de l'État à la suite de la publication de déclarations de membres de PKK, la CourEDH a porté une attention particulière au contexte lors de l'examen de la proportionnalité de la mesure litigieuse. À la lumière des mots employés dans les articles litigieux et du contexte de leur publication, cette cour a en effet constaté que lesdits articles ne contenaient aucun appel à l'usage de la violence, à la résistance armée ou au soulèvement, et qu'ils ne sauraient être considérés, en tant que tels, comme suffisants pour justifier la restriction du droit fondamental des intéressés à la liberté d'expression⁽⁸⁵⁾.

962. Dans cet arrêt, la CourEDH se réfère également à l'affaire *Gözel et Özer c. Turquie*, dans lequel elle rappelle que « [p]our apprécier si la « nécessité » de la restriction à l'exercice de la liberté d'expression est établie de manière convaincante, la Cour doit, conformément à sa jurisprudence, se situer essentiellement par rapport à la motivation retenue par les juges turcs »⁽⁸⁶⁾. En l'espèce, cette cour a relevé que les autorités nationales « n'ont procédé à aucune analyse de la teneur des écrits litigieux ni du contexte dans lequel ils s'inscrivaient au regard des critères énoncés et mis en œuvre par la Cour dans les affaires relatives à la liberté d'expression »⁽⁸⁷⁾.

963. De même, dans l'arrêt *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquie*⁽⁸⁸⁾, la CourEDH a examiné la restriction à la liberté d'expression découlant de la condamnation d'un syndicat turc du fait qu'il prônait l'accès à un enseignement dans la langue maternelle des individus, contrairement à ce que prévoit la Constitution turque qui ne reconnaît que le turc comme langue officielle. Le gouvernement défendeur ayant justifié ladite restriction en invoquant notamment la finalité qui vise à prévenir tous risques pour l'intégrité territoriale du pays, la CourEDH a cependant relevé que ledit gouvernement n'avait pas démontré que l'article litigieux poursuivait des fins cachées visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale du pays⁽⁸⁹⁾.

84. CourEDH, 27 novembre 2013, *Bayar et Gürbüz*.

85. *Ibid.*, §§ 34-35.

86. CourEDH, 6 juillet 2010, *Gözel et Özer*, § 51.

87. *Ibid.*

88. CourEDH, 25 septembre 2012, *Eğitim*.

89. *Ibid.*, § 75.

964. La restriction a dès lors été considérée comme disproportionnée, bien que la Cour EDH n'ait pas explicitement spécifié à l'aune duquel des composants de cette condition de justification elle fondait son constat. Ces deux derniers arrêts mettent ainsi en exergue l'importance accordée par la Cour EDH aux motivations développées respectivement par les juridictions nationales et le gouvernement défendeur lors de la justification des restrictions et, dès lors, au caractère nécessairement contextuel dans lequel s'inscrit son contrôle de la proportionnalité.

3. – La défense et la protection de l'ordre

965. En ce qui concerne l'article 8 de la CEDH, revenons sur l'affaire *Dadouch c. Malte*⁽⁹⁰⁾, dans laquelle les autorités maltaises ont refusé la reconnaissance d'un mariage entre un ressortissant maltais et une ressortissante russe afin de protéger l'ordre. Eu égard à la proportionnalité de la restriction au droit fondamental à la vie privée du requérant, la Cour EDH a noté que « *the Government have not given any reason justifying the need in a democratic society for refusing registration of the applicant's marriage for over two years* »⁽⁹¹⁾ et a estimé que dans les circonstances du cas, le refus de reconnaître le mariage constituait une restriction disproportionnée. La Cour EDH a ainsi réitéré l'importance accordée à la motivation de l'État défendeur, à l'instar des deux arrêts précédents. Elle a d'ailleurs procédé de même dans son arrêt *Kolonja c. Grèce*, concernant l'expulsion du requérant du territoire grec – où résidait sa famille et où il avait vécu près de vingt ans – en raison d'une condamnation pénale, en estimant « qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé en l'espèce, dans la mesure où l'interdiction pérenne du territoire grec faite au requérant n'était pas proportionnée aux buts poursuivis »⁽⁹²⁾.

966. De plus, dans l'affaire *D.L. c. Bulgarie*, la Cour EDH a examiné la proportionnalité du contrôle des appels téléphoniques de la requérante mineure, placée dans un centre éducatif⁽⁹³⁾. Plus précisément, il s'agissait d'écouter toutes les conversations téléphoniques, « de manière générale et indifférenciée à toutes les mineures, indépendamment de toute appréciation individuelle des exigences, en termes de sécurité, que pouvait requérir la personnalité de chacune d'elles »⁽⁹⁴⁾. Ainsi, au terme d'un examen de la *proportionnalité stricto sensu* des mesures litigieuses, la Cour EDH a

90. Cour EDH, 20 juillet 2010, *Dadouch* [arrêt non traduit en français].

91. *Ibid.*, § 56. Voir ég. Cour EDH, 7 juin 2016, *Şahin Kuş*, § 52.

92. Cour EDH, 19 mai 2016, *Kolonja*, § 57.

93. Cour EDH, 19 mai 2016, *D.L.*

94. *Ibid.* not. §§ 113-114.

conclu que ces dernières n'étaient pas fondées sur des finalités pertinentes et suffisantes et constituait dès lors des restrictions disproportionnées.

967. Dans le domaine de l'article 10 de la CEDH, la CourEDH a examiné dans l'arrêt *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquie* précité⁽⁹⁵⁾, la proportionnalité de la restriction à la liberté d'expression découlant de la condamnation du syndicat motivée par la finalité que constitue la défense de l'ordre. À ce propos, cette cour a toutefois jugé qu'en l'espèce, la disposition litigieuse des statuts du syndicat n'incitait pas à la violence et n'insufflait pas une haine profonde et irrationnelle envers des personnes identifiées⁽⁹⁶⁾. Ceci confirme ainsi que le fait, pour un État défendeur, de se prévaloir d'une finalité ne suffit pas à justifier toute restriction, encore faut-il que cette dernière apparaisse pertinente et suffisante aux yeux de la CourEDH, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

968. Toujours dans le cadre de l'article 10 de la CEDH, relevons l'affaire *Novikova et al. c. Russie*⁽⁹⁷⁾, concernant l'arrestation, le transport au poste de police et l'ouverture d'une procédure administrative à l'endroit des cinq requérants pour avoir pacifiquement et individuellement manifesté leurs opinions sur divers sujets d'actualité russe à l'aide de pancartes. Dans cet arrêt, la CourEDH a longuement examiné et de façon circonstanciée la proportionnalité de chacune de ces trois mesures, dans les cas spécifiques des cinq requérants, par rapport aux finalités invoquées⁽⁹⁸⁾ et est parvenue à la conclusion que la proportionnalité desdites mesures n'avait pas été contrôlée, respectivement respectée, par les juridictions nationales.

4. – La prévention du crime et des infractions pénales

969. En ce qui concerne l'article 8 de la CEDH, rappelons que dans son arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas*⁽⁹⁹⁾ la CourEDH a estimé que l'emprisonnement de la requérante conséquemment à son refus de témoigner contre son partenaire dans une procédure pénale pour homicide constituait une restriction au droit fondamental à la vie privée de celle-ci ayant pour

95. CourEDH, 25 septembre 2012, *Eğitim*.

96. *Ibid.*, § 75.

97. CourEDH, 26 avril 2016, *Novikova* [arrêt non traduit en français].

98. *Ibid.*, § 148 : « *The Court concludes, with the reservations expressed in paragraphs 140 and 143 above, that the aim of "prevention of crime" should be taken into consideration for the purpose of the necessity and proportionality analysis below in respect of the "interference" consisting in the termination of the applicants' demonstration and the taking of the applicants to the police stations. The aim of "prevention of disorder" is relevant in respect of the applicants' prosecution for administrative offences* ».

99. CourEDH, 3 avril 2012, *Van der Heijden*.

finalité de prévenir des infractions pénales. Eu égard à la proportionnalité de la mesure, cette cour a réitéré que s'il appartenait au législateur national d'évaluer la nécessité d'une restriction, c'est à elle qu'il revenait de trancher en définitive la question de savoir si, dans telle ou telle affaire, l'ingérence était *nécessaire dans une société démocratique* au sens que l'article 8, § 2, de la CEDH⁽¹⁰⁰⁾.

970. Après avoir rappelé que les autorités nationales jouissaient d'une marge d'appréciation à cet égard, la Cour EDH a précisé certains facteurs susceptibles d'influencer l'étendue de cette dernière, dont fait partie l'existence ou non d'un consensus au sein des États parties à la CEDH. Elle a ensuite relevé que le « législateur est en droit d'accorder un statut spécial au mariage ou au partenariat enregistré et de le refuser à d'autres formes de vie commune de fait »⁽¹⁰¹⁾. En d'autres termes, en ayant choisi de ne pas enregistrer officiellement son union avec son partenaire, la requérante doit accepter la conséquence découlant de ce choix, de sorte que la restriction à son droit fondamental à la vie privée n'apparaît pas excessive ou disproportionnée aux yeux de la Cour EDH.

971. Il en va de même dans l'arrêt *Michaud c. France*, relative à l'obligation imposée aux avocats par la directive 91/308/CEE de déclarer tous soupçons de blanchiment d'argent à l'endroit de leur client. Dans cette affaire, le gouvernement français a argué, en ce qui concerne la *nécessité* de ladite obligation, qu'elle s'imposait au titre du droit de l'UE et il s'est prévalu de la présomption de protection équivalente découlant de l'arrêt *Bosphorus*⁽¹⁰²⁾. La Cour EDH a reconnu que le secret professionnel des avocats, protégé par l'article 8 de la CEDH, constituait « l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la justice dans une société démocratique »⁽¹⁰³⁾. Par ailleurs, cette cour a précisé qu'il convenait « en outre de mettre son importance en balance avec celle que revêt pour les États membres la lutte contre le blanchiment de capitaux issus d'activités illicites, susceptible de servir à financer des activités criminelles notamment dans le domaine du trafic de stupéfiants ou du terrorisme international »⁽¹⁰⁴⁾.

972. Certes, dans cette affaire, la Cour EDH n'a pas nié l'*aptitude* d'une telle obligation à réaliser la finalité poursuivie⁽¹⁰⁵⁾ et a également estimé

100. *Ibid.*, § 57.

101. *Ibid.*, § 69.

102. Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud*, § 101.

103. *Ibid.*, § 123.

104. *Ibid.*

105. *Ibid.*, § 121.

que le caractère *nécessaire* de ces dernières était établi, notamment lorsqu'elle a écarté les arguments du requérant visant à démontrer « l'inefficacité du système et donc l'absence de nécessité de l'ingérence dénoncée »⁽¹⁰⁶⁾. Cependant, la majeure partie de son analyse porte sur la *proportionnalité stricto sensu* de ladite obligation. Ainsi, elle a estimé que le fait que l'obligation de déclarer les soupçons ne s'appliquait qu'à certaines activités expressément délimitées et que lesdits soupçons étaient transmis au bâtonnier ou au président de l'ordre des avocats préalablement à leur transmission aux autorités nationales constituait un encadrement strict des restrictions qui « ne porte pas une atteinte disproportionnée au secret professionnel des avocats »⁽¹⁰⁷⁾.

973. Enfin, eu égard à l'article 10 de la CEDH, la CourEDH a examiné dans son arrêt *Gough c. Royaume-Uni* la proportionnalité des nombreuses interpellations et condamnations d'un militant naturiste qui avaient pour finalité de prévenir des crimes et des infractions pénales. Cette cour a souligné que la problématique de la nudité en public soulevait d'importantes considérations morales et, compte tenu de l'absence de consensus parmi les États parties à la CEDH sur ce point⁽¹⁰⁸⁾, elle a reconnu une large marge d'appréciation auxdits États. Elle a relevé à cet égard que les diverses interpellations et arrestations du requérant avaient toujours été effectuées en prenant dûment en compte les circonstances, d'une part, et que la sévérité des condamnations ne s'était accrue qu'au fil des récidives du requérant, d'autre part⁽¹⁰⁹⁾.

5. – Le bien-être économique du pays

974. Dans l'affaire *Hasanbasic c. Suisse*, la CourEDH a dû examiner si la restriction au droit fondamental à la vie privée du requérant – qui avait passé plus de vingt années en Suisse – du fait du non renouvellement de son titre de séjour afin de protéger le bien-être économique du pays était *nécessaire dans une société démocratique*. Après avoir rappelé que les États parties jouissaient d'une large marge d'appréciation et les critères devant

106. *Ibid.*, § 125.

107. *Ibid.*, § 131.

108. CourEDH, 28 octobre 2014, *Gough*, § 172 [arrêt non traduit en français] : « *However, the issue of public nudity also raises moral and public-order considerations. The comparative data supplied by the Government show that even in the small number of States surveyed, the responses of the law and of the authorities to public nudity are far from uniform. In these circumstances, the applicable margin of appreciation in reacting to instances of public nudity, as opposed to regulating mere statements or arguments on the subject, is a wide one* ».

109. *Ibid.*, §§ 171-176.

guider l'appréciation des autorités nationales dans de telles affaires⁽¹¹⁰⁾, la Cour EDH a concentré tout son raisonnement sur la *proportionnalité stricto sensu* de la mesure nationale.

975. En l'espèce, elle a estimé que les autorités nationales n'avaient pas accordé suffisamment d'importance aux liens affectifs de l'intéressé avec la Suisse et à son état de santé, tout en accordant trop d'importance à son niveau d'endettement et à sa dépendance à l'assistance publique⁽¹¹¹⁾. Elle a ainsi conclu qu'« eu égard notamment à la durée considérable du séjour des requérants en Suisse et à leur intégration sociale incontestée dans ledit pays, la Cour estime que la mesure litigieuse n'était pas justifiée par un besoin social impérieux et n'était pas proportionnée aux buts légitimes invoqués »⁽¹¹²⁾.

976. Dans l'arrêt *McDonald c. Royaume-Uni*⁽¹¹³⁾, par contre, la Cour EDH est arrivée à une conclusion différente. Cette affaire portait notamment sur la proportionnalité de la restriction au droit fondamental à la vie privée, garanti l'article 8 de la CEDH, du fait de la suppression de la subvention pour l'assistance nocturne d'une personne handicapée, au profit d'une solution moins onéreuse. La Cour EDH a estimé que les autorités nationales – notamment judiciaires – avaient dûment pris en considération tant les préoccupations des intéressés que celles des autorités locales, portant sur le bien-être économique du pays⁽¹¹⁴⁾, et n'avaient dès lors pas excédé leur marge d'appréciation⁽¹¹⁵⁾.

977. Il en va de même dans l'arrêt *G.S.B. c. Suisse*⁽¹¹⁶⁾, concernant une restriction au droit fondamental à la vie privée du fait de la divulgation des données bancaires de ressortissants étrangers ayant pour finalité la protection du bien-être économique de la Suisse, compte tenu de l'importance qu'y revêt le secteur bancaire. Dans cette affaire, la Cour EDH a reconnu une large marge d'appréciation à la Suisse et a ainsi limité son contrôle au caractère arbitraire de la restriction. En l'espèce, elle a estimé qu'il existait des garanties effectives – notamment procédurales – contre des divulgations arbitraires et que la Suisse n'avait pas outrepassé sa marge d'appréciation⁽¹¹⁷⁾.

110. Cour EDH, 11 juin 2013, *Hasanbasic*, §§ 53-56.

111. *Ibid.*, §§ 57-66.

112. *Ibid.*, § 66.

113. Cour EDH, 20 mai 2014, *McDonald*.

114. *Ibid.*, § 56.

115. *Ibid.*, § 58.

116. Cour EDH, 22 décembre 2015, *G. S. B.*

117. *Ibid.*, §§ 92-98. *A contrario*, voir Cour EDH, 25 juillet 2013, *Rousk*, §§ 139-142 [arrêt non traduit en français] où la Cour EDH a conclu à l'inexistence de garanties procédurales

978. Ces arrêts illustrent ainsi l'approche parfois ambiguë de la CourEDH relative à la marge d'appréciation lors du contrôle du caractère proportionné d'une restriction. En ce sens, malgré la reconnaissance d'une large marge d'appréciation aux États parties, comme dans l'arrêt *Hasanbasic c. Suisse*, cette cour n'hésite cependant pas à revoir minutieusement l'appréciation de la proportionnalité de la mesure restrictive par les juridictions nationales, tandis que dans les autres arrêts présentés, elle limite strictement son contrôle à l'arbitraire.

6. – La protection de la morale

979. Revenons brièvement sur deux affaires dans lesquelles la CourEDH a dû examiner la proportionnalité de mesures restreignant le droit fondamental à la liberté d'expression, mentionné à l'article 10 de la CEDH, afin de protéger la morale. Premièrement, dans son arrêt *Mouvement raëlien c. Suisse*, déjà mentionné ci-dessus, la CourEDH a analysé la proportionnalité de l'interdiction d'une campagne publicitaire dudit mouvement ayant pour finalité de protéger la morale. Cette cour a rappelé que la marge d'appréciation des États parties pour juger de la *nécessité dans une société démocratique* de certaines restrictions pouvait varier en fonction de divers éléments avant de conclure, dans le cas d'espèce, à la reconnaissance d'une ample marge d'appréciation en faveur des autorités helvétiques.

980. Par la suite, la CourEDH a minutieusement examiné l'appréciation du caractère proportionné de l'interdiction en cause par les juridictions nationales, notamment eu égard à l'*aptitude* et à la *nécessité* de celle-ci. Elle a ainsi précisé que « [l]imiter la portée de la restriction incriminée au seul affichage sur le domaine public était ainsi une manière de réduire au minimum l'ingérence dans les droits de la requérante »⁽¹¹⁸⁾, l'intéressée étant en effet susceptible de diffuser ses idées par d'autres biais, tels que son site internet ou au moyen de la distribution de tract. La cour a dès lors conclu que les autorités nationales avaient agi dans le cadre de leur marge d'appréciation « et que les motifs avancés afin de motiver leurs décisions étaient "pertinents et suffisants" et répondaient à un "besoin social impérieux" »⁽¹¹⁹⁾.

effectives. Voir ég. CourEDH, arrêt du 21 juin 2011, *Orlić c. Croatie*, requ. n° 48833/07, §§ 63-72, où la CourEDH a relevé l'absence d'appréciation de la condition de la proportionnalité de la part des autorités nationales et a substituée sa propre appréciation, au terme de laquelle le droit national ne prévoyait pas de garanties procédurales suffisantes.

118. CourEDH, 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse*, § 75.

119. *Ibid.*, § 76.

981. Deuxièmement, revenons sur l'affaire *Akdaş c. Turquie*, concernant la saisie de la traduction turque d'un roman érotique français de Guillaume Apollinaire afin de protéger la morale⁽¹²⁰⁾. La Cour EDH a indiqué que, « tenant compte du caractère relatif des conceptions morales dans l'espace juridique européen, [elle] accorde une certaine marge d'appréciation aux États en la matière »⁽¹²¹⁾. Cependant, elle a précisé que l'étendue de ladite marge d'appréciation « ne saurait aller jusqu'à empêcher l'accès du public d'une langue donnée, en l'occurrence le turc, à une œuvre figurant dans le patrimoine littéraire européen »⁽¹²²⁾. Ainsi, cette cour a estimé que la mesure restrictive en cause n'était pas nécessaire dans une société démocratique.

982. En ce qui concerne l'article 8 de la CEDH, rappelons l'arrêt *Negrepointis-Giannisis c. Grèce* dans lequel la Cour EDH a examiné la proportionnalité du refus de reconnaître une décision américaine prononçant l'adoption du requérant par son oncle moine afin de protéger la morale. Cette cour a estimé en l'espèce que les autorités nationales n'avaient pas correctement apprécié les circonstances du cas et s'étaient fondées sur des finalités ne répondant à aucun besoin social impériaux⁽¹²³⁾.

983. De plus, dans l'affaire *S.H. et al. c. Autriche*, la Cour EDH a noté que l'interdiction du recours à certaines techniques spécifiques de fécondation *in vitro* suscitait « de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, lesquelles s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a pas encore une claire communauté de vues entre les États membres »⁽¹²⁴⁾. La Cour EDH a dès lors reconnu une ample marge d'appréciation à l'état autrichien et a conclu que ladite interdiction n'excédait pas la marge d'appréciation dont disposait cet État⁽¹²⁵⁾. Elle a cependant précisé que ce domaine connaissait des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides et a appelé à un examen permanent de la part des États parties⁽¹²⁶⁾.

120. Cour EDH, arrêt du 16 février 2010, *Akdaş c. Turquie*, requ. n° 41056/04.

121. *Ibid.*, § 29.

122. *Ibid.*, § 30.

123. Cour EDH, 3 mai 2011, *Negrepointis-Giannisis*, §§ 66-76.

124. Cour EDH, 3 novembre 2011, *S.H.*, § 97.

125. En ce sens, voir ég. Cour EDH, 27 août 2015, *Parrillo*, §§ 168-198 ; Cour EDH, 28 avril 2016, *Buchleither*, §§ 46-55.

126. Cour EDH, 3 novembre 2011, *S.H.*, § 118. *A contrario*, voir Cour EDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan*, pts 60-71, où la Cour EDH estime que malgré l'ample marge d'appréciation dont jouissent les États parties dans ce domaine, les restrictions doivent reposer sur un système législatif cohérent.

7. – La protection de la santé

984. Au vu des nombreuses invocations de la finalité que constitue la protection de la santé pour justifier des restrictions au droit fondamental à la vie privée et familiale, garanti à l'article 8 de la CEDH, la CourEDH a été amenée à contrôler la proportionnalité des telles restrictions dans des domaines très variés. Revenons ainsi sur l'affaire *Y. Y. c. Turquie*, relative au refus des autorités turques d'autoriser le changement de sexe du requérant du fait qu'une condition, à savoir être dans l'incapacité de procréer, n'était pas remplie. La CourEDH a estimé que le caractère *nécessaire* de la restriction faisait défaut en ce que cette condition « n'apparaît aucunement nécessaire au regard des arguments avancés par le Gouvernement pour justifier l'encadrement des opérations de changement de sexe »⁽¹²⁷⁾ et, en conséquence, a conclu que la restriction ne reposait sur aucune finalité *suffisante*.

985. Elle a abouti à la même conclusion dans son arrêt *Yordanova et al. c. Bulgarie*⁽¹²⁸⁾, concernant l'éviction d'une communauté rom jusqu'alors tolérée sur une propriété étatique afin de pallier aux risques pour la santé et la sécurité découlant de l'insalubrité de leurs habitations⁽¹²⁹⁾. En effet, si la CourEDH a admis que « *the houses of most applicants do not meet basic sanitary and building requirements, which entails safety and health concerns* »⁽¹³⁰⁾, elle a néanmoins estimé que « *in the absence of proof that alternative methods of dealing with these risks have been studied seriously by the relevant authorities, the Government's assertion that the applicants' removal is the appropriate solution is weakened and cannot in itself serve to justify the removal order* »⁽¹³¹⁾. Dans cette affaire, c'est ainsi à nouveau le composant de la *nécessité* de la mesure restrictive qui faisait défaut.

8. – La divulgation d'informations confidentielles

986. En ce qui concerne la proportionnalité d'une mesure restreignant la liberté d'expression qui a pour finalité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, finalité énoncée à l'article 10, § 2, de la Charte, la CourEDH a relevé dans son arrêt *Görmüş et al. c. Turquie* que

127. CourEDH, 10 mars 2015, *Y.Y.*, § 121.

128. CourEDH, 24 avril 2012, *Yordanova* [arrêt non traduit en français].

129. Dans un contexte similaire, voir ég. CourEDH, 11 octobre 2016, *Bagdonavivius*, §§ 99 et s.

130. *Ibid.*, § 124.

131. *Ibid.*

« la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général »⁽¹³²⁾. Elle a également rappelé que si les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour « évaluer s'il existe un « besoin social impérieux » susceptible de justifier cette restriction »⁽¹³³⁾, en matière de presse, ladite marge est restreinte, car « le pouvoir d'appréciation national se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse, intérêt auquel il convient d'accorder un grand poids »⁽¹³⁴⁾.

987. En l'espèce, cette cour a par ailleurs relevé que les autorités nationales « n'ont pas procédé à une mise en balance des divers intérêts en jeu en l'espèce »⁽¹³⁵⁾, de sorte qu'elle « doit constater que l'application formelle de la notion de confidentialité des documents d'origine militaire a empêché les juridictions internes de contrôler la compatibilité de l'ingérence litigieuse avec l'article 10 de la Convention »⁽¹³⁶⁾. Après une analyse détaillée des circonstances du cas, la Cour EDH a ainsi estimé que « l'atteinte portée au droit à la liberté d'expression des requérants, en particulier à leur droit de communiquer des informations, ne répondait pas à un besoin social impérieux, qu'elle n'était pas, en tout état de cause, proportionnée au but légitime visé et que, de ce fait, elle n'était pas « nécessaire dans une société démocratique »⁽¹³⁷⁾.

988. Dans son arrêt *Matúz c. Hongrie*⁽¹³⁸⁾, la Cour EDH a contrôlé la proportionnalité de la restriction à la liberté d'expression du fait du licenciement d'un journaliste ayant publié un livre dans lequel il divulguait des informations confidentielles, contrairement à ses obligations découlant de son contrat de travail. En l'espèce, elle a estimé que les autorités nationales avaient uniquement traité cette situation du point de vue de la violation d'une disposition contractuelle de la part du requérant, mais n'avaient aucunement examiné le litige sous l'angle des droits fondamentaux. Autrement dit, lesdites autorités « *paid no heed to the applicant's argument that he had been exercising his freedom of expression in the public interest, and limited their analysis to finding that he had breached his contractual obligations* »⁽¹³⁹⁾.

132. Cour EDH, 19 janvier 2016, *Görmüş*, § 41.

133. *Ibid.*, § 42.

134. *Ibid.*

135. *Ibid.*, § 66.

136. *Ibid.*

137. *Ibid.*, § 76.

138. Cour EDH, 21 octobre 2014, *Matúz* [arrêt non traduit en français].

139. *Ibid.*, § 49.

989. Cette cour a ainsi pris note du fait que les autorités nationales « *did not examine whether and how the subject matter of the applicant's book and the context of its publication could have affected the permissible scope of restriction on his freedom of expression, although it is such an approach that, in principle, would have been compatible with the Convention standards* »⁽¹⁴⁰⁾. Ce faisant, elle a rappelé qu'en dépit de la marge d'appréciation dont les États parties sont susceptibles de jouir, les mesures restrictives qu'ils adoptent restent soumises à son contrôle.

9. – L'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire

990. Dans l'affaire *Ümit Bilgiç c. Turquie*⁽¹⁴¹⁾, le requérant se plaignait que sa condamnation suivie d'un internement pour outrage à magistrats du fait de lettres virulentes adressées à des juges constituait une restriction disproportionnée à son droit fondamental à la liberté d'expression. À cet égard, la CourEDH a rappelé que « si les justiciables ont le droit de se prononcer publiquement dans le prétoire pour assurer leur défense, leurs critiques se heurtent à certaines limites. En effet, certains intérêts, tels que l'autorité du pouvoir judiciaire, sont assez importants pour justifier des restrictions à ce droit »⁽¹⁴²⁾.

991. En l'espèce, si cette cour a été disposée à admettre « que les autorités aient estimé nécessaire d'intenter des poursuites pénales contre le requérant en raison de certains de ses propos »⁽¹⁴³⁾, elle a néanmoins estimé que « dans les circonstances de l'espèce, les mesures prises à l'encontre du requérant, dont son placement en détention et en internement pendant trente-cinq jours, ont constituées une ingérence disproportionnée aux buts visés »⁽¹⁴⁴⁾.

992. Par ailleurs, dans l'affaire *Radobuljac c. Croatie*⁽¹⁴⁵⁾, la CourEDH est parvenue à la même conclusion relative à l'amende infligée à un avocat du fait de propos qu'il avait tenus sur la façon dont un juge gérait une procédure dans laquelle il intervenait. En axant tout son contrôle sur la *proportionnalité stricto sensu* de la mesure restrictive, la CourEDH a notamment estimé que les propos litigieux étaient limités aux décisions

140. *Ibid.* Pour une conclusion différente, voir p. ex. CourEDH, 29 mars 2016, *Bédat*, §§ 79-82.

141. CourEDH, 3 septembre 2013, *Ümit Bilgiç*.

142. *Ibid.*, § 130.

143. *Ibid.*, § 135.

144. *Ibid.*, § 137.

145. CourEDH, 28 juin 2016, *Radobuljac* [arrêt non traduit en français].

prises par le juge dans ladite procédure et ne portaient donc pas sur des caractéristiques personnelles ou professionnelles générales. Dès lors, elle a conclu que l'amende infligée ne répondait pas à un besoin social impérieux et que les autorités nationales « *failed to strike the right balance between the need to protect the authority of the judiciary and the need to protect the applicant's freedom of expression* »⁽¹⁴⁶⁾.

B. – LA PROPORTIONNALITÉ PAR RAPPORT AUX DROITS ET LIBERTÉS D'AUTRUI

993. Au vu du nombre et de la variété des *droits et libertés d'autrui* susceptibles d'être invoqués pour justifier des restrictions aux droits fondamentaux protégés par les articles 8 et 10 de la CEDH⁽¹⁴⁷⁾, nous présentons uniquement ci-dessous une sélection d'arrêts dans lesquels la Cour EDH interprète la condition de justification qu'est la proportionnalité. À l'instar du titre précédent, nous distinguons les situations où le droit fondamental restreint et le droit fondamental dont le besoin de protection est à la base de la restriction sont similaires (*infra* 1) de celles où ils diffèrent (*infra* 2).

1. – Les conflits entre droits fondamentaux similaires

994. Les cas de conflit d'obligations découlant du droit fondamental à la liberté d'expression qui protègent des titulaires distincts étant rares dans la jurisprudence de la Cour EDH⁽¹⁴⁸⁾, nous limitons nos illustrations au cas de conflits relatifs à la vie privée et familiale. Ainsi, dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*⁽¹⁴⁹⁾, la Cour EDH a été saisie d'un conflit opposant notamment les obligations découlant du droit fondamental d'une mère ayant fui Israël suite aux dérives religieuses de son ex-conjoint, à celles issues du droit fondamental de ce dernier dans la mesure où tous deux souhaitaient pouvoir vivre avec leur enfant commun et développer une vie familiale au sens de l'article 8 de la CEDH. Dans cet arrêt, la Cour EDH s'est notamment référée à l'article 24, § 2, de la Charte pour déduire l'existence d'un consensus entre les États parties sur le fait de faire primer, dans des cas similaires, l'intérêt supérieur de l'enfant⁽¹⁵⁰⁾.

146. *Ibid.*, § 69.

147. Voir *supra* Partie 3, titre 3, chap. 3, section 2.

148. Pour aller plus loin, voir P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 199.

149. Cour EDH, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk*.

150. *Ibid.*, § 135.

995. En l'espèce, la CourEDH a estimé que « le retour forcé de l'enfant, accompagné de sa mère, qui semble pourtant exclure cette éventualité, représenterait une ingérence proportionnée dans le droit au respect de la vie familiale de chacun des requérant »⁽¹⁵¹⁾. Au vu cependant de développements survenus après la dernière décision nationale, cette cour a conclu qu'« il y aurait violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des deux requérants si la décision ordonnant le retour en Israël du second était exécutée »⁽¹⁵²⁾.

996. Dans le même contexte, revenons brièvement sur les affaires *Labassee c. France*⁽¹⁵³⁾ et *Menesson c. France*⁽¹⁵⁴⁾, concernant un conflit entre les obligations découlant du droit fondamental à la vie privée et familiale de parents ayant recouru à la gestation pour autrui, bien qu'interdite par la législation française, et celles issues du droit fondamental à la vie privée et familiale des enfants ainsi nés. La CourEDH a dès lors dû examiner si la restriction du droit fondamental à la vie privée et familiale des parents du fait du refus, par les autorités françaises, de reconnaître un lien de filiation avec les enfants était proportionnée au besoin de protéger le droit fondamental à la vie privée et familiale de ces derniers. Dans ces deux affaires, la CourEDH a constaté « qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger »⁽¹⁵⁵⁾ et a ainsi reconnu, en principe, une importante marge d'appréciation aux États parties.

997. En l'espèce, la CourEDH a examiné la proportionnalité de la décision nationale de refuser de reconnaître juridiquement la filiation entre des enfants et leurs parents d'intention tant du point de vue du droit des parents d'une part, que de celui du droit des enfants, d'autre part. Après un examen circonstancié, respectant au demeurant l'ample marge d'appréciation reconnue aux États parties, la cour a mis l'accent sur la *proportionnalité stricto sensu* et a estimé, eu égard aux parents d'intention, que « la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l'espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants »⁽¹⁵⁶⁾. S'agissant de la situation des enfants, cependant, elle a indiqué que la décision litigieuse comportait une restriction plus importante que celle subie par les parents, notamment du fait des difficultés pour les enfants

151. *Ibid.*, § 144.

152. *Ibid.*, § 151.

153. CourEDH, 26 juin 2014, *Labassee*.

154. CourEDH, 26 juin 2014, *Menesson*.

155. CourEDH, 26 juin 2014, *Labassee*, § 57 ; CourEDH, 26 juin 2014, *Menesson*, § 77.

156. CourEDH, 26 juin 2014, *Labassee*, § 73 ; CourEDH, 26 juin 2014, *Menesson*, § 94.

d'établir la substance de leur identité, et elle a conclu que ladite décision était disproportionnée⁽¹⁵⁷⁾.

998. Ces deux arrêts illustrent dès lors qu'en cas de conflit d'obligations découlant de deux droits fondamentaux similaires, la Cour EDH contrôle le respect de la condition de justification qu'est la proportionnalité tant eu égard au droit fondamental restreint qu'eu égard au droit fondamental invoqué à l'appui de la restriction lorsque ce dernier subit également une atteinte du fait de la mesure litigieuse. Cette approche se retrouve par ailleurs également dans la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'examen de cette condition de justification en cas de conflit d'obligations impliquant deux droits fondamentaux différents.

2. – Les conflits entre droits fondamentaux différents

999. Illustrons ce cas de figure en examinant d'abord des mesures restrictives découlant d'un conflit d'obligations entre les droits fondamentaux protégés par les articles 8 et 10 de la CEDH, puis des mesures restrictives à l'un et l'autre de ces deux droits fondamentaux motivées par le besoin de protection d'un autre droit fondamental.

1000. Eu égard au premier cas de figure, revenons sur l'affaire *Perinçek c. Suisse*⁽¹⁵⁸⁾. Dans cet arrêt, la Cour EDH a dû examiner la proportionnalité d'une restriction au droit fondamental à la liberté d'expression du requérant ayant pour finalité de protéger le droit « des Arméniens au respect de leur dignité et de celle de leurs ancêtres, y compris au respect de leur identité bâtie autour de l'idée que leur communauté a été victime d'un génocide »⁽¹⁵⁹⁾, protégé par l'article 8 de la CEDH. Cette cour a précisé, préalablement au contrôle de la proportionnalité de la restriction en cause, que « [l]a question essentielle à trancher est celle du poids relatif à attribuer, au vu des circonstances particulières de l'espèce, à chacun de ces deux droits, lesquels appellent en principe un égal respect »⁽¹⁶⁰⁾.

1001. En l'espèce, la Cour EDH a reconnu une large marge d'appréciation aux États parties mais a indiqué que de nombreux facteurs devaient être pris en compte lors du contrôle de la proportionnalité de la mesure restrictive.

157. Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassee*, §§ 75-80 ; Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson*, §§ 96-101.

158. Pour d'autres illustrations de tels conflits, voir. not. Cour EDH, 12 juillet 2016, *Zdravko Stanev* ; Cour EDH, 7 juin 2016, *CICAD* ; Cour EDH, 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette* ; Cour EDH, 29 mars 2016, *Bédat*.

159. Cour EDH, 15 octobre 2015, *Perinçek*, § 227.

160. *Ibid.*, § 228.

Parmi ces derniers figurent notamment la nature et les conséquences des propos tenus, l'existence ou non d'un consensus entre les États parties sur le fait de criminaliser la négation d'évènements historiques, ou encore la gravité de la mesure litigieuse – une condamnation pénale constituant une restriction plus grave qu'une simple amende, par exemple⁽¹⁶¹⁾. Au terme de son contrôle, cette cour a estimé que les autorités suisses n'avaient « rien dit de la nécessité de cette mesure dans une société démocratique et n'a[vaient] consacré aucun développement aux différents éléments s'y rapportant »⁽¹⁶²⁾. Fort de ce constat, la CourEDH a indiqué devoir « se livrer elle-même à cette mise en balance »⁽¹⁶³⁾ et, au terme de celle-ci, elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire de condamner pénalement le requérant afin de protéger les droits fondamentaux de la communauté arménienne.

1002. Toujours eu égard au conflit d'obligations découlant du besoin de protection des droits fondamentaux garantis aux articles 8 et 10 de la CEDH, mentionnons également l'affaire *Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche*⁽¹⁶⁴⁾, relative à la condamnation d'un journal suite à la publication dans un article du nom d'un employé de banque faisant l'objet d'une enquête pour avoir validé des transactions hautement spéculatives ayant abouti à la perte de plusieurs millions d'euros. Dans cette affaire, la CourEDH a reconnu une étroite marge d'appréciation aux autorités nationales dans la mesure où la banque en question appartenait pour moitié à la municipalité et, en conséquence, que l'article litigieux relevait du débat public inhérent à une société démocratique tolérante, pluraliste et ouverte d'esprit⁽¹⁶⁵⁾.

1003. Dès lors, au terme de son contrôle de l'appréciation par les autorités nationales des divers facteurs à prendre en compte lors de l'examen de la proportionnalité d'une restriction à la liberté d'expression, la CourEDH a conclu que « *the reasons given by the domestic courts were "relevant" but not "sufficient"* »⁽¹⁶⁶⁾. Tout en ayant axé son contrôle sur la *proportionnalité stricto sensu*, cette cour a ainsi estimé que les autorités nationales avaient outrepassé leur marge d'appréciation et que la condamnation litigieuse constituait une violation de l'article 10 de la CEDH⁽¹⁶⁷⁾.

161. *Ibid.*, §§ 226-273.

162. *Ibid.*, § 278.

163. *Ibid.*, § 279.

164. CourEDH, 25 octobre 2016, *Verlagsgruppe News* [arrêt non traduit en français].

165. *Ibid.* not. § 49.

166. *Ibid.*

167. *Ibid.* Pour davantage d'illustrations similaires, voir ég. CourEDH, 4 octobre 2016, *Do Carmo de Portugal* ; CourEDH, 30 août 2016, *Medipress-Sociedade Jornalística*.

1004. Ces deux arrêts nous permettent de formuler deux observations intéressantes. D'une part, lorsque les juridictions nationales manquent d'examiner l'un des trois composants de la proportionnalité, la pratique de CourEDH n'est pas uniforme. Elle peut ainsi se substituer aux juridictions nationales et procéder elle-même à l'appréciation dudit composant de la condition de la justification qu'est la proportionnalité, ou elle peut se contenter de conclure directement à la violation du droit fondamental en cause. D'autre part, à l'instar de son interprétation de la condition de justification que constitue la *finalité* des mesures restrictives, cette cour peut choisir d'axer son raisonnement davantage sur la *proportionnalité stricto sensu* que sur les autres composants de la proportionnalité.

1005. Eu égard au second cas de figure, *i.e.* concernant les restrictions aux droits fondamentaux garantis à l'article 8 de la CEDH pour protéger d'autres droits fondamentaux que l'article 10 de la CEDH, attardons-nous sur deux arrêts, dont l'affaire *S.A.S. c. France*. Dans cette affaire, la CourEDH a dû examiner la proportionnalité de l'interdiction de porter une tenue dissimulant le visage dans les lieux publics au regard des *droits et liberté d'autrui*, plus précisément « au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble »⁽¹⁶⁸⁾. Lors de son examen, cette cour a notamment relevé que « de nombreux acteurs internationaux comme nationaux de la protection des droits fondamentaux considèrent qu'une interdiction générale est disproportionnée »⁽¹⁶⁹⁾, relevant ainsi l'absence de consensus en la matière⁽¹⁷⁰⁾.

1006. Elle a également indiqué que « lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national »⁽¹⁷¹⁾ et a dès lors reconnu une ample marge d'appréciation aux autorités nationales. Cette cour a ainsi admis que l'interdiction litigieuse pouvait être considérée comme proportionnée à la finalité visant la protection des droits et libertés d'autrui et a nié toute violation des articles 8 et 9 de la CEDH.

1007. Examinons également l'arrêt *Bagdonavicius et al. c. Russie*, illustrant un conflit entre les obligations de protection découlant de

168. CourEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S.*, § 122.

169. *Ibid.*, § 147.

170. *Ibid.*, § 156 : « Il en va d'autant plus ainsi qu'il n'y a pas de communauté de vue entre les États membres du Conseil de l'Europe [...] sur la question du port du voile intégral dans l'espace public. La Cour observe en effet que, contrairement à ce que soutient l'un des intervenants (paragraphe 105 ci-dessus), il n'y a pas de consensus européen contre l'interdiction ».

171. *Ibid.*, § 154.

l'article 8 de la CEDH et celles découlant du *droit de propriété*⁽¹⁷²⁾. En l'espèce, la CourEDH a dû contrôler la proportionnalité de la restriction au droit fondamental à la vie privée et familiale des membres d'une communauté rom dont les logements – construits sans autorisation sur des terrains municipaux mais tolérés depuis plusieurs décennies – ont été démolis pour protéger les droits du propriétaire.

1008. Dans cette affaire, la CourEDH a constaté que les juridictions internes avaient « ordonné la démolition des maisons des requérants sans avoir analysé la proportionnalité de cette mesure : une fois constatée l'illégalité des constructions, elles ont accordé à cet aspect une importance prépondérante, sans le mettre en balance avec les arguments invoqués par les requérants »⁽¹⁷³⁾. Autrement dit, la CourEDH a conclu à la violation de l'article 8 de la CEDH car les autorités nationales ont renoncé à examiner la proportionnalité des restrictions subies par la communauté rom du fait de l'absence du respect de la condition de justification que constitue la *base légale*.

1009. Le caractère disproportionné d'une restriction au droit fondamental à la vie privée et familiale, au sens de l'article 8 de la CEDH, afin de protéger le droit de propriété d'autrui a également été constaté dans des arrêts tels que *Rousk c. Suède*⁽¹⁷⁴⁾ et *Luordo c. Italie*⁽¹⁷⁵⁾. Dans ce dernier arrêt, la CourEDH a ainsi examiné les divers composants de la proportionnalité et a estimé que « si en principe ledit contrôle [*ndla* : le contrôle de la correspondance du requérant] est une mesure nécessaire afin d'atteindre le but poursuivi, la nécessité de cette mesure s'amenuise avec le temps. De l'avis de la Cour, la durée de cette procédure a donc entraîné la rupture de l'équilibre à ménager entre l'intérêt général au paiement des créanciers de la faillite et l'intérêt individuel du requérant au respect de sa correspondance »⁽¹⁷⁶⁾.

1010. Fort de la présentation de la jurisprudence qui précède et avant de procéder à l'analyse de la jurisprudence de la CJUE relative à l'interprétation de la condition de justification qu'est la proportionnalité, nous estimons nécessaire de brièvement synthétiser les principales caractéristiques de l'interprétation du pendant de cette condition dans le contexte de la CEDH. À cet égard, nous formulons quatre observations

172. CourEDH, 11 octobre 2016, *Bagdonavivius*.

173. *Ibid.*, § 102.

174. CourEDH, 25 juillet 2013, *Rousk*, § 142.

175. CourEDH, 17 juillet 2003, *Luordo*.

176. *Ibid.*, § 78.

qui, comme nous l'argumentons ci-dessous, diffèrent substantiellement de l'approche de la CJUE en la matière.

1011. Premièrement, il ressort de la jurisprudence de la Cour EDH que cette cour n'analyse pas nécessairement de façon expresse et suivie les trois composants de la condition de justification qu'est la proportionnalité. Cependant, nous pouvons aisément identifier dans son raisonnement des considérations tenant notamment à l'*aptitude* ou à la *nécessité* d'une mesure restrictive, comme l'illustrent par exemple les arrêts *D.L. c. Bulgarie*, *Michaud c. France*, *Mouvement raëlien c. Suisse* ou encore *Ümit Bilgiç c. Turquie*.

1012. Ceci étant, lors de l'examen par la Cour EDH des différents composants de cette condition de justification, nous constatons que la grande majorité des arrêts présentés consacre une importance décisive au contrôle minutieux de la *proportionnalité stricto sensu* des restrictions en cause, comme des affaires telles que *Hasanbasic c. Suisse*, *Radobuljac c. Croatie* ou encore *Labassee c. France* en attestent. Précisons également, à cet égard, que l'importance reconnue par la Cour EDH à la *proportionnalité stricto sensu* est indépendante du droit fondamental faisant l'objet de la restriction en cause, d'une part, et de la finalité invoquée pour justifier ladite restriction, d'autre part.

1013. Deuxièmement, nous relevons que cette cour se prononce presque systématiquement sur l'existence et, le cas échéant, sur l'étendue de la marge d'appréciation reconnue aux États parties lors de l'appréciation du caractère proportionnée d'une restriction. Ainsi, qu'elle conclue à l'existence d'une marge d'appréciation large – à l'instar des arrêts *S.A.S. c. France* et *Gough c. Royaume-Uni* – ou étroite – comme dans l'arrêt *Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche* – elle attache une importance essentielle à la nature subsidiaire de son contrôle et aux compétences des autorités nationales.

1014. En ce sens, l'existence d'un examen minutieux et d'une motivation détaillée dans les décisions rendues au niveau national joue un rôle essentiel, comme l'attestent les arrêts *Görmüş et al. c. Turquie* et *Matúz c. Hongrie*. À ce propos, nous relevons que les conséquences d'une mauvaise appréciation, par les autorités nationales, de la proportionnalité d'une mesure restrictive – ou l'adoption d'une décision allant *au-delà* de la marge d'appréciation reconnue – sont diverses. Ainsi, la Cour EDH peut directement conclure au caractère disproportionné de la restriction en cause et, de ce fait, à la violation du droit fondamental concerné, comme l'illustre l'affaire *Bagdonavicius et al. c. Russie*. Cependant, elle peut également choisir de substituer sa propre appréciation à celle – ou à

l'absence de celle – des juridictions nationales, à l'instar de l'arrêt *Perinçek c. Suisse*⁽¹⁷⁷⁾.

1015. Troisièmement, en ce qui concerne les restrictions répondant au besoin de protection des *droits et libertés d'autrui*, nous notons que la CourEDH traite de façon similaire le droit fondamental faisant l'*objet* de la restriction et le droit fondamental dont le besoin de protection est la *cause* de ladite restriction, comme le confirment les arrêts *Neulinger et Shuruk c. Suisse* et *Menesson c. France*. Ainsi, lorsque les obligations découlant de deux droits fondamentaux entrent en conflit, un double contrôle portant sur la proportionnalité des restrictions subies par chacun des deux droits est effectué, et ce indépendamment du fait de savoir si les droits fondamentaux en cause protègent des intérêts similaires ou non.

1016. Quatrièmement, et d'une façon plus générale, la jurisprudence présentée met en exergue le caractère *in concreto* du contrôle de la CourEDH. Celle-ci veille en effet à prendre particulièrement en compte les circonstances propres à chaque cas d'espèce tant lors de la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation des États parties, que lors de son contrôle de la proportionnalité *stricto sensu* d'une mesure restrictive. Ainsi, cette cour adopte un raisonnement circonstancié indépendamment de la nature des finalités invoquées. En ce sens, nous estimons que son approche se distingue d'un raisonnement de type syllogistique et rejoint celle de la CJUE, bien que leurs approches respectives se distancient à d'autres égards, comme l'illustrent les lignes qui suivent.

177. CourEDH, 15 octobre 2015, *Perinçek*, § 280 : « Au vu de l'ensemble des éléments analysés ci-dessus – à savoir que les propos du requérant se rapportaient à une question d'intérêt public et n'étaient pas assimilables à un appel à la haine ou à l'intolérance, que le contexte dans lequel ils ont été tenus n'était pas marqué par de fortes tensions ni par des antécédents historiques particuliers en Suisse, que les propos ne pouvaient être regardés comme ayant attenté à la dignité des membres de la communauté arménienne au point d'appeler une réponse pénale en Suisse, qu'aucune obligation internationale n'imposait à la Suisse de criminaliser des propos de cette nature, que les tribunaux suisses apparaissent avoir censuré le requérant pour avoir exprimé une opinion divergente de celles ayant cours en Suisse, et que l'ingérence a pris la forme grave d'une condamnation pénale –, la Cour conclut qu'il n'était pas nécessaire, dans une société démocratique, de condamner pénalement le requérant afin de protéger les droits de la communauté arménienne qui étaient en jeu en l'espèce ».

CHAPITRE 3 LA PROPORTIONNALITÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE

1017. À la lumière de nos observations relatives à la pratique de la CourEDH, analysons à présent l'interprétation de la condition de justification qu'est la proportionnalité par la CJUE. À cette fin, nous identifions d'abord certaines caractéristiques de la méthode d'interprétation de la CJUE (Section 1) avant d'examiner l'interprétation proprement dite de cette condition par cette cour (Section 2). Lors de ce dernier examen, nous distinguons les cas dans lesquels la CJUE doit contrôler la proportionnalité d'une mesure restrictive par rapport à *un objectif d'intérêt général reconnu par l'UE* de ceux où elle procède à un tel contrôle par rapport au *besoin de protection des droits et libertés d'autrui*.

SECTION 1. – LA MÉTHODE D'INTERPRÉTATION DE LA CJUE

1018. Nous souhaitons brièvement souligner deux caractéristiques de la méthode d'interprétation de la CJUE susceptibles d'être problématiques eu égard au principe de cohérence. D'une part, nous argumentons qu'il ressort de la jurisprudence de cette cour que les divers composants de la condition de justification qu'est la proportionnalité ne sont pas examinés de façon systématique, car leur application varie notamment selon l'origine de la mesure restrictive en cause, *i.e.* nationale ou de l'Union européenne (*infra* A). Par ailleurs, nous estimons également que les motivations sous-tendant la reconnaissance d'une marge d'appréciation aux États membres lors de l'interprétation du caractère proportionné d'une restriction diffèrent de celles de la CourEDH de façon potentiellement problématique (*infra* B).

A. – L'ORIGINE DES RESTRICTIONS QUA FACTEUR DE VARIATION DU
CONTRÔLE DE LA PROPORTIONNALITÉ

1019. La CJUE ne semble pas procéder à une analyse systématique de chacun des éléments composant le test de proportionnalité. À titre illustratif, dans son arrêt *Scarlet Extended SA*, cette cour a rappelé – sans mentionner l'article 52 de la Charte – la nécessité « d'assurer un juste équilibre entre la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droits d'auteur, et celle de la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs tels que les FAI en vertu de l'article 16 de la charte »⁽¹⁾. Rappelons brièvement que dans cette affaire, la mesure litigieuse se constituait de l'injonction faite à Scarlet de procéder à une surveillance active de l'ensemble des communications électroniques de clients utilisant son réseau afin de prévenir toutes atteintes aux droits de propriété intellectuelle des œuvres du répertoire de SABAM.

1020. En l'espèce, la CJUE a relevé que l'injonction en cause était « illimitée dans le temps, visant toute atteinte future et supposant de devoir protéger non seulement des œuvres existantes, mais également celles futures qui n'ont pas encore été créées au moment de la mise en place dudit système »⁽²⁾. Dès lors, elle a estimé qu'une telle restriction ne respectait pas « l'exigence que soit assuré un juste équilibre entre, d'une part, la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droits d'auteur, et, d'autre part, celle de la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs tels que les FAI »⁽³⁾. En d'autres termes, le caractère coûteux, permanent et aux seuls frais de Scarlet des mesures de surveillance imposées par l'injonction litigieuse constituait une restriction disproportionnée au droit fondamental à la liberté d'entreprise de cette dernière.

1021. Cependant, dans cette affaire, la CJUE ne s'est pas prononcée sur l'*aptitude* des mesures de surveillance concernées à protéger les *droits et libertés d'autrui* en cause – notamment le droit de propriété intellectuelle de SABAM – et n'a pas examiné l'existence de mesures alternatives susceptibles de porter une atteinte moindre audit droit. Dès lors, l'examen du caractère *nécessaire* des mesures de surveillance semble également avoir été écarté au profit de l'unique analyse de la *proportionnalité stricto sensu* desdites mesures.

1. CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, pt 46.

2. *Ibid.*, pt 47.

3. *Ibid.*, pt 49.

1022. Nous argumentons par ailleurs que ce manque de systématique par la CJUE dans son appréciation des divers composants de la condition de justification qu'est la proportionnalité ne s'effectue pas de façon totalement aléatoire. Cette cour semble ainsi faire dépendre son appréciation desdits composants de certaines considérations, parmi lesquelles figure notamment l'*origine* de la mesure restrictive en cause. La jurisprudence de la CJUE illustrée ci-dessous démontre en effet que la CJUE adopte une méthodologie quelque peu différente selon que la restriction concernée émane d'un acte des institutions de l'UE – auquel cas elle est plus encline à contrôler la proportionnalité de la restriction (*infra* 1) – ou d'un acte d'un État membre – auquel cas elle s'en remet souvent à l'appréciation de la juridiction nationale (*infra* 2).

1. – La rigueur du contrôle des mesures de l'UE

1023. En ce qui concerne les mesures de l'*Union européenne*, illustrons brièvement notre propos en revenant sur l'arrêt *Neptune Distribution*⁽⁴⁾, concernant la vente de bouteilles d'eaux minérales qui mentionnaient sur leurs étiquettes une faible teneur en sel, et ce de façon contraire à la directive 2009/54/CE qui interdit toute mention relative à la teneur en chlorure de sodium susceptible d'induire le consommateur en erreur. Cette interdiction a été considérée par la CJUE comme constitutive d'une restriction au droit fondamental à la liberté d'expression qui, afin d'être justifiée, devait notamment respecter la condition de la proportionnalité avec l'objectif d'intérêt général que constitue la santé humaine, d'une part, et la protection des droits des consommateurs, d'autre part⁽⁵⁾.

1024. À cet égard, la CJUE a indiqué qu'« [e]n ce qui concerne le contrôle juridictionnel des conditions de la mise en œuvre du principe de proportionnalité, il y a lieu de reconnaître au législateur de l'Union un large pouvoir d'appréciation dans un domaine tel que celui de l'espèce, qui implique de sa part des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lequel il est appelé à effectuer des appréciations complexes »⁽⁶⁾. Cette cour a ensuite confirmé que l'information prohibée pouvait induire le consommateur en erreur puis a estimé que le risque pour la santé humaine d'une consommation abondante de sodium ne pouvait être exclu⁽⁷⁾. Au terme de ses observations, elle a ainsi conclu que le législateur de l'UE était

4. CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*.

5. *Ibid.*, pts 74-75.

6. *Ibid.*, pt 75.

7. *Ibid.*, pts 77-83.

en droit de considérer que les restrictions en cause « étaient *appropriées* et *nécessaires* pour assurer la protection de la santé humaine dans l'Union »⁽⁸⁾.

1025. Force est cependant de relever qu'en dépit de la formulation utilisée, la CJUE est parvenue à cette conclusion sans procéder à une analyse détaillée ni approfondie des composants de l'*aptitude* et de la *nécessité* des mesures en cause, semblant se retrancher derrière l'ample pouvoir d'appréciation dont jouissent les institutions de l'UE. Ceci étant, l'approche visant à reconnaître une discrétion importante dans des domaines impliquant des choix de nature politique, économique ou sociale et nécessitant d'effectuer des appréciations complexes est également rappelé dans d'autres arrêts, comme *Herbert Schaible c. Land Baden-Württemberg*⁽⁹⁾. Or, dans ce dernier arrêt, une telle discrétion n'a aucunement empêché la CJUE de procéder à un contrôle de l'*aptitude*⁽¹⁰⁾, de la *nécessité*⁽¹¹⁾ et de la *proportionnalité stricto sensu*⁽¹²⁾ de la mesure de l'UE en cause.

1026. Sur ce point, nous estimons que le fait que les institutions de l'UE disposent d'une discrétion importante dans un domaine donné ne permet pas à la CJUE de procéder à un contrôle de la proportionnalité limité à l'un ou l'autre des composants de la condition de justification qu'est la proportionnalité. Bien au contraire, nous partageons l'avis de plusieurs avocats généraux⁽¹³⁾, dont Michal Bobek, pour qui cela « signifie plutôt qu'un plus grand degré de déférence s'impose *dans la mise en œuvre* de ce contrôle. Celui-ci se limite alors à détecter les *vices manifestes*. En

8. *Ibid.*, pt 84 [souligné par nous].

9. CJUE, 17 octobre 2013, *Herbert Schaible*, pt 48.

10. *Ibid.*, pt 52 : « En ce qui concerne le prétendu caractère adéquat de l'ancien système, force est de constater que, étant donné le contexte zoosanitaire, épizootique, économique et social caractérisant la période de la préparation et le moment de l'adoption du règlement n° 21/2004, c'est à bon droit que le législateur de l'Union a considéré que, à supposer même que les règles du système établi par la directive 92/102 auraient pu être mises en œuvre plus correctement, ces règles et ce système avaient besoin d'être révisés ».

11. *Ibid.*, pt 59 : « Il y a donc lieu de constater que les obligations litigieuses sont nécessaires pour atteindre les buts poursuivis par ledit règlement ».

12. *Ibid.*, pt 60 : « S'agissant d'un éventuel caractère disproportionné des obligations litigieuses, il convient de constater que le législateur de l'Union devait mettre en balance les intérêts en cause (voir, en ce sens, arrêts précités Volker und Markus Schecke et Eifert, point 77, ainsi que Sky Österreich, point 59), à savoir, d'une part, la liberté d'entreprise des éleveurs d'ovins et de caprins et, d'autre part, l'intérêt général de lutter contre les épizooties des ovins et des caprins ».

13. Voir not. Av. gén. KOKOTT, 19 janvier 2012, *Association Kokopelli*, pt 61, et Av. gén. WAHL, 29 mai 2013, *Herbert Schaible*, pt 40.

revanche, un examen approprié de chacune des trois étapes décrites ci-dessus reste nécessaire »⁽¹⁴⁾.

