



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit et contentieux de l'Union européenne
Dirigé par Monsieur le Professeur Fabrice Picod
2021**

***La marge nationale d'appréciation dans
le contrôle du respect de la Charte des
droits fondamentaux de l'Union
européenne***

Léa-Marie Rico

**Sous la direction de Messieurs les Professeurs Fabrice Picod et
Edouard Dubout**

Résumé

Le traité de Lisbonne a marqué une étape fondamentale dans le processus de constitutionnalisation du droit de l'Union européenne en donnant à la Charte des droits fondamentaux toute son efficacité juridique. Pleinement intégrée à l'ordre juridique de l'Union européenne, la Charte est un instrument de protection moderne et traditionnel mêlant à la fois des droits politiques et des droits économiques et sociaux.

Émanant du Conseil de l'Europe, la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'Homme a profondément inspiré la rédaction et l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux. Se pose alors la question de l'existence d'une marge nationale d'appréciation au profit des États car, à l'instar de la Convention européenne, les droits fondamentaux de la Charte s'appliquent aux États membres mais seulement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

Cette notion de marge d'appréciation revêt un caractère ambigu car elle n'est ni définie, ni systématiquement employée dans la jurisprudence de la Cour de justice. Dès lors, toute tentative de théorisation de cet instrument est hasardeuse. Cette indétermination est regrettable car elle donne le sentiment que la marge d'appréciation est utilisée de manière totalement aléatoire et incohérente. Dans un souci de clarté, la Cour de justice devrait expliciter cette notion afin de donner une meilleure lisibilité aux autorités nationales quant aux limites de leur pouvoir d'ingérence dans les droits fondamentaux.

Malgré l'hermétisme de la notion de marge d'appréciation, une analyse approfondie de la jurisprudence de la Cour de justice permet d'en révéler les contours. De cette étude, ressortent deux axes principaux à savoir la fonction de la marge d'appréciation et la délimitation de ladite marge. Ces deux idées principales se retrouvent également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme mais elles n'ont pas pour autant un contenu identique. En effet, la Cour de justice semble élaborer sa propre conception de la marge d'appréciation de telle sorte qu'elle soit adaptée à la spécificité de l'Union européenne.

Remerciements

Je tiens, tout d'abord, à remercier mes deux directeurs de mémoire, Messieurs les Professeurs Dubout et Picod, pour leur disponibilité et leurs précieux conseils.

Mes remerciements vont également à mes parents et à ma sœur pour leur soutien sans faille.

Je tiens à exprimer toute ma gratitude à mes camarades juristes qui ont toujours été présents au cours de mes études et en particulier, à Blanche, sans qui la rédaction de ce mémoire aurait été moins plaisante.

J'ai également une pensée particulière pour mon amie Ilona dont l'énergie et le courage ont été une source constante d'inspiration.

Liste des abréviations

aff.	Affaire
c.	contre
CDE	Cahiers du droit de l'entreprise
CMLR	Common market Law Review
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'Homme
dir.	sous la direction de
e.a.	et autres
Ibid	Ibidem
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
loc. cit.	loco citato
n°	numéro
op. cit.	opere citato
p.	page
pp.	de la page ... à la page ...
PPU	Procédure préjudicielle d'urgence
préc.	précité
PUF	Presses Universitaires de France
Req.	Requête
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RDUE	Revue du droit de l'Union européenne
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
TUE	Traité sur l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne

Sommaire

Résumé	3
Remerciements	4
Liste des abréviations	5
Sommaire	7
Introduction	8
Partie 1 – L’ambivalente détermination de la fonction de la marge nationale d’appréciation dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux	19
<i>Chapitre 1 – Une fonction substantielle de la marge nationale d’appréciation mise en exergue par la jurisprudence de la Cour</i>	<i>20</i>
<i>Chapitre 2 – La reconnaissance d’une fonction structurelle de la marge nationale d’appréciation dans le contrôle du respect de la Charte</i>	<i>32</i>
Partie 2 – La délimitation jurisprudentielle de la marge nationale d’appréciation dans l’application de la Charte des droits fondamentaux	46
<i>Chapitre 1 – La mobilisation de facteurs de délimitation adaptés à la particularité du droit de l’Union européenne</i>	<i>46</i>
<i>Chapitre 2 – La mobilisation de facteurs de délimitation inspirés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme</i>	<i>56</i>
Conclusion	75
Bibliographie	77
Table des matières	83

Introduction

« C'est donc habitué d'une joie non feinte que je peux affirmer que la Convention européenne des droits de l'Homme a été, et demeure, le phare qui pourra guider nos institutions dans leur mission de protection des droits de l'Homme »¹.

Vassilios Skouris, ancien président de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour de justice » ou la « CJUE ») souligne ici l'influence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales² (ci-après « Conv. EDH) sur la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne (ci-après « l'UE »). Le contenu de la Charte des droits fondamentaux de l'Union (ci-après « la Charte ») ne fait que confirmer les propos de Vassilios Skouris³. Proclamée solennellement lors du Conseil européen de Nice par le Parlement, le Conseil et la Commission⁴, la Charte codifie l'ensemble des droits fondamentaux reconnus par l'UE et les impose, conformément à l'article 51, tant aux institutions de l'UE qu'aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE. Pendant environ neuf ans, la Charte est cependant restée sans effet juridique. Après la tentative avortée du Traité instituant une Constitution européenne, le Traité sur l'Union européenne, modifié en 2009, a finalement proclamé que la Charte avait la même valeur juridique que les traités⁵.

Cette nouvelle pierre à l'édifice de la protection européenne des droits de l'Homme a depuis fait l'objet de développements jurisprudentiels réguliers. Cela étant, la Charte reste encore méconnue de la plupart des acteurs de la communauté juridique, ce qui tend à remettre en cause sa légitimité⁶. Cette méfiance envers la Charte des droits fondamentaux s'explique notamment par la plus-value incertaine de ce dernier vis-à-vis des États membres. En effet, la

¹ Discours prononcé par Vassilios Skouris lors du séminaire annuel de la Cour européenne des droits de l'Homme en 2009.

² Convention européenne des droits de l'Homme, 4 novembre 1950. Disponible sur https://www.echr.coe.int/documents/convention_fra.pdf.

³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 18 décembre 2000, C-364/1. Disponible sur <https://www.afapdp.org/wp-content/uploads/2018/06/Charte-des-droits-fondamentaux-de-lUE.pdf>.

⁴ Conclusions du Conseil européen de Nice du 7, 8 et 9 décembre 2000.

⁵ Traité sur l'Union européenne, 26 octobre 2012, C-326/13. Disponible sur https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0002.02/DOC_1&format=PDF.

⁶ Focus de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, La Charte dix ans après : comment libérer son potentiel ? Disponible sur https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-fundamental-rights-report-2020-focus_fr.pdf

question du respect des droits fondamentaux s'est d'abord posée à l'égard des actes adoptés par les institutions de l'Union européenne. Suites aux menaces proférées par les cours constitutionnelles italienne et allemande de contrôler les actes de droit dérivé au regard de leur Constitution⁷, la Cour de justice a décidé d'imposer le respect des droits fondamentaux aux institutions de l'UE. Dans une perspective plus fonctionnelle que volontariste, la Cour de justice a donc dégagé des principes généraux du droit en s'inspirant d'une part, des traditions constitutionnelles communes aux États membres⁸, et d'autre part, de la Conv. EDH⁹. La légitimité de la Charte vis-à-vis des institutions de l'Union ne pose donc pas de difficultés particulières car l'UE devait se doter d'une déclaration de droits écrite lui permettant de visualiser clairement les limites de son action. La Cour a ensuite étendu le respect des principes généraux du droit aux actes étatiques dès lors qu'ils entretenaient un lien avec le droit de l'Union européenne¹⁰. Comme rappelé ci-dessous, la Charte reprend cette jurisprudence et s'applique également aux États membres lorsque ces derniers mettent en œuvre le droit de l'UE. Or, les États sont déjà soumis à un double devoir de protection des droits fondamentaux, l'un émanant directement de leurs propres Constitutions, l'autre résultant de leurs obligations étatiques liées à la ratification de la Conv. EDH.

Néanmoins, la Charte des droits fondamentaux doit s'appliquer aux États membres pour trois raisons évidentes. Premièrement, il suffit de lire le contenu de la Charte pour comprendre qu'elle ne saurait s'appliquer qu'aux seules institutions. En effet, comment concevoir que les institutions de l'Union puissent torturer des individus ou bien leur octroyer des droits sociaux alors qu'elles n'en ont pas la compétence ? Certains droits de la Charte sont donc traditionnellement opposables aux États membres et ne valent que pour ces derniers. Deuxièmement, les États sont les principaux agents de l'exécution du droit de l'Union européenne. Ainsi, une mesure nationale est souvent le fruit du droit de l'Union européenne et son contrôle permet de s'assurer de la légalité de l'action européenne dans son ensemble. Enfin, l'objectif de protection des droits par un État membre résulterait, selon la Cour de justice, du besoin d'éviter une situation dans laquelle le niveau de protection des droits fondamentaux varie

⁷ Dans les années 1970, la cour constitutionnelle allemande par un arrêt Solange I du 29 mai 1974 et la cour constitutionnelle italienne par un arrêt Pozzani du 27 décembre 1973 (n° 183/73) ont affirmé qu'elles n'hésiteraient pas à contrôler le droit dérivé de l'UE au regard de leur Constitution si les juridictions de l'UE ne s'assuraient pas elles-mêmes de sa compatibilité au regard des droits fondamentaux.

⁸ CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114.

⁹ CJCE, 28 octobre 1975, Rutili, aff. C-36/75, ECLI:EU:C:1975:137.

¹⁰ CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, préc.

selon la loi nationale de telle sorte que l'unité, la primauté et l'effectivité du droit de l'Union seraient anéanties¹¹.

Dès lors que la Charte est à la fois opposable aux institutions de l'UE et aux États membres, le rapprochement entre la protection des droits fondamentaux dans l'UE et l'histoire constitutionnelle étatsunienne est irrésistible. En effet, la Déclaration américaine des Droits¹² « Bill of Rights », constituée des dix premiers amendements de la Constitution américaine, avait été conçue pour protéger les droits des États fédérés face aux tentatives d'ingérence du gouvernement fédéral dans leur champ de compétences¹³. À partir de l'arrêt *Gitlow v. New York* de la Cour suprême américaine de 1925¹⁴, est lancé le processus de « l'incorporation » visant à contraindre les États fédérés à respecter les droits de tous les citoyens américains, quel que soit l'État dans lequel ils se trouvent. Peu à peu, la Déclaration des droits a été imposée aux États fédérés grâce aux décisions de la Cour suprême et à l'introduction du quatorzième amendement dans la Constitution fédérale, aussi appelé « la procédure légale régulière » (« due process »). Contrairement aux États-Unis, la Charte des droits fondamentaux n'est pas totalement incorporée aux droits nationaux car elle ne s'applique aux États seulement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE. Cette différence s'explique en partie par le fait que les États-Unis constituent un système fédéral véritablement abouti, à l'inverse de l'UE, qui reste une entité supranationale régie par le principe d'attribution des compétences¹⁵. Dans des conclusions intéressantes du 8 mars 2011 sur l'affaire *Ruiz Zambrano*, l'Avocat général Sharpston avait proposé une incorporation plus importante des droits fondamentaux de l'UE dans le droit des États membres en admettant leur applicabilité dès qu'une situation affecterait une compétence exclusive ou partagée de l'UE et ce, même si elle n'a pas encore été exercée¹⁶. Cette extension du champ d'application de la Charte entraînerait un changement de paradigme au sein de l'UE et attribuerait « un rôle nouveau aux droits fondamentaux dans l'Union européenne »¹⁷. L'Avocat général avait considéré à l'époque que l'Union n'était pas encore prête à passer ce cap car « une évolution de la jurisprudence et une déclaration politique sans équivoque des pouvoirs constituants de l'UE » étaient nécessaires pour approuver ce

¹¹ CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126, point 32.

¹² Dix premiers amendements de la Constitution fédérale américaine entrés en vigueur le 15 décembre 1971.

¹³ Torres Pérez., A., *The federalizing force of the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford Press and New York University School of Law, 2018, pp 1080-1097.

¹⁴ *Voy.*, 268 US 652 (1952). La Cour suprême étend la portée des droits consacrés dans le premier amendement à tous les États fédérés.

¹⁵ *Ibid.*, p. 124.

¹⁶ Conclusions du 30 septembre 2010, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, ECLI:EU:C:2010:560, point 172

¹⁷ Conclusions du 30 septembre 2010, *Ruiz Zambrano*, préc., point 173.

changement¹⁸. Cette comparaison entre la Déclaration des droits américaine et la Charte des droits fondamentaux de l'Union est nécessaire afin de comprendre l'ensemble des enjeux relatifs à la théorie de la marge nationale d'appréciation dans le contrôle du respect de la Charte. En effet, la Charte, en tant qu'instrument de protection des droits fondamentaux intégré à l'architecture constitutionnelle de l'Union et incorporé aux droits des États membres, pourrait donner lieu à une marge nationale d'appréciation d'une nature similaire à celle conférée par la Cour suprême américaine.

Avant toute chose, la notion même de marge nationale d'appréciation mérite une attention particulière. Ce terme provient de la jurisprudence de la Cour européenne et est défini de manière générale comme la liberté concédée aux États dans la mise en œuvre des limitations aux droits protégés par la Convention. Autrement dit, « *les autorités nationales demeurent libre de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention* »¹⁹. Partant, le contrôle de la Cour EDH est marqué par « *le sceau de la retenue judiciaire* »²⁰. Malgré son utilisation constante depuis la fin des années 1960, la marge nationale d'appréciation n'a pas fait l'objet d'une véritable théorisation de la part de la Cour européenne et son usage est parfois critiqué par la doctrine²¹. Pourtant son existence est fondamentale dans le contexte général de l'internationalisation du droit. En effet, la recherche d'un droit commun interétatique est devenue nécessaire compte tenu du développement de relations internationales interdépendantes²². L'uniformisation des droits fondamentaux est d'autant plus importante que ces derniers ont vocation à être universels : ils doivent bénéficier à tout Homme quel que soit leur nationalité, leur sexe, leur religion, etc. Néanmoins, l'universalisme des droits ne doit pas anéantir les spécificités nationales, régionales ou locales ou encore brider les États dans la poursuite de leurs politiques publiques. Pour reprendre les propos du professeur Mireille Delmas-Marty, la marge d'appréciation permet de « *conjuguer l'universalisme des droits de l'Homme avec le relativisme des traditions nationales* »²³. Ainsi, la marge d'appréciation est

¹⁸ Conclusions du 30 septembre 2010, Ruiz Zambrano, préc., point 173

¹⁹ CEDH, 23 juil. 1968, Affaire de la linguistique belge, Req. n° 1474/62, point 10.

²⁰ Frédéric Sudre, in Frédéric Sudre, Jean-Pierre Marguénaud, Joël Andriantsimbazovina, Adeline Gouttenoire, M. Lévinet (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (GACEDH), 6 e mise à jour, PUF 2011, p. 77.

²¹ Voy. Tulkens, F., Donnay, L., « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'Homme », *RSC* 2006.3. pp. 3-25.

²² Harbermas, J., *La paix perpétuelle, le bicentenaire d'une idée kantienne*, 1997 : Adde L'intégration républicaine, Fayard, 1998, p. 119.

²³ Delmas-Marty, M., Izorche, M., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste » *R.I.D.C.*, 2000, pp. 753-780

un instrument précieux au service du « pluralisme ordonné »²⁴ car, ne pouvant être abandonné au profit d'un droit totalement unifié, le pluralisme doit nécessairement être organisé dans un ensemble cohérent.

Ce contexte de l'internationalisation du droit est particulièrement visible en ce qui concerne l'Union européenne dont l'objectif est de créer une « *Union sans cesse plus étroite* », impliquant une harmonisation voire une unification des législations nationales. Ainsi, la notion de marge d'appréciation n'est pas inconnue dans la jurisprudence de la Cour de justice et elle a notamment trouvé un terrain propice dans le cadre des libertés de circulation. Dans certaines circonstances, la Cour a reconnu que les États membres pouvaient bénéficier d'un pouvoir d'appréciation pour limiter l'influence des libertés de circulation et la pression de l'uniformisation du marché et ce, afin de préserver leur spécificités nationales²⁵. Néanmoins, la Cour ne se réfère jamais à une seule et même notion pour désigner le pouvoir d'appréciation des États et utilise aléatoirement différentes expressions telles que « marge d'appréciation », « marge de discrétion », « pouvoir discrétionnaire » ou encore « pouvoir d'appréciation ». Cette indécision de la Cour quant au choix de la notion est susceptible de poser des difficultés.

Tout d'abord, il n'est pas exclu que ces notions ne soient pas pourvues du même sens. Chaque expression pourrait qualifier une opération juridique particulière. La doctrine pointerait en particulier une confusion entre la notion de marge d'appréciation et celle de pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire se rapporterait à « *l'indétermination partielle d'une norme habilitante* »²⁶. Autrement dit, chaque règle de droit prescrit un comportement à suivre sans pour autant préciser les modalités d'application ou les conditions de ce comportement. Le pouvoir discrétionnaire correspondrait donc à la possibilité de choisir ces modalités d'application ou ces conditions²⁷. À l'inverse, la marge d'appréciation désignerait « *la marge de manœuvre qui peut être concédée à l'institution lors de la constatation matérielle des faits et, plus classiquement, lors de leur qualification juridique. Cette marge d'appréciation se justifie généralement en raison de la complexité des situations factuelles* »²⁸. Enfin, il convient de distinguer la marge d'appréciation de la marge d'interprétation, la nécessité de cette dernière

²⁴ Delmas-Marty, M., *Le pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit* (II), Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 2006, 308 p.

²⁵ Bailleux A., « La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ? », in D. KAMINSKI (dir.), *La flexibilité des sanctions – XXIèmes journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 519-539.

²⁶ Bouveresse, A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas, Bruylant, 2010.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid., p. 63.

résultant du caractère vague et indéterminée d'une notion juridique²⁹. Cette confusion de notions susceptibles de revêtir des significations différentes est regrettable car elle rend vaine tout effort de systématisation ou de théorisation de la technique de la marge d'appréciation. Une mobilisation plus cohérente de la marge nationale d'appréciation serait pertinente car l'UE a de plus en plus de compétences dans des domaines sensibles. Ainsi, il est de plus en plus demandé à l'UE de respecter l'identité nationale.

Malgré ces « errements conceptuels »³⁰, la doctrine a essayé de définir les contours de cet instrument. Dans le cadre du droit de l'UE, la marge nationale d'appréciation est définie plus largement comme la latitude qui est laissée aux États afin de justifier une entrave à la liberté de circulation³¹. Cette notion peut également caractériser la marge de manœuvre d'un État dans l'exercice d'une compétence qui lui appartient³². Lorsqu'il est question, en revanche, de la Charte des droits fondamentaux, la notion de marge d'appréciation peut revêtir le même sens que celui qui est donnée par la CEDH. À cet égard, la Cour de justice a mentionné cette « doctrine » de la marge d'appréciation dans l'arrêt Connolly du 6 mars 2001 par lequel la Cour de justice a affirmé que, suivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, il convenait de laisser aux institutions une certaine marge d'appréciation pour décider si une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression d'un fonctionnaire était proportionnée au but recherché³³.

Cette introduction de la marge nationale d'appréciation dans le contrôle du respect des droits fondamentaux de l'Union est d'autant plus pertinente dans la mesure où il convient d'assurer une cohérence entre les deux régimes européens de limitation des droits fondamentaux. Cette cohérence est d'ailleurs exigée par l'article 52 de la Charte qui affirme que les droits qui correspondent aux droits de la CESDH doivent recevoir le même sens et la même portée que ceux que leur confère ladite convention. Suivant cet article, la distinction entre les droits indérogeables et les droits dérogeables devrait s'appliquer dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux. En effet, les droits indérogeables ou absolus sont les droits qui ne peuvent souffrir d'aucune dérogation en raison de leur vocation à protéger la vie humaine et l'intégrité du corps humain³⁴. La marge nationale d'appréciation ne devrait donc avoir aucun

²⁹ Ibid., p. 65.

