



HAL
open science

Le contenu essentiel des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Romain Tinière

► **To cite this version:**

Romain Tinière. Le contenu essentiel des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Cahiers de droit européen, 2020, 2-3, pp.417-439. hal-03153596

HAL Id: hal-03153596

<https://hal.science/hal-03153596>

Submitted on 26 Feb 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le contenu essentiel des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Romain Tinière

Professeur de droit public à l'Université Grenoble-Alpes
Co-directeur du CRJ – Chaire Jean Monnet

Résumé : Cet article s'interroge sur la signification et les fonctions de la notion de contenu essentiel des droits fondamentaux figurant à l'article 52 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Après avoir relevé les difficultés de définition inhérente à cette notion et malgré la volonté affichée de la Cour de justice d'adopter une approche harmonisée, il s'emploie à présenter les nouvelles fonctions que la jurisprudence récente semble lui conférer.

Abstract : *This article question functions and meaning of the concept of essence of fundamental rights enshrined in the article 52 § 1 of the Charter of the fundamental rights of the European Union. After having pointed out existing difficulties to define the meaning of this notion and despite the European Court of Justice willing to adopt an harmonized approach, it tries to present new functions the jurisprudence seems to confer to it.*

Mots clés : Contenu essentiel – noyau dur – atteinte à la substance des droits fondamentaux – Limitations – effet horizontal – confiance mutuelle – valeurs – Charte des droits fondamentaux

Keywords : *Essence of Fundamental rights – hard core – limitations – horizontal effect – mutual trust – values – Charter of fundamental Rights*

Selon l'article 52 § 1 de la Charte des droits fondamentaux « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et *respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés*. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »¹. Contenu essentiel, noyau dur, noyau intangible, noyau essentiel, essence du droit, atteinte à la substance... Les formules sont nombreuses et peuvent toutes être rapportées à l'idée selon laquelle chaque droit fondamental est en mesure de supporter des limitations à son exercice jusqu'à un certain seuil, au-delà duquel son existence même serait en cause². Formulée de façon différente, cette idée revient à affirmer qu'il existerait au sein de chaque droit fondamental une partie essentielle et inaliénable, un noyau dur,

1 Nous soulignons.

dont l'intégrité doit être préservée³. Dès lors, peu importe la nature et l'importance des objectifs avancés pour justifier une telle limitation, celle-ci se traduirait automatiquement par une violation du droit du fait d'une atteinte à son contenu essentiel. Le contenu essentiel du droit fondamental commencerait ainsi là où la proportionnalité s'arrête⁴.

Fondée sur l'existence d'un « injustifiable en soi »⁵, cette notion de contenu essentiel peut être adossée à plusieurs justifications théoriques pour la justifier. L'une d'entre elles entretient des liens avec les théories relatives aux fondements jusnaturaliste des droits et libertés en ce qu'elle suppose qu'il existerait dans chaque droit fondamental une parcelle plus ou moins importante de celui-ci qui échapperait à toute emprise extérieure car découlant directement de la dignité de la personne humaine. Il est également possible de se passer de l'explication jusnaturaliste en considérant simplement que l'atteinte au contenu essentiel d'un droit fondamental a pour effet, non pas d'en limiter l'exercice dans une situation donnée, mais de porter atteinte à l'existence même de ce droit en s'attaquant à son essence. Quelle que soit la justification retenue, le recours à cette notion présente sur le plan théorique un certain nombre d'avantages. Ainsi, la notion de contenu essentiel donne la possibilité de protéger de façon absolue tout ou partie d'un droit contre les tentatives de remise en cause, ce qui peut s'avérer précieux en des temps favorables à la limitation des libertés au nom de la protection de la sécurité ou de la santé publique. L'existence d'un contenu essentiel permet également d'apporter un peu de certitude et d'automatisme dans un domaine de plus en plus gouverné par le jeu du principe de proportionnalité et la casuistique qu'il entraîne, favorisant les craintes d'un gouvernement des juges⁶.

2 Bien que la doctrine puisse aussi recourir à la notion de « noyau dur des droits de l'homme » pour distinguer, parmi l'ensemble des droits de l'homme garantis, ceux qui sont intangibles (en ce sens, Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 13^e édition, 2016, p. 198).

3 Catherine GAUTHIER, Sébastien PLATON et David SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Sirey, Dalloz, Paris, 2017, § 214.

4 Encore que certains auteurs estiment suivant une thèse dite « relativiste » qu'une restriction disproportionnée à l'exercice d'un droit fondamental entraîne mécaniquement une atteinte à sa substance, plaçant ainsi l'atteinte à la substance dans le prolongement de la proportionnalité. Dans les propos qui suivent, nous prenons le parti de la thèse inverse, « absolutiste », selon laquelle le contenu essentiel d'un droit fondamental échappe au test de proportionnalité. Sur cette distinction dans la doctrine allemande et suisse, voy. Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 358 s.

5 Selon les termes de Sébastien VAN DROOGHENBROECK dans sa thèse (préc., pp. 352 s.) qui renvoie à l'impossibilité théorique de justifier une atteinte à la substance d'un droit fondamental à l'aide du principe de proportionnalité, l'atteinte au droit étant « injustifiable en soi ».

6 Pour une critique du contrôle de proportionnalité sous cet angle, voy. F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *Dalloz*, 2016, p. 796.

En droit positif, cette exigence trouve son fondement à la fois dans les traditions constitutionnelles communes aux États membres⁷ et dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Elle est en effet présente dans la Loi fondamentale allemande dont l'article 19 dispose en son paragraphe 4 que « il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental », mais aussi dans les constitutions espagnole⁸ portugaise⁹ et suisse¹⁰. Si le texte de la Convention ne l'évoque pas, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'y réfère à partir de l'arrêt dit « affaire linguistique belge » dans lequel il est indiqué que « le droit à l'instruction (...) appelle de par sa nature même une réglementation, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus. *Il va de soi qu'une telle réglementation ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance de ce droit*, ni se heurter à d'autres droits garantis par la Convention »¹¹. Elle existe également dans la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la Charte, puisque dès l'arrêt *Nold* la Cour énonce s'agissant des droits de propriété et de libre exercice d'une activité professionnelle, que « dans l'ordre juridique communautaire, il apparaît (...) légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, *dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits* »¹². Le respect de la substance ou du contenu essentiel des droits fondamentaux fait donc visiblement partie, d'une certaine façon, du patrimoine européen de la protection des droits de l'homme¹³.

La référence de l'article 52 § 1 de la Charte au nécessaire respect du contenu essentiel des droits fondamentaux qu'elle énonce, ne constitue donc ni une surprise, ni une innovation. Il n'est alors pas surprenant que son usage croissant par la Cour de justice soulève les mêmes interrogations que celles qui se sont posées à son égard

7 Pour un aperçu en droit comparé, voy. T. TRIDIMAS et G. GENTILE, « The Essence of Rights : An Unreliable Boundary ? », *German Law Journal* (2019), 20(6), p. 794, spéc. pp. 795–801.

8 Article 53 de la constitution espagnole : « c'est seulement par la loi, qui dans tous les cas doit en respecter le contenu essentiel, que l'on peut réglementer l'exercice de ces droits et libertés ».

9 Article 18 de la constitution portugaise selon lequel les restrictions portées à un droit fondamental « ne peuvent avoir d'effet rétroactif, ni restreindre l'étendue et la portée du contenu essentiel des préceptes constitutionnels. »

10 Article 36 de la constitution suisse disposant que « l'essence des droits fondamentaux est inviolable ».

11 CourEDH, 23 juillet 1968, *Arrêt relatif à certains aspects de la législation linguistique de l'enseignement en Belgique*, A. 6, § 5. Nous soulignons.