1027. Ce point de vue est d'ailleurs corroboré par certains arrêts de la CJUE, tels que *Digital Rights Ireland*, où cette cour a rappelé – en renvoyant à l'arrêt de la CourEDH dans l'affaire *S. et Marper c. Royaume-Uni*⁽¹⁵⁾ – qu'en matière de restrictions aux droits fondamentaux, une discrétion du législateur de l'UE en principe étendue pouvait néanmoins se voir limitée en fonction de certains facteurs, au titre desquels figurent notamment le droit fondamental en cause et la gravité de l'ingérence⁽¹⁶⁾. En d'autres termes, lorsque la CJUE est saisie d'une affaire concernant une restriction à un droit fondamental qui repose sur un acte émanant des institutions de l'UE, cette cour n'hésite pas à contrôler le caractère proportionné de ladite restriction, au terme toutefois d'une analyse plus ou moins complète des différents composants de cette condition de justification⁽¹⁷⁾.

2. – La déférence du contrôle des mesures nationales

1028. S'agissant des mesures restrictives de droits fondamentaux d'origine *nationale*, mentionnons brièvement l'arrêt *DEB*⁽¹⁸⁾. Dans cette affaire, une entreprise allemande avait subi de lourdes pertes financières du fait de la transposition tardive par l'Allemagne de diverses directives de l'UE visant à faciliter l'accès au réseau de gaz naturel. Compte tenu desdites pertes, ladite entreprise n'avait pas pu payer l'avance des frais de justice inhérente à l'action en responsabilité intentée contre l'Allemagne et a sollicité l'aide judiciaire. Cette aide lui a cependant été refusée au motif que, conformément à la législation allemande, elle ne peut être octroyée que lorsqu'un inconvénient effectif touchant la collectivité découlerait du renoncement à l'action en justice.

1029. Estimant que la législation nationale était potentiellement contraire au droit fondamental à un recours effectif, garanti à l'article 47 de

14. Av. gén. BOBEK, 16 mars 2016, *Lidl*, pt 41.

15. CourEDH, 4 décembre 2008, *S et Marper*.

16. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*. Cet arrêt fait cependant souvent office d'exception à la règle aux yeux de la littérature juridique, comme le relève Agostino V. PLACCO, « La protection des données à caractère personnel dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative aux droits fondamentaux », in A. GROSJEAN (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 27-57.

17. Pour une illustration récente d'une analyse complète des trois composants de la proportionnalité par la CJUE, voir CJUE, 14 septembre 2017, *K.*, pts 37-49.

18. CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*.

la Charte, la juridiction de renvoi a interrogé la CJUE, qui ne lui a cependant pas été d'un grand secours. En effet, au terme d'une analyse détaillée des circonstances du cas et de la jurisprudence de la CourEDH, la CJUE a uniquement précisé qu'il incombait « au juge national de vérifier si les conditions d'octroi de l'aide judiciaire constituent une limitation du droit d'accès aux tribunaux qui porte atteinte à ce droit dans sa substance même, si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »⁽¹⁹⁾.

1030. Le faible degré de contrôle par la CJUE de l'appréciation effectuée par des juridictions nationales se reflète également dans l'arrêt *Trade Agency*⁽²⁰⁾. Dans cette affaire, une juridiction lettone avait refusé de reconnaître une décision rendue par une juridiction anglaise du fait que celle-ci, rendue par défaut du défendeur, était dépourvue de motivation relative à l'objet, au fondement et au bienfondé du recours⁽²¹⁾. La CJUE a reconnu qu'un tel refus constituait une restriction au droit fondamental à un procès équitable ayant pour finalité de garantir un déroulement rapide, efficace et moins coûteux des procédures en vue d'une bonne administration de la justice⁽²²⁾. Elle a cependant précisé qu'il revenait à la juridiction de renvoi de vérifier « si la restriction instituée par le système procédural du Royaume-Uni n'est pas manifestement disproportionnée par rapport au but poursuivi »⁽²³⁾.

1031. Dans ce contexte, il est intéressant de relever que la littérature juridique a parfois tenté de systématiser le degré de contrôle effectué par la CJUE et les situations dans lesquelles cette dernière s'en remet largement aux juridictions nationales, en identifiant certains moyens utilisés par cette cour dans sa jurisprudence⁽²⁴⁾. À notre sens, toutefois, un tel exercice – si tant est qu'il est réalisable – est dénué de pertinence.

1032. En effet, préalablement à son contrôle des mesures nationales restrictives de droits fondamentaux, la CJUE doit nécessairement se prononcer sur la marge d'appréciation reconnue aux juridictions des États membres dans l'interprétation du caractère proportionné de telles mesures. Or, comme nous y revenons ci-dessous⁽²⁵⁾, l'étendue de la marge

19. *Ibid.*, pt 60.

20. CJUE, 6 septembre 2012, *Trade Agency*.

21. *Ibid.*, pt 55.

22. *Ibid.*, pts 57-58.

23. *Ibid.*, pt 59. Pour une illustration similaire relative à une restriction au droit fondamental à la liberté d'entreprise, voir not. CJUE, 26 octobre 2017, *BB construct*, pt 42.

24. Voir not. G. DE BÚRCA, « The Principle of Proportionality and its application in EC Law », *op. cit.*, p. 148.

25. Voir *infra* Partie 3, titre 4, chap. 3, section 1, let. B.

d'appréciation admise dans un cas d'espèce dépend d'un certain nombre de facteur dont l'application est très fluctuante en fonction des circonstances. Par conséquent, la déférence laissée aux juridictions nationales lors du contrôle de la proportionnalité d'une mesure restrictive par la CJUE⁽²⁶⁾ est inévitablement très fluctuante et, selon nous, rend vaine toute tentative de systématisation. La distinction méthodologique de la part de la CJUE lors du contrôle des mesures des institutions de l'UE, d'une part, et des mesures nationales, d'autre part, reste par contre spécifique au contexte de l'UE et, en dépit des exceptions dont elle peut souffrir, nous semble devoir être dûment prise en considération.

B. – LA MARGE D'APPRÉCIATION DANS LE CONTEXTE DE L'UE

1033. Au titre de seconde caractéristique méthodologique de la CJUE et dans la droite ligne de ce qui précède, nous souhaitons nous attarder sur la marge d'appréciation reconnue aux États membres lors de l'examen du caractère proportionné d'une mesure restrictive de droits fondamentaux. À cet égard, rappelons que la jurisprudence de la CJUE rendue avant l'entrée en vigueur de la Charte faisait déjà référence – sous des appellations variées – à une *marge d'appréciation* reconnue aux juridictions nationales lors de l'examen de la proportionnalité d'une restriction à un droit fondamental⁽²⁷⁾.

1034. En effet, dans son arrêt *Schmidberger* déjà, la CJUE a indiqué que des restrictions pouvaient être apportées aux droits fondamentaux à la liberté d'expression et à la liberté de réunion, pour autant notamment que celles-ci ne constituent pas, compte tenu de la finalité poursuivie, une intervention démesurée et intolérable⁽²⁸⁾. À cet égard, elle a précisé qu'une mise en balance des intérêts en présence était nécessaire, lors de laquelle « les autorités compétentes disposent d'un large pouvoir d'appréciation »⁽²⁹⁾. De même, dans l'affaire *Oméga*, cette cour a mentionné

26. Pour d'autres illustrations d'une telle déférence, voir not. CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín* ; CJUE, 13 septembre 2016, *CS*.

27. Dans le contexte de l'Union européenne, la terminologie de *marge d'appréciation* côtoie d'autres termes, tels que le *pouvoir d'appréciation* ou la *discrétion*, souvent utilisés de façon interchangeable mais n'ayant pas nécessairement le même contenu. La marge d'appréciation est ainsi également mentionnée dans le cadre de la latitude reconnue aux États dans le choix des mesures d'implémentation du droit de l'UE en droit national. Pour aller plus loin, voir J. SWEENEY, « A "Margin of Appreciation" in the Internal Market : Lessons from the European Court of Human Rights », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 34, 2007, n° 1, pp. 27-52, p. 33 ; M. FICHERA, E. HERLIN-KARNELL, « The Margin of Appreciation Test and Balancing in the Area of Freedom Security and Justice: A Proportionate Answer for a Europe of Rights? », *European Public Law*, vol. 19, 2013, n° 4, pp. 759-787, p. 778.

28. CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*, pt 80.

29. *Ibid.*, pt 82.

que l'acception de la notion d'ordre public en tant que finalité susceptible de justifier une restriction pouvait varier et qu'il convenait de « reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité »⁽³⁰⁾.

1035. La jurisprudence de la CJUE rendue depuis la proclamation de la force contraignante de la Charte s'inscrit dans la même lignée, comme l'illustre notamment l'arrêt *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*⁽³¹⁾. Dans cette affaire, une ressortissante s'est vue contrainte de porter un patronyme différent dans son état de nationalité, l'Autriche, et dans son état de résidence, l'Allemagne, ce qui constitue une restriction à sa liberté de circulation ainsi qu'à son droit fondamental à la vie privée et familiale. Si la CJUE a reconnu que des finalités relatives à l'ordre public d'un État membre étaient susceptibles de justifier le refus de reconnaître un nom patronymique, elle a néanmoins admis que « les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un État membre à l'autre et d'une époque à l'autre. Il faut donc, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité »⁽³²⁾.

1036. L'approche de la CJUE relative à la reconnaissance d'une marge d'appréciation aux États membres et aux conséquences de celle-ci sur l'interprétation de la condition de la proportionnalité diverge cependant sensiblement de celle la CourEDH présentée ci-dessus⁽³³⁾. Si ces divergences peuvent s'expliquer compte tenu des contextes différents dans lesquels s'inscrivent l'examen de la CJUE et celui de la CourEDH⁽³⁴⁾, elles nécessitent à notre sens de s'y attarder brièvement afin d'évaluer leur compatibilité avec les exigences découlant du principe de cohérence.

1. – La fonction de la marge d'appréciation

1037. Dans le contexte de la CEDH, nous avons relevé ci-dessus que l'une des *fonctions* de la marge d'appréciation est essentiellement d'accommoder la diversité existant entre les États parties en ajustant

30. CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, pt 31.

31. CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*.

32. *Ibid.*, pt 87.

33. M. FOROWICZ, « State Discretion as a Paradox of EU Evolution », *op. cit.*, p. 8.

34. *Ibid.* L'auteur effectue la comparaison sous l'angle de la distinction de légitimité de la CJUE - dérivant de l'évolution de l'UE - de celle de la CourEDH qui, en tant que cour internationale, a dû s'imposer en ménageant les diversités existant au sein de États parties et en usant de la marge d'appréciation.

l'intensité du contrôle opéré par la CourEDH⁽³⁵⁾. Dans le cadre de l'Union européenne, la marge d'appréciation s'insère dans un contexte différent où règne une tension entre l'objectif d'intégration de l'Union européenne, d'une part, et celui du respect des particularités nationales, d'autre part⁽³⁶⁾.

1038. Cette tension peut s'illustrer au travers de diverses caractéristiques de l'Union européenne telles que, d'une part, la primauté⁽³⁷⁾ et l'effet direct du droit de l'UE sur les droits des États membres et, d'autre part, la reconnaissance des traditions constitutionnelles communes aux États membres *qua* source de droits fondamentaux protégés dans l'UE⁽³⁸⁾. Dans le domaine des droits fondamentaux, la marge d'appréciation reconnue aux États membres permet à la CJUE d'accommoder ces tensions en laissant à ces derniers une certaine déférence lors de l'appréciation du caractère proportionné d'une mesure restrictive.

1039. En ce sens, la fonction de la marge d'appréciation dans le contexte de l'UE est similaire à celle de ladite marge dans le contexte de la CEDH, à savoir permettre de prendre au mieux en compte les diversités nationales. Ceci corrobore dès lors les observations formulées ci-dessus au terme desquelles en présence d'une mesure nationale restreignant un droit fondamental, la CJUE fait preuve de davantage de déférence qu'en présence d'une mesure restrictive provenant des institutions de l'UE. Par ailleurs, la marge d'appréciation reconnue aux États membres est également encadrée, à l'instar de ce qui prévaut dans le contexte de la CEDH, par un contrôle de la CJUE.

1040. Il convient néanmoins de mentionner à ce propos un certain désaccord au sein de la littérature juridique eu égard à l'utilité de reconnaître une marge d'appréciation aux États membres pour prendre en compte les diversités nationales. Ainsi, Steve Peers et Sacha Prechal estiment que la Charte est essentiellement destinée aux institutions qui composent l'Union européenne⁽³⁹⁾, de sorte que la diversité d'approches inhérente à la reconnaissance d'une marge d'appréciation n'a pas lieu d'être dans

35. Voir *supra* Partie 3, titre 4, chap. 2, section 1, let. B, ch. 2.

36. M. FOROWICZ, « State Discretion as a Paradox of EU Evolution », *op. cit.*, p. 10 ; Fr. J. MENA PARRAS, « From Strasbourg to Luxembourg ? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », *op. cit.*, pp. 3 et 12.

37. Voir p. ex. la Déclaration n° 17 annexée à l'acte final de la Conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 : « La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence ».

38. Art. 6, § 3, TUE, *supra*, note de bas de page 91.

39. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1481.

l'UE. Ces derniers précisent, d'une part, que bien que la Charte s'adresse également aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE, ledit droit leur laisse suffisamment de latitude – *i.e.* le choix des mesures de transposition des actes de l'UE, le droit de veto au Conseil sur des problématiques sensibles, l'existence de périodes de transition ou encore la possibilité de formuler un *opt out*. D'autre part, les domaines du droit national relevant de la mise en œuvre du droit de l'UE n'impacteraient pas les diverses traditions nationales.

1041. Nous ne pouvons cependant souscrire à ce point de vue. En effet, comme brièvement mentionné ci-dessus, une détermination de la CJUE sur la marge d'appréciation reconnue aux États membres et, le cas échéant, sur son étendue, est un préalable nécessaire à son contrôle de la proportionnalité d'une mesure restrictive. À cet égard, lors de l'adoption de mesures nationales restrictives de droits fondamentaux, les autorités nationales ont d'emblée apprécié l'aptitude et la nécessité, notamment, de telles mesures eu égard aux circonstances⁽⁴⁰⁾, car « [d]écider de quelque chose, c'est l'estimer proportionnée »⁽⁴¹⁾. Le contrôle de la CJUE consiste dès lors en une seconde appréciation – dont le degré peut varier – de ce qui est *apte*, *nécessaire* et *proportionné stricto sensu* dans une situation donnée, appréciation qui est susceptible de remplacer celle des autorités nationales⁽⁴²⁾. Or, dans la mesure où la grande distinction entre le contrôle de proportionnalité opéré par la CJUE et celui effectué par les juridictions nationales porte sur son *intensité*, d'une part, et que ladite intensité dépend inélucablement de la marge d'appréciation reconnue aux juridictions nationales, d'autre part, nous ne pouvons en faire l'économie.

1042. La discrétion et les différentes possibilités reconnues aux États membres lors de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne n'influencent pas notre avis à ce sujet, car si elles permettent certains choix aux autorités nationales, elles n'en exigent pas moins une appréciation du caractère proportionnée des mesures finalement adoptées, sur laquelle portera le contrôle de la CJUE. Enfin, eu égard au dernier point soulevé par Steve Peers et Sacha Prechal, il suffit de relever que le droit dérivé de l'Union européenne touche des domaines toujours plus nombreux et sensibles, tels que la criminalité, l'immigration ou encore l'asile, dans

40. A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, *op. cit.*, pp. 400 et s.

41. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, § 1021.

42. En ce sens, voir Th. FRANCK, « On Proportionality of Countermeasures in International Law », *American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, n° 4, pp. 715-767, p. 717.

lesquels les droits fondamentaux ont d'importantes implications⁽⁴³⁾ et où les traditions nationales peuvent fortement diverger.

2. – L'étendue de la marge d'appréciation

1043. Dans le contexte de la CEDH, nous avons indiqué ci-dessus que l'*étendue* de la marge d'appréciation est déterminée par la CourEDH en fonction d'un certain nombre de facteurs dont l'utilisation n'est, certes, pas exempte de critiques. Parmi lesdits facteurs figurent notamment le droit fondamental concerné, la finalité poursuivie par la disposition de la CEDH en cause, l'existence d'un consensus entre les États parties à la CEDH relatif aux mesures à adopter dans certains cas de figure, ou encore des considérations de politique nationale liées à des spécificités sociales, économiques, environnementales ou territoriales⁽⁴⁴⁾.

1044. Dans le contexte de l'Union européenne, l'étendue de la marge d'appréciation reconnue aux États membres varie également en fonction de certains facteurs⁽⁴⁵⁾ qui se retrouvent, en substance, parmi ceux admis par la CourEDH. Certes, certains facteurs découlant de spécificités propres à l'Union européenne ne se retrouvent pas expressément dans la jurisprudence de la CourEDH, tels que le bon fonctionnement du marché intérieur. Cependant, nous argumentons que la formulation et l'interprétation large de certains facteurs par la CourEDH permet aisément d'accommoder les divergences découlant de sa jurisprudence avec celle de la CJUE.

1045. Au demeurant, ces apparentes divergences s'expliquent par le fait que lors de la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation, la CJUE doit prendre en compte non seulement des considérations complexes ayant trait aux spécificités de l'UE, mais également certaines spécificités nationales ou internationales partagées par les États membres concernés⁽⁴⁶⁾. Cependant, il arrive également que la CJUE apprécie certains facteurs différemment de la CourEDH, d'une part, tandis que d'autres le sont de façon similaire, d'autre part.

1046. Eu égard au premier cas de figure, *i.e.* à la prise en compte similaire par la CJUE et la CourEDH de certains facteurs, illustrons

43. F. MENA PARRAS, « From Strasbourg to Luxembourg ? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », *op. cit.*, p. 11.

44. Voir *supra* Partie 3, titre 4, chap. 2, section 1, let. B, ch. 3.

45. M. FOROWICZ, « State Discretion as a Paradox of EU Evolution », *op. cit.*, p. 21.

46. P. CRUZ VILLALÓN, résume bien cette situation sous la métaphore de *crowded house* (P. CRUZ VILLALÓN, « Rights in Europe: The Crowded House », *King's College London Centre of European Law, Working papers in European Law*, n° 01/2012).

notre propos à l'aide de deux arrêts traitant de restrictions aux droits fondamentaux découlant, respectivement, de mesures des institutions de l'UE, d'une part, et de mesures nationales, d'autre part. Ainsi, dans son arrêt *Neptune Distribution*⁽⁴⁷⁾, la CJUE a précisé, lors de son examen de la proportionnalité d'une mesure émanant des institutions de l'UE, qu'« il y a lieu de reconnaître au législateur de l'Union un large pouvoir d'appréciation dans un domaine tel que celui de l'espèce, qui implique de sa part des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lequel il est appelé à effectuer des appréciations complexes »⁽⁴⁸⁾. En ce sens, l'appréciation de cette cour rejoint celle de la CourEDH effectuée notamment dans l'arrêt *Yordanova et al. c. Bulgarie*⁽⁴⁹⁾.

1047. Il en va de même lorsqu'il s'agit du législateur national, comme l'illustre l'arrêt *Petersen*⁽⁵⁰⁾ où la CJUE a examiné la compatibilité avec le droit de l'UE d'une mesure nationale fixant une limite d'âge à l'exercice d'une profession médicale à des fins de santé publique. Cette cour a rappelé que le système de sécurité sociale était de la compétence des États membres et que, dès lors, « l'État membre peut décider du niveau auquel il entend assurer la protection de la santé publique et la manière dont ce niveau peut être atteint. Ce niveau pouvant varier d'un État membre à l'autre, il convient de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation »⁽⁵¹⁾. Cette approche reflète largement la jurisprudence de la CourEDH rendue notamment dans l'affaire *McDonald c. Royaume-Uni*, où cette cour a indiqué que « [i]n conducting the balancing act required by Article 8 § 2 the Court has to have regard to the wide margin of appreciation afforded to States in issues of general policy, including social, economic and health-care policies »⁽⁵²⁾.

1048. Eu égard à présent aux facteurs interprétés différemment dans le contexte de la Charte et de la CEDH, illustrons notre propos avec l'existence ou non d'un *consensus* entre les États membres sur les mesures à adopter lorsque la restriction d'un droit fondamental est envisagée. À ce

47. CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*.

48. *Ibid.*, pt 76.

49. CourEDH, 24 avril 2012, *Yordanova*, § 118 [arrêt non traduit en français].

50. CJUE, 12 janvier 2010, *Domnica Petersen*.

51. *Ibid.*, pt 51. Voir ég. CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, pt 29 : « lorsqu'une juridiction d'un État membre est appelée à contrôler la conformité aux droits fondamentaux d'une disposition ou d'une mesure nationale qui, dans une situation dans laquelle l'action des États membres n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union, met en œuvre ce droit au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux [...] ».

52. CourEDH, 20 mai 2014, *McDonald*, § 54.

propos, Francisco Javier Mena Parras note que « *compared to the ECtHR, while the mobilization of the margin of appreciation and the adoption of a deferential approach by the CJEU might also be based on the idea of a lack of minimum consensus within the EU on political or ideological questions particularly sensitive to Member States, the CJEU approach to consensus is more flexible* »⁽⁵³⁾, ce qu'il convient à notre sens de nuancer.

1049. En effet, revenons par exemple sur l'arrêt *Melloni*⁽⁵⁴⁾ portant sur la restriction du droit fondamental à un procès équitable de l'intéressé induite par la législation de l'UE relative à la reconnaissance mutuelle des décisions rendues par les États membres. La CJUE y a relevé que ladite législation reflétait un « consensus auquel sont parvenus les États membres dans leur ensemble au sujet de la portée qu'il convient de donner, au titre du droit de l'Union, aux droits procéduraux dont bénéficient les personnes condamnées par défaut qui font l'objet d'un mandat d'arrêt européen »⁽⁵⁵⁾. Par conséquent, elle a estimé que reconnaître une marge d'appréciation aux États membres dans ce cas de figure remettrait en cause « l'uniformité du standard de protection des droits fondamentaux »⁽⁵⁶⁾.

1050. Il en découle que le degré d'harmonisation du droit de l'UE détermine directement l'existence ou non, aux yeux de la CJUE, d'un *consensus* entre les États membres et, par conséquent, l'étendue de la marge d'appréciation à leur reconnaître dans l'examen du caractère proportionné d'une restriction. Ainsi, ce n'est qu'en l'absence d'une telle harmonisation que la marge d'appréciation joue un rôle pour accommoder la diversité existant entre les États membres⁽⁵⁷⁾. Dès lors, des facteurs tels que la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres – et, *a fortiori*, l'origine respectivement nationale ou de l'UE de la mesure en cause – ou l'existence de mesures d'harmonisation adoptées au niveau de l'UE sont centraux dans la détermination de la marge d'appréciation⁽⁵⁸⁾.

53. F. MENA PARRAS, « From Strasbourg to Luxembourg ? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », *op. cit.*, p. 15.

54. CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni*.

55. *Ibid.*, pt 62.

56. *Ibid.*, pt 63.

57. F. MENA PARRAS, « From Strasbourg to Luxembourg ? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », *op. cit.*, p. 22.

58. M. DÍAZ CREGO, « El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de las Comunidades europeas referida a los derechos fundamentales », in F. GARCÍA ROCA, P. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (édit.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 ; F. MENA PARRAS, « From Strasbourg to Luxembourg ? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », *op. cit.*, p. 15. Voir ég. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de*

1051. Certes, l'influence de la division des compétences entre l'Union européenne et ses États membres sur la détermination de la marge d'appréciation de ces derniers ne trouve pas à s'appliquer dans le contexte de la CEDH. Il n'en demeure pas moins, à notre sens, qu'un parallèle peut être dressé avec les situations où des dispositions internationales semblent ôter toute discrétion aux États parties à la CEDH, à l'instar de la résolution du Conseil de sécurité de l'ONU dans l'affaire *Nada c. Suisse*⁽⁵⁹⁾. Dans de telles situations, cependant, la CourEDH ne présume pas l'absence de marge d'appréciation nationale du simple fait de l'existence de telles dispositions. Elle procède en effet à un examen minutieux et circonstancié des dispositions concernées afin d'évaluer l'existence ou non d'une discrétion en faveur des États parties, n'hésitant pas à faire primer le besoin de protection du droit fondamental en cause sur un apparent consensus entre les États parties sur les mesures à adopter dans un cas d'espèce⁽⁶⁰⁾.

1052. Ainsi, à notre sens, une telle approche offre une flexibilité salubre par rapport à celle adoptée par la CJUE, qui semble exclure toute possibilité de reconnaître une marge d'appréciation aux États membres dès l'existence de mesures d'harmonisation. Ceci étant dit et bien que ces différences d'approches entre la CourEDH et la CJUE se conçoivent au vu de la nature et du rôle différents de ces deux cours, elles nous semblent cependant potentiellement problématiques eu égard au principe de cohérence, comme nous y revenons ci-dessous⁽⁶¹⁾.

SECTION 2. – L'INTERPRÉTATION DE LA PROPORTIONNALITÉ

1053. Examinons à présent l'interprétation proprement dite de la condition de justification qu'est la proportionnalité par la CJUE en présence de droits fondamentaux de la Charte *correspondant* à des droits fondamentaux de la CEDH. À l'instar de l'approche adoptée lors de l'analyse de la jurisprudence de la CourEDH, nous distinguons selon que la mesure restreignant le droit fondamental en cause poursuit un *objectif d'intérêt*

l'Union européenne, op. cit., § 64 : « Lorsqu'il [ndla : le contrôle de proportionnalité] porte sur des mesures d'origine communautaire, il n'est question que des compétences respectives des institutions de l'Union. Par contraste, lorsque l'origine des mesures est étatique, la décision de la Cour aura également une incidence sur la répartition des pouvoirs entre l'Union et les États membres, ou tout au moins sur son exercice. [...]. Dès lors, le principe de proportionnalité présente des enjeux importants pour l'autonomie étatique : plus le contrôle exercé par la Cour sera intense, plus la marge d'appréciation des autorités étatiques sera réduite ».

59. Voir à cet égard CourEDH, Juge MALINVERNI, 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*.

60. *Ibid.*

61. Voir *infra* Partie 3, titre 4, chap. 4.

général reconnu par l'UE (infra A) ou le besoin de protection des droits et libertés d'autrui (infra B).

A. – LA PROPORTIONNALITÉ PAR RAPPORT À UN *OBJECTIF D'INTÉRÊT GÉNÉRAL* RECONNU PAR L'UE

1054. Dans la mesure où le caractère proportionné d'une mesure restrictive s'apprécie toujours par rapport aux finalités poursuivies par la réglementation en cause et que celles-ci varient dans chaque cas d'espèce, nous allons privilégier une méthode d'analyse *in concreto*, en distinguant l'interprétation de la CJUE en fonction de chacun des *objectifs d'intérêt général reconnus par l'UE* mentionnés dans le titre précédent⁽⁶²⁾. Nous revenons ainsi sur les principaux arrêts présentés précédemment tout en mettant à présent l'accent sur la condition de justification qu'est la proportionnalité.

1. – La sécurité nationale, la sécurité et l'ordre publics

1055. Eu égard aux objectifs d'intérêt général reconnus par l'UE que constituent la *sécurité publique* et l'*ordre public*, revenons sur l'arrêt *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*⁽⁶³⁾ dans lequel la CJUE a examiné si l'atteinte au droit fondamental à la liberté d'un individu du fait de son placement en rétention motivé par des fins de sécurité nationale et d'ordre public, prévues par l'article 8, § 3, let. e, de la directive 2013/33⁽⁶⁴⁾, était proportionnée. Précisons que bien que cette affaire porte sur l'article 6 de la Charte – et non sur les articles 7, 8 ou 11 de celle-ci, dont l'analyse est privilégiée dans le cadre de la présente étude – elle mérite toute notre attention dans la mesure où, d'une part, la CJUE y renvoie par analogie à son arrêt rendu dans l'affaire *Digital Rights Ireland*⁽⁶⁵⁾ et, d'autre part, elle y affirme que conformément à l'article 52, § 3, de la Charte, « [i]l convient donc de tenir compte de l'article 5, paragraphe 1, de la CEDH en vue de l'interprétation de l'article 6 de la Charte »⁽⁶⁶⁾.

62. Pour des illustrations de finalités supplémentaires à celles analysées ici, voir not. CJUE, 14 mars 2017, *Achbita*, pts 37 et s.

63. CJUE, 15 février 2016, *J. N.*

64. Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, *JO L 180*, p. 96.

65. CJUE, 15 février 2016, *J. N.*, pts 53 et 56.

66. *Ibid.*, pt 77.

1056. S'agissant de la proportionnalité de la rétention du requérant, la CJUE a rappelé que « le principe de proportionnalité exige, selon une jurisprudence constante de la Cour, que les actes des institutions de l'Union ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que les inconvénients causés par celle-ci ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés »⁽⁶⁷⁾. Cette cour a ainsi examiné l'*aptitude* de la mesure de rétention à protéger les finalités invoquées et a conclu que « le placement en rétention d'un demandeur lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige est, par sa nature même, une mesure apte à protéger le public du danger que peut constituer le comportement d'une telle personne et est ainsi susceptible de réaliser l'objectif poursuivi par l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33 »⁽⁶⁸⁾.

1057. La CJUE a ensuite analysé le caractère *nécessaire* du placement en rétention et a relevé que l'article 8 de la directive 2013/33 n'offrait la possibilité de telles mesures de rétention que moyennant le respect « d'un ensemble de conditions ayant pour objectif d'encadrer strictement le recours à une telle mesure »⁽⁶⁹⁾. Elle a ainsi indiqué que des limitations importantes au pouvoir des États membres de procéder à des placements existaient⁽⁷⁰⁾ et qu'une telle possibilité avait été envisagée uniquement en tant que mesure exceptionnelle à n'utiliser qu'en cas de dernier ressort⁽⁷¹⁾. Fort de ce constat, cette cour a conclu que le placement en rétention d'un demandeur pouvait être considéré comme *nécessaire* au sens de l'article 52, § 1, de la Charte « à la condition que son comportement individuel représente une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ou la sécurité intérieure ou extérieure de l'État membre concerné »⁽⁷²⁾.

1058. La CJUE s'est également interrogée sur le point de savoir si le placement en rétention ne constituait pas une décision *démesurée* par rapport aux finalités poursuivies et a estimé qu'une telle possibilité procédait « d'une pondération équilibrée entre l'objectif d'intérêt général poursuivi, à savoir la protection de la sécurité nationale et de l'ordre public, d'une part, et l'ingérence dans le droit à la liberté occasionnée par une

67. *Ibid.*, pt 54.

68. *Ibid.*, pt 55.

69. *Ibid.*, pt 57.

70. *Ibid.*, pt 61-62.

71. *Ibid.*, pt 63.

72. *Ibid.*, pt 67.

mesure de rétention, d'autre part »⁽⁷³⁾. Elle est arrivée à cette conclusion en estimant qu'avant le placement en rétention, « les autorités nationales compétentes [avaient] préalablement vérifié, au cas par cas, si le danger que les personnes concernées font courir à la sécurité nationale ou à l'ordre public correspond au moins à la gravité de l'ingérence que constitueraient de telles mesures dans le droit à la liberté de ces personnes »⁽⁷⁴⁾.

1059. Ce premier arrêt suscite d'emblée deux observations de notre part. Premièrement, la CJUE y identifie les trois composants de la proportionnalité, tels qu'entendus à l'article 52, § 1, de la Charte, à savoir que pour être justifiée une mesure restrictive doit être *apte, nécessaire* et non *démesurée* – *i.e.* proportionnée *stricto sensu*. Deuxièmement, nous relevons qu'en l'espèce, le contrôle minutieux exercé par la CJUE portait sur une mesure de rétention découlant d'une directive des institutions de l'UE et non d'une mesure nationale, confirmant en ce sens nos propos développés ci-dessus⁽⁷⁵⁾.

1060. Revenons également sur l'arrêt *ZZ c. Secretary of State for the Home Department*⁽⁷⁶⁾ concernant la compatibilité avec le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective, garanti à l'article 47 de la Charte, de la décision des autorités anglaises de refuser l'entrée d'un citoyen européen sur leur territoire pour des raisons de sécurité publique. À ce propos, rappelons que la CJUE avait déjà indiqué dans son arrêt *Trade Agency*⁽⁷⁷⁾ notamment que l'article 47, § 2, de la Charte correspond – ainsi que cela ressort des explications relatives à la Charte afférentes à cet article – à l'article 6, § 1, de la CEDH.

1061. Dans cette affaire, les autorités nationales ont refusé de communiquer à l'intéressé les raisons à la base de leur décision en arguant de motivations liées à la sûreté nationale. Or, la CJUE a estimé que dans de tels cas, les juridictions nationales compétentes devaient « concilier, d'une part, les considérations légitimes de la sûreté de l'État quant à la nature et aux sources des renseignements ayant été pris en considération pour l'adoption d'une telle décision et, d'autre part, la nécessité de garantir à suffisance au justiciable le respect de ses droits procéduraux, tels que le droit d'être entendu ainsi que le principe du contradictoire »⁽⁷⁸⁾.

73. *Ibid.*, pt 68.

74. *Ibid.*, pt 69.

75. Voir *supra* Partie 3, titre 4, chap. 3, section 1, let. A.

76. CJUE, 4 juin 2013, *ZZ*.

77. CJUE, 6 septembre 2012, *Trade Agency*, pt 52

78. CJUE, 4 juin 2013, *ZZ*, pt 57.

1062. La CJUE a ensuite énoncé un ensemble d'éléments de droit et de fait à prendre en considération par le juge national lors d'un tel exercice, parmi lesquels figurent notamment le fait que « la pondération du droit à une protection juridictionnelle effective avec la nécessité d'assurer la protection de la sûreté de l'État membre concerné [...] ne vaut pas de la même manière pour les éléments de preuve à la base des motifs produits devant le juge national compétent »⁽⁷⁹⁾. Dans son arrêt *Trade Agency*, la CJUE avait d'ailleurs procédé de même et énoncé les éléments à prendre en considération par les juridictions nationales lorsqu'elles examinent « si la restriction instituée par le système procédural du Royaume-Uni n'est pas manifestement disproportionnée par rapport au but poursuivi »⁽⁸⁰⁾.

1063. Il est également intéressant de relever que dans l'affaire *ZZ c. Secretary of State for the Home Department*, la restriction litigieuse reposait sur la législation nationale mettant en œuvre le droit de l'UE et que la juridiction de renvoi a uniquement interrogé la CJUE sur l'interprétation de ce dernier à la lumière de la Charte. Ceci peut, par conséquent, contribuer à expliquer la déférence de la CJUE et son refus de procéder elle-même à un contrôle de la proportionnalité de la mesure restrictive au profit de consignes destinées à la juridiction de renvoi. En effet, dans l'affaire *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, la juridiction de renvoi avait questionné la CJUE sur la validité de la législation de l'UE – sur la base de laquelle avait été adoptée la mesure restrictive – à la lumière de la Charte, expliquant dès lors l'examen minutieux auquel s'est soumise cette cour.

2. – La lutte contre la criminalité et le terrorisme

1064. En ce qui concerne l'objectif d'intérêt général reconnu par l'UE que constitue *la lutte contre la criminalité et le terrorisme*, revenons uniquement sur l'arrêt *Digital Rights Ireland Ltd*⁽⁸¹⁾, relatif à la validité de la directive 2006/24/CE – obligeant la conservation de certaines données personnelles – au regard du droit fondamental au respect de la vie privée et familiale, garanti aux articles 7 et 8 de la Charte. Certaines données personnelles étaient en effet conservées du fait qu'elles constituaient un instrument utile notamment dans la lutte contre la criminalité. Dans cette affaire, la CJUE a réaffirmé certains composants de la proportionnalité, à

79. *Ibid.*, pt 66.

80. CJUE, 6 septembre 2012, *Trade Agency*, pt 59.

81. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*.

savoir l'*aptitude* et la *nécessité*⁽⁸²⁾ de la conservation de données à caractère personnel pour la lutte contre la criminalité.

1065. Eu égard à l'*aptitude*, la CJUE a constaté qu'au vu de l'importance des moyens de communication électronique, les données en cause constituaient incontestablement pour les autorités nationales des moyens supplémentaires d'élucidation des infractions graves, de sorte que leur conservation pouvait être considérée comme apte à réaliser la finalité poursuivie par la directive 2006/24⁽⁸³⁾.

1066. S'agissant de la *nécessité* de la conservation des données, la CJUE s'est abondamment référée à la jurisprudence de la CourEDH rendue notamment dans l'affaire *S. et Marper c. Royaume-Uni*. Cependant, ces renvois ne concernaient pas la marge d'appréciation reconnue par la CourEDH aux États parties ou encore le caractère nécessaire, dans une société démocratique, que doit revêtir une ingérence, mais uniquement le fait que plus la restriction au droit fondamental à la protection des données personnelles est importante – notamment lorsque le traitement desdites données est automatisé – plus ladite restriction doit être encadrée par des garanties susceptibles d'empêcher tout usage abusif ou improprie desdites données.

1067. Dans le cas d'espèce, la CJUE a relevé que la conservation des données couvrait, de manière généralisée, toute personne et tous les moyens de communication électronique, et ce sans qu'aucune différenciation ne soit opérée en fonction de la finalité que constitue la lutte contre les infractions graves⁽⁸⁴⁾. Au terme d'une analyse minutieuse de la directive 2006/24, cette cour a notamment souligné que la conservation des données « s'applique donc même à des personnes pour lesquelles il n'existe aucun indice de nature à laisser croire que leur comportement puisse avoir un lien, même indirect ou lointain, avec des infractions graves »⁽⁸⁵⁾.

1068. En sus du caractère généralisé de la conservation des données, la CJUE a ajouté que la directive 2006/24 « ne prévoit aucun critère objectif permettant de limiter le nombre de personnes disposant de l'autorisation d'accès et d'utilisation ultérieure des données conservées au strict nécessaire au regard de l'objectif poursuivi »⁽⁸⁶⁾. En ce sens, cette cour a suivi l'Avocat général Pedro Cruz Villalón en relevant que la conservation

82. *Ibid.*, pt 46.

83. *Ibid.*, pt 49.

84. *Ibid.*, pt 57.

85. *Ibid.*, pt 58.

86. *Ibid.*, pt 62.

des données était permise « entre six mois au minimum et vingt-quatre mois au maximum, sans qu'il soit précisé que la détermination de la durée de conservation doit être fondée sur des critères objectifs afin de garantir que celle-ci est limitée au strict nécessaire »⁽⁸⁷⁾.

1069. Ainsi, au terme de son analyse, la CJUE a estimé que la conservation des données constituait une restriction aux droits fondamentaux consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte « d'une vaste ampleur et d'une gravité particulière dans l'ordre juridique de l'Union sans qu'une telle ingérence soit précisément encadrée par des dispositions permettant de garantir qu'elle est effectivement limitée au strict nécessaire »⁽⁸⁸⁾. Autrement dit, comme un meilleur encadrement des restrictions aurait permis de réduire l'atteinte aux droits fondamentaux en cause, le composant de la *nécessité*, inhérent à la condition de justification qu'est la proportionnalité, faisait défaut et la CJUE a invalidé la directive 2006/24.

1070. L'interprétation de cette condition de justification par la CJUE dans cette affaire appelle deux remarques de notre part. Tout d'abord, cette cour a procédé à un examen extrêmement minutieux de cette condition, à l'instar de son arrêt *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, et ce indépendamment de l'objectif d'intérêt général reconnu par l'UE en cause. Ensuite, la CJUE n'a pas hésité à se référer abondamment à la jurisprudence de la CourEDH, même si lesdites références ne visaient pas directement l'interprétation par la CourEDH des composants du test de proportionnalité dans le contexte de la CEDH.

3. – La prévention des infractions pénales

1071. Deux arrêts de la CJUE rendus dans des affaires concernant des restrictions aux droits fondamentaux à la vie privée et familiale et à la protection des données personnelles, garantis aux articles 7 et 8 de la Charte, permettent d'illustrer la pratique de cette cour relative à la finalité que constitue la prévention des infractions pénales. Premièrement, mentionnons l'affaire *Michael Schwarz c. Stadt Bochum*⁽⁸⁹⁾, relatif au refus des autorités allemandes compétentes de délivrer un passeport à l'intéressé sans que ses empreintes digitales ne soient concomitamment relevées, conformément au règlement (CE) n° 2252/2004⁽⁹⁰⁾.

87. *Ibid.*, pt 64.

88. *Ibid.*, pt 65.

89. CJUE, 17 octobre 2013, *Michael Schwarz*.

90. Règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil, du 13 décembre 2004, établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les

1072. Dans son arrêt, la CJUE a analysé la validité dudit règlement en évaluant si la restriction en cause était proportionnée au regard des deux finalités invoquées, à savoir « l'objectif d'empêcher l'entrée illégale de personnes sur le territoire de l'Union »⁽⁹¹⁾ et celui de prévenir l'utilisation frauduleuse des passeports. Pour ce faire, elle a examiné si les moyens mis en œuvre par le règlement étaient *aptés* à réaliser ces objectifs et n'allaient pas au-delà de ce qui était *nécessaire*.

1073. S'agissant de l'*aptitude* de la mesure à réaliser les deux finalités mentionnées, la CJUE a relevé que « la conservation des empreintes digitales sur un support de stockage hautement sécurisé, [...], implique une sophistication technique, de sorte que cette conservation est susceptible de réduire le risque de falsification des passeports et de faciliter la tâche des autorités chargées d'examiner aux frontières l'authenticité de ceux-ci »⁽⁹²⁾. Écartant rapidement l'argument de l'intéressé selon lequel la vérification des empreintes digitales n'était pas un moyen totalement fiable, cette cour a ainsi conclu que le prélèvement et la conservation des empreintes digitales étaient *aptés* à atteindre les objectifs visés⁽⁹³⁾.

1074. En ce qui concerne la *nécessité* de la mesure, la CJUE a distingué son raisonnement en fonction des deux finalités invoquées et a rappelé qu'il convenait « de vérifier si des mesures moins attentatoires aux droits reconnus par les articles 7 et 8 de la Charte sont concevables tout en contribuant de manière efficace aux buts de la réglementation de l'Union en cause »⁽⁹⁴⁾. S'agissant de la prévention de l'utilisation frauduleuse des passeports, elle a minutieusement examiné si d'autres mesures étaient susceptibles de réaliser l'objectif concerné en portant « des atteintes moins importantes aux droits reconnus par les articles 7 et 8 de la Charte que celles entraînées par la méthode fondée sur les empreintes digitales »⁽⁹⁵⁾. Dans ce cadre, elle a pris en considération des mesures alternatives, telles que la saisie d'une image de l'iris de l'œil, et a examiné si le prélèvement d'empreintes n'allait pas au-delà de ce qui était nécessaire pour la réalisation de cette finalité⁽⁹⁶⁾. Au terme de son examen, cette cour a estimé que le

documents de voyage délivrés par les États membres, *JO* L 385, p. 1, tel que modifié par le règlement (CE) n° 444/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 6 mai 2009, *JO* L 142, p. 1, et rectificatif *JO* L 188, p. 127.

91. CJUE, 17 octobre 2013, *Michael Schwarz*, pt 40.

92. *Ibid.*, pt 41.

93. *Ibid.*, pt 45.

94. *Ibid.*, pt 46.

95. *Ibid.*, pts 47-53.

96. *Ibid.*, pts 54-63.

règlement en cause assurait une protection efficace contre toute utilisation non-autorisée desdites empreintes⁽⁹⁷⁾.

1075. Forte de cette conclusion, la CJUE a estimé que la restriction aux droits fondamentaux de l'intéressé était justifiée par la finalité visant à prévenir l'utilisation frauduleuse des passeports et, dès lors, a précisé qu'« il n'y a plus lieu d'examiner si les moyens mis en œuvre par ledit règlement revêtent un caractère nécessaire au regard de l'autre but tenant à la prévention de falsification des passeports »⁽⁹⁸⁾.

1076. Relevons à cet égard que cette pratique diverge, à notre sens, de celle de la CourEDH qui ne renonce en principe à examiner le caractère justifié d'une restriction que lorsqu'une violation à un droit fondamental a d'emblée pu être établie. En l'espèce, en renonçant à poursuivre son analyse du caractère proportionné de la mesure restrictive en cause au regard du second *objectif d'intérêt général reconnu par l'UE* invoqué tout en avalisant le règlement concerné, la CJUE nous semble maintenir une incertitude dans la protection des droits fondamentaux des justiciables, incertitude qui peut s'avérer problématique au regard des exigences découlant du principe de cohérence avec la CEDH.

1077. Deuxièmement, examinons l'arrêt *WebMindLicenses Kft*⁽⁹⁹⁾, dans lequel la CJUE a été interrogée sur la compatibilité avec la Charte d'une législation nationale permettant la transmission et l'utilisation, par l'administration nationale souhaitant établir l'existence d'une pratique abusive contraire à la directive TVA⁽¹⁰⁰⁾, de preuves obtenues à l'insu de l'assujéti dans le cadre d'une procédure pénale parallèle non encore clôturée, et ce sans autorisation judiciaire préalable. En l'espèce, lesdites preuves étaient constituées de mesures d'investigation, telles que des interceptions de télécommunications et des saisies de courriers électroniques, constituant dès lors des atteintes aux droits fondamentaux à la vie privée et familiale.

1078. Dans son analyse, la CJUE a distingué entre la transmission, d'une part, et l'utilisation, d'autre part, de telles preuves. S'agissant de la proportionnalité de la *transmission* des preuves, elle a rappelé que de telles mesures « ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour

97. *Ibid.*, not. pt 47. En ce sens, la CJUE suivie les conclusions de M. l'Avocat général P. MENDOZZI (Av. gén. MENDOZZI, 13 juin 2013, *Michael Schwarz*).

98. *Ibid.*, pt 65.

99. CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*.

100. Directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, JO L 347, p. 1, ci-après la « directive TVA ».

atteindre les objectifs visant à assurer l'exacte perception de la TVA et à éviter la fraude »⁽¹⁰¹⁾, et a relevé que ladite transmission visait « notamment de la poursuite d'infractions en cette matière »⁽¹⁰²⁾. Cette cour a ensuite indiqué, en se référant abondamment à la jurisprudence de la CourEDH, qu'en l'absence d'autorisation judiciaire, la protection du droit fondamental à la vie privée et familial garanti à l'article 7 de la Charte exigeait « un encadrement légal et une limitation stricts d'une telle saisie »⁽¹⁰³⁾. Elle n'a cependant pas procédé elle-même à l'examen du respect de la proportionnalité de la mesure litigieuse et a renvoyé un tel examen à la juridiction de renvoi⁽¹⁰⁴⁾.

1079. En ce qui concerne la proportionnalité de l'*utilisation* des dites preuves, la CJUE a également renoncé à se prononcer directement sur le caractère proportionné de la mesure restrictive concernée. Elle a ainsi indiqué qu'il revenait à la juridiction de renvoi de rechercher « si des moyens d'investigation moins attentatoires au droit garanti par l'article 7 de la Charte que les interceptions de télécommunications et la saisie de courriers électroniques, tels qu'un simple contrôle dans les locaux de WML et une demande d'informations ou d'enquête administrative adressée à l'administration portugaise en application du règlement n° 904/2010, n'auraient pas permis d'obtenir toutes les informations nécessaires »⁽¹⁰⁵⁾. En ce sens, la CJUE s'est montrée plus réservée que l'Avocat général Melchior Wathelet qui, dans ses conclusions, a clairement affiché son opinion selon laquelle « une saisie de courriers électroniques sans autorisation judiciaire et l'absence de possibilité pour WebMindLicenses de vérifier l'existence d'une pareille autorisation pour l'interception de communications téléphoniques et de la contester ne respectent pas le principe de proportionnalité »⁽¹⁰⁶⁾.

1080. Au terme de la présentation de ces deux arrêts, nous relevons tout d'abord que la divergence d'approche de la CJUE en fonction de l'origine de la mesure en cause se voit confirmée, bien que la suite de notre analyse permette de nuancer quelque peu ce constat. Plus précisément, saisie d'une demande préjudicielle sur la validité d'un acte de l'UE, comme dans l'affaire *Michael Schwarz*, la CJUE procède à un examen détaillé et se prononce expressément sur le caractère proportionné d'une mesure restrictive. Lors d'une demande préjudicielle en interprétation d'un acte d'origine nationale par rapport au droit de l'UE, toutefois, cette cour fait preuve de déférence et

101. CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, pt 74.

102. *Ibid.*, pt 76.

103. *Ibid.*, pt 77.

104. *Ibid.*, pt 78.

105. *Ibid.*, pt 82.

106. Av. gén. WATHELET, 16 septembre 2015, *WebMindLicenses*, pt 132.

formule uniquement des consignes à l'attention des juridictions nationales, comme dans l'arrêt *WebMindLicenses Kft*. Nous relevons ensuite que ces arrêts soulignent le fait que la formulation de la demande préjudicielle, respectivement en *validité* ou en *interprétation*, n'est pas anodine dans l'examen de la CJUE, car toute demande portant sur la validité d'un acte de l'UE posée dans le contexte spécifique de l'adoption d'une mesure qui restreint un droit fondamental nécessite des développements relatifs au caractère proportionné de ladite mesure.

4. – La protection de la santé

1081. La présentation de trois affaires nous permet d'illustrer la pratique de la CJUE relative à cet *objectif d'intérêt général reconnu par l'UE*. En premier lieu, attardons-nous sur l'affaire *Deutsches Weintor*⁽¹⁰⁷⁾, relative à l'atteinte à la liberté professionnelle et à la liberté d'entreprise découlant de l'interdiction totale contenue dans le règlement (CE) 1924/2006 de mentionner sur les étiquettes de vin toute allégation de santé afin, notamment, de protéger la santé⁽¹⁰⁸⁾. Cette cour s'est prononcée sur les différents composants de la proportionnalité d'une façon que nous jugeons expéditive et lacunaire, en quatre phrases que nous nous permettons de reproduire ci-dessous :

« 56. Quant au respect du principe de proportionnalité, s'il est vrai que l'interdiction des allégations en cause impose certaines restrictions à l'activité professionnelle des opérateurs économiques concernés sur un aspect précis, le respect de ces libertés est toutefois assuré sur les aspects essentiels.

57. En effet, loin de prohiber la production et la commercialisation des boissons alcooliques, la réglementation litigieuse se borne, dans un domaine bien délimité, à encadrer l'étiquetage et la publicité y afférents.

58. Ainsi, dans une affaire telle que celle au principal, l'interdiction litigieuse n'affecte nullement la substance même de la liberté professionnelle et de la liberté d'entreprise.

59. Il découle de ce qui précède que l'interdiction totale, dans le règlement n° 1924/2006, d'une allégation du type de celle en cause au principal doit être considérée comme conforme à l'exigence visant à concilier les différents droits fondamentaux en présence et à établir un juste équilibre entre eux »⁽¹⁰⁹⁾.

1082. Ainsi, dans cet arrêt, la CJUE n'a examiné aucun des composants de la condition de justification qu'est la proportionnalité et ne s'est pas prononcée sur l'*aptitude* ou la *nécessité* de l'interdiction litigieuse à protéger la santé, sans que cela ne l'empêche de conclure au respect de ladite condition. En ce sens, elle s'est écartée des arrêts précédemment

107. CJUE, 6 décembre 2012, *Deutsches Weintor*.

108. Bien que ne traitant pas du droit fondamental à la vie privée et familial, cet arrêt est pertinent pour les motifs développés dans le titre précédent.

109. CJUE, 6 décembre 2012, *Deutsches Weintor*, pts 56-59.

examinés ainsi que des conclusions rendues par l'Avocat général Ján Mazák dans cette affaire. Notons en effet que dans ces dernières, l'intéressé a procédé à une analyse complète des composants de la proportionnalité et a conclu que l'interdiction en cause « est appropriée au regard de l'objectif de protection de la santé publique, tel que visé ci-dessus, et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser un tel objectif compte tenu des risques d'assuétude et d'abus ainsi que des effets nocifs probables liés à la consommation d'alcool »⁽¹¹⁰⁾. Par ailleurs, sous l'égide de l'examen de la proportionnalité de la mesure restrictive, cette cour nous semble avoir davantage procédé à l'examen du respect d'une autre condition de justification, à savoir celle du *contenu essentiel* du droit fondamental en présence⁽¹¹¹⁾.

1083. Deuxièmement, examinons l'affaire *Neptune Distribution*⁽¹¹²⁾, concernant la validité de la restriction au droit fondamental à la liberté d'expression induite par l'interdiction – contenue dans la directive 2009/54/CE et le règlement (CE) n° 1924/2006 – de mentionner sur les étiquettes des bouteilles d'eaux minérales toute mention relative à la teneur en chlorure de sodium susceptible d'induire le consommateur en erreur⁽¹¹³⁾. Rendu postérieurement à l'arrêt *Deutsches Weintor*, cet arrêt était une occasion pour la CJUE de préciser cette dernière jurisprudence lacunaire, qu'elle n'a toutefois pas saisie.

1084. En effet, en ce qui concerne la proportionnalité de l'interdiction en cause, la CJUE a reconnu au législateur de l'UE « un large pouvoir d'appréciation dans un domaine tel que celui de l'espèce, qui implique de sa part des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lequel il est appelé à effectuer des appréciations complexes »⁽¹¹⁴⁾. Cette cour ayant ensuite relevé qu'un risque pour la santé humaine découlant d'une consommation abondante de sodium ne pouvait être exclu, elle a conclu que « le législateur de l'Union a pu valablement considérer que des contraintes et des restrictions, [...], en ce qui concerne l'utilisation d'allégations ou de mentions faisant référence à la faible teneur des eaux minérales naturelles en sodium, étaient appropriées et nécessaires pour assurer la protection de

110. Voir Av. gén. MAZÁK, 29 mars 2012, *Deutsches Weintor*, pts 67-75, pt 71.

111. Voir *infra* Partie 3, titre 5.

112. CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*.

113. *Ibid.*, pt 67 : « L'interdiction de faire figurer sur les emballages, les étiquettes et dans la publicité des eaux minérales naturelles toute allégation ou mention faisant référence à une faible teneur de telles eaux en sodium qui est susceptible d'induire le consommateur en erreur quant à cette teneur constitue une ingérence dans la liberté d'expression et d'information de l'entrepreneur ainsi que dans la liberté d'entreprise de celui-ci ».

114. *Ibid.*, pt 76.

la santé humaine dans l'Union »⁽¹¹⁵⁾. En d'autres termes, la reconnaissance d'une large marge d'appréciation aux institutions de l'UE a réduit le degré du contrôle de la condition de justification qu'est la proportionnalité par la CJUE au strict minimum.

1085. Troisièmement, revenons sur l'affaire *Léger*, relative à l'exclusion du don de sang de l'intéressé du fait qu'il entretenait des relations sexuelles avec un homme, car ladite « exclusion contribue par conséquent à l'objectif général d'assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine »⁽¹¹⁶⁾. Dans son arrêt, la CJUE a estimé que la proportionnalité de cette restriction au droit fondamental à la non-discrimination n'était respectée « que si un niveau élevé de protection de la santé des receveurs ne peut pas être assuré par des techniques efficaces de détection du VIH et moins contraignantes que l'interdiction permanente du don de sang pour l'ensemble du groupe constitué des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes »⁽¹¹⁷⁾.

1086. La CJUE a donc invité la juridiction de renvoi à vérifier s'il existait des techniques efficaces de détection du VIH et, en particulier, si les progrès de la science et de la technique sanitaire permettaient d'assurer un niveau élevé de protection de la santé « sans que la charge qui en résulte soit démesurée par rapport aux objectifs de protection de la santé visés »⁽¹¹⁸⁾. Si tel ne devait pas être le cas, la CJUE a estimé qu'une exclusion permanente des dons en question « n'est proportionnée que s'il n'existe pas de méthodes moins contraignantes pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs »⁽¹¹⁹⁾.

1087. Ainsi, la juridiction de renvoi a été invitée à examiner si des questionnaires à remplir par les donneurs ou encore un entretien individuel avec un professionnel du secteur médical permettraient d'identifier plus précisément les comportements à risques et, ainsi, d'établir des exclusions ciblées moins contraignantes qu'une exclusion généralisée de tous les hommes ayant eu des rapports sexuels avec un homme. Plus précisément, et se référant aux conclusions de l'Avocat général Paolo Mengozzi, cette cour a indiqué que « la juridiction de renvoi doit notamment vérifier si des questions ciblées concernant le délai écoulé depuis le dernier rapport sexuel [...], le caractère stable de la relation de la personne concernée ou le caractère protégé des rapports sexuels permettraient d'évaluer le niveau

115. *Ibid.*, pt 84.

116. CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger*, pt 57.

117. *Ibid.*, pt 59.

118. *Ibid.*, pt 64.

119. *Ibid.*, pt 65.

de risque que présente individuellement chaque donneur en raison de son propre comportement sexuel »⁽¹²⁰⁾.

1088. Ces trois arrêts interpellent, car ils mettent en exergue des caractéristiques interprétatives de la CJUE distinctes de celles relevées dans les arrêts précédemment identifiés. À titre illustratif, nous avons souligné ci-dessus qu'en présence d'une restriction à un droit fondamental basée sur une mesure d'origine nationale, cette cour fait généralement preuve de déférence à l'endroit des juridictions nationales, tandis qu'elle procède à un contrôle minutieux lorsque la restriction relève d'un acte des institutions de l'Union européenne. Cependant, à notre sens, l'arrêt *Léger* nécessite de nuancer ce constat. Certes, la CJUE n'y apprécie pas elle-même le caractère proportionné de la législation nationale mettant en œuvre le droit de l'UE, mais elle y énonce de nombreuses consignes très concrètes et précises à l'attention des juridictions nationales qui, dès lors, n'ont plus qu'à *appliquer* l'interprétation réalisée par cette cour.