³⁰ Bailleux A., loc. cit., p. 522.

³¹ Ibid.

³² Ibid., p. 523.

³³ CJCE, 6 mars 2001, Connolly, aff. C-274/99 P, ECLI:EU:C:2001:127, point 49.

³⁴ Peers, S. et Prechal, S., "Article 52" in Peers S., Hervey, T., Kenner, J., Ward, À . (eds), *The EU charter of Fundamental Rights : a commentary*, München/Oxford/Baden-Baden, Beck, Hart, Nomos, 2014, pp. 1455 à 1521.

effet sur l'ensemble des dispositions du Titre 1 de la Charte relative à la dignité. La Cour a expressément reconnu l'intangibilité de ces droits dans un arrêt 5 septembre 2012 relatif à des demandeurs d'asile pakistanais qui avaient subi des actes de persécution dans leur pays d'origine³⁵. Ce mémoire sera donc consacré aux limitations des droits dérogeables de la Charte des droits fondamentaux. Il convient également de rappeler, qu'en principe, la marge nationale d'appréciation influence le contrôle du juge au stade du test de proportionnalité qui peut s'analyser en la recherche d'une pondération équilibrée entre les droits et intérêts en cause. À ce titre, l'ampleur de la marge devrait être déterminée en amont du contrôle juridictionnel, mais, ce n'est pas toujours le cas. Il se peut, en effet, que la Cour de justice et la Cour européenne se contentent de conclure que l'État est resté dans les limites de sa marge d'appréciation mais cela, après qu'elles aient effectué leur contrôle. Il est alors difficile de comprendre le véritable effet du pouvoir d'appréciation des États sur le contrôle européen et cela ne va évidemment pas dans le sens d'une meilleure appréhension de cet instrument.

Malgré les différents points communs entre les deux systèmes de droit, la marge nationale d'appréciation ne saurait jouer le même rôle et notre tâche sera de découvrir en quoi la fonction et l'utilisation de la marge d'appréciation sont différentes d'un système à l'autre. Dans le droit de la Conv. EDH, la marge d'appréciation est basée sur le fait que la Convention est un mécanisme de protection subsidiaire des droits fondamentaux, le contrôle du juge européen n'intervenant que lorsqu'un État a manifesté violer un droit garanti par ce texte. Le principe de subsidiarité introduit une idée de complémentarité de la Convention qui est bien éloigné du statut de la Charte des droits fondamentaux. En effet, malgré son intégration tardive dans le droit primaire, la Charte dispose de la même valeur juridique que les traités et doit, à ce titre, être pleinement prise en compte tant par le législateur européen que par le législateur national lorsqu'il met en œuvre le droit communautaire.

Outre le principe de subsidiarité, la marge nationale d'appréciation telle qu'envisagée par la Convention, est également fondée sur la reconnaissance d'une diversité entre les États parties à la Convention. Se dire qu'une seule et même conception d'un droit fondamental est partagée par 47 États membres relève de la fiction. Ayant affaire à une pluralité de visions des droits de l'Homme, parfois radicalement opposées les unes aux autres, la Cour EDH doit laisser une marge d'appréciation pour ménager cette diversité. Quelle est la place de la diversité en droit de l'Union ? Le système de l'UE se rapproche du fédéralisme, qui s'oppose en principe à

³⁵ CJUE, 5 septembre 2012, Bundesrepublik Deutschland c. Y et Z, aff. C-71/11 et C-99/11, ECLI:EU:C:2012:518.

une logique de diversité pure. En effet, le fédéralisme implique les États transfèrent une part de leur souveraineté au niveau fédéral, ce qui devrait conduire à réduire la diversité entre les États membres³⁶. Pourtant, conformément à l'article 3 du traité sur l'UE (ci-après « TUE »), l'Union européenne « *respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique* ». La Charte des droits fondamentaux a aussi son lot de références à la diversité. Entre autres, il est indiqué dans le préambule de la Charte que : « *L'Union contribue à la préservation de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples d'Europe ainsi que de l'identité nationale des États membres* ». Autrement dit, même si la Charte est fondée sur un héritage de valeurs communes, elle reconnaît et respecte les traditions constitutionnelles des États qui sont potentiellement divergentes. Ce « pluralisme constitutionnel » se manifeste dans la lettre l'article 53 de la Charte : « *la présente Charte ne doit pas être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, [...] par les constitutions des États membres* ». Néanmoins, cet article, gage du droit des États à conférer une protection plus étendue aux justiciables, a reçu une interprétation jurisprudentielle singulière en vertu de laquelle un justiciable ne peut bénéficier d'une norme constitutionnelle plus protectrice des droits fondamentaux seulement si elle ne remet pas en cause l'unité, la primauté et l'effectivité du droit de l'Union³⁷. En l'occurrence, la Cour avait, dans une affaire Melloni, refusé que l'Espagne ne fasse prévaloir les droits tirés de sa Constitution sur la bonne application de la décision de 2002 relative au mandat d'arrêt européen³⁸. Selon la Cour, la décision-cadre donne une protection suffisante des droits procéduraux des personnes faisant l'objet d'un mandat d'arrêt et c'est cette protection qui doit primer. Si l'Espagne avait appliqué sa Constitution, l'unité, la primauté et l'effectivité du droit de l'Union auraient été en danger.

Partant, la protection européenne des droits fondamentaux se démarquerait de la protection fédérale américaine des droits selon laquelle la Bill of Rights constitue un plancher qui permet aux États fédérés de conférer une protection plus forte en appliquant leur propre Constitution³⁹. Malgré la primauté indiscutable de la Constitution fédérale sur les Constitutions fédérées, la Cour suprême n'impose pas sa propre interprétation des droits fondamentaux à

³⁶ Somek, A., «The Cosmopolitan and the federal margins of appreciation», University of Iowa, *Legal Studies Research Paper*, 2020/15, p. 25. Disponible sur <http://ssrn.com/abstract=3561996>. [Consulté le 1^{er} avril].

³⁷ CJUE, 26 fév. 2013, Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

³⁸ Décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (2002/584/JAI), JOUE L 190/1.

³⁹ Voy., par exemple, l'article de SG Pollock, 'State Constitutions as Separate Sources of Fundamental Rights' (1983) 35 Rutgers Law Review 707, 709.

celles des États fédérés ; elle va seulement s'assurer que les États fédérés ne violent pas les standards de protection de la Bill of Rights.

En faisant primer une forme d'unitarisme des droits dans l'arrêt Melloni, la Cour de justice se rapproche d'une conception originarie du fédéralisme au terme de laquelle les droits fondamentaux sont centralisés au niveau fédéral en ce sens que les États fédérés doivent respecter une seule et même conception des droits fondamentaux⁴⁰. Les États-Unis se sont détachés de cette conception originelle de la garantie fédérale des droits fondamentaux et ont préféré assimiler les droits de la Constitution fédérale à des seuils minimaux. Dans cette perspective, la diversité et le pluralisme peuvent s'exprimer. C'est ainsi que la peine capitale est autorisée dans certains États fédérés et non dans d'autres. En outre, la solution Melloni pourrait témoigner, dans une certaine mesure, du manque de confiance de la Cour de justice envers les juridictions nationales concernant la bonne application du droit de l'Union européenne. Cette défiance ne pourrait être résolue que par un renforcement du dialogue entre juges nationaux et européens. En revanche, il convient de souligner que, contrairement aux États-Unis⁴¹, l'application systématique d'un standard constitutionnel plus fort que celui de la Charte pourrait réellement mettre en péril la primauté du droit de l'UE et par là, la bonne marche du processus d'intégration. Néanmoins, l'UE ne peut pas se passer d'un certain pluralisme car, comme rappelé ci-dessus, il est expressément mentionné dans les traités et dans la Charte. Dans ce contexte, l'objectif premier de la marge nationale d'appréciation au sein de l'Union européenne serait d'opérer un équilibre entre le nécessaire respect de la diversité constitutionnelle et le processus de l'intégration européenne qui est « *la raison d'être de l'Union européenne* »⁴². La Cour de justice ne fait primer une conception unitaire des droits seulement lorsque l'effectivité du droit de l'Union est en danger. Officiellement, la Charte des droits fondamentaux reste un plancher en-dessous duquel ni l'UE, ni les EM ne peuvent aller. En tout état de cause, l'arrêt Melloni démontre bien en quoi la spécificité du droit de l'Union influence la marge nationale d'appréciation.

⁴⁰ Voy., sur le fédéralisme des origines, Dubout, É., « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne » in *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 107-159.

⁴¹ Torres Pérez., A., *The federalizing force of the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford Press and New York University School of Law, 2018, p. 1086.

⁴² CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 172.

Dans le cadre de ce travail, nous analyserons, plus précisément, en quoi les particularités du droit de l'Union européenne imprègnent, d'une part, la fonction de la marge nationale d'appréciation et d'autre part, la délimitation de la marge d'appréciation.

Travailler sur la fonction du pouvoir d'appréciation des États dans le cadre du contrôle du respect de la Charte revient à se demander comment et pourquoi les juridictions de l'UE concèdent une marge d'appréciation aux États membres. Nous verrons à cet égard qu'il y a plusieurs fonctions de la marge nationale d'appréciation : une fonction substantielle consistant à laisser aux États la faculté d'interférer dans les droits fondamentaux garantis par la Charte et une fonction structurelle consistant à limiter le contrôle de proportionnalité de la Cour de justice. Ces deux fonctions sont tirées d'une réflexion du Professeur Georges Letsas à partir d'un examen de la jurisprudence de la Cour européenne⁴³. Cependant, Letsas a bien précisé que la jurisprudence ne distinguait pas suffisamment ces deux fonctions et qu'elle utilisait très souvent le même terme pour désigner deux opérations juridiques apparemment distinctes. Il s'agit donc simplement d'une tentative de théorisation de la fonction de la marge d'appréciation qui pourrait, à tout moment, être remise en cause par un arrêt contraire de la Cour européenne. Dans le contentieux de la Charte des droits fondamentaux, cette incertitude est particulièrement visible parce que la marge nationale d'appréciation n'est pas toujours mentionnée par la Cour de justice et, à l'instar de son homologue strasbourgeois, la Cour de justice ne distingue jamais les deux fonctions de la marge.

Nous sommes d'avis que les deux Cours européennes devraient procéder à une distinction claire de ces fonctions de façon à améliorer la transparence et la cohérence du raisonnement juridique tout en évitant certaines critiques qui pointent l'arbitraire des juges dans leur utilisation de la théorie de la marge nationale d'appréciation⁴⁴. Dans la première partie de ce mémoire, il sera question d'analyser les différentes affaires de la Cour de justice qui se rapportent à ces deux fonctions de la marge d'appréciation envisagées par Georges Letsas. Malgré certaines correspondances, rappelons que les deux fonctions sont tirées de la jurisprudence de la Cour européenne et, de fait, leurs caractéristiques sont adaptées au système de la Convention. Sont-elles pour autant adaptées au système de l'Union européenne ? En effet, il faudra se garder de faire des rapprochements hâtifs car les deux systèmes juridiques sont

⁴³ Letsas, G., "Two concepts of the margin of appreciation" in *À Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No.4 (2006), pp. 705-732.

⁴⁴ Ibid., p. 706.

totallement différents et cela s'explique en partie par le processus d'intégration, fondation même de l'Union européenne.

Les facteurs de délimitation de la marge d'appréciation sont, quant à eux, relativement influencés par le processus d'intégration. En effet, la marge d'appréciation est un instrument dont l'intensité varie en fonction des circonstances de fait ou de droit. À priori, lorsque les juges européens reconnaissent que les autorités nationales disposent d'une large marge d'appréciation, la Cour laissera plus de flexibilité aux autorités nationales pour effectuer la mise en balance des intérêts. À l'inverse, une marge d'appréciation restreinte donnera lieu à un contrôle plus contraignant, impliquant la prise en compte de nombreux éléments pour trouver l'équilibre entre les droits et la sauvegarde de l'ordre public. Pour déterminer l'ampleur de la marge, la Cour EDH a utilisé différents facteurs. Les facteurs les plus connus sont l'existence ou l'absence d'un dénominateur commun européen, la nature du droit ou « des activités en jeu » et le but de l'ingérence⁴⁵. La Cour de justice semble se baser sur les mêmes critères pour déterminer l'intensité de la marge nationale d'appréciation⁴⁶ mais cette dernière prend également en compte des critères tirés de la spécificité du droit de l'Union européenne. En effet, l'Union européenne est un système qui produit une source de droit autonome dont l'objet est de conférer des droits et des obligations aux États membres et aux particuliers. Ce droit tend à harmoniser les législations des États membres, ce qui a des effets plus ou moins importants sur la marge nationale d'appréciation.

Pour résumer, nous verrons que la marge nationale d'appréciation telle qu'elle a été envisagée par la Cour européenne des droits de l'Homme est difficilement transposable dans le contentieux de la Charte des droits fondamentaux, que ce soit du point de vue de la fonction ou de la délimitation de la marge en raison des caractéristiques particulières du droit de l'UE. L'ambivalence de la fonction de la marge d'appréciation sera mise en valeur (Première partie) et ensuite sera étudiée la délimitation jurisprudentielle de la marge d'appréciation dans le contentieux de la Charte. (Deuxième partie).

⁴⁵ Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 2017, pp. 1020.

⁴⁶ Van Drooghenbroeck, S. et Rizcallah, C., « Article 52-1. - Limitations aux droits garantis » in Picod, F. *et al.* (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 1249-1286

Partie 1 : L'ambivalente détermination de la fonction de la marge nationale d'appréciation dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux

Affirmer que la marge d'appréciation a pour seule fonction d'accommoder la diversité entre États semble restrictif. Certains auteurs, et en particulier le Professeur Georges Letsas, ont distingué deux rôles précis de la marge nationale d'appréciation en examinant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. D'une part, la marge d'appréciation est un instrument substantiel laissant aux États la faculté d'interférer dans les droits fondamentaux et d'opérer une mise en balance entre les droits fondamentaux – les intérêts individuels – et la poursuite de l'ordre public – les intérêts collectifs. La fonction substantielle est effectivement mise en exergue par la Cour de justice (Chapitre 1). D'autre part, la marge d'appréciation est une technique structurelle, impliquant une limitation du contrôle du juge européen. Cette fonction de la marge d'appréciation est également reconnue par la jurisprudence de la Cour de justice (Chapitre 2).

Inspirée de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux par la Cour de justice laisse entrevoir des similitudes avec les deux fonctions théorisées par George Letsas. En revanche, ces analogies ont des limites car les deux systèmes de droit sont différents et les deux fonctions ne sont pas forcément adaptées à la spécificité de l'Union.

Chapitre 1 : Une fonction substantielle de la marge nationale d'appréciation mise en exergue par la jurisprudence de la Cour

La marge nationale d'appréciation a été conçue comme une technique de limitation de la substance des droits fondamentaux. Cette fonction, supposant une mise en balance des intérêts, se transpose assez aisément dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux (Section 1). Néanmoins, la fonction substantielle est fortement influencée par les objectifs et les intérêts de l'Union européenne (Section 2).

Section 1: La marge nationale d'appréciation, technique privilégiée pour limiter la force des droits fondamentaux garantis par la Charte

Dans sa variante substantielle, la marge nationale d'appréciation se caractérise par une technique de mise en balance des intérêts, qu'ils soient individuels ou collectifs (paragraphe 1). Après avoir défini ce qu'est une mise en balance, il conviendra de voir en quoi elle est nécessaire dans le cadre du contrôle de la Charte des droits fondamentaux (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La mise en balance des intérêts, caractéristique prépondérante de la fonction substantielle de la marge nationale d'appréciation

La fonction substantielle de la marge nationale d'appréciation repose sur deux prémisses essentielles. D'une part, les États peuvent légitimement adopter des mesures afin d'assurer la sauvegarde de l'ordre public sur leur territoire⁴⁷. D'autre part, ces mesures sont susceptibles de constituer une ingérence dans le droit fondamental d'un individu⁴⁸. Ainsi, les États disposent nécessairement d'une faculté d'ingérence dans les droits fondamentaux qui est bien souvent reconnue par des clauses de limitation que nous retrouvons dans chaque texte de protection des droits de l'Homme⁴⁹. Dans le droit de la CESDH, les articles protégeant des droits tangibles à savoir les articles 8, 9, 10 et 11, ont leur propre clause de limitation. En général, une limitation est permise dès lors qu'elle remplit trois critères : l'ingérence est prévue par la loi, l'ingérence poursuit l'un des objectifs légitimes prévues par la clause et l'ingérence est nécessaire dans une société démocratique. La Charte des droits fondamentaux a un dispositif sensiblement différent car elle dispose seulement d'une clause générale de limitation en son article 52. Ce dernier

⁴⁷ Letsas, G., "Two concepts of the margin of appreciation" in *À Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No.4 (2006), p. 710

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Voy., par exemple les article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, 18, 19, 20 et 21 du pacte international sur les droits civils et politiques et 7, 8, 9 et 10 Convention EDH.

prévoit qu'une ingérence est autorisée si : i) elle est prévue par la loi, ii) elle ne porte pas atteinte à l'essentiel des droits, iii) elle poursuit un objectif de l'UE ou la protection des droits et libertés d'autrui, iv) elle est proportionnée. Contrairement à la Conv. EDH, l'article 52 ne fait pas de référence à la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. Nous pouvons estimer que cette condition est implicitement prise en compte par la Cour de justice car la démocratie est une valeur sur laquelle l'Union est fondée conformément à l'article 2 du TFUE. Ce principe irrigue donc l'ensemble de l'action européenne⁵⁰.

Malgré quelques différences, les deux Cours européennes concentrent leur appréciation sur le contrôle de proportionnalité de la mesure. Le contrôle de proportionnalité est lui-même scindé en plusieurs étapes. La Cour de justice procède tout d'abord à un test d'aptitude consistant à déterminer si « *une cohérence est établie dans la corrélation entre la mesure contestée et l'objectif avancé* »⁵¹. La CEDH vérifie également l'aptitude de la mesure mais elle emploie un intitulé différent, à savoir le contrôle de l'appropriation de la mesure⁵². La deuxième étape du contrôle de proportionnalité repose sur un test de nécessité de l'ingérence : le juge européen doit se demander s'il n'existe pas des mesures moins restrictives des droits fondamentaux atteignant le même résultat de manière tout aussi efficace. Il est ainsi plus correct de parler de test « d'interchangeabilité » ou de « substituabilité » des mesures⁵³. La troisième et ultime étape du contrôle de proportionnalité des deux Cours s'analyse en un test de proportionnalité stricto sensu. La proportionnalité stricto sensu tend généralement à une opération de mise en balance ou à la recherche d'une « pondération équilibrée »⁵⁴ entre les intérêts conflictuels en cause. Le juge doit alors s'assurer que le législateur a trouvé un juste équilibre entre le respect des droits fondamentaux et la poursuite d'un objectif d'intérêt général. Dans la jurisprudence de la Cour EDH, la mise en balance des intérêts consiste à savoir si l'ingérence est justifiée par un « besoin social impérieux »⁵⁵. Appelant à des considérations abstraites voire politiques, le juge européen n'ose pas procéder à ce contrôle de proportionnalité stricto sensu lorsqu'il est question d'une mesure nationale restrictive. Seul le législateur

⁵⁰ Peers, S. et Prechal, S., "Article 52" in Peers S., Hervey, T., Kenner, J., Ward, À . (eds), *The EU charter of Fundamental Rights : a commentary*, p. 1480.