12 CJCE, 14 mai 1974, *Nold c. Commission*, aff. 4/73, pt 14. Nous soulignons.

13 On la retrouve ainsi également dans la « jurisprudence » du comité européen des droits sociaux (CEDS, 8 septembre 2004, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. France*, récl. N°14/2003, § 29 « Ainsi la Charte [sociale européenne] doit-elle être interprétée de manière à donner vie et sens aux droits sociaux fondamentaux. Il en résulte notamment que les restrictions apportées aux droits doivent être interprétées strictement c'est-à-dire comprises d'une manière qui laisse intacte l'essence du droit en question et permette d'atteindre l'objectif général de la Charte »).

lorsque la Cour européenne des droits de l'homme ou les juridictions constitutionnelles s'en sont saisies : quel est le contenu exact de cette notion et quelle peut être, par conséquent, sa fonction¹⁴ ? Notion longtemps délaissée par la doctrine européeniste, le « contenu essentiel des droits fondamentaux » a récemment fait l'objet de plusieurs études en droit de l'Union qui tentent d'apporter des réponses à ces questions au moment où la Cour semble vouloir lui conférer de nouvelles fonctions¹⁵. En effet, le contenu essentiel des droits fondamentaux est une notion séduisante intellectuellement mais difficile à appréhender concrètement, ce qui n'empêche pas la Cour de vouloir lui confier un rôle central dans sa jurisprudence relative à la protection des droits fondamentaux quitte à s'écarter de sa fonction initiale de limite aux limitations de ces droits.

1 – À la recherche de la substance du contenu essentiel

Intellectuellement, la notion de contenu essentiel est séduisante en ce qu'elle permet de mettre à l'abri de toute ingérence la parcelle de chaque droit fondamental qui est intimement rattachée à la dignité de la personne humaine. De la sorte, l'article 52 § 1 de la Charte permet l'expression des valeurs fondant l'Union européennes et inscrites à l'article 2 TUE en illustrant son attachement indéfectible à la préservation de la dignité humaine au-delà de tout relativisme. Il est donc possible de limiter l'exercice des droits fondamentaux inscrits dans la Charte au nom de la poursuite d'objectifs d'intérêt général dès lors que cette limitation est prévue par la loi et proportionnée, mais uniquement jusqu'à un certain point au-delà duquel les valeurs qui fondent l'Union – et plus largement toute société humaine qui se veut démocratique – seraient remises en cause. Difficile donc de penser un système de protection des droits fondamentaux qui ne prévoit pas la préservation de l'essence, substance ou noyau dur de ces droits et l'on ne peut que se féliciter de la présence de cette notion dans la Charte.

14 En ce sens s'agissant de la jurisprudence européenne, Sébastien 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. 349–482 ; Sébastien Van DROOGHENBROECK et Cécilia RIZCALLAH, « The ECHR and the Essence of Fundamental Rights : Searching for Sugar in Hot Milk ? », *German Law Journal* (2019), 20(6), p. 905 et les références citées notes 4 et 5, spéc. Olivia ROUZIÈRE-BEAULIEU, *La protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse, Université de Montpellier, 2017, 353p.

15 Dont un remarquable dossier coordonné par Mark DAWSON, Orla LYNSEY et Elise MUIR publié au *German Law Journal* (2019), vol. 20, n°6 intitulé « Interrogating the Essence of EU Fundamental Rights » comportant notamment, un article du président de la Cour (Koen LENAERTS, « Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU », *German Law Journal* (2019), 20(6), pp. 779–793). Voy. également Sébastien PLATON, « La protection du « contenu essentiel » des droits garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in R. TINIÈRE et C. VIAL (dir.), *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Bilan et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2020, pp. 317–337.

Comment identifier ce contenu essentiel afin de savoir, droit par droit où s'arrête la proportionnalité et où commence « l'injustifiable en soi » ? Assez logiquement absente des textes, la réponse à cette question ne figure pas non plus très clairement dans la jurisprudence de la Cour de justice.

A – Le silence de la Charte et de ses explications

Le texte de la Charte apporte peu de réponses à cette question. Tout au plus peut-on déduire de la formulation de certains droits que leur contenu semble entièrement assimilable à leur contenu essentiel en ce qu'ils ne tolèrent aucune limitation¹⁶. En effet, lorsque par exemple l'article 1^{er} indique que « la dignité humaine est inviolable » ou que l'article 4 énonce que « nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants », il en découle logiquement qu'aucune ingérence ne saurait être tolérée s'agissant de ces droits¹⁷. Toutefois, il s'agit ici uniquement de déterminer ceux des droits fondamentaux garantis par la Charte qui font partie du « noyau dur des droits de l'homme »¹⁸, non le contenu essentiel des différents droits inscrits dans la Charte pris individuellement. Les explications relatives à la Charte rédigées sous l'autorité du praesidium ne sont guère plus instructives. En effet, elles se contentent d'indiquer, s'agissant de l'article 52 § 1, que la formule retenue « s'inspire de la jurisprudence de la Cour de justice » en citant à cet effet un arrêt relatif au droit de propriété dans lequel la Cour se réfère à l'interdiction d'une atteinte à la substance des droits fondamentaux¹⁹. Outre que l'exemple aurait pu être mieux choisi compte tenu de la façon dont la Cour examine les atteintes au droit de propriété et à la liberté d'entreprise²⁰, il n'indique en rien la méthode à suivre pour déterminer le contenu essentiel d'un droit garanti par la Charte. Les explications relatives aux différents droits n'apportent pas plus d'élément sur ce point. Par ailleurs, les travaux préparatoires de la Charte ne font pas non plus apparaître de débats particuliers sur la question du contenu essentiel²¹. Tout au plus peut-on relever quelques propositions

16 Cela semble être le cas s'agissant du droit au respect de la dignité humaine (art 1), du droit à la vie (art 2), de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art 4), de l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art 5) et des principes de légalité pénale (art 49) et de *non bis in idem* (art 50). Droits auxquels il faut ajouter l'article 19 § 2 qui prévoit la protection par ricochet des droits inscrits aux articles 2 et 4. La liste ainsi constituée correspond en grande partie à celle des droits intangibles au sens de la Convention européenne des droits de l'homme.

17 Encore que la Cour de justice a estimé que l'article 50 ne constituait pas un droit intangible et que des limitations à son exercice étaient admises dès lors qu'elles respectaient les règles définies à l'article 52 § 1 (CJUE, gde ch., 20 mars 2018, *Procédure pénale c/ Luca Mancini*, aff. C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197, RTDH 2019, n°117, p. 161 note Laure MILANO).

18 Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit.*, p. 198.

19 CJCE, 13 avril 2000, *Karlsson e.a.*, aff. C-292/97, ECLI:EU:C:2000:202, pt 45.

20 Voy. *infra* II-A

21 Notamment dans le document récapitulatifs des amendements déposés par les membres de la Convention relatifs aux droits sociaux et aux clauses horizontales, document CHARTE 4372/00

d'amendement visant l'actuel article 52 § 1, soit proposant la suppression de la référence au contenu essentiel²², soit son placement en tout début d'article pour mieux souligner son importance²³. Mais il ne semble pas qu'il y ait eu de véritable réflexion relative à la définition droit par droit de cette notion. Un peu comme si elle devait figurer dans une déclaration des droits sans qu'il soit pour autant utile de prévoir la façon dont elle peut être utilisée concrètement. La Charte n'est d'ailleurs pas le seul texte mentionnant la nécessité de respecter le contenu essentiel des droits fondamentaux sans définir cette notion.