5. – La transparence et la bonne gestion

1089. Eu égard aux objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne que constituent la transparence et la bonne gestion, examinons en détail l'arrêt *Volker et Markus Schecke*⁽¹²¹⁾. Rappelons que dans cette affaire, la CJUE a examiné la proportionnalité de la restriction au droit fondamental à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel découlant de la publication, ordonnée par le règlement (CE) n° 1290/2005 et le règlement (CE) n° 259/2008, des noms des bénéficiaires des aides du FEAGA et du Feader et des sommes précises allouées, afin d'accroître la transparence et la bonne gestion de ces fonds.

1090. Eu égard à la condition de justification qu'est la proportionnalité, la CJUE a précisé, en se référant à la jurisprudence de la CourEDH, qu'elle exigeait que « la limitation apportée aux droits consacrés par les articles 7 et 8 de la charte [soit] proportionnée au but légitime recherché »⁽¹²²⁾. Elle a ensuite indiqué que « [s]elon une jurisprudence constante, le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union, exige que les moyens mis en œuvre par un acte de l'Union soient *aptés* à réaliser l'objectif visé et n'aillent pas au-delà de ce qui est *nécessaire* pour l'atteindre »⁽¹²³⁾.

120. *Ibid.*, pt 67.

121. CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*.

122. *Ibid.*, pt 72.

123. *Ibid.*, pt 74 [souligné par nous].

1091. S'agissant de l'*aptitude*, la CJUE a noté qu'il n'était « pas contesté que la publication au moyen d'Internet des données nominatives relatives aux bénéficiaires concernés ainsi qu'aux montants précis provenant du FEAGA et du Feader perçus par ceux-ci soit apte à augmenter la transparence en ce qui concerne l'utilisation des aides agricoles concernées »⁽¹²⁴⁾. Cette cour a en effet estimé que la mise à disposition des citoyens de telles informations renforçait le contrôle public sur l'utilisation des sommes en cause et contribuait ainsi à une utilisation optimale des fonds publics⁽¹²⁵⁾.

1092. En ce qui concerne le caractère *nécessaire* de la mesure litigieuse, la CJUE a examiné si la publication « librement consultable des données nominatives relatives à tous les bénéficiaires concernés et aux montants précis provenant du FEAGA et du Feader perçus par chacun de ceux-ci – et cela sans opérer de distinction en fonction de la durée, de la fréquence ou du type et de l'importance des aides perçues – n'allait pas au-delà de ce qui était nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis »⁽¹²⁶⁾. Pour ce faire, elle a distingué la situation des personnes physiques bénéficiant d'aides du FEAGA et du Feader de celle des personnes morales bénéficiant desdites aides.

1093. Quant aux personnes physiques, la CJUE a relevé que rien n'indiquait que le Conseil et la Commission aient pris en considération, lors de l'adoption du règlement litigieux, des modalités de publication des données concernées qui soient « moins attentatoires au droit de ces bénéficiaires au respect de leur vie privée, [...], telles que la limitation de la publication de données nominatives relatives auxdits bénéficiaires en fonction des périodes pendant lesquelles ils ont perçu des aides, de la fréquence ou encore du type et de l'importance de celles-ci »⁽¹²⁷⁾. S'agissant des personnes morales, cette cour a indiqué qu'elles étaient soumises à une obligation accrue de publication de données et que soumettre ladite publication à un examen systématique imposerait aux autorités nationales une charge administrative démesurée⁽¹²⁸⁾.

1094. Reprochant aux institutions d'avoir adopté le règlement litigieux sans avoir préalablement examiné des alternatives ou des modalités à la publication des données personnelles relatives aux personnes physiques bénéficiant des aides en cause, la CJUE a substitué son appréciation à la leur et a invalidé l'article topique dudit règlement. En l'espèce, comme

124. *Ibid.*, pt 75.

125. *Ibid.*

126. *Ibid.*, pt 79.

127. *Ibid.*, pt 81.

128. *Ibid.*, pt 87.

« des mesures portant des atteintes moins importantes pour les personnes physiques audit droit fondamental sont concevables tout en contribuant de manière efficace aux objectifs de la réglementation de l'Union en cause »⁽¹²⁹⁾, il est apparu que le composant de la *nécessité* de la condition de justification qu'est la proportionnalité faisait défaut.

1095. Bien que l'interprétation de la CJUE dans cette affaire s'inscrive dans la lignée de celle développée notamment dans les arrêts *Digital Rights Ireland* ou *Michael Schwarz*, elle contient diverses références à la jurisprudence de la CourEDH qui méritent d'être soulignées. Ainsi, la CJUE renvoie à ladite jurisprudence quant à la question de savoir si « la limitation apportée aux droits consacrés par les articles 7 et 8 de la charte est proportionnée au but légitime recherché »⁽¹³⁰⁾ et quant au caractère démesuré des obligations imposées aux personnes morales⁽¹³¹⁾. Par ailleurs, dans ses conclusions relatives à cette affaire, l'Avocat général Eleanor Sharpston propose un test de proportionnalité par étapes largement inspiré de celui de la CourEDH, allant jusqu'à reprendre les exigences du *besoin social impérieux* et de la *société démocratique*, qu'elle applique ensuite au cas d'espèce⁽¹³²⁾. La jurisprudence de la CourEDH est ainsi très prégnante et a été judicieusement prise en considération, ce qui se distancie de bon nombre des arrêts de la CJUE présentés jusqu'à présent.

6. – Le maintien de la paix

1096. Afin d'illustrer la pratique de la CJUE en présence de cette dernière finalité susceptible de justifier des mesures restrictives, revenons sur trois arrêts, dont l'arrêt *Adib Mayaleh c. Conseil de l'Union européenne*. Dans cette affaire, un ressortissant syrien naturalisé français a vu son nom inscrit sur la liste figurant à l'annexe I de la décision 2012/739/PESC et à l'annexe II du règlement (UE) n° 363/2013, car il apportait un soutien économique et

129. *Ibid.*, pt 86.

130. *Ibid.*, pt 72.

131. *Ibid.*, pt 87.

132. Voir Av. gén. SHARPSTON, 17 juin 2010, *Volker et Markus Schecke*, pt 87 : « Y a-t-il une ingérence dans l'exercice des droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel? Dans l'affirmative, cette ingérence est-elle « prévue par la loi »? Est-ce (en principe) une mesure qui, « dans une société démocratique, est nécessaire », au motif qu'elle correspond à un besoin social impérieux? Est-elle proportionnée? Répondre à cette dernière question implique de définir clairement et précisément l'objectif exact des mesures contestées, en examinant si les mesures particulières qui ont été choisies (avec le *degré particulier d'ingérence* dans l'exercice de ces droits qu'elles entraînent) sont aptes à atteindre l'objectif poursuivi par celles-ci et en vérifiant qu'elles ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour y parvenir ».

financier au régime syrien. Dans la mesure où les États membres devaient geler les fonds et empêcher l'entrée ou le passage sur leur territoire des personnes mentionnées sur ces listes – bien qu'aucune obligation n'existait à l'égard de leurs propres ressortissants – l'intéressé s'est notamment plaint que la législation de l'UE restreignait de façon injustifiée son droit fondamental de propriété.

1097. En ce qui concerne l'*aptitude* de telles mesures, la CJUE a précisé qu'« au regard d'un objectif d'intérêt général aussi fondamental pour la communauté internationale que la protection des populations civiles et le maintien de la paix et de la sécurité internationale, celles-ci ne sauraient, en tant que telles, passer pour inadéquates »⁽¹³³⁾. Elle a dès lors poursuivi en examinant le caractère *nécessaire* desdites mesures et a constaté que des alternatives moins contraignantes, telles qu'un système d'autorisation préalable ou une obligation de justification *a posteriori* de l'usage des fonds versés, ne permettaient pas d'atteindre aussi efficacement l'objectif poursuivi⁽¹³⁴⁾. Cette cour a également relevé que certaines autorisations spécifiques de dégel de fonds étaient envisageables et que les mesures concernées faisaient l'objet d'un réexamen périodique, de sorte que la condition de justification qu'est la proportionnalité était respectée en l'espèce⁽¹³⁵⁾.

1098. Au titre de seconde illustration, la CJUE a procédé à un raisonnement similaire dans l'arrêt *Stichting Al-Aqsa c. Conseil de l'Union européenne*⁽¹³⁶⁾ en estimant, eu égard à l'*aptitude* d'un gel de fonds par rapport à la finalité que constitue le maintien la paix, que « [l]a requérante reconnaît elle-même la légitimité du but poursuivi, à savoir la lutte contre le financement du terrorisme en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales, et elle ne conteste pas l'*aptitude* d'un gel des fonds à réaliser ce but »⁽¹³⁷⁾. Quant à la *nécessité* du gel de fonds, la CJUE a notamment estimé que des mesures moins contraignantes ne permettaient pas d'atteindre l'objectif aussi efficacement et que le réexamen périodique de ladite mesure ne suffisait pas à lui ôter son caractère proportionné⁽¹³⁸⁾.

1099. Dans ces deux arrêts, la CJUE a abondamment renvoyé à son arrêt rendu dans l'affaire *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, relatif à des mesures restrictives prises à

133. Tribunal, 5 novembre 2014, *Adib Mayaleh*, pt 177.

134. *Ibid.*, pt 178.

135. *Ibid.*, pts 179-182.

136. CJUE, 15 novembre 2012, *Stichting Al-Aqsa*.

137. *Ibid.*, pt 124.

138. *Ibid.*, pts 125-130.

l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama BEN LADEN, au réseau Al-Qaida et aux Taliban. Ces affaires ayant toutefois été rendues avant la déclaration de force contraignante de la Charte, elles ne seront pas directement abordées ici. Cependant, le second arrêt rendu dans la saga *Kadi*, à savoir l'arrêt *Commission européenne et al. c. Yassin Abdullah Kadi*⁽¹³⁹⁾, prononcé en 2013, précise de nombreux développements énoncés dans l'affaire *Kadi* et retient dès lors notre attention.

1100. Dans cette affaire, la CJUE a été saisie d'un pourvoi et a notamment dû examiner si la restriction au droit fondamental de l'intéressé à une protection juridictionnelle effective – garanti à l'article 47 de la Charte – du fait de l'absence de communication des raisons détaillées ayant justifié son inscription sur la liste des personnes et entités associées à Al-Qaida était proportionnée à la finalité visant à préserver la paix et la sécurité internationale. En d'autres termes, la CJUE a contrôlé le respect du « juste équilibre entre la préservation de la paix et de la sécurité internationales et la protection des libertés et des droits fondamentaux de la personne concernée »⁽¹⁴⁰⁾. Se référant à l'arrêt de la CourEDH rendu dans l'affaire *Nada c. Suisse*, la CJUE a rappelé qu'un tel contrôle était indispensable.

1101. Se distançant de l'arrêt rendu par le Tribunal⁽¹⁴¹⁾, la CJUE a estimé que l'absence d'accès de l'intéressé auxdites raisons ne constituait pas, en tant que telle, une violation du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective⁽¹⁴²⁾. Cette cour a analysé de façon détaillée chacune des finalités invoquées à l'appui du maintien de l'intéressé sur la liste et a conclu que ces dernières étaient suffisamment précises et concrètes pour permettre de procéder à un contrôle de proportionnalité⁽¹⁴³⁾. Au terme de ce contrôle, elle a estimé que lesdites finalités ne permettaient pas de justifier l'adoption, au niveau de l'Union européenne, des mesures restrictives en cause « en raison soit d'une insuffisance de motivation, soit de l'absence d'éléments d'information ou de preuve qui viennent étayer le motif concerné face aux dénégations circonstanciées de l'intéressé »⁽¹⁴⁴⁾. Dès lors, l'arrêt du Tribunal concluant à la violation du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective de l'intéressé et annulant le règlement litigieux en ce qu'il le concernait a été confirmé par la CJUE.

139. CJUE, 18 juillet 2013, *Yassin Abdullah Kadi*.

140. *Ibid.*, pt 131.

141. Tribunal, 30 septembre 2010, *Kadi c. Commission*.

142. *Ibid.*, pt 139.

143. *Ibid.*, pts 151-162.

144. *Ibid.*, pt 163.

B. – LA PROPORTIONNALITÉ PAR RAPPORT AUX *DROITS ET LIBERTÉS*
D'AUTRUI

1102. Lors de la présentation de la jurisprudence de la CourEDH relative à la condition de justification des mesures restrictives qu'est la proportionnalité en présence de la finalité que constitue le besoin de protection d'un *droit ou d'une liberté d'autrui*, nous avons distingué selon que les droits dont les obligations entrent en conflit sont similaires ou différents. Cependant, pour les mêmes raisons que celles formulées dans le titre précédent⁽¹⁴⁵⁾, une telle distinction n'est pas pertinente dans le cadre de l'examen de la jurisprudence de la CJUE, de sorte que nous distinguons entre les situations impliquant des conflits d'obligations découlant de deux droits fondamentaux différents (*infra* 1) de celles impliquant un conflit d'obligations découlant d'un droit fondamental et d'une liberté de circulation (*infra* 2).

1. – Les conflits entre droits fondamentaux différents

1103. Nous souhaitons revenir sur quatre arrêts dans lesquels la CJUE a examiné la proportionnalité d'une mesure restreignant un droit fondamental garanti par la Charte afin de protéger un autre fondamental. Premièrement, mentionnons l'arrêt *Promusicae*⁽¹⁴⁶⁾ qui, selon la formulation de la CJUE, opposait « des exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux, à savoir, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, les droits à la protection de la propriété et à un recours effectif »⁽¹⁴⁷⁾.

1104. À la question de savoir si le droit de l'Union européenne devait être interprété en ce sens qu'il oblige les États membres à communiquer des données personnelles dans le cadre d'une procédure civile afin d'assurer la protection effective du droit d'auteur, cette cour a indiqué qu'il revenait aux autorités et juridictions nationales de mettre en œuvre et d'interpréter les directives de l'UE. Lors de cet exercice, lesdites autorités et juridictions devaient néanmoins « veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité »⁽¹⁴⁸⁾. La CJUE a ainsi fait preuve de déférence et s'en

145. Voir Partie 3, titre 3, section 3, let. B.

146. CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae*.

147. *Ibid.*, pt 65.

148. CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae*, pt 68.

est remise à la juridiction de renvoi en ce qui concerne l'interprétation de la condition de la proportionnalité.

1105. Deuxièmement, illustrons la pratique de la CJUE avec l'arrêt rendu dans l'affaire *Scarlet Extended*. Rappelons que, dans cet arrêt, la CJUE a notamment examiné si l'obligation faite à un fournisseur d'accès à internet de filtrer les communications électroniques de ses clients afin d'empêcher l'échange de fichiers musicaux portant atteinte aux droits d'auteur pouvait être justifiée au regard de l'article 52 de la Charte. En ce sens, cet arrêt met en exergue un conflit entre les obligations découlant de « la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droits d'auteur, et celle[s] de la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs »⁽¹⁴⁹⁾.

1106. Sans mentionner l'article 52 de la Charte, la CJUE a relevé que « le système de filtrage litigieux impliquerait une analyse systématique de tous les contenus ainsi que la collecte et l'identification des adresses IP des utilisateurs qui sont à l'origine de l'envoi des contenus illicites sur le réseau »⁽¹⁵⁰⁾. En ce sens, cela obligerait Scarlet à mettre en place un système informatique complexe, coûteux et permanent, et ceci à ses seuls frais⁽¹⁵¹⁾. La CJUE a dès lors conclu que cela « ne respecterait pas l'exigence d'assurer un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part »⁽¹⁵²⁾.

1107. À notre sens, et sans le formuler expressément, la CJUE a ainsi procédé à un examen de la *proportionnalité stricto sensu* de l'injonction litigieuse par rapport à la finalité visant à protéger le droit fondamental à la vie privée et familiale des clients de Scarlet. Plus précisément, en concluant que ladite injonction entraînait « une atteinte caractérisée »⁽¹⁵³⁾ au droit fondamental à la liberté d'entreprise de Scarlet car elle constituait une mesure inutilement complexe et coûteuse, la CJUE nous semble avoir implicitement admis le caractère apte et nécessaire de ladite injonction, mais avoir estimé cette dernière démesurée par rapport aux *droits et libertés d'autrui* dont la protection était invoquée.

149. CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, pt 46.

150. *Ibid.*, pt 51.

151. *Ibid.*, pt 48.

152. *Ibid.*, pt 53.

153. *Ibid.*, pt 48.

1108. De plus, nous relevons également que bien que l'injonction litigieuse ait été adoptée sur la base de la législation nationale, la CJUE n'a pas hésité à contrôler elle-même son caractère proportionné, contrairement à sa jurisprudence rendue dans l'arrêt *Promusicae*, où elle a fait preuve de davantage de déférence.

1109. Au titre de troisième illustration, citons l'arrêt de la CJUE rendu dans l'affaire *ASNEF*⁽¹⁵⁴⁾. Dans cette affaire, deux associations espagnoles se plaignaient de la législation nationale qui imposait – en sus des conditions à remplir énoncées à l'article 7 let. f. de la directive 95/46⁽¹⁵⁵⁾ pour le traitement de données à caractère personnel – une condition supplémentaire, à savoir le fait que lesdites données figurent dans des sources accessibles au public. Autrement dit, les obligations découlant du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel entraînent en conflit avec les obligations découlant des intérêts légitimes de tiers d'obtenir lesdites données.

1110. Tout en rappelant que les droits fondamentaux garantis aux articles 7 et 8 de la Charte pouvaient faire l'objet de restriction, la CJUE a précisé qu'un « juste équilibre entre les différents droits et libertés fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union » devait être assuré⁽¹⁵⁶⁾. À ce propos, elle a reconnu que les États membres jouissaient d'une marge d'appréciation et étaient libres d'établir « des principes directeurs pour ladite pondération »⁽¹⁵⁷⁾. Cependant, la législation nationale en cause excluait, pour certaines catégories de données, toute pondération en prévoyant « de manière définitive le résultat de la pondération des droits et intérêts opposés »⁽¹⁵⁸⁾. La CJUE a dès lors conclu que ladite législation, en « excluant ainsi de façon catégorique et généralisée tout traitement de données ne figurant pas dans de telles sources »⁽¹⁵⁹⁾, n'était pas compatible avec la directive 95/46. À l'instar de la précédente affaire, la CJUE a elle-même procédé à l'examen de la compatibilité de la mesure nationale à l'aune de la condition de justification qu'est la proportionnalité et n'a finalement laissé à la juridiction de renvoi que le soin d'*appliquer* sa décision.

1111. Quatrièmement, revenons sur l'affaire *Sky Österreich*⁽¹⁶⁰⁾, où la CJUE a examiné la proportionnalité d'une restriction au droit fondamental

154. CJUE, 24 novembre 2011, *ASNEF*.

155. Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JO L 281*, p. 31.

156. CJUE, 24 novembre 2011, *ASNEF*, pts 42-43.

157. *Ibid.*, pt 46.

158. *Ibid.*, pt 47.

159. *Ibid.*, pt 48.

160. CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*.

à la liberté d'entreprise, garanti à l'article 16 de la Charte, motivée par le besoin de protéger la liberté des médias et leur pluralisme, garantis par la liberté d'expression et d'information mentionnée à l'article 11, § 2, de la Charte. En l'espèce, l'article 15, § 6, de la directive 2010/13/UE⁽¹⁶¹⁾ empêchait le titulaire de droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle de décider librement du prix auquel il souhaitait fournir l'accès au signal aux fins de la réalisation de brefs reportages d'actualité. La CJUE a ainsi relevé un conflit entre les obligations découlant du droit fondamental à la liberté d'entreprise et celles découlant de « la liberté fondamentale de recevoir des informations, garantie par l'article 11, paragraphe 1, de la Charte, et à promouvoir le pluralisme dans la production et la programmation des informations dans l'Union, protégé par le paragraphe 2 du même article 11 »⁽¹⁶²⁾.

1112. Dans cette affaire, cette cour a procédé à un examen minutieux et détaillé de la condition de justification qu'est la proportionnalité et a estimé, eu égard à l'*aptitude* de la mesure en cause, que l'article 15, § 6, de la directive 2010/13/UE « est apte à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi »⁽¹⁶³⁾. Elle a ensuite examiné la *nécessité* de cette disposition et a indiqué « qu'une mesure moins contraignante aurait certes consisté à prévoir une compensation financière des titulaires de droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle dépassant les frais directement occasionnés par la fourniture de l'accès au signal »⁽¹⁶⁴⁾. Cependant, elle a jugé qu'« une telle réglementation moins contraignante n'assurerait pas la réalisation de l'objectif poursuivi par l'article 15, paragraphe 6, de la directive 2010/13 d'une manière aussi efficace que celle qui résulte de l'application de cette disposition »⁽¹⁶⁵⁾. En effet, une compensation financière pourrait, selon la méthode de détermination du montant à payer, décourager voir empêcher certains organismes de radiodiffusion de demander l'accès au signal et, ce faisant, restreindre l'accès du public à l'information.

1113. Enfin, la CJUE a examiné la *proportionnalité stricto sensu* de la disposition litigieuse et, plus précisément, si ladite disposition « met en balance de manière appropriée les exigences découlant de la liberté fondamentale de recevoir des informations et celles de la liberté

161. Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 10 mars 2010, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, JO L 95, p. 1, et rectificatif JO L 263, p. 15.

162. CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, pt 51.

163. *Ibid.*, pt 53.

164. *Ibid.*, pt 54.

165. *Ibid.*, pt 55

d'entreprise »⁽¹⁶⁶⁾. Elle a précisé à cet égard que l'article 15, § 6, de la directive 2010/13/UE était limité aux programmes généraux d'actualité, que les extraits devaient être brefs et mentionner leur origine, et que l'absence d'une compensation pouvait être prise en compte par les titulaires de droits exclusifs lors des négociations relatives à l'acquisition des droits exclusifs en cause⁽¹⁶⁷⁾. La CJUE a dès lors conclu qu'au regard de la nécessaire pondération des droits et des intérêts concernés, il était loisible au législateur de l'UE d'adopter l'article 15 de la directive 2010/13 et de privilégier l'accès du public à l'information, car les inconvénients découlant de cette disposition n'étaient pas disproportionnés⁽¹⁶⁸⁾.

1114. Ce dernier arrêt nous paraît intéressant à deux points de vue. D'une part, il confirme nos observations aux termes desquelles la CJUE procède en principe à un contrôle minutieux du caractère proportionné des mesures restrictives adoptées par le législateur de l'UE, contrairement à ce qui semble prévaloir lorsqu'il s'agit de mesures adoptées par le législateur national. À ce propos, si la CJUE a suivi les conclusions de l'Avocat général Yves BOT dans cette affaire⁽¹⁶⁹⁾, ce dernier allait encore plus loin en ce qu'il a expressément examiné si son contrôle de la proportionnalité était compatible à la lumière de la jurisprudence de la CourEDH. Ainsi, ce dernier s'est référé à la CourEDH qui avait jugé que « l'absence d'indemnisation est l'un des facteurs à prendre en compte pour établir si un juste équilibre a été respecté, mais elle ne saurait, à elle seule, être constitutive d'une violation de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la CEDH »⁽¹⁷⁰⁾.

1115. D'autre part, cet arrêt nous interpelle car il semble suggérer que la CJUE pourrait adopter des tests de proportionnalité variant en fonction des droits fondamentaux faisant l'objet des restrictions en cause⁽¹⁷¹⁾. Ainsi, cette cour y affirme que « 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. Or, cette circonstance 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, de la Charte »⁽¹⁷²⁾. À notre avis, cependant, cette affirmation se fonde sur une motivation floue et n'a, à notre connaissance,

166. *Ibid.*, pt 58.

167. *Ibid.*, pts 62-64.

168. *Ibid.*, pts 66-67.

169. Av. gén. BOT, 12 juin 2012, *Sky Österreich*,

170. *Ibid.*, pt 74.

171. En ce sens, voir S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, pp. 1484-1485.

172. CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, pts 46-47.

pas été suivie d'effets dans la jurisprudence ultérieure de cette cour, de sorte qu'il convient de ne pas lui donner trop d'importance.

1116. Nous soulignons également que les arrêts présentés ci-dessus en cas de conflit opposant des obligations découlant de deux droits fondamentaux différents contiennent un examen quasiment systématique du composant de la condition de justification qu'est la *proportionnalité stricto sensu*, comme le démontrent les arrêts *Scarlet Extended*, *Sky Österreich* ou encore *ASNEF*. Par contre, les arrêts opposant un droit fondamental à un *objectif d'intérêt général reconnu par l'UE* contiennent plus généralement un examen limité au caractère *apte* et *nécessaire* de la restriction.

2. – Les conflits entre droit fondamental et liberté de circulation

1117. Comme le souligne Antonio Marzal Yetano, il semblerait que « la méthodologie suivie pour évaluer la justification des atteintes aux droits fondamentaux contenus dans la Charte de l'UE soit qualitativement distincte de celle qu'emploie la Cour face à des entraves aux libertés de circulation économiques, bien que le terme utilisé pour désigner les deux types de contrôle soit toujours le même »⁽¹⁷³⁾. Deux arrêts nous permettent de confirmer ce constat.

1118. Premièrement, s'agissant du droit fondamental à la vie privée et familiale, revenons sur l'arrêt *J. McB*⁽¹⁷⁴⁾, concernant le déplacement d'enfants d'un État membre à un autre par leur mère à l'insu de leur père naturel. Dans cette affaire, la CJUE a examiné l'argument du père selon lequel le déplacement de ses enfants à son insu constituait une restriction injustifiée à son droit fondamental à la vie privée et familiale du fait que le règlement n° 2201/2003 renvoyait à la législation nationale qui exigeait, pour reconnaître le caractère illicite d'un déplacement d'enfant, l'existence d'un droit de garde en faveur de celui-ci consacré dans une décision judiciaire nationale. En d'autres termes, la CJUE a dû évaluer si une législation nationale soumettant le droit de garde du père naturel d'un enfant à une décision judiciaire respectait son droit fondamental à la vie privée et familiale.

173. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, op. cit., § 247. Cet auteur semble cependant distinguer strictement entre le corps de règles que constituent les libertés de circulation, et celui que constituent les droits fondamentaux, contrairement à notre position détaillée ci-dessus (voir Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2).

174. CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*.

1119. Comme déjà relevé dans le titre précédent, la CJUE a traité cet arrêt comme impliquant une restriction au droit fondamental à la vie privée et familiale du père potentiellement justifiée par le droit fondamental à la liberté de circulation de la mère, consacré aux articles 20 et 21 du TFUE⁽¹⁷⁵⁾. Bien que cette cour cite abondamment la jurisprudence de la CourEDH relative aux déplacements d'enfants sans le consentement de l'un des parents, elle n'a cependant pas examiné les différents composants de la condition de justification qu'est la proportionnalité et n'a ainsi nullement analysé l'*aptitude*, la *nécessité*, ou encore la *proportionnalité stricto sensu* de la restriction subie par le père.

1120. La CJUE semble davantage reconnaître une priorité aux dispositions du traité relatives aux libertés de circulation en estimant que « la reconnaissance [...] d'un droit de garde de son enfant, en vertu de l'article 2, point 11, du règlement n° 2201/2003, nonobstant l'absence de l'octroi d'un tel droit en vertu du droit national, se heurterait [...] à la nécessaire protection des droits et libertés d'autrui [...] en l'occurrence ceux de la mère »⁽¹⁷⁶⁾. À cet égard, il est intéressant de relever que dans les nombreuses références aux arrêts de la CourEDH effectuées par la CJUE, la CourEDH procédait systématiquement à une analyse de la proportionnalité des restrictions en cause⁽¹⁷⁷⁾.

1121. Deuxièmement, revenons sur l'arrêt *Commission c. Allemagne*⁽¹⁷⁸⁾ où la CJUE a rappelé que l'exercice du droit fondamental de négociation collective pouvait être soumis à certaines restrictions, mais qu'elles devaient être conciliées avec les exigences découlant des libertés protégées par le TFUE, en l'espèce les libertés d'établissement et de prestation des services en matière de marchés publics⁽¹⁷⁹⁾. Dans cette affaire, la CJUE a examiné si la décision d'administrations communales d'attribuer directement – *i.e.* sans procéder à l'appel d'offres au niveau de l'Union européenne exigée notamment par les directives 92/50/CE et 2004/18/CE – des contrats de services d'assurance à des entreprises mentionnées dans une convention collective de travail concernant des employeurs publics découlait d'une « conciliation des exigences liées

175. *Ibid.* § 59.

176. *Ibid.*

177. CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, pts 54-64, et not. pt 56, où la CJUE cite les pts 63 et 64 de l'arrêt CourEDH, 3 décembre 2009, *Zaunegger*, dans lesquels la CourEDH conclut « qu'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre l'interdiction générale faite aux juges de revenir sur l'attribution initiale de l'autorité parentale exclusive à la mère et le but poursuivi, à savoir la protection de l'intérêt supérieur des enfants naturels ».

178. CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*.

179. *Ibid.*, pts 43-46.

à la réalisation de l'objectif social poursuivi en l'espèce par les parties à la négociation collective avec celles découlant des directives 92/50 et 2004/18 »⁽¹⁸⁰⁾.

1122. Après avoir notamment relevé que de telles décisions revenaient « à écarter complètement, et pour une durée indéterminée, l'application des règles découlant des directives 92/50 et 2004/18 dans le domaine de l'épargne-retraite des salariés communaux »⁽¹⁸¹⁾, la CJUE a conclu que le respect des directives en matière de marchés publics de services n'était « pas inconciliable avec la réalisation de l'objectif social poursuivi par les parties signataires du TV-EUmw/VKA [*ndla* : la convention collective] dans l'exercice de leur droit de négociation collective »⁽¹⁸²⁾.

1123. Par conséquent, la CJUE n'a pas hésité à substituer sa propre appréciation du caractère proportionné des mesures restrictives en cause par rapport au besoin de protéger les libertés d'établissement et de services des entreprises concernées, et ce malgré l'origine nationale desdites mesures. De plus, nous relevons également que, contrairement à son arrêt rendu dans l'affaire *J. McB.*, cette cour ne s'est pas contentée d'examiner le caractère proportionné de la restriction subie par les titulaires des libertés de circulation du fait de l'absence d'appel d'offres. En effet, elle a également examiné si les restrictions à l'exercice du droit fondamental de négociation collective étaient conciliables avec les obligations découlant de la protection des libertés de circulation en cause.

180. *Ibid.*, pt 51.

181. *Ibid.*, pt 53.

182. *Ibid.*, pt 66.

CHAPITRE 4

LES DIVERGENCES ET PROPOSITIONS D'INTERPRÉTATION COHÉRENTE

1124. Les jurisprudences de la CourEDH et de la CJUE présentées ci-dessus mettent d'emblée en évidence certaines divergences relatives tant aux caractéristiques méthodologiques propres aux deux cours (Section 1) qu'à leur interprétation respective de la condition de justification qu'est la proportionnalité (Section 2). Dans les lignes qui suivent, nous nous efforçons de proposer des solutions interprétatives susceptibles de pallier auxdites divergences de façon à respecter les exigences découlant du principe de cohérence, visé à l'article 52, § 3, de la Charte (Section 3).

SECTION 1. – LES DIVERGENCES QUANT À LA MÉTHODE SUIVIE

1125. Nous distinguons dans les lignes qui suivent les divergences jurisprudentielles entre la CJUE et la CourEDH découlant du critère de la *société démocratique* (*infra* A), d'une part, de celles ayant trait à la marge d'appréciation (*infra* B), d'autre part.

A. – LA SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE

1126. Au premier abord, l'absence du critère de la *société démocratique* dans la Charte pourrait paraître problématique au regard du principe de cohérence compte tenu des développements importants et itératifs de la CourEDH y relatifs lors de l'appréciation de la proportionnalité d'une restriction, en particulier en présence du droit fondamental à la liberté d'expression. En effet, l'attachement exprimé par la CourEDH aux valeurs qu'elle estime être à l'origine de toute démocratie véritable semblant faire

BRUYLANT

défaut dans la Charte et dans l'interprétation de cette dernière par la CJUE, il existe un risque réel que les deux cours apprécient le caractère proportionné d'une mesure restrictive en fonction de caractéristiques ou matrices différentes et que, potentiellement, elles aboutissent à des conclusions divergentes dans un même cas d'espèce.

1127. À notre sens, cependant, cette crainte peut être surmontée si l'on considère que l'*acception* de ce critère ainsi que sa *fonction* dans le contexte de la CEDH se retrouvent, en substance, dans le contexte de la Charte, et ce indépendamment de la formulation de cette dernière. En effet, comme démontré ci-dessus, les principales caractéristiques inhérentes à la société démocratique, telle qu'entendue par la CourEDH, intègrent une protection accrue de l'identité individuelle, d'une part, ainsi qu'un renforcement de la participation de la société au débat public, d'autre part. Or, nous argumentons que de telles caractéristiques se retrouvent à l'échelle de l'Union européenne. S'agissant de la première, nous avons notamment relevé dans le premier titre que l'Union européenne et la CJUE se fondent sur les mêmes valeurs et sur un patrimoine commun aux États membres et aux États parties à la CEDH. Eu égard à la seconde, nous relevons que tant les citoyens de l'Union européenne que les États membres sont amenés à participer activement et sous diverses formes aux activités et aux développements de l'UE⁽¹⁾.

1128. Au demeurant, il convient de relever, à l'instar de François Ost⁽²⁾, que la CourEDH se réfère parfois à la *société démocratique* pour appuyer une interprétation relative à des restrictions aux droits fondamentaux de la CEDH ne comprenant pas de second paragraphe qui énumère les conditions de justification desdites restrictions. À titre illustratif, dans son affaire *Belilos c. Suisse*, cette cour a examiné la justification d'une restriction au droit fondamental protégé par l'article 6 de la CEDH au vu, notamment, de « la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique »⁽³⁾.

1129. Ainsi, grâce à son interprétation dynamique de la CEDH, la CourEDH a appliqué le critère de la société démocratique, inhérent à la condition de justification qu'est la proportionnalité mentionnée aux articles 8 à 11 de la CEDH, à d'autres droits fondamentaux de la CEDH ne comprenant

1. Pour aller plus loin, voir not. C. CASTOR, *Le principe démocratique dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

2. F. OST, « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre ? », in F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 292 et s.

3. CourEDH, 29 avril 1988, *Belilos*, § 67.

pas de second paragraphe énonçant cette condition⁽⁴⁾. Dès lors, le libellé distinct de la Charte par rapport à la CEDH – de même que celui entre les différents articles de la CEDH – ne nous semble pas problématique pour autant que les valeurs propres au standard démocratique de la CourEDH continuent de se retrouver dans la jurisprudence de la CJUE.

B. – LA MARGE D'APPRÉCIATION

1130. D'une façon générale, nous avons relevé ci-dessus que tant dans le contexte de l'Union européenne que dans celui de la CEDH, la marge d'appréciation a notamment pour *fonction* d'accommoder la diversité existant, respectivement, au sein des États parties à la CEDH et au sein des États membres de l'UE. *L'étendue*, dans un cas d'espèce, de la marge d'appréciation varie par ailleurs selon un certain nombre de facteurs mais reste soumise au contrôle de la CJUE et de la CourEDH, qui peuvent néanmoins ajuster l'intensité de leur contrôle.

1131. La jurisprudence de la CJUE présentée nous pousse cependant à nuancer ces similarités en ce qu'elle comprend également certaines divergences – relatives tant à la fonction qu'à l'étendue de la marge d'appréciation – entre les deux cours qui peuvent potentiellement être problématiques au regard du principe de cohérence. À ce propos, rappelons que contrairement à certains auteurs⁽⁵⁾, nous n'estimons pas qu'une *transposition* de l'acceptation de la marge d'appréciation développée par la CourEDH soit exigée par le principe de cohérence.

1132. S'agissant de la *fonction* de la marge d'appréciation, premièrement, nous avons constaté dans des arrêts tels que *ZZ c. Secretary of State for the Home Department, WebMindLicenses Kft*, ou encore *ASNEF* relatifs à des restrictions fondées sur des législations *nationales*, que la CJUE reconnaît une large marge d'appréciation aux autorités nationales, qui se matérialise notamment dans le degré de son contrôle. En effet, dans ces arrêts, cette cour n'a pas substitué sa propre appréciation du caractère proportionné d'une mesure restrictive à celle des autorités nationales et s'est contentée,

4. Pour aller plus loin, voir F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, *op. cit.*, pp. 234 et s.

5. Voir par exemple F. MENA PARRAS, « From Strasbourg to Luxembourg ? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », *op. cit.*, p. 5 : « a capital question is to what extent this technique is transposed into EU law, as a tool to accommodate diversity in the field of fundamental rights ».

tout au plus, de leur donner des consignes à respecter lors de leur propre appréciation⁽⁶⁾.

1133. Une telle pratique diverge, à notre sens, de l'approche suivie par la CourEDH qui, en dépit de la reconnaissance d'une marge d'appréciation aux États parties, ne renonce pas à procéder à un contrôle minutieux – dont l'intensité peut, certes, varier – de la proportionnalité et, le cas échéant, à substituer sa propre appréciation à celles des autorités nationales. Ainsi, dans des affaires comme *S.H. et al. c. Autriche*, *Labassee c. France* ou encore *Perinçek c. Suisse*, la CourEDH a reconnu une ample marge d'appréciation aux États parties mais n'a pas hésité, en particulier dans cette dernière affaire, à se livrer elle-même à l'examen de la proportionnalité de la mesure restrictive en cause.

1134. Certes, la jurisprudence de la CJUE doit être nuancée, car cette cour formule parfois des consignes à l'attention des autorités nationales qui revêtent un caractère si précis et concret qu'elles ne laissent, *in fine*, plus aucune marge d'appréciation auxdites autorités, comme cela a notamment été le cas dans l'arrêt *Léger*. Dans de telles situations, les autorités nationales n'ont plus qu'à endosser l'appréciation de la condition de justification qu'est la proportionnalité effectuée par la CJUE, rappelant ainsi la pratique de la CourEDH.

1135. Nous argumentons cependant que, dans la mesure où la jurisprudence de la CJUE ne permet pas d'anticiper les situations dans lesquelles cette cour s'en remet entièrement à l'appréciation des autorités nationales de celles où elle édicte des consignes précises à leur attention, il existe un risque réel de divergences jurisprudentielles avec la CourEDH. Plus spécifiquement, en présence de restrictions de droits fondamentaux de la Charte *correspondant* à des droits fondamentaux de la CEDH, ces deux cours peuvent procéder à une interprétation distincte et potentiellement divergente de la condition de justification qu'est la proportionnalité, en particulier si l'une s'en remet à l'appréciation des juridictions nationales tandis que l'autre apprécie librement le respect de cette condition. Or, une telle situation d'insécurité juridique et le manque de transparence qui s'ensuit nous paraissent difficilement compatibles avec les exigences découlant du principe cohérence.

1136. Deuxièmement, s'agissant de l'*étendue* de la marge d'appréciation, nous avons relevé que certains facteurs déterminant ladite étendue étaient appréciés par la CJUE de façon similaire à la CourEDH, tandis que d'autres

6. En ce sens, voir ég. CJUE, 27 septembre 2017, *Peter Puškár*, pts 113-116.

étaient appréciés de façon différente. Parmi cette seconde catégorie de facteurs se trouvent notamment l'existence d'un *consensus* entre les États concernés. Ainsi, l'existence de mesures d'harmonisation adoptées au niveau de l'Union européenne implique, pour la CJUE, la présence d'un consensus entre les États membres qui a pour conséquence de leur ôter toute marge d'appréciation dans l'examen du caractère proportionné d'une mesure restrictive. En revanche, dans des situations similaires, la CourEDH ne renonce pas à tout examen de la condition de justification de la proportionnalité et, le cas échéant, elle n'hésite pas à faire primer le besoin de protection du droit fondamental en cause sur un apparent consensus entre les États parties.

1137. Précisons encore qu'à notre sens, cette divergence d'approche reflète les contextes distincts dans lesquels ont émergé et s'inscrivent ces deux instruments : la CourEDH ayant comme principale vocation de veiller à maintenir un niveau minimal de protection des droits fondamentaux de la CEDH au sein des États parties, tandis que la CJUE poursuit originairement un objectif d'intégration entre les États membres.

SECTION 2. – LES DIVERGENCES QUANT À L'INTERPRÉTATION

1138. En ce qui concerne les divergences entre la CJUE et la CourEDH propres à leurs interprétations respectives de la condition de justification qu'est la proportionnalité, nous souhaitons effectuer trois observations sur la base de la présentation de la jurisprudence de ces deux cours.

1139. Premièrement, nous relevons que la CJUE tend à moduler son interprétation et l'importance accordée aux divers composants de la condition de la proportionnalité en fonction du domaine concerné par la restriction d'un droit fondamental. Ainsi, et contrairement à la CourEDH, en présence d'une restriction à l'exercice d'un droit fondamental motivée par un objectif d'intérêt général reconnu par l'UE ou par le besoin de protection d'un autre droit fondamental, la CJUE se montre généralement encline à contrôler tout ou parties des composants de la proportionnalité, comme l'illustrent notamment les arrêts *Digital Rights Ireland*, *Volker et Markus Schecke* ou encore *Sky Österreich*.

1140. Cependant, sitôt que les obligations découlant d'un droit fondamental se retrouvent en conflit avec des obligations découlant des libertés de circulation, à l'instar des arrêts *J. McB.* et *Commission c. Allemagne*, la CJUE peut substituer sa propre appréciation du caractère proportionné des mesures restrictives ou aller jusqu'à renoncer à tout examen du caractère proportionné desdites mesures. Cette approche diverge

ainsi de celle de la CourEDH, qui traite les deux droits fondamentaux dont les obligations sont en conflit de façon similaire et qui examine le caractère proportionné des restrictions subies par les deux droits en question, comme l'illustrent les arrêts *Neulinger et Shuruk c. Suisse* et *Mennesson c. France*. Dans ce contexte, Antonio Marzal Yetano relève à juste titre qu'« [i]l n'y a pas donc de véritable mise en balance puisque, tout simplement, le poids d'un des principes en conflit – la libre circulation intracommunautaire – n'est jamais mesuré ni soumis à une quelconque exigence de justification »⁽⁷⁾.

1141. Or, si de telles divergences peuvent se concevoir compte tenu notamment de la nature et du rôle que jouent les libertés de circulation dans l'Union européenne, elles nous paraissent susceptibles de contrevenir aux exigences découlant tant du principe de cohérence, visé à l'article 52, § 3, de la Charte et inscrit dans les explications y relatives, que de la nature de *droit fondamental* désormais reconnue aux libertés de circulation par leur consécration à l'article 45 de la Charte.

1142. Deuxièmement, d'une façon générale, ces cours ne semblent pas reconnaître la même importance aux divers composants de la condition de justification qu'est la proportionnalité et adoptent ainsi des tests de proportionnalité variables. En effet, la CourEDH n'analyse pas expressément ni systématiquement l'entier des composants de la proportionnalité – présupposant parfois l'aptitude et la nécessité d'une mesure restrictive – et consacre souvent la majeure partie de son analyse à la *proportionnalité stricto sensu* de ladite mesure, comme le démontrent les arrêts *D.L. c. Bulgarie*, *Michaud c. France* ou *Hasanbasic c. Suisse*⁽⁸⁾. Par ailleurs, dans l'examen de ce composant du test de proportionnalité, la CourEDH examine le poids des divers intérêts en présence⁽⁹⁾.

7. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, op. cit., § 221. Voir ég. nos conclusions formulées dans le titre précédent relative à la priorité des libertés de circulation sur les droits fondamentaux.

8. Voir ég. not. B. PIRKER, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review. A theoretical and Comparative Study*, op. cit., p. 225 ; S. TSAKYRAKIS, « Proportionality: An Assault on Human Rights? », op. cit., p. 474.

9. Voir not. CourEDH, 11 juin 2013, *Hasanbasic*, §§ 57 et s. où la CourEDH a énuméré et mis en balance les différents intérêts restreints par la mesure litigieuse, à savoir ceux du requérant de pouvoir vivre avec sa famille, de maintenir des liens sociaux, culturels et familiaux avec la Suisse, et à être soigné en Suisse, d'une part, avec ceux de la Suisse à remédier à l'endettement et à la dépendance à l'assistance publique de ce dernier, et estima notamment que « [c]e qui semble avoir joué un rôle important dans la pesée des intérêts opérée par les instances internes est le cumul des dettes importantes ainsi que les sommes considérables que les requérants avaient touchées de l'assistance publique » mais « estime néanmoins que ces éléments ne constituent qu'un aspect parmi d'autres à prendre en compte par la Cour ».

1143. En revanche, la CJUE tend à mettre davantage l'accent sur l'examen de l'*aptitude* et de la *nécessité* d'une mesure restrictive de droits fondamentaux et n'examine que rarement la *proportionnalité stricto sensu*, à l'instar des arrêts *Adib Mayaleh c. Conseil de l'Union européenne* ou *Michael Schwarz c. Stadt Bochum*⁽¹⁰⁾. Certes, cette observation ne peut être formulée en termes absolus, car la CJUE se réfère parfois expressément au composant de la condition de justification que constitue la *proportionnalité stricto sensu*, à l'instar de l'arrêt *Sky Österreich* où cette cour a contrôlé si la mesure en cause « met en balance de manière appropriée les exigences découlant de la liberté fondamentale de recevoir des informations et celles de la liberté d'entreprise »⁽¹¹⁾.

1144. Cependant, dans ces cas de figure, nous estimons insuffisant d'assimiler le fait que cette cour use d'une telle terminologie au fait qu'elle procède effectivement à un contrôle de la *proportionnalité stricto sensu*. Cette démarche emporterait en effet le risque d'assimiler la mise en balance inhérente au composant de la *proportionnalité stricto sensu* à un simple outil analytique alors qu'elle constitue une véritable forme de raisonnement⁽¹²⁾. Autrement dit, ce n'est pas parce que la CJUE déclare mettre en balance divers éléments qu'elle procède effectivement à un tel exercice.

1145. Comme Antonio Marzal Yetano le démontre – avec nombre d'illustrations à l'appui dans le contexte des libertés de circulation – la CJUE ne procède en principe pas à une véritable mise en balance des intérêts protégés par les droits fondamentaux en cause mais davantage à une évaluation *coûts-bénéfices* des inconvénients causés par la mesure restrictive par rapport aux finalités visées par celle-ci. En effet, dans l'arrêt *Sky Österreich*, par exemple, au titre de la mise en balance, la CJUE a estimé qu'il était loisible au législateur de l'Union européenne d'adopter la réglementation litigieuse portant atteinte à la liberté d'entreprise, car « au regard de la nécessaire pondération des droits et des intérêts concernés »⁽¹³⁾ l'accès du public à l'information pouvait primer la liberté contractuelle.

1146. Si l'on examine toutefois en détail les arguments retenus par cette cour pour aboutir à cette conclusion, nous pouvons relever deux choses. D'un côté, la CJUE a indiqué qu'au terme de la réglementation litigieuse,

10. Voir ég. CJUE, 5 juillet 2017, *Werner Fries*, pts 44-69.

11. CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, pt 48.

12. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, op. cit., § 306.

13. CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, pt 66.

la réalisation de brefs reportages devait être limitée à des programmes généraux d'actualité (i), que la durée desdits reportages devait être brève, les délais de diffusion définis et qu'ils devaient indiquer l'origine des extraits utilisés (ii) et, enfin, que les droits exclusifs pouvaient être exploités à titre onéreux (iii)⁽¹⁴⁾. De l'autre, elle a estimé que la commercialisation à caractère exclusif d'événements de grand intérêt pour le public était croissante et restreignait considérablement l'accès du public aux informations relatives auxdits événements (iv)⁽¹⁵⁾.

1147. Nous argumentons dès lors qu'aucun des arguments avancés ne procède à une véritable mise en balance des intérêts découlant du droit fondamental de recevoir des informations avec ceux issus de la liberté d'entreprise. Une telle mise en balance aurait en effet supposé « la mesure des poids respectifs »⁽¹⁶⁾ de ces derniers. Or, la CJUE s'adonne en réalité à une énumération des conséquences provoquées par les mesures restrictives sur l'exercice des droits fondamentaux à la liberté d'entreprise et la liberté des médias et leur pluralisme, garantis par la liberté d'expression et d'information, mais n'évalue pas le poids respectifs de ces derniers.

1148. Il en va de même dans l'arrêt *Lidl GmbH & Co. KG c. Freistaat Sachsen*, où la CJUE a examiné si l'obligation, figurant dans le droit de l'Union européenne, de faire figurer le prix de vente de la viande de volaille directement sur l'emballage constituait une restriction disproportionnée au droit fondamental à la liberté d'entreprise de l'intéressé, qui faisait jusqu'alors figurer ledit prix sur le rayonnage. L'examen de la *proportionnalité stricto sensu* de la CJUE s'est résumé à un argument, à savoir que « l'indication du prix total et par unité de poids, prévue par l'article 5, paragraphe 4, du règlement n° 543/2008, n'est que l'une des données devant figurer sur le préemballage ou sur une étiquette solidaire de ce dernier en application de cette disposition »⁽¹⁷⁾. Autrement dit, à notre sens, le *coût* de l'obligation en cause lui a semblé moindre, au vu de l'existence d'autres obligations d'étiquetage similaires, par rapport aux *bénéfices* suscités notamment en termes de protection des consommateurs.

14. *Ibid.*, pts 61-64.

15. *Ibid.*, pt 65.

16. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, op. cit., pt 212.

17. CJUE, 30 mai 2016, *Lidl*, pt 39.

SECTION 3. – LES PROPOSITIONS D'INTERPRÉTATION COHÉRENTE

1149. Nous souhaitons formuler deux séries de propositions d'interprétation cohérente relatives, respectivement, à la méthode (*infra* A) et à l'interprétation proprement dite (*infra* B) de la condition de justification qu'est la proportionnalité, énoncée à l'article 52, § 1, de la Charte par la CJUE. Préalablement, et à l'instar des titres précédents, nous rappelons cependant que dans ces deux contextes, l'exigence issue du pan dynamique du principe de cohérence visant à établir des connexions positives entre les jurisprudences de la CJUE et de la CourEDH pourrait être effectivement respectée si la CJUE se référait davantage à la jurisprudence pertinente de la CourEDH, respectivement à sa propre jurisprudence s'y référant⁽¹⁸⁾. Précisons, toutefois, que lesdites références devraient être précises – *i.e.* indiquer les passages où la CourEDH analyse spécifiquement les composants de la condition de justification qu'est la proportionnalité – et pertinentes – *i.e.* porter sur des arrêts de la CourEDH relatifs à des droits fondamentaux de la CEDH jugés *correspondant* avec ceux de la Charte. Une telle démarche favoriserait en outre la transparence et la sécurité juridique de la jurisprudence de la CJUE, principaux objectifs poursuivis par le principe de cohérence.

A. – QUANT À LA MÉTHODE SUIVIE

1150. Quant à la *méthode*, tout d'abord, rappelons que le principe de cohérence visé par l'article 52, § 3, de la Charte et énoncé dans les explications y relatives n'exige qu'une équivalence de l'*acceptation* entre la Charte et la CEDH de la condition de justification qu'est la proportionnalité⁽¹⁹⁾, et ne porte donc pas sur les caractéristiques des méthodes d'interprétation propres à la CJUE et à la CourEDH. Nous estimons néanmoins que trois propositions relatives aux divergences méthodologiques identifiées ci-dessus peuvent être formulées afin de répondre aux objectifs poursuivis par ledit principe et, indirectement, d'améliorer sa mise en œuvre dans l'interprétation de cette condition de justification.

1151. Premièrement, nous relevons que le fait que la CJUE se soit jusqu'à présent abstenue de se positionner sur l'impact du critère de la *société démocratique* dans l'interprétation des articles 52, § 1 et § 3 de la

18. Pour des exemples prometteurs en ce sens, voir not. CJUE, 15 février 2016, *J. N.* ; CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*.

19. Voir *supra* Partie 2, titre 1.

Charte alimente l'incertitude mise en exergue par la littérature juridique⁽²⁰⁾. Ainsi, cette cour devrait expressément lever toute ambiguïté y relative en affirmant que tant l'*acceptation* que la *fonction* de ce critère se retrouvent, en substance, dans le contexte de la Charte⁽²¹⁾.

1152. Plus concrètement, cette cour pourrait indiquer que le standard de société démocratique interprété par la CourEDH se fonde sur un ensemble de valeurs et de caractéristiques également communes à l'Union européenne et à ses États membres. La CJUE resterait toutefois libre de préciser, le cas échéant, que dans le respect de l'autonomie du droit de l'Union européenne, l'une ou l'autre desdites caractéristiques pourraient évoluer suite à des modifications profondes de la nature ou du rôle de l'UE qui appelleraient à une réévaluation du caractère commun de ce standard.

1153. Au demeurant, l'adhésion prévue de l'Union européenne à la CEDH rendra nécessaire pour la CourEDH de se prononcer sur la question de savoir si l'Union européenne remplit les exigences du standard européen de société démocratique, tel qu'interprété par cette cour. Par conséquent, une affirmation explicite par la CJUE préalablement à toute adhésion, en sus de refléter une réalité existante, permettrait d'établir des connexions positives entre les deux cours conformément aux exigences du principe de cohérence.

1154. Deuxièmement, eu égard aux divergences relatives à la détermination de l'*étendue* de la marge d'appréciation – *i.e.* l'appréciation différente par la CJUE et la CourEDH de certains facteurs tels que l'existence d'un consensus entre les États membres – nous estimons que la CJUE devrait faire preuve de davantage de transparence dans sa jurisprudence afin de prévenir au mieux les divergences jurisprudentielles avec la CourEDH. À cette fin, elle devrait énoncer explicitement les raisons sous-jacentes au choix de l'un ou l'autre des facteurs retenus dans un cas d'espèce et rendre davantage transparent l'usage desdits facteurs dans la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation et des conséquences en découlant⁽²²⁾. En effet, quand bien même cette cour reconnaît une large marge d'appréciation, la jurisprudence présentée ci-dessus démontre

20. En ce sens, voir not. S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1481.

21. Voir Ch. MAUBERNARD, « La mise en œuvre des politiques de l'Union européenne répond-elle aux exigences d'une « société démocratique » au sens de la CEDH ? Ou l'Union européenne n'est pas un Etat comme les autres » in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Politique de l'Union européenne et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 188-215, p. 193.

22. Voir A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, *op. cit.*, pp. 168 et s.

qu'elle ne se prive parfois pas de procéder elle-même à la mise en balance exigée par la condition de justification qu'est la proportionnalité.

1155. Troisièmement, et dans la prolongation de la proposition précédente, nous estimons que la CJUE pourrait adopter une approche plus systématique dans le cadre de son examen de la *marge d'appréciation*. Nous avons en effet relevé que lorsque cette cour reconnaît une large marge d'appréciation – aux autorités des États membres ou aux institutions de l'UE – dans un cas donné, elle peut aller jusqu'à renoncer à procéder à un contrôle minutieux de la condition de justification qu'est la proportionnalité d'une mesure restrictive, sous couvert du respect de ladite marge. Elle n'agit cependant pas systématiquement de la sorte et formule, dans certains arrêts, des consignes à respecter par les juridictions compétentes d'une précision telle qu'elles leur ôtent finalement toute latitude décisionnelle⁽²³⁾.

1156. Par conséquent, la nature aléatoire d'une telle façon de procéder peut compromettre une mise en œuvre effective du principe de cohérence, tant dans son pan statique – *i.e.* éviter des contradictions avec la jurisprudence de la CourEDH – que dynamique – *i.e.* établir des connections positives avec la jurisprudence de la CourEDH. Afin de remédier à cette situation, nous estimons dès lors nécessaire que la CJUE se distance du lien apparemment tissé entre la reconnaissance d'une marge d'appréciation, d'une part, et son refus de procéder à un contrôle minutieux de la proportionnalité de la restriction invoquée, plus spécifiquement du composant de la *proportionnalité stricto sensu*, d'autre part.

1157. Plus concrètement, il s'agirait pour cette cour de mieux distinguer la marge d'appréciation découlant de la subsidiarité substantielle qui caractérise sa relation avec les juridictions des États membres, du degré ou de l'intensité de son contrôle de la condition de justification qu'est la proportionnalité. Nous adhérons ainsi à l'opinion selon laquelle « ce n'est pas parce que la Cour s'abstient de mettre en balance les intérêts en présence que les autorités vont jouir d'une plus grande marge d'appréciation »⁽²⁴⁾.

1158. En effet, nous avons relevé ci-dessus que lors de son examen de la *proportionnalité stricto sensu*, la CJUE se contente souvent en réalité d'évaluer le rapport coûts-bénéfices de la mesure litigieuse, soit

23. En ce sens, voir Fr. J. MENA PARRAS, « From Strasbourg to Luxembourg ? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », *op. cit.*, p. 24 : « it is submitted that the CJEU should develop a more consistent use of the margin of appreciation as a tool to preserve diversity within the constant balance which the European construction process entails between EU integration and respect for national particularities ».

24. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, § 310.

« la rationalité instrumentale des mesures adoptées »⁽²⁵⁾. Ce faisant, elle examine la justification d'une restriction à la lumière de considérations d'ordre économique ayant trait aux coûts et aux bénéfices de ladite mesure, au détriment d'une réelle mise en balance des divers intérêts protégés par la législation pertinente. Or, comme le souligne Antonio Marzal Yetano, « [d]ans les arrêts Viking et Laval, par exemple, si la Cour avait véritablement mis en balance les intérêts sociaux avec les intérêts économiques, mesurant ainsi leurs importances respectives, les solutions auraient probablement été plus favorables aux intérêts des travailleurs »⁽²⁶⁾.

1159. Nous invitons dès lors la CJUE à procéder à un véritable contrôle de la *proportionnalité stricto sensu* d'une restriction. En ce sens, elle ne devrait toutefois pas procéder à une mise en balance *quantitative* des *intérêts* en présence mais, comme nous l'avons suggéré ci-dessus⁽²⁷⁾, à une mise en balance *qualitative* des *obligations* en conflit⁽²⁸⁾, et ce indépendamment de l'origine de la mesure en cause. L'intensité – et non l'existence – d'un tel contrôle varierait cependant en fonction de la marge d'appréciation reconnue aux États membres dans un cas d'espèce.