⁵¹ Martucci, F., *Droit de l'Union européenne*, Hypercours, Paris, Dalloz, p. 834.

⁵² Cour EDH, 29 octobre 1992, Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande, Req. n°14235/88.

⁵³ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 2009, n° 46, p. 17

⁵⁴ CJUE, Volker und Markus Schecke, aff. C-92/09, ECLI:EU:C:2010:662, point 77.

⁵⁵ Cour EDH, 26 avril 1979, Sunday Times c. Royaume-Uni, Req. n°30, point 67.

national est légitime pour effectuer une telle mise en balance et il jouit, à ce titre, d'une marge d'appréciation.

Dans le contentieux de la Charte, deux types de types de mise en balance peuvent être distinguées : une mise en balance verticale des intérêts qui oppose la poursuite de l'intérêt général à un intérêt individuel et une mise en balance horizontale des intérêts opposant deux intérêts individuels soit deux droits fondamentaux⁵⁶. Dans la Charte des droits fondamentaux, l'intérêt général n'est pas seulement la sauvegarde d'un ordre public étatique ; il recouvre également les objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union. Ainsi, une panoplie d'intérêts collectifs peuvent être opposés à un intérêt individuel (ex : mise en place d'une organisation commune de marché⁵⁷, la sécurité nationale⁵⁸, bien-être des animaux⁵⁹, respect du droit international humanitaire⁶⁰, etc.). Cette distinction entre la verticalité et l'horizontalité de la mise en balance n'est pas absolue car il est possible qu'un intérêt général de l'UE puisse devenir un intérêt individuel. Plus particulièrement, la réalisation du marché intérieur repose sur l'effectivité des quatre libertés fondamentales du traité dont le respect peut être exigé par des opérateurs économiques⁶¹.

En tout état de cause, la Cour de justice laisse une certaine latitude aux États pour interférer dans les droits fondamentaux. Subsiste néanmoins une difficulté de taille. Il est complexe de déterminer les considérations permettant de qualifier une ingérence dans les droits fondamentaux en une véritable violation de ceux-ci. Pour répondre à cette problématique, le Professeur Letsas avait proposé de fonder la marge d'appréciation substantielle sur différentes théories des droits fondamentaux. Ces théories apparaissent de manière très implicite dans la jurisprudence de la Cour de justice.

Paragraphe 2 : La nécessaire mise en balance des intérêts dans la jurisprudence de la Cour de justice

La Cour de justice doit éclairer les juridictions nationales quant au fait de savoir si la marge d'appréciation a dépassé les standards de protection de la Charte. Se pose alors une

⁵⁶ Distinction opérée dans la thèse de Madame Tania Racho, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, du 15 novembre 2018, p.646.

⁵⁷ CJCE, 13 décembre 1979, Hauer, aff. C-44/79, ECLI:EU:C:1979:290, points 24, 25, 28 et 30.

⁵⁸ CJUE, 3 septembre 2008, Kadi, aff. jtes C-402/05 et C-415/05, ECLI:EU:C:2008:461, point 363.

⁵⁹ CJUE, Grande Chambre, 17 décembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. c. Vlaamse Regering*, aff. C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031.

⁶⁰ CJCE, 30 juillet 1996, Bosphorus, aff. C-84/95, ECLI:EU:C:1996:312, point 26.

⁶¹ Racho, T., *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas, 15 novembre 2018, p. 649.

question épineuse : sur la base de quelles considérations, une ingérence peut-elle être qualifiée de violation de la Charte ?

La mise en balance des intérêts est, en effet, une opération très particulière qui nécessite de recourir à des appréciations plutôt abstraites. Ainsi, pour connaître les limites de la faculté d'ingérence d'un État dans les droits fondamentaux, il est nécessaire de baser la marge nationale d'appréciation sur une théorie substantielle afin de rationaliser la mise en balance des intérêts et ainsi, éviter toute forme d'arbitraire. Georges Letsas s'est positionné sur trois grandes théories et certaines d'entre elles se manifestent dans la plupart des arrêts de la CJUE.

Tout d'abord, la marge nationale d'appréciation substantielle peut se baser sur une doctrine utilitariste. Sous sa forme originelle, la doctrine utilitariste exige de prendre en compte les conséquences immédiates d'une mesure restrictive des droits fondamentaux sur le niveau de satisfaction de la majorité⁶². Cette théorie ne prospère pas actuellement tant dans la jurisprudence de la Cour de justice que dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Elle est une négation pure et simple des droits fondamentaux car elle fait prédominer le bien de la majorité sans se soucier des intérêts individuels.

Sous une forme plus modérée, la doctrine utilitaire consiste à donner une priorité relative aux droits de l'Homme en ce sens que ces derniers prévalent dès lors qu'ils n'entrent pas en conflit avec une préférence majoritaire. Pour inverser la tendance et faire primer une préférence majoritaire sur un droit fondamental, les autorités nationales devront démontrer qu'une mesure restreignant un droit est strictement nécessaire à la poursuite d'un objectif d'intérêt public. Cette doctrine commande ainsi d'examiner toutes les mesures alternatives moins restrictives. Si les autorités constatent qu'il n'y a aucune alternative, elles pourront limiter les droits et, potentiellement, interdire leur manifestation. Cette doctrine semble se rapprocher du test de nécessité du contrôle de proportionnalité. Ce test prend parfois une place importante dans le raisonnement de la CJUE. Dans une affaire Geoffroy Léger, une personne voulait faire don de son sang mais le médecin responsable de la collecte avait refusé au motif qu'elle présentait un risque de contracter des maladies infectieuses graves en raison de son homosexualité⁶³. Le médecin s'est appuyé sur le droit français qui écarte de manière permanente les dons du sang des hommes ayant eu des rapports sexuels avec d'autres hommes. Or, l'annexe III de la directive

⁶² Letsas, G., op. cit., p. 715.

⁶³ CJUE, 29 avril 2015, Geoffroy Léger, Aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288.

2004/33 portant application de la directive 2002/98/CE⁶⁴ concernant certaines techniques relatives au sang et aux composants sanguins, prévoit une exclusion permanente du don de sang des « *sujets dont le comportement sexuel les expose à un risque de contracter des maladies infectieuses* », sans pour autant définir précisément les personnes ou les catégories de personnes concernées par ladite exclusion, laissant ainsi une marge d'appréciation aux États membres. La Cour rappelle que « *les États membres doivent notamment veiller à ne pas se fonder sur une interprétation d'un texte du droit dérivé qui entrerait en conflit avec ces droits fondamentaux* »⁶⁵. Les États sont donc tenus au respect de l'article 21, paragraphe 1, de la Charte qui interdit toute discrimination en raison de l'orientation sexuelle. La Cour qualifie la contre-indication permanente de limitation à la Charte. Pour que cette dernière soit proportionnée, la Cour affirme que lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante de celles-ci et les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux objectifs visés⁶⁶. La juridiction nationale devra vérifier s'il existe d'autres techniques efficaces de détection des maladies sexuellement transmissibles pour éviter la transmission aux receveurs et permettant d'assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs. Si, de telles techniques n'existent pas encore au regard de l'état actuel des progrès scientifiques, la contre-indication est proportionnée. La protection de la santé dispose donc d'une priorité par rapport au droit à la non-discrimination. La Cour a basé essentiellement son raisonnement sur la nécessité de la mesure.

La marge nationale d'appréciation pourrait se baser sur la théorie des immunités dont la particularité est de privilégier les intérêts fondamentaux ou universels que les individus ont en commun. Ces intérêts sont notamment le droit à la sûreté, le droit à la vie privée ou encore le droit à un procès équitable. Certains arrêts de la Cour de justice laissent à penser que la marge nationale d'appréciation doit nécessairement respecter les intérêts fondamentaux des individus notamment lorsqu'il est question du droit au respect de la vie privée et du droit à la protection des données personnelles, respectivement protégés par les articles 7 et 8 de la Charte. Ainsi, avant de se prononcer sur la légalité d'une mesure restrictive, la Cour encadre la marge d'appréciation des États membres en insistant sur le caractère fondamental de ces deux droits : « *l'institution qui effectue la pondération doit tenir compte de l'importance des droits de la*

⁶⁴ 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.

⁶⁵ CJUE, 29 avril 2015, Geoffroy Léger, préc., point 41.

⁶⁶ CJUE, 29 avril 2015, Geoffroy Léger, préc., point 58.

personne concernée résultant des articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux »⁶⁷. De manière plus significative, l'arrêt Tele2 Sverige AB du 21 décembre 2016 a modulé la marge d'appréciation des États membres en rappelant que les limitations aux articles 7 et 8 s'opèrent « *dans la limite du strict nécessaire* »⁶⁸. Cela implique certainement que la Cour va procéder à un test de nécessité renforcée. Plus intéressant encore est le raisonnement de la Cour de justice dans un arrêt Google Spain du 13 mai 2014⁶⁹. En l'espèce, un ressortissant espagnol avait introduit auprès de l'agence de traitement des données espagnole une demande visant à faire cesser le traitement de ses données personnelles sur le moteur de recherche Google. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour de justice rappelle que la directive 95/46 du 24 octobre 1995 relative à la protection des données personnelles des personnes physiques⁷⁰ vise à établir un haut niveau de protection du droit à la vie privée et qu'il est nécessaire, à ce titre, d'interpréter la directive à la lumière de la Charte des droits fondamentaux, et plus particulièrement aux articles 7 et 8. La Cour constate ensuite que, dans les circonstances de l'espèce, le traitement des données à caractère personnel peut causer une atteinte particulièrement grave aux droits de la personne eu égard à la possibilité de tout internaute de trouver des informations sur Internet touchant à une multitude d'aspects de sa vie privée. Néanmoins, les internautes ont également le droit de s'informer sur Internet en vertu de leur liberté d'expression. Une pondération des intérêts est donc nécessaire mais les juridictions nationales doivent garder à l'esprit que les intérêts individuels des personnes concernées par le traitement des données prévalent sur l'intérêt des internautes⁷¹. Les intérêts individuels disposent d'une priorité par rapport à l'intérêt des internautes, ce qui rejoint la théorie des immunités. Or, le droit à la protection des données à caractère personnel peut être devancé par l'intérêt des internautes car « *l'équilibre dépend, dans des cas particuliers, de la nature de l'information en question et de sa sensibilité pour la vie privée de la personne concernée ainsi que de l'intérêt du public à disposer de cette information, lequel peut varier, notamment en fonction du rôle joué par cette personne dans la vie publique* »⁷². Selon les circonstances de l'espèce, le droit à la protection des données personnelles peut être restreint au profit de l'intérêt collectif.

⁶⁷ CJUE, 24 nov. 2011, ASNEF, aff. C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777, point 40.

⁶⁸ CJUE, 21 déc. 2016, Tele2 Sverige, aff. C-203/15, ECLI:EU:C:2016:970, point 96.

⁶⁹ CJUE, 13 mai 2014, Google Spain, aff. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

⁷⁰ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, JO L 281, p. 0031.

⁷¹ CJUE, 13 mai 2014, Google Spain, préc. point 81.

⁷² CJUE, 13 mai 2014, Google Spain, préc. point 81.

L'ultime théorie qui pourrait sous-tendre la fonction substantielle de la marge nationale d'appréciation est la « reason-blocking theory » que nous traduirons par la théorie du blocage des raisons illicites. Suivant cette théorie, les autorités nationales doivent limiter les droits fondamentaux sur la base de considérations légitimes et ce, afin de protéger les minorités face aux préférences parfois hostiles de la majorité. Dès lors qu'une restriction est fondée sur une considération illégitime, la marge nationale d'appréciation a outrepassé les limites imposées par le texte de protection des droits. Un rapprochement peut être opéré avec l'arrêt du 17 décembre 2020 *Centraal Israëlitisch Consistorie van België*⁷³. Dans cet arrêt récent, était en cause l'équilibre délicat à opérer entre la liberté d'exprimer sa religion protégée par l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux et le bien-être des animaux, objectif d'intérêt général reconnu par l'Union. En l'espèce, un décret belge a rendu obligatoire la technique de l'étourdissement préalable des animaux avant leur mise à mort. Incompatible avec certains rituels religieux, cette obligation serait, selon certaines associations de défense des communautés juive et musulmane, contraire aux droits qu'ils tirent de l'article 10 de la Charte.

Dans cet arrêt, la Cour souligne à maintes reprises que la protection du bien-être animal est une exigence pressante des citoyens européens, ce qui laisse penser que la liberté de conscience serait un intérêt minoritaire. La Cour va alors vérifier que cette obligation d'étourdissement préalable est motivée par des considérations légitimes et que le but de l'ingérence n'est pas fondé sur une hostilité envers les pratiques de certaines communautés religieuses. La CJUE reconnaît qu'un consensus scientifique s'est formé quant au fait que l'étourdissement préalable constitue le moyen optimal pour réduire la souffrance de l'animal au moment de sa mise à mort. Il s'agit ainsi de la seule solution objective permettant de garantir le bien-être de l'animal.

Ces tentatives de rapprochement entre les arrêts de la Cour et les théories substantielles de la marge d'appréciation sont assez complexes. Parfois, il est difficile de faire ressortir une seule théorie. Dans l'arrêt *Geoffrey Léger* par exemple, la Cour affirme qu'en l'absence de preuve scientifique, l'interdiction de recourir à des donneurs homosexuels est la seule mesure possible et qu'il n'existe pas d'autres alternatives, ce qui laisserait entendre que la Cour se base sur la théorie utilitariste modérée. Néanmoins, il est également possible de comprendre que l'interdiction est motivée par des raisons purement médicales et non par hostilité envers les personnes homosexuelles. Ainsi, la Cour se baserait sur la théorie du blocage des raisons

⁷³ CJUE, 17 déc. 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België* e.a., préc.

illicites. Le même raisonnement s'applique à l'arrêt sur l'abattage rituel. D'une part, l'interdiction est fondée sur un consensus scientifique et non sur une hostilité envers les minorités religieuses. D'autre part, il n'existe aucune alternative moins restrictive à l'obligation d'étourdissement préalable qui permet de limiter les souffrances animales avec autant d'efficacité.

Ces tentatives sont d'autant plus délicates à appréhender que ces théories semblent être basées sur une configuration unique à savoir celle où un État veut préserver son ordre public. Or, dans le contexte de la Charte, les mesures restrictives sont justifiées soit par la nécessité de préserver l'ordre public ou les droits et libertés d'autrui soit par la poursuite d'un intérêt de l'UE. À cet égard, les intérêts ou les objectifs de l'Union européenne peuvent influencer la mise en balance des intérêts en présence. Ainsi, la fonction substantielle de la marge d'appréciation serait profondément différente de celle qui a été envisagée dans le cadre de la Convention EDH.

Section 2 : La mise en balance des intérêts, enjeu spécifique dans le contexte du droit de l'Union européenne

Au regard des spécificités du droit de l'Union européenne, la fonction substantielle de la marge d'appréciation, ainsi dégagée à partir de la jurisprudence de la CEDH, ne saurait être adaptée, du moins, elle ne peut aboutir au même résultat. Les deux systèmes de droit, que sont l'UE et le Conseil de l'Europe, présentent, en effet, des divergences profondes. L'une des premières différences est évidente et relève de la distinction opérée par le droit des organisations internationales entre les organisations de coopération, telles que le Conseil de l'Europe, et les organisations d'intégration telles que l'Union européenne. Plus précisément, l'Union est une organisation internationale particulière au profit de laquelle « *les États qui en sont membres ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains* »⁷⁴. Comme affirmé dans le préambule du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les États membres sont engagés dans « *un processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples* »⁷⁵.

Cette volonté d'intégration, qui est « la raison d'être de l'Union »⁷⁶, est marquée par la poursuite d'objectifs propres⁷⁷ à l'Union dont la réalisation doit nécessairement garantir le respect des droits fondamentaux. Ainsi, l'interprétation des droits fondamentaux est nécessairement affectée par les objectifs de l'Union : « *l'autonomie dont jouit le droit de*

⁷⁴ CJUE, 18 déc. 2014, Avis 2/13, préc., point 157

⁷⁵ Traité sur l'Union européenne, Article 1^{er} alinéa 2.

⁷⁶ CJUE, 18 déc. 2014, Avis 2/13, préc., point 172.

⁷⁷ Traité sur le fonctionnement de l'Union, Article 3.

l'Union par rapport aux droits des États membres ainsi que par rapport au droit international impose que l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union »⁷⁸. Contrairement au Conseil de l'Europe, la protection des droits fondamentaux n'est donc pas le but premier de l'Union européenne. D'ailleurs, le Conseil de l'Europe ne prétend pas vouloir rapprocher les législations des États membres et il n'implique aucun transfert de souveraineté de la part des États membres.

La singularité de la fonction substantielle de la marge nationale d'appréciation en droit de l'Union est parfaitement mise en lumière dans l'arrêt de la Cour du 26 février 2013 Melloni. Après avoir été condamné par défaut par une juridiction pénale italienne, M. Melloni a fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen (ci-après « MAE ») pour l'exécution de sa condamnation. Lorsqu'il est arrêté sur le territoire espagnol, M. Melloni s'oppose à sa remise aux autorités italiennes au motif que le droit procédural italien ne permet pas de former un recours contre les condamnations rendues par défaut. Cette impossibilité porterait une atteinte à son droit à un procès équitable tel qu'il est garanti à l'article 24, paragraphe 2, de la Constitution espagnole. Se pose alors la question de savoir si les autorités espagnoles peuvent s'opposer à l'exécution d'un MAE afin d'éviter la violation d'un droit de nature constitutionnelle. Ainsi, il est avancé que le droit espagnol offre un meilleur niveau de protection des droits fondamentaux par rapport à celui offert par la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen. L'Avocat général Bot donnera des précisions sur l'interprétation de la Charte en affirmant notamment qu' « *il n'est donc pas possible de raisonner uniquement en termes de niveau plus ou moins élevé de protection des droits fondamentaux sans prendre en compte les impératifs liés à l'action de l'Union et la spécificité du droit de l'Union* »⁷⁹. Rappelant que la décision-cadre vise « *à accélérer la coopération judiciaire en vue de contribuer à réaliser l'objectif assigné à l'Union de devenir un espace de liberté, de sécurité et de justice en se fondant sur le degré de confiance élevé qui doit exister entre les États membres* »⁸⁰, la Cour refuse de laisser la liberté à l'État espagnol d'appliquer son propre standard de protection dans la mesure où celui-ci remettrait en cause la primauté du droit de l'Union et qu'il contreviendrait au principe de reconnaissance mutuelle, pierre angulaire de la décision-cadre. Dans cette affaire, les objectifs du droit de l'Union modulent l'application des droits fondamentaux au sein de l'UE.

⁷⁸ CJUE, 18 déc. 2014, Avis 2/13, préc., point 170.

⁷⁹ Conclusions du 2 octobre 2012, Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2012:600, point 108.

⁸⁰ CJUE, 26 février 2013, Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal, préc., point 37.

En l'occurrence, l'intérêt formel du droit de l'Union dans cette affaire est la protection du principe de reconnaissance mutuelle⁸¹.

Lorsque la Cour de justice est confrontée à une violation des droits fondamentaux d'un citoyen européen, la particularité de la fonction substantielle de la marge nationale d'appréciation s'exprime. En effet, la Cour sera exigeante dans la situation où un citoyen européen mobile se prévaut d'une violation de la Charte, et bien plus flexible dans la situation où un citoyen ne se déplace pas. Cette divergence de protection s'explique notamment par le fait que les citoyens européens mobiles sont considérés comme des acteurs à part entière de la réalisation du marché intérieur, qui est l'objectif originel de l'Union européenne. Les citoyens européens mobiles sont donc « porteurs d'un intérêt européen »⁸². À l'inverse, la protection des fondamentaux des citoyens sédentaires se limite au respect d'un seuil minimal comme semble le suggérer l'arrêt Zambrano : « l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »⁸³. Le droit minimal d'un citoyen européen est de pouvoir rester sur le territoire de l'Union européenne.