Ce silence des textes peut sembler critiquable. Il est néanmoins compréhensible si l'on veut bien admettre que les droits fondamentaux sont des droits formulés de façon abstraite et générale – des droits à texture ouverte – qui se prêtent donc peu à des définitions précises, même s'agissant de leur noyau dur. Comment définir à la fois précisément et *in abstracto* l'injustifiable en soi ? Revient-il alors au juge de déterminer en fonction des faits de chaque affaire s'il y a atteinte au contenu du droit fondamental invoqué, permettant de justifier le silence de la Charte ? Si le noyau dur des droits fondamentaux doit effectivement être la parcelle de ce droit qui doit être soustraite du jeu du contrôle de proportionnalité, les faits d'espèce et l'objectif poursuivi par la mesure portant atteinte au droit fondamental importent peu et le contenu essentiel de chaque droit fondamental devrait pouvoir être défini *in abstracto*. Comme il ne l'est pas et qu'il faut pourtant bien définir cette notion, *a minima* afin de déterminer dans une affaire donnée si la limitation à l'exercice du droit fondamental applicable lui porte atteinte, la Cour a dû se prononcer sur la substance de ce contenu essentiel.

B – Les réponses partielles de la Cour de justice

À défaut de définition précise, se dégage de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la notion de contenu essentiel²⁴ une approche globalement cohérente, dès lors du moins que la Cour accepte d'expliquer un tant soit peu son raisonnement²⁵ ou

CONVENT 39, disponible sur le site du Conseil de l'UE.

22 Amendement n°0181, avançant les arguments suivants : « La deuxième phrase sur la substance même doit être complètement supprimée. L'effet de protection y associé est suffisamment garanti par la phrase suivante qui reflète le niveau général reconnu d'une clause restrictive en matière de droits fondamentaux [référence y est faite au principe de proportionnalité]. D'autres significations possibles liées au concept de "substance même" sont extrêmement vagues et n'embrouillent plus qu'elles n'éclairent ».

23 Amendement n°0157.

24 Les propos qui suivent s'appuient sur une étude systématiques des seuls arrêts de la Cour dans lesquels la notion de « contenu essentiel » a été utilisée. Ont ainsi été volontairement mis de côté la jurisprudence du Tribunal et les arrêts dans lesquels la Cour utilise la notion « d'atteinte à la substance ».

25 Ce qui n'est pas toujours le cas. Voy. par exemple CJUE, 17 octobre 2013, *Schwarz*, aff. C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670, pt 39.

qu'elle n'ignore pas purement et simplement cette étape²⁶. Toutefois, outre que cette approche identifiée reste assez floue, elle est contredite dans plusieurs affaires dans lesquelles la Cour relève une atteinte au contenu essentiel d'un droit.

La démarche adoptée par la Cour dans la plupart des affaires semble pouvoir être synthétisée par l'idée selon laquelle le contenu essentiel d'un droit fondamental est atteint lorsqu'une mesure générale et indifférenciée adoptée sans aucune prise en compte des contraintes liées au respect du droit lui porte atteinte de façon caractérisée et remet en cause son existence même, sa substance.

Ainsi quand elle indique que le contenu essentiel du droit de propriété est préservé par une législation interdisant le cumul d'une pension de retraite dans le secteur public et de revenus tirés d'une activité exercée auprès d'une institution publique, car elle n'en remet pas en cause le principe même et se contente d'en limiter l'exercice dans des circonstances bien définies et encadrées²⁷, il est possible d'en déduire qu'une décision supprimant tous les droits à retraite d'une personne prise sur le fondement d'un pouvoir discrétionnaire porterait atteinte à ce contenu essentiel. De la même façon, le contenu essentiel du droit à la protection des données personnelles n'est pas affecté, nous dit la Cour, lorsque « les États membres [doivent veiller] à l'adoption de mesures techniques et organisationnelles appropriées contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte ou l'altération accidentelle des données » personnelles collectées en vertu du droit de l'Union²⁸. Il ne l'est pas non plus quand une collecte – ici des données PNR²⁹ – voit ses finalités encadrées et s'accompagne de règles destinées à assurer la sécurité, la confidentialité et l'intégrité de ces données ainsi qu'à les protéger contre les accès et traitement illégaux³⁰. En somme, une réglementation prévoyant le traitement de données personnelles sans qu'existe la moindre expression des principes de protection et de sécurité des données et/ou sans que les finalités de ce traitement ne soient encadrées pourrait porter atteinte au contenu essentiel de ce droit. Une réglementation ayant pour effet « d'exclure, dans des conditions spécifiques et en

26 Par ex, CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, aff. C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350, pts 42-43 ; CJUE, 16 juillet 2015, *Coty Germany*, aff. C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485, pts 35 s dans lequel la Cour passe du contenu essentiel au contrôle d'une « atteinte caractérisée » au droit de propriété intellectuelle sans plus d'explications ; ou encore CJUE, 17 déc. 2015, *WebMindLicenses*, aff. C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832, pts 69 s. dans lequel le jeu du mécanisme des droits correspondants conduit la Cour à basculer sur le mode de raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme et à laisser de côté le contenu essentiel (voy. également CJUE, 15 mars 2017, *Al Chodor*, Aff. C-528/15, ECLI:EU:C:2017:213, pts 37 s).

27 CJUE, gde ch., 13 juin 2017, *Florescu e.a.*, aff. C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448, pts 54-55.

28 CJUE, gde ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e.a.*, aff. Jtes C-293 et 594/12, ECLI:EU:C:2014:238, pt 40.

29 *Passenger Name Record*, nom des données personnelles collectées par les compagnies aériennes lors de la réservation et l'achat d'un billet d'avion.

30 CJUE, gde ch., 26 juil. 2017, *Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11*, avis 1/15, ECLI:EU:C:2017:592, pt. 150.

raison de leur comportement, certaines personnes du groupe des bénéficiaires du droit de vote aux élections au Parlement, pour autant que lesdites conditions soient remplies », ne porte pas non plus atteinte au contenu essentiel du droit de vote aux élections européennes inscrit à l'article 39 § 2 de la Charte³¹. On peut ici aussi, supposer qu'une telle exclusion aurait pu conduire à une atteinte au contenu essentiel de ce droit, si elle avait visé certaines personnes sans poser de condition ni prendre en compte leur comportement et, *a fortiori*, si elle avait visé l'ensemble des bénéficiaires du droit de vote. S'agissant du droit à la liberté, son contenu essentiel est préservé par la disposition d'une directive permettant le placement en rétention d'un demandeur d'asile lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige car, selon la Cour, « cette disposition ne remet pas en cause la garantie de ce droit » et encadre ce pouvoir conféré aux États en exigeant qu'une telle décision ne soit prise que sur le fondement du comportement individuel du demandeur et dans des circonstances exceptionnelles elles-mêmes détaillées dans la directive³². Ici également, le contenu essentiel du droit fondamental en cause aurait probablement été affecté si la disposition de la directive avait permis un placement en rétention par une décision prise de façon discrétionnaire sans cadre précis pré-établi et sans prise en compte du comportement du demandeur d'asile, par exemple sur le fondement de son appartenance réelle ou supposée à un groupe particulier. Va dans le même sens la jurisprudence relative au principe de *non bis in idem* lorsque la Cour explique que le contenu essentiel de ce droit n'est pas non plus atteint par une disposition qui permet le cumul entre une sanction administrative de nature pénale et une poursuite pénale lorsque la réglementation nationale prévoit « des conditions limitativement fixées, assurant ainsi que le droit garanti à cet article 50 ne soit pas remis en cause en tant que tel »³³.