B. – QUANT À L'INTERPRÉTATION

1160. Quant à l'interprétation par la CJUE de la condition de justification que constitue la proportionnalité, nous souhaitons formuler deux propositions. Premièrement et brièvement, afin de pallier aux divergences jurisprudentielles identifiées découlant du domaine matériel concerné par la mesure restrictive en cause, nous réitérons ici nos propositions formulées dans le titre précédent relatif au fait qu'en présence d'un conflit d'obligations impliquant une liberté de circulation, la CJUE devrait examiner le caractère proportionné des restrictions *tant* à l'égard de la liberté de circulation *que* du droit fondamental en cause⁽²⁹⁾.

1161. Deuxièmement, indépendamment de l'origine de la mesure en cause, le contrôle de la proportionnalité devrait être *complet* – *i.e.* porter sur les *trois* composants de la proportionnalité, ceux-ci n'étant pas de nature alternative mais cumulative – et *concret*.

25. *Ibid.*, § 312.

26. *Ibid.*, § 310.

27. Voir *supra* § 275.

28. Voir en ce sens S. BESSON, « Human Rights in Relation – A Critical Reading of the ECtHR's Approach to Conflicts of Rights », *op. cit.*

29. Voir *supra* Partie 3, titre 3.

1162. Eu égard au caractère *complet* dudit contrôle en présence d'une mesure restrictive provenant des institutions de l'UE, comme le relève l'Avocat général Michal Bobek, le traité de Lisbonne a rendu la Charte contraignante et « a mis au premier plan le contrôle des actes de l'Union au regard des droits fondamentaux »⁽³⁰⁾, de sorte qu'« en l'absence de contrôle externe, le pouvoir de contrôler la compatibilité des actes des institutions de l'Union avec les droits fondamentaux revient exclusivement à la Cour. Dans l'exécution de ce pouvoir, le niveau de protection élevé que vise la Charte nécessite d'effectuer un contrôle interne complet et effectif du droit de l'Union et des actes des institutions de l'Union »⁽³¹⁾.

1163. Par ailleurs, lorsque le contrôle de proportionnalité porte sur des mesures restrictives d'origine nationale, l'entier des trois composants de la condition de justification qu'est la proportionnalité nous semble devoir être systématiquement examiné. En effet, bien que nous entendons l'argument de la CJUE selon lequel il incombe en principe aux juridictions nationales de procéder au contrôle de la proportionnalité des mesures nationales, nous estimons qu'en précisant le cadre interprétatif dans lequel doit s'insérer un tel contrôle, cette cour pourrait exiger que l'entier des composants de cette condition soit examiné.

1164. S'agissant du caractère *concret* du contrôle de la proportionnalité, nous argumentons que ledit contrôle doit être effectué à la lumière de *toutes* les finalités invoquées. Nous partageons ainsi les conclusions de l'Avocat général Eleanor Sharpston, pour laquelle le caractère apte, nécessaire et proportionné *stricto sensu* d'une mesure restrictive devrait être évalué au regard de chacun des *objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne* ou des *droits et libertés d'autrui* invoqués dans un cas d'espèce⁽³²⁾.

1165. Enfin, nous souhaitons également souligner que certaines spécificités liées au cadre procédural dans lequel sont adoptés les arrêts de la CJUE ainsi qu'à la voie de saisine de cette cour peuvent, en partie, expliquer certaines des divergences interprétatives identifiées. Ainsi, le fait que les arrêts de la CJUE comprenant des développements importants relatifs à la condition de justification qu'est la proportionnalité – tels que les arrêts *Sky Österreich* et *Digital Rights Ireland* – aient été rendus dans des affaires où le juge rapporteur était allemand, ou encore le fait que la demande de renvoi préjudiciel porte sur l'*interprétation* et/ou sur la *validité* d'une norme du

30. Voir Av. gén. BOBEK, 16 mars 2016, *Lidl*, pt 43.

31. *Ibid.*, pt 44.

32. Voir Av. gén. SHARPSTON, 17 juin 2010, *Volker et Markus Schecke*, pt 105.

droit l'Union européenne ont certainement influencé le raisonnement de cette cour. Cependant, nous estimons que de telles considérations ne sont pas suffisantes pour justifier lesdites divergences et le manquement aux exigences découlant du principe de cohérence et, en tout état de cause, qu'elles n'empêchent nullement la mise en œuvre effective des propositions interprétatives formulées ci-dessus.

CONCLUSION DU TITRE 4

1166. Les lignes qui précèdent nous ont permis de mieux appréhender l'acception de la *condition* de justification des restrictions aux droits fondamentaux que constitue la proportionnalité et, notamment, de la distinguer de la notion de *principe* de proportionnalité, également mentionnée dans la Charte, le TUE et son protocole n° 2. Dans ce contexte, nous avons également pu identifier les *composants* de cette condition, tels qu'ils découlent de la jurisprudence de la CJUE, et mettre en exergue le caractère nécessairement contextuel de leur analyse.

1167. Par ailleurs, l'examen de la jurisprudence de la CJUE souligne des divergences relatives tant à la méthode qu'à l'interprétation proprement dite de cette condition de justification par rapport à la pratique de la CourEDH qui sont susceptibles, selon nous, de porter atteinte aux exigences découlant du principe de cohérence, visé à l'article 52, § 3, de la Charte et dans les explications y relatives.

1168. Eu égard à la méthode, lesdites divergences découlent, en substance, de l'absence de mention du critère de la *société démocratique* dans la Charte et de la détermination de l'*étendue de la marge d'appréciation* à reconnaître aux États membres de l'UE, respectivement aux États parties à la CEDH. Afin de respecter les exigences du principe de cohérence, nous invitons ainsi la CJUE à reconnaître expressément que l'acception et la fonction de ce critère se retrouvent également dans le contexte de l'Union européenne, d'une part, et à faire preuve de davantage de transparence et de systématique lors de la reconnaissance d'une marge d'appréciation aux États membres, et en particulier lors des références aux différents facteurs permettant de déterminer l'étendue de ladite marge, d'autre part.

1169. Eu égard à l'interprétation, la jurisprudence de la CJUE a notamment mis en exergue que cette cour interprète différemment la

condition de justification qu'est la proportionnalité lorsqu'une liberté de circulation est concernée, et qu'elle ne reconnaît pas la même importance aux divers composants de cette condition, n'examinant ainsi que rarement la *proportionnalité stricto sensu* d'une mesure restrictive. Nous proposons que la CJUE procède, indépendamment de l'origine nationale de la mesure restrictive, à un contrôle du respect de cette condition qui soit *complet – i.e.* qui porte sur l'entier de ses trois composants – et *concret – i.e.* qui examine la proportionnalité par rapport à chacune des finalités invoquées.

TITRE 5

LE CONTENU ESSENTIEL DES DROITS FONDAMENTAUX

1170. La dernière condition de justification des restrictions aux droits fondamentaux énoncée à l'article 52, § 1, de la Charte est celle du respect du *contenu essentiel* du droit fondamental en cause. Parfois appelée « limite des limites »⁽³³⁾, cette condition – qui se retrouve également dans la jurisprudence de la CourEDH⁽³⁴⁾ – soulève d'importantes interrogations, tant dans le contexte de la CEDH que dans celui de la Charte, auxquelles il est nécessaire de répondre si l'on souhaite avoir une vue complète du régime des restrictions des droits fondamentaux dans l'UE.

1171. Au titre de ces dernières figurent notamment le fait de savoir quelle est l'acception de la notion du *contenu essentiel* d'un droit fondamental et si ledit contenu ne peut effectivement être restreint en aucune circonstance. Certains auteurs estiment en effet que porter atteinte au contenu essentiel d'un droit fondamental revient à *supprimer* ce droit, de sorte qu'une telle approche semble incompatible avec l'acception même

33. L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.*, p. 668.

34. Voir p. ex. CourEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane*, § 57 : « Bien entendu, le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu; il peut donner lieu à des limitations implicitement admises car il "appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus" [...]. Néanmoins, les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa *substance* [...] », [souligné par nous].

d'une *restriction*⁽³⁵⁾ et justifie d'autant plus de se prononcer sur lesdites interrogations.

1172. À l'instar de la structure suivie dans les titres précédents, nous examinons brièvement, dans un chapitre liminaire, l'évolution qu'a subi le libellé de cette condition de justification dans la Charte ainsi que les diverses approches méthodologiques envisageables pour déterminer l'acception du *contenu essentiel* d'un droit fondamental (Chapitre 1). Dans un second temps, nous présentons la jurisprudence pertinente de la CourEDH portant sur l'interprétation de cette condition dans le cadre de la CEDH (Chapitre 2), puis procédons de même en ce qui concerne la jurisprudence de la CJUE (Chapitre 3). Une telle présentation nous permet tant d'identifier les divergences méthodologiques et interprétatives entre ces deux cours qui contreviennent aux exigences découlant du principe de cohérence que, le cas échéant, de formuler des propositions d'interprétation cohérente susceptibles d'y remédier (Chapitre 4).

35. En ce sens, voir L. LOUCAIDES, *Essays on the Developing Law of Human Rights*, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff, 1995, p. 214 : « Suppression to such an extent is contrary to the concept of « restriction » ». Voir ég. *supra* Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1.

CHAPITRE 1

QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES

1173. Dans un premier temps, nous souhaitons décrire l'évolution qu'a connu le libellé de l'article 52, § 1, de la Charte relatif à la condition de justification qu'est le respect du *contenu essentiel* du droit fondamental en cause (Section 1). Nous examinons ensuite les diverses approches proposées par la littérature juridique pour évaluer le respect de cette condition et précisons celle finalement retenue par la CJUE, telle qu'elle ressort, à notre sens, de sa jurisprudence (Section 2). Enfin, nous traitons rapidement des épineux rapports qu'entretiennent le contenu essentiel d'un droit fondamental *qua* condition de justification des restrictions, d'une part, et la dignité humaine *qua* droit fondamental garanti à l'article 1 de la Charte, d'autre part (Section 3).

SECTION 1. – LE LIBELLÉ DE L'ARTICLE 52, § 1, DE LA CHARTE

1174. Avant de revêtir sa teneur actuelle, la formulation de la condition de justification que constitue le respect du contenu essentiel d'un droit fondamental a subi de légères modifications durant les négociations au sein de la Convention ayant rédigé la Charte. Ainsi, les termes de *contenu essentiel* et de *substance* des droits fondamentaux se sont longtemps côtoyés, une version antérieure de l'article 52, § 1, de la Charte prévoyant que « [l]a substance même desdits droits et libertés doit être respectée »⁽¹⁾.

1175. À notre sens, ceci peut toutefois s'expliquer par le fait que cette condition de justification consacre une jurisprudence de la CJUE au sein

1. Voir la Note du *Praesidium* du 16 mai 2000, Charte 4316/00, Convent 34, ad. article 47.

de laquelle cette cour a indistinctement usé de ces deux termes⁽²⁾. En effet, dans les explications relatives à la Charte, le Présidium de Convention ayant rédigé la Charte cite notamment un extrait de l'arrêt de la CJUE rendu dans l'affaire *Kjell Karlsson*, au terme duquel des restrictions aux droits fondamentaux ne peuvent constituer une intervention qui « porterait atteinte à la *substance* même de ces droits »⁽³⁾. Cette référence jurisprudentielle a par ailleurs le mérite de rappeler que cette condition s'est développée par voie prétorienne, comme l'illustrent des arrêts tels que *Kondova*⁽⁴⁾, *Mrax*⁽⁵⁾ ou encore *Schmidberger*⁽⁶⁾.

1176. Depuis la proclamation de la force contraignante de la Charte, toutefois, la CJUE a levé tout risque d'ambiguïté entre les notions de *substance* et de *contenu essentiel* des droits fondamentaux en leur reconnaissant une synonymie, comme le confirme l'arrêt *Mohamed Trabelsi*⁽⁷⁾. Dans cette affaire, cette cour a ainsi déclaré que « le « contenu essentiel », c'est à dire la substance, du droit ou de la liberté en cause ne doit pas être atteint »⁽⁸⁾. Fort de cette synonymie⁽⁹⁾, nous examinons ci-dessous la jurisprudence

2. Voir p. ex. CJCE, 13 avril 2000, *Kjell Karlsson*, pt 45 : « [...] des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de ces droits, [...] à condition que ces restrictions [...] ne constituent pas [...] une intervention démesurée et intolérable, qui porterait atteinte à la substance même de ces droits », [souligné par nous]. Voir ég. L. BURGOGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.*, p. 668 ; A. HÉRINGA, L. VERHEY, « The EU Charter : Text and Structure », *op. cit.*, p. 24. Notons à cet égard que certains avocats généraux mentionnent également la notion d'essence des droits fondamentaux pour faire référence à cette condition. Voir p. ex. les conclusions de Av. gén. WAHL, 12 mars 2015, *Davide Gullotta*, pt 74, ainsi que les conclusions de Av. gén. TRSTENJAK, 22 septembre 2011, *N. S.*, pt 162.

3. Voir les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *JOCE* 303 du 14.12.2007, pp. 17 et s., ad. article 52, p. 32 [souligné par nous].

4. CJCE, 27 septembre 2001, *Kondova*, pt 89 : « Toutefois, même dans une situation telle que celle de l'affaire au principal, le respect de la condition énoncée à la fin de la première phrase de l'article 59, paragraphe 1, de l'accord d'association impose que l'intervention des autorités compétentes de l'État membre d'accueil n'ait ni pour objet ni pour effet de *porter atteinte à la substance même des droits* d'admission, de séjour et d'établissement octroyés par l'accord d'association aux ressortissants bulgares », [souligné par nous].

5. CJCE, 25 juillet 2002, *Mrax*, pt 78 : « [...] une décision de refus de titre de séjour, et à plus forte raison, une mesure d'éloignement fondées exclusivement sur un motif tiré du non-accomplissement par l'intéressé de formalités légales relatives au contrôle des étrangers, porteraient *atteinte à la substance même* du droit de séjour directement conféré par le droit communautaire et seraient manifestement disproportionnées à la gravité de l'infraction [...] », [souligné par nous].

6. CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*, pt 80. Pour d'autres illustrations, voir not. CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold*, pt 14 ; CJCE, 23 juillet 1989, *Hubert Wachauf*, pt 18 ; CJCE, 8 avril 1992, *Commission c. Allemagne*, pt 23 ; CJCE, 5 octobre 1994, *X c. Commission*, pt 18.

7. Tribunal, 28 mai 2013, *Mohamed Trabelsi*.

8. *Ibid.*, pt 81.

9. *Contra*, voir not. S. PEERS, qui relève que « *it might be argued that a requirement to respect the essence of a right permits fewer limitations than a requirement not to undermine its very substance* » (S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1480).

de la CJUE relative à cette condition de justification indistinctement de la formulation retenue par cette cour.

1177. Plus généralement, rappelons également que l'exigence du respect du contenu essentiel d'un droit fondamental trouve son origine dans le droit constitutionnel allemand, plus précisément à l'article 19, § 2, de la Loi fondamentale allemande, qui prévoit qu'« [i]l ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance (*ndla* : *Wesensgehalt*) d'un droit fondamental »⁽¹⁰⁾. En ce sens, l'application de cette condition de justification requiert de déterminer, pour chaque droit fondamental protégé, ce qui constitue « *the right's core (or its nuclear substance) and which parts constitute the penumbra* »⁽¹¹⁾.

1178. Bien que reprise dans les constitutions de divers pays de l'Union européenne⁽¹²⁾ ainsi que dans la jurisprudence de la CourEDH, cette condition n'a pourtant pas cessé de faire l'objet de vifs débats quant à l'acception du *Wesensgehalt* des droits fondamentaux⁽¹³⁾. Ces débats mettent notamment en lumière tant une diversité d'approches méthodologiques qu'une diversité de conceptions de l'acception du *contenu essentiel*. À cet égard, nous estimons indispensable de s'attarder sur lesdites approches méthodologiques afin de pouvoir identifier celle effectivement retenue par la CJUE lors de son interprétation de cette condition de justification.

10. Dans sa version originale, cette disposition se lit comme suit : « *In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden* ». Pour aller plus loin, voir not. A. BARAK, « Human Dignity : The Constitutional Value and the Constitutional Right », in Ch. McCrudden (édit.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 361-380.

11. A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, op. cit., p. 497. Voir ég. M. BOROWSKY, « Artikel 52 », op. cit., p. 788.

12. Voir p. ex. l'art. 53, § 1, de la Constitution espagnole : « *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)* », [souligné par nous]. Voir ég. l'art. 18, § 3, de la Constitution portugaise : « *As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais* », [souligné par nous]. Pour une illustration en dehors de l'Union européenne, voir not. l'art. 36, § 4, de la Constitution suisse : « *L'essence des droits fondamentaux est inviolable* ».

13. Voir not. G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », in E. BREMS (édit.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, Intersentia, 2008, pp. 131-147, p. 132.

SECTION 2. – LES DIVERSES APPROCHES MÉTHODOLOGIQUES

1179. Les diverses approches méthodologiques envisageables portent tant sur la façon de déterminer l'acceptation de la notion de *contenu essentiel* (*infra* A) que sur la relation entre cette condition de justification et celle que constitue la proportionnalité (*infra* B).

A. – QUANT À L'ACCEPTATION DU CONTENU ESSENTIEL

1180. La littérature juridique distingue traditionnellement deux approches pour spécifier le *contenu essentiel* d'un droit fondamental⁽¹⁴⁾. D'une part, selon l'approche *objective*, « the question of the right's core is determined from the viewpoint of the legal system as a whole »⁽¹⁵⁾. Autrement dit, le contenu essentiel d'un droit fondamental est avant tout perçu comme ayant pour objectif de protéger une communauté ou une société donnée⁽¹⁶⁾, de sorte qu'il se détermine de façon abstraite, *i.e.* en dehors de tout cas concret. Dans cette hypothèse, ledit contenu sera affecté lorsque le droit fondamental en cause « loses much of its significance in relation to all, or the vast majority of, a given community »⁽¹⁷⁾.

1181. D'autre part, selon l'approche *subjective*, « the question of the right's core is determined from the viewpoint of the victim – the limited person »⁽¹⁸⁾. Dans ce cas, il sera porté atteinte au contenu essentiel d'un droit fondamental lorsque, dans un cas concret, ledit droit « has lost its significance in relation to the specific individual »⁽¹⁹⁾. Autrement dit, le contenu essentiel est avant tout perçu comme ayant pour objectif de protéger les intérêts de la personne titulaire du droit fondamental faisant

14. R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, pp. 192-193 ; M. SACHS, *Verfassungsrecht II. Grundrechte*, 2^e éd., Berlin, Springer, 2003, p. 734 ; A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, *op. cit.*, p. 497 ; G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 133.

15. A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, *op. cit.*, p. 497.

16. G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 133.

17. A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, *op. cit.*, p. 497. Voir ég. G. VAN DER SCHYFF « Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 133, qui précise que : « On this approach the question of inalienable cores is viewed against the backdrop of an abstract interpretation ».

18. A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, *op. cit.*, p. 497.

19. *Ibid.*

l'objet d'une restriction, sans toutefois pouvoir ni devoir être réduit auxdits intérêts⁽²⁰⁾.

1182. Dans le contexte de la Charte, la jurisprudence de la CJUE met en exergue, à notre sens, une approche *subjective*. Cette dernière nous semble au demeurant justifiée pour deux raisons principales. Tout d'abord, une interprétation *in concreto* du *contenu essentiel* d'un droit fondamental, qui dépend ainsi des circonstances concrètes du cas d'espèce, fait écho à la pratique de la CJUE relative à l'interprétation des autres conditions de justification, et notamment à celle de la proportionnalité décrite dans le titre précédent. Ensuite, comme le formule Gerhard van der Schyff, suivre une approche objective comprend notamment le risque de « *sidelining real protection by always subjecting the individual to the majority will, thereby collapsing the ideal of individual rights into the collective good without much regard for the strict interpretation of limitation provisions* »⁽²¹⁾.

1183. À titre illustratif de l'approche suivie par la CJUE, revenons par exemple sur l'arrêt *Zoran Spasic*, concernant l'article 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen (CAAS). Cette disposition subordonnait l'application du principe *ne bis in idem* à la condition que la sanction découlant d'une condamnation ait été subie, soit en cours d'exécution ou ne puisse plus l'être. La CJUE a ainsi dû se prononcer sur la compatibilité de cette disposition avec l'article 50 de la Charte, qui garantit le droit fondamental à ne pas être jugé ou puni deux fois pour la même infraction. Cette cour a ainsi relevé que « la condition d'exécution subordonnant la protection plus étendue qu'offre cet article 50 à une condition supplémentaire, constitue une limitation du droit consacré audit article, au sens de l'article 52 de la Charte »⁽²²⁾.

1184. Sur la question de savoir si cette restriction respectait le *contenu essentiel* du droit fondamental à ne pas être jugé ou puni deux fois pour la même infraction, la CJUE a précisé que « [q]uant au contenu essentiel dudit principe, il convient de relever que, ainsi que les gouvernements allemand et français l'ont fait valoir dans leurs observations, la condition d'exécution prévue à l'article 54 de la CAAS ne remet pas en cause le principe *ne bis in idem* en tant que tel »⁽²³⁾. Cette cour a ainsi estimé que, dans le cas

20. Rappelons également que les *intérêts* susceptibles d'être incorporés dans des droits fondamentaux sont de nature *abstraite* ou objective, et ne doivent dès lors pas être confondu avec la nature *subjective* de cette approche visant à déterminer le contenu essentiel. Voir *supra* Partie 1, titre 1.

21. G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 133.

22. CJUE, 27 mai 2014, *Zoran Spasic*, pt 55.

23. *Ibid.*, pt 58.

concret et au vu de la formulation des conditions énoncées spécifiquement à l'article 54 de la CAAS, le *contenu essentiel* du droit fondamental protégé par l'article 50 de la Charte n'était pas touché.

1185. Nous devons cependant relever que l'approche de la CJUE ne semble pas faire l'unanimité, comme le démontre notamment la prise de position de l'Avocat général Niilo Jääskinen dans cet arrêt. En effet, ce dernier y énumère une série de critères appréciables de façon abstraite dont le respect circonscrirait le contenu essentiel du droit fondamental à ne pas être jugé ou puni deux fois pour les mêmes faits. Il conclut ainsi que « la substance de ce droit fondamental pourrait être conçue comme consistant dans i) l'interdiction des poursuites entamées après le prononcé d'un jugement final ii) de nature pénale classique iii) par les autorités du même État iv) dans l'hypothèse d'une identité des faits v) ainsi que d'une identité de leur qualification juridique tenant compte du bien faisant l'objet de la protection conformément au droit national applicable, vi) sous réserve que la première procédure ne soit pas entachée de vice grave ainsi que vii) sous réserve de l'absence de nouvelles preuves »⁽²⁴⁾.

B. – QUANT AU LIEN ENTRE CONTENU ESSENTIEL ET PROPORTIONNALITÉ

1186. La seconde distinction d'approche méthodologique porte sur l'étendue de la garantie octroyée par la condition de justification qu'est le respect du *contenu essentiel* des droits fondamentaux et, plus largement, sur la relation entre cette condition de justification et celle qu'est la proportionnalité. À ce propos, la littérature juridique distingue traditionnellement entre l'approche *absolue* et l'approche *relative*⁽²⁵⁾.

1187. Selon l'approche *absolue*, « *the cores of rights seek to entrench "final untouchable areas"* »⁽²⁶⁾, de sorte que le contenu essentiel constitue une contrainte absolue sur la possibilité de restreindre un droit fondamental.

24. Av. gén. JÄÄSKINEN, 2 mai 2014, *Zoran Spasic*, pt 88.

25. Voir not. A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, *op. cit.*, pp. 497-498 ; G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », *op. cit.*, pp. 133-134 ; J. CHRISTOFFERSEN, « Human rights and balancing: The principle of proportionality », in Ch. GEIGER (édit.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, pp. 19-38, pp. 26-27 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, pp. 389-406 ; M. BÜHLER, *Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta*, *op. cit.*, pp. 257-261 ; M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.*, pp. 787-789.

26. G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 134.

Autrement dit, « any limitation of the right's core, in and of itself, is equivalent to an amendment to the right »⁽²⁷⁾. En ce sens, l'examen de cette condition de justification est indépendant de celui des autres conditions –notamment de celui du caractère proportionné de la restriction – et une interprétation littérale de l'article 52, § 1, de la Charte nous semble également aller en ce sens⁽²⁸⁾.

1188. S'agissant de l'approche *relative*, ses partisans considèrent que le contenu essentiel d'un droit fondamental « *is equivalent to whatever is left of the right after the balancing test has been carried out* »⁽²⁹⁾. En d'autres termes, ce n'est qu'au terme d'une conclusion positive sur le caractère *apte, nécessaire* et *proportionné stricto sensu* d'une mesure restrictive que l'on peut déterminer le contenu essentiel du droit fondamental en cause.

1189. Ces deux approches divergent dès lors dans le rôle respectif qu'elles accordent à la condition de justification qu'est la proportionnalité. En effet, si l'approche relative s'en remet à la proportionnalité pour déterminer, dans des cas concrets, « *what a core entails and what its reach is, once the right in question has been evaluated against its context* »⁽³⁰⁾, l'approche absolue considère purement et simplement le contenu essentiel des droits fondamentaux comme absolu⁽³¹⁾ et ne tolère, dès lors, aucune restriction⁽³²⁾.

1190. En ce qui concerne la première approche, force est de relever que certains auteurs ont mis en exergue l'épineuse difficulté de spécifier précisément *qu'est ce qui est absolu* ? Compte tenu de l'absence

27. A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, *op. cit.*, p. 498.

28. M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.*, p. 788 : « *Die textliche Einbindung der Wesensgehaltgarantie sowie ihre gleichwertige Nennung zusammen mit dem wichtigen Gesetzesvorbehalt in Art. 52 Abs. 1 Satz 1 und ihre deutliche Absetzung gegenüber dem erst in Satz 2 folgenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit deuten jedenfalls auf eine eigenständige Bedeutung und absolute Geltung hin* ». Voir ég. M. BÜHLER, *Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta*, *op. cit.*, p. 258.

29. J. CHRISTOFFERSEN, « Human rights and balancing: The principle of proportionality », *op. cit.*, p. 26.

30. G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 135.

31. Voir not. S. TSAKYRAKIS, « Proportionality: An Assault on Human Rights? », *op. cit.*, p. 493 : « there is no balance to talk about in the first place ».

32. Voir ég. le résumé de ces deux approches par A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, § 584 : « la doctrine de la "substance" ou du "contenu essentiel" des droits fondamentaux constitue un domaine où la proportionnalité est nécessairement "exclue", tandis que là où s'applique la proportionnalité est exclue l'idée d'un droit protégé de façon absolue en tout éventualité ».

d'indications dans la Charte et dans la jurisprudence de la CJUE, certains ont ainsi émis des suggestions sur les éléments susceptibles de constituer le contenu essentiel des droits fondamentaux de la Charte, et d'autres auteurs ont procédé de même dans le contexte de la CEDH⁽³³⁾. Ceci étant, aucune définition unanime et holistique dudit contenu n'existe à ce jour⁽³⁴⁾. Par conséquent, au vu de ces difficultés, une autre partie de la littérature juridique estime que l'approche absolue devrait être abandonnée⁽³⁵⁾, car le *contenu essentiel* d'un droit fondamental ne peut se concevoir qu'en terme relatif et ne peut être identifié qu'après une mise en balance des intérêts protégés⁽³⁶⁾.

1191. Nous argumentons ci-dessous que la jurisprudence de la CJUE semble faire écho aux critiques formulées par cette dernière littérature juridique et favorise une approche *relative*, bien que dans certains arrêts, cette cour semble toujours recourir à une approche *absolue*, notamment lorsque des libertés de circulation sont concernées. Ainsi, d'un point de vue méthodologique, si l'acceptation du contenu essentiel d'un droit fondamental par la CJUE nous semble relever d'une approche *subjective*, la détermination de l'étendue de ce dernier ainsi que de son rapport avec la condition de justification que constitue la proportionnalité ne nous semble pas procéder exclusivement d'une méthode relative ou absolue. Autrement dit, nous ne pouvons nous rallier entièrement aux auteurs appréhendant la jurisprudence de la CJUE de façon relative⁽³⁷⁾ ni à ceux favorisant une

33. La littérature juridique détermine souvent des éléments formant le contenu essentiel d'un droit fondamental en se fondant sur la jurisprudence de la CourEDH. Voir not. J. GERARDS, « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine », *op. cit.*, pp. 112-113 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, pp. 389-406 ; M. BÜHLER, *Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta*, *op. cit.*, pp. 408-471 ; P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 450-451 ; E. BREMS, « Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms », *Human Rights Quarterly*, vol. 27, 2005, pp. 294-326, p. 304.

34. S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, *op. cit.*, p. 210 (version thèse).

35. G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », *op. cit.*, pp. 135-136 ; J. RIVERS, « Proportionality and Variable Intensity of Review », *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006, pp. 184-187.

36. R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, pp. 193-196 ; M. KLATT, M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 67-68.

37. Voir not. M. BÜHLER, *Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta*, *op. cit.*, p. 261.

approche absolue⁽³⁸⁾, car une telle stricte dichotomie ne nous paraît pas refléter le caractère ambivalent de la pratique de cette cour.

SECTION 3. – LA DIGNITÉ ET LE CONTENU ESSENTIEL DANS LA CHARTE

1192. Au titre de dernière remarque liminaire, nous estimons nécessaire de nous attarder brièvement sur le rapport existant entre la *dignité* et la condition de justification que constitue le respect du *contenu essentiel* du droit fondamental en cause⁽³⁹⁾.

1193. La dignité est en effet mentionnée dans le préambule de la Charte et constitue l'intitulé du titre premier de celle-ci, au sein duquel sont notamment énumérés les droits fondamentaux à la dignité humaine, à la vie et à l'interdiction de la torture. Ainsi, le premier article de la Charte s'intitule *dignité humaine* et prévoit que « [l]a dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée ».

1194. L'importance et l'emplacement de cette disposition ont poussé certains auteurs à tisser des liens entre le *contenu essentiel* d'un droit fondamental et la dignité⁽⁴⁰⁾, à l'instar de Elisabeth Rumler-Korinek et de Erich Vranes⁽⁴¹⁾. Ces derniers estiment ainsi que « [*v*]on Bedeutung erscheint in diesem Zusammenhang weiters, dass die Würde des Menschen (Art 1 der Charta) als zum Wesensgehalt der übrigen Chartarechte gehörend verstanden wird ». Un tel point de vue semble au demeurant conforté par les explications relatives à la Charte, qui prévoient « qu'aucun des droits inscrits dans cette Charte ne peut être utilisé pour porter atteinte à la dignité d'autrui et que la dignité de la personne humaine fait partie de la

38. Voir not. M. BOROWSKY, « Artikel 52 », *op. cit.*, p. 788.

39. Précisons que le lien entre la *dignité* et le *contenu essentiel* ne s'entend pas comme la relation existant entre cette condition de justification et d'éventuelles restrictions au droit fondamental à la dignité, garanti à l'article 1^{er} de la Charte. Nous avons en effet établi, dans la première partie de la présente étude, que le droit fondamental à la dignité humaine était un droit absolu, de sorte que tout conflit entre des obligations de protection découlant de ce droit et celles découlant d'un objectif d'intérêt général ou d'un autre droit fondamental doit être réglé par la priorité reconnue au premier et la question de la justification des restrictions en cause ne se pose pas. Seul nous importe dans les lignes qui suivent le lien entre *dignité* et *contenu essentiel* lors des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte correspondant à des droits de la CEDH où l'article 52, § 1, de la Charte trouve à s'appliquer.

40. Sur ces liens dans le contexte constitutionnel allemand, voir not. D. GRIMM : « la Cour constitutionnelle fédérale a pour sa part commencé très tôt à mettre en place une limite supplémentaire aux limitations des droits fondamentaux, une sorte de "limite aux limites" » (D. GRIMM, « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », *op. cit.*).

41. E. RUMLER-KORINEK, Erich VRANES, « Artikel 52 », *op. cit.*, p. 756.

substance des droits inscrits dans cette Charte. Il ne peut donc y être porté atteinte, même en cas de limitation d'un droit »⁽⁴²⁾.

1195. Les liens entre *dignité* et *contenu essentiel* peuvent cependant être perçus de différentes façons⁽⁴³⁾, de sorte que le rôle « *that dignity plays in the legal sphere: the way in which declarations, conventions, and legislation on rights appeal to dignity* »⁽⁴⁴⁾ est intrinsèquement lié à l'acception de la notion même de dignité. Ainsi, dans la conception allemande et comme le relève Dieter Grimm, chaque droit fondamental est constitué d'un *Wesensgehalt* – i.e. d'un « *dignity core* »⁽⁴⁵⁾ – qui implique que « *[t]he closer the restriction of a right comes to its dignity core the higher the weight of the right in the balancing process* »⁽⁴⁶⁾.

1196. Dans le contexte de la Charte, rappelons cependant que dans la première partie de notre étude, nous avons démontré qu'à la lumière de la jurisprudence de la CJUE, la dignité ne constitue pas le fondement des droits fondamentaux de la Charte – se distinguant ainsi de l'approche germanique – car ces derniers consacrent en réalité des intérêts particulièrement importants susceptibles de générer certaines obligations

42. Voir les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *JOCE* 303 du 14.12.2007, pp. 17 et s., ad. article 52.

43. Ces liens dépendent également de l'acception même de la notion de *dignité* – i.e. ce qui concerne « *the grounding of the concept of dignity in some anthropological, historical, philosophical, theological, or ontological account of what Dellavalle calls the pre-legal* » (Ch. McCrudden, « An Introduction to Current Debates », in Ch. McCrudden (édit.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 1-58, p. 47). À cet égard, si la détermination de l'acception de cette notion est éminemment complexe et dépasse le cadre de la présente étude, il convient de garder à l'esprit que l'acception de la dignité peut différer selon qu'on l'envisage du point de vue de ses fondements ou de son usage dans le contexte juridique (voir not. M. Rosen, *Dignity: its History and Meaning*, Cambridge, Harvard University Press, 2012, pp. 59-60).

44. Ch. McCrudden, « An Introduction to Current Debates », *op. cit.*, p. 47. Une telle distinction est également développée par J. Waldron, not. dans le cadre général de la DUDH et des Pactes 1 et 2 de l'ONU : J. Waldron, « Is Dignity the Foundation of Human Rights », *New York University School of Law – Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper n° 12-73, p. 3. Ce dernier émet cependant quelques doutes sur la justification d'une telle distinction en affirmant que « I have my doubts about the claim that rights derive from any single foundation, be it dignity, equality, autonomy, or (as it is now sometimes said) security » (J. Waldron, « Dignity, Rank, and Rights », *The Tanner Lectures on Human Values*, 21-23 avril 2009, p. 212).

Pour une distinction différente dans le cadre de la Charte, voir p. ex. C. Dupré, « Article 1 », in S. Peers *et al.*, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 3-24, pp. 4-6 et 19.

45. D. Grimm, « Dignity in a Legal Context : Dignity as an Absolute Rights », in Ch. McCrudden (édit.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 381-391, p. 390.

46. *Ibid.*

de protection⁽⁴⁷⁾. En ce sens, la dignité peut être conçue comme étant tout ou partie des intérêts protégés par certains droits fondamentaux de la Charte, ce qui explique sa consécration dans diverses dispositions de celle-ci, tels que les articles 1^{er} et 31⁽⁴⁸⁾.

1197. Cependant, l'approche de la CJUE fondée sur les intérêts ne nous semble pas devoir être perçue comme excluant nécessairement toute présence de la dignité comme fondement des droits fondamentaux. Nous estimons en effet, à l'instar de John Tasioulas, que la dignité humaine « *characteristically operates in intimate union with universal interests in grounding human rights norms* »⁽⁴⁹⁾. Autrement dit, si elle n'est pas suffisante en elle-même pour fonder des droits fondamentaux légaux tels que ceux garantis dans la Charte, la dignité transcrit une valeur morale – égale et présente chez tous les humains – selon laquelle les êtres humains revêtent un statut spécial qui méritent d'être dûment considéré.

1198. La dignité humaine peut ainsi être la réponse à la question de savoir *que possède un être humain* ou *quelle est sa nature*, mais ne nous offre pas de réponse à la question de savoir *quels sont ses intérêts*⁽⁵⁰⁾. Or, en ce qu'il est impossible de formuler un début de réponse à cette dernière question sans s'être prononcé, au préalable, sur la première question, il existe à notre sens une interdépendance entre la dignité et les droits fondamentaux, interdépendance qui permet d'expliquer les diverses références à la dignité dans la Charte et dans les explications y relatives. Formulé différemment, du fait que la dignité humaine soit une condition indispensable pour posséder des intérêts susceptibles de donner naissance

47. Les Explications relatives à la Charte qui précisent, eu égard à l'article 1^{er} de celle-ci, que « La dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux », nous semblent ainsi devoir être appréhendées avec précaution. *Contra*, relevons que certains auteurs admettant la dignité comme fondement des droits fondamentaux relèvent certaines contradictions entre la dignité *qua* fondement des droits fondamentaux et la dignité *qua* droit fondamental : M. LEVINET, « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du « lancer de nains » devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 55, 2003, pp. 1024-1042.

48. *Contra*, voir not. L. ROBERTO BARROSO, qui exclut toute possibilité pour la dignité humaine de constituer un droit fondamental autonome : « *It would be contradictory to make human dignity a right in its own, however, because it is regarded as the foundation for all truly fundamental rights and the source of at least part of their core content* » (L. ROBERTO BARROSO, « Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse », *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 35, 2012, pp. 331-394, p. 357).

49. J. TASIoulas, « Human Dignity and the Foundations of Human Rights », in Ch. McCrudden (édit.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 292-312, pp. 304-305.

50. *Ibid.*, p. 306.

à droits fondamentaux, elle constitue une *valeur indivisible et universelle*, telle que mentionnée dans le préambule de la Charte et, en ce sens, peut être considérée comme *la base même des droits fondamentaux*, comme l'indiquent les explications y relatives.

1199. Par conséquent, bien que le libellé de la Charte et les explications y relatives semblent lier étroitement la *dignité* au *contenu essentiel* des droits fondamentaux, conformément à l'approche germanique, la jurisprudence de la CJUE présentée ci-dessous se distingue, selon nous, de celle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Dès lors, toute mention éventuelle de la *dignité humaine* par la CJUE lors de l'examen de la condition de justification qu'est le respect du contenu essentiel d'un droit fondamental nous semble devoir être appréhendée comme se référant à la dignité *qua* prérequis nécessaire à la possession de droits fondamentaux susceptibles de faire l'objet de restriction, et non à la dignité humaine en tant qu'assimilation au *contenu essentiel* des droits fondamentaux en cause selon l'approche germanique.

CHAPITRE 2

LE CONTENU ESSENTIEL DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COURED H

1200. Dans la continuation des titres précédents, nous mettons d'abord brièvement en exergue certaines caractéristiques de la méthode d'interprétation de la CourEDH (Section 1), puis nous examinons la jurisprudence de cette cour relative au corollaire, dans la CEDH, de la condition de justification que constitue le respect du *contenu essentiel* du droit fondamental en cause, à savoir le respect de la *substance* dudit droit (Section 2).

1201. À titre préalable, cependant, nous devons relever que l'exigence du respect du *contenu essentiel* du droit fondamental en cause ne figure pas, en tant que telle, dans la CEDH. En effet, à l'instar de ce qui prévaut dans le contexte de la Charte, ladite exigence s'est développée par la voie prétorienne⁽¹⁾. Dans sa jurisprudence, la CourEDH mentionne néanmoins cette condition de justification au travers d'une formulation différente, se référant ainsi à la *substance* d'un droit fondamental⁽²⁾ ou à son *essence*⁽³⁾.

1. Pour une présentation de l'évolution jurisprudentielle, voir p. ex. J.-P. COSTA, « Human Dignity in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », in Ch. McCrudden (édit.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 394-402.

2. Pour un aperçu de l'évolution de la jurisprudence, voir not. CourEDH, 23 juillet 1968, *Régime linguistique belge*, § 5 ; CourEDH, 8 juillet 1986, *Lithgow*, § 196 ; CourEDH, 29 novembre 1988, *Brogan*, § 59 ; CourEDH, 30 août 1990, *Fox*, § 32 ; CourEDH, 27 août 1991, *Philis*, § 65 ; CourEDH, 9 décembre 1994, *Les saints monastères*, § 83 ; CourEDH, 19 décembre 1997, *Gómez de la Torre*, §§ 36 et 39 ; CourEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt*, § 73 ; CourEDH, 7 mai 2002, *Bourdov*, § 35 ; CourEDH, 12 avril 2005, *Mařík*, § 14 ; CourEDH, 29 avril 2008, *Stancu*, § 28 ; CourEDH, 10 avril 2012, *Strzelecki*, § 57 ; CourEDH, 5 novembre 2015, *Henrioud*, § 73.

3. Voir p. ex. CourEDH, 22 juin 2004, *Broniowski*, § 185.

1202. Nous nous rallions toutefois à Laurence Burgorgue Larsen, qui estime que dans le contexte des justifications aux restrictions des droits fondamentaux, ces notions sont synonymes et peuvent être assimilées⁽⁴⁾. À cet égard, force est également de révéler que la notion de *contenu essentiel* des droits fondamentaux, telle que citée dans la Charte, est similaire à celle d'*essence* desdits droits, telle qu'elle figure dans la jurisprudence de la CourEDH. Par conséquent, nous nous référons uniquement à l'acception de *contenu essentiel* pour faire référence à la condition de justification examinée dans le présent titre tant dans le contexte de la CEDH que dans celui de la Charte, et ce indépendamment de la formulation retenue par la CJUE et la CourEDH.

SECTION 1. – LA MÉTHODE D'INTERPRÉTATION DE LA COUR EDH

1203. Au vu de la diversité d'approches méthodologiques mentionnée ci-dessus⁽⁵⁾, examinons brièvement l'approche de la CourEDH dans la spécification de l'acception du *contenu essentiel* d'un droit fondamental, d'une part, puis l'étendue de la protection conférée au contenu essentiel dudit droit et la relation entre cette condition de justification et celle de la proportionnalité, d'autre part.

1204. S'agissant du premier point, il ressort de la jurisprudence de la CourEDH que cette dernière poursuit une approche *subjective* lors de l'examen du respect de cette condition. Cette cour procède en effet à un examen *in concreto*, en prenant en compte les circonstances du cas d'espèce, pour évaluer si une mesure restrictive a porté atteinte au contenu essentiel d'un droit fondamental. À titre illustratif, dans son arrêt *Broniowski c. Pologne*, elle a affirmé qu'« [e]n l'espèce, comme les juridictions polonaises l'ont constaté et comme la Cour l'a confirmé dans son analyse de la conduite de l'État défendeur, les autorités, en imposant des limitations successives à l'exercice du droit du requérant à être crédité et en ayant recours à des pratiques qui en ont fait un droit inexécutoire et inutilisable sur le plan concret, l'ont rendu illusoire et ont détruit son essence même »⁽⁶⁾.

1205. S'agissant à présent de l'étendue de la protection conférée au contenu essentiel d'un droit fondamental, il se dégage à notre sens de la

4. L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.*, p. 608.

5. Voir *supra* Partie 3, titre 5, chap. 1, section 2.

6. CourEDH, 22 juin 2004, *Broniowski*, § 185. Pour des illustrations plus récentes, voir not. CourEDH, 5 novembre 2015, *Henrioud*, § 73 ; CourEDH, 16 juillet 2015, *Samoilă*, § 45 ; CourEDH, 29 janvier 2015, *Sik*, § 19.

jurisprudence de la Cour EDH que cette cour privilégie une approche de type *relative*⁽⁷⁾. En effet, à quelques rares exceptions près⁽⁸⁾, la Cour EDH procède à un examen détaillé de la condition de justification qu'est la proportionnalité et, à cette occasion, se prononce sur l'existence d'une atteinte au contenu essentiel du droit fondamental en cause ; elle n'évalue ainsi que sporadiquement cette dernière condition de justification de façon autonome.

1206. À titre illustratif, dans son arrêt *Sabah El Leil c. France*, la Cour EDH a affirmé qu'« en accueillant l'exception tirée de l'immunité de juridiction et en rejetant la demande du requérant, sans motivation pertinente et suffisante, et nonobstant les dispositions applicables du droit international, les juridictions françaises ont failli au maintien d'un rapport raisonnable de proportionnalité »⁽⁹⁾. Bien que ce constat de l'irrespect de la condition de justification qu'est la proportionnalité aurait suffi à la Cour EDH pour prononcer le caractère injustifié de la restriction concernée, cette cour a poursuivi son raisonnement et a conclu qu'en l'espèce, les autorités compétentes avaient « porté atteinte à la substance même du droit du requérant à accéder à un tribunal »⁽¹⁰⁾.

1207. Certains auteurs déduisent ainsi de la jurisprudence de la Cour EDH qu'un droit fondamental peut se diviser en trois zones ou parties, à savoir « *the area that can never be trespassed upon, the area of protection against illegitimate interferences, and the zone of illegitimate limitations on rights* »⁽¹¹⁾. Ce serait ainsi au stade de l'examen du caractère proportionné d'une mesure restrictive que la Cour EDH évalue si, au vu des circonstances du cas d'espèce, ladite mesure s'inscrit non seulement dans une absence de tout rapport de proportionnalité par rapport aux finalités

7. En ce sens, voir not. J. CHRISTOFFERSEN, « Human rights and balancing: The principle of proportionality », *op. cit.*, p. 27 : « *While the Court – in the general description of the proportionality principle – maintains a distinction between the ordinary fair balance-test and the very substance or essence of rights, the Court's practice generally reflects a relative doctrine of the very essence of rights* ».

8. L'une des rares exceptions peut être illustrée par l'arrêt Cour EDH, 14 décembre 2010, *O'Donoghue*, § 91. À ce propos, S. SMET relève que bien que dans sa jurisprudence initiale, la Cour EDH ait parfois traité la condition du respect de la substance des droits fondamentaux de façon distincte de celle de la proportionnalité – comme l'illustrent les arrêts Cour EDH, 22 octobre 1996, *Stubbings* ; Cour EDH, 8 juillet 1986, *Lithgow* – cette cour « has almost never found that, since a measure constitutes an infringement on the very essence of a right, therefore – *ipso facto* – that right has been violated » (S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, *op. cit.*, p. 210 (version thèse)).

9. Cour EDH, 29 juin 2011, *Sabah El Leil*, § 67.

10. *Ibid.*

11. J. CHRISTOFFERSEN, « Human rights and balancing: The principle of proportionality », *op. cit.*, p. 26.

invoquées, mais également si elle porte atteinte au contenu essentiel du droit fondamental en cause, enfreignant ainsi les trois parties ou zones dudit droit.

SECTION 2. – L'INTERPRÉTATION DU CONTENU ESSENTIEL

1208. Bien que la CourEDH ait rapidement affirmé que les restrictions apportées à certains droits fondamentaux ne devaient pas porter atteinte au contenu essentiel desdits droits⁽¹²⁾, les décisions dans lesquelles cette cour s'est expressément prononcée sur le respect de cette condition de justification restent, somme toute, relativement rares. En effet, l'examen de cette condition de justification est si étroitement lié à celui de la proportionnalité qu'il n'est pas toujours évident de les distinguer. Dans les lignes qui suivent, nous limitons dès lors notre présentation à certains des arrêts rendus par la CourEDH dans le cadre de l'interprétation de droits fondamentaux de la CEDH pour lesquels la CJUE a établi une *correspondance* avec des droits fondamentaux de la Charte.

A. – LE DROIT FONDAMENTAL À LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE

1209. Au titre de première illustration, mentionnons l'arrêt *Hämäläinen c. Finlande*⁽¹³⁾, dans lequel un homme marié et père d'un enfant a décidé de changer de sexe tout en souhaitant maintenir un lien marital avec son épouse. Comme la législation finlandaise réservait le mariage uniquement aux couples de sexe opposé, si l'intéressé souhaitait que sa nouvelle identité féminine puisse être juridiquement reconnue, il devait choisir entre la conversion de son mariage en un partenariat ou le prononcé d'un divorce. Estimant que cette législation portait atteinte à son droit fondamental à la vie privée et familiale, il a recouru auprès de la CourEDH qui, composée en Chambre, a conclu « qu'un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts concurrents en jeu en l'espèce »⁽¹⁴⁾. Dès lors, cette cour a nié toute violation de l'article 8 de la CEDH sans juger utile de se prononcer sous l'angle de la violation alléguée de l'article 12 de la CEDH.

1210. Fort de cette décision, l'intéressé s'est pourvu devant la Grande Chambre de la CourEDH en arguant que la Chambre aurait dû procéder à

12. CourEDH, 21 février 1975, *Golder*, § 38 ; CourEDH, 24 octobre 1979, *Winterwerp*, § 60 ; CourEDH, 13 août 1981, *Young*, §§ 52 et 55 ; CourEDH, 20 avril 1993, *Sibson*, § 29 *in fine*.

13. CourEDH, 16 juillet 2014, *Hämäläinen*.

14. CourEDH, 13 novembre 2012, *H.*, § 52.

« une analyse différente consistant à rechercher si la cessation obligatoire du mariage portait atteinte à la « substance du droit de se marier », dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour »⁽¹⁵⁾. La Grande Chambre a cependant confirmé la conclusion de la Chambre en indiquant, au terme d'une analyse minutieuse de la *proportionnalité stricto sensu*, que le requérant avait diverses possibilités effectives et concrètes de voir son identité féminine reconnue tout en maintenant une vie privée et familiale. Par conséquent, dans cette affaire, la Cour EDH ne s'est pas prononcée sur le respect du *contenu essentiel* du droit fondamental en cause au terme d'un examen autonome mais a indiqué, lors de l'analyse de la condition de la proportionnalité, que l'existence d'une possibilité effective d'exercer ledit droit permettait de justifier la restriction à l'exercice de ce dernier.

1211. Au titre de seconde illustration, mentionnons les arrêts *Konstantinidis c. Grèce*⁽¹⁶⁾ et *Grönmark c. Finlande*⁽¹⁷⁾, qui nuancent quelque peu cette approche de la Cour EDH et concernent tous deux des requérants ayant demandé la reconnaissance judiciaire de la paternité des personnes qu'ils estimaient – et, respectivement, suspectaient – être leur père. Dans la première affaire, la législation grecque prévoyait un délai de prescription pour le dépôt d'une telle requête, délai toutefois susceptible d'être suspendu en cas de force majeure. Dans la seconde affaire, par contre, la législation finlandaise prévoyait un délai de péremption absolu, dont le non-respect ôtait dès lors toute possibilité d'une reconnaissance ultérieure de paternité.

1212. Dans le premier cas de figure, la Cour EDH a estimé, au terme de l'examen de la proportionnalité de la législation litigieuse, que « [c] ompte tenu de la marge d'appréciation des États en matière de législation sur l'action en reconnaissance de paternité, du caractère non absolu du délai de prescription de l'article 1483 et de la jurisprudence des juridictions grecques y relative, la Cour considère que l'application de ce délai dans les circonstances de l'espèce n'a pas porté atteinte à la substance même du droit au respect de la vie privé du requérant garanti par l'article 8 de la Convention »⁽¹⁸⁾.

1213. Dans le second cas de figure, cependant, cette cour a indiqué que « *the application of a rigid time-limit for the exercise of paternity proceedings, regardless of the circumstances of an individual case and, in particular, the obligation to take action within that time-limit,*

15. Cour EDH, 16 juillet 2014, *Hämäläinen*, § 93.

16. Cour EDH, 3 avril 2014, *Konstantinidis*.

17. Cour EDH, 6 juillet 2010, *Grönmark* [arrêt non traduit en français].

18. Cour EDH, 3 avril 2014, *Konstantinidis*, § 62.

impairs the very essence of the right to respect for one's private life under Article 8 of the Convention »⁽¹⁹⁾ et a dès lors conclu qu'un juste équilibre n'avait pas été ménagé entre les différents intérêts en présence. Ainsi, dans cette dernière affaire, la CourEDH s'est concomitamment prononcée sur le caractère proportionné de la mesure restrictive et sur l'existence d'une atteinte au contenu essentiel du droit fondamental concerné.

1214. Enfin, mentionnons encore l'arrêt *Zaunegger c. Allemagne*⁽²⁰⁾, qui mérite d'autant plus notre attention que la CJUE y a expressément fait référence dans son arrêt *J. McB*⁽²¹⁾. Dans cette affaire, un ressortissant allemand et père d'une fille née hors mariage, s'est séparée de la mère de celle-ci avant de requérir l'autorité parentale conjointe. Sa requête a cependant été rejetée dans la mesure où, en l'absence de l'accord de la mère, la législation allemande ne permet l'octroi d'une autorité parentale au père que si les parents ont été mariés préalablement à leur séparation.

1215. Dans cette affaire, la CourEDH a relevé que pour justifier cette restriction au droit fondamental à la vie privée et familiale du requérant, les juridictions ont strictement appliqué la législation nationale, sans toutefois s'interroger sur le fait de savoir si cette dernière protégeait effectivement l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cas d'espèce⁽²²⁾. Or, elle a constaté que bien qu'il n'existe aucun consensus européen sur la question de savoir si le père d'un enfant naturel a le droit de demander le partage de l'autorité parentale même contre la volonté de la mère, « la majorité des États membres semblent partir du principe selon lequel l'attribution de cette prérogative doit reposer sur l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'elle doit être soumise au contrôle des juridictions internes en cas de conflit entre les parents »⁽²³⁾. En ce sens, la CourEDH a conclu en l'espèce que l'interdiction générale faite aux juges de revenir sur l'attribution initiale de l'autorité parentale était disproportionnée par rapport à la finalité poursuivie⁽²⁴⁾, mais elle ne s'est pas prononcée sur le fait de savoir si ladite interdiction portait atteinte au contenu essentiel du droit fondamental à la vie privée et familiale.

1216. Bien que nous y revenons ci-dessous, il est intéressant de noter que la CJUE a fait référence à cet arrêt dans l'objectif d'établir qu'aux yeux de la CourEDH, « le fait que le père naturel ne soit pas, à la différence de la mère, automatiquement détenteur d'un droit de garde de son enfant au sens

19. CourEDH, 6 juillet 2010, *Grönmark*, § 59.

20. CourEDH, 3 décembre 2009, *Zaunegger*.

21. Voir CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, pt 56.

22. *Ibid.*, pts 57 et s.

23. *Ibid.*, pt 60.

24. *Ibid.*, pt 63.

de l'article 2 du règlement n° 2201/2003 n'affecte pas le contenu essentiel de son droit à la vie privée et familiale, pour autant que le droit énoncé au point 55 du présent arrêt est sauvegardé [*ndla* : le droit de s'adresser à une juridiction nationale compétente] »⁽²⁵⁾. Autrement dit, la CJUE n'a pas hésité à se référer à des propos de la Cour EDH portant strictement sur la *proportionnalité* de la mesure litigieuse pour baser son constat relatif au respect du *contenu essentiel* du droit fondamental concerné.

B. – LE DROIT FONDAMENTAL À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

1217. Revenons brièvement sur trois affaires illustrant l'interprétation de la Cour EDH dans le cadre de restrictions au droit fondamental à la liberté d'expression. Tout d'abord, dans l'affaire *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*⁽²⁶⁾, la Cour EDH a dû examiner si le refus d'une autorité judiciaire de communiquer à l'association requérante certaines informations essentielles à la réalisation d'une étude de projet – et rendant par conséquent impossible pour cette dernière de communiquer et d'exprimer librement le résultat de ladite étude – constituait une restriction justifiée à son droit fondamental à la liberté d'expression garanti à l'article 10 de la CEDH. Après avoir constaté que « les autorités internes ont entravé l'exercice par elle [*ndla* : l'association requérante] de sa liberté de recevoir et de communiquer des informations, d'une manière portant atteinte à la substance même de ses droits protégés par l'article 10 »⁽²⁷⁾, la Cour EDH a examiné si cette restriction était susceptible d'être justifiée.

1218. À cette fin, cette cour s'est attardée sur le caractère *nécessaire dans une société démocratique* de la mesure restrictive et a notamment relevé que la législation en cause « excluait toute appréciation sérieuse du respect du droit de la requérante à la liberté d'expression au regard de l'article 10 de la Convention »⁽²⁸⁾. Elle a en outre indiqué que « toute restriction à la démarche de l'intéressée visant à publier l'étude en question – qui avait pour but de contribuer à un débat sur une question d'intérêt général – aurait dû faire l'objet d'un contrôle minutieux »⁽²⁹⁾, de sorte que nonobstant la marge d'appréciation de l'État partie, il n'y avait pas de rapport de proportionnalité entre la mesure restrictive et la finalité poursuivie. À notre sens, cet arrêt illustre une ambiguïté inhérente au raisonnement de la

25. CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, pt 57.

26. Cour EDH, 8 novembre 2016, *Magyar*.

27. *Ibid.*, pt 180.

28. *Ibid.*, pt 199.

29. *Ibid.*

CourEDH, dans la mesure où cette cour semble y admettre la possibilité de justifier des mesures restrictives qu'elle a elle-même qualifiées auparavant de mesures portant atteinte au contenu essentiel du droit fondamental à la liberté d'expression.

1219. Deuxièmement, revenons sur l'affaire *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*⁽³⁰⁾, dans laquelle l'association requérante – prônant notamment le clonage, la génocratie ainsi que certaines pratiques sexuelles avec des enfants mineurs – s'était vue refuser de diffuser ses idées au travers d'une campagne d'affichage dans l'optique de protéger diverses finalités, dont la morale, la santé et les droits et libertés d'autrui. Dans son arrêt de Chambre, confirmé par la Grande Chambre⁽³¹⁾, la CourEDH s'est notamment attardée sur le caractère proportionné de la restriction en cause et a conclu qu'en l'espèce, « l'interdiction de la campagne d'affichage litigieuse peut passer pour une mesure proportionnée au but légitime visé et la liberté d'expression de l'association requérante n'est pas atteinte dans sa substance même »⁽³²⁾. Ainsi, pour la CourEDH, si le respect de la condition de justification qu'est la proportionnalité ne l'exempte pas de se prononcer également sur la condition de justification que constitue le respect du contenu essentiel du droit fondamental concerné, ces deux exigences sont examinées concomitamment et cette dernière ne fait pas nécessairement l'objet d'un examen approfondi.