Enfin, le droit de ne pas subir de discrimination fait nécessairement pencher la mise en balance des intérêts en faveur de la personne victime d'une discrimination directe ou indirecte. Le principe de discrimination occupe une place singulière dans l'histoire de la construction européenne car il a permis, entre autres, la réalisation du marché intérieur. Par conséquent, le principe d'égalité constitue non seulement, une valeur commune partagée par l'ensemble des États membres⁸⁴ mais aussi, un objectif que l'Union doit promouvoir⁸⁵. Le principe de non-discrimination occupe toutes les sources du droit de l'Union. Il est présent dans le droit primaire⁸⁶, dans le droit dérivé avec l'adoption de plusieurs directives relatives à la non-discrimination⁸⁷ et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union⁸⁸. Ce traitement privilégié

⁸¹ Von Papp, A Federal Question Doctrine for EU Fundamental Rights Law (2018) 43 E. L. Rev. 511, p. 26. Disponible sur [A Federal Question Doctrine for EU Fundamental Rights Law: Making Sense of Articles 51 and 53 of the Charter of Fundamental Rights by Konstanze von Papp :: SSRN](#) [Consulté le 29 mars].

⁸² Dubout, E., « L'objectif de protection des droits fondamentaux et la répartition des compétences dans l'Union européenne : la confrontation des logiques constitutionnelles » in Objectifs et compétences dans l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 396.

⁸³ CJUE, 8 mars 2011, Ruiz Zambrano, aff. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, point 42.

⁸⁴ Traité sur l'Union européenne, Article 2.

⁸⁵ Traité sur l'Union européenne Article 3.

⁸⁶ Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne protège l'égalité entre les hommes et les femmes à l'article 153 et l'égalité des rémunérations à l'article 157.

⁸⁷ Entre autres, la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 porte création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁸⁸ L'égalité est un principe général du droit communautaire comme l'a Cour le rappelle dans l'arrêt du 22 novembre 2005, Mangold, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709.

a été renforcé par l'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans le droit primaire. La Cour impose un standard de protection uniforme face aux discriminations, ne laissant ainsi aucune marge de manœuvre aux États membres⁸⁹. Néanmoins, il convient de nuancer la portée de l'article 21 de la Charte, qui est en réalité peu mobilisé par la Cour. Elle se contente de le mentionner car elle peut se fonder directement sur les traités. De plus, la Cour se montre moins protectrice lorsqu'il est question des discriminations religieuses⁹⁰.

À partir de ces trois exemples, il semble que la marge nationale d'appréciation soit fortement influencée par les intérêts de l'UE. À cet égard, il serait opportun de revenir sur la distinction opérée par le Professeur Alexandre Somek entre la marge d'appréciation cosmopolite et la marge d'appréciation fédérale⁹¹. Dans un système cosmopolite, les États parties se sont engagés à respecter une norme universelle minimale et ce, malgré leurs différences politiques, économiques, culturelles, religieuses et sociales.⁹² Le cosmopolitisme opère alors un équilibre entre une ambition universelle et un respect indispensable du pluralisme. Un État peut manifester ses particularités locales en utilisant sa marge d'appréciation tant qu'il ne viole pas le seuil minimal. Cette approche a été retenue par le Conseil de l'Europe pour s'assurer du respect de la Convention EDH⁹³. Dans un système fédéral, la marge nationale d'appréciation ne s'analyse pas seulement comme le respect d'une norme minimale universelle mais elle est calculée selon des critères de type fédéral. Selon Somek, la marge d'appréciation « *may legitimately be calibrated to the particular tasks and functions of the federal government* »⁹⁴. Cette marge d'appréciation fédérale vaut en droit de l'Union européenne au regard de sa spécificité et de ses objectifs particuliers. Ce raisonnement se confirme – encore – avec les conclusions de l'Avocat général Bot dans l'affaire Melloni : « *Les droits fondamentaux à protéger et le niveau de protection à leur accorder reflètent les choix d'une société quant au juste équilibre à atteindre entre les intérêts des individus et ceux de la communauté à laquelle ils appartiennent. Cette détermination est étroitement liée à des appréciations propres à l'ordre juridique concerné, relatives notamment au contexte social, culturel et historique de cet ordre, et ne saurait donc être transposée automatiquement à*

⁸⁹ Vickers, L., « Achbita and Bougnaoui: One Step Forward and Two Steps Back for Religious Diversity in the Workplace », *European Labour Law Journal*, p. 249.

⁹⁰ Słowik, A., « Discrimination religieuse dans l'emploi : à la recherche des points communs entre Strasbourg et Luxembourg », *C.D.E.*, 2020/2-3, p. 441-484.

⁹¹ Somek, A., « The cosmopolitan and the federal margins of appreciation », *Legal Studies Research Paper*, University of Iowa, N° 2020-16, May 2020, p. 25.

⁹² *Ibid.*, p. 3.

⁹³ L'article 53 de la Convention EDH reconnaît que les États membres peuvent offrir une protection plus étendue aux droits fondamentaux.

⁹⁴ Somek, A., *op. cit.*, p. 10.

d'autres contextes »⁹⁵. Conformément à ce contexte social, culturel et historique, les droits fondamentaux de l'UE sont bien plus que des simples standards minimums car ils s'adaptent nécessairement aux exigences qu'impliquent la poursuite des objectifs de l'UE. À cet égard, l'Union européenne est un véritable « projet de société » capable de définir elle-même sa conception de l'intérêt général, et non plus un centre de coordination des politiques nationales⁹⁶. La Charte des droits fondamentaux contribue d'ailleurs à la construction de cette société européenne car elle donne une identité à l'Union européenne en s'adressant directement aux citoyens de l'UE⁹⁷. Ce n'est pas le cas de la Conv. EDH dont les articles s'adressent principalement aux États membres. Néanmoins, Somek nuance ses propos. Dans certaines hypothèses, la marge nationale d'appréciation dans l'Union n'est rien d'autre que le respect cosmopolite de la particularité. Ce constat se calque sur une interprétation de l'article 53 de la Charte se bornant à affirmer que les droits de la Charte sont des seuils minimaux.

En tout état de cause, et indépendamment du fait de savoir si l'Union européenne se rapproche du modèle d'un État fédéral, la marge d'appréciation est bel et bien déterminée par des facteurs propres à l'Union européenne.

Conclusion du Chapitre :

La jurisprudence de la Cour de justice fait état d'une fonction substantielle de la marge nationale d'appréciation. Néanmoins, elle ne correspond pas à la définition assignée par Georges Letsas, qui s'était focalisé sur la jurisprudence de la Cour EDH. Dépourvue de certaines caractéristiques, la Convention européenne des droits de l'Homme laisse place à un contrôle de proportionnalité assez classique. À l'inverse, la Charte des droits fondamentaux fait partie intégrante de l'ordre juridique de l'UE, et revêt, à ce titre, des caractéristiques particulières dont l'existence est justifiée par la poursuite d'objectifs non nationaux. Ces objectifs, menant à terme à la recherche d'un véritable intérêt général européen, influencent la mise en balance des intérêts.

Disposant d'une légitimité pour restreindre les droits fondamentaux, les juges européens doivent, par conséquent, limiter la teneur de leur contrôle de proportionnalité. Cette retenue judiciaire ou le « self judicial constraint » que nous retrouvons indéniablement dans la

⁹⁵ Conclusions du 2 octobre 2012, préc. point 109.

⁹⁶ Berthelet, P., « De la « Rechtsgemeinschaft » européenne à la « Wertgemeinschaft » cosmopolitique, la constitutionnalisation du droit de l'Union sous le signe des valeurs », *R.D.U.E.*, 2016/2, p. 315-355.

⁹⁷ Torres Pérez., A., « The federalizing force of the EU Charter of Fundamental Rights », Oxford Press and New York University School of Law, 2018, pp 1091.

jurisprudence de la Cour de justice, participe directement à la reconnaissance d'une fonction structurelle de la marge nationale d'appréciation dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux.

Chapitre 2 : La reconnaissance d'une fonction structurelle de la marge nationale d'appréciation dans le contrôle du respect de la Charte

La marge nationale d'appréciation dans sa variante procédurale impose une limitation du contrôle du juge européen (Section 1). Bien que certains arrêts de la Cour de justice puissent confirmer l'existence d'une telle marge, telle qu'elle est conçue dans le système de la Conv. EDH, elle ne saurait être adaptée en raison, encore une fois, de la spécificité du droit de l'Union. (Section 2).

Section 1 : La marge nationale d'appréciation, technique procédurale de limitation du contrôle juridictionnel de la Cour

La limitation du contrôle juridictionnel européen est justifiée par la position privilégiée dont disposent les autorités nationales pour restreindre une liberté fondamentale (Paragraphe 1). Cette nécessaire déférence envers les mesures nationales restrictives s'observent dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une limitation justifiée par la position privilégiée des autorités nationales pour restreindre un droit fondamental

La marge d'appréciation en tant que technique procédurale permet de faire varier les niveaux de contrôle des droits fondamentaux. Autrement dit, la juridiction supranationale ne fera pas un examen substantiel de la décision mais laissera le soin aux juridictions nationales de déterminer si la mesure nationale en cause constitue une violation ou non des droits fondamentaux. Dans certaines hypothèses, la Cour contrôle elle-même la proportionnalité d'une mesure nationale.

Cette fonction structurelle tire son existence du principe de subsidiarité qui caractérise la plupart des textes internationaux de protection des droits fondamentaux. Ce principe implique deux considérations interconnectées.

D'une part, « *en raison des contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays* »⁹⁸ et de leur « *proximité avec les faits et la réalité sociale* »⁹⁹, les autorités nationales sont les mieux placées pour mesurer la nécessité d'une restriction pour la simple et bonne raison qu'elles connaissent les exigences spécifiques de leur ordre public. À l'inverse, une juridiction supranationale ne saurait se prononcer sur l'adéquation, la nécessité ou le caractère raisonnable d'une mesure en raison de sa méconnaissance des circonstances ou des débats nationaux qui sous-tendent l'introduction d'une mesure restrictive¹⁰⁰. Malgré les différences entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, la Cour de justice reste une juridiction supranationale et doit ainsi laisser « une priorité normative »¹⁰¹ aux États membres quant à la mise en œuvre des droits fondamentaux. L'Union européenne n'a d'autant plus aucune compétence directe dans les droits fondamentaux, et la Charte ne tend d'ailleurs pas à modifier ou étendre le champ des compétences de l'Union¹⁰².

D'autre part, le principe de subsidiarité implique qu'une cour supranationale se prononce sur la légalité d'une mesure restrictive des droits fondamentaux en dernier lieu. Dans cette optique, le principe de subsidiarité traduit une forme de priorité procédurale au profit des États que Georges Letsas résume de la manière suivante : « *states have an obligation to secure the rights of the Convention within their domestic sphere and that they must have the opportunity to redress any individual violations of the Convention rights, before they are brought before an international tribunal* »¹⁰³.

Dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui a instauré un mécanisme de protection subsidiaire, l'une des conditions de saisine de la Cour est l'épuisement des voies de recours internes¹⁰⁴. Cette condition est une manifestation de la priorité procédurale qui est donnée aux États membres. Cette priorité procédurale est moins perceptible en droit de l'Union européenne. En effet, les justiciables peuvent faire valoir leurs droits bien avant que les voies de recours internes n'aient été épuisées. Par la voie du renvoi préjudiciel, toute juridiction nationale a la faculté de saisir la Cour de justice d'une question en appréciation de validité ou en interprétation du droit de l'Union dès lors que la réponse de la Cour est nécessaire pour

⁹⁸ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n° 5493/72, point 48.

⁹⁹ Donnay, L., Tulkens, F., *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'Homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ?*, RSC, pp. 3-25.

¹⁰⁰ Gerards, Janneke, *Pluralisme, déférence et doctrine de la marge d'appréciation*, *European Law Journal*, Vol. 17, janvier 2011, pp. 80-120

¹⁰¹ Letsas, G., « *Two concepts of the Margin of Appreciation* », op. cit., p. 722.

¹⁰² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Article 51, paragraphe 2.

¹⁰³ Letsas, G., op. cit., p. 722.

¹⁰⁴ Article 35 Convention européenne des droits de l'Homme

rendre son jugement¹⁰⁵. À cet égard, la plupart des arrêts de la Cour relatifs à la Charte des droits fondamentaux découlent d'un renvoi préjudiciel en interprétation. En somme, en ce qui concerne la Conv. EDH, les deux priorités traduisent la distribution des pouvoirs entre les institutions de la Convention et les autorités nationales¹⁰⁶.

Ainsi, le fait que les autorités nationales soient mieux placées pour moduler l'application des droits de l'Homme sur leur territoire mène à ce que les juges européens défèrent le contrôle de proportionnalité aux juridictions nationales. Dans le cadre de la Convention, cette déférence est généralement le fait de deux causes : l'absence de consensus entre les États membres et l'activation de la clause dérogatoire de la Convention¹⁰⁷.

À l'instar de la Cour EDH, la Cour de justice de l'Union défère le contrôle des mesures aux juridictions nationales.

Paragraphe 2 : La déférence quasi systématique de la Cour de justice envers les mesures nationales

Dans le cadre de la Convention, la déférence découle systématiquement de l'absence de consensus entre les États membres. Indépendamment de l'existence ou non d'un consensus, la Cour de justice contrôle peu les mesures nationales restreignant les droits fondamentaux, ce qui donne lieu à une déférence quasi systématique. La Cour de justice ne se contente pas d'affirmer qu'elle ne contrôlera pas elle-même la mesure car elle est tenue de donner une réponse utile à la juridiction nationale qui l'interroge. La Cour de justice procède très souvent à un encadrement de la marge nationale d'appréciation en précisant à la juridiction nationale l'ensemble des éléments qu'elle doit prendre en compte pour réussir à trouver un équilibre entre les exigences d'ordre public et l'exercice d'un droit fondamental. Autrement dit, elle interprète les dispositions du droit de l'Union qui sont en cause que ce soit la Charte des droits fondamentaux et/ou le droit dérivé. L'encadrement varie selon l'étendue du pouvoir d'appréciation des États. Lorsque la Cour de justice ne défère pas, elle ajuste son contrôle en fonction de l'ampleur de la marge nationale d'appréciation.

La Cour de justice doit souvent donner de tels éléments d'appréciation lorsqu'est en cause l'article 47 de la Charte qui protège le droit à une protection juridictionnelle effective. La Cour s'est notamment prononcée sur une affaire portant sur la loyauté de la preuve. La

¹⁰⁵ Article 267 traité sur le fonctionnement de l'Union

¹⁰⁶ E. Brems, 'The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-law of the European Court of Human Rights' (1996) 56 Zeitschrift Fur Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht, pp. 240-304.

¹⁰⁷ Convention européenne des droits de l'Homme, Article 15.

société WebMindLicenses (ci-après « WML ») avait acquis la société Lalib au Portugal, et lui avait transmis son savoir-faire. Estimant que le transfert du savoir-faire à l'entreprise Lalib ne constituait pas une opération économique réelle, les autorités hongroises ont considéré que le savoir-faire était en réalité exploité par la société WML sur le territoire hongrois. Fort de ce constat, les autorités hongroises ont donc imposé des redressements fiscaux et le paiement de sommes diverses dont certaines sommes au titre de la TVA, et d'autres, au titre des pénalités de retard. Les autorités hongroises ouvrent deux procédures parallèles : une procédure pénale et une procédure fiscale.

WML invoque une violation des droits de la défense car elle n'a pas eu accès aux preuves dans le cadre de la procédure pénale. Il refuse donc que de telles preuves soient utilisées dans le cadre de la procédure administrative. Saisie de cette affaire, la Cour de justice impose à la juridiction nationale de vérifier, entre autres, *« d'une part, si les interceptions de télécommunications et la saisie des courriers électroniques étaient des moyens d'investigation prévus par la loi et nécessaires dans le cadre de la procédure pénale et, d'autre part, si l'utilisation par ladite administration des preuves obtenues par ces moyens était également autorisée par la loi et nécessaire »*¹⁰⁸.

Il ne sera pas question de détailler l'ensemble des arrêts démontrant que la Cour défère le contrôle de proportionnalité des mesures aux juridictions nationales. Il faudra simplement préciser que la déférence des mesures nationales est favorisée par la particularité du renvoi préjudiciel qui implique un dialogue entre la Cour de justice et les juridictions nationales. En réalité, le contrôle de proportionnalité tel que la Cour l'envisage a lieu mais il n'est pas exercé par la Cour. Assez logiquement, la Cour contrôle les mesures des institutions européennes et laisse le contrôle des mesures nationales aux juridictions des États membres. Cela étant, bien souvent, derrière une mesure nationale se dissimule le droit de l'Union européenne. En tout état de cause, cette verticalité des rapports entre États et juridictions supranationales correspond tout à fait au concept de la marge nationale d'appréciation.

Néanmoins, la Cour peut exceptionnellement contrôler une mesure nationale si les autorités étatiques ont manifestement dépassé les limites. Si la Cour décide de contrôler, la marge nationale d'appréciation qui est accordée aux autorités nationales est généralement restreinte. À cet égard, la CJUE a pu déclarer une injonction nationale disproportionnée. Dans une affaire du 24 novembre 2011, la société SABAM, représentant les intérêts d'auteurs,

¹⁰⁸ CJUE, 17 déc. 2015, WebMindLicenses Kft., aff. C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832.

compositeurs et d'éditeurs d'œuvres musicales, avait demandé aux autorités nationales belges d'enjoindre au fournisseur d'accès à Internet, Scarlet Extended, de faire cesser les atteintes aux droits d'auteur commises par ses clients et de procéder à une surveillance active sur son réseau de communications électroniques¹⁰⁹. Scarlet Extended conteste cette injonction car elle porterait atteinte à la liberté d'entreprise telle que protégée par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux. Saisie de cette affaire par la voie du renvoi préjudiciel, la Cour doit se prononcer sur la confrontation entre deux droits : le droit à la propriété intellectuelle, garanti par l'article 17 de la Charte, et le droit à la liberté d'entreprise. La Cour constate que les mesures de surveillance prescrites dans l'injonction n'avaient aucune limite de temps et qu'elles contraignaient l'entreprise à mettre en place un système informatique coûteux, permanent et aux seuls frais du fournisseur d'accès¹¹⁰. Dans sa mise en balance, la Cour remarque que l'injonction viole également le droit à la protection des données à caractère personnel des clients du fournisseur d'accès car le système de filtrage impliquerait une analyse systématique de tous les contenus ainsi que la collecte et l'identification des adresses IP des utilisateurs¹¹¹. Enfin, « *ladite injonction risquerait de porter atteinte à la liberté d'information puisque ce système risquerait de ne pas suffisamment distinguer entre un contenu illicite et un contenu licite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite* »¹¹². La mesure nationale est alors disproportionnée.

La fonction structurelle de la marge d'appréciation existe effectivement dans la jurisprudence de la Cour de justice. Elle consiste notamment à laisser le soin aux juridictions nationales de contrôler les mesures étatiques. Dans le cas où la Cour ne défère pas, elle adapte son contrôle en fonction de l'intensité de la marge nationale d'appréciation. Néanmoins, cette fonction structurelle repose sur un fondement particulier dans la Conv. EDH : la subsidiarité. Ce fondement est difficilement applicable dans le droit de l'Union européenne car il impliquerait une complémentarité de la Charte. De plus, la fonction structurelle de la marge d'appréciation suppose que la juridiction ait une nature internationale. La Cour de justice est une juridiction internationale mais elle a des missions si spécifiques qu'elle ne peut être comparée à une cour internationale classique telle que la Cour EDH.

¹⁰⁹ CJUE, 24 nov. 2011, Scarlet Extended, aff. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771.

¹¹⁰ CJUE, 24 nov. 2011, Scarlet Extended, préc. point 48.