Cette conception semble pouvoir être également déduite des arrêts relatifs à la non-discrimination, la Cour indiquant que le contenu essentiel de ce droit n'est pas affecté par une mesure qui exclut les personnes homosexuelles du don de sang car celle-ci « 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 »³⁴. C'est également le cas d'une législation interdisant aux pilotes aériens de plus de 65 ans de continuer à piloter un avion dans le cadre de vols

31 CJUE, gde ch., 6 octobre 2015, *Delvigne*, aff. C-650/13, ECLI:EU:C:2015:648, pt 45.

32 CJUE, gde ch., 15 février 2016, *J.N.*, aff. C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, pt 52.

33 CJUE, gde ch., 20 mars 2018, *Menci*, préc., pt. 43 ; confirmé par CJUE, 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate e.a.*, Aff. C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193, pt. 45. Pourrait également être rapprochée de cette solution l'arrêt *Spasic* (CJUE, gde ch., 27 mai 2014, *Spasic*, aff. C-129/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:586, pt 58) dans lequel la Cour précise que la poursuite d'une personne définitivement jugée dans un État membre lorsque les autorités nationales n'ont pas fait exécuter la peine encourue ne porte pas atteinte au contenu essentiel du droit consacré à l'article 50 de la Charte.

34 CJUE, 29 avr. 2015, *Léger*, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, pt 54.

commerciaux, car cette limitation « ne porte que sur la question, de portée limitée, des restrictions à l'exercice des fonctions de pilotage en vue d'assurer la sécurité aérienne »³⁵. Ne porte pas non plus atteinte au contenu essentiel des droits de la défense l'application d'une sanction pécuniaire sans mise en demeure préalable ni possibilité d'être entendu « dès lors que l'introduction du recours motivé contre la décision prononçant l'astreinte rend celle-ci immédiatement inapplicable et déclenche une procédure ordinaire dans le cadre de laquelle le droit d'être entendu peut être respecté »³⁶, préservant par la même l'existence du droit dont la jouissance est simplement reportée dans le temps. La même idée se dégage de la jurisprudence relative à la liberté d'entreprise. En effet, dans l'arrêt *Sky Österreich* la Cour indique que la législation en cause ne porte pas atteinte au contenu essentiel de ce droit car elle « n'empêche pas l'exercice de l'activité entrepreneuriale en tant que telle » et n'exclut pas que le titulaire de droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle « puisse exploiter son droit en effectuant lui-même, à titre onéreux, la retransmission de l'événement en cause ou encore en cédant ce droit par voie contractuelle, à titre onéreux, à un autre organisme de radiodiffusion télévisuelle ou à tout autre opérateur économique »³⁷. Plus généralement, au vu de la jurisprudence³⁸, aucune obligation imposée à un opérateur économique ne semble être en mesure de constituer une atteinte au contenu essentiel de la liberté d'entreprise dès lors que l'opérateur peut continuer à exercer son activité et par conséquent sa liberté d'entreprendre³⁹, ce qui ne serait pas le cas, par exemple, en cas de fermeture totale du marché sur lequel intervient l'entreprise⁴⁰.

En somme, il semble bien que dans les différents arrêts évoqués, la Cour adopte la même démarche dans l'appréciation d'une éventuelle atteinte au contenu essentiel d'un

35 CJUE, 5 juillet 2017, *Fries*, aff. C-190/16, ECLI:EU:C:2017:513, pt 38.

36 CJUE, 26 septembre 2013, *Texdata Software*, aff. C-418/11, ECLI:EU:C:2013:588, pt 85.

37 CJUE, gde ch., 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, pt 49. De la même façon, la Cour considère qu'une réglementation encadrant l'étiquetage et la publicité n'affecte pas le contenu essentiel de la liberté d'entreprise, ni d'ailleurs la liberté d'expression et d'information (CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*, aff. C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823, pts 70-71).

38 Dans le même sens s'agissant de la liberté d'expression, CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris Brands e.a.*, aff. C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325, pt 151). Pas plus que l'interdiction de publicité pour les cigarettes électroniques dans la mesure où la disposition en cause n'empêche pas « les opérateurs économiques de fabriquer et de commercialiser les cigarettes électroniques et les flacons de recharge » (CJUE, 4 mai 2016, *Pillbox 38*, aff. C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324, pt 161), ou bien que l'obligation pour une entreprise de sécuriser l'accès internet qu'elle offre gratuitement aux abords de son local au moyen d'un mot de passe (CJUE, 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, aff. C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689, pt 92). De la même façon, une législation nationale prévoyant une obligation de notifier à l'administration les projets de licenciements collectifs ne porte pas atteinte au contenu essentiel de ce droit car il n'en exclut pas la possibilité, mais se contente d'en encadrer l'usage (CJUE, gde ch., 21 déc. 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, pts 84-88).

39 CJUE, 20 décembre 2017, *Polkomtel*, aff. C-277/16, ECLI:EU:C:2017:989, pt 52.

40 CJUE, 12 juillet 2018, *Spika e.a.*, aff. C-540/16, ECLI:EU:C:2018:565, pt 38.

droit fondamental, approche qui emprunte clairement au test de proportionnalité. Toutefois, cette démarche n'est pas toujours suivie dans les quelques affaires dans lesquelles la Cour a reconnu l'existence d'une atteinte au contenu essentiel d'un droit fondamental. En effet, outre le droit à congé annuel payé à propos duquel la Cour insiste « classiquement » sur l'importance de la jouissance effective⁴¹, la définition du contenu essentiel du droit à la vie privée et du droit à un recours juridictionnel effectif laissent entrevoir une approche en partie différente.

Ainsi, dans l'arrêt *Digital Rights Ireland*, la Cour avait indiqué que la directive 2006/24/CE ne portait pas atteinte au contenu essentiel du droit à la protection de la vie privée car la conservation des données qu'elle imposait ne portait pas sur le « contenu des communications électroniques en tant que tel », mais uniquement sur les métadonnées⁴². Elle laissait ainsi supposer qu'une collecte et une conservation au moins aussi massive que celle prévue par la directive de 2006 portant sur le contenu des communications électroniques constituerait une atteinte au contenu essentiel du droit à la vie privée, approche qu'elle a formellement confirmé dans son arrêt *Schrems*⁴³. Il n'en va toutefois pas de même si la collecte de ces informations est de moindre ampleur car « limitée à certains aspects de cette vie privée, relatifs en particulier aux voyages aériens entre le Canada et l'Union »⁴⁴. Si l'on retrouve l'idée selon laquelle une mesure générale et indifférenciée adoptée sans prise en compte des contraintes liées au respect du droit à la vie privée et portant atteinte de façon caractérisée à ce droit porte atteinte à son contenu essentiel, la Cour ajoute ici un critère supplémentaire propre visiblement au droit à la vie privée en distinguant selon que le traitement porte sur les métadonnées ou sur le contenu des communications. Elle le fait en outre sans apporter d'explications particulières et après avoir insisté sur la gravité de l'ingérence dans le droit à la vie privée que pouvait entraîner la conservation et l'utilisation de ces métadonnées.

Dans l'arrêt *Schrems* également, la Cour constate une atteinte au contenu essentiel du droit à une protection juridictionnelle effective du fait d'une réglementation « ne prévoyant aucune possibilité pour le justiciable d'exercer des voies de droit afin d'avoir accès à des données à caractère personnel le concernant, ou d'obtenir la rectification

41 CJUE, 19 septembre 2013, *Strack c. Commission*, aff. C-579/12 RX-II, ECLI:EU:C:2013:570, pt 54. Dans le même sens, CJUE, gde ch., 6 novembre 2018, *Bauer*, aff. jtes C-569 et 570/16, ECLI:EU:C:2018:871, pt 59. *A contrario* CJUE, gde ch., 20 novembre 2018, *Sindicatul Familia Constanța e.a.*, aff. C-147/17, ECLI:EU:C:2018:926, pts 83-86 (prise de congé soumise à autorisation de l'employeur).

42 CJUE, gde ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e.a.*, aff. jtes C-293 et 594/12, ECLI:EU:C:2014:238, pt 39. Voy. également CJUE, gde ch., 21 déc. 2016, *Tele2 (Netherlands) e.a.*, aff. jtes C-203 et 698/15, ECLI:EU:C:2016:970, pt 101.