1220. Enfin, mentionnons brièvement l'affaire *Delfi AS c. Estonie*⁽³³⁾, dans laquelle la requérante disposait d'un portail d'actualité sur Internet sur lequel des centaines d'articles étaient publiés et commentés chaque jour. L'un des articles publiés ayant engendré de nombreux commentaires injurieux et menaçants à l'endroit d'une société, cette dernière a requis et obtenu une indemnisation de la part de la requérante. Ne s'estimant toutefois pas responsable des commentaires postés sur son portail d'actualité, la requérante s'est plainte devant la CourEDH d'une violation de son droit fondamental à la liberté d'expression.

1221. Bien que cette cour ait orienté la majeure partie de son raisonnement sur l'examen du caractère *nécessaire dans une société démocratique* de la mesure restrictive, elle a cependant relevé qu'Internet permettait de tenir « des propos diffamatoires, haineux ou appelant à la violence, [qui] peuvent être diffusés comme jamais auparavant dans le monde entier, en quelques secondes, et parfois demeurer en ligne pendant

30. CourEDH, 13 janvier 2011, *Mouvement raëlien suisse*.

31. CourEDH, 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse*.

32. CourEDH, 13 janvier 2011, *Mouvement raëlien suisse*, § 59.

33. CourEDH, 16 juin 2015, *Delfi*.

fort longtemps »⁽³⁴⁾. Dès lors, si les articles 8 et 10 de la CEDH méritent un égal respect, « il y a lieu de ménager un équilibre qui préserve l'essence de l'un et l'autre de ces droits. Ainsi, tout en reconnaissant les avantages importants qu'Internet présente pour l'exercice de la liberté d'expression, la Cour considère qu'il faut en principe conserver la possibilité pour les personnes lésées par des propos diffamatoires ou par d'autres types de contenu illicite d'engager une action en responsabilité de nature à constituer un recours effectif contre les violations des droits de la personnalité »⁽³⁵⁾.

1222. En l'espèce, la Cour EDH semble donc estimer que l'existence d'une possibilité concrète et effective de faire constater en justice toute violation alléguée d'un droit fondamental garanti par la CEDH constitue le contenu essentiel dudit droit. Notons que, entendu de la sorte, le contenu essentiel d'un droit fondamental serait déterminable de façon abstraite pour l'ensemble des droits fondamentaux de la CEDH. Une telle interprétation s'inscrirait dès lors dans une approche méthodologique de type *absolu*, contrairement toutefois à des arrêts tels que *Grönmark c. Finlande* ou *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, qui illustrent davantage, à notre sens, une approche de type *relative*.

C. – LE DROIT FONDAMENTAL DE PROPRIÉTÉ ET LA LIBERTÉ D'ENTREPRISE

1223. À première vue, il peut paraître curieux d'examiner la jurisprudence de la CEDH relative au droit fondamental à la *liberté d'entreprise*, dans la mesure où bien qu'un tel droit se trouve effectivement garanti dans la Charte, il ne figure pas expressément dans la CEDH. Cependant, l'interprétation large donnée par la Cour EDH à l'article 1^{er} du protocole additionnel à la CEDH relatif au *droit de propriété* lui a permis de prendre en compte des restrictions à divers aspects de l'exercice d'une activité commerciale⁽³⁶⁾, de sorte que ces deux droits seront concomitamment examinés ci-dessous à travers deux illustrations.

34. *Ibid.*, pt 110.

35. *Ibid.*

36. S. DEPRÉ, « L'exercice d'une activité professionnelle au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la liberté du commerce et de l'industrie », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, pp. 369-383, p. 373. Voir ég. S. PRISO-ESSAWE, « Droit de propriété et libre exercice des activités professionnelles », in F. SUDRE (dir.), *Droit communautaire des droits fondamentaux. Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes — 2000*, parue dans la *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, pp. 797-823, p. 806.

1224. Premièrement, attardons nous sur l'affaire *Pennino c. Italie*⁽³⁷⁾, dans laquelle une municipalité ayant loué l'appartement du requérant et y ayant causé certains dommages s'est par la suite déclarée insolvable. Le requérant a ainsi entamé une procédure de dommages-intérêts au terme de laquelle la municipalité concernée a été condamnée à payer près de 25'000 euros. Cependant, l'exécution de ce jugement a été suspendue lors de l'entrée en vigueur d'une législation italienne qui prévoyait qu'aucune procédure ne pouvait être poursuivie durant l'insolvabilité de la municipalité.

1225. Le requérant a invoqué devant la CourEDH que ladite législation a eu pour effet « de reporter sine die la possibilité de recouvrer sa créance »⁽³⁸⁾, tandis que l'État défendeur arguait « qu'il y a eu non pas atteinte à la substance même du droit du requérant, mais légère réduction du montant de sa créance »⁽³⁹⁾. Bien qu'en l'espèce, les parties aient formulé leurs arguments en termes d'atteinte – respectivement totale ou partielle – au contenu essentiel du droit fondamental de propriété, il est intéressant de relever que la CourEDH ne s'est pas expressément prononcée sur ce point⁽⁴⁰⁾. En effet, elle s'est contentée de relever que « les autorités nationales ont empêché le requérant de percevoir l'argent qu'il pouvait raisonnablement s'attendre à obtenir »⁽⁴¹⁾, et a conclu à la violation de l'article 1^{er} du protocole additionnel à la CEDH au terme d'une appréciation globale.

1226. Sur ce dernier point, précisons qu'une méthode d'analyse des conditions de justification des restrictions apportées à l'exercice du droit fondamental de propriété distincte de celle prévalant pour les restrictions aux droits fondamentaux protégés par les articles 8 à 11 de la CEDH peut se concevoir, car le libellé desdits droits varie substantiellement. En particulier, l'article 1^{er} du protocole additionnel à la CEDH ne comprend pas de second paragraphe énonçant des conditions de justification.

1227. Néanmoins, la seconde phrase de cet article prévoit que « [n]ul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ». À ce propos, la CourEDH a interprété cette disposition comme impliquant au moins le respect des mêmes conditions de justification

37. CourEDH, 24 septembre 2013, *Pennino*.

38. *Ibid.*, § 48.

39. *Ibid.*, § 52.

40. Pour une affaire similaire, voir not. CourEDH, 24 septembre 2013, *De Luca*.

41. *Ibid.*, § 57.

que celles existant dans le cadre de la CEDH⁽⁴²⁾, de sorte que les distinctions entre la CEDH et son protocole additionnel ne l'ont aucunement privée d'étendre l'exigence jurisprudentielle du respect du contenu essentiel des droits fondamentaux aux restrictions au droit fondamental de propriété.

1228. Deuxièmement, abordons brièvement l'arrêt *Kotov c. Russie*⁽⁴³⁾ concernant le préjudice subi par le requérant du fait d'irrégularités commises par le liquidateur d'une banque. Dans cette affaire, le requérant avait placé une somme auprès d'une banque qui, faute de liquidités suffisantes, n'a pas été en mesure de la lui restituer et a ensuite été mise en faillite. Bien que sa créance ait été reconnue judiciairement et figure parmi les créances de premier rang, le liquidateur désigné pour la faillite a décidé de privilégier d'autres créanciers, de sorte que le requérant n'a pas recouvert sa créance. Dans la mesure où les juridictions nationales ont refusé de se prononcer sur les requêtes de l'intéressé tant que la procédure de liquidation était pendante, ce dernier s'est dès lors plaint d'une violation de son droit fondamental de propriété devant la Cour EDH.

1229. Notons d'emblée que, si le requérant avait été une entreprise commerciale dont les bénéficiaires avaient été placés au sein de la banque en cause, les actes du liquidateur auraient non seulement pu être considérés comme portant atteinte à son droit de propriété, mais également à ses intérêts économiques, qui sont susceptibles de constituer des biens protégés par l'article 1^{er} du protocole additionnel à la CEDH⁽⁴⁴⁾. Ceci précisé, en l'espèce, la Cour EDH a indiqué que « [l']impossibilité de demander réparation au liquidateur ayant été brève dans sa durée – concomitante à celle de la procédure de liquidation – et le requérant n'ayant avancé aucun argument propre à expliquer en quoi cette durée aurait été excessive au vu des circonstances, la Cour considère que la restriction litigieuse n'a pas porté atteinte à la substance des droits résultant pour l'intéressé de l'article 1 du Protocole n° 1 et qu'elle relevait de la marge d'appréciation

42. Pour aller plus loin, voir not. L. SERMET, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, Strasbourg, 1998, Publication du Conseil de l'Europe, pp. 32 et s.

43. Cour EDH, 3 avril 2012, *Kotov*.

44. A titre d'illustration d'arrêts dans lesquels des intérêts économiques d'une entreprise – tels que l'octroi ou le retrait d'une licence d'exploitation – sont protégés par l'article 1^{er} du protocole additionnel à la CEDH, voir not. l'affaire *Centro Europa*, où la société requérante était dans l'impossibilité d'utiliser des radiofréquences d'émission durant presque dix ans, en dépit de la concession qu'elle s'était vue octroyée, du fait de diverses mesures législatives, administratives et judiciaires adoptées par l'Etat italien. La Cour EDH y a rappelé que « selon sa jurisprudence, le retrait d'une licence d'exploitation d'une activité commerciale s'analyse en une atteinte au droit au respect des biens tel que garanti par l'article 1 du Protocole n° 1 » (Cour EDH, 7 juin 2012, *Centro Europa*, § 177).

reconnue à l'État »⁽⁴⁵⁾. En d'autres termes, c'est après une appréciation des circonstances du cas d'espèce et, notamment, du caractère bref et limité de l'impossibilité pour le requérant de faire valoir judiciairement une violation de ses droits fondamentaux, que la CourEDH a estimé que la restriction en cause n'avait pas porté atteinte au contenu essentiel du droit fondamental de la propriété.

D. – LE DROIT FONDAMENTAL À UN PROCÈS ÉQUITABLE

1230. Présentons à présent la pratique de la CourEDH relative au droit fondamental à un procès équitable avec trois illustrations portant sur divers intérêts protégés par ce droit fondamental. Premièrement, dans l'arrêt *Kennedy c. Royaume-Uni*⁽⁴⁶⁾, le requérant suspectait l'interception de ses communications téléphoniques et a entamé une procédure devant l'autorité compétente en vue de recueillir des informations sur une telle interception. Dans le cadre de cette procédure, il a également exigé que des mesures procédurales précises soient adoptées, telles que la tenue d'une audience publique et la communication d'une décision définitive motivée, afin de garantir le respect de l'article 6 de la CEDH. Ladite autorité a cependant rejeté sa demande, sans préciser si des interceptions avaient eu lieu ou non.

1231. Estimant que les restrictions induites par une telle décision « ne sont pas proportionnées et qu'elles ont porté atteinte à la substance même de son droit à un procès équitable »⁽⁴⁷⁾, le requérant a déposé une requête auprès de la CourEDH. Cette cour, après avoir notamment rappelé que la tenue d'une audience publique n'est pas une obligation absolue et que l'étendue de la motivation des décisions nationales peut varier selon les circonstances de la cause, a conclu que lesdites restrictions « étaient à la fois nécessaires et proportionnées et qu'elles n'ont pas porté atteinte à la substance même des droits de l'intéressé au titre de l'article 6 »⁽⁴⁸⁾. Ainsi, l'examen du respect de la condition de justification qu'est le contenu essentiel du droit fondamental concerné s'est fait conjointement avec

45. CourEDH, 3 avril 2012, *Kotov*, § 132. Pour d'autres illustrations, voir p. ex. CourEDH, 13 décembre 2016, *Bélané Nagy*, § 118. Il convient cependant de garder à l'esprit que dans le contexte de l'article 1^{er} du protocole additionnel, la CourEDH use également de la notion d'*atteinte à la substance* pour déterminer l'existence d'une restriction dans un cas d'espèce, soit en amont de l'examen de la condition de justification qu'est le respect de la substance du droit de propriété (pour aller plus loin, voir L. SERMET, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, op. cit., pp. 28 et s.).

46. CourEDH, 18 mai 2010, *Kennedy*.

47. *Ibid.*, § 180.

48. *Ibid.*, § 190.

celui de la proportionnalité, bien que la Cour EDH n'ait pas approfondi son analyse de ladite condition.

1232. Eu égard au droit fondamental d'accès à un tribunal, la Cour EDH a notamment indiqué dans son arrêt *Henrioud c. France*⁽⁴⁹⁾ que l'irrecevabilité du pourvoi du requérant des suites d'une négligence incombant au procureur relevait d'un formalisme excessif. Elle a ainsi conclu qu'« en imposant au requérant une charge disproportionnée, la Cour de cassation a porté atteinte à la substance de son droit d'accès à un tribunal, et l'a privé d'un examen tenant au point de savoir si les éléments susceptibles de constituer une exception au retour immédiat des enfants tel que visés à l'article 13 a) de la Convention de La Haye étaient réunis »⁽⁵⁰⁾.

1233. Ainsi, dans cette affaire, et à l'instar de l'arrêt précédent, la proportionnalité de la restriction et l'existence d'une atteinte au contenu essentiel du droit fondamental d'accès à un tribunal ont été analysées concomitamment. Cependant, en l'espèce, le caractère disproportionné de la restriction a été jugé tel que celle-ci a également été considérée comme ayant porté atteinte au contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable. Plus précisément, notons que la Cour EDH est arrivée à ce constat en estimant que la charge imposée au requérant rendait impossible tout accès à un tribunal et, par conséquent, tout exercice effectif dudit droit, comme l'arrêt suivant le confirme.

1234. Enfin, mentionnons l'arrêt *Baka c. Hongrie*⁽⁵¹⁾, dans lequel le requérant, président de la Cour suprême de Hongrie, avait déclaré que certains projets de réformes constitutionnelles imposaient, selon lui, des exigences politiques au pouvoir judiciaire et visaient à évaluer les juges à l'aune de critères politiques. Bien que l'entrée en vigueur des dites modifications constitutionnelles ait eu pour effet de mettre prématurément fin au mandat de président du requérant, ce dernier n'a pas pu contester cette cessation de mandat du fait du rang constitutionnel du texte de loi en cause et, dès lors, s'est plaint devant la Cour EDH d'une violation de l'article 6 de la CEDH.

1235. Dans cette affaire, cette cour a relevé que l'exercice du droit fondamental d'accès à un tribunal peut être soumis à des restrictions, pour autant que celles-ci « ne réduisent l'accès de l'individu au juge d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance

49. Cour EDH, 5 novembre 2015, *Henrioud*.

50. *Ibid.*, § 73.

51. Cour EDH, 23 juin 2016, *Baka*.

même »⁽⁵²⁾. En l'espèce, la CourEDH a reconnu que « la cessation prématurée du mandat de président de la Cour suprême conféré au requérant n'a pas été examinée par un tribunal ordinaire ou par un autre organe exerçant des fonctions judiciaires, et elle ne pouvait pas l'être »⁽⁵³⁾. Par conséquent, elle a estimé que « l'État défendeur a porté atteinte à la substance même du droit pour le requérant d'accéder à un tribunal »⁽⁵⁴⁾. Ainsi, l'absence de possibilité effective d'accéder à un tribunal est considérée comme portant directement atteinte au contenu essentiel de ce droit fondamental.

1236. Au terme de cette brève présentation de la jurisprudence de la CourEDH, nous souhaitons formuler deux observations sur l'interprétation de la condition de justification qu'est le respect du contenu essentiel du droit fondamental en cause. Premièrement, cette présentation confirme notre constat effectué ci-dessus selon lequel l'approche de la CourEDH traduit majoritairement une méthodologie de type *relative*⁽⁵⁵⁾. En effet, l'examen des conditions de justification que sont le respect de la proportionnalité, d'une part, et le respect du contenu essentiel du droit fondamental concerné, d'autre part, est si intrinsèquement lié qu'il n'est pas toujours évident de savoir sur la base de laquelle de ces conditions la CourEDH conclut, le cas échéant, à la violation du droit fondamental invoqué.

1237. Par ailleurs, le fait que la CourEDH admette qu'une restriction puisse revêtir un caractère disproportionné d'une ampleur telle qu'elle porte également atteinte au contenu essentiel du droit fondamental concerné nous semble faire écho à la littérature juridique mentionnée ci-dessus qui distingue trois zones ou parties au sein d'un droit fondamental⁽⁵⁶⁾. En ce sens, la dispense de la CourEDH d'examiner, de façon approfondie, le respect de la condition du *contenu essentiel* du droit fondamental en cause lorsque le caractère disproportionné d'une restriction a d'emblée été constaté peut être perçue comme une reconnaissance implicite du fait que ladite restriction a porté atteinte aux trois zones ou parties du fondamental concerné.

1238. Deuxièmement, si cette cour apprécie l'existence d'une atteinte au contenu essentiel du droit fondamental en cause à la lumière des circonstances de chaque cas d'espèce, il n'en reste pas moins qu'elle n'explique pas ce qu'elle estime constituer ledit contenu. Certes, un début

52. *Ibid.*, § 120.

53. *Ibid.*, § 121.

54. *Ibid.*

55. En ce sens, G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », *op. cit.*, pp. 140-141.

56. Voir *supra*, § 1207.

de réponse peut être esquissé des arrêts tels que *Grönmark c. Finlande* et *Baka c. Hongrie*, où la Cour EDH a précisé qu'une mesure restrictive ayant pour effet de rendre impossible l'exercice effectif d'un droit fondamental porte atteinte au contenu essentiel de ce dernier.

1239. Toutefois, la question reste ouverte de savoir si la possibilité d'exercer effectivement le droit fondamental en cause *équivaut* au contenu essentiel dudit droit, ou si d'autres restrictions – proportionnées mais d'une ampleur moindre que celle visant l'impossibilité de l'exercice dudit droit – sont également susceptibles d'y porter atteinte. En d'autres termes, lorsqu'une mesure restrictive a pour effet de rendre impossible l'exercice d'un droit fondamental, le *contenu essentiel* dudit droit est considéré comme atteint et l'étendue de la protection qui lui est conféré est totale : la Cour EDH ne peut que constater la violation du droit fondamental en cause. Une incertitude règne toutefois sur l'étendue de la protection conférée par la Cour EDH au *contenu essentiel* des droits fondamentaux en présence d'une restriction ne consacrant toutefois pas une impossibilité d'exercer ledit droit.

1240. Précisons enfin que l'absence de motivation détaillée de la Cour EDH lors de l'interprétation de cette condition de justification a poussé certains auteurs à qualifier les atteintes au *contenu essentiel* « d'atteinte fourre-tout »⁽⁵⁷⁾ et, comme le soulève à juste titre Gerhard van der Schyff, il convient de s'interroger sur « *the worth of a discourse based on cores, as it fails to add a new dimension, but could actually confuse proportionality analysis were the debate not approached responsibly* »⁽⁵⁸⁾.

57. L. SERMET, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, *op. cit.*, p. 30.

58. G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 141.

CHAPITRE 3

LE CONTENU ESSENTIEL

DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE

1241. Arrivés au terme de cette présentation de la jurisprudence de la CourEDH, nous allons à présent mettre en exergue certaines caractéristiques de la méthode d'interprétation de la CJUE de la condition de justification qu'est le respect du *contenu essentiel* du droit fondamental en cause (Section 1), puis nous présentons l'interprétation proprement dite de cette condition par cette cour (Section 2).

SECTION 1. – LA MÉTHODE D'INTERPRÉTATION DE LA CJUE

1242. En ce qui concerne la diversité d'approches méthodologiques envisageables pour interpréter cette condition de justification, nous avons démontré ci-dessus que la CJUE suit une approche de type *subjective*⁽¹⁾. Par contre, eu égard à l'étendue de la protection du contenu essentiel du droit fondamental ainsi qu'au lien existant entre cette condition de justification et celle de la proportionnalité, nous argumentons que la CJUE oscille entre une approche *absolue* et *relative* en fonction, notamment, des droits fondamentaux concernés et, plus spécifiquement, de l'implication d'une liberté de circulation.

1243. En effet, à première vue, la CJUE semble principalement aborder l'interprétation de cette condition de justification selon une méthode de type *relative*, comme l'illustre notamment l'arrêt *Maximilian Schrems*. Dans cette affaire, l'intéressé a invoqué une restriction injustifiée à son droit fondamental à la protection de ses données personnelles du fait de

1. Voir *supra* Partie 3, titre 5, chap. 1, section 2.

la transmission desdites données vers les États-Unis lors de l'utilisation du réseau social Facebook. Il a estimé que cette transmission était contraire au droit de l'Union européenne, car le niveau de protection des données aux États-Unis n'était pas adéquat, compte tenu des excès de surveillance réalisés par la NSA et révélés par Edward Snowden.

1244. Dans son arrêt, la CJUE a examiné le caractère proportionné de la restriction et a conclu qu'une réglementation de l'Union européenne « qui autorise de manière généralisée la conservation de l'intégralité des données à caractère personnel de toutes les personnes dont les données ont été transférées depuis l'Union vers les États-Unis sans qu'aucune différenciation, limitation ou exception soit opérée en fonction de l'objectif poursuivi et sans que soit prévu un critère objectif permettant de délimiter l'accès des autorités publiques aux données et leur utilisation ultérieure à des fins précises »⁽²⁾ n'était pas limitée au strict *nécessaire*. Forte de cette conclusion, la CJUE a ajouté qu'une telle réglementation « 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 »⁽³⁾. Ce n'est ainsi qu'au terme de l'analyse de la condition de la proportionnalité de la mesure litigieuse que la CJUE a été en mesure de se prononcer sur le respect du contenu essentiel du droit fondamental concerné.

1245. Une telle démarche se distingue cependant d'autres arrêts, tels que *Zoran Spasic*⁽⁴⁾, où la CJUE s'est d'abord prononcée sur le point de savoir si la mesure litigieuse respectait le contenu essentiel du droit fondamental à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction avant de se préoccuper de savoir « si la restriction qu'emporte la condition d'exécution visée à l'article 54 de la CAAS revêt un caractère proportionnel »⁽⁵⁾, semblant dès lors considérer l'examen de ces deux conditions de justification de façon totalement autonome. Nous notons toutefois que de tels arrêts demeurent relativement rares et que s'ils ne peuvent constituer, à notre sens, une démonstration suffisante d'une approche généralisée de type *absolue*, ils soulignent néanmoins une certaine ambiguïté au sein dans la jurisprudence de la CJUE⁽⁶⁾.

2. CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*, pt 93.

3. *Ibid.*, pt 94.

4. CJUE, 27 mai 2014, *Zoran Spasic*.

5. *Ibid.*, pt 60.

6. Pour une autre illustration d'une telle approche, voir not. CJUE, 5 juillet 2017, *Werner Fries*, pts 38 et s.

1246. S'agissant à présent des restrictions à un droit fondamental impliquant également une liberté de circulation, illustrons notre propos avec l'affaire *Berlington*⁽⁷⁾. Dans cet arrêt, la CJUE a dû examiner la compatibilité avec le droit de l'Union européenne de la législation hongroise des jeux de hasard qui a interdit, d'un jour à l'autre, l'exploitation des machines à sous en dehors des casinos et ce sans prévoir de période transitoire ou d'indemnisation pour les exploitants. Cette cour a relevé qu'une telle législation nationale constituait « une restriction à la libre prestation des services garantie par l'article 56 TFUE »⁽⁸⁾, d'une part, et qu'elle « est également susceptible de restreindre le droit de propriété consacré à l'article 17 de la Charte »⁽⁹⁾, d'autre part. Nous notons ainsi d'emblée que cette cour a traité la restriction au droit fondamental à la liberté de circulation sur la base des dispositions du traité, et non de l'article 45 de la Charte.

1247. Ainsi, se prononçant en premier lieu sur la justification de la restriction au droit fondamental à la libre prestation des services, la CJUE a estimé que la protection des consommateurs et la prévention de la criminalité et de la fraude liées au jeu constituaient des *raisons impérieuses d'intérêt général* susceptibles de justifier des restrictions aux activités de jeux de hasard. Cette cour a ensuite énuméré, s'agissant de la *proportionnalité*, certains facteurs à prendre en compte dans l'examen de cette condition – notamment la présence avérée d'activités criminelles et frauduleuses liées aux jeux en Hongrie au moment des faits – et a invité la juridiction de renvoi à vérifier « si ces conditions se trouvent réunies et, le cas échéant, si la politique d'expansion en cause n'a pas une ampleur susceptible de la rendre inconciliable avec l'objectif de réfréner la dépendance au jeu »⁽¹⁰⁾.

1248. S'agissant, en second lieu, de l'examen de la justification de la restriction au droit fondamental de propriété de l'intéressé, la CJUE a estimé, en une phrase, qu'« en l'occurrence, l'examen, effectué aux points 56 à 73 du présent arrêt, de la restriction représentée par des législations telles que celles en cause au principal au titre de l'article 56 TFUE couvre également les éventuelles restrictions de l'exercice du droit de propriété garanti par l'article 17 de la Charte de sorte qu'un examen séparé à ce titre n'est pas nécessaire »⁽¹¹⁾. Par conséquent et bien que cette cour ait mentionné l'article 52, § 1, de la Charte, elle n'a pas procédé à une appréciation des

7. CJUE, 11 juin 2015, *Berlington*.

8. *Ibid.*, pt 52.

9. *Ibid.*, pt 90.

10. *Ibid.*, pt 72.

11. *Ibid.*, pt 91.

conditions de justification y figurant et a préféré s'approprier les conclusions du test de justification des restrictions propre au traité⁽¹²⁾.

1249. À notre sens, si une telle pratique visant à renvoyer, lors de l'examen des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte, aux conclusions formulées au terme de l'examen des justifications des restrictions aux libertés de circulation énoncées dans le traité peut se concevoir, elle n'en reste pas moins problématique. En effet, en ce qui concerne les trois premières conditions de justification, ayant été analysées dans les trois titres précédents de la présente étude, un tel renvoi pourrait être admissible dans la mesure où lesdites conditions existent, *mutatis mutandis*, également dans les traités. Par ailleurs, l'article 52, § 2, de la Charte rappelle que lorsque des droits fondamentaux de la Charte figurent également dans les traités, leurs exercices et *leurs limites* s'exercent dans les conditions figurant dans les traités.

1250. Cependant, un tel renvoi nous paraît inopportun s'agissant de la condition de justification qu'est le respect du *contenu essentiel* du droit fondamental en cause. En effet, cette dernière condition étant d'origine prétorienne et s'étant développée dans le contexte spécifique des droits fondamentaux, elle n'est pas propre aux libertés de circulation figurant dans le traité et il n'existe aucune garantie que la CJUE l'analyse dans ce contexte⁽¹³⁾. Autrement dit, s'approprier les conclusions adoptées dans le cadre de l'examen des justifications des restrictions aux libertés de circulation énoncées dans le traité risque de conduire à l'omission pure et simple de l'examen de la condition du respect du *contenu essentiel* dans le contexte de l'examen des justifications des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte.

1251. Par ailleurs, si une telle pratique est difficilement conciliable avec les exigences de l'article 52, § 1, de la Charte et celles découlant du principe de cohérence avec la jurisprudence de la CourEDH, visé à l'article 52, § 3, de la Charte et énoncé dans les explications y relatives, elle renforce également l'ambiguïté portant sur l'étendue de la protection à conférer au *contenu essentiel* du droit fondamental en cause. En effet, si une violation du droit fondamental à la liberté de circulation était invoquée sur la base de l'article 45 de la Charte, la CJUE serait amenée à se prononcer sur le

12. Pour une autre illustration, voir not. CJUE, 30 avril 2014, *Robert Pflieger*, pts 57-60.

13. Voir l'ouvrage d'A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, op. cit., qui analyse en détail la jurisprudence de la CJUE relative au test de justification des restrictions aux libertés de circulation figurant dans le traité, et notamment les liens entre la proportionnalité et « contenu essentiel » desdites libertés.

respect de cette condition de justification et, par conséquent, à indiquer si la mesure restrictive en cause porte atteinte ou non au contenu essentiel dudit droit ainsi que l'étendue de la protection qui lui est conférée. Or, en s'en remettant aux considérations développées dans le cadre du test de justification découlant du traité, elle maintient à cet égard une incertitude dans sa jurisprudence qui est également susceptible de nuire à la transparence et à la prévisibilité exigées par le principe de cohérence.

SECTION 2. – L'INTERPRÉTATION DU CONTENU ESSENTIEL

1252. En ce qui concerne l'interprétation de cette condition de justification par la CJUE, rappelons que bien avant la proclamation de la force contraignante de la Charte, la CJUE et certains avocats généraux s'étaient déjà référés à diverses reprises à la notion de *contenu essentiel* des droits fondamentaux⁽¹⁴⁾, sans toutefois se prononcer explicitement sur son acception. Depuis, cette cour a eu diverses opportunités de préciser sa jurisprudence, qu'elle n'a cependant pas su – ou voulu – saisir, comme l'illustrent les arrêts ci-dessous rendus dans des affaires concernant des droits fondamentaux de la Charte jugés *correspondant* à des droits fondamentaux de la CEDH.

A. – LE DROIT FONDAMENTAL À LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE

1253. En ce qui concerne le droit fondamental à la vie privée et familiale, revenons sur quatre arrêts illustrant la pratique de la CJUE. Premièrement, dans son arrêt *Volker et Markus Schecke*⁽¹⁵⁾, cette cour a conclu au caractère disproportionné de la restriction au droit fondamental à la vie privée des intéressés, pour autant que les données publiées les concernaient en tant que personnes physiques. Plus précisément, elle a estimé que la publication de leurs noms ainsi que des montants dont ils avaient bénéficié au titre d'aides du FEAGA et du Feader constituaient des violations auxdits droits, car des mesures portant des atteintes moins importantes tout en réalisant les objectifs d'intérêt général poursuivis étaient envisageables. Fort de ce

14. Voir *inter alia* CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer*, pt 23 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Di Lenardo*, pts 82 et s. ; CJCE, 5 octobre 1994, *Allemagne c. Conseil*, pt 81 ; CJCE, 10 juillet 2003, *Booker Aquacultur*, pts 68 et s. ; CJCE, 27 septembre 2001, *Kondova*, pt 89 ; CJCE, 25 juillet 2002, *Mrax*, pt 78 ; CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*, pt 80. Voir ég. les conclusions de Av. gén. GELHOED, 11 novembre 2004, *Dany Bidar*, pt 32 ; Av. gén. MENGOZZI, 23 mai 2007, *Laval un Partneri*, pt 81 ; Av. gén. TRSTENJAK, 6 septembre 2011, *Martin Luksan*, pt 133 ; Av. gén. TRSTENJAK, 22 septembre 2011, *N. S.*, pt 161.

15. CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*.

constat, la CJUE s'est abstenue d'examiner la condition de justification qu'est le *contenu essentiel* et a directement invalidé la disposition litigieuse.

1254. Il est cependant intéressant de noter que la CJUE est parvenue à une conclusion contraire en ce qui concerne la publication de données relatives à des personnes morales, cette cour ayant estimé que, dans leurs cas, l'obligation de publication respectait la condition de la proportionnalité. Cette cour n'a cependant pas poursuivi son analyse afin d'évaluer le respect de la condition du *contenu essentiel*. Autrement dit, l'intérêt d'une telle analyse semble être directement lié aux observations relatives à la condition de justification qu'est la proportionnalité.

1255. Deuxièmement, rappelons l'arrêt *Michael Schwarz c. Stadt Bochum*, relatif au refus des autorités allemandes de délivrer un passeport à un ressortissant allemand sans que ses empreintes digitales ne soient concomitamment relevées aux fins d'être stockées sur ledit passeport. Dans cette affaire, après s'être prononcée sur l'existence d'une base légale et d'un objectif d'intérêt général reconnu par l'UE, la CJUE a examiné si la restriction en cause portait atteinte au *contenu essentiel* des droits fondamentaux protégés par les articles 7 et 8 de la Charte. Sur ce point, elle a conclu qu'« il ne ressort pas des éléments dont dispose la Cour et il n'a pas d'ailleurs été allégué que les limitations en l'espèce apportées à l'exercice des droits reconnus par les articles 7 et 8 de la Charte ne respecteraient pas le contenu essentiel de ces droits »⁽¹⁶⁾. Ainsi, en l'espèce et contrairement à l'arrêt précédent, cette cour paraît avoir procédé à un examen du respect de cette condition de justification préalablement et indépendamment de celui de la proportionnalité, bien que ledit examen ait été bref et ne nous renseigne ni sur l'acception du *contenu essentiel* ni sur l'étendue de la protection qui est lui conférée.

1256. Troisièmement, dans l'arrêt *Digital Rights Ireland Ltd*⁽¹⁷⁾, la CJUE a examiné, avant toute analyse des autres conditions de justification, si le stockage d'une masse de données à l'égard d'un nombre illimité de personnes et pour une longue durée – tel que prévu par la directive 2006/24/CE – respectait le *contenu essentiel* du droit fondamental à la vie privée et familiale garanti à l'article 7 de la Charte, d'une part, et celui du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel, mentionné à l'article 8 de la Charte, d'autre part.

1257. Eu égard à ce premier droit fondamental, elle a précisé que « même si la conservation des données imposée par la directive 2006/24

16. CJUE, 17 octobre 2013, *Michael Schwarz*, pt 39.

17. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*.

constitue une ingérence particulièrement grave dans ces droits, elle n'est pas de nature à porter atteinte audit contenu étant donné que, ainsi qu'il découle de son article 1^{er}, paragraphe 2, cette directive ne permet pas de prendre connaissance du contenu des communications électroniques en tant que tel »⁽¹⁸⁾.

1258. S'agissant du second droit fondamental en cause, la CJUE a indiqué que la conservation des données « n'est pas non plus de nature à porter atteinte au contenu essentiel du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel, consacré à l'article 8 de la Charte »⁽¹⁹⁾. À l'appui de ce constat, cette cour a estimé que le fait que la directive litigieuse contienne une disposition selon laquelle « certains principes de protection et de sécurité des données doivent être respectés par les fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, principes selon lesquels les États membres veillent à l'adoption de mesures techniques et organisationnelles appropriées contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte ou l'altération accidentelle des données »⁽²⁰⁾ étaient suffisantes.

1259. Autrement dit, dans cet arrêt, la CJUE n'a pas examiné le respect du *contenu essentiel* des droits fondamentaux invoqués en termes de possibilité effective, de la part des titulaires desdits droits, d'empêcher la conservation de leurs données personnelles, comme l'aurait probablement fait la CourEDH. La CJUE s'est en effet intéressée au cadre dans lequel ladite conservation était effectuée et s'est satisfaite de l'existence de certaines limites à ladite conservation pour juger que le *contenu essentiel* des droits fondamentaux en cause était garanti⁽²¹⁾.

1260. Dernièrement, revenons brièvement sur l'arrêt *J. McB.*, relatif au déplacement d'enfants d'un État membre à un autre par leur mère à l'insu de leur père naturel. Dans cette affaire, la CJUE a indiqué que « le fait que le père naturel ne soit pas, à la différence de la mère, automatiquement détenteur d'un droit de garde de son enfant au sens de l'article 2 du règlement n° 2201/2003 n'affecte pas le contenu essentiel de son droit à la vie privée et familiale »⁽²²⁾. Ceci vaut pour autant, toutefois, que le père ait « le droit de s'adresser à la juridiction nationale compétente, avant le déplacement, afin de demander qu'un droit de garde de son enfant lui soit conféré, ce qui constitue l'essence même du droit d'un père naturel à une

18. *Ibid.*, pt 39. Voir ég. CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, not. pt 101.

19. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, pt 40.

20. *Ibid.*

21. Pour une autre illustration, voir CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*.

22. CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB.*, pt 57.

vie privée et familiale dans un tel contexte »⁽²³⁾. Autrement dit, en l'espèce, la sauvegarde de la possibilité pour le père d'agir en justice pour requérir un droit de garde et, donc, de la possibilité d'exercer effectivement son droit fondamental à la vie privée et familiale, respecte le contenu essentiel dudit droit, faisant ainsi écho à la jurisprudence de la CourEDH présentée ci-dessus.

1261. En effet, rappelons que dans cette affaire, la CJUE s'est référée à l'arrêt de la CourEDH rendu dans l'affaire *Zaunegger c. Allemagne*, dans lequel la CourEDH a précisé que l'impossibilité, pour les juridictions nationales, de modifier l'attribution de l'autorité parentale lorsque les parents n'ont pas été mariés préalablement à leur séparation constitue une restriction disproportionnée au droit fondamental à la vie privée et familiale. Or, la CourEDH est arrivée à cette conclusion au terme de son examen de la proportionnalité de la restriction et ne s'est pas expressément prononcée sur l'existence d'une atteinte au contenu essentiel du droit fondamental en cause. Ainsi, à notre sens, bien que la CJUE examine parfois la condition de justification qu'est le respect du *contenu essentiel* préalablement aux autres conditions de justification, comme dans les arrêts *Michael Schwarz* ou *Digital Rights Ireland Ltd*, de telles références aux considérations développées par la CourEDH dans le cadre de l'examen de la *proportionnalité* d'une mesure restrictive dénotent clairement que ces deux conditions sont intrinsèquement liées.

B. – LE DROIT FONDAMENTAL À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

1262. Eu égard à présent au droit fondamental à la liberté d'expression, garanti à l'article 11 de la Charte, revenons brièvement sur deux arrêts de la CJUE, dont l'arrêt *Neptune Distribution*⁽²⁴⁾. Cette affaire concerne l'injonction prévue par le droit de l'Union européenne de supprimer de l'étiquetage des bouteilles d'eaux minérales la mention selon laquelle lesdites bouteilles ont une faible teneur en sel par litre, car toute mention susceptible d'induire le consommateur en erreur quant à la teneur totale en sodium des eaux en question est interdite. Sitôt après avoir reconnue l'existence d'une base légale, la CJUE a examiné si la restriction au droit fondamental à la liberté d'expression et d'information de la société en cause – qui assurait la vente desdites bouteilles – respectait néanmoins le *contenu essentiel* dudit droit.

23. *Ibid.*, pt 55.

24. CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*.

1263. À ce propos, la CJUE a déclaré que « le contenu essentiel de la liberté d'expression et d'information de l'entrepreneur n'est pas affecté par lesdites dispositions dans la mesure où celles-ci se limitent à soumettre l'information pouvant être communiquée au consommateur en ce qui concerne la teneur en sodium ou en sel des eaux minérales naturelles à certaines conditions »⁽²⁵⁾. Elle a également examiné le respect de la condition de justification qu'est le contenu essentiel à l'égard du droit fondamental à la liberté d'entreprise et en a conclu que, « loin de prohiber la production et la commercialisation des eaux minérales naturelles, la réglementation en cause au principal se borne, dans un domaine bien délimité, à encadrer l'étiquetage et la publicité y afférents »⁽²⁶⁾.

1264. Une seconde illustration de la pratique de la CJUE découle de l'affaire *Philip Morris*⁽²⁷⁾, où la CJUE a dû analyser si l'interdiction d'apposer certaines informations – pourtant matériellement exactes – sur l'étiquette des produits du tabac portait atteinte au contenu essentiel du droit fondamental à la liberté d'expression et d'information. Après s'être prononcée sur l'existence d'une base légale, cette cour a estimé que « le contenu essentiel de la liberté d'expression et d'information de l'entrepreneur n'est pas affecté par cet article 13, paragraphe 1, dans la mesure où cette disposition, loin de prohiber la communication de toute information sur le produit, se borne, dans un domaine bien délimité, à encadrer l'étiquetage de ces produits en n'interdisant que l'apposition de certains éléments et dispositifs »⁽²⁸⁾.

1265. À notre sens, ces deux arrêts permettent de formuler deux observations. D'une part, nous relevons que la CJUE se prononce sur cette condition de justification sans spécifier expressément ce qui constitue le contenu essentiel du droit fondamental à la liberté d'expression et d'information. En effet, si cette cour admet que l'existence d'une possibilité effective d'exercer ledit droit fondamental respecte les exigences de cette condition, elle ne spécifie pas si cela *équivalait* au contenu essentiel ni quelle est l'étendue de la protection conférée à ce dernier.

1266. D'autre part, précisons que la CJUE s'est référée dans ce dernier arrêt aux décisions rendues dans les affaires *Deutsches Weintor* et *Neptune Distribution*, dans lesquelles elle a tenu des propos similaires alors qu'elle analysait notamment le respect de la condition de justification qu'est le contenu essentiel dans le cadre d'une restriction à un *autre* droit

25. *Ibid.*, pt 70.

26. *Ibid.*, pt 71.

27. CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris*.

28. *Ibid.*, pt 151.

fondamental, à savoir le droit fondamental à la liberté d'entreprise. Ainsi, à notre sens, cette cour confirme que son interprétation de cette condition de justification énoncée à l'article 52, § 1, de la Charte s'applique de façon horizontale à tous les droits fondamentaux de la Charte faisant l'objet de restrictions susceptibles d'être justifiées.

C. – LE DROIT FONDAMENTAL À LA LIBERTÉ D'ENTREPRISE

1267. Dans le dernier arrêt présenté ci-dessus, la CJUE s'est référée à son arrêt rendu dans l'affaire *Deutsches Weintor*⁽²⁹⁾, sur lequel nous revenons à présent, en plus de trois autres illustrations. Cette affaire concerne une législation de l'Union européenne interdisant toute allégation, sur les bouteilles de vin, selon laquelle celles-ci ont une acidité légère. En l'espèce, la CJUE a considéré que comme « la réglementation litigieuse se borne, dans un domaine bien délimité, à encadrer l'étiquetage et la publicité y afférents »⁽³⁰⁾ et est ainsi loin de prohiber la production et la commercialisation des boissons alcooliques, elle « n'affecte nullement la substance même de la liberté professionnelle et de la liberté d'entreprise »⁽³¹⁾. Autrement dit, pour autant qu'il existe une possibilité, aussi strictement limitée soit-elle, d'exercer effectivement son droit fondamental à la liberté d'expression, la CJUE ne semble pas estimer que le contenu essentiel de ce droit soit affecté.

1268. Trois autres arrêts permettent de confirmer l'approche de la CJUE, à commencer par l'arrêt *Sky Österreich*⁽³²⁾. Dans cette affaire, cette cour a examiné en premier lieu la condition de justification du contenu essentiel et a indiqué qu'« [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. En outre, elle n'exclut pas que ce titulaire puisse exploiter son droit en effectuant lui-même, à titre onéreux, la retransmission de l'événement en cause ou encore en cédant

29. CJUE, 6 décembre 2012, *Deutsches Weintor*.

30. *Ibid.*, pt 57.

31. *Ibid.*, pt 58.

32. CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*. Voir ég. CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, pt 88, où la CJUE a précisé qu'une réglementation nationale imposant que les projets de licenciement collectif doivent être notifiés à une autorité nationale pouvant, le cas échéant, s'opposer auxdits projets n'a « aucune conséquence d'exclusion, de par sa nature même, toute possibilité pour les entreprises de procéder à des licenciements collectifs, dès lors qu'il vise uniquement à encadrer une telle possibilité. Partant, il ne saurait être considéré qu'un tel régime affecte le contenu essentiel de la liberté d'entreprise ».

ce droit par voie contractuelle, à titre onéreux, à un autre organisme de radiodiffusion télévisuelle ou à tout autre opérateur économique »⁽³³⁾.

1269. Deuxièmement, dans l'affaire *Romonta*⁽³⁴⁾, la Commission européenne avait refusé à une entreprise allemande l'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre à titre gratuit, conformément à la législation de l'UE. Estimant cependant que sa survie dépendait de cette allocation, ladite entreprise a contesté cette décision qui, selon elle, ne prenait pas en compte les difficultés excessives qu'elle rencontrait et violait notamment son droit fondamental à la liberté d'entreprise et à la propriété. Avant d'examiner la proportionnalité de la mesure restrictive, la CJUE a indiqué que l'absence de clause relative aux cas présentant des difficultés excessives dans la décision litigieuse « n'affecte le contenu essentiel ni des libertés professionnelle et d'entreprise ni du droit de propriété. En effet, l'absence d'une telle clause n'empêche pas l'exercice d'une activité professionnelle et entrepreneuriale en tant que telle par les exploitants d'installations soumis au système d'échange de quotas d'émission ni ne prive ces derniers de leur propriété »⁽³⁵⁾.

1270. Enfin, l'affaire *Pillbox*⁽³⁶⁾ constitue une troisième illustration de la pratique de la CJUE et concerne la validité de l'article 20 de la directive 2014/40⁽³⁷⁾, qui interdisait les communications commerciales visant à promouvoir les cigarettes électroniques au regard du droit fondamental à la liberté d'entreprise. Dans cet arrêt, la CJUE a conclu que ladite disposition « n'affecte pas le contenu essentiel de la liberté d'entreprise. En effet, ni cette disposition de la directive ni d'ailleurs aucune autre de celle-ci n'empêche les opérateurs économiques de fabriquer et de commercialiser les cigarettes électroniques et les flacons de recharge dans le respect des conditions prévues à cet égard par la directive »⁽³⁸⁾.

1271. À notre sens, ces illustrations confirment que, d'une part, la CJUE effectue parfois un examen du respect du *contenu essentiel* du droit fondamental à la liberté d'entreprise indépendamment et préalablement de celui des autres conditions de justification et, d'autre part, que dans de telles situations, cette cour se satisfait de l'existence d'une possibilité effective

33. *Ibid.*, pt 49.

34. Trib., 26 septembre 2014, *Romonta*.

35. *Ibid.*, pt 61. Voir ég. Tribunal, 18 septembre 2014, *Holcim*, pt 169.

36. CJUE, 4 mai 2016, *Pillbox 38 (UK) Ltd*.

37. Directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil, du 3 avril 2014, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE, JO L 127, p. 1.

38. CJUE, 4 mai 2016, *Pillbox 38 (UK) Ltd*, pt 161.

d'exercer ledit droit fondamental pour conclure à l'absence d'atteinte à son contenu essentiel.

D. – LE DROIT FONDAMENTAL DE PROPRIÉTÉ

1272. Eu égard au droit fondamental de propriété, revenons brièvement sur trois affaires de la CJUE, dont l'affaire *Adib Mayaleh c. Conseil de l'Union européenne*⁽³⁹⁾. Ladite affaire concerne un ressortissant syrien naturalisé français et gouverneur de la Banque centrale de Syrie, qui a vu son nom inscrit sur les annexes de la législation européenne prévoyant notamment le gel des fonds des personnes y figurant au motif qu'elles soutenaient financièrement le régime syrien.

1273. Dans son arrêt, la CJUE a estimé que les trois conditions de justification examinées dans les titres précédents étaient remplies, mais elle ne s'est pas spécifiquement prononcée sur le respect du contenu essentiel du droit fondamental de propriété, garanti par l'article 17 de la Charte. Néanmoins, en amont de son examen des dites conditions, elle a observé que « des mesures de gel des fonds, des avoirs financiers et d'autres ressources économiques des personnes identifiées comme soutenant le régime syrien imposés par les actes attaqués ont une nature conservatoire et ne sont pas censées priver les personnes concernées de leur propriété »⁽⁴⁰⁾.

1274. Bien que ce premier arrêt se contente de rappeler qu'une mesure de gel de fonds n'a pas pour conséquence de porter atteinte au *contenu essentiel* du droit fondamental de propriété, il diffère sensiblement de l'arrêt *Johannes Tomana*⁽⁴¹⁾. En effet, ce dernier concernait des restrictions au droit fondamental de propriété des personnes ayant nui à la démocratie et aux droits fondamentaux au Zimbabwe et s'inscrit dans un cadre similaire aux restrictions relevées dans l'arrêt précédent. Or, dans l'arrêt *Johannes Tomana*, la CJUE a examiné le respect des trois précédentes conditions de justification énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte et, les ayant toutes estimées remplies, elle a indiqué qu'« [i]l y a lieu de noter encore que les mesures restrictives litigieuses présentent, par nature, un caractère temporaire et réversible et ne portent, dès lors, pas atteinte au « contenu essentiel » des droits fondamentaux invoqués par les requérants »⁽⁴²⁾.

39. Trib., 5 novembre 2014, *Adib Mayaleh*.

40. *Ibid.*, pt 175.

41. Trib., 22 avril 2015, *Johannes Tomana*.

42. *Ibid.*, pt 300.

1275. La CJUE a en outre précisé qu'« [i]l en est d'autant plus ainsi que tous les requérants sont des personnes physiques ou morales établies au Zimbabwe et non à l'intérieur de l'Union, ce qui fait que les inconvénients résultant desdites mesures, quoiqu'incontestablement importants, ne sont pas aussi contraignants que dans le cas de personnes physiques ou morales établies à l'intérieur de l'Union »⁽⁴³⁾. Ainsi, contrairement à l'approche minimale adoptée dans l'arrêt *Adib Mayaleh c. Conseil de l'Union européenne*, la CJUE a pris en compte l'intensité des inconvénients découlant de la mesure restrictive en cause pour évaluer si cette dernière portait atteinte au contenu essentiel du droit fondamental de propriété. Cet arrêt se distingue ainsi des arrêts précédemment présentés en ce que, d'une part, la CJUE y a examiné la condition de justification du respect du contenu essentiel *après* s'être prononcée sur les autres conditions de justification et, d'autre part, elle ne s'est pas contentée d'examiner l'existence d'une possibilité effective d'exercer le droit fondamental de propriété mais s'est réellement attardée sur la nature et l'intensité des conséquences de ladite mesure.

1276. Enfin, dans l'arrêt *Pillbox* déjà mentionné ci-dessus⁽⁴⁴⁾ et rendu ultérieurement à l'arrêt *Johannes Tomana*, la CJUE a dû examiner le respect du contenu essentiel du droit fondamental de propriété du fait de l'interdiction des communications commerciales visant à promouvoir les cigarettes électroniques. Dans cette affaire, cette cour semble être retournée à sa pratique initiale lorsqu'elle a précisé que « [d]ans la mesure où Pillbox invoque une ingérence dans l'exploitation de sa propriété commerciale, y compris de sa marque, il suffit de constater, d'une part, que l'article 20 de la directive 2014/40 n'entrave aucunement la jouissance de sa propriété intellectuelle dans le cadre de la commercialisation de ses produits, de sorte que le contenu essentiel de son droit de propriété demeure, en substance, intact »⁽⁴⁵⁾.

43. *Ibid.* Voir ég. Trib., 27 février 2014, *Abdelaziz Ezz*, concernant des restrictions similaires à l'égard des personnes compromettant l'évolution démocratique en Egypte et où la CJUE estima que la caractère temporaire et réversible des mesures litigieuses « ne portent, dès lors, pas atteinte au « contenu essentiel », d'autant plus qu'« il peut, en particulier, y être dérogé afin de couvrir les « besoins fondamentaux », les frais de justice ou bien encore les « dépenses extraordinaires » des personnes visées » (pt 209).

44. CJUE, 4 mai 2016, *Pillbox 38 (UK) Ltd.*

45. CJUE, 4 mai 2016, *Pillbox 38 (UK) Ltd.*, pt 164. Cette approche se voit notamment confirmée par l'arrêt CJUE, 13 juin 2017, *Eugenia Florescu*, pt 55.

E. – LE DROIT FONDAMENTAL À UN RECOURS EFFECTIF

1277. Nous souhaitons revenir brièvement sur quatre affaires relatives au droit fondamental à un recours effectif garanti à l'article 47 de la Charte. Dans l'affaire *SC Star Storage SA*⁽⁴⁶⁾, tout d'abord, la CJUE a examiné si la législation roumaine exigeant des candidats à un marché public s'estimant lésés par une décision des pouvoirs adjudicateurs de constituer une garantie financière pour pouvoir déposer un recours constituait une restriction justifiée au droit fondamental à un recours effectif. Cette cour s'est prononcée sur le respect de la condition de justification qu'est le respect du contenu essentiel avant celle de la proportionnalité et a estimé, à cet égard, que « la circonstance que la garantie de bonne conduite puisse atteindre le montant substantiel de 25 000 euros ou de 100 000 euros ne saurait conduire à la conclusion que l'obligation de constituer une telle garantie porte atteinte au contenu essentiel du droit à un recours effectif, dès lors que, en tout état de cause, cette garantie ne peut être retenue par le pouvoir adjudicateur, quelle que puisse être l'issue du recours »⁽⁴⁷⁾.

1278. Au titre de seconde illustration, attardons-nous sur l'arrêt *Coty Germany GmbH*⁽⁴⁸⁾, où la CJUE a examiné si la législation allemande consacrant le secret bancaire pouvait valablement être opposée à l'article 8, § 1, let. c, de la directive 2004/48⁽⁴⁹⁾ – qui permet de divulguer des données personnelles en cas d'atteinte au droit de propriété intellectuelle – et, dès lors, si ladite législation pouvait constituer une restriction justifiée au droit fondamental à un recours effectif. En l'espèce, une société ayant acquis un parfum sur un site d'enchère s'est aperçue qu'il s'agissait d'une contrefaçon et a demandé à l'établissement bancaire via lequel elle a payé le prix de vente de lui communiquer les données du titulaire du compte bancaire en question.

1279. Dans cette affaire, la CJUE a relevé que la société lésée sollicitait la communication desdites données afin de pouvoir exercer son droit fondamental à un recours effectif garanti à l'article 47 de la Charte et, de la sorte, assurer l'exercice effectif de son droit fondamental de propriété, garanti à l'article 17 de la Charte. Autrement dit, comme l'a relevé l'Avocat général Pedro Cruz Villalón, le premier de ces droits fondamentaux

46. CJUE, 15 septembre 2016, *SC Star Storage*.

47. *Ibid.*, pt 50.

48. CJUE, 16 juillet 2015, *Coty Germany*.

49. Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *JO L 157*, p. 45, et rectificatif *JO L 195*, p. 16.

constitue un instrument nécessaire pour protéger le second⁽⁵⁰⁾. En ce sens, cette cour a dû analyser les « exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux, à savoir, d'une part, le droit à un recours effectif et le droit de propriété intellectuelle ainsi que, d'autre part, le droit à la protection des données personnelles »⁽⁵¹⁾.

1280. Après avoir rappelé la teneur de l'article 52, § 1, de la Charte, la CJUE a constaté que la législation allemande permettait d'opposer le secret bancaire de manière illimitée et inconditionnelle et, par conséquent, « est susceptible de faire échec au droit à l'information reconnu à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2004/48 et, est dès lors, [...], de nature à ne pas respecter le droit fondamental à un recours effectif et le droit fondamental de propriété intellectuelle »⁽⁵²⁾. Bien qu'elle ne formule pas expressément ses observations en termes d'atteinte au contenu essentiel des droits fondamentaux en cause, la CJUE nous semble sans aucun doute faire écho aux conclusions de l'Avocat général, qui énonçaient qu'« [e]n tout état de cause, il est évident que le contenu essentiel ne serait pas respecté si le droit national avait pour conséquence de faire échec au droit des éventuels titulaires des droits de propriété intellectuelle à obtenir la protection des tribunaux »⁽⁵³⁾.

1281. Troisièmement, examinons l'affaire *Peter Puškár*⁽⁵⁴⁾ dans laquelle le nom de l'intéressé figurait sur une liste confidentielle de personnes considérées par les autorités fiscales slovaques comme étant des prête-noms pour occuper des fonctions de direction. Ce dernier ayant eu connaissance de ladite liste et du fait que son nom y figurait, il en a requis la suppression par le biais d'une procédure juridictionnelle, sans toutefois épuiser les voies de recours administratives existantes, conformément aux exigences du droit procédural slovaque. La CJUE a ainsi été interrogée sur la compatibilité de ces exigences procédurales avec le droit fondamental à un recours effectif, garanti à l'article 47 de la Charte et s'est prononcée sur la condition de justification que constitue le respect du contenu essentiel juste après celle de la base légale suffisante.

1282. Sur le point de savoir si la restriction au droit fondamental à un recours effectif induite par les exigences procédurales slovaques respectait le contenu essentiel dudit droit, la CJUE a répondu par l'affirmative en estimant que « ladite obligation ne remet pas en cause ce droit en tant que

50. Av. gén. P. CRUZ VILLALÓN, 16 avril 2015, *Coty Germany*, pt 31.

51. CJUE, 16 juillet 2015, *Coty Germany*, pt 33.

52. *Ibid.*, pt 38.

53. Av. gén. P. CRUZ VILLALÓN, 16 avril 2015, *Coty Germany*, pt 39.

54. CJUE, 27 septembre 2017, *Peter Puškár*.

tel. Seule une étape procédurale supplémentaire est imposée afin d'exercer celui-ci »⁽⁵⁵⁾.

1283. Cependant, en ce qui concerne la restriction audit droit du fait du rejet de la liste en tant que moyen de preuve dans la mesure où elle n'avait pas été obtenue avec le consentement de l'autorité compétente, la CJUE ne s'est pas prononcée et a préféré enjoindre à la juridiction de renvoi d'« examiner si un tel rejet porte atteinte au contenu essentiel du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective, tel que consacré à l'article 47 de la Charte. Dans ce contexte, il conviendra notamment de vérifier si l'existence de la liste litigieuse et le fait qu'elle contient des données à caractère personnel de M. Puškár sont contestés dans le cadre du litige au principal et, le cas échéant, si ce dernier dispose d'autres moyens de preuves à cet égard »⁽⁵⁶⁾.

1284. Dernièrement, la pratique de la CJUE s'illustre également dans l'affaire *Liivimaa*⁽⁵⁷⁾, où la CJUE a estimé que l'absence de recours contre une décision de rejet d'une demande de subvention « ne respecte pas le principe de protection juridictionnelle effective prévu à l'article 47, premier alinéa, de la Charte »⁽⁵⁸⁾. À notre sens, ces quatre illustrations nous semblent particulièrement représentatives de l'ensemble de la jurisprudence de la CJUE présentée jusqu'ici.

1285. Elles mettent en effet en exergue que cette cour n'analyse pas la condition de justification que constitue le respect du *contenu essentiel* de façon systématique – *i.e.* à un stade donné de son analyse – et qu'elle ne se prononce expressément sur une atteinte audit contenu qu'en l'absence de toute possibilité effective d'exercer ledit droit, dût-il être exercé conformément à des exigences temporelles précises ou dans un cadre particulièrement strict. Sur ce dernier point, nous relevons également que la CJUE peut tant réaliser un tel examen de façon expéditive que procéder à un réel examen circonstancié des conséquences de la mesure restrictive sur le droit fondamental en cause. Ainsi, la jurisprudence de cette cour comprend certaines divergences – tant en son propre sein qu'avec celle de la CourEDH – qui peuvent, à notre sens, potentiellement aller à l'encontre des exigences découlant du principe de cohérence prévu par la Charte.