¹¹¹ CJUE, 24 nov. 2011, Scarlet Extended, préc. point 51.

¹¹² CJUE, 24 nov. 2011, Scarlet Extended, préc. point 52.

Section 2 : Une technique inadaptée au regard de la spécificité du droit de l'Union européenne

La marge nationale d'appréciation en tant que technique structurelle n'est pas adaptée au droit de l'Union européenne. D'une part, la Charte des droits fondamentaux n'est pas a priori un mécanisme de protection subsidiaire (paragraphe 1). D'autre part, la Cour de justice, malgré sa nature de juridiction internationale, est fondamentalement différente de la CEDH. Cela entraîne ainsi une opposition radicale de leur statut (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La Charte des droits fondamentaux, un instrument a priori dépourvu d'un caractère subsidiaire

La marge nationale d'appréciation structurelle telle qu'elle est pensée dans le système de la Conv. EDH est fondée sur le principe de subsidiarité. Transposer le concept de la marge nationale d'appréciation structurelle aux droits fondamentaux de l'Union européenne révèle une difficulté majeure car la Charte des droits fondamentaux n'est pas un instrument subsidiaire. Bien au contraire, la Charte est pleinement intégrée au droit de l'Union européenne. Or, le droit de l'Union européenne, par ses caractéristiques particulières, n'est pas un droit subsidiaire. En effet, le droit de l'UE jouit d'une autonomie par rapport aux États membres ainsi que par rapport au droit international. De plus, ce droit prime sur l'ensemble du droit national.

Le principe de subsidiarité est d'autant moins pertinent que la Cour semble avoir rejetée l'existence d'une priorité normative au profit des États membres lorsqu'il est question de conférer aux justiciables une protection étendue. En effet, la Cour, dans l'arrêt Stefano Melloni, a semblé privilégier une lecture constitutionnelle de la Charte des droits fondamentaux par rapport à une lecture conventionnelle. Une lecture conventionnelle consisterait à donner à la Charte le même rôle que la Convention européenne des droits de l'Homme et d'en faire ainsi, un seuil minimal de protection des droits fondamentaux. Chaque État serait libre d'appliquer son propre standard de protection dès lors qu'il est supérieur à celui de la Charte¹¹³. Cette lecture conventionnelle de la Charte semble correspondre à la lettre de son article 53 qui dispose qu'aucune disposition de la Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus par les constitutions des États membres. Dans cette acceptation, l'article 53 pourrait correspondre à l'article 53 de la

¹¹³ Bailleux, A., « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin », *RTDH*, 2014, n°97, p. 223

Convention¹¹⁴. Cette priorité normative s'est manifestée dans l'arrêt Omega où la Cour a laissé l'Allemagne imposer son propre standard de protection des droits¹¹⁵. Suivant cette lecture, le principe de subsidiarité pourrait avoir sa place dans la Charte des droits fondamentaux. À l'inverse, une lecture constitutionnelle de la Charte conduirait à considérer qu'elle confère une protection uniforme des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de l'UE¹¹⁶. Dans cette optique, la Charte dispose d'une priorité normative mais seulement lorsque les États agissent dans le champ d'application du droit de l'UE. Si les autorités nationales agissent en dehors de ce cadre, la Charte ne s'applique pas et le standard de protection des États membres prévaut. L'article 53 peut dès lors apparaître comme un principe de répartition des compétences¹¹⁷. Cependant, l'article 53 n'est pas destiné à être une clause de répartition des compétences mais plutôt une disposition visant à assurer la protection la plus étendue aux individus indépendamment de l'application du droit communautaire¹¹⁸. En tout état de cause, le principe de subsidiarité est susceptible de refléter le rôle ambivalent de la Cour. Soit, elle décide de conserver une approche uniforme des droits fondamentaux comme dans l'arrêt Melloni et elle assure un rôle « centralisateur ». Soit, elle décide de donner une lecture conventionnelle de la Charte et admet une forme de subsidiarité du standard de protection de la Charte. Elle aurait ainsi un rôle « fédéralisateur » à la manière de la Cour suprême des États-Unis¹¹⁹. En effet, même si la Cour admettait que les droits de la Charte sont des seuils minimums, la Charte n'aurait pas pour autant le même statut que la Conv. EDH car elle fait partie d'un ordre juridique intégré au profit duquel les États ont transféré des compétences.

L'Avocat général et les juges de la Cour de justice privilégient une lecture constitutionnelle de la Charte. La décision-cadre 2002/584 a défini une uniformité du standard de protection des droits fondamentaux qu'il n'est pas possible de remettre en cause par l'application du droit national¹²⁰. Pourtant, la Cour va laisser une marge aux États leur permettant de faire prévaloir leurs standards de protection nationaux dès lors que l'harmonisation n'est pas exhaustive et que l'application de ce standard ne porte pas atteinte à

¹¹⁴ Bailleux, A., *ibid.*

¹¹⁵ CJCE, 14 octobre 2004, Omega Spielhallen-und, aff. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614.

¹¹⁶ Bailleux, A., « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin » *loc. cit.* p. 223

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Von Papp, K., « À Federal Question Doctrine for EU Fundamental Rights Law : Making Sense of Articles 51 and 53 of the Charter of Fundamental Rights », 43 *European Law Review* 511, 2018, p. 7.

¹¹⁹ E. Spaventa, "Federalisation Versus Centralisation: Tensions in Fundamental Rights Discourse in the EU" in M. Dougan and S. Currie (eds.), *50 Years of the European Treaties. Looking Back and Thinking Forward* (Hart Publishing, 2009), p. 360.

¹²⁰ CJUE, 26 fév. 2013, Stefano Melloni, *préc.*, point 63.

la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union¹²¹. Dans cet arrêt, la Cour a complètement réécrit l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux et a soumis la règle de la norme la plus favorable à l'individu à ce triptyque. Cela étant, la Cour a bel et bien favorisé une lecture constitutionnelle de la Charte et ne lui a pas donné une nature subsidiaire. Suivant, cette approche constitutionnelle de la Charte, le principe de subsidiarité ne saurait fonder la marge nationale d'appréciation des États.

Néanmoins, la Charte des droits fondamentaux fait référence au principe de subsidiarité dans son préambule : « *La présente Charte réaffirme, dans le respect des compétences et des tâches de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres* ». Une référence à la subsidiarité est également présente dans l'article 51 afin de rappeler que les institutions de l'UE agissent dans le respect du principe de subsidiarité. La Cour de justice a également mentionné la subsidiarité dans l'arrêt relatif à l'abattage rituel : « *il importe de maintenir la dérogation à l'exigence d'étourdissement des animaux préalablement à l'abattage, en laissant toutefois un certain degré de subsidiarité à chaque État membre* ». Même si l'abattage rituel reste une exception, devant ainsi s'appliquer strictement, les États membres conservent une marge de manœuvre pour déroger à cette obligation.

Néanmoins, la subsidiarité dans l'Union européenne a une acceptation bien différente de celle de la Conv. EDH. Conformément à l'article 4 du TFUE, la subsidiarité est définie comme un principe de régulation et de légitimation du droit dérivé. Autrement dit, l'Union ne peut agir dans un domaine relevant d'une compétence partagée seulement si son action est plus efficace que celle des États membres. Une lecture plus large du principe de subsidiarité pourrait être donnée en ce sens qu'il permettrait d'opérer une médiation entre deux dynamiques contradictoires que sont la volonté unificatrice de l'Union, d'une part, et le nécessaire respect des spécificités nationales ou locales, d'autre part¹²². Le principe de subsidiarité reflète ainsi une tension permanente entre « *l'universel et le particulier, l'intégration et la différenciation, l'harmonisation et la diversité* »¹²³. La Charte est susceptible de s'insérer dans ce schéma. Alors que la Charte proclame une uniformité des valeurs et des droits fondamentaux, il y a dans le

¹²¹ CJUE, 26 fév. 2013, Stefano Melloni, préc., point 60.

¹²² G. Carozza, P., Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law, 97 Am. J. Int'l L.38, 2003. Disponible sur https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564 [consulté le 23 mars].

¹²³ Gráinne de Búrca, Reappraising Subsidiarity's Significance After Amsterdam, Harvard Jean Monnet Working Paper No. 7/99, 1999. Disponible sur <http://www.jeanmonnetprogram.org> [consulté le 23 mars].

même temps une limitation de cette volonté unificatrice par le rappel du nécessaire respect de l'identité nationale¹²⁴.

Finalement, l'application du principe de subsidiarité dans le contexte de la Charte n'est toujours pas claire. À première vue, la Charte des droits fondamentaux n'est pas un mécanisme de protection subsidiaire à l'instar de la CESDH. Cependant, une interprétation particulière du principe de subsidiarité tel qu'il est connu dans l'Union européenne pourrait être le fondement de la marge d'appréciation structurelle. Cette affirmation sera à vérifier à la lumière de la jurisprudence future de la Cour de justice.

Conséquence du principe de subsidiarité dans le droit de la CEDSDH, la nature internationale de la juridiction est également une justification de l'existence de la marge d'appréciation structurelle. La Cour de justice reste une juridiction internationale mais elle a des missions si spécifiques qu'une comparaison avec la Cour EDH est impossible. De ce fait, la fonction structurelle de la marge d'appréciation serait encore différente de ce qui avait été envisagé par Georges Letsas.

Paragraphe 2 : Les différences fondamentales entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'Homme : des statuts demeurant opposés

Dans le droit de la Conv. EDH, la marge nationale d'appréciation est justifiée par la position privilégiée des autorités nationales pour appliquer les droits fondamentaux sur leur territoire. La Cour EDH ne dispose pas de cette position privilégiée à cause de son statut de juridiction internationale¹²⁵. À l'instar de la Cour EDH, la Cour de justice, en tant qu'elle trouve son origine dans un traité, est une cour internationale. Cependant, cette cour présente des caractéristiques particulières. L'une des différences fondamentales tient notamment à la compétence des deux Cours. Alors que la compétence de la Cour EDH se limite à veiller au respect des seuils minimaux et universels posés par la Convention EDH, la compétence de la Cour de justice est aussi large que ne l'est le droit de l'Union. À cet égard, la Charte des droits fondamentaux n'a pas vocation à transformer la Cour de justice en une cour internationale de protection des droits de l'Homme car elle est pleinement intégrée dans l'ordre juridique de l'EU. C'est la raison pour laquelle la Charte ne s'applique que lorsque les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union¹²⁶. En raison de la particularité du statut de la Cour de

¹²⁴ Carozza, P., loc. cit.

¹²⁵ Letsas, G., in *À Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No.4 (2006), p. 721.

¹²⁶ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Article 51.

justice, les professeurs Sacha Peers et Steeve Perchal ont remis en cause le bien-fondé de la marge nationale d'appréciation dans leur commentaire de la Charte des droits fondamentaux¹²⁷. Selon eux, la marge nationale d'appréciation est un concept inventé par et pour une juridiction internationale spécialisée dans la protection des droits fondamentaux. La marge d'appréciation a vocation à concilier les divergences qui peuvent exister entre les États dans certains domaines particuliers tels que la morale¹²⁸. Cette marge d'appréciation n'a ainsi pas sa place dans un système juridique dont le fonctionnement est caractérisé par le principe d'attribution des compétences et dont l'objectif est d'harmoniser les législations des États membres¹²⁹. Nul doute que les États membres, malgré le rapprochement de la plupart de leurs législations nationales, conversent des approches différentes dans bon nombre de domaines. Néanmoins, cette diversité n'est pas négligée dans le système de l'Union. Peers et Perchal citent alors divers instruments qui permettent de tenir compte la diversité au sein de l'UE. Ainsi, la directive permet, dans une certaine mesure, de laisser aux États membres le choix des modalités d'application de ses dispositions. Il est également prévu un vote à l'unanimité au sein du Conseil sur les sujets sensibles¹³⁰. Chaque État membre peut donc bloquer un projet de texte qui contreviendrait à sa spécificité. Peers et Perchal admettent toutefois qu'il est n'est pas possible de dénuer la marge nationale d'appréciation de toute sa pertinence. En vue de garantir la cohérence des systèmes de dérogations aux libertés fondamentales en Europe et dans la mesure où la Charte contient des droits correspondants à la Convention EDH, il convient de donner à ces droits, la même portée que ceux que leur confère ladite Convention¹³¹. La reconnaissance d'une marge d'appréciation est ainsi nécessaire.

La différence relative à la compétence s'accompagne d'une différence de rôle que l'avocat général Maduro Poiaras avait parfaitement souligné dans ses conclusions sur l'affaire Kadi. La CEDH veille « *au respect des engagements auxquels ont souscrit les États contractants en vertu de la Convention* »¹³² et la Convention « *est destinée à s'appliquer en premier lieu en tant qu'accord interétatique qui crée des obligations entre parties contractantes au niveau international* »¹³³. La CJUE doit, quant à elle, agir comme « *une Cour constitutionnel*

¹²⁷ Peers, S., Prechal, S., « Article 52 », The EU charter of fundamental Rights : a commentary, op. cit., 1481.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ L'article 86 du TFUE prévoit par exemple l'adoption de mesures à l'unanimité dans le domaine de la répression des infractions portant atteintes aux intérêts financiers de l'UE.

¹³¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Article 52, al. 3.

¹³² Conclusions du 16 janvier 2008, Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil de l'UE et Commission des CE, C-402/05 P, ECLI:EU:C:2008:11, point 47.

¹³³ Conclusions du 16 janvier 2008, préc., point 47.

d'un ordre commun qu'est la Communauté » et au sein duquel États et particuliers ont des droits et obligations. À l'instar d'une Cour constitutionnelle, la Cour de justice contrôle les actes des institutions de l'UE et les mesures d'application prises par les États membres au regard de la Charte des droits fondamentaux, veillant ainsi à l'uniformité d'application et d'interprétation du droit de l'Union européenne¹³⁴. En somme, le contrôle des droits fondamentaux n'est pas une fin en soi. Il s'inscrit dans un système de gouvernance politique et économique.

Malgré les différences fondamentales entre les deux Cours, l'existence d'une marge d'appréciation structurelle pourrait avoir son rôle à jouer. Certains auteurs affirment que l'octroi de la marge nationale d'appréciation aux États membres reflète le rôle de cour constitutionnelle fédérale de la Cour de justice de l'Union. En effet, lorsque la Cour décide de laisser une marge d'appréciation à un État membre, elle constate que tout ou partie du pouvoir appartient à l'État et elle réduit, par-là, le champ d'intervention de l'Union européenne¹³⁵. Ainsi, la Cour veille à la répartition verticale des compétences entre les États membres, représentants le niveau fédéré, et l'Union européenne, représentant le niveau fédéral¹³⁶. Selon Koen Lenaerts, actuel président de la Cour de justice, la Cour assure une « *fonction régulatrice* »¹³⁷.

De plus, il est possible d'entrevoir dans la jurisprudence de la Cour de justice une volonté de protéger l'identité nationale des États. C'est par ailleurs ce qu'exprime la Charte dans son préambule : « *L'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le respect (...) de l'identité nationale des États membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics au niveau national, régional et local* ».

La Cour se montre plus respectueuse et laisse une marge d'appréciation en principe plus large lorsque sont en jeu des questions relatives à l'identité constitutionnelle des États. À titre d'exemple, dans une affaire Ilonka Sayn-Wittgenstein¹³⁸, la Cour était confrontée à une restriction autrichienne qui portait atteinte tant à la liberté de circulation des citoyens dans l'Union qu'au droit au respect de la vie privée et familiale. En effet, l'Autriche interdit de porter un nom patronymique comprenant un ancien titre de noblesse, depuis la loi d'abolition de la

¹³⁴ Menas Parras ,F., « From Strasbourg to Luxembourg ? Transposing the margin of appreciation concept into EU Law », *Centre Perelman de philosophie du droit, Worlin Paper n° 2015/7*, p. 20.

¹³⁵ K. Lenaerts, "Federalism and the Rule of Law: Perspectives from the European Court of Justice" (2011) 33 (5) *Fordham International Law Journal* 1338, 1339

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 1339-1340.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ CJUE, 22 décembre 2010, Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien, aff. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806.

noblesse, adoptée en vue de garantir l'égalité de traitement. Cette interdiction a une valeur constitutionnelle¹³⁹. L'Autriche refuse donc de reconnaître un tel nom même s'il a été défini dans un autre État membre. La Cour de justice affirme que « *dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale, peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnu par le droit de l'Union* »¹⁴⁰. La Cour rappelle également que « *conformément à l'article 4 § 2 TUE, l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres* »¹⁴¹. La Cour admet que le refus des autorités autrichiennes de reconnaître, dans tous ses éléments, le nom de ses ressortissants, tel qu'il a été constitué dans un autre État membre, n'est ni une atteinte à la libre circulation des citoyens ni une atteinte au droit au respect de la vie privée. Ce refus est d'autant plus légitime que le droit de l'Union reconnaît l'égalité entre les citoyens comme un principe général du droit de l'UE.

Récemment, les juridictions bulgares ont soulevé des questions préjudicielles entremêlant les questions relatives à la marge nationale d'appréciation et à l'identité nationale. En l'espèce, une ressortissante bulgare avait adopté en Espagne un bébé avec sa conjointe de nationalité britannique. Elle avait alors obtenu un acte de naissance espagnol mentionnant les deux femmes comme mères de l'enfant. De retour en Bulgarie, les deux femmes voulaient obtenir la transcription de l'acte de naissance dans le registre de l'état civil bulgare. Or, les autorités bulgares exigeaient que soit révélé un lien de filiation biologique entre l'une des femmes et l'enfant. Opposées à un refus de la part des deux femmes, les autorités bulgares ne transcrivent pas l'acte de naissance en invoquant, au titre de l'article 4, paragraphe 2, TUE, le respect de leur identité nationale. En effet, la conception traditionnelle de la famille bulgare n'est pas compatible avec le fait que deux femmes soient reconnues comme étant les mères d'un enfant. Les requérantes invoquent, quant à elles, les droits issus du statut fondamental du citoyen de l'UE ainsi que les articles 7 et 24 de la Charte des droits fondamentaux, protégeant respectivement le droit au respect de la vie privée et l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans ses conclusions générales, l'Avocat général Kokott admet que l'identité nationale n'est pas un intérêt légitime comme un autre¹⁴². Lorsque le domaine dont il est question relève de l'expression fondamentale de l'identité nationale, le contrôle de proportionnalité de la norme nationale devrait être exclue. Nous retrouvons alors cette logique de délimitation verticale des

¹³⁹ Article 7 de la loi constitutionnelle fédérale de la République d'Autriche.

¹⁴⁰ CJUE, 22 décembre 2010, Ilonka Sayn-Wittgenstein, préc., point 83.

¹⁴¹ CJUE, 22 décembre 2010, Ilonka Sayn-Wittgenstein, préc., point 92.

¹⁴² Conclusions du 15 avril 2021, V.M.A c/ Pancharevo, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:296.

compétences. La Cour n'a pas à intervenir dans les affaires relevant de l'identité nationale des États membres et doit laisser, à ce titre, une marge d'appréciation même si cela peut heurter l'exercice effectif d'un droit garanti par la Charte. À la lumière de ces deux exemples, il est possible de conclure que les juridictions de l'Union veulent respecter l'identité nationale des États membres, ce qui contribue ainsi à l'émergence d'une fédération européenne¹⁴³. Une fédération ou un pacte fédératif suppose la coexistence d'États mais aussi de peuples. L'essence de ce pacte fédératif est l'adhésion libre des États. Pour ne pas le remettre en cause, la Cour doit trouver un juste équilibre entre le respect de l'identité nationale et le principe d'intégration. Cela semble tout à fait correspondre à la démarche de la Cour de justice. Contrairement au Conseil de l'Europe, l'Union européenne constituerait ainsi une Fédération.