43 CJUE, gde ch., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, pt 94.

44 CJUE, gde ch., 26 juil. 2017, *Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11*, avis 1/15, ECLI:EU:C:2017:592, pt. 150.

ou la suppression de telles données »⁴⁵. Une atteinte au contenu essentiel du droit à un recours juridictionnel effectif peut alors être identifiée à chaque fois que l'accès à un tel recours n'est pas simplement encadré ou décalé dans le temps, mais rendu impossible, ce qui correspond globalement à la démarche identifiée pour les autres droits. Toutefois, la démarche de la Cour relative au droit à un procès équitable, composante du droit à un recours juridictionnel effectif d'après l'article 47 de la Charte, est assez différente. Elle se contente en effet d'indiquer que « l'exigence d'indépendance des juges relève du contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable »⁴⁶, sans apporter d'autre explication que le fait qu'elle soit inhérente à la mission de juger⁴⁷. Exigence à laquelle s'ajoute celle du respect du principe d'impartialité⁴⁸. Difficile ici de justifier la définition de ce noyau dur du droit fondamental à un procès équitable par la seule volonté de préserver la jouissance effective du droit. En effet, l'article 47 alinéa 2 disposant que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi », qu'est-ce qui justifie que l'indépendance et l'impartialité fassent partie du noyau dur de ce droit et pas le tribunal légal ou le droit à une procédure publique ?

La recherche de la substance du contenu essentiel des droits fondamentaux garantis par la Charte s'apparente visiblement à la poursuite d'un mirage. À chaque fois que l'on pense parvenir à cerner, sinon précisément la notion, du moins une méthode permettant de l'approcher, on s'aperçoit qu'elle reste insaisissable⁴⁹. Peut-être, à l'instar de la dignité humaine consacré à l'article 1er de la Charte, faut-il davantage

45 CJUE, gde ch., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. préc., pt 95. Il en va de même si le jugement d'une juridiction demeure inopérant faute pour celle-ci de disposer d'un moyen pour le faire respecter (CJUE, gde ch., 29 juillet 2019, *Torubarov*, aff. C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626, pts 71-72 et CJUE, gde ch., 19 décembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe*, aff. C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114, pt 35) ou lorsque la législation nationale prévoit que les décisions d'octroi du statut de réfugié ne peuvent être contestées que devant une autorité ne satisfaisant pas aux conditions énoncées par l'article 47 de la Charte, sans contrôle juridictionnel ultérieur possible (CJUE, gde ch., 14 mai 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, aff. C-924/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, pt 137). Par contre, l'obligation de constituer une garantie de bonne conduite d'un montant substantiel ne constitue pas une atteinte au contenu essentiel de ce droit (CJUE, 15 septembre 2016, *Star Storage*, aff. jes C-439 et 488/14, ECLI:EU:C:2016:688, pt 50), ni l'ajout d'une étape procédurale supplémentaire en exigeant l'épuisement des voies de recours administratives avant la saisine du juge pour obtenir la protection de son droit à la protection des données personnelles (CJUE, 27 septembre 2017, *Puškar*, aff. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725, pt 64), car si l'accès au droit est conditionné ou décalé dans le temps, le droit lui-même n'est pas affecté.

46 CJUE, Gde ch., 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, pt 48.

47 *Ibid.* pt 63.

48 CJUE, gde ch., 19 novembre 2019, *A.K.*, aff. jtes C-585, 624 et 625/18, ECLI:EU:C:2019:982, pt 165.

s'intéresser à ce que permet cette notion qu'à ce qu'elle est⁵⁰. C'est en tout cas le choix que semble avoir fait la Cour de justice au vu de sa jurisprudence récente.

2 – Le contenu essentiel, « couteau suisse » de la protection des droits fondamentaux dans l'Union ?

Le rôle que l'article 52 § 1 de la Charte confère à la notion de contenu essentiel est, comme évoqué précédemment, celui de barrière intangible permettant d'interdire que certaines limitations aux droits fondamentaux portent atteinte à l'existence même de ces droits. Toutefois, au-delà de ce rôle bien connu, la jurisprudence de la Cour de justice laisse apparaître plus ou moins clairement d'autres fonctions⁵¹ qui vont au-delà du simple contrôle des limitations portées à l'exercice des droits fondamentaux.

A- La fonction traditionnelle de protection de l'essence des droits fondamentaux

Le respect du contenu essentiel vise avant tout et en s'en tenant au texte de l'article 52 § 1 de la Charte, à encadrer les possibilités de limitation de l'exercice des droits en proposant une frontière intangible qui ne peut être franchie sans entraîner la violation du droit fondamental. En vertu de cette disposition, l'appréciation d'une ingérence doit conduire à vérifier successivement, si la limitation est prévue par la loi, si elle respecte le contenu essentiel du droit en cause et, dans un troisième temps, si cette limitation est proportionnée à l'objectif poursuivi. La vérification du respect du contenu essentiel devrait donc être préalable et, surtout, distincte de celle du respect du principe de proportionnalité. Finalement, peu importe l'objectif poursuivi si l'ingérence conduit à porter atteinte au contenu essentiel du droit, c'est précisément d'ailleurs la raison d'être de cette notion. Cette articulation avec la proportionnalité apparaît ainsi très clairement dans l'arrêt *Digital Rights Ireland* dans lequel la Cour s'emploie à appliquer à la lettre l'articulation prévue par l'article 52 § 1 et fait donc jouer pleinement au respect du contenu essentiel des droits fondamentaux sa fonction de garant absolu des droits fondamentaux⁵² avant de se pencher sur la proportionnalité. Il arrive parfois que la rédaction de l'arrêt soit plus confuse⁵³. Plus gênant, il peut arriver que le raisonnement lui-même soit difficile à suivre, comme par exemple dans l'arrêt *Associazione*

49 En ce sens également, Sébastien PLATON, « La protection du « contenu essentiel » des droits garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 337.

50 En ce sens, C. VIAL, « Article 1 – Dignité humaine », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2^e édition, 2020, p. 58.

51 Voy. Koen LENAERTS, « Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU », *German Law Journal*, 2019/20, pp. 779-793.

52 Pts 38 et suivants de l'arrêt précité.

Avvocatura per i diritti LGBTI dans lequel la Cour explique que les limitations à la liberté d'expression prévues par la directive 2000/78⁵⁴ respectent le contenu essentiel de ce droit « puisqu'elles s'appliquent uniquement afin d'atteindre les objectifs de la directive 2000/78, à savoir garantir le principe d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et la réalisation d'un niveau d'emploi et de protection et de protection sociale élevé. Elles sont ainsi justifiées par ces objectifs »⁵⁵. Les limitations de l'exercice d'un droit ne sauraient donc entraîner une atteinte à son contenu essentiel puisqu'elles poursuivent des objectifs louables... C'est aussi le cas des affaires relatives à l'indépendance des juridictions polonaises⁵⁶ dans lesquelles la Cour, après avoir qualifié l'indépendance des juridictions d'exigence relevant du contenu essentiel du droit à une protection juridictionnelle effective et du droit à un procès équitable⁵⁷, soumet cette exigence à un test de proportionnalité classique. En effet, elle indique que les garanties d'indépendance et d'impartialité postulent l'existence de règles dont fait partie le principe d'inamovibilité, lequel, compte tenu de son importance ne saurait tolérer de limitation que « si elle est justifiée par un objectif légitime et proportionnée au regard de celui-ci et pour autant qu'elle n'est pas de nature à susciter des doutes légitimes, dans l'esprit des justiciables, quant à l'imperméabilité de la juridiction concernée à l'égard d'éléments extérieurs et à sa neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent »⁵⁸. Cela pourrait signifier que les composantes du contenu essentiel d'un droit peuvent tolérer des restrictions proportionnées à un objectif légitime poursuivi, ce qui va manifestement à l'encontre de l'idée même de contenu essentiel.