55. *Ibid.*, pt 64. En ce sens, la CJUE a suivi les conclusions de l'Av. gén. J. KOKOTT, 30 mars 2017, *Peter Puškár*, pt 56.

56. *Ibid.*, pt 90. Sur ce point, la CJUE n'a pas suivi les conclusions de l'Av. gén. J. KOKOTT, 30 mars 2017, *Peter Puškár*, pt 81, qui estimait expressément que cette condition de justification était respectée.

57. CJUE, 17 septembre 2014, *Liivimaa*.

58. *Ibid.*, pt 74.

CHAPITRE 4

LES DIVERGENCES ET PROPOSITIONS D'INTERPRÉTATION COHÉRENTE

1286. Dans la continuité des titres précédents, nous identifions d'abord les divergences entre la jurisprudence de la CJUE et celle de la CourEDH relatives à certaines caractéristiques méthodologiques propres aux deux cours (Section 1), puis les divergences relatives à leur interprétation respective de la condition de justification qu'est le respect du *contenu essentiel* d'un droit fondamental (Section 2). Par ailleurs, dans la mesure où de telles divergences ne respectent pas les exigences découlant du principe de cohérence visé à l'article 52, § 3, de la Charte et énoncé dans les explications y relatives, nous veillons à formuler des propositions d'interprétation cohérente susceptibles d'y remédier (Section 3).

SECTION 1. – LES DIVERGENCES QUANT À LA MÉTHODE SUIVIE

1287. À notre sens, la méthodologie suivie par la CJUE et la CourEDH lors de la détermination du *contenu essentiel* d'un droit fondamental n'appelle pas d'observations particulières. En effet, les jurisprudences respectives de ces deux cours présentées ci-dessus démontrent qu'elles suivent toutes les deux une approche de type *subjective*, prenant ainsi particulièrement en compte les circonstances de chaque cas d'espèce.

1288. Par contre, s'agissant de l'étendue de la protection conférée par ces deux cours au contenu essentiel, la présentation des jurisprudences de la CourEDH et de la CJUE nous paraît mettre en exergue une ambivalence méthodologique, plutôt que de réelles divergences. Il semble en effet que ces cours oscillent entre une approche de type *absolue* et *relative*.

1289. Ainsi, dans le contexte de la Charte, des arrêts tels que *Zoran Spasic*, *Digital Rights Ireland Ltd*, *Sky Österreich* ou encore *SC Star Storage SA* illustrent que la CJUE analyse parfois cette condition de justification préalablement et indépendamment des autres conditions, semblant ainsi reconnaître au contenu essentiel une protection absolue, *i.e.* dont le non-respect entraînerait le prononcé d'une violation du droit fondamental concerné. En revanche, les arrêts rendus dans les affaires *Maximilian Schrems*, *Johannes Tomana* ou encore *Volker et Markus Schecke* reflètent davantage une approche de type *relative*, la CJUE ayant, respectivement, fait dépendre son analyse de sa conclusion quant à la *proportionnalité* de la mesure restrictive, ou ayant considéré comme pertinents, au fin de son appréciation, des éléments découlant directement de l'analyse de la proportionnalité. Une telle ambivalence se retrouve par ailleurs également – certes, dans une moindre mesure – dans la jurisprudence de la CourEDH présentée ci-dessus⁽¹⁾.

1290. Il convient toutefois de rappeler ici que le principe de cohérence visé à l'article 52, § 3, de la Charte et mentionné dans les explications y relatives ne porte que sur l'acception des conditions de justification proprement dites, et ne s'applique dès lors pas directement aux méthodes d'interprétation utilisées par ces cours ou à certaines de leurs caractéristiques. Néanmoins, à notre sens, l'ambivalence méthodologique régnant au sein de la jurisprudence de la CJUE est susceptible de rendre bien plus difficile l'établissement de connexions positives entre les jurisprudences de ces deux cours et, par conséquent, a un impact indirect sur la mise en œuvre dudit principe.

1291. En outre, la pratique de la CJUE révélée dans l'arrêt *J. McB.* et tendant à renvoyer l'examen des conditions de justification des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte à celui des justifications des restrictions aux libertés de circulation figurant dans le traité nous semble susceptible de contrevenir directement aux exigences découlant du principe de cohérence. En effet, en ce que cette méthode d'interprétation peut avoir pour effet de faire renoncer la CJUE à tout examen effectif du respect du *contenu essentiel* du droit fondamental en cause, elle emporte un risque de divergences jurisprudentielles avec la CourEDH.

1292. Mentionnons enfin qu'à la différence de sa pratique dans l'examen de la condition de justification que constitue l'existence d'une base légale, le fait que les parties au litige ou l'autorité de renvoi aient ou non expressément soulevé l'argument d'une atteinte au *contenu essentiel*

1. Voir *supra* Partie 3, titre 5, chap. 2, section 1.

du droit fondamental en cause ne semble pas jouer de rôle prépondérant dans l'appréciation de cette condition par la CJUE⁽²⁾. En effet, dans ces cas de figure – relativement rares par ailleurs – la CJUE ne nous semble pas assujettir son examen aux arguments formulés par les parties en présence, ni même s'en remettre à leur appréciation ou en faire dépendre l'issue du litige.

SECTION 2. – LES DIVERGENCES QUANT À L'INTERPRÉTATION

1293. En ce qui concerne les divergences interprétatives entre la jurisprudence de la CourEDH et celle de la CJUE, nous souhaitons formuler trois observations. Premièrement, la présentation de la jurisprudence de la CJUE met en exergue que cette cour fait souvent équivaloir le respect du *contenu essentiel* d'un droit fondamental, au sens de l'article 52, § 1, de la Charte, à l'existence effective et concrète d'une possibilité d'exercer ledit droit. Des arrêts tels que *J. McB.*, *Sky Österreich* ou encore *Coty Germany GmbH* le confirment dans la mesure où les législations litigieuses – d'origine respectivement nationale et de l'Union européenne – n'ont pas été considérées comme portant atteinte au contenu essentiel des droits fondamentaux à la vie privée et familiale et à la liberté d'entreprise car elles n'empêchaient pas leur exercice effectif⁽³⁾. Une telle interprétation se retrouve au demeurant dans la jurisprudence de la CourEDH, qui a notamment réaffirmé dans des arrêts tels que *Hämäläinen c. Finlande*, *Baka c. Hongrie* ou encore *Delfi AS c. Estonie* qu'une telle prérogative constituait le contenu essentiel desdits droits.

1294. Ainsi, si une telle convergence jurisprudentielle mérite d'être soulignée à la lumière des exigences découlant du principe de cohérence, nous argumentons cependant qu'elle doit être nuancée au vu de l'ambivalence caractérisant la méthodologie suivie par la CJUE lors de l'interprétation du *contenu essentiel* d'un droit fondamental, et ce d'autant plus lorsqu'une liberté de circulation est concernée. Dans ces cas, en effet, la CJUE peut aller jusqu'à renoncer à tout examen de cette condition de justification et, par conséquent, à produire une jurisprudence ouvertement en contradiction avec la jurisprudence de la CourEDH.

2. Pour une illustration relative à la CJUE, voir CJUE, 17 octobre 2013, *Michael Schwarz*, et pour une illustration de la CourEDH, voir CourEDH, 24 septembre 2013, *Pennino*.

3. Voir ég. CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger*, pt 54 : « cette limitation respecte le contenu essentiel du principe de non-discrimination. En effet, ladite limitation ne remet pas en cause ce principe en tant que tel dans la mesure où elle ne porte que sur la question, de portée limitée, des exclusions du don de sang en vue de protéger la santé des receveurs ».

1295. Deuxièmement, nous relevons que ces cours évaluent le respect de cette condition de justification en mettant particulièrement l'accent sur certaines circonstances spécifiques et, en particulier, sur les *conséquences* découlant de la mesure restrictive – *i.e.* en examinant si ladite mesure a pour effet de priver le titulaire d'un droit fondamental de son exercice effectif – ou sur sa *nature* – *i.e.* en examinant notamment si ladite mesure est temporaire ou réversible. La CJUE a notamment procédé ainsi dans ses arrêts *Johannes Tomana* et *Deutsches Weintor*, de même que la CourEDH dans son arrêt *Konstantinidis c. Grèce*.

1296. À notre sens, le fait que ces deux cours apprécient, lors de l'interprétation de cette condition de justification, les mêmes éléments de fait du cas d'espèce permet d'établir les connections positives requises par le principe de cohérence. Nous argumentons cependant que l'absence de systématique dans le choix et l'examen de ces éléments – ni la CJUE ni la CourEDH ne s'étant explicitement prononcées sur l'importance ou le rôle de ces derniers dans la détermination d'une atteinte au contenu essentiel – rend la jurisprudence de la CJUE peu prévisible et transparente, deux objectifs pourtant poursuivis par le principe de cohérence.

1297. Troisièmement, il convient selon nous de saluer les renvois – certes, parfois imprécis – effectués par la CJUE à la jurisprudence de la CourEDH lors de son examen de la condition de justification qu'est la *contenu essentiel*, comme le renvoi à l'arrêt *Zaunegger c. Allemagne* dans son arrêt *J. McB.* et les connexions positives qui en découlent. Néanmoins, ces derniers paraissent dépendant des droits fondamentaux de la Charte en cause.

1298. En effet, nous estimons que la jurisprudence de la CJUE dénote que l'intensité de l'examen de cette condition de justification varie passablement selon qu'une violation est alléguée, par exemple, au droit fondamental à la liberté d'entreprise, d'une part, ou au droit fondamental de propriété ou celui à un recours effectif, d'autre part. Or, dans la mesure où la CourEDH interprète cette condition de justification de façon uniforme pour l'entier des droits fondamentaux de la CEDH et de son 1^{er} protocole additionnel susceptibles de faire l'objet de restriction, nous argumentons que l'interprétation de ladite condition par la CJUE pourrait davantage respecter le caractère horizontal de l'article 52, § 1, de la Charte et les exigences découlant du principe de cohérence.

1299. Au terme de cette analyse, nous relevons ainsi, en substance, que la condition de justification que constitue le respect du *contenu essentiel* du droit fondamental en cause reste – malgré un libellé différent entre la Charte et la CEDH et une approche méthodologique ambivalente de la part de la

CJUE – la condition dont l'interprétation soulève le moins de divergences problématiques au regard des exigences du principe de cohérence, et ce en partie peut-être du fait du flou qui entoure actuellement l'acceptation de cette condition. Ceci dit, certaines propositions d'interprétation cohérente nous semblent pouvoir être formulées tant en vue de prévenir de futures divergences, d'une part, que de renforcer la cohérence existant entre les jurisprudences de ces deux cours, d'autre part.

SECTION 3. – LES PROPOSITIONS D'INTERPRÉTATION COHÉRENTE

1300. Nous souhaitons formuler deux propositions d'interprétation cohérente susceptibles de pallier aux risques de divergence jurisprudentielle identifiés. Premièrement, en ce qui concerne spécifiquement la méthodologie utilisée par la CJUE lors de l'interprétation de la condition de justification que constitue le respect du *contenu essentiel* du droit fondamental en cause, nous estimons que cette cour pourrait structurer davantage son approche en modifiant sa pratique à deux égards.

1301. D'une part, la relation entre cette condition de justification et celle de la proportionnalité pourrait être clarifiée si la CJUE analysait systématiquement cette condition *après* s'être prononcée sur le caractère proportionné de la mesure restrictive en cause – et en évitant notamment d'initier son examen de l'article 52, § 1, de la Charte par cette condition⁽⁴⁾. Nous argumentons que ceci contribuerait à réduire l'ambivalence relevée ci-dessus et faciliterait l'établissement de connexions positives entre les jurisprudences de la CourEDH et de la CJUE, dans la mesure où l'analyse de cette condition de justification s'effectuerait au même stade de leur raisonnement respectif.

1302. Une exception à cette règle pourrait toutefois être envisagée lorsqu'il est patent que la mesure restrictive en cause a pour effet d'ôter au titulaire du droit fondamental concerné toute possibilité effective d'exercer ledit droit. En ce sens, la protection absolue reconnue aux atteintes au *contenu essentiel* d'un droit fondamental impliquerait un constat de violation dudit droit qui exonérerait la CJUE de tout examen ultérieur des autres conditions de justification.

4. En ce sens, voir not. G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 136 : « *Rather than using the notion of cores as one's starting point, or some sort of imperative guide, it may be wiser to disregard talk about cores altogether. This is because provisions in declarations of rights aiming to guarantee the core or essence of rights are unnecessary, as they purposelessly compete with limitations provisions* ».

1303. D'autre part, nous invitons la CJUE à se prononcer, dans chaque cas d'espèce, sur le respect de la condition de justification que constitue le *contenu essentiel* du droit fondamental indépendamment du droit fondamental concerné. Plus spécifiquement, l'intensité de l'examen de la CJUE ne devrait pas dépendre du droit fondamental en cause ni du fait qu'une liberté de circulation soit impliquée⁽⁵⁾. Nous estimons en effet que la consécration de la liberté de circulation à l'article 45 de la Charte en fait un droit fondamental à part entière, auquel s'appliquent toutes les conditions de justification énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte. Une telle systématicité dans l'approche de la CJUE améliorerait ainsi la prévisibilité et la transparence de sa jurisprudence, conformément au principe de cohérence.

1304. Deuxièmement, en ce qui concerne l'interprétation proprement dite de cette condition de justification, nous ne pouvons qu'inviter la CJUE à se prononcer expressément sur les différents éléments de faits pertinents pour son appréciation du respect du *contenu essentiel* d'un droit fondamental, *i.e.* notamment sur la nature réversible, provisoire ou limitée de la mesure restrictive et sur ses conséquences. Ceci permettrait par ailleurs à cette cour d'établir davantage de connexions positives avec la jurisprudence de la CourEDH, dans laquelle sont appréciés les mêmes éléments, au moyen notamment de renvois ciblés et pertinents à cette dernière.

1305. Par conséquent, si l'absence de toute possibilité effective d'exercer un droit fondamental fait sans doute partie du *right's core* dudit droit – au sens tant de la jurisprudence de la CJUE que de celle de la CourEDH – car elle constitue une atteinte ciblée envers les *intérêts* directement protégés par les droits fondamentaux de la CEDH et de la Charte⁽⁶⁾, davantage de transparence sur les autres éléments susceptibles d'influencer la détermination du *contenu essentiel*, voire d'en faire partie, œuvrerait indubitablement en faveur d'une mise en œuvre effective du principe de cohérence.

5. Les renvois auxquels procède la CJUE dans son arrêt CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris*, vont par ailleurs en ce sens, car bien que cet arrêt concerne une restriction au droit fondamental à la liberté d'expression, cette cour y a expressément renvoyé à ses considérations relatives au *contenu essentiel* rendues dans des arrêts portant sur des restrictions à d'autres droits fondamentaux.

6. S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, *op. cit.*, p. 445 : « *The core of a fundamental right corresponds to the core of the interests it protects [...]* ».

CONCLUSION DU TITRE 5

1306. La jurisprudence présentée dans les lignes qui précèdent met en exergue que l'interprétation, par la CJUE, de la condition de justification qu'est le respect du *contenu essentiel* du droit fondamental concerné, est probablement celle qui, parmi les quatre conditions de justification, s'avère être la moins problématique au regard des exigences découlant du principe de cohérence.

1307. Certes, la diversité d'approches méthodologiques relevée par la littérature juridique en la matière lors de l'examen de cette condition de justification se reflète partiellement dans la jurisprudence de la CJUE – et, dans une moindre mesure, dans celle de la CourEDH. En ce sens, si ces deux cours semblent suivre une approche de type *subjective* s'agissant de la détermination du contenu essentiel, elles oscillent entre une approche de type *absolue* et *relative* en ce qui concerne l'étendue de la protection à lui conférer, ce qui vaut à plus forte raison pour la CJUE lorsqu'une liberté de circulation est concernée.

1308. Néanmoins, l'ambivalence qui ressort de la jurisprudence de la CJUE et les divergences jurisprudentielles susceptibles d'en découler nous semblent pouvoir être surmontées si cette cour s'accordait à examiner le respect de cette condition de justification de façon plus systématique – et notamment après avoir apprécié le caractère proportionné de la mesure restrictive en cause – d'une part, et indépendamment du droit fondamental concerné, d'autre part. Une telle pratique permettrait au demeurant d'établir les connections positives requises par le principe de cohérence et améliorerait la prévisibilité et la transparence visées par ce principe.

1309. Quant à l'interprétation proprement dite de cette condition de justification, nous avons relevé d'importantes convergences entre les jurisprudences de la CJUE et de la CourEDH ainsi que la présence de divers

renvois – bien que parfois imprécis – de la première cour à la jurisprudence de la seconde. La CJUE nous paraît cependant pouvoir rendre son interprétation de cette condition de justification plus transparente et, par conséquent, conforme aux exigences découlant du principe de cohérence, notamment en spécifiant davantage et explicitement les éléments pertinents sur lesquels se base son appréciation.

CONCLUSION

« *The Charter of Fundamental Rights of the European Union complements national human rights documents and the European Convention on Human Rights (ECHR). Its potential is not yet fully exploited [...]* »⁽¹⁾

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UE

1310. Au terme de la présente étude – et sans réitérer ici les observations et arguments développés au fil des trois parties qui la composent – nous souhaitons brièvement revenir sur trois de nos constatations relatives, respectivement, aux *notions*, au *cadre* ainsi qu'au *régime* des restrictions des droits fondamentaux dans l'Union européenne, tels qu'ils découlent principalement de l'interprétation par la CJUE des conditions de justification desdites restrictions énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte.

1311. Premièrement, et en dépit de la complexité liée à l'exercice visant à spécifier l'acceptation des notions de *droit fondamental* et de *restriction*, un tel exercice s'avère indispensable pour pouvoir délimiter ces notions d'autres notions proches telles que *liberté* (de circulation) et *principes* ou encore *limitation* et *dérogation*. Spécifier l'acceptation de ces notions permet en effet de mettre en exergue les situations dans lesquelles une mesure restrictive de droits fondamentaux, au sens de l'article 52, § 1, de la Charte, est adoptée par les autorités nationales ou de l'UE compétentes et cela facilite d'autant le contrôle des conditions de justification desdites mesures. Or, en dépit du fait que les autorités judiciaires de l'UE, notamment, ne se prêtent pas à un tel exercice et semblent maintenir volontairement une incertitude sur ces acceptations, nous les encourageons à faire preuve de davantage de systématisme, de transparence et de rigueur tant dans l'analyse desdites conditions que dans l'identification des situations dans lesquelles elles trouvent à s'appliquer.

1. Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Fundamental Rights Report 2017*, p. 37.

1312. Deuxièmement, le principe de *cohérence* – visé par l'article 52, § 3, de la Charte et énoncé dans les explications y relatives – entre, d'une part, les conditions de justification énoncées dans la CEDH et celles énoncées dans la Charte et, d'autre part, l'interprétation respective desdites conditions effectuée par la CourEDH et la CJUE en présence de droits fondamentaux *correspondant* entre ces deux instruments, atteste de la relation étroite et reflexive qui existe entre ces derniers. Par conséquent, les autorités nationales et de l'UE en charge d'appliquer et de contrôler le respect de la Charte se doivent de veiller à une mise en œuvre effective des exigences découlant dudit principe et, à cette fin, de s'interroger activement sur la nature ou encore le contenu dudit principe. Or, dans la mesure où ces éléments ne ressortent pas explicitement de la jurisprudence de la CJUE, une analyse approfondie, telle que celle proposée ici, se veut un outil utile pour permettre auxdites autorités d'assurer efficacement le respect dudit principe.

1313. Troisièmement, une analyse détaillée du *régime* des justifications des restrictions aux droits fondamentaux de la Charte – tel qu'il ressort de l'interprétation de la CJUE – effectuée à la lumière du régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux de la CEDH – tel qu'il ressort de l'interprétation de la CourEDH – met en exergue autant de divergences que de convergences interprétatives entre ces deux cours. Cependant, que lesdites divergences portent, respectivement, sur leurs méthodes d'interprétation ou sur leur interprétation respective de l'une ou l'autre des conditions de justification énoncées à l'article 52, § 1, de la Charte ou aux seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la CEDH, des solutions interprétatives telles que celles formulées dans les lignes qui précèdent permettent de pallier aux divergences identifiées dans le respect du principe de cohérence. En ce sens, nos propositions d'interprétation cohérente prennent particulièrement en compte l'origine desdites divergences, la nature, et les relations spécifiques qu'entretiennent l'UE et ses États membres, d'une part, et le Conseil de l'Europe et ses États parties, d'autre part, et se veulent directement applicables par les autorités nationales et de l'UE compétentes.

1314. Enfin, pour conclure la présente étude, nous souhaitons brièvement mentionner deux considérations susceptibles d'influencer les arguments et propos développés ci-dessus. Premièrement, il peut être argumenté que l'adhésion effective de l'Union européenne à la CEDH risquerait de bousculer la relation étroite et reflexive existant entre la Charte et la CEDH – à la base du principe de cohérence entre ces deux instruments – dans la mesure où la CJUE serait alors juridiquement tenue de respecter la jurisprudence de la CourEDH, au même titre que toutes

les juridictions nationales. Ceci pourrait dès lors rendre vaine, voire superflue, toute référence à la *cohérence* mentionnée dans la Charte entre les jurisprudences de la CJUE et de la CourEDH et, par conséquent, priver la présente étude d'une partie de son objet.

1315. À notre sens, toutefois, deux raisons appellent à nuancer cette position. Tout d'abord, si nous ne pouvons nier que l'adhésion modifierait les relations juridiques entre ces deux cours, nous n'estimons pas encore que ce changement de paradigme impacterait nécessairement sur les propositions d'interprétation cohérente formulées dans la présente étude de façon à les rendre obsolètes. En effet, les divergences identifiées ayant trait à la méthode d'interprétation de la CJUE et de la CourEDH, par exemple, de même que les divergences interprétatives découlant du libellé différent des conditions de justification des restrictions dans la Charte et la CEDH ne peuvent être résolues en transposant strictement la jurisprudence de la CourEDH dans la contexte de l'UE, car « l'intervention des organes investis de compétences décisionnelles par la CEDH, telle que prévue dans l'accord envisagé, ne doit pas avoir pour effet d'imposer à l'Union et à ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences internes, une interprétation déterminée des règles du droit de l'Union »⁽²⁾.

1316. Ensuite, depuis l'avis 2/13 de la CJUE⁽³⁾, l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH reste à l'ordre du jour des institutions de l'UE mais ne semble plus en constituer une priorité essentielle car, selon toute vraisemblance, elle ne se concrétisera pas avant plusieurs années. Ainsi, le principe juridique et interprétatif de cohérence entre les jurisprudences de la CJUE et de la CourEDH revêt et continuera de revêtir un rôle important et central dans la protection des droits fondamentaux à l'échelle de l'Europe pendant les années à venir. Qui plus est, une mise en œuvre des propositions interprétatives formulées dans la présente étude par les juridictions nationales et l'UE compétentes permettrait d'emblée de supprimer – ou à tout le moins de minimiser – les divergences interprétatives identifiées entre ces deux cours et, par conséquent, faciliterait grandement leurs relations post-adhésion.

1317. Deuxièmement, nous avons indiqué dans notre introduction que la présente étude adoptait la perspective de l'Union européenne lors de l'examen du régime des justifications des restrictions aux droits fondamentaux découlant de l'interprétation de l'article 52, § 1, de la Charte. Autrement dit, notre étude analyse ledit régime à la lumière de

2. CJUE, 18 décembre 2014, Avis n° 2/13, pt 184.

3. *Ibid.*

celui découlant de la CEDH, telle qu'interprétée par CourEDH, et non l'inverse. Nous souhaitons néanmoins rappeler que la nécessité de veiller à une cohérence entre les jurisprudences respectives de la CourEDH et de la CJUE n'est pas uniquement l'apanage de l'Union européenne sous l'impulsion, notamment, de ses États membres. En ce sens, la CourEDH se réfère en effet toujours davantage à la jurisprudence de la CJUE⁽⁴⁾ et de nombreux juges siégeant à la CourEDH l'invitent d'ailleurs à prendre davantage en compte la jurisprudence de la CJUE⁽⁵⁾.

1318. Par conséquent, la présente étude peut être perçue comme formulant des solutions – respectivement des propositions d'interprétation cohérente à l'attention des institutions de l'UE et des États membres – susceptibles de pallier à l'un des pans – ou l'une des facettes – des diverses problématiques qui caractérisent la protection des droits fondamentaux en Europe, *i.e.* celles découlant principalement de la relation particulière existant entre la Charte et la CEDH, du point de vue de l'UE. Si nous escomptons y avoir développé des outils permettant aux juridictions compétentes de mieux exploiter le potentiel qu'offre la Charte et, ainsi, lever certaines zones d'ombres subsistant dans l'interprétation de l'article 52, § 1 et § 3 de la Charte, nous espérons également (r)éveiller tant l'intérêt du milieu académique pour l'étude du passionnant sujet que constituent les restrictions aux droits fondamentaux, d'une part, que celui des autorités et juridictions compétentes tant nationales que de l'UE lors de leur mission d'interprétation de la Charte, d'autre part, afin que ces deux milieux s'accordent à poursuivre la démarche entamée ici.

* * *

4. Pour des illustrations récentes, voir p. ex. CourEDH, 12 janvier 2016, *Szabó*, § 23 ; CourEDH, 13 décembre 2016, *Paposhvili*, § 122 ; CourEDH, 27 juin 2017, *Satakunnan* ; CourEDH, 4 avril 2017, *Thimotheaves c. Belgique*.

5. Voir not. l'opinion dissidente de certaines juges au terme de laquelle : « Nous regrettons par ailleurs que l'arrêt de la Grande Chambre reste en-deçà des avancées constatées en la matière dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne [...] » (CourEDH, Juges RAIMONDI *et al.*, 19 septembre 2017, *Regner*).

BIBLIOGRAPHIE

(Les numéros renvoient aux numéros des pages)

I. Les ouvrages généraux	556
II. Les thèses, monographies et ouvrages collectifs	557
III. Les articles, commentaires et contributions	561

I. LES OUVRAGES GÉNÉRAUX

- BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2016.
- BARNARD, C., PEERS, S. (édit.), *European Union Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2017.
- BERRAMDANE, A., ROSSETTO, J., *Droit de l'Union européenne – Institutions et ordre juridique*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2017.
- BIEBER, R., EPINEY, A., HAAG, M., *Die Europäische Union. Europarecht und Politik*, 13^e éd., Baden-Baden, Nomos, Helbing Lichtenhahn, 2018.
- BIOY, X. *et al.*, *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2017.
- BITSCH, M.-Th., *Histoire de la construction européenne. De 1945 à nos jours*, Paris, Éditions Complexe, 2008.
- BLIN, O., *Droit institutionnel, matériel et contentieux de l'Union européenne*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2018.
- BOILEAU-DESPRÉAUX, N., *L'Art poétique*, 2^e éd., Leipzig, C.A. Koch, 1874.
- BOUTAYEB, C., *Droit matériel de l'Union européenne*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2017.
- BRAIBANT, G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Éditions de Seuil, 2001.
- CARPENTIER, J., LEBRUN, F. (dir.), *Histoire de l'Europe*, Paris, Édition du Seuil, 2014.
- CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G., *European Union Law, Text and Materials*, 3^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- COUTRON, L., *Droit de l'Union européenne – Institutions, sources, contentieux*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2017.
- CRAIG, P., DE BURCA G., *EU Law : Text, Cases and Materials*, 6^e éd., Oxford, New York, Oxford University Press, 2015.
- DE GROVE-VALDEYRON, N., *Droit du marché intérieur européen*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 2017.
- DE SCHUTTER, O., *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- DENIZEAU, C., *Droit des libertés fondamentales*, 6^e éd., Paris, Vuibert, 2017.
- DUBOIS, L., BLUMANN, C., *Droit matériel de l'Union européenne*, 7^e éd., Paris, Montchrétien, 2015.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., *Introduction au droit de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, Hachette supérieur, 2010.
- EHLERS, D. (édit.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4^e éd., Berlin, De Gruyter, 2014.
- FAVOREU, L. *et al.*, *Droit des Libertés fondamentales*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2015.
- GEBAUER, J., *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, Berlin, Duncker Humblot, 2004.
- GRABENWARTER, C., PABEL, K., *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6^e éd., Munich, Bâle, Vienne, C.H. Beck, Helbing Lichtenhahn, Manz, 2016.
- GRABENWARTER, C., *European Convention on Human Rights - Commentary*, Baden-Baden, C.H. Beck, 2014.
- GRABER, R., *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Munich, VVF, 2002.
- HARRIS, D. *et al.* (édit.), *Harris, O'Boyle, Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014.
- HARTLEY, T., *The Foundations of European Union Law*, 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014.
- ISAAC, G., BLANQUET, M., *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2012.
- JACQUÉ, J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2018.

- LOUCAIDES, L., *Essays on the Developing Law of Human Rights*, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff, 1995.
- MAGNETTE, P., *Le régime politique de l'Union européenne*, 4^e éd., Paris, Presses de Sciences Po, 2017.
- MARTUCCI, F., *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2017.
- MASSON, A., NIHOUL, P., *Droit de l'Union européenne : droit institutionnel et droit matériel*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011.
- NIETO SOLÍS, J., *Fundamentos y Políticas de la Unión Europea*, Madrid, Siglo XXI, 1998.
- OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- PETTITI, L., DECAUX, E., IMBERT, P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995.
- PICOD, F., *Droit de l'Union européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Jurisclasseur Europe, fascicule 120, 2007.
- PRÉLOT P.-H., *Droit des libertés fondamentales*, 2^e éd., Paris, Hachette, 2010.
- RAINEY, B., WICKS, E., OVEY, C., *The European Convention on Human Rights*, 7^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2017.
- RENUCCI, J.-F., *Traité de droit européen des droits de l'homme*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2012.
- RIDEAU, J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2010.
- SACHS, M., *Verfassungsrecht II. Grundrechte*, 3^e éd., Berlin, Springer, 2017.
- SCHABAS, W., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- SCHÜTZE, R., *An Introduction to European Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, 3^e éd., Paris, PUF, 2001.
- STRASSBURGER, B., *Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2016.
- SUDRE, F., TINIÈRE, R., *Droit communautaire des droits fondamentaux*, 3^e éd., Paris, Anthemis, 2013.
- TERPAN, F., *Droit et politique de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018.
- VAN CLEYNENBREUGEL, P., *Droit matériel de l'Union européenne – libertés de circulation et marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2017.
- VELU, J., ERGEC, R., *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014.
- VERHOEVEN, J., *Droit de la Communauté européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2001.

II. LES THÈSES, MONOGRAPHIES ET OUVRAGES COLLECTIFS

- ABDELWAHAB, B., PARISOT, V. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Bilan d'application*, Bruxelles, Nemesis, 2018.
- ALEXY, R., *A Theory of Constitutional Rights*, traduit par RIVERS, J., Oxford, New York, Oxford University Press, 2002.
- ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Anvers, Oxford, New York, Intersentia, 2002.
- BAILLEUX, AN., *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2009.

- BARAK, A., *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- BEITZ, Ch., *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BENGOETXEA, J., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 2003.
- BERLIN, I., *Liberty*, édité par Henry HARDY, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BERLIN, I., *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969.
- BERROD, F., *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2002.
- BESSON, S., *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2005.
- BLECKMANN, M., *Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.
- BOSSE-PLATIÈRE, I., *L'article 3 du traité UE. Recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- BÜHLER, J., *Le droit d'exception de l'État*, Genève, Droz, 1995.
- BÜHLER, M., *Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta*, Berlin, Duncker Humblot, 2005.
- BURGOGUE-LARSEN, L. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2017.
- CARLIER, J.-Y., DE SCHUTTER, O. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : son apport à la protection des droits de l'homme en Europe. Hommage à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- CASTOR, C., *Le principe démocratique dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- CHRISTOFFERSEN, J., *Fair Balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- COHEN, G., *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- COLLIN, D., *La longueur de la chaîne : Essai sur la liberté au XXI^e siècle*, Paris, Max Milo, 2011.
- CONWAY, G., *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- DIVISION DE LA RECHERCHE DE LA COUR EDH, *Sécurité nationale et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Publication du Conseil de l'Europe/ Cour EDH, 2013, disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_national_security_FRA.pdf [consulté le 4 août 2018].
- DUCOULOMBIER, P., *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Londres, Bloomsbury, 2011.
- DZEHTSIATOU, K., *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- EISNER, C., *Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union. Gefähr oder Fortschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?*, Baden-Baden, Nomos, 2005.
- EMILIOU, N., *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Londres, La Haye, Boston, Kluwer Law International, 1996.
- ERGEC, R., *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 1987.
- EWING, K., *The EU Charter of Fundamental Rights : Waste of Time or Wasted Opportunity ?*, Londres, Institute of Employment Law, 2002.
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011.

- GASTALDI, S., *Citoyenneté de l'Union et libre circulation : du critère économique au statut unique*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2013.
- GOYARD-FABRE, S., *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Paris, Vrin, 2002.
- GREER, S., *The Margin of Appreciation : Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights - Human Rights Files n° 17*, Strasbourg, Publication du Conseil de l'Europe, 2000.
- GREER, S., *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossiers sur les droits de l'homme n° 17, Strasbourg, Publication du Conseil de l'Europe, 2000.
- GREER, S., *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, Publication du Conseil de l'Europe, 1997.
- GRIFFIN, J., *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- HABERMAS, J., *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.
- HAYIM, D., *Le concept d'indérogabilité en droit international. Une analyse fonctionnelle des normes indérogables : entre unité et contingence*, vol. I, Saarbrücken, Presses académiques francophones, 2014.
- HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20^e éd., Heidelberg, C.F. Müller, 1995.
- HIRSCHBERG, L., *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, Schwartz, 1981.
- JACQUEMOT, F., *Le standard européen de société démocratique*, Montpellier, Faculté de droit de Montpellier, 2006.
- JULIA, C., *Fixer le sens ? La sémantique spontanée des gloses de spécification du sens*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2001.
- KADDOUS, Ch., GRISEL, D., *Libre circulation des personnes et des services*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012.
- KLATT, M., MEISTER, M., *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- KYMLICKA, Will., *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2002.
- LEFORT, C., *L'invention démocratique, les limites de la domination totalitaire*, Paris, Fayard, 1981.
- LEGG, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law - Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- LENAERTS, K., ARTS, D., MASELIS, I., *Procedural Law of the European Union*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2006.
- LETSAS, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- LETURCQ, S., *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2005.
- MACCORMICK, N., *Questioning Sovereignty*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- MACCORMICK, N., *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- MADS, A., BJORGE, E., BIANCO, G. (édit.), *A Future for the Margin of Appreciation*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- MARTIN, Xavier., *Nature humaine et Révolution française. Du siècle des Lumières au Code Napoléon*, 2^e éd., Paris, DMM, 2002.
- MARZAL YETANO, A., *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Paris, Institut Universitaire de Varennes, 2014.

- MATHIEU, M. (édit.), *Droit naturel et droits de l'homme*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2009.
- MORRISON, C., *The Dynamics of Development in the European Human Rights Convention System*, La Haye, Boston, Londres, Martinus Nijhoff, 1981.
- MÜLLER, F., *Discours de la méthode juridique*, traduit par Olivier JOUANJAN, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.
- MURDOCH, J., *La protection du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion par la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Publication du Conseil de l'Europe, 2012.
- NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1974.
- OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS (OSCE), *Legal Digest of International Fair Trial Rights*, Pologne, Édition de l'OSCE, 2012.
- PANGLE, Th., *The Spirit of modern Republicanism*, Chicago, University of Chicago Press, 1988.
- PAPADOPOULOU, R-E., *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruxelles, Bruylant, 1996.
- PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004.
- PEERS, S., WARD, A. (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights: politics, law and policy*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2004.
- PFEIL, W., *Historische Vorbilder und Entwicklung des Rechtsbegriffs der « Vier Grundfreiheiten » im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Francfort et al., Peter Lang, 1998.
- PICOD, F., VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2018.
- PINHEL ARAUJO, C., *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne à la lumière de la Charte des droits fondamentaux*, thèse de Master, 2013, http://ediec.univ-lyon3.fr/fileadmin/medias/Documents_EDIEC/Memoires_EDIEC/Mem_EDIEC_04_PINHEL_Cassandra-2013-protége.pdf [consulté le 4 août 2018].
- PIRKER, B., *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review. A theoretical and Comparative Study*, Groningue, Europa Law Publishing, 2013.
- RAZ, J., *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- RAZ, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- RIALS, S., *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988.
- ROAGNA, I., *La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Publication du Conseil de l'Europe, 2012.
- ROSS, A., *On Law and Justice*, Londres, Steven and Sons, 1958.
- SAINT-JAMES, V., *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.
- SCHLINK, B., *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker Humblot, 1976.
- SCHMIDT NOËL, A., *La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Thèse de doctorat, Université de Neuchâtel, 18 janvier 2011, disponible sur <http://doc.rero.ch/record/28551> [consulté le 4 août 2018].
- SCHNEIDERS, B., *Die Grundrechte der EU und die EMRK. Das Verhältnis zwischen ungeschriebenen Grundrechten, Grundrechtecharta und Europäischer Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, Nomos, 2010.
- SERMET, L., *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, Strasbourg, Publication du Conseil de l'Europe, 1998.
- SHUE, H., *Basic Rights. Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, 2^e éd., Princeton, Princeton University Press, 1996.

- SIMON, D., MARMITE Flavien, RITLENG Dominique, *Contentieux de l'Union européenne*, 3 vol., Paris, Lamy 2010 et 2011.
- SMET, S., *Resolving Conflicts between Human Rights. The Judge's Dilemma*, Londres, New York, Routledge, 2017.
- SOUVIGNET, X., *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- STEINER, H., *An Essay on Rights*, Oxford, Cambridge, Massachusetts, Blackwell, 1994.
- STRAUSS, L., *Natural Right and History*, Chicago, University of Chicago Press, 1953.
- TERREL, J., *Stoïcisme antique et droit naturel moderne*, Pessac, Centre interdisciplinaire bordelais d'études des Lumières, 2003.
- THOMAS, J., *Public Rights, Private Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union – A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- TSCHERNER, E., *Arbeitsbeziehungen und Europäische Grundfreiheiten*, Berlin, De Gruyter, 2012.
- ÚBEDA DE TORRES, A., *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Reus, 2006.
- VAN DROOGHENBROECK, S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.
- WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- WALDRON, J., *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- WEBBER, G., *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- WELLMAN, C., *Real Rights*, New York, Oxford University Press, 1995.
- WOLFF, J., *Robert Nozick. Property, Justice and the Minimal State*, Cambridge, Polity Press, 1996.
- XYNOPOULOS, G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1995.
- YOURROW, H., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Court of Human Rights Jurisprudence*, Londres, New York, La Haye, Martinus Nijhoff, Kluwer, 1996.
- ZUCCA, L., *Constitutional Dilemmas, Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- ZYSSET, A., *The ECHR and Human Rights Theory: Reconciling the Moral and the Political Conceptions*, Londres, New York, Routledge, 2017.

III. LES ARTICLES, COMMENTAIRES ET CONTRIBUTIONS

- ADAMOVICH, L., « Marge d'appréciation du législateur et principe de proportionnalité dans l'application des restrictions prévues par la loi au regard de la CEDH », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1991, n° 7, pp. 291-300.
- AKEHURST, M., « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », *British Yearbook of International Law*, vol. 52, 1981, n° 1, pp. 29-51.
- ALDER, J., « The Sublime and the Beautiful : Incommensurability and Human Rights », *Public Law*, 2006, pp. 697-721.

- ALONSO GARCIA, R., « The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union », *European Law Journal*, vol. 8, 2002, n° 4, pp. 492-514.
- ANDERSON, D., MURPHY, C., « The Charter of Fundamental Rights », in Andrea BIONDI, Piet EECKHOUT, Stefanie RIPLEY (édit.), *EU Law After Lisbon*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 155-179.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité ? », *Revue française de droit administratif*, 2002, n° 1, pp. 124-138.
- ARAI-TAKAHASHI, Y., « The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry », in Andreas FØLLESDAL, Birgit PETERS, Geir ULFSTEIN (édit.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 62-105.
- ARNARDÓTTIR, O., GUÐMUNDSDÓTTIR, D., « Speaking the same language? Comparing judicial restraint at the ECtHR and the ECJ », in Oddný Mjöll ARNARDÓTTIR, Antoine BUYSE (édit.), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection. Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, Londres, New York, Routledge, 2016, pp. 161-188.
- ARNULL, A., « Protocol (N° 30) on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom », in PEERS, S. *et al.* (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 1595-1612.
- ARNULL, A., « Owning up to fallibility : Precedent and the Court of Justice », *Common Market Law Review*, vol. 30, 1993, pp. 247-266.
- AVBELI, M., « Security and the Transformation of the EU Public Order », *German Law Journal*, vol. 14, 2013, n° 10, pp. 2057-2074.
- AVBELI, M., KOMÁREK, J. (édit.), « Four Visions of Constitutional Pluralism », *European University Institute Working Papers LAW*, 2008/21, disponible sur: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/9372/LAW_2008_21.pdf?sequence=1&isAllowed=y [consulté le 4 août 2018].
- BAILLEUX, A., « Article 52-2. Portée et interprétation des droits et principes », in PICOD F., VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 1113-1142.
- BARAK, A., « Human Dignity : The Constitutional Value and the Constitutional Right », in MCCRUDDEN, C. (édit.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 361-380.
- BARBER, N., « Legal Pluralism and the European Union », *European Law Journal*, vol. 12, 2006, n° 3, pp. 306-329.
- BARCELÓ, J., « Precedent in European Community Law », in Neil MACCORMICK, SUMMERS, R. (édit.), *Interpreting Precedents. A Comparative Perspective*, Aldershot, 1997, Ashgate, pp. 407-436.
- BEITZ, Ch., « What Human Rights Mean », *Daedalus*, vol. 132, 2003, n° 1, pp. 36-46.
- BENN, S., « "Interests" in Politics », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 60, 1959-1960, pp. 123-140.
- BENNET, M., « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W.N. HOHFELD », *Klesis – Revue philosophique*, 2011, n° 21, pp. 133-156.
- BENVENISTI, E., « Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards », *International Law and Politics*, vol. 31, 1999, pp. 853-854.
- BERKA, W., « Die Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention », *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 37, 1986, pp. 71-100.
- BESSON, S., « Human Rights in Relation », in SMET, S. (édit.), *Human Rights Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 23-37.

- BESSON, S., « Subsidiarity in International Human Rights Law – What is Subsidiary about Human Rights ? », *American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, 2016, n° 1, pp. 69-107.
- BESSON, S., « La structure et la nature de droits de l'homme », in HOTTELLIER, Michel., HERTIG, M. (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 19-38.
- BESSON, S., « Justification », in MOECKLI, D., SHAH, S. (édit.), *International Human Rights Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 34-52.
- BESSON, S., ZYSSET, Alain., « Human Rights Theory and Human Rights History », *Ancilla Iuris*, 2012, pp. 204-219.
- BESSON, S., « Human Rights : Ethical, Political... or Legal ? First Steps in a Legal Theory of Human Rights », in CHILDRESS III, D. (édit.), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 211-245.
- BESSON, S., « General Principles in International Law – Whose Principles ? », in BESSON, S., PICHONNAZ, P. (édit.), *Les principes en droit européen*, Zurich, Schulthess, 2011, pp. 21-68.
- BESSON, S., GÄCHTER-ALGE, M-L., « L'interprétation en droit européen – Quelques remarques introductives », in BESSON, S., LEVRAT, N., CLERC, E. (édit.), *L'interprétation en droit européen*, Zurich, Schulthess, 2011, pp. 3-35.
- BESSON, S., « The European Union and Human Rights : Towards a Post-National Human Rights Institution ? », *Human Rights Law Review*, vol. 6, 2006, pp. 323-360.
- BESSON, S., « From European Integration to European Integrity : Should European Law Speak with Just One Voice ? », *European Law Journal*, vol. 10, 2004, n° 3, pp. 257-281.
- BOMHOFF, J., « “The Rights and Freedoms of Others”: The ECHR and Its Peculiar Category of Conflicts Between Individual Fundamental Rights », in Eva BREMS (édit.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, 2008, Intersentia, pp. 619-653.
- BOROWSKY, M., « Artikel 52 », in MEYER, J. (édit.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 771-813.
- BREMS, E., « Introduction », in BREMS, E. (édit.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, Intersentia, 2008, pp. 1-16.
- BREMS, E., « Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms », *Human Rights Quarterly*, vol. 27, 2005, pp. 294-326.
- BREMS, E., « The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity Within Europe », in FORSYTHE, D., McMAHON, P. (édit.), *Human Rights and Diversity : Area Studies Revisited*, Lincoln, Londres, 2003, University of Nebraska Press, pp. 81-110.
- BRIBOSIA, E., RORIVE, I., « In Search of a Balance between the Right to Equality and other Fundamental Rights », *Publication de la Commission européenne*, 14 juin 2010, disponible sur : <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=548&type=2&furtherPubs=n°> [consulté le 4 août 2018].
- BURGOGUE-LARSEN, L., « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2011) », *Revue du droit public*, 2012, n° 6, pp. 1724-1763.
- BURGOGUE-LARSEN, L., « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental », in AUBY, J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 398-407.
- BURGOGUE-LARSEN, L., « Article II-112 », in BURGOGUE-LARSEN, L., LEVADE, A., PICOD, F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 658-688.
- BURRI, S., « Towards More Synergy in the Interpretation of the Prohibition of Sex Discrimination in European Law ? », *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2013, n° 1, pp. 80-103.
- CABRAL BARRETO, I., « Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, vol. 15, 2002, pp. 1-23.

- CALI, B., « Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights and Proportions », *Human Rights Quarterly*, vol. 29, 2007, n° 1, pp. 251-270.
- CAMPBELL, K., « Legal Rights », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 20 mars 2013, disponible sur : <http://plato.stanford.edu/entries/legal-rights/> [consulté le 4 août 2018].
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Des “libertés publiques” aux “droits fondamentaux” : effets et enjeux d’un changement de dénomination », *Jus Politicum*, 2010, n° 5, pp. 1-16.
- CHRISTIANO, Th., « Authority », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 22 janvier 2012, disponible sur : <http://plato.stanford.edu/entries/authority/> [consulté le 4 août 2018].
- CHRISTIANOS, V., PICOD, F., « L’apport de la Constitution européenne aux modes de protection des droits de l’homme », in Joël RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l’Union européenne – Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 231-247.
- CHRISTOFFERSEN, J., « Human rights and balancing: The principle of proportionality », in GEIGER, Ch. (édit.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 19-38.
- CLAES, M., « Constitutionalizing Europe at its Source: The “European Clauses” in the National Constitutions: Evolution and Typology », vol. 24, 2005, n° 1, *Yearbook of European Law*, pp. 81-125.
- CLASSEN, D., « Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten ? », *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, vol. 6, 1995, pp. 97-106.
- COFFIN, Frank., « Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice », *New York University Law Review*, vol. 63, 1988, pp. 16-42.
- COLELLA, S., « The Consistency Requirement between the ECHR and the EU Charter on the Context of Limitations of Fundamental Rights », *Geneva Jean Monnet Working Paper*, 14/2016, disponible sur : http://www.ceje.ch/files/2814/6668/7793/Geneva_JMWP_14-Colella.pdf [consulté le 4 août 2018].
- COLELLA, S., « Des droits de la Charte correspondant aux droits de la CEDH ? Quelques réflexions sur l’article 52 (3) de la Charte », in BESSON, S., LEVRAT, N. (édit.), *L’Union européenne et le droit international*, Genève, Zurich, Bâle, 2015, Schulthess, pp. 179-198.
- COLELLA, S., « Les justifications des mesures portant atteinte à l’interdiction des discriminations dans l’UE. Vers une (ré-)conciliation entre la Charte et la CEDH ? », in BESSON, S., ZIEGLER, A. (édit.), *Egalité et non-discrimination en droit international et européen*, Zurich, Schulthess, 2014, pp. 37-54.
- CONSTANTINESCO, V., « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », in MASCLET, J.-C. et al. (édit.), *Union de droit, union des droits. Mélanges en l’honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 79-94.
- CONSTANTINESCO, V., « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l’Union européenne ? », in *LEurope et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 35-45.
- COPPEL, J., O’NEILL, A., « The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? », *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, n° 4, p. 669-692.
- CORNILS, M., « §5. Schrankendogmatik », in GRABENWARTER, C. (édit.), *Enzyklopädie Europarecht, Band 2 : Europäischer Grundrechtsschutz*, Baden-Baden, Zurich, Vienne, Nomos, Dike, Facultas, 2014, pp. 193-253.
- COUSSIRAT-COUSTERE, V., « Article 8 § 2 », in PETTTI, L-E., DECAUX, E., IMBERT, P-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l’Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 323-351.
- CRAIG, P., « The European Union Act 2011: Locks, Limits and Legality », *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, n° 6, pp. 1915-1944.

- CROUZATIER, J.-M., « "Droits de l'homme" ou "droit humain" : une différence sémantique ? », *Aspects*, 2008, pp. 11-16.
- CRUZ VILLALÓN, P., « Rights in Europe: The Crowded House », *King's College London Centre of European Law, Working papers in European Law*, n° 01/2012, disponible sur <https://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/european/research/CELWPEL012012FINAL.pdf> [consulté le 4 août 2018].
- CULVER, K., GIUDICE, M., « Not a System but an Order: An inter-institutional View of the European Union Law », in DICKSON, J., ELEFThERiADIS, P. (édit.), *Philosophy of European Union Law*, Oxford, 2012, Oxford University Press, pp. 55-76.
- DAUSES, M., « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1984, pp. 401-424.
- DE BÚRCA, G., « The Principle of Proportionality and its application in EC Law », vol. 13, n° 1, 1993, *Yearbook of European Law*, pp. 105-150.
- DE SCHUTTER, O., TULKENS, F., « Rights in Conflict : The European Court of Human Right as a Pragmatic Institution », in BREMS, E. (édit.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, Intersentia, 2008, pp. 169-216.
- DE SCHUTTER, O., « Article 52 », in RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, pp. 397-408, disponible sur : http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal_en.pdf [consulté le 4 août 2018].
- DE SCHUTTER, O., « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in DE SCHUTTER, Olivier, NIHOUL, P. (dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 81-118.
- DE VRIES, S., « Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice », *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2013, n° 1, pp. 169-192.
- DE WITTE, B., « Article 53 », in Steve PEERS *et al.* (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Portland, 2014, Hart Publishing, pp. 1523-1538.
- DE WITTE, B., « Le rôle passé et future de la Cour de justice des Communautés européennes dans la protection des droits de l'homme », in ALSTON, P. (dir.), *L'Union européenne et les Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 895-935.
- DEHOUSSE, R., « La subsidiarité et ses limites », *Annuaire européen*, vol. 40, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, pp. 27-46.
- DELMAS-MARTY, M., « Quand l'Europe raisonne la raison d'État », *Revue projet*, 2011, pp. 16-23.
- DEPRÉ, S., « L'exercice d'une activité professionnelle au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la liberté du commerce et de l'industrie », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, pp. 369-383.
- DÍAZ CREGO, M., « El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de las Comunidades europeas referida a los derechos fundamentales », in FRANCISCO GARCÍA ROCA, J., FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. (édit.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, 2009, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 55-77.
- DICKSON, J., « Interpretation and Coherence in Legal Reasoning », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 10 février 2010, disponible sur : <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/> [consulté le 4 août 2018].
- DOUGLAS-SCOTT, S., « A Tale of Two Courts : Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis », *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 629-665.
- DRAGO, G., « La conciliation entre principes constitutionnels », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1991, Chron., pp. 265-269.

- DRAY, W., « The Rationale of Actions », in MARTIN, M., MACINTYRE, L. (édit.), *Readings in the Philosophy of the Social Sciences*, Cambridge, MIT Press, 1994, pp. 173-180.
- DUBOIS, L., « Le droit à cheval sur les principes généraux », in *Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur de Elie Alfandari*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 251-262.
- DUBOUT, E., MAITROT DE LA MOTTE, A., « Avant-propos », in DUBOUT, E., MAITROT DE LA MOTTE, A. (dir.), *L'Unité des libertés de circulation. In varietate concordia*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1-7.
- DUPRÉ, C., « Article 1 », in PEERS, S. et al., *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 3-24.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., « Droits fondamentaux : quelle place dans l'architecture de l'Union », in COHEN-JONATHAN, G. et al. (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul JACQUÉ*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 263-278.
- EECKHOUT, P., « Human Rights and the Autonomy of EU Law : Pluralism or Integration », *Current Legal Problems*, vol. 66, 2013, pp. 169-202.
- FICHERA, M., HERLIN-KARNELL, E., « The Margin of Appreciation Test and Balancing in the Area of Freedom Security and Justice: A Proportionate Answer for a Europe of Rights? », *European Public Law*, vol. 19, 2013, n° 4, pp. 759-787.
- FORDHAM, M., DE LA MARE, Th., « Identifying the Principles of Proportionality », in JOWELL, J., COOPER, J. (édit.), *Understanding Human Rights Principles*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 27-89.
- FOROWICZ, M., « State Discretion as a Paradox of EU Evolution », *EUI Working Paper; MWP 2011/27*, disponible sur: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/18835> [consulté le 4 août 2018].
- FOSTER, Nigel, « The European Court of Justice and the European Convention for the Protection of Human Rights », *Human Rights Law Journal*, vol. 8, 1987, pp. 245-272.
- FRANCK, Th., « On Proportionality of Countermeasures in International Law », *American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, n° 4, pp. 715-767.
- FROMONT, A., VERDURE, Ch., « La consécration du critère de l' "accès au marché" en matière de libre circulation des marchandises : mythe ou réalité? », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, n° 4, pp. 717-748.
- GARDNER, J., « Legal Positivism: 5^{1/2} Myths », *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001, pp. 199-227.
- GERARDS, J., « Diverging Fundamental Rights Standards and the Role of the European Court of Human Rights », in CLAES, M., DE VISSER, M. (édit.), *Constructing European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 4-5, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2344626 [consulté le 4 août 2018].
- GERARDS, J., « How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013, n° 2, pp. 466-490.
- GERARDS, J., « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine », *European Law Journal*, vol. 17, 2011, n° 1, pp. 80-200.
- GERARDS, J., « Fundamental Rights and Other Interests : Should it Really Make a Difference ? », in BREMS, E. (édit.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, 2008, Intersentia, pp. 655-690.
- GIORGI, F., « Pour une révolution théorique douce : la figuration du pluralisme constitutionnel en réseau », *Communication au VII^{ème} congrès de l'Association française de droit constitutionnel*, 25-27 septembre, 2008, Paris, disponible sur : www.droitconstitutionnel.org [consulté le 4 août 2018].
- GOLDMAN, A., « The Entitlement Theory of Distributive Justice », *Journal of Philosophy*, vol. 73, 1976, n° 21, pp. 823-835.
- GOLDSMITH, L., « The Charter of Rights – A Brake not an Accelerator », *European Human Rights Law Review*, vol. 5, 2004, pp. 473-478.

- GOLDSMITH, L., « A Charter of Rights, Freedoms and Principles », in ANDENAS, M., USHER, J. (édit.), *The Treaty of Nice and Beyond: Enlargement and Constitutional Reform*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 387-399.
- GOLDSMITH, L., « A Charter of Rights, Freedoms and Principles », *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, pp. 1201-1216.
- GORMLEY, L., « Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in Keck & Mithouard », *European Business Law Review*, vol. 5, 1994, pp. 63-67.
- GREEN, L., « Legal Obligation and Authority », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 29 décembre 2003, disponible sur : <https://plato.stanford.edu/entries/legal-obligation/#AutOblLeg> [consulté le 4 août 2018].
- GREER, S., « Should Police Threats to Torture Suspects always be Severely Punished? Reflections on the Gäfgen Case », *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, n° 1, pp. 67-89.
- GREER, S., WILLIAM, A., « Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards "Individual", "Constitutional" or "Institutional" Justice? », *European Law Journal*, vol. 15, 2009, n° 4, pp. 462-481.
- GREER, S., « Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate », *Cambridge Law Journal*, vol. 63, 2004, n° 2, pp. 412-434.
- GREER, S., « Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, 2003, pp. 405-433.
- GRIFFIN, J., « Human Rights and the Autonomy of International law », in BESSON, S., TASIOLAS, J. (édit.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 339-355.
- GRIMM, D., « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », trad. de SCHOTT, S., *Juspoliticum – Revue de droit politique*, vol. 6, 2011, disponible sur : <http://juspoliticum.com/article/L-interpretation-constitutionnelle-L-exemple-du-developpement-des-droits-fondamentaux-par-la-Cour-constitutionnelle-federale-383.html> [consulté le 4 août 2018].
- GROSSOT, X., PECH, L., « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le Traité de Lisbonne », *Question d'Europe*, 2010, n° 173, pp. 1-15.
- GROS, G., « Union européenne et droits fondamentaux », *Revista colombiana de derecho internacional*, juin 2005, n° 5, pp. 41-88.
- GUASTINI, R., « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in CAUDAL, S. (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, pp. 113-123.
- GULIYEVA, G., WYRZYKOWSKI, M., « Protocol (N° 30) on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom », in BLANKE, H-J, MANGIAMELI, S. (édit.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2013, pp. 1737-1760.
- HARPAZ, G., « The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy », *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, n° 1, pp. 105-141.
- HASLEHNER, W., « "Consistency" and Fundamental Freedoms : The Case of Direct Taxation », *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 737-772.
- HASNAS, J., « From Cannibalism to Caesareans: Two Conceptions of Fundamental Rights », *Northwestern University Law Review*, vol. 89, 1995, n° 3, pp. 900-941.
- HERINGA, A., VERHEY, L., « The EU Charter : Text and Structure », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 8, 2001, pp. 11-32.
- HILLION, Ch., « Tous pour un, un pour tous ! Cohérence in the External Relations of the European Union », in CREMONA, M. (édit.), *Developments in EU External Relations Law, Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 10-36.