Conclusion de la première partie :

Lors de cette première partie, nous avons tenté de comprendre quelle était la véritable fonction de la marge nationale d'appréciation. De manière générale, la marge nationale d'appréciation pourrait, dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux, servir de médiation entre le principe d'intégration que nous retrouvons dans l'interprétation de ladite Charte et le respect de l'identité constitutionnelle des États membres. Ainsi, dans l'Union, la marge nationale d'appréciation ne pourrait simplement servir à concilier la diversité juridique entre les États membres. Par ailleurs, il est possible de dégager deux fonctions plus précises de cet instrument. D'une part, la marge nationale d'appréciation a une fonction substantielle et permet de laisser aux autorités nationales une faculté d'ingérence dans les droits fondamentaux et, ainsi, une possibilité de mettre en balance les intérêts collectifs et les intérêts individuels. D'autre part, la marge nationale d'appréciation a une fonction structurelle et implique une limitation drastique du contrôle européen. Ce retrait du juge européen se traduit souvent par l'absence de contrôle substantiel de la mesure nationale. Par conséquent, il revient au seul juge national d'effectuer le contrôle de proportionnalité des restrictions étatiques aux droits fondamentaux. Si elles sont tirées de la pratique juridictionnelle de la Cour EDH, ces deux fonctions peuvent légitimement exister dans le cadre de la Charte mais suivant une logique bien particulière qui jouxte le fédéralisme.

Cette particularité du droit de l'Union va jusqu'à influencer les facteurs de modulation du pouvoir d'appréciation des États. En effet, la marge nationale d'appréciation varie selon des

¹⁴³ Le Goas, S., « Le rôle de Cour de justice, de l'Union à la Fédération européenne » in Barbato, J.-Ch. et Petit, Y. (dir.), *L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ?*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 275-296.

critères : certains sont semblables à ceux du système de la Conv. EDH et d'autres, sont adaptés à la spécificité du droit de l'UE. La seconde partie consistera à faire des tentatives de classification des facteurs de délimitation de la marge d'appréciation tout en étudiant leur influence sur le raisonnement de la Cour de justice.

Partie 2 : La délimitation jurisprudentielle de la marge nationale d'appréciation dans l'application de la Charte des droits fondamentaux

À l'instar de la fonction, la délimitation de la marge nationale d'appréciation n'est pas aisée en raison de l'absence de théorisation jurisprudentielle de cette notion. Il semblerait toutefois que deux séries de facteurs influencent l'ampleur de la marge de discrétion qui est laissée aux États membres. La Cour se base non seulement sur des facteurs de délimitation qui sont propres à la particularité du droit de l'Union européenne (Chapitre 1), mais aussi sur des facteurs inspirés de la jurisprudence de la CESDH (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La mobilisation de facteurs de délimitation adaptés à la particularité du droit de l'Union européenne

L'Union européenne est un système qui produit des normes de droit autonomes. Ces règles de droit peuvent opérer une harmonisation du droit de l'UE et dans pareil cas, la marge nationale d'appréciation est relativement restreinte (Section 1). Bien souvent, ces règles octroient expressément une marge d'appréciation aux États membres en vue d'assurer leur mise en œuvre. La Cour de justice a tendance à limiter cette marge (Section 2).

Section 1 : La question du degré d'harmonisation du droit de l'Union, une marge d'appréciation relativement restreinte

La notion d'harmonisation suppose un rapprochement des législations nationales en vue de réaliser les objectifs de l'Union¹⁴⁴. Cette méthode implique que le législateur européen ait préalablement procédé à une conciliation d'intérêts potentiellement divergents. Ainsi, un acte de droit dérivé traduit un consensus entre les États membres dans un domaine particulier. Dans cette perspective, le bénéfice d'une marge d'appréciation au profit des États membres pourrait mettre en péril ce consensus.

¹⁴⁴ Forowicz, M., « State Discretion as a Paradox of EU Evolution », *Max Weber Programme*, 2011/27, p. 17.

Néanmoins, l'harmonisation des législations ne saurait traduire une négation systématique du pouvoir d'appréciation des États membres. Il convient, en effet, de distinguer plusieurs degrés d'harmonisation. Lorsqu'un texte prévoit une harmonisation complète ou exhaustive, la marge nationale d'appréciation doit être effectivement réduite voire inexistante car ce type d'harmonisation tend à une substitution des règles européennes au droit national¹⁴⁵. À l'inverse, lorsqu'un texte prévoit une harmonisation minimale, l'État membre a une marge d'appréciation large mais elle reste soumise au respect des droits fondamentaux de l'Union. À cet égard, il est intéressant de rappeler la distinction entre les notions d'harmonisation du droit et d'unification du droit définie par Madame le Professeur Mireille Delmas-Marty¹⁴⁶. Une harmonisation suppose qu'un acte fixe « *des principes directeurs communs* » auxquels les États doivent se conformer. Or, il reste loisible aux États d'adopter leurs propres règles et de manifester leurs différences¹⁴⁷. Une unification du droit implique la fixation de règles précises ne laissant place à aucun pouvoir d'appréciation¹⁴⁸. Généralement, les directives sont associées à l'harmonisation et les règlements à l'unification. En réalité, il faut se garder d'une comparaison aussi nette. Une directive peut harmoniser intégralement un domaine et un règlement peut laisser une marge d'appréciation sur certains points. De plus, une même directive peut à la fois contenir des éléments très précis qui ne laissent aucune marge de discrétion aux États membres et d'autres, qui accordent au contraire un certain pouvoir d'appréciation. La nature de l'acte qui est privilégiée par le législateur européen ne préjuge en rien du degré d'harmonisation des législations nationales. Il appartiendra à la Cour de justice de distinguer les cas qui permettent à un État membre d'avoir une marge d'appréciation et les cas où les États membres ne peuvent prétendre à aucune liberté d'action.

La Cour de justice n'a pas reconnu, par exemple, l'existence d'une marge nationale d'appréciation dans une affaire ASNEF¹⁴⁹. Deux organismes espagnols contestaient un arrêté royal transposant la directive 95/46 sur la protection des données à caractère personnel. Cette directive prévoyait, en son article 7 f), que les États membres pouvaient traiter les données d'une personne sans son consentement dès lors qu'il existait un intérêt légitime et que les droits fondamentaux de la personne ne prévalaient pas. Soucieux de garantir les droits fondamentaux de ses citoyens, le législateur espagnol a précisé que les données concernées ne peuvent être

¹⁴⁵ Ibid., p. 18.

¹⁴⁶ Delmas-Marty, M., Izorche, M., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *R.I.D.C.*, 2000, 52-4, p. 757.

¹⁴⁷ Ibid., p. 758.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ CJUE, 24 novembre 2011, ASNEF, aff. C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777.

que celles qui figurent dans des sources accessibles au public. Saisie de cette affaire, la Cour affirme dans un premier temps que la directive a entendu assurer le même niveau de protection dans tous les États membres s'agissant notamment du droit au respect de la vie privée. Au regard de ce niveau de protection équivalent, la directive prévoit « *une liste exhaustive et limitative des cas dans lesquels un traitement de données à caractère personnel peut être considéré comme étant licite* »¹⁵⁰.

L'article 7, sous f), impose aux autorités nationales d'effectuer une mise en balance entre la nécessité d'un traitement de données à caractère personnel et la protection du droit au respect de la vie privée. Dans l'exercice de leur marge d'appréciation, les États sont en droit de préciser les principes directeurs nécessaires à cette mise en balance. En revanche, les États ne peuvent pas ajouter des conditions supplémentaires qui modifieraient la portée de l'article 7, sous f). En excluant le traitement des données qui ne sont pas accessibles au public, l'État espagnol a créé bien plus qu'un principe directeur. Il a en réalité estimé que le traitement des données à caractère personnel non accessibles au public contrevenait au droit au respect de la vie privée, prescrivant ainsi définitivement le résultat de la pondération des intérêts. En voulant accorder une protection plus étendue des droits fondamentaux, l'Espagne a donc remis en cause la liste exhaustive prévue par la directive et a, ainsi, complètement outrepassé les limites de sa marge d'appréciation. La Cour a adopté une solution similaire dans l'arrêt *Stefano Melloni*. Dès lors que la décision-cadre prévoit une liste exhaustive des motifs de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen, un État ne saurait utiliser une quelconque marge d'appréciation pour faire prévaloir son standard de protection car cela conduirait à remettre en cause le consensus auquel sont parvenus les États quant à la portée des droits procéduraux des personnes¹⁵¹.

Certaines mesures d'harmonisation laissent une fenêtre d'action plus ou moins importante aux États membres. Parmi les exemples d'harmonisation partielle, la doctrine cite souvent l'arrêt *Akerberg Fransson*¹⁵². En l'espèce, M. Fransson était poursuivi en Suède pour fraude fiscale aggravée à la TVA. Suite à sa condamnation pénale, l'administration suédoise lui inflige une sanction fiscale. Interrogée sur une potentielle violation du principe de non bis in idem garanti par l'article 50 de la CDFUE, la juridiction suédoise saisit la Cour de justice d'une question préjudicielle.

¹⁵⁰ CJUE, 24 novembre 2011, *ASNEF*, préc., point 30.

¹⁵¹ CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, préc., point 62.

¹⁵² Menas Parras ,F., « From Strasbourg to Luxembourg ? Transposing the margin of appreciation concept into EU Law », Centre Perelman de Philosophie du Droit Working Papers Series, no 2015/7, p. 21.

En tant que ressource propre de l'UE, la T.V.A fait l'objet d'une réglementation européenne¹⁵³. Les dispositions prévoient notamment que les États membres ont l'obligation de prendre toutes les mesures législatives ou réglementaires propres à garantir la perception de l'intégralité de la TVA due sur leur territoire et à lutter contre la fraude. En revanche, l'Union n'impose aucune technique de perception de la T.V. A ni un moyen de lutte contre la fraude fiscale. L'action des États membres n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'UE, ce qui leur permet d'appliquer leur propre standard de protection « *pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* »¹⁵⁴. L'État membre est donc libre de prendre ses distances avec la Charte des droits fondamentaux mais à certaines conditions qui tiennent à la spécificité du droit de l'Union. Cette situation contraste avec l'affaire Melloni dans laquelle l'action des États membres était entièrement déterminée par le droit de l'Union. Ces deux affaires étaient, rappelons-le, relatives à l'interprétation de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux. En principe, cette disposition garantit, sans exception, l'application de la norme de protection la plus favorable aux individus. La question du degré de l'harmonisation du droit de l'UE ne devrait donc avoir aucune influence sur l'étendue de cette règle. Par méfiance envers les autorités nationales, la Cour a considéré dans les affaires Melloni et Akerberg qu'une norme de droit plus favorable ne s'appliquerait seulement lorsque le droit de l'Union n'a pas procédé à une harmonisation exhaustive. Cependant, la Cour a déjà admis qu'un Etat pouvait refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen s'il existe un risque avéré de violation de l'article 4 de la CDFUE¹⁵⁵. Cette solution traduit, selon nous, une forme d'exception à la jurisprudence Melloni.

Enfin, les États membres disposent d'une marge d'appréciation large lorsque le degré d'harmonisation est minimal. Prenons pour exemple l'arrêt TSN du 19 novembre 2019¹⁵⁶. Ayant été placés en incapacité de travail pour cause de maladie durant leur période de congé annuel payé, deux travailleurs finlandais voulaient obtenir le report dudit congé. En se fondant sur les conventions collectives et sur la loi relative au congé annuel, les employeurs refusent de reporter l'ensemble des jours de congés. En effet, les conventions collectives combinées à la loi sur le congé annuel mettent en place un congé payé annuel excédant la période minimale de

¹⁵³ Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, JOUE L 347/1.

¹⁵⁴ CJUE, 26 février 2013, Akerberg Fransson, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, point. 29.

¹⁵⁵ CJUE, 5 avril 2016, Aranyosi et Caldaru, aff. C-404/15, ECLI:EU:C:2016:198.

¹⁵⁶ CJUE, 19 nov. 2019, TSN, aff. C-609/17, ECLI:EU:C:2019:981.

quatre semaines prévues à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88, tout en excluant un report des jours de congé pour cause de maladie. En leur qualité d'organisations représentatives des travailleurs – signataires des conventions collectives en cause – TSN et AKT contestent la conventionnalité de la loi sur le congé annuel et les dispositions des conventions collectives telles que mobilisées par les employeurs, sur le fondement de l'article 31, paragraphe 2 de la Charte qui prévoit que tout travailleur a droit à une période annuelle de congé payé.

Avant de se prononcer sur cette question, la Cour de justice doit déterminer si la Charte est applicable à la situation en cause. La Cour rappelle que « *le seul fait que des mesures internes relèvent (...) d'un domaine dans lequel l'Union dispose de compétences ne saurait les placer dans le champ d'application du droit de l'Union* »¹⁵⁷. La Cour relève dans un premier temps que la directive 2003/88 n'établit que des prescriptions minimales laissant aux États membres la possibilité de prévoir des normes plus rigoureuses selon leur propre politique sociale. En aucun cas la directive n'impose à l'État une obligation spécifique destinée à la réalisation de son objet. Ainsi, la législation litigieuse n'est pas une mise en œuvre de la directive. Qui plus est, la Finlande en prévoyant un congé annuel payé excédant la période minimale de quatre semaines et en précisant les modalités du report d'un congé annuel payé pour cause de maladie, ne viole pas les prescriptions minimales de la directive.

L'avocat général Yves Bot avait proposé de déclarer la Charte applicable au cas de l'espèce en considérant que « *l'adoption de mesures nationales qui vont au-delà d'un noyau dur de protection minimale défini par une directive, constitue le prolongement interne des dispositions prévues par celle-ci* »¹⁵⁸. Ces mesures nationales seraient des modalités de mise en œuvre de la directive et il y aurait un lien de rattachement possible avec le droit de l'UE. L'Avocat général constate que la Charte ne précise pas de durée minimale de congé annuel payé ni les conditions de report d'un tel congé. Il convient dès lors de procéder à une lecture combinée de la Charte et de la directive en vue de favoriser l'application harmonieuse de la Charte et du droit dérivé au sein de l'Union¹⁵⁹. Autrement dit, la protection conférée par l'article 31, paragraphe 2, de la Charte doit s'aligner sur la protection offerte par la directive. En l'occurrence, la directive n'a assuré qu'une harmonisation minimale des modalités de mise en œuvre des congés annuels payés. La Charte a donc vocation à protéger ce seuil minimal. Il est

¹⁵⁷ CJUE, 19 nov. 2019, TSN, préc., point 45.

¹⁵⁸ Conclusions de l'Avocat général du 4 juin 2019, TSN, aff. C-609/17 et C-610/17, ECLI:EU:C:2019:459.

¹⁵⁹ Conclusions du 4 juin 2019, préc. point 111.

donc loisible aux États membres de faire bénéficier aux employés d'une période de congé annuel payé supérieure à 4 semaines avec des modalités précises de report.

En somme, l'harmonisation des législations nationales est un facteur de délimitation assez fluctuant et incertain. La difficulté tient au fait qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer le véritable degré d'harmonisation d'un texte européen. Les actes de droit dérivé mêlent de plus en plus des dispositions qui harmonisent exhaustivement les législations nationales et d'autres qui laissent une large marge d'appréciation. Les juridictions européennes peuvent donc être appelées à faire une analyse précise de chaque disposition, ce qui rend la tâche assez laborieuse.

Outre le facteur de l'harmonisation, la Cour peut se baser directement sur un acte de droit dérivé, bien souvent une directive, prévoyant expressément l'existence d'une marge d'appréciation au profit des États membres. En revanche, la Cour n'hésite pas à restreindre cette marge d'appréciation afin de garantir le respect des droits fondamentaux. Or, cet encadrement strict de la marge d'appréciation a pu conduire à sa destruction, ce qui va à l'encontre de la volonté des auteurs du texte européen d'origine.

Section 2 : L'encadrement strict de la marge d'appréciation expressément accordée par le droit dérivé

Avant toute chose, il serait intéressant de rappeler que la Charte ne s'applique que lorsque les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union. Il doit, en effet, exister un lien de rattachement entre la mesure nationale qui est contestée devant la Cour de justice et le droit de l'UE. La Cour de justice a retenu une appréciation large de la notion de « mise en œuvre de droit de l'UE » en affirmant que les droits fondamentaux de l'UE ont « *vocation à s'appliquer dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations* »¹⁶⁰. Il est possible d'observer dans la jurisprudence que, plus la situation présente des liens avec le droit de l'Union européenne, plus le contrôle de la Cour sera sévère. Le standard de protection de la Charte varie donc selon la situation qui est en cause. Cette variation se manifeste notamment dans les arrêts relatifs à la citoyenneté européenne. En règle générale, les citoyens européens mobiles sont bien mieux protégés que les citoyens européens « statiques ». Le contrôle des droits fondamentaux d'un citoyen « statique » se limite à protéger la jouissance effective de « l'essentiel » des droits attachés à son statut fondamental de citoyen¹⁶¹. Au contraire, un citoyen mobile bénéficie d'une protection plus étendue car il est

¹⁶⁰ CJUE, 26 février 2013, Akerberg Fransson, préc., point 19.

¹⁶¹ CJUE, 8 mars 2011, Ruiz Zambrano, préc., point 42.

porteur d'un véritable intérêt européen, conformément à ce qui a été dit dans la première partie. Cette gradation du contrôle de la Cour a été suggérée par l'Avocat général Poiares Maduro dans une affaire *Centra Europa*¹⁶². Ainsi, plus la situation implique la mise en œuvre d'une liberté de circulation, plus le contrôle de la Cour sera important. La marge nationale d'appréciation est susceptible d'être réduite en fonction du caractère transnational d'une situation. Cette approche est susceptible de créer une rupture d'égalité entre les citoyens européens car le standard de protection va varier même s'ils se trouvent dans le même État.

Le lien de rattachement entre le droit de l'UE et une mesure nationale litigieuse peut être établi grâce à une directive. Le juge peut alors se trouver dans une situation où le texte européen impose lui-même l'existence d'une marge d'appréciation. À titre d'exemple, l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38¹⁶³ relative au droit de circuler et de séjourner des citoyens européens et de leurs familles, dispose qu'un État membre doit favoriser l'entrée et le séjour des membres de la famille d'un citoyen européen qui ne sont pas couverts par la définition de l'article 2, point 2). Ainsi, les autorités nationales disposent d'une certaine marge de manœuvre pour déterminer si les « autres membres de la famille » peuvent entrer et séjourner sur leur territoire, leur seule obligation se limitant à favoriser cet entrée ou ce séjour. L'article 3, paragraphe 2, se réduit donc à une obligation de moyen¹⁶⁴.

Cette disposition a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle allant dans le sens d'un amenuisement de la marge nationale d'appréciation. En se fondant sur les droits garantis par la Charte, la Cour a transformé la faculté qui est prévue à l'article 3, paragraphe 2, en une véritable obligation dans certaines hypothèses. Cette disparition de la marge d'appréciation a été progressive. Tout d'abord, la Cour de justice avait choisi d'adopter une interprétation littérale du droit de l'Union en distinguant les membres de la famille qui pouvaient bénéficier d'un droit de séjour automatique et ceux dont les droits d'entrée et de séjour devaient seulement être favorisés¹⁶⁵. Par un arrêt *Rahman*¹⁶⁶, critiqué par une partie de la doctrine, la Cour de justice a simplement précisé que l'obligation de favoriser le droit à l'entrée et au séjour des autres

¹⁶² Conclusions du 12 septembre 2007, *Centra Europa*, aff. C-380/05, ECLI:EU:C:2007:505.

¹⁶³ Directive 2004/38/CE du Parlement 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.

¹⁶⁴ Dubout, E., « Article 3 – Bénéficiaires », in À . Iliopoulou-Penot (dir.), *Commentaire de la directive 2004/38*, Bruxelles, Bruylant, Larcier, 2020, section II.B.2.