Si la rédaction des arrêts de la Cour n'est pas toujours irréprochable en la matière et souligne les frontières encore poreuses avec la proportionnalité, il faut toutefois saluer l'effort de clarification réalisé depuis la Charte et les progrès considérables accomplis par rapport à la jurisprudence antérieure qui se référait à l'atteinte à la substance du droit. En effet, se cachait derrière cette notion à la fois un examen classique, quoique confus⁵⁹, du respect du contenu essentiel et un moyen de faciliter les restrictions au

53 CJUE, gde ch., 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, *op. cit.*, pt 79 s (le respect du contenu essentiel étant examiné dans la partie de l'arrêt intitulée « Sur la proportionnalité ») ; CJUE, 3 juillet 2014, *Kamino International Logistics*, aff. C-129/13, pts 66 s (le passage de l'examen du respect du contenu essentiel à celui de la proportionnalité est difficile à identifier).

54 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, *JOCE* 2000, L 303, p. 16.

55 CJUE, gde ch., 23 avril 2020, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, aff. C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, pt 51 et s., la Cour poursuivant en se penchant sur le respect du principe de proportionnalité.

56 *Infra* B.

57 CJUE, gde ch., 24 juin 2019, *Commission / Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, aff. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, pt 58 et CJUE, gde ch., 5 novembre 2019, *Commission / Pologne (Indépendance des juridictions de droit commun)*, aff. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924, pt 106.

58 *Ibid.* respectivement pt 79 et 115.

59 CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. 44/79, pt 23 : « il convient encore d'examiner si les restrictions instituées par la réglementation litigieuse répondent effectivement à des objectifs

droit de propriété et de libre exercice d'une activité professionnelle⁶⁰. Il n'en demeure pas moins que des progrès en la matière restent à accomplir.

Quoique la rédaction des arrêts soit désormais plus claire sur ce point, les liens étroits liant ces deux étapes du contrôle du respect des droits fondamentaux qui s'expriment au stade de la détermination du contenu essentiel le font également au moment de son utilisation contentieuse et conduisent à s'interroger sur la plus-value qu'apporte la notion de contenu essentiel sur le plan pratique. En effet, en respectant l'ordre prévu par l'article 52 § 1, la Cour peut soit constater une atteinte au contenu essentiel du droit fondamental auquel cas le contrôle de proportionnalité n'est plus nécessaire, soit constater la préservation de ce noyau dur et passer ensuite au test de proportionnalité. Ce n'est donc, la jurisprudence évoquée précédemment le démontre, que dans de très rares cas que le juge arrête son contrôle au stade de la vérification du respect du contenu essentiel. Dans la plupart des cas, il poursuit par un test de proportionnalité pouvant conduire, soit à un constat de violation du droit fondamental, soit à un constat de non violation. La valeur ajoutée du contrôle du respect du contenu essentiel du droit fondamental est donc quantitativement limitée, si on la rapporte à l'ensemble des affaires. Elle l'est encore plus si l'on admet que les affaires dans lesquelles la Cour arrête son raisonnement au stade de la vérification de l'atteinte au contenu essentiel auraient également conduit à un constat de violation du principe de proportionnalité. Certes, on pourrait arguer que l'importance de l'objectif d'intérêt général poursuivi peut justifier des atteintes considérables au droits fondamentaux. L'arrêt *Digital Rights Ireland*⁶¹ montre toutefois que, même confrontée à un objectif aussi important que la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme, la Cour de justice a retenu la violation des droits à la vie privée et à la protection des données personnelles compte tenu de l'ampleur considérable de la limitation. Par ailleurs, on pourrait parfaitement envisager que la vérification du respect du contenu essentiel intervienne après le contrôle de proportionnalité. De la sorte, si jamais une limitation de grande ampleur devait être jugée proportionnée aux objectifs poursuivis compte tenu de l'importance de ces derniers, la vérification de l'absence d'atteinte au contenu essentiel du droit pourrait jouer le rôle de protection en dernier recours des valeurs fondamentales de l'Union.

d'intérêt général poursuivis par la Communauté et si elles ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable dans les prérogatives du propriétaire, qui porterait atteinte à la substance même du droit de propriété » (nous soulignons).

60 Romain TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 355 s. Voy également Katarzyna BLAY-GRABARCZYK, « Le droit de propriété, un droit fondamental comme les autres ? », *Europe* 2014, étude 4 ou encore Eric CARPANO, « La Charte, une constitution de la liberté économique des entreprises ? », *RAE – LEA*, 2018/2, p. 225.

61 Préc. confirmé en cela par l'arrêt *Tele2* également préc.

Une telle inversion des deux contrôles pourrait toutefois avoir pour effet de reléguer la notion de contenu essentiel au second plan⁶², derrière le test de proportionnalité en conduisant la Cour à ne se pencher sur le contenu essentiel que dans les cas limites. En effet, si le contrôle de proportionnalité conduit le juge à relever que les atteintes au droit fondamental sont finalement trop modestes pour entraîner une violation du droit compte tenu de l'objectif poursuivi, la vérification d'absence d'atteinte au contenu essentiel peut paraître superflue. En outre, en cas de violation du principe de proportionnalité, nul besoin de se pencher sur le contenu essentiel. Or, au-delà du respect de l'ordre prévu par l'article 52 § 1, il nous semble que cette inversion n'est de toute façon pas souhaitée par la Cour qui s'efforce de valoriser la notion de contenu essentiel dans sa jurisprudence et ce pour aux moins deux raisons qui ne sont pas sans lien. La première réside dans la participation de cette notion au récit judiciaire sur la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, ou « récit de l'Europe des valeurs » comme l'identifie Antoine Bailleux⁶³. Évoquer le respect du contenu essentiel des droits fondamentaux permet de conforter l'image d'une Union européenne soucieuse de ses valeurs et d'une Cour de justice décidé à ne pas céder sur l'essentiel. La seconde raison à cette valorisation du contenu essentiel des droits fondamentaux réside dans les fonctions nouvelles que la Cour semble vouloir conférer à cette notion.

B- Les fonctions nouvelles du contenu essentiel des droits fondamentaux

En l'état actuel de la jurisprudence, il est en effet possible d'identifier au moins trois fonctions conférées au contenu essentiel des droits fondamentaux par la Cour et qui diffèrent du simple contrôle des limitations à ces droits.

La première de ces fonctions est celle de contrepoids au principe de confiance mutuelle. Principe d'importance fondamentale dans l'Union⁶⁴ en ce qu'il permet la création et le maintien de l'espace de liberté et sécurité et de justice, ce principe fonde le fonctionnement des mécanismes du mandat d'arrêt européen et du système Dublin.

62 Voy. en ce sens, Koen LENAERTS, « Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU », *op. cit.*, p. 788.

63 Antoine BAILLEUX, « Introduction – Jalons et esquisse d'une recherche sur les récits judiciaires de l'Europe », in Antoine BAILLEUX, Elsa BERNARD et Sophie JACQUOT (dir.), *Les récits judiciaires de l'Europe – concepts et typologie*, Bruylant, 2019, pp. 1 et s. spéc. pp. 26-29. Voy. également Mark DAWSON, Orla LYNSEY et Elise MUIR, « What is the Added Value of the « Essence » of EU Fundamental Rights ? », *German Law Journal* (2019), vol. 20, n°6, pp. 774 s. De ce point de vue, la participation du président de la Cour de justice au dossier du *German Law Journal* consacrée à la notion de contenu essentiel atteste, *a minima*, de son intérêt pour la notion même si évidemment, les propos qu'ils tiennent le sont à titre personnel.

64 CJUE, ass. plén., 18 déc. 2014, *Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11*, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, pt 191.