- HILSON, Ch., « Rights and Principles in EU Law : A distinction without Foundation ? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, 2003, pp. 193-215.
- HOHFELD, W., « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, vol. 23, 1913, pp. 16-59.
- JACOBS, F., « The Protection of Human Rights in the Member States of the European Community: The Impact of the Case-Law of the Court of Justice », in O'REILLY, J. (édit.), *Human Rights and Constitution Law: Essays in Honour of Brian Walsh*, Dublin, Round Hall, 1992, pp. 243-250.
- JACOT-GUILLARMOD, O., « Rapport entre démocratie et droits de l'homme », in *Démocratie et Droits de l'Homme*, Actes du colloque de Thessalonique des 24 et 25 septembre 1987, Strasbourg, Engel, 1990, pp. 49-72.
- JACQUÉ, J.-P., « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après Lisbonne », *L'Europe des Libertés*, n° 26, 2008, pp. 2-12.
- JACQUÉ, J.-P., « Article II-105 », in Laurence BURGORGUE-LARSEN, LEVADE, Anne., PICOD, F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Partie II – La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 575-577.
- JOLIET, R., « Der freie Warenverkehr : Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung », *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil*, 1994, pp. 979-987.
- JOUANJAN, O., « La théorie allemande des droits fondamentaux », *Actualité Juridique – Droit Administratif*, n° spécial, 1998, pp. 44-51.
- KAMM, F., « Rights », in COLEMAN, J., SHAPIRO, Scott J. (édit.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 476-513.
- KELLY, J., « Le contrôle international des restrictions et limitations », in *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des Droits de l'homme*, Francfort, 9-12 avril 1980, Paris, Pedone, 1982, pp. 187-198.
- KEMPEES, P., « « Legitimate aims » in the case-law of the European Court of Human Rights », in MAHONEY, P. et al. (édit.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Carl Heymanns, 2000, pp. 659-675.
- KERVEGAN, J.-F., « Éléments d'une théorie institutionnelle des droits », *Klesis – Revue philosophique*, 2011, pp. 112-132.
- KINGREEN, Th., « Fundamental Freedoms », in Armin VON BOGDANDY, Jürgen BAST (édit.), *Principles of European Constitutional Law*, 2^e éd., Oxford, Munich, Hart Publishing, 2010, Beck, pp. 515-549.
- KOKOTT, J., « Menschenrechtsschutz im Rahmen der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaften », in Pedro NIKKEN, Antonio CANÇADO TRINDADE (édit.), *The Modern World of Human Rights: Essays in Honour of Thomas Buergenthal*, San José, Inter-American Institute of Human Rights, 1996, pp. 135-158.
- KOSAŘ, D., « Conflicts between Fundamental Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of the Czech Republic », in BREMS, E. (édit.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, Intersentia, 2008, pp. 347-378.
- KOSTAKOPOULOU, Th., FERREIRA, N., « Testing Liberal Norms: The Public Policy and Public Security Derogations and the Cracks in European Union Citizenship », *Warwick School of Law Legal Studies Research Paper*, n° 2013-18, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2271722> [consulté le 4 août 2018].
- KRANENBORG, H., « Article 8 », in Steve PEERS et al. (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 223-265.
- KÜHLING, J., « Fundamental Rights », in VON BOGDANDY, A., BAST, J. (édit.), *Principles of European Constitutional Law*, 2^e éd., Oxford, Munich, Hart Publishing, Beck, 2010, pp. 479-514.

- KUMM, M., « The Jurisprudence of Constitutional Conflict : Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *European Law Journal*, vol. 11, 2005, pp. 262-307.
- LABAYLE, H., « Article 45 » in RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, p. 348-355, disponible sur : http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal_en.pdf [consulté le 4 août 2018].
- LAFOLLETTE, H., « Why Libertarianism is Mistaken » in ARTHUR, J., SHAW, W. (édit.), *Justice and Economic Distribution*, 2^e éd., Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1991, pp. 194-206.
- LANG, T., « The Sphere in which Member States are Obligated to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles », *Legal Issues of European Integration*, 1991-1992, pp. 23-36.
- LAWSON, R., « Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg », in LAWSON, R., DE BLOIS, M. (édit.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe - Essays in Honour of Professor Henry G. SCHERMERS*, vol. 3, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff, 1994, pp. 219-252.
- LE BOT, O., « Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 55, 2003, pp. 781-811.
- LECOURT, R., « Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice des Communautés européennes », in MATSCHER, F., PETZOLD, H. (édit.), *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne : Mélanges en l'honneur de Gerard J. Wiarda*, Cologne, Berlin, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, pp. 338-339.
- LEMMENS, P., « The Relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights. Substantive Aspects », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 8, 2001, n° 1, pp. 49-67.
- LENAERTS, K., GUTIÉRREZ-FONS, J., « To say what the law of the EU is : Methods of interpretation and the European Court of Justice », *Columbia Journal of European Law*, vol. 20, 2013, pp. 3-61.
- LENAERTS, K., « Die EU-Grundrechtecharta : Anwendbarkeit und Auslegung », *Europarecht*, vol. 47, 2012, n° 1, pp. 3-17.
- LENAERTS, K., DE SMUTER, E., « The Charter and the Role of the European Courts », *Maastricht Journal of European Law*, vol. 8, 2001, pp. 90-101.
- LETSAS, G., « Rescuing Proportionality », in CRUFT, R., MATTHEW, L., et RENZO, M. (édit.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 316-40.
- LETSAS, G., « Harmonic Law – The Case Against Pluralism », in DICKSON, J., ELEFThERiADIS, P. (édit.), *Philosophy of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 77-108.
- LETSAS, G., « Two Concepts of the Margin of Appreciation », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, 2006, n° 4, pp. 705-732.
- LEVINET, M., « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du « lancer de nains » devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 55, 2003, pp. 1024-1042.
- LEVY, J., « Political Theory and Political Philosophy », disponible sur <http://profs-polisci.mcgill.ca/levy/theory-philosophy.html> [consulté le 4 août 2018].
- LOCK, T., « The ECJ and the ECtHR : the Future Relationship between the Two European Courts », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, 2009, pp. 375-398.

- LOUIS, J.-V., « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in COHEN-JONATHAN, G. *et al.* (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 443-461.
- MACCORMICK, N., « Rights in Legislation », in HACKER, P., RAZ, J. (édit.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of HLA Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 189-289.
- MARAUHN, T., RUPPEL, N., « Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notions of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court », in Eva BREMS (édit.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, Intersentia, 2008, pp. 273-296.
- MARCIALI, S., « Les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux », in RIDEAU, J. (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 345-377.
- MARKS, S., « The European Convention on Human Rights and its « Democratic Society », *British Yearbook of International Law*, vol. 66, 1995, pp. 209-238.
- MARTENS, P., « Irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques VELU*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 49-68.
- MARTIN, X., « Sur l'homme de la déclaration des droits », *Droits*, 1988, n° 8, pp. 83-89.
- MATHISEN, G., « Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement », *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, pp. 1021-1048.
- MATSCHER, F., « Methods of Interpretation of the Convention » in McDONALD, R., MATSCHER, F., PETZOLD, H. (édit.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Boston, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 63-82.
- MAUBERNARD, Ch., « La mise en œuvre des politiques de l'Union européenne répond-elle aux exigences d'une « société démocratique » au sens de la CEDH ? Ou l'Union européenne n'est pas un État comme les autres » in POTVIN-SOLIS, L. (dir.), *Politique de l'Union européenne et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 188-215.
- MAUBERNARD, Ch., « Conciliation des droits et libertés fondamentaux dans le marché intérieur », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2011, chron. n° 5, disponible sur : <http://www.revuedlf.com/droit-ue/conciliation-des-droits-et-libertes-fondamentales-dans-le-marche-interieur/> [consulté le 4 août 2018].
- McCRUDDEN, Ch., « An Introduction to Current Debates », in McCRUDDEN, Ch. (édit.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 1-58.
- McCRUDDEN, Ch., « The Future of the EU Charter of Fundamental Rights », *Jean Monnet Working Paper*, n° 10/01, disponible sur : <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/013001.html> [consulté le 4 août 2018].
- McHARG, A., « Reconciling Human Rights and the Public Interest : Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Modern Law Review*, vol. 62, 1999, pp. 671-696.
- MENA PARRAS, F., « From Strasbourg to Luxembourg ? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », *Centre Perelman de Philosophie du Droit, Working Paper 2015/7*, disponible sur : http://www.philodroit.be/IMG/pdf/fm_transposing_the_margin_of_appreciation_concept_into_eu_law_-_2015-7.pdf [consulté le 4 août 2018].
- MENDELSON, M., « The European Court of Justice and Human Rights », *Yearbook of European Law*, vol. 1, 1981, n° 1, pp. 125-165.
- MILLET, F.-X., « A la lumière de la Charte », in BURGORGUE-LARSEN, L. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2017, pp. 9-31.
- MORAND, Ch.-A., « Pesée d'intérêts et décisions complexes », in MORAND, Ch.-A. (édit.), *La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Helbing Lichtenhahn, 1996, pp. 41-86.

- MURENZI, S., « La cohérence dans le raisonnement des juges européens », in BESSON, S., ZIEGLER, A. (édit.), *Le juge en droit européen et international*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2013, pp. 173-192.
- O'DONNELL, Th., « The Margin of Appreciation Doctrine : Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 4, 1982, pp. 474-496.
- OST, F., « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in DELMAS-MARTY, M. (édit.), *Raisonnement la raison d'État, vers une Europe des droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, pp. 405-463.
- OST, F., « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre ? », in OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 237-323.
- PALOMBELLA, G., « From Human Rights to Fundamental Rights. Consequences of a Conceptual Distinction », *EUI Working papers LAW*, n° 2006/34, disponible sur : <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/6400> [consulté le 4 août 2018].
- PATI, R., « Rights and Their Limits : The Constitution for Europe in International and Comparative Legal Perspective », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 23, 2005, n° 1, pp. 223-280.
- PEERS, S., PRECHAL, S., « Article 52 », in PEERS, S. et al. (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 1455-1521.
- PEERS, S., « Taking Rights Away ? Limitations and Derogations », in PEERS, S., « The Rebirth of the EU's Charter of Fundamental Rights », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13, 2011, pp. 283-309.
- PEERS, S., WARD, A. (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 141-179.
- PENNER, J., « The Analysis of Rights », *Ratio Juris*, vol. 10, 1997, n° 3, pp. 300-315.
- PESCATORE, P., « The Context and Significance of Fundamental Rights in the Law of the European Communities », *Human Rights Law Review*, vol. 2, 1981, pp. 295-308.
- PICARD, E., « Droits fondamentaux », in ALLAND, D., RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, pp. 544-549.
- PICOD, F., « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Chemin d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul JACQUÉ*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 527-545.
- PIPKORN, J., « La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 4, 1993, pp. 221-241.
- PIRKER, B., « Case C-283/11 Sky Österreich : Taking proportionality seriously », *European Law Blog*, 29 janvier 2013, disponible sur : <http://europeanlawblog.eu/2013/01/29/case-c-28311-sky-osterreich-taking-proportionality-seriously/> [consulté le 4 août 2018].
- PLACCO, A., « La protection des données à caractère personnel dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative aux droits fondamentaux », in GROSJEAN, A. (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 27-57.
- PLATON, S., « Les droits fondamentaux et l'exécution des politiques de l'Union européenne par les États membres » ; in POTVIN-SOLIS, L. (dir.), *Politiques de l'Union européenne et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 99-122.
- POIRES MADURO, M., « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », in WALKER, N. (édit.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 501-537.
- POIRES MADURO, M., « Europe and the constitution : What if this is as good as it gets? », in WEILER, J., WIND, M. (édit.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 74-103.

- POPESCU, A., « L'arrêt Parillo c. Italie : un considérable pas en arrière, malgré la protection de l'embryon humain in vitro italien », *Village de la Justice*, 10 septembre 2015, disponible sur : <http://www.village-justice.com/articles/arret-Parillo-Italie-considerable,20381.html> [consulté le 4 août 2018].
- POSNER, R., « Legal Reasoning from the Top Down and From the Bottom Up : The Question of Unenumerated Constitutional Rights », *University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992, pp. 433-450.
- POTVIN-SOLIS, L., « Les politiques de l'Union européenne et les rapports de systèmes entre les deux jurisprudences européennes dans la garantie des droits fondamentaux », in POTVIN-SOLIS, L. (dir.), *Politiques de l'Union européenne et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 123-186.
- PRISO-ESSAWE, S., « Droit de propriété et libre exercice des activités professionnelles », in SUDRE, F. (dir.), *Droit communautaire des droits fondamentaux. Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes – 2000*, parue dans la *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, pp. 797-823.
- RAZ, J., « L'autorité légitime. Les prétentions du droit », *Droits 2013/1*, n° 57, pp. 227-260.
- RAZ, J., « Human Rights in the Emerging World Order », *Transnational Legal Theory*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 31-47.
- RAZ, J., « The Problem of Authority : Revisiting the Service Conception », *Minnesota Law Review*, 2006, vol. 90, pp. 1003-1044.
- RAZ, J., « On The Nature of Law », *Archiv fur Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 82, 1996, p. 1-25.
- RAZ, J., « Why Interpret? », *Ratio Juris*, vol. 9, 1996, n° 4, pp. 349-363.
- RAZ, J., « On the Nature of Rights », *Mind*, vol. 93, 1984, pp. 194-214.
- RAZ, J., « Legal Principles and the Limits of Law », *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 823-854.
- REUTER, P., « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit », in *Problèmes de droit des gens. Mélanges offerts à Henri ROLIN*, Paris, Pedone, 1964, pp. 263-283.
- RIGAUX, F., « Introduction générale », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, numéro spécial, *La liberté d'expression*, vol. 23, 1995, pp. 401-415.
- RITHBARD, M., « Robert Nozick and the Immaculate Conception of the State », *Journal of Libertarian Studies*, vol. 1, 1977, n° 1, pp. 45-57.
- RIVERS, J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006, pp. 184-187.
- ROBERTO BARROSO, L., « Here, There, and Everywhere : Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse », *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 35, 2012, pp. 331-394.
- ROSSI, L., « Corte costituzionale (Italian Constitutional Court) : Decisions 348 and 349/2007 of 22 October, 2007, and 102 and 103/2008, of 12 February 2008 », *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, n° 1, pp. 319-331.
- RUMLER-KORINEK, E. et VRANES, E., « Artikel 52 », in HOLOUBEK, M., LIENBACHER, G. (édit.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union. GRC Kommentar*, Vienne, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014, pp. 744-771.
- SAURON, J.-L., « Les divergences de jurisprudence – Le traitement des divergences de jurisprudence – La question en droit communautaire et européen », in ANCEL, P., RIVIER, M.-C. (édit.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, pp. 283-302.
- SCHACHTER, O., « Human Rights as a Normative Concept », *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, n° 4, pp. 848-854.

- SCHAUER, F., « Instrumental Commensurability », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, 1998, pp. 1215-1233.
- SCHAUER, F., « Commensurability and its Constitutional Consequences », *Hastings Law Journal*, vol. 45, 1994, pp. 785-812.
- SCHERMERS, H., « The European Communities Bound by Fundamental Human Rights », *Common Market Law Review*, vol. 27, 1990, n° 2, pp. 249-258.
- SHANY, Y., « Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 16, 2006, n° 5, pp. 907-940.
- SHAPIRO, M., « Comparative Law and Comparative Politics », *Southern California Law Review*, vol. 53, 1979, pp. 537-542.
- SIMON, D., « Les principes en droit communautaire », in CAUDAL, S. (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, pp. 287-304.
- SIMON, D., « Ya-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, n° 14, pp. 73-86.
- SKOURIS, V., « Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht », *Die Öffentliche Verwaltung*, vol. 59, 2006, n° 3, pp. 89-97.
- SOUVIGNET, X., « L'accès au droit, principe du droit, principe de droit », *Jurisdoctoria*, 2008, n° 1, pp. 23-50.
- SPAVENTA, E., « Article 45 », in PEERS, S. et al. (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Portland, 2014, Hart Publishing, pp. 1161-1176.
- SPIELMANN, D., « Allowing the Right Margin : The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine : Waiver or Subsidiarity of European Review? », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 14, 2011, pp. 381-418.
- SPIELMANN, D., « Jurisprudence des juridictions de Strasbourg et de Luxembourg dans le domaine des droit de l'homme : conflits, incohérences et complémentarités », in ALSTON, Ph. (dir.), *L'Union européenne et les Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 789-812.
- STEINBERG, Ph., « Zur Konvergenz der Grundfreiheiten auf der Tatbestands- und Rechtfertigungsebene », *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, vol. 29, 2002, pp. 13-25.
- STONE SWEET, A., MATHEWS, J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, pp. 72-164.
- STREINZ, R., « Artikel 5 », in STREINZ, R. (édit.), *EUV/AEUV*, 2^e éd, Munich, 2012, Beck, pp. 47-66.
- SUDRE, F., « Les conflits de droits. Cadre général d'approche dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in POTVIN-SOLIS, L. (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 233-262.
- SUNSTEIN, C., « Incommensurability and Valuation in Law », *Michigan Law Review*, vol. 92, n° 4, 1994, pp. 779-861.
- SWEENEY, J., « A "Margin of Appreciation" in the Internal Market : Lessons from the European Court of Human Rights », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 34, 2007, n° 1, pp. 27-52.
- SYRPIS, P., « Reconciling Economic Freedoms and Social Rights – The Potential of Commission c Germany (Case C-271/08, Judgment of 15 July 2010) », *Industrial Law Journal*, vol. 40, 2011, n° 2, pp. 222-229.
- TAVERNIER, P., « Article 15 », in PETTITI, L.-E., DECAUX, E., IMBERT, P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 489-503.
- TENEKIDES, G., « Rapport entre démocratie et droits de l'homme », in *Démocratie et Droits de l'Homme*, Actes du colloque de Thessalonique des 24 et 25 septembre 1987, Strasbourg, Engel, 1990, pp. 10-48.

- TJETJE, Ch., « The Concept of Coherence in the Treaty on the European Union and the Common Foreign and Security Policy », *European Foreign Affairs Review*, 1997, pp. 211-233.
- TRÉGUIER, M.-L., « Cours constitutionnelles, Cour de justice des Communautés européenne et droit fondamentaux », in RIDEAU, J. (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne – Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 249-275.
- TREMBLAY, L., « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 33, 2002-2003, pp. 70-93.
- TRIANAFYLLOU, D., « The European Charter of Fundamental Rights and the « Rule of Law » : Restricting Fundamental Rights by Reference », *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, pp. 53-64.
- TRIDIMAS, T., « Proportionality in Community Law : Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny », in ELLIS, E. (édit.), *The Principle of Proportionality*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 1999, pp. 66-84.
- TSAKYRAKIS, S., « Proportionality: An Assault on Human Rights? », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 2009, pp. 468-493.
- TSCHORNE, S., « Towards an Expressive Approach to Rights : Revisiting Hart's Theory of Rights », *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)*, 2013, disponible sur : https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Tschorne_CV_Eng_20130426.pdf [consulté le 4 août 2018].
- TULKENS, F., DONNAY, L., « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 1, 2006, pp. 3-23.
- ÜMAY, M., « The Concept of 'Necessary in a Democratic Society' in Restriction of Fundamental Rights. A Reflection from European Convention on Human Rights », *Human Rights Review*, vol. 1, 2011, n° 2, disponible sur <http://www.taa.gov.tr/indir/the-concept-of-necessary-in-a-democratic-society-in-restriction-of-fundamental-rights-a-reflection-from-european-convention-on-human-rights-bWFrYWxlFDRhYzA5LWI4NzI4LTQyZGExLTI1MmE1LnBkZnw0ODE/> [consulté le 4 août 2018].
- TUSSEAU, G., « Métathéorie de la notion de principe dans la théorie du droit contemporaine. Sur quelques écoles de définition des principes », in Sylvie CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, pp. 75-112.
- VAN DER SCHYFF, G., « Interpreting the protection guaranteed by the two-stage rights in the European Convention on Human Rights », in BREMS, E., GERARDS, J. (édit.), *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 65-83.
- VAN DER SCHYFF, G., « Cutting to the Core of Conflicting Rights : The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », in BREMS, E. (édit.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, Intersentia, 2008, pp. 131-147.
- VAN DROOGHENBROECK, S., RIZCALLAH, C., « Article 52-1. Limitations aux droits garantis », in PICOD F., VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 1083-1111.
- VELU, J., « Le droit pour les États de déroger à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation », in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, 4^e Colloque du Département des droits de l'homme : Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 71-147.
- VIAL, C., TINIÈRE, R., « Propos introductifs. L'autonomie du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne en question », in VIAL, C., TINIÈRE, R. (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 9-40.
- VON BOGDANDY, A., « Founding Principles », in VON BOGDANDY, A., BAST, J. (édit.), *Principles of European Constitutional Law*, 2^e éd., Oxford, Munich, Hart Publishing et Beck, 2010, pp. 11-54.

- VRANES, E., « The Final Clauses of the Charter of Fundamental Rights - Stumbling Blocks for the First and Second Convention », *European Integration Online Papers*, vol. 7, 2003, n° 7, disponible sur : <http://eiop.or.at/eiop/pdf/2003-007.pdf> [consulté le 4 août 2018].
- WALDRON, J., « Is Dignity the Foundation of Human Rights », *New York University School of Law – Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper n° 12-73, disponible sur : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2196074&download=yes, janvier 2013 [consulté le 4 août 2018].
- WALDRON, J., « The Decline of Natural Right », in ALLEN WOOD, SONGSUK HAHN, S. (édit.), *Cambridge History of Nineteenth Philosophy*, New York, 2012, Cambridge University Press, pp. 623-650.
- WALDRON, J., « Dignity, Rank, and Rights », *The Tanner Lectures on Human Values*, 21-23 avril 2009, disponible sur : http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/w/Waldron_09.pdf [consulté le 4 août 2018].
- WALDRON, J., « Fake Incommensurability : A Response to Professor Schauer », *Hastings Law Journal*, vol. 45, 1994, pp. 813-824.
- WALDRON, J., « Rights in Conflict », *Ethics*, vol. 99, 1989, n° 3, pp. 503-519.
- WALDRON, J., « Introduction », in WALDRON, J. (édit.), *Theories of Rights*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1984.
- WALKER, N., « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, 2002, n° 3, pp. 317-359.
- WASCHMANN, P., « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 », *Droits*, 1985, n° 2, pp. 13-22.
- WEILER, J., « The Transformation of Europe », *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, n° 8, pp. 2403-2483.
- WENAR, L., « Rights », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 9 septembre 2015, disponible sur : <http://plato.stanford.edu/entries/rights/> [consulté le 4 août 2018].
- WETZEL, J., « Improving Fundamental Rights Protection in the European Union : Resolving the Conflicts and Confusion Between the Luxembourg and Strasbourg Courts Justice », *Fordham Law Review*, vol. 71, 2003, pp. 2823-2862.
- ZILLER, J., « Le fabuleux destin des *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* », in COHEN-JONATHAN, G. et al. (dir.), *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 765-781.
- ZUCCA, L., « Monism and Fundamental Rights », in DICKSON, J., ELEFThERiADIS, P. (édit.), *Philosophy of European Union Law*, Oxford, 2012, Oxford University Press, pp. 331-353.
- ZUCCA, L., « Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas », in BREMS, E. (édit.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Anvers, Oxford, Portland, 2008, Intersentia, pp. 19-38.
- ZUCKERT, M., « Do Natural Rights Derive from Natural Law ? », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 20, 1996, pp. 695-731.

TABLE DES TEXTES ET DOCUMENTS INSTITUTIONNELS

(Les numéros renvoient aux numéros des pages)

I. Les règlements	578
II. Les directives	578
III. Les autres documents officiels	580

I. LES RÈGLEMENTS

- Règlement (CE) n° 259/2008 de la Commission du 18 mars 2008 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 1290/2005 du Conseil en ce qui concerne la publication des informations relatives aux bénéficiaires de fonds en provenance du Fonds européen agricole de garantie (FEAGA) et du Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader), *JO*, L 76, p. 28.
- Règlement (CE) n° 318/2007 de la Commission, du 23 mars 2007, fixant les conditions de police sanitaire applicables aux importations de certains oiseaux dans la Communauté et les conditions de quarantaine qui leur sont applicables, *JO*, L 84, p. 7.
- Règlement (CE) n° 1924/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires, *JO*, L 404, p. 9, tel que modifié en dernier lieu par le règlement (UE) n° 116/2010 de la Commission, du 9 février 2010, *JO*, L 37, p. 16.
- Règlement (CE) n° 1290/2005 du Conseil, du 21 juin 2005, relatif au financement de la politique agricole commune, *JO*, L 209, p. 1, tel que modifié par le règlement (CE) n° 1437/2007 du Conseil, du 26 novembre 2007, *JO*, L 322, p. 1.
- Règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil, du 13 décembre 2004, établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres, *JO*, L 385, p. 1, tel que modifié par le règlement (CE) n° 444/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 6 mai 2009, *JO* L 142, p. 1, et rectificatif *JO*, L 188, p. 127.
- Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, *JO* L 338, p. 1.
- Règlement (CE) n° 2580/2001, du 27 décembre 2001, concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, *JO*, L 344, p. 70, et rectificatif *JO*, 2010, L 52, p. 58.
- Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO*, L 12, p. 1.
- Règlement (CEE) n° 1071/68 de la Commission, du 25 juillet 1968, concernant les modalités d'application de l'octroi d'aides au stockage privé dans le secteur de la viande bovine, *JO*, L 180, p. 19.

II. LES DIRECTIVES

- Directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil, du 3 avril 2014, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE, *JO*, L 127, p. 1.
- Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, *JO*, L 180, p. 96.
- Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 10 mars 2010, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, *JO*, L 95, p. 1, et rectificatif *JO*, L 263, p. 15.
- Directive 2009/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 18 juin 2009, relative à l'exploitation et à la mise dans le commerce des eaux minérales naturelles, *JO*, L 164, p. 45.
- Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, *JO*, L 376, p. 36.

- Directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, *JO*, L 347, p. 1.
- Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, *JO*, L 105, p. 54.
- Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *JO*, L 309, p. 15.
- Directive 2004/113/CE du Conseil, du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, *JO*, L 373, p. 37.
- Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, *JO*, L 304, p. 12, et rectificatif *JO*, L 204, p. 24.
- Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *JO*, L 157, p. 45, et rectificatif *JO*, L 195, p. 16.
- Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *JO*, L 158, p. 77.
- Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JO*, L 134, p. 114.
- Directive 2004/33/CE de la Commission, du 22 mars 2004, portant application de la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins, *JO*, L 91, p. 25.
- Directive 2003/109/CE du Conseil, du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JO*, L 16, p. 44.
- Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *JO*, L 299, p. 9.
- Directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au regroupement familial, *JO*, L 251, p. 12.
- Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, *JO*, L 201, p. 37.
- Directive du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JO*, L 167, p. 10.
- Directive 2000/78/CE, du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JO*, L 303, p. 16.
- Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *JO*, L 178, p. 1.
- Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, *JO*, L 213, p. 13.

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JO*, L 281, p. 31.

Directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *JO*, L 209, p. 1.

III. LES AUTRES DOCUMENTS OFFICIELS

Protocole (n° 30) sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni, *JO*, L 115, p. 313.

Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *JO*, C 303, p. 17.

Conclusions de la Présidence du Conseil européen des 29 et 30 octobre 2009 à Bruxelles, DOC 15265/09 CONCL 3.

Déclaration commune sur les priorités législatives de l'Union européenne pour 2017, disponible sur : <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/12/13-council-approves-eu-legislative-priorities-2017/> [consulté le 4 août 2018].

Note du *Praesidium* du 15 février 2000, Charte 4123/1/00, Convent 5, disponible sur : http://www.europarl.europa.eu/charter/activities/docs/pdf/convent05_fr.pdf [consulté le 4 août 2018].

Note du *Praesidium* du 16 mai 2000, Charte 4316/00, Convent 34, disponible sur : http://www.europarl.europa.eu/charter/activities/docs/pdf/convent34_fr.pdf [consulté le 4 août 2018].

Note du *Praesidium* du 3 juillet 2000, Charte 4383/00, Convent 41, disponible sur : http://www.europarl.europa.eu/charter/activities/docs/pdf/convent41_fr.pdf [consulté le 4 août 2018].

Note du *Praesidium* du 28 juillet 2000, Charte 4422/00, Convent 45, disponible sur : http://www.europarl.europa.eu/charter/activities/docs/pdf/convent45_fr.pdf [consulté le 4 août 2018].

Jean-Paul COSTA, Vassilios SKOURIS, *Communication commune des présidents Costa et Skouris*, Strasbourg et Luxembourg, 24 janvier 2011, p. 1, disponible sur : https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_francais.pdf [consulté le 4 août 2018].

Allocation de Dean SPIELMANN lors de la réunion conjointe de la CJUE et de la CourEDH à Helsinki le 6 septembre 2013, disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130906_Spielmann_Helsinki_FRA.pdf.

Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme, du 14 novembre 2016, disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf [consulté le 4 août 2018].

Agence européenne des droits fondamentaux, *Fundamental Rights Report 2017*, disponible sur : <http://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/publications/annual-reports/fundamental-rights-2017> [consulté le 4 août 2018].

TABLE DES ARRÊTS

(Les numéros renvoient aux numéros des pages)

I. Les arrêts des autorités judiciaires de l'UE	582
A. Les arrêts et avis de la CJCE	582
B. Les arrêts et avis de la CJUE	586
C. Les arrêts du Tribunal	590
D. Les conclusions et prises de position des Avocats généraux	590
II. Les arrêts des autorités judiciaires du Conseil de l'Europe	592
A. Les décisions de la CommEDH	592
B. Les arrêts de la CourEDH	592
C. Les opinions concordantes et dissidentes des juges	602

Le présent ouvrage prend en compte la jurisprudence pertinente rendue par les autorités judiciaires de l'UE et du Conseil de l'Europe jusqu'au 31 décembre 2017.

Les références aux arrêts et avis de la CJUE ainsi qu'aux arrêts et ordonnances du Tribunal qui sont précédées d'un astérisque (*) signifient que le document concerné a uniquement fait l'objet d'une publication au Recueil numérique des arrêts de la Cour, consultable sous : <http://curia.europa.eu>.

À des fins de concision, la jurisprudence pertinente n'est citée dans la présente étude que dans sa version abrégée, telle qu'elle figure entre crochet ([...]) ci-dessous.

I. LES ARRÊTS DES AUTORITÉS JUDICIAIRES DE L'UE

A. Les arrêts et avis de la CJCE

- CJCE, arrêt du 29 novembre 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. n° C-8/55, rec. 1955, p. 291, ECLI:EU:C:1956:11. [CJCE, 29 novembre 1956, *Fédération Charbonnière*]
- CJCE, arrêt du 11 juillet 1968, *Henri Danvin c. Commission des Communautés européennes*, aff. n° 26/67, rec. 1968, p. 463, ECLI:EU:C:1968:38. [CJCE, 11 juillet 1968, *Henri Danvin*]
- CJCE, arrêt du 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. Ville d'Ulm – Sozialamt*, aff. n° 29/69, rec. 1969, p. 419, ECLI:EU:C:1969:57. [CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder*]
- CJCE, arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. n° 11/70, rec. 1970, p. 1125, ECLI:EU:C:1970:114. [CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*]
- CJCE, arrêt du 17 décembre 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel c. Köster et Berodt & Co*, aff. n° 25/70, rec. 1970, p. 1161, ECLI:EU:C:1970:115. [CJCE, 17 décembre 1970, *Köster et Berodt*]
- CJCE, arrêt du 31 mars 1971, *Commission des Communautés européennes c. Conseil des Communautés européennes*, aff. n° 22/70, rec. 1971, p. 263, ECLI:EU:C:1971:32. [CJCE, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil*]
- CJCE, arrêt du 7 février 1973, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, aff. n° 39/72, rec. 1973, p. 101, ECLI:EU:C:1973:13. [CJCE, 7 février 1973, *Commission c. Italie*]
- CJCE, arrêt du 13 novembre 1973, *Wilhelm Werhahn Hansamühle et al. c. Conseil des Communautés européennes*, aff. jtes n° 63/72, 64/72, 65/72, 66/72, 67/72, 68/72 et 69/72, rec. 1973, p. 1229, ECLI:EU:C:1973:121. [CJCE, 13 novembre 1973, *Wilhelm Werhahn Hansamühle*]
- CJCE, arrêt du 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, aff. n° 4/73, rec. 1974, p. 491, ECLI:EU:C:1974:51. [CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold*]
- CJCE, arrêt du 15 juin 1978, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, aff. n° C-149/77, rec. 1978, p. 1365, ECLI:EU:C:1978:130. [CJCE, 15 juin 1978, *Gabrielle Defrenne*]
- CJCE, arrêt du 25 janvier 1979, *A. Racke c. Hauptzollamt Mainz*, aff. n° 98/78, rec. 1979, p. 69, ECLI:EU:C:1979:14. [CJCE, 25 janvier 1979, *A. Racke*]

BRUYLANT

- CJCE, arrêt du 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. n° 44/79, rec. 1979, p. 3727, ECLI:EU:C:1979:290. [CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer*]
- CJCE, arrêt du 18 mars 1980, *SpA Ferriera Valsabbia et al. c. Commission des Communautés européennes*, aff. jtes n° 154/78, 205/78, 206/78, 226/78, 228/78, 263/78, 264/78, 39/79, 31/79, 83/79 et 85/79, rec. 1980, p. 907, ECLI:EU:C:1980:81. [CJCE, 18 mars 1980, *SpA Ferriera Valsabbia*]
- CJCE, arrêt du 10 juillet 1980, *Commission c. France*, aff. n° C-152/78, ECLI:EU:C:1980:187. [CJCE, 10 juillet 1980, *Commission c. France*]
- CJCE, arrêt du 9 juillet 1981, *Administration des douanes c. Société anonyme Gondrand Frères and Société anonyme Garancini*, aff. n° C-169/80, rec. 1981, p. 1931, ECLI:EU:C:1981:171. [CJCE, 9 juillet 1981, *Gondrand Frères*]
- CJCE, arrêt du 23 février 1983, *Fromançais SA c. Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA)*, aff. n° 66/82, rec. 1983, p. 395, ECLI:EU:C:1983:42. [CJCE, 23 février 1983, *Fromançais*]
- CJCE, arrêt du 10 juillet 1984, *R. c. Kent Kirk*, aff. n° 63/83, rec. 1984, p. 2689, ECLI:EU:C:1984:255. [CJCE, 10 juillet 1984, *Kent Kirk*]
- CJCE, arrêt du 25 septembre 1984, *Karl Könecke GmbH & Co. KG, Fleischwarenfabrik c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, aff. n° C-117/83, rec. 1984, p. 3291, ECLI:EU:C:1984:288. [CJCE, 25 septembre 1984, *Karl Könecke*]
- CJCE, arrêt du 23 avril 1986, *Les Verts c. Parlement*, aff. n° C-294/83, rec. 1986, p. 1339, ECLI:EU:C:1986:166. [CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts*]
- CJCE, arrêt du 23 juillet 1989, *Hubert Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, aff. n° 5/88, rec. 1989, p. 2609, ECLI:EU:C:1989:321. [CJCE, 23 juillet 1989, *Hubert Wachauf*]
- CJCE, arrêt du 21 septembre 1989, *Hoechst c. Commission des Communautés européennes*, aff. jtes n° 46/87 et n° 227/88, rec. 1989, p. 2859, ECLI:EU:C:1989:337. [CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*]
- CJCE, arrêt du 18 octobre 1989, *Orkem c. Commission*, aff. n° 374/87, rec. 1989, p. 3283, ECLI:EU:C:1989:387. [CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem*]
- CJCE, arrêt du 22 février 1990, *Communauté européenne du charbon et de l'acier c. Faillite Acciaierie e Ferriere Busseni SpA.*, aff. n° C-221/88, rec. 1990, p. I-495, ECLI:EU:C:1990:84. [CJCE, 22 février 1990, *Faillite Acciaierie*]
- CJCE, arrêt du 13 novembre 1990, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa et al.*, aff. n° C-331/88, rec. 1990, p. I-4023, ECLI:EU:C:1990:391. [CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa*]
- CJCE, arrêt du 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et al.*, aff. n° C-260/89, rec. 1991, p. I-2925, ECLI:EU:C:1991:254. [CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia*]
- CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior SA et Publivia SAE c. Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, aff. jtes n° C-1/90 et C-176/90, rec. 1991, p. I-4151, ECLI:EU:C:1991:327. [CJCE, 25 juillet 1991, *Aragonesa*]
- CJCE, avis de la Cour du 14 décembre 1991, *Avis n° 1/91*, rec. 1991, p. I-6079, ECLI:EU:C:1991:490. [CJCE, 14 décembre 1991, *Avis n° 1/91*]
- CJCE, arrêt du 8 avril 1992, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. n° C-62/90, rec. 1992, p. I-2575, ECLI:EU:C:1992:169. [CJCE, 8 avril 1992, *Commission c. Allemagne*]

- CJCE, arrêt du 20 mai 1992, *Claus Ramrath c. Ministre de la Justice, en présence de l'Institut des réviseurs d'entreprises*, aff. n° C-106/91, rec. 1992, p. I-3351, ECLI:EU:C:1992:230. [CJCE, 20 mai 1992, *Claus Ramrath*]
- CJCE, arrêt du 24 novembre 1993, *Procédure pénale c. n° Bernard Keck et Daniel Mithouard*, aff. jtes n° C-267/91 et C-268/91, rec. 1993, p. I-6097, ECLI:EU:C:1993:905. [CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*]
- CJCE, arrêt du 24 mars 1994, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock*, aff. n° C-2/92, rec. 1994, p. I-955, ECLI:EU:C:1994:116. [CJCE, 24 mars 1994, *Bostock*]
- CJCE, arrêt du 5 octobre 1994, *X c. Commission des Communautés européennes*, aff. n° C-404/92 P, rec. 1994, p. I-4737, ECLI:EU:C:1994:361. [CJCE, 5 octobre 1994, *X c. Commission*]
- CJCE, arrêt du 5 octobre 1994, *République fédérale d'Allemagne c. Conseil de l'Union européenne*, aff. n° C-280/93, rec. 1994, p. I-4973, ECLI:EU:C:1994:367. [CJCE, 5 octobre 1994, *Allemagne c. Conseil*]
- CJCE, arrêt du 15 février 1996, *Fintan Duff et al. c. Minister for Agriculture and Food et Attorney General*, aff. n° C-63/93, rec. 1996, p. I-569, ECLI:EU:C:1996:51. [CJCE, 15 février 1996, *Fintan Duff*]
- CJCE, arrêt du 17 juin 1997, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara et ex parte Abbas Radiom*, aff. jtes n° C-65/95 et C-111/95, rec. 1997, p. I-3343, ECLI:EU:C:1997:300. [CJCE, 17 juin 1997, *Mann Singh Shingara*]
- CJCE, arrêt du 30 avril 1998, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. n° C-24/97, rec. 1998, p. I-2133, ECLI:EU:C:1998:184. [CJCE, 30 avril 1998, *Commission c. Allemagne*]
- CJCE, arrêt du 10 février 2000, *Deutsche Telekom Av. gén. c. Lilli Schröder*, aff. n° C-50/96, rec. 2000, p. I-743, ECLI:EU:C:2000:72. [CJCE, 10 février 2000, *Lilli Schröder*]
- CJCE, arrêt du 10 février 2000, *Deutsche Post Av. gén. c. Elisabeth Sievers et Brunhilde Schrage*, aff. jtes n° C-270/97 et n° C-271/97, ECLI:EU:C:2000:76. [CJCE, 20 février 2000, *Deutsche Post*]
- CJCE, arrêt du 14 mars 2000, *Église de scientologie*, aff. n° C-54/99, ECLI:EU:C:2000:124. [CJCE, 14 mars 2000, *Église de scientologie*]
- CJCE, arrêt du 13 avril 2000, *Kjell Karlsson et al.*, aff. n° C-292/97, rec. 2000, p. I-2737, ECLI:EU:C:2000:202. [CJCE, 13 avril 2000, *Kjell Karlsson*]
- CJCE, arrêt du 6 mars 2001, *Bernard Connolly c. Commission des Communautés européennes*, aff. n° C-274/99 P, rec. 2001, p. I-1611, ECLI:EU:C:2001:127. [CJCE, 6 mars 2001, *Bernard Connolly*]
- CJCE, arrêt du 27 septembre 2001, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Eleanora Ivanova Kondova*, aff. n° C-235/99, rec. 2001, p. I-6427, ECLI:EU:C:2001:489. [CJCE, 27 septembre 2001, *Kondova*]
- CJCE, arrêt du 13 décembre 2001 *Commission des Communautés européennes c. Michael Cwik*, aff. n° C-340/00 P, rec. 2001, p. I-10269, ECLI:EU:C:2001:701. [CJCE, 13 décembre 2001, *Michael Cwik*]
- CJCE, arrêt du 25 juillet 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (Mrax) c. État belge*, aff. n° C-459/99, rec. 2002, p. I-6591, ECLI:EU:C:2002:461. [CJCE, 25 juillet 2002, *Mrax*]
- CJCE, arrêt du 17 septembre 2002, *Baumbast et R c. Secretary of State for the Home Department*, aff. n° C-413/99, rec. 2002, p. I-7091, ECLI:EU:C:2002:493. [CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*]

- CJCE, arrêt du 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, aff. n° C-112/00, rec. 2003, p. I-5659, ECLI:EU:C:2003:333. [CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*]
- CJCE, arrêt du 10 juillet 2003, *Booker Aquacultur Ltd et Hydro Seafood GSP Ltd c. The Scottish Ministers*, aff. jtes n° C-20/00 et n° C-64/00, rec. 2003, p. I-7411, ECLI:EU:C:2003:397. [CJCE, 10 juillet 2003, *Booker Aquacultur*]
- CJCE, arrêt du 13 juillet 2004, *Bacardi France SAS*, aff. n° C-429/02, ECLI:EU:C:2004:432. [CJCE, 13 juillet 2004, *Bacardi France*]
- CJCE, arrêt du 13 juillet 2004, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. n° C-262/02, ECLI:EU:C:2004:431. [CJCE, 13 juillet 2004, *Commission c. France*]
- CJCE, arrêt du 15 juillet 2004, *Di Lenardo Adriano Srl et Dilexport Srl c. Ministero del Commercio con l'Estero*, aff. jtes n° C-37/02 et n° C-37/08, rec. 2004, p. I-6911, ECLI:EU:C:2004:443. [CJCE, 15 juillet 2004, *Di Lenardo*]
- CJCE, arrêt du 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. n° C-36/02, rec. 2004, p. I-9609, ECLI:EU:C:2004:614. [CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*]
- CJCE, arrêt du 27 avril 2006, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, aff. n° C-423/04, rec. 2006, p. I-3585, ECLI:EU:C:2006:256. [CJCE, 27 avril 2006, *Sarah Margaret Richards*]
- CJCE, arrêt du 27 juin 2006, *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, aff. n° C-540/03, rec. 2006, p. I-5769, ECLI:EU:C:2006:429. [CJCE, 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*]
- CJCE, arrêt du 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, aff. n° C-432/05, rec. 2005, p. I-2271, ECLI:EU:C:2007:163. [CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*]
- CJCE, arrêt du 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, aff. n° C-303/05, rec. 2007, p. I-3633, ECLI:EU:C:2007:261. [CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*]
- CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. n° C-438/05, rec. 2007, p. I-10779, ECLI:EU:C:2007:772. [CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*]
- CJCE, arrêt du 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium SA et al. c. État belge*, aff. n° C-250/06, rec. 2007, p. I-11135, ECLI:EU:C:2007:783. [CJCE, 13 décembre 2007, *United Pan-Europe*]
- CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, aff. n° C-341/05, rec. 2007, p. I-11767, ECLI:EU:C:2007:809. [CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*]
- CJCE, arrêt du 29 janvier 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, aff. n° C-275/06, rec. 2008, p. I-271, ECLI:EU:C:2008:54. [CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae*]
- CJCE, arrêt du 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media Av. gén.*, aff. n° C-244/06, rec. 2008, p. I-505, ECLI:EU:C:2008:85. [CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*]
- CJCE, arrêt du 10 juillet 2008, *Ministerul Administrației și Internelor – Direcția Generală de Pașapoarte București c. Gheorghe Jipa*, aff. n° C-33/07, ECLI:EU:C:2008:396. [CJCE, 10 juillet 2008, *Gheorghe Jipa*]

- CJCE, arrêt du 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, aff. n° C-169/07, rec. 2009, p. I-1721, ECLI:EU:C:2009:141. [CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft*]
- CJCE, arrêt du 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. n° C-42/07, rec. 2009, p. I-7633, ECLI:EU:C:2009:519. [CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa*]
- CJCE, arrêt du 6 octobre 2009, *Commission des Communautés européennes c. Royaume d'Espagne*, aff. n° C-153/08, rec. 2009, p. I-9735, ECLI:EU:C:2009:618. [CJCE, 6 octobre 2009, *Commission c. Espagne*]

B. Les arrêts et avis de la CJUE

- CJUE, arrêt du 12 janvier 2010, *Domnica Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, aff. n° C-341/08, rec. 2010, p. I-47, ECLI:EU:C:2010:4. [CJUE, 12 janvier 2010, *Domnica Petersen*]
- CJUE, arrêt du 4 mars 2010, *Rhimou Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken*, aff. n° C-578/08, ECLI:EU:C:2010:117. [CJUE, 4 mars 2010, *Rhimou Chakroun*]
- CJUE, arrêt du 8 juin 2010, *The Queen, à la demande de Vodafone Ltd et al. c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, aff. C-58/08, rec. 2010, p. I-4999, ECLI:EU:C:2010:321. [CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone*]
- CJUE, arrêt du 1^{er} juillet 2010, *Knauf Gips KG c. Commission européenne*, aff. n° C-407/08 P, rec. 2010, p. I-6375, ECLI:EU:C:2010:389. [CJUE, 1^{er} juillet 2010, *Knauf Gips*]
- CJUE, arrêt du 8 juillet 2010, *Afton Chemical Limited c. Secretary of State for Transport*, aff. C-343/09, rec. 2010, p. I-7027, ECLI:EU:C:2010:419. [CJUE, 8 juillet 2010, *Afton Chemical*]
- CJUE, arrêt du 15 juillet 2010, *Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne*, aff. n° C-271/08, rec. 2010, p. I-7091, ECLI:EU:C:2010:426. [CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*]
- CJUE, arrêt du 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH c. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, aff. n° C-409/06, rec. 2010, p. I-8015, ECLI:EU:C:2010:503. [CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten*]
- CJUE, arrêt du 21 septembre 2010, *Royaume de Suède c. Association de la presse internationale ASBL (API) et Commission européenne; Association de la presse internationale ASBL (API) c. Commission européenne et Commission européenne c. Association de la presse internationale ASBL (API)*, aff. jtes n° C-514/07 P, n° C-528/07 P et n° C-532/07 P, rec. 2010, p. I-08533, ECLI:EU:C:2010:541. [CJUE, 21 septembre 2010, *ASBL*]
- CJUE, arrêt du 5 octobre 2010, *J. McB. c. L. E.*, aff. n° C-400/10 PPU, rec. 2010, p. I-8965, ECLI:EU:C:2010:582. [CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*]
- CJUE, arrêt du 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jtes n° C-92/09 et n° C-93/09, rec. 2010, p. I-11063, ECLI:EU:C:2010:662. [CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*]
- CJUE, arrêt du 23 novembre 2010, *Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis*, aff. n° C-145/09, rec. 2010, p. I-11979, ECLI:EU:C:2010:708. [CJUE, 23 novembre 2010, *Panagiotis Tsakouridis*]
- CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. n° C-279/09, rec. 2010, p. I-13849, ECLI:EU:C:2010:811. [CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*]
- CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. n° C-208/09, rec. 2010, p. I.13693, ECLI:EU:C:2010:806. [CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*]

- CJUE, arrêt du 1^{er} mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et al. c. Conseil des ministres*, aff. n° C-236/09, rec. 2011, p. I-773, ECLI:EU:C:2011:100. [CJUE, 1^{er} mars 2011, *Test-Achats*]
- CJUE, arrêt du 5 mai 2011, *Deutsche Telekom Av. gén. c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. n° C-543/09, rec. 2011, p. I-3441, ECLI:EU:C:2011:279. [CJUE, 5 mai 2011, *Deutsche Telekom*]
- CJUE, arrêt du 15 septembre 2011, *Williams et al. c. British Airways plc*, aff. n° C-155/10, rec. 2011, p. I-8409, ECLI:EU:C:2011:588. [CJUE, 15 septembre 2011, *Williams*]
- CJUE, arrêt du 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV*, aff. n° C-34/10, rec. 2011, p. I-9821, ECLI:EU:C:2011:669. [CJUE, 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle*]
- CJUE, arrêt du 15 novembre 2011, *Murat Dereci et al. c. Bundesministerium für Inneres*, aff. n° C-256/11, rec. 2011, p. I-11315, ECLI:EU:C:2011:734. [CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci*]
- CJUE, arrêt du 17 novembre 2011, *Hristo Gaydarov c. Direktor na Glavna direktsia « Ohranitelna politisia » pri Ministerstvo na vatreshnite raboti*, aff. n° C-430/10, rec. 2011, p. I-11637, ECLI:EU:C:2011:749. [CJUE, 17 novembre 2011, *Hristo Gaydarov*]
- CJUE, arrêt du 17 novembre 2011, *Petar Aladzhov c. Zamestnik director na Stolichna direktsia na vatreshnite raboti kam Ministerstvo na vatreshnite raboti*, aff. n° C-434/10, rec. 2011, p. I-11659, ECLI:EU:C:2011:750. [CJUE, 17 novembre 2011, *Petar Aladzhov*]
- CJUE, arrêt du 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. n° C-70/10, rec. 2011, p. I-11959, ECLI:EU:C:2011:771. [CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*]
- CJUE, arrêt du 24 novembre 2011, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) et Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) c. Administración del Estado*, aff. jtes n° C-468/10 et C-469/10, rec. 2011, p. I-12181, ECLI:EU:C:2011:777. [CJUE, 24 novembre 2011, *ASNEF*]
- CJUE, arrêt du 21 décembre 2011, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department et M. E. et al. c. Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. jtes n° C-411/10 et 493/10, rec. 2011, p. I-13905, ECLI:EU:C:2011:865. [CJUE, 21 décembre 2011, *N. S.*]
- *CJUE, arrêt du 24 avril 2012, *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) et al.*, aff. n° C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233. [CJUE, 24 avril 2012, *Servet Kamberaj*]
- *CJUE, arrêt du 5 septembre 2012, *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, aff. n° C-355/10, ECLI:EU:C:2012:516. [CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c. Conseil*]
- *CJUE, arrêt du 5 septembre 2012, *Bundesrepublik Deutschland c. Y et Z*, aff. jtes. C-71/11 et C-99/11, ECLI:EU:C:2012:518. [CJUE, 5 septembre 2012, *Y. et Z.*]
- *CJUE, arrêt du 6 septembre 2012, *Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd*, aff. n° C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531. [CJUE, 6 septembre 2012, *Trade Agency*]
- *CJUE, arrêt du 4 octobre 2012, *Hristo Byankov c. Glaven sekretar na Ministerstvo na vatreshnite raboti*, aff. n° C-249/11, ECLI:EU:C:2012:608. [CJUE, 4 octobre 2012, *Hristo Byankov*]
- *CJUE, arrêt du 23 octobre 2012, *Emeka Nelson et al. c. Deutsche Lufthansa Av. gén. et TUI Travel plc et al. c. Civil Aviation Authority*, aff. jtes C-581/10 et C-629/10, ECLI:EU:C:2012:657. [CJUE, 23 octobre 2012, *Emeka Nelson*]
- *CJUE, arrêt du 6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap c. Otis NV et al.*, aff. n° C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684. [CJUE, 6 novembre 2012, *Otis*]
- *CJUE, arrêt du 15 novembre 2012, *Stichting Al-Aqsa c. Conseil de l'Union européenne et Royaume des Pays-Bas c. Stichting Al-Aqsa*, aff. jtes C-539/10 P et C-550/10 P, ECLI:EU:C:2011:53. [CJUE, 15 novembre 2012, *Stichting Al-Aqsa*]

- *CJUE, arrêt du 6 décembre 2012, *Deutsches Weintor eG c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. n° C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526. [CJUE, 6 décembre 2012, *Deutsches Weintor*]
- *CJUE, arrêt du 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, aff. n° C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28. [CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*]
- *CJUE, arrêt du 29 janvier 2013, *Ciprian Vasile Radu*, aff. n° C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39. [CJUE, 29 janvier 2013, *Ciprian Vasile Radu*]
- *CJUE, arrêt du 31 janvier 2013, *Denise McDonagh c. Ryanair Ltd*, aff. n° C-12/11, ECLI:EU:C:2013:43. [CJUE, 31 janvier 2013, *Denise McDonagh*]
- *CJUE, arrêt du 26 février 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, aff. n° C-399/11, § 58, ECLI:EU:C:2013:107. [CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni*]
- *CJUE, arrêt du 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, aff. n° C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105. [CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*]
- *CJUE, arrêt du 4 juin 2013, *ZZ c. Secretary of State for the Home Department*, aff. n° C-300/11, ECLI:EU:C:2013:363. [CJUE, 4 juin 2013, *ZZ*]
- *CJUE, arrêt du 18 juillet 2013, *Commission européenne et al. c. Yassin Abdullah Kadi*, aff. n° C-584/10 P, ECLI:EU:C:2013:518. [CJUE, 18 juillet 2013, *Yassin Abdullah Kadi*]
- *CJUE, arrêt du 17 octobre 2013, *Michael Schwarz c. Stadt Bochum*, aff. n° C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670. [CJUE, 17 octobre 2013, *Michael Schwarz*]
- *CJUE, arrêt du 17 octobre 2013, *Herbert Schaible c. Land Baden-Württemberg*, aff. n° C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661. [CJUE, 17 octobre 2013, *Herbert Schaible*]
- *CJUE, arrêt du 14 novembre 2013, *Bundesrepublik Deutschland c. Kaveh Puid*, aff. n° C-4/11, ECLI:EU:C:2013:740. [CJUE, 14 novembre 2013, *Kaveh Puid*]
- *CJUE, arrêt du 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources et al. et Kärntner Landesregierung et al.*, aff. jtes n° C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238. [CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*]
- *CJUE, arrêt du 30 avril 2014, *Robert Pflieger, Autoart as, Mladen Vucicevic, Maroxx Software GmbH, Hans-Jörg Zehetner*, aff. n° C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281. [CJUE, 30 avril 2014, *Robert Pflieger*]
- *CJUE, arrêt du 22 mai 2014, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági Zrt c. Bács-Kiskun Megyei Kormányhivatal*, aff. n° C-56/13, ECLI:EU:C:2014:352. [CJUE, 22 mai 2014, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*]
- *CJUE, arrêt du 27 mai 2014, *Zoran Spasic*, aff. n° C-129/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:586. [CJUE, 27 mai 2014, *Zoran Spasic*]
- *CJUE, arrêt du 17 juillet 2014, *Juan Carlos Sánchez Morcillo et María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, aff. n° C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099. [CJUE, 17 juillet 2014, *Sánchez Morcillo*]
- *CJUE, arrêt du 17 septembre 2014, *Liivimaa Lihaveis MTÜ c. Eesti-Läti programmi 2007-2013 Seirekomitee*, aff. n° C-562/12, ECLI:EU:C:2014:2229. [CJUE, 17 septembre 2014, *Liivimaa*]
- *CJUE, arrêt du 11 décembre 2014, *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, aff. n° C-249/13, ECLI:EU:C:2014:2431. [CJUE, 11 décembre 2014, *Khaled Boudjlida*]
- *CJUE, avis du 18 décembre 2014, *C-2/13, Avis n° 2/13*. [CJUE, 18 décembre 2014, *Avis n° 2/13*]
- *CJUE, arrêt du 29 avril 2015, *Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Établissement français du sang*, aff. n° C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288. [CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger*]
- *CJUE, arrêt du 11 juin 2015, *Z. Zh. c. Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie et Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie c. I. O.*, aff. n° C-554/13, ECLI:EU:C:2015:377. [CJUE, 11 juin 2015, *Z. Zh.*]

- *CJUE, arrêt du 11 juin 2015, *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft et al. c. Magyar Állam*, aff. n° C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386. [CJUE, 11 juin 2015, *Berlington*]
- *CJUE, arrêt du 24 juin 2015, *H. T. c. Land Baden-Württemberg*, aff. n° C-373/13, ECLI:EU:C:2015:413 [CJUE, 24 juin 2015, *H. T.*]
- *CJUE, arrêt du 16 juillet 2015, *Coty Germany GmbH c. Stadtsparkasse Magdeburg*, aff. n° C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485. [CJUE, 16 juillet 2015, *Coty Germany*]
- *CJUE, arrêt du 6 octobre 2015, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*, aff. n° C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650. [CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*]
- *CJUE, arrêt du 17 décembre 2015, *Neptune Distribution SNC c. Ministre de l'Économie et des Finances*, aff. n° C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823. [CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*]
- *CJUE, arrêt du 17 décembre 2015, *WebMindLicenses Kft. c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság*, aff. n° C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832. [CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*]
- *CJUE, arrêt du 15 février 2016, *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. n° C-601-15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84. [CJUE, 15 février 2016, *J. N.*]
- *CJUE, arrêt du 4 mai 2016, *Pillbox 38 (UK) Ltd c. Secretary of State for Health*, aff. n° C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324. [CJUE, 4 mai 2016, *Pillbox 38 (UK) Ltd*]
- *CJUE, arrêt du 4 mai 2016, *Philip Morris Brands SARL et al. c. Secretary of State for Health*, aff. n° C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325. [CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris*]
- *CJUE, arrêt du 30 mai 2016, *Lidl GmbH & Co. KG c. Freistaat Sachsen*, aff. n° C-134/15, ECLI:EU:C:2016:498. [CJUE, 30 mai 2016, *Lidl*]
- *CJUE, arrêt du 13 septembre 2016, *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*, aff. n° C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675. [CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*]
- *CJUE, arrêt du 13 septembre 2016, *Secretary of State for the Home Department c. CS*, aff. n° C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674 [CJUE, 13 septembre 2016, *CS*].
- *CJUE, arrêt du 15 septembre 2016, *SC Star Storage SA c. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) et SC Max Boegl România SRL et al. c. RA Aeroportul Oradea et al.*, aff. jtes n° C-439/14 et n° C-488/14, ECLI:EU:C:2016:688. [CJUE, 15 septembre 2016, *SC Star Storage*]
- *CJUE, arrêt du 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB c. Post-och telestyrelsen et Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson et al.*, aff. jtes n° C-203/15 et n° C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970. [CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*]
- *CJUE, arrêt du 21 décembre 2016, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) c. Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisisis kai Koinonikis Allilengyis*, aff. n° C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972. [CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*]
- *CJUE, arrêt du 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA*, aff. n° C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204. [CJUE, 14 mars 2017, *Bougnaoui*]
- *CJUE, arrêt du 14 mars 2017, *Samira Achtaba, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, aff. n° C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203. [CJUE, 14 mars 2017, *Achtaba*]
- *CJUE, arrêt du 13 juin 2017, *Eugenia Florescu et al. c. Casa Județeană de Pensii Sibiu et al.*, aff. n° C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448. [CJUE, 13 juin 2017, *Eugenia Florescu*]
- *CJUE, arrêt du 5 juillet 2017, *Werner Fries c. Lufthansa CityLine GmbH*, aff. n° C-190/16, ECLI:EU:C:2017:513. [CJUE, 5 juillet 2017, *Werner Fries*]
- *CJUE, arrêt du 14 septembre 2017, *K. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. n° C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680. [CJUE, 14 septembre 2017, *K.*]