¹⁶⁵ Benlolo-Carabot, M., « Quand le juge « oublie » la citoyenneté de l'Union : place à une marge d'appréciation étatique in(dé)finie - CJUE, gde ch., 5 septembre 2012, *Secretary of State for the Home Department / Rahman*, aff. C-83/11 », *Rev. Aff. Eur.*, 2012/3, p. 692.

¹⁶⁶ CJUE, gde ch., 5 septembre 2012, *Secretary of State for the Home Department c. Rahman*, aff. C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519.

membres de la famille d'un citoyen de l'UE s'analyser en l'octroi d'un avantage¹⁶⁷. Avec une notion juridique aussi floue et indéterminée, la marge nationale d'appréciation était très large, et cela laissait donc place à des divergences d'interprétation entre les États membres¹⁶⁸. La Cour n'a pas jugé utile de mobiliser pleinement la CEDH et la Charte. Elle n'a même pas mentionné le statut de citoyen européen.

Cette marge d'appréciation, d'abord indéfinie, a ensuite été encadrée par des garanties procédurales qui découlent notamment de l'article 47 de la Charte sur le droit à une protection juridictionnelle effective. Dans une affaire Banger, une ressortissante sud-africaine vivait en concubinage avec un citoyen britannique aux Pays-Bas. Lorsqu'ils ont décidé de rejoindre le Royaume-Uni, les autorités britanniques refusent de délivrer à madame Banger un titre de séjour car elle n'est ni la conjointe ni la partenaire d'un ressortissant britannique selon le droit britannique. Madame Banger n'avait pas pu contester cette décision. Sur cette affaire, la Cour affirmera que « *les dispositions de la directive 2004/38 devant faire l'objet d'une interprétation conforme aux exigences découlant de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ces personnes doivent disposer d'un recours juridictionnel effectif contre une décision* »¹⁶⁹.

Le dernier pas vers un encadrement ferme de la marge d'appréciation est constitué par l'arrêt SM du 26 mars 2019¹⁷⁰ dans lequel se posait la question du statut de l'enfant recueilli selon la procédure de la Kafala¹⁷¹. Au regard de la directive 2004/38, un enfant ayant fait l'objet d'une Kafala ne saurait être considéré comme un descendant direct car la Kafala n'est pas une procédure d'adoption. Aucun lien de filiation, biologique ou juridique, ne se crée entre l'enfant et la personne ou le couple qui recueille l'enfant. En revanche, l'enfant est susceptible de faire partie des autres membres de la famille car les auteurs de la kafala « assument l'entretien, l'éducation et la protection »¹⁷² de l'enfant.

La Cour va mobiliser la Charte des droits fondamentaux et exiger des juridictions nationales un contrôle de proportionnalité plus important. L'État devra respecter d'une part, le droit de mener une vie familiale normale et d'autre part, l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour établit une liste où il faut prendre en compte des éléments matériels : « *l'âge auquel l'enfant a*

¹⁶⁷ CJUE, gde ch., 5 septembre 2012n Secretary of State for the Home Department c. Rahman, point 21.

¹⁶⁸ Benlolo-Carabot, M., loc. cit., p. 692.

¹⁶⁹ CJUE, 12 juillet 2018, Banger, Aff. C-89/17, ECLI:EU:C:2018:570.

¹⁷⁰ CJUE, 26 mars 2019, SM, Aff. C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248.

¹⁷¹ Véritable institution du droit islamique, la kafala est un acte bénévole tendant à prendre en charge un enfant.

¹⁷² CJUE, 26 mars 2019, SM, préc., point 45.

été placé sous le régime de la kafala algérienne, l'existence d'une vie commune que l'enfant mène avec ses tuteurs depuis son placement sous ce régime, le degré des relations affectives qui se sont nouées entre l'enfant et ses tuteurs ainsi que le niveau de dépendance de l'enfant à l'égard de ses tuteurs, en ce que ceux-ci assument l'autorité parentale et la charge légale et financière de l'enfant » § 69. La Cour va même jusqu'à imposer une solution : dès lors que l'enfant placé sous le régime de la Kafala mène une vie familiale effective avec ses tuteurs, le respect du droit de mener une vie familiale ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant nécessitent l'octroi d'un droit d'entrée et de séjour à cet enfant.

Cette ligne jurisprudentielle démontre bien en quoi la Charte des droits fondamentaux encadre la marge de manœuvre des États membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Néanmoins, dans toutes les affaires que nous avons citées, le rôle de la Charte est à relativiser. En réalité, c'est plutôt le statut de citoyen de l'UE qui justifie les solutions favorables de la Cour de justice. Dans l'arrêt SM par exemple, si l'enfant recueilli ne peut pas venir, le citoyen européen qui est à l'origine de la Kafala ne pourra pas profiter effectivement de son séjour dans un autre État membre. Le statut de citoyen reste « le télos »¹⁷³.

Il convient également de préciser que les arrêts précités illustrent parfaitement la théorie des compétences retenues¹⁷⁴. L'État membre reste le maître de son droit de l'immigration mais il exerce sa compétence dans le respect du droit de l'Union dont la Charte fait partie intégrante. Il est ainsi demandé à l'État de prendre en compte des éléments qui ne ressortent pas toujours de sa politique d'immigration¹⁷⁵.

Une question subsiste selon nous : quelle est l'influence des droits absolus sur la marge de manœuvre des États qui est expressément accordée par un texte européen ?

Dans une affaire X et X c. État Belge, l'interprétation de l'article 25, paragraphe 1, sous a) du code des visas¹⁷⁶, prévoyant la faculté de délivrer un visa à validité territoriale si un État l'estime nécessaire en vertu de raisons humanitaires, de motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales, suscitait des difficultés. L'avocat général Mengozzi a donné des conclusions très intéressantes sur la marge d'appréciation. Il propose à la Cour de

¹⁷³ Benlolo-Carabot, M., loc. cit., p. 272.

¹⁷⁴ Azoulai, L., « The « Retained Powers Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law? », *European Journal of Legal Studies*, vol. 4, n° 2, 2011, p. 178

¹⁷⁵ Marketou, A., « Intégration et pluralité de normes et de valeurs : réflexions à partir de l'arrêt « SM » », *R.D.U.E.E.*, 2020/2-3, pp. 259-274.

¹⁷⁶ Règlement n°819/2909 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas.

justice de considérer que l'État a une véritable obligation de délivrer un visa dès lors que « *eu égard aux circonstances et aux raisons humanitaires en cause, le refus de délivrer le visa conduit à exposer le demandeur à un risque réel de violation des droits consacrés par la Charte (...) et, qui plus est, lorsque ces droits risquent d'être violés à l'égard de personnes particulièrement vulnérables, telles que des enfants mineurs en bas âge dont les intérêts supérieurs doivent être une considération primordiale dans tous les actes accomplis par des autorités publiques* »¹⁷⁷. La marge nationale d'appréciation ne disparaît pas complètement mais elle est certainement bien plus réduite que ce qui était prévu dans le texte. L'avocat général ne manque pas de rappeler que la Cour a déjà admis qu'une simple faculté, prévue par un acte de droit dérivé, puisse se transformer en une véritable obligation dans le chef de l'État membre dès lors qu'il est question de garantir le respect de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux¹⁷⁸. À l'instar de la CESDH, les droits absolus deviennent très logiquement un facteur d'extinction de la marge d'appréciation. En l'occurrence, la Cour n'a pas suivi l'avis de l'Avocat général car elle n'a pas déclaré la Charte applicable à la situation¹⁷⁹.

Il convient enfin de nuancer l'effet de la Charte sur les mesures nationales d'exécution du droit de l'Union européenne. Certains droits sont dépourvus d'une force normative et la Cour a pu limiter voire rejeter leur applicabilité aux États membres même si ces derniers appliquaient le droit de l'Union¹⁸⁰. Les droits relatifs à la participation à la vie politique et les droits sociaux s'appliquent peu à l'action exécutive des États membres¹⁸¹. Les droits sociaux bénéficient d'une opposabilité très limitée en raison de leur appartenance à la catégorie des principes¹⁸². Cette normativité limitée traduit certainement une volonté des États membres de rester maître de leur politique sociale.

Conclusion du Chapitre :

Ce chapitre fut entièrement dédié à l'influence de la spécificité du droit de l'Union sur les facteurs de délimitation de la marge d'appréciation. En effet, contrairement au Conseil de l'Europe, l'Union produit des normes de droit autonomes qui ont vocation à conférer des droits et des obligations aux États membres et aux particuliers. Ce droit a également la particularité

¹⁷⁷ Conclusions du 7 février 2017, X et c. Etat Belge C-638/16/PPU, ECLI:EU:C:2017:93.

¹⁷⁸ CJUE, 21 décembre 2011, NS, C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2017:173, points. 94 à 98.

¹⁷⁹ CJUE, 7 mars 2017, X et X c. État Belge, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

¹⁸⁰ 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*, 1^{er} édition, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 103

¹⁸¹ Platon, S., *ibid*, p. 104

¹⁸² Charte des droits fondamentaux de l'UE, Article 52, paragraphe 5.

de primer sur les droits nationaux et, il peut être invoqué directement devant les juridictions nationales. En tout état de cause, les normes issues du processus décisionnel européen poursuivent l'objectif des traités fondateurs à savoir la recherche d'une Union sans cesse plus étroite. Cet objectif suppose un rapprochement voire une harmonisation des législations nationales, ce qui traduit généralement une réduction de la marge d'appréciation. Néanmoins, nous avons vu que l'intensité de la marge d'appréciation était tributaire du degré d'harmonisation du droit de l'Union. Seule une harmonisation exhaustive mène à une extinction de la marge d'appréciation. En tout état de cause, il incombe aux juridictions de l'UE de déterminer le degré d'harmonisation d'une norme. En outre, dans certains cas, la norme précise déjà l'étendue de la marge d'appréciation. À l'appui d'exemples relatifs à la citoyenneté de l'UE, nous avons vu que la Cour n'hésitait pas à cantonner la marge d'appréciation lorsqu'il était question du droit au respect de la vie privée et familiale.

Ces facteurs ont un rôle déterminant dans le contentieux de la Charte des droits fondamentaux. À présent, il faut se demander si les facteurs inspirés de la jurisprudence de la CEDH jouent un rôle similaire ou si leur influence est moins importante.

Chapitre 2 : La mobilisation de facteurs de délimitation inspirés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

Afin d'étudier ces facteurs, nous avons imaginé une distinction qui n'émane pas de la jurisprudence de la CEDH. À notre sens, il existerait d'une part, des facteurs qui sont relatifs au contexte politique qui est en cause dans l'affaire (Section 1) et, d'autre part, des facteurs qui sont attachés à la norme nationale qui est en cause (Section 2).

Section 1 : Les facteurs de délimitation attachés au contexte politique en cause

Selon nous, le contexte politique vise deux types de situations. La première situation vise l'absence de consensus entre les États membres dans un domaine particulier. Cette absence de consensus est bien souvent le catalyseur d'une large marge d'appréciation au profit des États membres (§1). La deuxième situation vise les temps de crise qui contraignent les États membres à adopter des mesures restrictives des droits fondamentaux. La Cour de justice procède à un contrôle assez souple, restreignant ainsi la portée des droits fondamentaux (§2)

Paragraphe 1 : L'absence de consensus entre les États membres, catalyseur d'une large marge d'appréciation

De manière générale, le consensus désigne un accord entre deux ou plusieurs personnes. Dans la jurisprudence de la Cour EDH, le concept de consensus européen désigne: « *a general agreement among the majority of Member States of the Council of Europe about certain rules and principles identified through comparative research of national and international law and Practice* »¹⁸³. La Cour européenne des droits de l'Homme se réfère très souvent à « à la présence ou l'absence d'un dénominateur commun » pour délimiter la marge d'appréciation des États¹⁸⁴. Dès lors qu'il n'existe aucun consensus dans un domaine, la Cour EDH laisse une marge d'appréciation large aux États membres. À l'inverse, lorsque la Cour constate qu'une tendance majoritaire se dégage parmi les États membres, elle réduit la marge nationale d'appréciation. La Cour ne peut pas imposer d'elle-même une nouvelle règle à un État, faute de légitimité. En revanche, elle estime qu'elle peut imposer une règle qui provient d'autres États. En outre, la prise en compte de ce critère permet de faire respecter le principe de subsidiarité¹⁸⁵. En effet, dès lors que les États appliquent les droits de l'Homme selon leurs propres conceptions, il est inévitable qu'il y ait des divergences de vues quant à la manière de respecter ces droits. C'est notamment lorsque sont en cause des questions très sensibles et sur lesquelles une approche commune est pratiquement impossible que le critère du dénominateur commun est mis en lumière. À titre d'exemple, il est possible de cibler le cas emblématique du début de la vie humaine. Non seulement, cette question fait l'objet de débats au sein des États membres, mais aussi il n'existe pas de consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie¹⁸⁶. Dans ce cas, la CEDH ne se positionne pas sur la question et laisse les États préserver leur approche.

Contrairement à la Cour EDH, la Cour de justice ne mobilise pas autant le facteur du dénominateur commun dans sa jurisprudence. D'ailleurs, le consensus se traduit généralement par l'existence d'actes de droit dérivé qui sont, bien souvent, le fruit d'un vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil. Néanmoins, certaines questions ne sont pas saisies par le droit de l'Union et subsistent ainsi, de profondes différences entre les États membres. Dans cette perspective, la marge d'appréciation peut intervenir pour maintenir la diversité entre les États

¹⁸³ Dzehtsiarou, K., Does Consensus Matter ? Legitimacy of European Consensus in the Cas Law of the European Court of Human Rights, Public Law 534, 541-548 (2011).

¹⁸⁴ CEDH, 28 nov. 1984, Rasmussen c. Danemark, série A, Req. n° 87, point 40

¹⁸⁵ Letsas, G., in À Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No.4 (2006), p. 724.

¹⁸⁶ CEDH, gr. ch., 8 juillet 2004, Vo c/ France, Req. n° 53924/00, point 82.

membres. La Cour de justice a eu recours à ce facteur dans le cadre des libertés de circulation et, plus particulièrement, dans le domaine des jeux de hasard. En effet, les jeux de hasard sont susceptibles d'avoir une influence négative sur le comportement des joueurs. Lorsqu'ils sont obsédés par la volonté du gain, les joueurs s'affaiblissent financièrement et peuvent se retrouver dans des situations de dépendance aux jeux¹⁸⁷. Les joueurs sont également dans une situation défavorable vis-à-vis de l'organisateur qui peut être tenté d'organiser les paris en sa faveur¹⁸⁸. En raison de ces risques, certains États membres ne sont pas prêts à libéraliser le secteur des jeux de hasard et peuvent imposer des législations plus ou moins restrictives qui sont potentiellement contraires à la libre prestation des services protégée par l'article 56 du TFUE.

Face à ces entraves, la Cour que considère « *la réglementation des jeux de hasard fait partie des domaines dans lesquels des divergences considérables d'ordre moral, religieux et culturel existent entre les États membres. En l'absence d'une harmonisation communautaire en la matière, il appartient à chaque État membre d'apprécier, dans ces domaines selon sa propre échelle des valeurs, les exigences que comporte la protection des intérêts concernés* »¹⁸⁹. Les États membres sont donc libres de fixer les objectifs de leur politique en matière de jeux de hasard et de définir leur propre niveau de protection mais ils doivent tout de même respecter le principe de proportionnalité¹⁹⁰. À cet égard, la Cour se limite à vérifier l'aptitude et la nécessité de la mesure. Par ce contrôle allégé, la Cour va non seulement respecter les disparités mais aussi les maintenir. Or, cette retenue jurisprudentielle peut s'avérer contraire au principe d'une harmonisation négative visant à gommer les disparités entre les États membres pour approfondir l'intégration¹⁹¹. Dans une jurisprudence constante, la Cour de justice fait souvent une précision intéressante : « *Il n'est pas indispensable, à cet égard, que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause* »¹⁹². La Cour a une approche bien plus flexible que la Cour EDH sur la notion du consensus. Même s'il existe une tendance majoritaire, elle n'est pas systématiquement opposée à un État membre qui a une conception particulière. Cette approche trouve son origine

¹⁸⁷ Toader, C., Les jeux de hasard et les particularités nationales in Binon, J.-M. et al. (dir.), *Liber Amicorum Vissilios Skouris*, 1^{er} édition, Bruxelles, Bruylant, p 667.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ CJCE, 8 septembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional, préc., C-42/07, point 57.

¹⁹⁰ CJCE, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd, préc., point 59.

¹⁹¹ Bailleux, A., La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ?, in D. KAMINSKI (dir.), *La flexibilité des sanctions – XXIèmes journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 7.

¹⁹² CJCE, 14 oct. 2004, Omega Spielhallen, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, point 37

dans l'arrêt Omega de la Cour de justice¹⁹³. En quelques mots, l'Allemagne voulait opposer sa propre conception de la dignité humaine à l'exercice de la libre prestation des services. La Cour a constaté que la vision allemande de la dignité était différente de celle des autres États membres. Cela étant, la Cour de justice n'a pas contesté la restriction allemande.

Dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux, ce critère a été assez peu utilisé. La Cour y a fait référence dans l'arrêt relatif à l'abattage rituel des animaux. Avant de s'intéresser à la proportionnalité du décret belge, la Cour rappelle que la religion est un domaine sur lequel « *de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique* »¹⁹⁴. De ce fait, un consensus au niveau européen n'a pas encore été atteint et il convient de laisser aux autorités nationales une large marge d'appréciation. De plus, chaque État membre a une approche différente quant au niveau de protection qu'il convient d'accorder aux animaux¹⁹⁵. Le législateur de l'UE a expressément prévu de laisser aux États membres une certaine flexibilité dans le règlement afin de préserver le contexte social propre à chaque État membre¹⁹⁶.

Dans des conclusions récentes du 15 avril 2021, l'Avocate générale Kokott s'est référée à l'absence de consensus entre les États membres dans le domaine du droit de la famille. Pour rappel, un couple homosexuel avait adopté un enfant en Espagne et voulait obtenir la transcription de l'acte de naissance dans le registre de l'état civil Bulgare. Les autorités bulgares ont refusé de délivrer ce certificat au motif qu'il n'existait visiblement aucun lien de filiation biologique entre l'une des femmes et l'enfant. Les autorités bulgares justifient leur refus en invoquant leur identité constitutionnelle tandis que les deux femmes se prévalent de leur droit à mener une vie familiale normale ainsi que de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'Avocat général Kokott se base sur l'absence de consensus au sein de l'Union pour déterminer si le droit de la famille touche aux structures fondamentales d'une société. Elle constate que « *le droit de la famille est une matière juridique particulièrement sensible qui est caractérisée par une pluralité de conceptions et de valeurs à l'échelle des États membres et des sociétés qui les composent* »¹⁹⁷. Le caractère hautement sensible de cette matière doit être respecté par le droit de l'Union. Ainsi, le contrôle de la Cour de justice doit être exclu. En

¹⁹³ CJCE, 14 oct. 2004, Omega Spielhallen, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614.

¹⁹⁴ CJUE, Grande Chambre, 17 décembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België*, préc. point 67.

¹⁹⁵ CJUE, Grande Chambre, 17 décembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België*, préc., point 71.

¹⁹⁶ CJUE, Grande Chambre, 17 décembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België*, préc., point 71.

¹⁹⁷ Conclusions du 15 avril 2021, V.M.A / Pancharevo, préc., point 77

revanche, la Bulgarie reste soumise au respect de la directive 2004/38. Elle ne pourra s'opposer à l'application de la directive même si elle invoque le respect de son identité nationale.