La question de son articulation avec le respect des droits fondamentaux étant bien connue et ayant déjà fait l'objet de nombreuses études⁶⁵, il n'est pas nécessaire de rappeler ici en détail les termes de l'équation. Précisons simplement que jusqu'à son arrêt *LM (Minister for justice and equality)*⁶⁶ la Cour n'acceptait d'envisager l'hypothèse d'une suspension de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen qu'en cas de risque avéré d'atteinte à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants consacrée à l'article 4 de la Charte, ce uniquement après avoir insisté sur le caractère absolu de ce droit en raison de son lien étroit avec la dignité de la personne humaine consacrée à l'article 1^{er} de la Charte⁶⁷. La doctrine avait alors cru pouvoir en déduire que seul le risque réel et sérieux d'atteinte à un droit intangible était en mesure de renverser la présomption de respect des valeurs de l'Union qui découle de la confiance mutuelle. Or, dans son arrêt *LM (Minister for justice and equality)*, la Cour accepte d'étendre le raisonnement tenu dans son arrêt *Aranyosi* au droit à un procès équitable garanti à l'article 47 alinéa 2 de la Charte après avoir souligné le fait que l'exigence d'indépendance des juges qui était en cause dans l'affaire « relève du contenu essentiel » de ce droit fondamental, « lequel revêt une importance cardinale en tant que garant de la protection de l'ensemble des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et de la préservation des valeurs communes aux États membres énoncées à l'article 2 TUE, notamment, de la valeur de l'État de droit »⁶⁸. C'est ainsi visiblement le fait que le contenu essentiel d'un droit fondamental puisse être affecté, autrement dit la part intangible d'un droit fondamental dérogeable, qui a conduit la Cour à étendre la solution de l'affaire *Aranyosi*, tout en lui permettant de ne pas dévier de sa position initiale⁶⁹.

65 Voy. notamment la thèse de Cécilia RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne à l'épreuve d'une crise des valeurs. Du postulat à la méthode*, Thèse, ULB/UCL, 508 pp. Également Elsa BERNARD, *Les valeurs communes devant la Cour de justice de l'Union européenne : des exceptions de moins en moins exceptionnelles à la confiance mutuelle entre États membres ?*, *Europe* 2019, étude n°2 ; Édouard DUBOUT, « Au carrefour des droits européens : la dialectique de la reconnaissance mutuelle et de la protection des droits fondamentaux », *RDLF* 2016, chron. n°07 (www.revuedlf.com) ; ou Romain TINIÈRE, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Union européenne », in *Mélanges en hommage au professeur Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015, p. 71.

66 Arrêt préc.

67 CJUE, gde ch., 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et 659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, pts 85-87.

68 Arrêt *LM* préc. pt 48.

69 A probablement joué un rôle également non négligeable dans cette évolution de la jurisprudence de la Cour le lien étroit qui existe entre les garanties procédurales inscrites sous la forme de droits fondamentaux notamment à l'article 47 de la Charte et l'effectivité du droit de l'Union. Autrement dit, au-delà de la valeur de protection de l'État de droit, la Cour a également protégé dans cette affaire le bon fonctionnement de son ordre juridique qui repose en grande partie sur l'action des juridictions nationales, lesquelles doivent être indépendantes pour remplir leur office. Voy. sur cette question déjà ancienne, Fabrice PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in Joël RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, Paris 1998, p. 141.

La deuxième fonction conférée au contenu essentiel par la jurisprudence récente de la Cour, qui transparait d'ailleurs dans l'affaire *LM*, est celle d'incarnation ou d'opérationnalisation des valeurs fondatrices de l'Union. Une telle fonction ressort des arrêts de manquement prononcés par la Cour à l'encontre de la Pologne à propos de la réforme de son système judiciaire⁷⁰. En effet, dans ces deux affaires⁷¹, la Cour était confrontée aux limites du champ d'application du droit de l'Union, devant se prononcer sur l'indépendance des juridictions polonaises sans qu'il existe de compétence ou d'acte de droit dérivé régissant le fonctionnement des juridictions nationales. Difficile dans une telle situation de déceler l'existence d'un rapport de mise en œuvre au sens de l'article 51 § 1 de la Charte permettant de se prononcer sur le respect, par l'État polonais, d'un droit fondamental inscrit dans cette Charte. La Cour commence par s'appuyer sur l'arrêt *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*⁷² qui fait le lien entre la valeur de l'État de droit consacrée à l'article 2 TUE et l'article 19 § 1, alinéa 2 TUE selon lequel « les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union », le second concrétisant la première. Cette concrétisation de la valeur de l'État de droit par l'article 19 § 1 alinéa 2 TUE se fait essentiellement au travers de la notion de protection juridictionnelle effective qui, nous rappelle la Cour, constitue un principe général du droit de l'Union découlant des traditions constitutionnelles communes aux États membres et est consacré aux articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et, en dernier lieu, à l'article 47 de la Charte. Ainsi, via les articles 2 et 19 § 1 alinéa 2 TUE, le droit à une protection juridictionnelle effective consacré à l'article 47 de la Charte peut s'appliquer à une situation nationale qui n'est pas située dans le champ d'application du droit de l'Union mais relève des « domaines couverts par le droit de l'Union », ce qui est le cas des juridictions nationales dès lors qu'elles sont susceptibles de statuer sur des questions portant sur l'application ou l'interprétation du droit de l'Union⁷³. Ce raisonnement permet alors à la Cour de vérifier le respect par la Pologne du principe d'indépendance des juridictions après avoir rappelé que cette exigence « relève du contenu essentiel du droit à une protection juridictionnelle effective et du droit à un procès équitable »⁷⁴.

Cette dernière précision n'est certainement pas un hasard et a de notre point de vue pour principal intérêt de restreindre immédiatement la portée du raisonnement, aussi logique qu'audacieux, tenu par la Cour et de rassurer ainsi les États. Au-delà du fait

70 Sur cette question abondamment traitée en doctrine, voy. notamment Francesca IPPOLITO et Romain TINIÈRE (dir.), « Les mécanismes de suivi du respect de l'État de droit en Europe », *RTDE*, 2019/2, pp. 253-350.

71 CJUE, gde ch., 24 juin 2019, *Commission / Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, *op. cit.*, pts 42-59 et CJUE, gde ch., 5 novembre 2019, *Commission / Pologne (Indépendance des juridictions de droit commun)*, *op. cit.*, pts 98-107.

72 CJUE, gde ch., 27 février 2018, aff. C-64/16, ECLI :EU:C:2018:117

73 Pts 47-55 de l'affaire C-619/18 préc.

74 *Ibid.* pt 58.

que chaque valeur énoncée à l'article 2 TUE n'a pas, quelque part dans les traités, une disposition qui l'attendrait pour la concrétiser et lui conférer ainsi un caractère opérationnel, un tel raisonnement ne peut permettre que la protection du contenu essentiel d'un droit et, *a fortiori* il nous semble, d'un droit intangible. Pour le dire autrement, ce n'est que pour défendre ce qui constitue le cœur des valeurs européennes, interdire « l'injustifiable en soi », que la Cour accepte d'aller si loin. Soit. Notons tout de même que cela n'empêche nullement la Cour de faire jouer le principe de proportionnalité pour apprécier les limitations portées à cette exigence relevant du contenu essentiel⁷⁵. Quoi qu'il en soit, la notion de contenu essentiel permet ici aussi à la Cour de justifier une évolution de sa jurisprudence allant dans le sens d'une meilleure protection des valeurs en rehaussant l'importance d'une partie d'un droit fondamental.