- *CJUE, arrêt du 27 septembre 2017, *Peter Puškár c. Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky, Kriminálny úrad finančnej správy*, aff. n° C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725. [CJUE, 27 septembre 2017, *Peter Puškár*]
- *CJUE, arrêt du 26 octobre 2017, *Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky c. BB construct s. r. o.*, aff. n° C-534/16, ECLI:EU:C:2017:820. [CJUE, 26 octobre 2017, *BB construct*]

C. Les arrêts du Tribunal

- Tribunal, arrêt du 30 septembre 2010, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission européenne*, aff. n° T-85/09, rec. 2010, p. II-5177, ECLI:EU:T:2010:418. [Tribunal, 30 septembre 2010, *Kadi c. Commission*]
- Tribunal, arrêt du 12 juillet 2011, *Fuji Electric Co. Ltd c. Commission européenne*, aff. T-132/07, rec. 2011, p. II-4091, ECLI:EU:T:2011:344. [Tribunal, 17 décembre 2015, *Fuji Electric*]
- *Tribunal, ordonnance du 3 octobre 2012, *Tecnimed Srl c. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles)*, aff. n° T-360/10, ECLI:EU:T:2012:517. [Tribunal, 3 octobre 2012, *Tecnimed*]
- *Tribunal, arrêt du 29 novembre 2012, *Gabi Thesing et Bloomberg Finance LP c. Banque centrale européenne (BCE)*, aff. n° T-590/10, ECLI:EU:T:2012:635. [Tribunal, 29 novembre 2012, *Thesing et Bloomberg*]
- *Tribunal, arrêt du 28 mai 2013, *Mohamed Trabelsi et al. c. Conseil de l'Union européenne*, aff. n° T-187/11, ECLI:EU:T:2013:273. [Tribunal, 28 mai 2013, *Mohamed Trabelsi*]
- *Tribunal, arrêt du 28 mai 2013, *Fahed Mohamed Sakher Al Matri c. Conseil de l'Union européenne*, aff. n° T-200/11, ECLI:EU:T:2013:275. [Tribunal, 28 mai 2013, *Al Matri*]
- *Tribunal, arrêt du 27 février 2014, *Ahmed Abdelaziz Ezz et al. c. Conseil de l'Union européenne*, aff. n° T-256/11, ECLI:EU:T:2014:93. [Tribunal, 27 février 2014, *Abdelaziz Ezz*]
- *Tribunal, arrêt du 18 septembre 2014, *Holcim (Romania) SA c. Commission européenne*, aff. T-317/12, ECLI:EU:T:2014:782. [Tribunal, 18 septembre 2014, *Holcim*]
- *Tribunal, arrêt du 26 septembre 2014, *Romonta GmbH c. Commission européenne*, aff. T-614/13, ECLI:EU:T:2014:835. [Tribunal, 26 septembre 2014, *Romonta*]
- *Tribunal, arrêt du 5 novembre 2014, *Adib Mayaleh c. Conseil de l'Union européenne*, aff. jtes n° T-307-12 et n° T-408/13, ECLI:EU:T:2014:926. [Tribunal, 5 novembre 2014, *Adib Mayaleh*]
- *Tribunal, arrêt du 22 avril 2015, *Johannes Tomana et al. c. Conseil de l'Union européenne et Commission européenne*, aff. n° T-190-12, ECLI:EU:T:2015:222. [Tribunal, 22 avril 2015, *Johannes Tomana*]
- *Tribunal, arrêt du 17 mars 2016, *Zoofachhandel Züpkke GmbH et al. c. Commission européenne*, aff. T-817/14, ECLI:EU:T:2016:157. [Tribunal, 17 mars 2016, *Zoofachhandel Züpkke*]

D. Les conclusions et prises de position des Avocats généraux

- Conclusions de l'Avocat général M. Francis G. JACOBS, présentées le 6 avril 1995 dans l'affaire *Commission des Communautés européennes c. République hellénique*, aff. n° C-120/94, ECLI:EU:C:1995:109. [Av. gén. JACOBS, 6 avril 1995, *Commission c. Grèce*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Nial FENNELLY, présentées le 15 juin 2000 dans l'affaire *République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. n° C-376/98, ECLI:EU:C:2000:324. [Av. gén. FENNELLY, 15 juin 2000, *Allemagne c. Parlement*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Leendert GELHOED, présentées le 11 novembre 2004 dans l'affaire *The Queen, à la demande de Dany Bidar c. London Borough of Ealing et Secretary of State for Education and Skills*, aff. n° C-209/03, ECLI:EU:C:2004:715. [Av. gén. GELHOED, 11 novembre 2004, *Dany Bidar*]

- Conclusions de l'Avocat général M. Paolo MENDOZZI, présentées le 23 mai 2007 dans l'affaire *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, aff. n° C-341/05, ECLI:EU:C:2007:291. [Av. gén. MENDOZZI, 23 mai 2007, *Laval un Partneri*]
- Conclusions de l'Avocat général Mme Verica TRSTENJAK, présentées le 14 avril 2010 dans l'affaire *Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne*, aff. n° C-271/08, ECLI:EU:C:2010:183. [Av. gén. TRSTENJAK, 14 avril 2010, *Commission c. Allemagne*]
- Conclusions de l'Avocat général Mme Verica TRSTENJAK, présentées le 2 juin 2010 dans l'affaire *Idryma Typou AE c. Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis*, aff. n° C-81/09, ECLI:EU:C:2010:304. [Av. gén. TRSTENJAK, 2 juin 2010, *Idryma Typou*]
- Conclusions de l'Avocat général Mme Eleanor SHARPSTON, présentées le 17 juin 2010 dans l'affaire *Volker et Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert c. Land Hessen*, aff. jtes n° C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:353. [Av. gén. SHARPSTON, 17 juin 2010, *Volker et Markus Schecke*]
- Conclusions de l'Avocat général Mme Juliane KOKOTT, présentées le 30 septembre 2010 dans l'affaire *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et al. c. Conseil des ministres*, aff. n° C-236/09, ECLI:EU:C:2010:564. [Av. gén. KOKOTT, 30 septembre 2010, *ASBL*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Yves BOT, présentées le 5 avril 2011 dans l'affaire *Ivana Scattolon c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, aff. n° C-108/10, ECLI:EU:C:2011:211. [Av. gén. BOT, 5 avril 2011, *Ivana Scattolon*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Pedro CRUZ VILLALÓN, présentées le 14 avril 2011 dans l'affaire *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam)*, aff. n° C-70/10, ECLI:EU:C:2011:255. [Av. gén. CRUZ VILLALÓN, 14 avril 2011, *Scarlet Extended*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Paolo MENDOZZI, présentées le 6 septembre 2011 dans l'affaire *Petar Aladzhev c. Zamestnik director na Stolichna direktsia na vatreshnite raboti kam Ministerstvo na vatreshnite raboti*, aff. n° C-434/10, ECLI:EU:C:2011:547. [Av. gén. MENDOZZI, 6 septembre 2011, *Petar Aladzhev*]
- Conclusions de l'Avocat général Mme Verica TRSTENJAK, présentées le 6 septembre 2011 dans l'affaire *Martin Luksan c. Petrus van der Let*, aff. n° C-277/10, ECLI:EU:C:2011:545. [Av. gén. TRSTENJAK, 6 septembre 2011, *Martin Luksan*]
- Conclusions de l'Avocat général Mme Verica TRSTENJAK, présentées le 22 septembre 2011 dans l'affaire *N. S. c. Secretary of State for the Home Department et M. E. et al. c. Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. jtes n° C-411/10 et n° C-493/10, ECLI:EU:C:2011:611. [Av. gén. TRSTENJAK, 22 septembre 2011, *N. S.*]
- Conclusions de l'Avocat général Mme Juliane KOKOTT, présentées le 19 janvier 2012 dans l'affaire *Association Kokopelli c. Graines Baumaux SAS*, aff. n° C-59/11, ECLI:EU:C:2012:28. [Av. gén. KOKOTT, 19 janvier 2012, *Association Kokopelli*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Ján MAZÁK, présentées le 29 mars 2012 dans l'affaire *Deutsches Weintor eG c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. n° C-544/10, ECLI:EU:C:2012:189. [Av. gén. MAZÁK, 29 mars 2012, *Deutsches Weintor*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Yves BOT, présentées le 12 juin 2012 dans l'affaire *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, aff. n° C-283/11, ECLI:EU:C:2012:341. [Av. gén. BOT, 12 juin 2012, *Sky Österreich*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Pedro CRUZ VILLALÓN, présentées le 12 juin 2012 dans l'affaire *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, aff. n° C-617/10, ECLI:EU:C:2012:340. [Av. gén. CRUZ VILLALÓN, 12 juin 2012, *Åkerberg Fransson*]

- Conclusions de l'Avocat général M. Paolo MENDOZZI, présentées le 21 juin 2012 dans l'affaire *Hristo Byankov c. Glaven sekretar na Ministerstvo na vatreshnite raboti*, aff. n° C-249/11, ECLI:EU:C:2012:380. [Av. gén. MENDOZZI, 21 juin 2012, *Hristo Byankov*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Nils WAHL, présentées le 29 mai 2013 dans l'affaire *Herbert Schaible c. Land Baden-Württemberg*, aff. n° C-101/12, ECLI:EU:C:2013:334. [Av. gén. WAHL, 29 mai 2013, *Herbert Schaible*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Paolo MENDOZZI, présentées le 13 juin 2013 dans l'affaire *Michael Schwarz c. Stadt Bochum*, aff. n° C-291/12, ECLI:EU:C:2013:401. [Av. gén. MENDOZZI, 13 juin 2013, *Michael Schwarz*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Pedro CRUZ VILLALÓN, présentées le 12 décembre 2013 dans l'affaire *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources et al. et Kärntner Landesregierung et al.*, aff. jtes n° C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2013:845. [Av. gén. CRUZ VILLALÓN, 12 décembre 2013, *Digital Rights Ireland*]
- Prise de position de l'Avocat général M. Niilo JÄÄSKINEN, présentées le 2 mai 2014 dans l'affaire *Zoran Spasic*, aff. n° C-129/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:739. [Av. gén. JÄÄSKINEN, 2 mai 2014, *Zoran Spasic*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Nils WAHL, présentées le 12 mars 2015 dans l'affaire *Davide Gullotta, Farmacia di Gullotta Davide & C. Sas c. Ministero della Salute, Azienda Sanitaria Provinciale di Catania*, aff. n° C-497/12, ECLI:EU:C:2015:168. [Av. gén. WAHL, 12 mars 2015, *Davide Gullotta*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Pedro CRUZ VILLALÓN, présentées le 16 avril 2015 dans l'affaire *Coty Germany GmbH c. Stadtsparkasse Magdeburg*, aff. n° C-580/13, ECLI:EU:C:2015:243. [Av. gén. CRUZ VILLALÓN, 16 avril 2015, *Coty Germany*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Melchior WATHELET, présentées le 16 septembre 2015 dans l'affaire *WebMindLicenses Kft. c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság*, aff. n° C-419/14, ECLI:EU:C:2015:606. [Av. gén. WATHELET, 16 septembre 2015, *WebMindLicenses*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Yves BOT, présentées le 1^{er} mars 2016, dans l'arrêt CJUE dans l'affaire *BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH c. Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO)*, aff. n° C-43/15 P, ECLI:EU:C:2016:129. [Av. gén. BOT, 1^{er} mars 2016, *BSH Bosch*]
- Conclusions de l'Avocat général M. Michal BOBEK, présentées le 16 mars 2016 dans l'affaire *Lidl GmbH & Co. KG c. Freistaat Sachsen*, aff. n° C-134/15, ECLI:EU:C:2016:169. [Av. gén. BOBEK, 16 mars 2016, *Lidl*]
- Conclusions de l'Avocat général Mme Juliane KOKOTT, présentées le 30 mars 2017 dans l'affaire *Peter Puškár c. Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky, Kriminálny úrad finančnej správy*, aff. n° C-73/16, ECLI:EU:C:2017:253. [Av. gén. KOKOTT, 30 mars 2017, *Peter Puškár*]

II. LES ARRÊTS DES AUTORITÉS JUDICIAIRES DU CONSEIL DE L'EUROPE

A. Les décisions de la CommEDH

- CommEDH, décision du 5 mai 1979, *X et Church of Scientology c. Suède*, requ. n° 7805/77, ECLI:CE:ECHR:1979:0505DEC000780577. [CommEDH, 5 mai 1979, *Church of Scientology*]
- CommEDH, décision du 6 mars 1982, *X. c. Royaume-Uni*, requ. n° 8231/78, ECLI:CE:ECHR:1982:0306DEC000823178. [CommEDH, 6 mars 1982, *X. c. Royaume-Uni*]

B. Les arrêts de la CourEDH

- CourEDH, arrêt 14 novembre 1960, *Lawless c. Irlande (n° 1)*, requ. n° 332/57, ECLI:CE:ECHR:1960:1114JUD000033257. [CourEDH, 14 novembre 1960, *Lawless (n° 1)*]
- CourEDH, arrêt du 1^{er} juillet 1961, *Lawless c. Irlande (n° 3)*, requ. n° 332/57, ECLI:CE:ECHR:1961:0701JUD000033257. [CourEDH, 1^{er} juillet 1961, *Lawless (n° 3)*]
- CourEDH, arrêt du 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, requ. jtes n° 1474/62, n° 1677/62, n° 1691/62, ° 1769/63, n° 1994/63 et n° 2126/64, ECLI:CE:ECHR:1967:0209JUD000147462. [CourEDH, 23 juillet 1968, *Régime linguistique belge*]
- CourEDH, arrêt du 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, requ. n° 4451/70, ECLI:CE:ECHR:1975:0221JUD000445170. [CourEDH, 21 février 1975, *Golder*]
- CourEDH, arrêt du 8 juin 1976, *Engel et al. c. Pays-Bas*, requ. jtes n° 5100/71, n° 5101/71, n° 5102/71, n° 5354/72 et n° 5370/72, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071. [CourEDH, 8 juin 1976, *Engel*]
- CourEDH, arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, requ. n° 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372. [CourEDH, 7 décembre 1976, *Handyside*]
- CourEDH, arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, requ. n° 5310/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0118JUD000531071. [CourEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*]
- CourEDH, arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et al. c. Allemagne*, requ. n° 5029/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0906JUD000502971. [CourEDH, 6 septembre 1978, *Klass*]
- CourEDH, arrêt du 26 avril 1979, *Sunday Times c. le Royaume-Uni*, requ. n° 6538/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874. [CourEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times*]
- CourEDH, arrêt du 24 octobre 1979, *Winterwerp*, requ. n° 6301/73, ECLI:CE:ECHR:1979:1024JUD000630173. [CourEDH, 24 octobre 1979, *Winterwerp*]
- CourEDH, arrêt du 13 août 1981, *Young, James et Webster*, requ. jtes n° 7601/76 et n° 7806/77, ECLI:CE:ECHR:1981:0813JUD000760176. [CourEDH, 13 août 1981, *Young*]
- CourEDH, arrêt du 25 mars 1983, *Silver et al. c. Royaume-Uni*, requ. jtes n° 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, ECLI:CE:ECHR:1983:0325JUD000594772. [CourEDH, 25 mars 1983, *Silver*]
- CourEDH, arrêt du 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, requ. n° 8691/79, ECLI:CE:ECHR:1984:0802JUD000869179. [CourEDH, 2 août 1984, *Malone*]
- CourEDH, arrêt du 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*, requ. n° 8734/79, ECLI:CE:ECHR:1985:0325JUD000873479. [CourEDH, 25 mars 1985, *Barthold*]
- CourEDH, arrêt du 28 mai 1985, *Ashingdane c. United Kingdom* requ. n° 8225/78, ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000822578. [CourEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane*]
- CourEDH, arrêt du 8 juillet 1986, *Lithgow et al. c. Royaume-Uni*, requ. jtes n° 9006/80, n° 9262/81, n° 9263/81, n° 9265/81, n° 9266/81, n° 9313/81 et n° 9405/81, ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000900680. [CourEDH, 8 juillet 1986, *Lithgow*]
- CourEDH, arrêt du 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, requ. n° 9063/80, ECLI:CE:ECHR:1986:1124JUD000906380. [CourEDH, 24 novembre 1986, *Gillow*]
- CourEDH, arrêt du 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, requ. n° 9248/81, ECLI:CE:ECHR:1987:0326JUD000924881. [CourEDH, 26 mars 1987, *Leander*]
- CourEDH, arrêt du 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, requ. n° 10328/83, ECLI:CE:ECHR:1988:0429JUD001032883. [CourEDH, 29 avril 1988, *Belilos*]
- CourEDH, arrêt du 21 juin 1988, *Berrehab c. Pays-Bas*, requ. n° 10730/84, ECLI:CE:ECHR:1988:0621JUD001073084. [CourEDH, 21 juin 1988, *Berrehab*]
- CourEDH, arrêt du 29 novembre 1988, *Brogan et al. c. Royaume-Uni*, requ. jtes n° 11209/84, n° 11234/84, n° 11266/84 et n° 11386/85, ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000900680. [CourEDH, 29 novembre 1988, *Brogan*]

- CourEDH, arrêt du 30 mars 1989, *Chappell c. Royaume-Uni*, requ. n° 10461/83, ECLI:CE:ECHR:1989:0330JUD001046183. [CourEDH, 30 mars 1989, *Chappell*]
- CourEDH, arrêt du 28 mars 1990, *Groppera Radio Av. gén. et al. c. Suisse*, requ. n° 10890/84, ECLI:CE:ECHR:1990:0328JUD001089084. [CourEDH, 28 mars 1990, *Groppera Radio*]
- CourEDH, arrêt du 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, requ. n° 11801/85, ECLI:CE:ECHR:1990:0424JUD001180185. [CourEDH, 24 avril 1990, *Kruslin*]
- CourEDH, arrêt du 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, requ. jtes n° 12244/86, n° 12245/86 et n° 12383/86, ECLI:CE:ECHR:1990:0830JUD001224486. [CourEDH, 30 août 1990, *Fox*]
- CourEDH, arrêt du 26 avril 1991, *Ezelin c. France*, requ. n° 11800/85, ECLI:CE:ECHR:1991:0426JUD001180085. [CourEDH, 26 avril 1991, *Ezelin*]
- CourEDH, arrêt du 27 août 1991, *Philis c. Grèce*, requ. jtes n° 12750/87, n° 13780/88 et n° 14003/88, ECLI:CE:ECHR:1991:0827JUD001275087. [CourEDH, 27 août 1991, *Philis*]
- CourEDH, arrêt du 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, requ. n° 13710/88, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088. [CourEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz*]
- CourEDH, arrêt du 25 février 1993, *Funke c. France*, requ. n° 10828/84, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884. [CourEDH, 25 février 1993, *Funke*]
- CourEDH, arrêt du 25 février 1993, *Mialthe c. France*, requ. n° 12661/87, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001266187. [CourEDH, 25 février 1993, *Mialthe*]
- CourEDH, arrêt du 20 avril 1993, *Sibson c. Royaume-Uni*, requ. n° 14327/88, ECLI:CE:ECHR:1993:0420JUD001432788. [CourEDH, 20 avril 1993, *Sibson*]
- CourEDH, arrêt du 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, requ. n° 14307/88, ECLI:CE:ECHR:1993:0525JUD001430788. [CourEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis*]
- CourEDH, arrêt du 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, requ. jtes n° 14553/89 et 14554/89, ECLI:CE:ECHR:1993:0526JUD001455389. [CourEDH, 26 mai 1993, *Brannigan et McBride*]
- CourEDH, arrêt du 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et al. c. Autriche*, requ. jtes n° 13914/88, n° 13914/88, n° 15041/89, n° 15717/89, n° 15779/89 et n° 17207/90, ECLI:CE:ECHR:1993:1124JUD001391488. [CourEDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia*]
- CourEDH, arrêt du 24 février 1994, *Casado Coca c. Espagne*, requ. n° 15450/89, ECLI:CE:ECHR:1994:0224JUD001545089. [CourEDH, 24 février 1994, *Casado Coca*]
- CourEDH, arrêt du 26 mai 1994, *Keegan c. Irlande*, requ. n° 16969/90, ECLI:CE:ECHR:1994:0526JUD001696990. [CourEDH, 26 mai 1994, *Keegan*]
- CourEDH, arrêt du 9 décembre 1994, *Les saints monastères c. Grèce*, requ. jtes n° 13092/87 et n° 13984/88, ECLI:CE:ECHR:1994:1209JUD001309287. [CourEDH, 9 décembre 1994, *Les saints monastères*]
- CourEDH, arrêt du 26 septembre 1995, *Vogt c. Allemagne*, requ. n° 17851/91, ECLI:CE:ECHR:1995:0926JUD001785191. [CourEDH, 26 septembre 1995, *Vogt*]
- CourEDH, arrêt du 22 octobre 1996, *Stubbings et al. c. Royaume-Uni*, requ. jtes n° 22083/93 et n° 22095/93, ECLI:CE:ECHR:1996:1022JUD002208393. [CourEDH, 22 octobre 1996, *Stubbings*]
- CourEDH, arrêt du 18 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, requ. n° 21987/93, ECLI:CE:ECHR:1996:1218JUD002198793. [CourEDH, 18 décembre 1996, *Aksoy*]
- CourEDH, arrêt du 19 février 1997, *Laksey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, requ. jtes n° 21627/93, n° 21628/93 et n° 21974/93, ECLI:CE:ECHR:1997:0219JUD002162793. [CourEDH, 19 février 1997, *Laksey*]

- CourEDH, arrêt du 19 décembre 1997, *Brualla Gómez de la Torre c. Espagne*, requ. n° 26737/95, ECLI:CE:ECHR:1997:1219JUD002673795. [CourEDH, 19 décembre 1997, *Gómez de la Torre*]
- CourEDH, arrêt du 21 juin 1998, *Berrehab c. Pays-Bas*, requ. n° 10730/84, ECLI:CE:ECHR:1988:0621JUD001073084. [CourEDH, 21 juin 1998, *Berrehab*]
- CourEDH, arrêt du 30 juillet 1998, *Valenzuela Contreras c. Espagne*, requ. n° 27671/95, ECLI:CE:ECHR:1998:0730JUD002767195. [CourEDH, 30 juillet 1998, *Valenzuela Contreras*]
- CourEDH, arrêt du 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, requ. n° 23452/94, ECLI:CE:ECHR:1998:1028JUD002345294. [CourEDH, 28 octobre 1998, *Osman*]
- CourEDH, arrêt du 29 avril 1999, *Chassagnou et al. c. France*, requ. jtes n° 25088/94, n° 28331/95 et n° 28443/95, ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894. [CourEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou*]
- CourEDH, arrêt du 23 mai 2000, *Van Pelt c. France*, requ. n° 31070/96, ECLI:CE:ECHR:2000:0523JUD003107096. [CourEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt*]
- CourEDH, arrêt du 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta c. Italie*, requ. jtes n° 39221/98 et n° 41963/98, ECLI:CE:ECHR:2000:0713JUD003922198. [CourEDH, 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta*]
- CourEDH, arrêt du 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requ. n° 35763/97, ECLI:CE:ECHR:2001:1121JUD003576397. [CourEDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani*]
- CourEDH, arrêt du 7 février 2002, *Mikulić c. Croatie*, requ. n° 53176/99, ECLI:CE:ECHR:2002:0207JUD005317699. [CourEDH, 7 février 2002, *Mikulić*]
- CourEDH, arrêt du 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97, ECLI:CE:ECHR:2002:0226JUD003651597. [CourEDH, 26 février 2002, *Fretté*]
- CourEDH, arrêt du 7 mai 2002, *Bourdov c. Russie*, requ. n° 59498/00, ECLI:CE:ECHR:2002:0507JUD005949800. [CourEDH, 7 mai 2002, *Bourdov*]
- CourEDH, arrêt du 4 juin 2002, *Yağmurdereli c. Turquie*, requ. n° 29590/96, ECLI:CE:ECHR:2002:0604JUD002959096. [CourEDH, 4 juin 2002, *Yağmurdereli*]
- CourEDH, arrêt du 5 novembre 2002, *Wynen et Centre hospitalier interrégional Edith-Cavell c. Belgique*, requ. n° 32576/96, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD003257696. [CourEDH, 5 novembre 2002, *Wynen*]
- CourEDH, arrêt du 13 février 2003, *Odièvre c. France*, requ. n° 42326/98, ECLI:CE:ECHR:2003:0213JUD004232698. [CourEDH, 13 février 2003, *Odièvre*]
- CourEDH, arrêt du 17 juillet 2003, *Luordo c. Italie*, requ. n° 32190/96, ECLI:CE:ECHR:2003:0717JUD003219096. [CourEDH, 17 juillet 2003, *Luordo*]
- CourEDH, arrêt du 22 avril 2004, *Neroni c. Italie*, requ. n° 7503/02, ECLI:CE:ECHR:2004:0422JUD000750302. [CourEDH, 22 avril 2004, *Neroni*]
- CourEDH, arrêt du 27 mai 2004, *Vides Aizsardzības Klubs c. Lettonie*, requ. n° 57829/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0527JUD005782900. [CourEDH, 27 mai 2004, *Vides Aizsardzības*]
- CourEDH, arrêt du 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, requ. n° 31443/96, ECLI:CE:ECHR:2005:0928JUD003144396. [CourEDH, 22 juin 2004, *Broniowski*]
- CourEDH, arrêt du 24 mars 2005, *Goffi c. Italie*, requ. n° 55984/00, ECLI:CE:ECHR:2005:0324JUD005598400 [CourEDH, 24 mars 2005, *Goffi*].
- CourEDH, arrêt du 12 avril 2005, *Mařík c. République tchèque*, requ. n° 73116/01, ECLI:CE:ECHR:2005:0412JUD007311601. [CourEDH, 12 avril 2005, *Mařík*]
- CourEDH, arrêt du 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, requ. n° 45036/98, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698. [CourEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus*]

- CourEDH, arrêt du 12 avril 2006, *Stec et al. c. Royaume-Uni*, requ. jtes n° 65731/01 et n° 65900/01, ECLI:CE:ECHR:2006:0412JUD006573101. [CourEDH, 12 avril 2006, *Stec*]
- CourEDH, arrêt du 12 juin 2007, *Frérot c. France*, requ. n° 70204/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0612JUD007020401. [CourEDH, 12 juin 2007, *Frérot*]
- CourEDH, arrêt du 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, requ. n° 76240/01, ECLI:CE:ECHR:2007:0628JUD007624001. [CourEDH, 28 juin 2007, *Wagner*]
- CourEDH, arrêt du 10 juillet 2007, *Schneider c. Luxembourg*, requ. n° 2113/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0710JUD000211304. [CourEDH, 10 juillet 2007, *Schneider*]
- CourEDH, arrêt du 29 avril 2008, *Stancu c. Roumanie*, requ. n° 30390/02, ECLI:CE:ECHR:2008:0429JUD003039002. [CourEDH, 29 avril 2008, *Stancu*]
- CourEDH, arrêt du 4 décembre 2008, *S et Marper c. Royaume-Uni*, requ. jtes n° 30562/04 et 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204. [CourEDH, 4 décembre 2008, *S et Marper*]
- CourEDH, arrêt du 12 février 2009, *Nolan et K. c. Russie*, requ. n° 2512/04, ECLI:CE:ECHR:2009:0212JUD000251204. [CourEDH, 12 février 2009, *Nolan et K*]
- CourEDH, arrêt du 3 décembre 2009, *Zaunegger c. Allemagne*, requ. n° 22028/04, ECLI:CE:ECHR:2009:1203JUD002202804. [CourEDH, 3 décembre 2009, *Zaunegger*]
- CourEDH, arrêt du 10 décembre 2009, *Mikhaylyuk et Petrov c. Ukraine*, requ. n° 11932/02, ECLI:CE:ECHR:2009:1210JUD001193202. [CourEDH, 10 décembre 2009, *Mikhaylyuk et Petrov*]
- CourEDH, arrêt du 12 janvier 2010, *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, requ. n° 4158/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0112JUD000415805. [CourEDH, 12 janvier 2010, *Gillan et Quinton*]
- CourEDH, arrêt du 16 février 2010, *Akdas c. Turquie*, requ. n° 41056/04, ECLI:CE:ECHR:2010:0216JUD004105604. [CourEDH, 16 février 2010, *Akdas*]
- CourEDH, arrêt du 27 avril 2010, *Ciubotaru c. Moldavie*, requ. n° 27138/04, ECLI:CE:ECHR:2010:0427JUD002713804. [CourEDH, 27 avril 2010, *Ciubotaru*]
- CourEDH, arrêt du 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume-Uni*, requ. n° 26839/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0518JUD002683905. [CourEDH, 18 mai 2010, *Kennedy*]
- CourEDH, arrêt du 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, requ. n° 22978/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805. [CourEDH, 1^{er} juin 2010, *Gäfgen*]
- CourEDH, arrêt du 6 juillet 2010, *Gözel et Özer c. Turquie*, requ. n° 43453/04 et n° 31098/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0706JUD004345304. [CourEDH, 6 juillet 2010, *Gözel et Özer*]
- CourEDH, arrêt du 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, requ. n° 41615/07, ECLI:CE:ECHR:2010:0706JUD004161507. [CourEDH, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk*]
- CourEDH, arrêt du 6 juillet 2010, *Grönmark c. Finlande*, requ. n° 17038/04, ECLI:CE:ECHR:2010:0706JUD001703804. [CourEDH, 6 juillet 2010, *Grönmark*]
- CourEDH, arrêt du 20 juillet 2010, *Dadouch c. Malte*, requ. n° 38816/07, ECLI:CE:ECHR:2010:0720JUD003881607. [CourEDH, 20 juillet 2010, *Dadouch*]
- CourEDH, arrêt du 2 septembre 2010, *Uzun c. Allemagne*, requ. n° 35623/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0902JUD003562305. [CourEDH, 2 septembre 2010, *Uzun*]
- CourEDH, arrêt du 2 décembre 2010, *Kryvitska et Kryvitskyy c. Ukraine*, requ. n° 30856/03, ECLI:CE:ECHR:2010:1202JUD003085603. [CourEDH, 2 décembre 2010, *Kryvitska et Kryvitskyy*]
- CourEDH, arrêt du 14 décembre 2010, *O'Donoghue et al. c. Royaume-Uni*, requ. n° 34848/07, ECLI:CE:ECHR:2010:1214JUD003484807. [CourEDH, 14 décembre 2010, *O'Donoghue*]
- CourEDH, arrêt du 14 décembre 2010, *Ternovszky c. Hongrie*, requ. n° 67545/09, ECLI:CE:ECHR:2010:1214JUD006754509. [CourEDH, 14 décembre 2010, *Ternovszky*]

- CourEDH, arrêt du 13 janvier 2011, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, requ. n° 16354/06, ECLI:CE:ECHR:2011:0113JUD001635406. [CourEDH, 13 janvier 2011, *Mouvement raëlien suisse*]
- CourEDH, arrêt du 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, requ. n° 56759/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0503JUD005675908. [CourEDH, 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis*]
- CourEDH, arrêt du 10 mai 2011, *Mosley c. Royaume-Uni*, requ. n° 48009/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0510JUD004800908. [CourEDH, 10 mai 2011, *Mosley*]
- CourEDH, arrêt du 26 mai 2011, *R.R. c. Pologne*, requ. n° 27617/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0526JUD002761704. [CourEDH, 26 mai 2011, *R.R.*]
- CourEDH, arrêt du 31 mai 2011, *Žugić c. Croatie*, requ. n° 3699/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0531JUD000369908. [CourEDH, 31 mai 2011, *Žugić*]
- CourEDH, arrêt du 21 juin 2011, *Orlić c. Croatie*, requ. n° 48833/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0621JUD004883307. [CourEDH, 21 juin 2011, *Orlić*]
- CourEDH, arrêt du 28 juin 2011, *Nunez c. Norvège*, requ. n° 55597/09, ECLI:CE:ECHR:2011:0628JUD005559709. [CourEDH, 28 juin 2011, *Nunez*]
- CourEDH, arrêt du 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France*, requ. n° 34869/05, ECLI:CE:ECHR:2011:0629JUD003486905. [CourEDH, 29 juin 2011, *Sabeh El Leil*]
- CourEDH, arrêt du 12 juillet 2011, *Šneersone et Kampanella c. Italie*, requ. n° 14737/09, ECLI:CE:ECHR:2011:0712JUD001473709. [CourEDH, 12 juillet 2011, *Šneersone et Kampanella*]
- CourEDH, arrêt du 15 septembre 2011, *Schneider c. Allemagne*, requ. n° 17080/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0915JUD001708007. [CourEDH, 15 septembre 2011, *Schneider*]
- CourEDH, arrêt du 20 septembre 2011, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse*, requ. n° 48703/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0920DEC004870308. [CourEDH, 20 septembre 2011, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz*]
- CourEDH, arrêt du 27 septembre 2011, *Diamante et Pelliccioni c. Saint Marin*, requ. n° 32250/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0927JUD003225008. [CourEDH, 27 septembre 2011, *Diamante et Pelliccioni*]
- CourEDH, arrêt du 3 novembre 2011, *S.H. et al. c. Autriche*, requ. n° 57813/00, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD005781300. [CourEDH, 3 novembre 2011, *S.H.*]
- CourEDH, arrêt du 22 novembre 2011, *Zammit Maempel c. Malte*, requ. n° 24202/10, ECLI:CE:ECHR:2011:1122JUD002420210. [CourEDH, 22 novembre 2011, *Zammit Maempel*]
- CourEDH, arrêt du 15 décembre 2011, *Mor c. France*, requ. n° 28198/09, ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002819809. [CourEDH, 15 décembre 2011, *Mor*]
- CourEDH, arrêt du 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne (N° 2)*, requ. jtes n° 40660/08 et 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008. [CourEDH, 7 février 2012, *Von Hannover*]
- CourEDH, arrêt du 7 février 2012, *Axel Springer Av. gén. c. Allemagne*, requ. n° 39954/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD003995408. [CourEDH, 7 février 2012, *Axel Springer Av. gén.*]
- CourEDH, arrêt du 15 mars 2012, *Solomakhin c. Ukraine*, requ. n° 24429/03, ECLI:CE:ECHR:2012:0315JUD002442903. [CourEDH, 15 mars 2012, *Solomakhin*]
- CourEDH, arrêt du 3 avril 2012, *Gillberg c. Suède*, requ. n° 41723/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0403JUD004172306. [CourEDH, 3 avril 2012, *Gillberg*]
- CourEDH, arrêt du 3 avril 2012, *Kotov c. Russie*, requ. n° 54522/00, ECLI:CE:ECHR:2012:0403JUD005452200. [CourEDH, 3 avril 2012, *Kotov*]
- CourEDH, arrêt du 3 avril 2012, *Van der Heijden c. Pays-Bas*, requ. n° 42857/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0403JUD004285705. [CourEDH, 3 avril 2012, *Van der Heijden*]

- CourEDH, arrêt du 10 avril 2012, *Pontes c. Portugal*, requ. n° 19554/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0410JUD001955409. [CourEDH, 10 avril 2012, *Pontes*]
- CourEDH, arrêt du 10 avril 2012, *Strzelecki c. Pologne*, requ. n° 26648/03, ECLI:CE:ECHR:2012:0410JUD002664803. [CourEDH, 10 avril 2012, *Strzelecki*]
- CourEDH, arrêt du 12 avril 2012, *Lagardère c. France*, requ. n° 18851/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0412JUD001885107. [CourEDH, 12 avril 2012, *Lagardère*]
- CourEDH, arrêt du 24 avril 2012, *Yordanova et al. c. Bulgarie*, requ. n° 25446/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0424JUD002544606. [CourEDH, 24 avril 2012, *Yordanova*]
- CourEDH, arrêt du 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie*, requ. n° 38433/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0607JUD003843309. [CourEDH, 7 juin 2012, *Centro Europa*]
- CourEDH, arrêt du 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, requ. n° 16354/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0713JUD001635406. [CourEDH, 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse*]
- CourEDH, arrêt du 19 juillet 2012, *Koch c. Allemagne*, requ. n° 497/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0719JUD000049709. [CourEDH, 19 juillet 2012, *Koch*]
- CourEDH, arrêt du 28 août 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, requ. n° 54270/10, ECLI:CE:ECHR:2012:0828JUD005427010. [CourEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan*]
- CourEDH, arrêt du 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, requ. n° 10593/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0912JUD001059308. [CourEDH, 12 septembre 2012, *Nada*]
- CourEDH, arrêt du 18 septembre 2012, *Falter Zeitschriften GmbH c. Autriche*, requ. n° 3084/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0918JUD000308407. [CourEDH, 18 septembre 2012, *Falter Zeitschriften*]
- CourEDH, arrêt du 25 septembre 2012, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquie*, requ. n° 20641/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0925JUD002064105. [CourEDH, 25 septembre 2012, *Eğitim*]
- CourEDH, arrêt du 30 octobre 2012, *P. et S. c. Pologne*, requ. n° 57375/08, ECLI:CE:ECHR:2012:1030JUD005737508. [CourEDH, 30 octobre 2012, *P. et S.*]
- CourEDH, arrêt du 13 novembre 2012, *H. c. Finlande*, requ. n° 37359/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1113JUD003735909. [CourEDH, 13 novembre 2012, *H.*]
- CourEDH, arrêt du 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, requ. n° 12323/11, ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311. [CourEDH, 6 décembre 2012, *Michaud*]
- CourEDH, arrêt du 8 janvier 2013, *A.K. et L. c. Croatie*, requ. n° 37956/11, ECLI:CE:ECHR:2013:0108JUD003795611. [CourEDH, 8 janvier 2013, *A.K. et L.*]
- CourEDH, arrêt du 19 février 2013, *X et al. c. Autriche*, req. n° 19010/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD001901007. [CourEDH, 19 février 2013, *X et al.*]
- CourEDH, arrêt du 7 mars 2013, *Raw et al. c. France*, requ. n° 10131/11, ECLI:CE:ECHR:2013:0307JUD001013111. [CourEDH, 7 mars 2013, *Raw*]
- CourEDH, arrêt du 18 avril 2013, *M. K. c. France*, requ. n° 19522/09, ECLI:CE:ECHR:2013:0418JUD001952209. [CourEDH, 18 avril 2013, *M. K.*]
- CourEDH, arrêt du 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, requ. n° 48876/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608. [CourEDH, 22 avril 2013, *Animal Defenders*]
- CourEDH, arrêt du 6 juin 2013, *Avilkina et al. c. Russie*, requ. n° 1585/09, ECLI:CE:ECHR:2013:0606JUD000158509. [CourEDH, 6 juin 2013, *Avilkina*]
- CourEDH, arrêt 11 juin 2013, *Hasanbasic c. Suisse*, requ. n° 52166/09, ECLI:CE:ECHR:2013:0611JUD005216609. [CourEDH, 11 juin 2013, *Hasanbasic*]
- CourEDH, arrêt du 9 juillet 2013, *Di Giovanni c. Italie*, requ. n° 51160/06, ECLI:CE:ECHR:2013:0709JUD005116006. [CourEDH, 9 juillet 2013, *Di Giovanni*]

- CourEDH, arrêt du 16 juillet 2013, *Węgrzynowski and Smolczewski c. Pologne*, requ. n° 33846/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0716JUD003384607. [CourEDH, 16 juillet 2013, *Węgrzynowski and Smolczewski*]
- CourEDH, arrêt du 25 juillet 2013, *Rousk c. Suède*, requ. n° 27183/04, ECLI:CE:ECHR:2013:0725JUD002718304. [CourEDH, 25 juillet 2013, *Rousk*]
- CourEDH, arrêt du 3 septembre 2013, *Ümit Bilgiç c. Turquie*, requ. n° 22398/05, ECLI:CE:ECHR:2013:0903JUD002239805. [CourEDH, 3 septembre 2013, *Ümit Bilgiç*]
- CourEDH, arrêt du 24 septembre 2013, *Pennino c. Italie*, requ. n° 43892/04, ECLI:CE:ECHR:2013:0924JUD004389204. [CourEDH, 24 septembre 2013, *Pennino*]
- CourEDH, arrêt du 24 septembre 2013, *De Luca c. Italie*, requ. n° 43870/04, ECLI:CE:ECHR:2013:0924JUD004387004. [CourEDH, 24 septembre 2013, *De Luca*]
- CourEDH, arrêt du 27 novembre 2013, *Bayar et Gürbüz c. Turquie*, requ. n° 37569/06, ECLI:CE:ECHR:2012:1127JUD003756906. [CourEDH, 27 novembre 2013, *Bayar et Gürbüz*]
- CourEDH, arrêt du 3 avril 2014, *Konstantinidis c. Grèce*, requ. n° 58809/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0403JUD005880909. [CourEDH, 3 avril 2014, *Konstantinidis*]
- CourEDH, arrêt du 22 avril 2014, *Nusret Kaya et al. c. Turquie*, requ. jtes n° 43750/06, 43752/06, 32054/08, 37753/08 et 60915/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0422JUD004375006. [CourEDH, 22 avril 2014, *Nusret Kaya*]
- CourEDH, arrêt du 20 mai 2014, *McDonald c. Royaume-Uni*, requ. n° 4241/12, ECLI:CE:ECHR:2014:0520JUD000424112. [CourEDH, 20 mai 2014, *McDonald*]
- CourEDH, arrêt 12 juin 2014, *Fernández Martínez c. Espagne*, requ. n° 56030/07, ECLI:CE:ECHR:2014:0612JUD005603007. [CourEDH, 12 juin 2014, *Fernández Martínez*]
- CourEDH, arrêt du 26 juin 2014, *Labassee c. France*, requ. n° 65941/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111. [CourEDH, 26 juin 2014, *Labassee*]
- CourEDH, arrêt du 26 juin 2014, *Menesson c. France*, requ. n° 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211. [CourEDH, 26 juin 2014, *Menesson*]
- CourEDH, arrêt du 1^{er} juillet 2014, *A.B. c. Suisse*, requ. n° 56925/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD005692508. [CourEDH, 1^{er} juillet 2014, *A.B.*]
- CourEDH, arrêt du 1^{er} juillet 2014, *S.A.S. c. France*, requ. n° 43835/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511. [CourEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S.*]
- CourEDH, arrêt du 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, requ. n° 37359/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0716JUD003735909. [CourEDH, 16 juillet 2014, *Hämäläinen*]
- CourEDH, arrêt du 9 septembre 2014, *Gajtani c. Suisse*, requ. n° 43730/07, ECLI:CE:ECHR:2014:0909JUD004373007. [CourEDH, 9 septembre 2014, *Gajtani*]
- CourEDH, arrêt du 21 octobre 2014, *Matúz c. Hongrie*, requ. n° 73571/10, ECLI:CE:ECHR:2014:1021JUD007357110. [CourEDH, 21 octobre 2014, *Matúz*]
- CourEDH, arrêt du 28 octobre 2014, *Gough c. Royaume-Uni*, requ. n° 49327/11, ECLI:CE:ECHR:2014:1028JUD004932711. [CourEDH, 28 octobre 2014, *Gough*]
- CourEDH, arrêt du 29 janvier 2015, *Sik c. Grèce*, requ. n° 28157/09, ECLI:CE:ECHR:2015:0129JUD002815709. [CourEDH, 29 janvier 2015, *Sik*]
- CourEDH, arrêt du 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, requ. n° 14793/08, ECLI:CE:ECHR:2015:0310JUD001479308. [CourEDH, 10 mars 2015, *Y.Y.*]
- CourEDH, arrêt du 5 juin 2015, *Lambert et al. c. France*, requ. n° 46043/14, ECLI:CE:ECHR:2015:0605JUD004604314. [CourEDH, 5 juin 2015, *Lambert*]
- CourEDH, arrêt du 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, requ. n° 64569/09, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD006456909. [CourEDH, 16 juin 2015, *Delfi*]
- CourEDH, arrêt du 30 juin 2015, *Peruzzi c. Italie*, requ. n° 39294/09, ECLI:CE:ECHR:2015:0630JUD003929409. [CourEDH, 30 juin 2015, *Peruzzi*]

- CourEDH, arrêt du 7 juillet 2015, *M. N. et al. c. Saint-Marin*, requ. n° 28005/12, ECLI:CE:ECHR:2015:0707JUD002800512. [CourEDH, 7 juillet 2015, *M. N.*]
- CourEDH, arrêt du 16 juillet 2015, *Samoilă c. Roumanie*, requ. n° 19994/04, ECLI:CE:ECHR:2016:1004JUD001999404. [CourEDH, 16 juillet 2015, *Samoilă*]
- CourEDH, arrêt du 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*, requ. n° 46470/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0827JUD004647011. [CourEDH, 27 août 2015, *Parrillo*]
- CourEDH, arrêt du 3 septembre 2015, *Sõro c. Estonie*, requ. n° 22588/08, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD002258808. [CourEDH, 3 septembre 2015, *Sõro*]
- CourEDH, arrêt du 3 septembre 2015, *Sérvulo & Associados - Sociedade de Advogados, RL et autres c. Portugal*, requ. n° 27013/10, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD002701310. [CourEDH, 3 septembre 2015, *Sérvulo & Associados*]
- CourEDH, arrêt du 15 septembre 2015, *Dilipak c. Turquie*, requ. n° 29680/05, ECLI:CE:ECHR:2015:0915JUD002968005. [CourEDH, 15 septembre 2015, *Dilipak*]
- CourEDH, arrêt du 6 octobre 2015, *Müdüür Duman c. Turquie*, requ. n° 15450/03, ECLI:CE:ECHR:2015:1006JUD001545003. [CourEDH, 6 octobre 2015, *Müdüür Duman*]
- CourEDH, arrêt du 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, requ. n° 27510/08, ECLI:CE:ECHR:2015:1015JUD002751008. [CourEDH, 15 octobre 2015, *Perinçek*]
- CourEDH, arrêt du 20 octobre 2015, *Pentikäinen c. Finlande*, requ. n° 11882/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1020JUD001188210. [CourEDH, 20 octobre 2015, *Pentikäinen*]
- CourEDH, arrêt du 22 octobre 2015, *Jovanovic c. Suède*, requ. n° 10592/12, ECLI:CE:ECHR:2015:1022JUD001059212. [CourEDH, 22 octobre 2015, *Jovanovic*]
- CourEDH, arrêt du 5 novembre 2015, *Henrioud c. France*, requ. n° 21444/11, ECLI:CE:ECHR:2015:1105JUD002144411. [CourEDH, 5 novembre 2015, *Henrioud*]
- CourEDH, arrêt du 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, requ. n° 40454/07, ECLI:CE:ECHR:2015:1110JUD004045407. [CourEDH, 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette*]
- CourEDH, arrêt du 1^{er} décembre 2015, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, requ. n° 69436/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1201JUD006943610. [CourEDH, 1^{er} décembre 2015, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova*]
- CourEDH, arrêt du 3 décembre 2015, *Prompt c. France*, requ. n° 30936/12, ECLI:CE:ECHR:2015:1203JUD003093612. [CourEDH, 3 décembre 2015, *Prompt*]
- CourEDH, arrêt du 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, requ. n° 47143/06, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306. [CourEDH, 4 décembre 2015, *Roman Zakharov*]
- CourEDH, arrêt du 22 décembre 2015, *G. S. B. c. Suisse*, requ. n° 28601/11, ECLI:CE:ECHR:2015:1222JUD002860111. [CourEDH, 22 décembre 2015, *G. S. B.*]
- CourEDH, arrêt du 12 janvier 2016, *Szabó et Vissy c. Hongrie*, requ. n° 37138/14, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD003713814. [CourEDH, 12 janvier 2016, *Szabó*]
- CourEDH, arrêt du 14 janvier 2016, *Mandet c. France*, requ. n° 30955/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0114JUD003095512. [CourEDH, 14 janvier 2016, *Mandet*]
- CourEDH, arrêt du 19 janvier 2016, *Görmüş et al. c. Turquie*, requ. n° 49085/07, ECLI:CE:ECHR:2016:0119JUD004908507. [CourEDH, 19 janvier 2016, *Görmüş*]
- CourEDH, arrêt du 21 janvier 2016, *De Carolis et France Télévisions c. France*, requ. n° 29313/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0121JUD002931310. [CourEDH, 21 janvier 2016, *De Carolis*]
- CourEDH, arrêt du 2 février 2016, *Erdener c. Turquie*, requ. n° 23497/05, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD002349705. [CourEDH, 2 février 2016, *Erdener*]
- CourEDH, arrêt du 22 mars 2016, *Pinto Coelho c. Portugal (n° 2)*, requ. n° 48718/11, ECLI:CE:ECHR:2016:0322JUD004871811. [CourEDH, 22 mars 2016, *Pinto Coelho*]
- CourEDH, arrêt du 29 mars 2016, *Bédât c. Suisse*, requ. n° 56925/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0329JUD005692508. [CourEDH, 29 mars 2016, *Bédât*]

- CourEDH, arrêt du 26 avril 2016, *Novikova et al. c. Russie*, requ. jtes n° 25501/07, n° 57569/11, n° 80153/12, n° 5790/13 et n° 35015/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0426JUD002550107. [CourEDH, 26 avril 2016, *Novikova*]
- CourEDH, arrêt du 28 avril 2016, *Buchleither c. Allemagne*, requ. n° 20106/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0428JUD002010613. [CourEDH, 28 avril 2016, *Buchleither*]
- CourEDH, arrêt du 19 mai 2016, *Kolonja c. Grèce*, requ. n° 49441/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0519JUD004944112. [CourEDH, 19 mai 2016, *Kolonja*]
- CourEDH, arrêt du 19 mai 2016, *D.L. c. Bulgarie*, requ. n° 7472/14, ECLI:CE:ECHR:2016:0519JUD000747214. [CourEDH, 19 mai 2016, *D.L.*]
- CourEDH, arrêt du 7 juin 2016, *Şahin Kuş c. Turquie*, requ. n° 33160/04, ECLI:CE:ECHR:2016:0607JUD003316004. [CourEDH, 7 juin 2016, *Şahin Kuş*]
- CourEDH, arrêt du 7 juin 2016, *CICAD c. Suisse*, requ. n° 17676/09, ECLI:CE:ECHR:2016:0607JUD001767609. [CourEDH, 7 juin 2016, *CICAD*]
- CourEDH, arrêt du 7 juin 2016, *Karabeyoğlu c. Turquie*, requ. n° 30083/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0607JUD003008310. [CourEDH, 7 juin 2016, *Karabeyoğlu*]
- CourEDH, arrêt du 23 juin 2016, *Brambilla et al. c. Italie*, requ. n° 22567/09, ECLI:CE:ECHR:2016:0623JUD002256709. [CourEDH, 23 juin 2016, *Brambilla*]
- CourEDH, arrêt du 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, requ. n° 20261/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0623JUD002026112. [CourEDH, 23 juin 2016, *Baka*]
- CourEDH, arrêt du 28 juin 2016, *Radobuljac c. Croatie*, requ. n° 51000/11, ECLI:CE:ECHR:2016:0628JUD005100011. [CourEDH, 28 juin 2016, *Radobuljac*]
- CourEDH, arrêt du 12 juillet 2016, *A.B. et al. c. France*, requ. n° 11593/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0712JUD001159312. [CourEDH, 12 juillet 2016, *A.B.*]
- CourEDH, arrêt du 12 juillet 2016, *A.M. et al. c. France*, requ. n° 24587/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0712JUD002458712. [CourEDH, 12 juillet 2016, *A.M.*]
- CourEDH, arrêt du 12 juillet 2016, *Zdravko Stanev c. Bulgarie*, requ. n° 18312/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0712JUD001831208. [CourEDH, 12 juillet 2016, *Zdravko Stanev*]
- CourEDH, arrêt du 30 août 2016, *Medipress-Sociedade Jornalística, Lda c. Portugal*, requ. n° 55442/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0830JUD005544212. [CourEDH, 30 août 2016, *Medipress-Sociedade Jornalística*]
- CourEDH, arrêt du 4 octobre 2016, *Do Carmo de Portugal e Castro Câmara c. Portugal*, requ. n° 53139/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1004JUD005313911. [CourEDH, 4 octobre 2016, *Do Carmo de Portugal*]
- CourEDH, arrêt du 11 octobre 2016, *Bagdonavivius et al. c. Russie*, requ. n° 19841/06, ECLI:CE:ECHR:2016:1011JUD001984106. [CourEDH, 11 octobre 2016, *Bagdonavivius*]
- CourEDH, arrêt du 25 octobre 2016, *Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche*, requ. n° 60818/10, ECLI:CE:ECHR:2016:1025JUD006081810. [CourEDH, 25 octobre 2016, *Verlagsgruppe News*]
- CourEDH, arrêt du 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, requ. n° 18030/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1108JUD001803011. [CourEDH, 8 novembre 2016, *Magyar*]
- CourEDH, arrêt du 15 novembre 2016, *Dubská et Krejzová c. République tchèque*, requ. jtes n° 28859/11 et n° 28473/12, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002885911. [CourEDH, 15 novembre 2016, *Dubská et Krejzová*]
- CourEDH, arrêt du 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, requ. n° 53080/13, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD005308013. [CourEDH, 13 décembre 2016, *Bélané Nagy*]
- CourEDH, arrêt du 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, requ. n° 41738/10, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD004173810. [CourEDH, 13 décembre 2016, *Paposhvili*]
- CourEDH, arrêt du 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, requ. n° 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812. [CourEDH, 24 janvier 2017, *Paradiso*]

- CourEDH, arrêt du 7 février 2017, *İrfan Güzel c. Turquie*, requ. n° 35285/08, ECLI:CE:ECHR:2017:0207JUD003528508. [CourEDH, 7 février 2017, *İrfan Güzel*]
- CourEDH, arrêt du 23 mars 2017, *A.-M.V. c. Finlande*, requ. n° 53251/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0323JUD005325113. [CourEDH, 23 mars 2017, *A.-M.V. c. Finlande*]
- CourEDH, arrêt du 4 avril 2017, *Thimothawes c. Belgique*, requ. n° 39061/11, ECLI:CE:ECHR:2017:0404JUD003906111. [CourEDH, 4 avril 2017, *Thimothawes*]
- CourEDH, arrêt du 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, requ. n° 931/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0627JUD000093113. [CourEDH, 27 juin 2017, *Satakunnan*]
- CourEDH, arrêt du 11 juillet 2017, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, requ. n° 37798/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0711JUD003779813. [CourEDH, 11 juillet 2017, *Belcacemi*]
- CourEDH, arrêt du 19 octobre 2017, *Lebois c. Bulgarie*, requ. n° 67482/14, ECLI:CE:ECHR:2017:1019JUD006748214. [CourEDH, 19 octobre 2017, *Lebois*]
- CourEDH, arrêt du 5 décembre 2017, *Hamidović c. Bosnie-Herzégovine*, requ. n° 57792/15, ECLI:CE:ECHR:2017:1205JUD005779215. [CourEDH, 5 décembre 2017, *Hamidović*]

C. Les opinions concordantes et dissidentes des juges

- Opinion concordante de M. le Juge LOUCAIDES dans l'arrêt de la CourEDH, rendu le 22 octobre 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, requ. jtes n° 21279/02 et 36448/02, ECLI:CE:ECHR:2007:1022JUD002127902. [CourEDH, Juge LOUCAIDES, 22 octobre 2007, *Lindon*]
- Opinion concordante de M. le Juge SAJO à laquelle Mme la Juge TSOTSORIA déclare se rallier, dans l'arrêt de la CourEDH, rendu le 14 septembre 2010, *Dink c. Turquie*, requ. jtes n° 2668/07, n° 6102/08, n° 30079/08, n° 7072/09 et n° 7124/09, ECLI:CE:ECHR:2010:0914JUD000266807. [CourEDH, Juge SAJO, 14 septembre 2010, *Dink c. Turquie*]
- Opinion concordante de M. le Juge MALINVERNI dans l'arrêt de la CourEDH, rendu le 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, requ. n° 10593/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0912JUD001059308. [CourEDH, Juge MALINVERNI, 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*]
- Opinion concordante de M. le Juge PINTO DE ALBUQUERQUE dans l'arrêt de la CourEDH, rendu le 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*, requ. n° 46470/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0827JUD004647011. [CourEDH, Juge PINTO DE ALBUQUERQUE, 27 août 2015, *Parrillo*]
- Opinion dissidente de M. le Juge SAJÓ dans l'arrêt de la CourEDH, rendu le 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*, requ. n° 46470/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0827JUD004647011. [CourEDH, Juge SAJO, 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*]
- Opinion en partie dissidente commune aux juges RAIMONDI, SICILIANOS, SPANO, RAVARANI et PASTOR VILANOVA dans l'arrêt de la CourEDH, rendu le 19 septembre 2017, *Regner c. République tchèque*, requ. n° 35289/11, ECLI:CE:ECHR:2017:0919JUD003528911. [CourEDH, Juges RAIMONDI *et al.*, 19 septembre 2017, *Regner*]