Plus hypothétique que les précédentes⁷⁶, la troisième fonction que la jurisprudence de la Cour semble vouloir conférer au contenu essentiel des droits fondamentaux reconnus par la Charte est relative à l'effet horizontal de ces droits⁷⁷. En effet, dans l'arrêt *Bauer*⁷⁸, la Cour de justice prend soin de préciser juste avant d'énoncer dans son considérant de principe que le droit fondamental au congé annuel payé peut bénéficier d'un effet horizontal, que ce droit consacré à l'article 31 § 2 de la Charte ne peut faire l'objet de dérogation « que dans le respect des conditions strictes prévues à l'article 52 § 1 de la Charte et, notamment, du contenu essentiel du droit fondamental au congé annuel payé »⁷⁹. Or, plus haut dans l'arrêt, la Cour avait estimé que la réglementation nationale en cause au principal était contraire à l'article 31 § 2 de la Charte au terme d'un raisonnement centré sur le contenu essentiel de ce droit⁸⁰, même si le terme de contenu essentiel ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Il n'est donc pas interdit de penser que c'est parce que la réglementation nationale a porté atteinte au contenu essentiel du droit au congé annuel payé que la Cour a accepté de conférer à ce droit

75 *Supra* A.

76 Sur cette hypothèse, voy. Koen LENAERTS, « Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU », *op. cit.*, pp. 788 s. et Antoine BAILLEUX, « L'effet direct horizontal des droits fondamentaux. Le critère du pouvoir-savoir, ligne claire de la jurisprudence ? », *RAE – LEA*, 2019/2, pp. 329–334.

77 Ici également, l'objet n'est pas de revenir en détail sur cette question largement abordée par la doctrine. Pour un aperçu, voy. notamment Eleni FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2019, 231 p.

78 CJUE, gde ch., 6 novembre 2018, *Bauer*, *op. cit.* Arrêt de principe dans lequel la Cour reconnaît pour la première fois de façon solennelle l'effet direct horizontal d'un droit consacré par la Charte tout en formulant les critères permettant d'identifier les droits susceptibles de bénéficier d'un tel effet (Sur ce point et le précédent de l'arrêt *Egenberger* (CJUE, gde ch., 17 avril 2018, aff. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257), voy. Romain TINIÈRE, « Droits fondamentaux », *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2018, pp. 427–432).

79 Arrêt *Bauer* préc. pt 84. Nous soulignons.

80 *Ibid.* pts 59–63.

qui, par ailleurs, revêt « quant à son existence même, un caractère tout à la fois impératif et inconditionnel, cette dernière ne demandant en effet pas à être concrétisée par des dispositions du droit de l'Union ou de droit national »⁸¹, un effet horizontal. Il faut toutefois garder à l'esprit que l'arrêt reste isolé⁸² et que la Cour n'explique pas réellement le lien qu'elle semble tisser entre l'atteinte au contenu essentiel et la reconnaissance de l'effet horizontal laissant ouvertes de nombreuses interrogations. Ainsi, est-ce l'ensemble du droit qui bénéficie d'un tel effet ou son seul noyau dur ? Le raisonnement tenu par la Cour vaut-il pour l'ensemble des droits de la Charte ou uniquement pour ceux inscrits au titre IV ? Il n'est donc pas non plus évident que l'analyse tenue pour les deux fonctions précédentes soit également valable ici. Il n'est ainsi certain ni que la référence au contenu essentiel permette de rehausser l'importance d'une partie d'un droit fondamental, ni que cela permette également de limiter la portée de la reconnaissance d'un effet horizontal à une disposition de la Charte.

Quelles que soient les incertitudes qui peuvent persister quant à ces différentes fonctions, la notion de contenu essentiel s'est vu conférer par la Cour de justices des effets qui dépassent le simple contrôle des limitations à l'exercice des droits. Instrumentalisation ou progrès ? Il est difficile de trancher en l'état actuel de la jurisprudence, mais semble se dessiner une forme de classification des droits en fonction, si l'on peut se permettre l'expression, de la taille de leur noyau dur. En effet, selon que le contenu essentiel du droit fondamental peut être assimilé au droit lui-même (droits intangibles) ou qu'il n'en constitue qu'une fraction plus ou moins importante, ses effets au sein de l'ordre juridique de l'Union varieront. Ainsi, à la différence de la Cour européenne des droits de l'homme qui ne semble pas avoir d'agenda défini dans son utilisation de l'atteinte à la substance⁸³, la Cour de justice déploie progressivement et méthodiquement une jurisprudence centrée sur la notion de contenu essentiel qui vise à développer les effets des droits fondamentaux garantis dans l'Union. Si l'on peut se féliciter de cette démarche qui dénote la volonté de la Cour de maintenir et développer son office de juge des droits fondamentaux de l'Union européenne, il n'est pas interdit d'espérer qu'elle le fasse avec un souci encore plus grand de cohérence et de clarté s'agissant d'une notion aussi fuyante que celle de contenu essentiel.

81 *Ibid.* pt 85.

82 Outre l'arrêt CJUE, gde ch., 6 novembre 2018, *Max-Planck*, aff. C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 rendu le même jour en des termes identiques, la Cour n'a en effet pas encore prononcé d'autre arrêt sur la question de l'effet horizontal mis à part l'arrêt *Cresco* qui porte toutefois sur le principe de non-discrimination dont on connaît l'importance essentielle en droit de l'Union (CJUE, gde ch., 22 janvier 2019, aff. C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43).

83 Sébastien Van DROOGHENBROECK et Cécilia RIZCALLAH, « The ECHR and the Essence of Fundamental Rights : Searching for Sugard in Hot Milk ? », *op. cit.*, p. 905

Annexe – Tables des arrêts importants cités

Cour de justice de l'Union européenne

- CJCE, 14 mai 1974, *Nold c. Commission*, aff. 4/73
- CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. 44/79
- CJUE, gde ch., 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28
- CJUE, 19 septembre 2013, *Strack c. Commission*, aff. C-579/12 RX-II, ECLI:EU:C:2013:570
- CJUE, 26 septembre 2013, *Texdata Software*, aff. C-418/11, ECLI:EU:C:2013:588
- CJUE, gde ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e.a.*, aff. Jtes C-293 et 594/12, ECLI:EU:C:2014:238
- CJUE, 29 avr. 2015, *Léger*, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288
- CJUE, gde ch., 6 octobre 2015, *Delvigne*, aff. C-650/13, ECLI:EU:C:2015:648
- CJUE, gde ch., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650
- CJUE, gde ch., 15 février 2016, *J.N.*, aff. C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84
- CJUE, gde ch., 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et 659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198
- CJUE, gde ch., 21 déc. 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972
- CJUE, gde ch., 13 juin 2017, *Florescu e.a.*, aff. C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448
- CJUE, 5 juillet 2017, *Fries*, aff. C-190/16, ECLI:EU:C:2017:513
- CJUE, gde ch., 26 juil. 2017, *Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, avis 1/15*, ECLI:EU:C:2017:592
- CJUE, 20 décembre 2017, *Polkomtel*, aff. C-277/16, ECLI:EU:C:2017:989
- CJUE, gde ch., 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, aff. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117
- CJUE, gde ch., 20 mars 2018, *Procédure pénale c/ Luca Menci*, aff. C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197
- CJUE, 12 juillet 2018, *Spika e.a.*, aff. C-540/16, ECLI:EU:C:2018:565
- CJUE, Gde ch., 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586
- JUE, gde ch., 6 novembre 2018, *Bauer*, aff. jtes C-569 et 570/16, ECLI:EU:C:2018:871
- CJUE, gde ch., 24 juin 2019, *Commission / Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, aff. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531
- CJUE, Gde ch., 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586
- CJUE, gde ch., 5 novembre 2019, *Commission / Pologne (Indépendance des juridictions de droit commun)*, aff. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924
- CJUE, gde ch., 19 novembre 2019, *A.K.*, aff. jtes C-585, 624 et 625/18, ECLI:EU:C:2019:982
- CJUE, gde ch., 23 avril 2020, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, aff. C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289

Cour européenne des droits de l'homme

- CourEDH, 23 juillet 1968, *Arrêt relatif à certains aspects de la législation linguistique de l'enseignement en Belgique*, A. 6