Certains auteurs ont critiqué l'utilisation parfois irrationnelle de la notion de consensus par la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, dès lors que la Cour EDH ne parvient pas à identifier un consensus parmi les États parties, elle va restreindre son contrôle et de ce fait, les droits des minorités seront moins protégés car ces derniers sont peu représentés dans les politiques publiques¹⁹⁸. La Cour se base sur une étude comparative des approches nationales dans un domaine. Lorsqu'il existe un consensus européen, il est contestable d'opposer une tendance majoritaire à un État membre car cela revient à remettre en cause les choix démocratiques qui sont édictés dans l'État minoritaire et à lui opposer les choix démocratiques d'autres États. Néanmoins, il convient de relativiser cette critique car le dénominateur commun n'est pas un critère systématiquement déterminant dans la mesure de la marge nationale d'appréciation.

Frédéric Sudre a également pointé une instrumentalisation du consensus par la Cour. En effet, la Cour ne se sent pas toujours liée par l'absence ou l'existence d'un dénominateur commun afin de privilégier la protection des intérêts individuels. Il lui est arrivé d'adopter une décision qui allait à l'encontre d'un consensus européen¹⁹⁹ ou encore d'adopter une position alors qu'il n'y en avait pas²⁰⁰. Dans les deux cas, cela peut traduire une volonté de la Cour de faire évoluer les législations nationales dans le sens d'une meilleure protection des droits. La Cour EDH a également pu laisser le bénéfice d'une marge d'appréciation alors qu'il existait un consensus européen²⁰¹. Selon Frédéric Sudre, la Cour EDH devrait abandonner le critère du consensus car ses contours sont bien trop incertains. Elle devrait se contenter d'affirmer qu'il existe dans un domaine particulier des divergences profondes aux États membres avant d'octroyer une large marge d'appréciation aux États²⁰².

La CJUE n'a pas, pour l'instant, fait preuve d'autant de liberté avec le critère de consensus. La Cour de justice mobilise effectivement le critère du consensus dans sa jurisprudence mais elle semble le faire d'une manière différente que la méthode employée par la Cour EDH. Il est toutefois encore difficile de déduire la véritable place du consensus dans la

¹⁹⁸ Benvenisti, E., Margin of appreciation, consensus, and universal standards, *International Law and Politics* January 1999, P. 851

¹⁹⁹ La Cour dans un arrêt du 13 septembre 2005 B.L c. RU a jugé contraire la règle de l'interdiction du mariage entre les beaux parents et les beaux enfants. Cet empêchement serait contraire à l'article 12.

²⁰⁰ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, Req. N° 65192/11.

²⁰¹ CEDH, 13 février 2003, *Odièvre c. France*, Req. N° 42326/98.

²⁰² Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 2017, p. 227.

détermination de la marge nationale d'appréciation lorsqu'il est question de la conformité d'une mesure nationale à la Charte des droits fondamentaux.

Parmi les autres critères de délimitation de la marge d'appréciation, les situations de crise occupent une place importante voire excessivement importante.

Paragraphe 2 : La souplesse critiquable du contrôle juridictionnel en présence d'une situation de crise

La Cour européenne des droits de l'Homme définit une crise comme la situation « *qui affecte l'ensemble de la population et qui constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État* »²⁰³. En vue de mettre fin à une telle situation ou d'en limiter les conséquences, les États sont amenés à prendre des mesures drastiques qui peuvent avoir pour effet de restreindre les droits fondamentaux. Dans cette optique, les juges européens reconnaissent que les autorités nationales doivent disposer d'une large marge d'appréciation. Bien que la marge d'appréciation dépende des circonstances de chaque affaire²⁰⁴, le dispositif de la Convention EDH prévoit, en tout état de cause, une clause dérogatoire en son article 15. « *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation* », les États parties peuvent limiter la portée de certains droits fondamentaux. L'article 15 catalyse donc une marge d'appréciation plus ample et ainsi, un contrôle européen plus restreint.

La Charte des droits fondamentaux ne prévoit pas de clause équivalente. Les institutions européennes n'auraient en tout état de cause aucune possibilité de déroger aux droits de la Charte en cas de guerre ou de menace pour la vie de la nationale car l'Union n'a pas de « *compétence directe en matière de maintien de l'ordre public ou de protection de la sécurité nationale de ses États membres* »²⁰⁵. En revanche, l'Union européenne peut exercer une certaine influence en cas de crise économique. Malgré l'absence de clause dérogatoire au profit des États membres, la Cour de justice pourrait prendre en compte le fait qu'un État ait, conformément à l'article 15 de la CESDH, manifesté son intention de déroger à certains droits de ladite convention. Entre autres, cela lui permettrait d'assurer une certaine cohérence entre l'application de la Charte et celle de la CESDH pendant les périodes de crise²⁰⁶.

²⁰³ CEDH, 1^{er} juill. 1961, *Lawless c. Irlande*, Req. n° 332/57, point 28.

²⁰⁴ CEDH, 28 nov. 1984, *Rasmussen c/ Danemark*, Req. n° 8777/79, point 40.

²⁰⁵ Gauthier, C., Platon, S., Szymczak, D., *Droit européen des droits de l'Homme*, Syrey, Collection Université édition 1, p. 101.

²⁰⁶ Gauthier, C., Platon, S., Szymczak, D., op. cit., p. 101.

Cette question de la marge d'appréciation en tant de crise est d'autant plus pertinente que la Cour sera nécessairement confrontée dans les prochaines années à des restrictions étatiques liées à la pandémie de la Covid-19. Cependant, cette pandémie est loin d'être la seule crise qu'est connue l'UE. La crise des dettes souveraines de 2008 a conduit les États membres à adopter des mesures restrictives²⁰⁷. Les États membres de la zone euro ont notamment créé des mécanismes d'assistance financière : le mécanisme européen de stabilisation financière²⁰⁸ et le Fonds européen de stabilité financière²⁰⁹ qui ont été remplacés par le mécanisme européen de stabilité qui est issu d'un traité international²¹⁰. Ces mécanismes prévoient l'octroi d'une assistance financière à un État en difficulté sous réserve du respect d'une stricte conditionnalité. Cette conditionnalité contraint les États à adopter des mesures d'austérités²¹¹ qui restreignent en particulier les droits sociaux. La Cour de justice aurait très bien pu contrôler les mesures d'austérité à la Charte des droits fondamentaux mais elle a refusé de rendre la Charte applicable²¹² car le MES et le FESF ont été conclus par la voie internationale, soit en dehors du droit de l'UE. Cette difficulté a été mise en lumière par trois ordonnances de renvoi de la Cour de justice sur des questions préjudicielles soulevées par les juridictions portugaises²¹³. En effet, le Portugal avait bénéficié de ces assistances financières et avait, par conséquent, modifié son droit du travail. Il devait, entre autres, limiter les indemnités de licenciement et autoriser un assouplissement des horaires de travail²¹⁴. La Cour ne s'est pas prononcée sur la compatibilité des réformes portugaises aux droits sociaux garantis dans la Charte, estimant que le Portugal n'avait pas mis en œuvre le droit de l'UE. Les juridictions portugaises n'ont pas suffisamment mis en exergue le lien entre les mesures et le droit de l'UE. Pourtant, des liens incontestables existent entre les mécanismes d'assistance et l'Union européenne. À titre d'exemple, les institutions européennes, notamment la Commission et la Banque Centrale européenne, participent au MES et restent alors soumises en tant qu'institutions à la Charte. De plus, la conditionnalité peut être mise en œuvre par le droit de l'Union européenne. En vertu du

²⁰⁷ Fromont, L., L'application problématique de la Charte des droits fondamentaux aux mesures d'austérité : vers une immunité juridictionnelle, *European Journal of Human Rights*, 2016/4, pp. 469-495.

²⁰⁸ Règlement UE n°407/2010 du Conseil du 11 mai 2010 établissant le mécanisme européen de stabilisation financière.

²⁰⁹ Traité du 7 juin 2010 sur la création d'un Fonds européen de stabilité financière.

²¹⁰ Traité instituant le mécanisme européen de stabilité. Disponible sur <https://ec.europa.eu/dorie/fileDownload.do;jsessionid=PQIDJnBTQnW1rRgzzkb1NZQxGJHHHTxFMJL4HWgKLOV5tyB6XF4f!469751194?docId=1123784&cardId=1123780>.

²¹¹ Fromont, L., L'application problématique de la Charte des droits fondamentaux aux mesures d'austérité : vers une immunité juridictionnelle, *European Journal of Human Rights*, 2016/4, p. 470.

²¹² Fromont, L., loc. cit., p. 484

²¹³ Art. 53, point 2, du règlement de procédure de la Cour de justice du 25 septembre 2012, J.O., L 265 du 29 septembre 2012, tel que modifié le 18 juin 2013, J.O., L 173 du 26 juin 2013, p. 65.

²¹⁴ Décision d'exécution 2011/344/UE Article 3, point 5, c).

règlement 472/2013 du 21 mai 2013 relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des États membres de la zone euro²¹⁵, « *le Conseil doit ancrer les principales conditions de l'assistance financière internationale en DUE* ». Enfin, le MES ou le FESF « *renvoient au droit européen pour la définition des conditions de politique économique* »²¹⁶. Même si le lien entre la conditionnalité européenne et les réformes portugaises est loin d'être évident, la jurisprudence relative au champ d'application de la Charte des droits fondamentaux est encore hésitante et la Cour a pu exploiter ce manque de rigueur dans certains arrêts alors que lien entre le droit de l'UE et les mesures nationales était bien plus incertain²¹⁷.

La protection juridictionnelle des particuliers à l'égard des institutions de l'UE a néanmoins évolué avec les arrêts *Ledra Advertising*²¹⁸ et *Mallis et Malli*²¹⁹. En grande difficulté financière, les autorités chypriotes avaient sollicité l'Eurogroupe pour bénéficier de l'assistance du MES. En contrepartie, Chypre a été contraint d'accepter un plan de restructuration de son secteur bancaire. Ce plan a eu des conséquences sur le plan social. Saisies de questions préjudicielles, la Cour est restée sur sa position en affirmant que les particuliers ne peuvent toujours pas contester les mesures d'austérité d'un État membre même s'il bénéficie de l'assistance du MES. En revanche, les particuliers peuvent engager la responsabilité des institutions de l'UE agissant dans le cadre du MES, si elles ne respectent pas les droits fondamentaux garantis par la Charte. C'est notamment le cas lorsque la Commission signe un « *Mémorandum of Understanding* » incompatible avec le droit de l'Union.

Enfin, les mesures adoptées lors de la crise de la Covid-19 pourraient potentiellement donner lieu à des questions préjudicielles portant sur la compatibilité des restrictions sanitaires avec la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Dépassées par cette pandémie, les États membres ont adopté des mesures très diverses, allant jusqu'à la réintroduction des contrôles aux frontières intra-européennes, ce qui constitue une entorse majeure à la libre circulation des personnes garantie par l'article 21 TFUE et la directive 2004/38. Malgré la protection accrue des droits fondamentaux des citoyens européens mobiles, la Cour pourrait limiter la portée de

²¹⁵ Règlement N° 472/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des États membres de la zone euro connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière, JOUE L 140/1.

²¹⁶ Fromont, L., L'application problématique de la Charte des droits fondamentaux aux mesures d'austérité : vers une immunité juridictionnelle, *European Journal of Human Rights*, 2016/4, p. 493.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 492.

²¹⁸ CJUE, 20 septembre 2016, *Ledra Advertising c. Commission et Banque centrale européenne*, aff. jt. C-8/15 à 10/15, ECLI:EU:C:2016:701.

²¹⁹ CJUE, 20 septembre 2016, *Mallis et Malli c. Commission et Banque centrale européenne*, aff. jt., C-105/15 à C-109/15, ECLI:EU:C:2016:702.

son contrôle en prenant en compte les différentes difficultés liées à la gestion d'un virus peu connu et très contagieux. Néanmoins, la Cour ne se basera pas forcément sur la Charte des droits fondamentaux et pourrait uniquement tenir compte de l'article 21 du TFUE qui proclame la liberté de circulation des citoyens européens. Il convient de mentionner l'ordonnance du juge des référés du Conseil d'État rendu le 2 juin 2020. Une association de défense des droits de l'Homme voulait contraindre le Conseil d'État à saisir la Cour de plusieurs questions préjudicielles tendant à savoir si la mise en place de zone d'attente des citoyens européens aux frontières étaient conformes aux articles 1 et 35 de la Charte qui protègent respectivement la dignité humaine et à la protection de la santé. Finalement, le juge des référés a rejeté la demande de l'association au motif que la condition relative à l'urgence faisait défaut. Il faut également rappeler que les restrictions sanitaires n'ont pas uniquement concerné les droits des citoyens européens mobiles. Nul doute que la plupart de ces restrictions ne pourront pas faire l'objet d'un contrôle au regard de la Charte des droits fondamentaux car elles n'entretiennent aucun lien avec le droit de l'Union.

En tout état de cause, les situations de crise n'ont pas encore révélé l'approche de la Cour de justice de l'Union quant à l'ampleur de la marge nationale d'appréciation. La crise du covid-19 constituera peut-être une opportunité pour la Cour de présenter son calcul de la marge nationale d'appréciation en cas de crise. Or, il convient de relever que le retrait du juge européen est critiquable. En effet, les situations de crise représentent un risque considérable pour la sauvegarde des droits fondamentaux. C'est donc à ce moment précis que le juge européen a un rôle important à jouer.

Ces deux critères relatifs au contexte dans lequel s'inscrit la norme sont, en règle générale, encore assez incertains. Il convient désormais d'étudier des facteurs qui sont attachés au contenu et à la qualité de la norme en tant que telle.

Section 2 : Les facteurs de délimitation attachés à la norme litigieuse en cause

La Cour de justice et la Cour EDH prennent en compte des critères de délimitation qui se rapportent au contenu de la norme en cause ou à la qualité de son processus décisionnel. Autrement dit, la marge d'appréciation varie selon la nature du droit et la finalité de l'ingérence (Paragraphe 1) et selon la qualité du débat démocratique qui a mené à l'adoption de la norme litigieuse (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une marge d'appréciation variable en fonction de la nature du droit en cause et de la finalité de l'ingérence

La Cour de justice fait varier la marge d'appréciation du législateur européen en fonction de la nature du droit en cause et de la finalité de l'ingérence : « *dès lors que des ingérences dans des droits fondamentaux sont en cause, l'étendue du pouvoir d'appréciation du législateur de l'Union peut s'avérer limitée en fonction d'un certain nombre d'éléments, parmi lesquels figurent, notamment, le domaine concerné, la nature du droit en cause garanti par la Charte, la nature et la gravité de l'ingérence ainsi que la finalité de celle-ci* »²²⁰. Au regard des arrêts suivants, la Cour de justice semble transposer son raisonnement au législateur national.

1. La nature du droit ou « les activités en jeu »

Dans la jurisprudence de la CESDH, il est possible d'observer que lorsque sont en cause des activités qui touchent à la sphère intime de l'individu, la marge nationale d'appréciation est réduite. Ainsi, le fait de prohiber pénalement les rapports homosexuels auxquels se livreraient en privé des hommes adultes capables d'y consentir est une atteinte grave au droit à la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention²²¹. La Cour de justice montre la même sensibilité à l'égard de la protection de la vie privée et notamment de la protection des données à caractère personnel. L'arrêt *Tele2 Sverige AB* du 21 décembre 2016 est, à ce titre, un exemple emblématique du contrôle juridictionnel accru de la Cour de justice de l'UE en matière de protection des données à caractère personnel²²². La législation autrichienne en cause avait été prise en application de la directive 2006/24/CE du 15 mars 2006 sur la conservation des données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques, fraîchement annulée par la Cour de justice dans l'arrêt *Digital Rights Ireland*²²³ en raison de son incompatibilité avec les articles 7 et 8 de la Charte. La Cour remarque dans un premier temps que l'ingérence est particulièrement grave car, en raison de ses caractéristiques, les données recueillies par les autorités nationales donnent des informations précises sur la vie privée des personnes. De ce fait, la Cour va limiter la marge d'appréciation des États en affirmant que ces derniers ne peuvent procéder à une collecte aussi importante de ces données seulement lorsqu'il est question de lutter contre la criminalité grave, notamment la criminalité

²²⁰ CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland and Seitlinger e.a*, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238, point 47.

²²¹ CEDH, 22 oct. 1981, *Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni*, Req. N°7525/76.

²²² CJUE, 21 déc. 2016, *Tele2 Sverige*, Aff. C-203/15, ECLI:EU:C:2016:970.

²²³ CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a*, Aff. C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238.

organisée et le terrorisme²²⁴. En imposant un motif de justification de la mesure nationale, la Cour réduit considérablement la marge nationale d'appréciation.

Dès lors que la restriction est fondée sur la lutte contre la criminalité grave, elle doit ensuite présenter un caractère nécessaire. En tout état de cause, une réglementation nationale qui prévoit la conservation généralisée et indifférenciée de l'ensemble des données n'est pas nécessaire²²⁵. Pour être nécessaire, la réglementation doit être fondée sur des éléments objectifs permettant de viser un public dont les données sont susceptibles de révéler un lien, au moins indirect, avec des actes de criminalité grave, de contribuer d'une manière ou d'une autre à la lutte contre la criminalité grave ou de prévenir un risque grave pour la sécurité publique. La Cour rejette catégoriquement la surveillance généralisée. Il faut absolument que les personnes concernées par un traitement de données soient suspectées de commettre des actes très graves qui mettent en péril l'ordre public. Une fois que ce lien de suspicion est établi, la surveillance peut avoir lieu sous réserve de la présence d'un contrôle juridictionnel national et de garanties procédurales. Cette limitation du pouvoir d'appréciation des autorités nationales dans le traitement des données à caractère personnel intervient peu après l'arrêt *Digital Rights Ireland*. La Cour s'était montrée très équivoque sur l'ampleur de la marge d'appréciation du législateur européen. En se basant sur la nécessité de protéger efficacement le droit à la protection des données personnelles et à la gravité de l'ingérence du législateur européen, elle avait affirmé que « *le pouvoir d'appréciation du législateur s'avère réduit de sorte qu'il convient de procéder à un contrôle strict* »²²⁶.

En revanche, la marge d'appréciation est plus large lorsque l'ingérence ne porte pas sur la vie privée. La Cour EDH accorde ainsi une large marge d'appréciation lorsque les activités en jeu sont techniques ou complexes²²⁷ et lorsque sont en cause des mesures d'ordre économique ou social²²⁸. La Cour a adopté le même raisonnement dans une affaire *Karner* où elle a considéré que la liberté d'expression intervenait dans le domaine de la publicité qui est complexe et fluctuant²²⁹. À ce titre, les autorités bénéficiaient d'une large marge d'appréciation.

Lorsqu'il est question d'un droit de nature économique, la Cour de justice est également moins exigeante. Dans une affaire *Aget Iraklis*²³⁰, la Cour de justice de l'Union s'est prononcée

²²⁴ CJUE *Tele2 Sverige*, préc., point 102.

²²⁵ CJUE *Tele2 Sverige*, préc., point 103.

²²⁶ CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, préc., point 47.

²²⁷ Sudre, F., *Droit international et européen des droits de l'Homme*, PUF, p. 221

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ CJCE, 25 mars 2004, *Karner*, aff. C-71-02, ECLI:EU:C:2004:181.

²³⁰ CJUE, 21 décembre 2016, *Aget Iraklis*, aff. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972.

sur la légalité d'une restriction à l'article 16 de la Charte relatif au droit à la liberté d'entreprise. Localisée en Grèce, la société Aget Iraklis, filiale du groupe français Lafarge, voulait procéder à un licenciement collectif en vue de mettre définitivement fin à l'activité de l'une de ses usines. La direction de l'emploi du Ministère du Travail grec, dont l'autorisation est nécessaire pour l'exécution d'un licenciement collectif, a rejeté la demande d'Aget Iraklis en invoquant la situation de l'entreprise et l'intérêt de l'économie du pays²³¹. Aget Iraklis invoque devant la Cour de justice l'incompatibilité de la réglementation nationale grecque à la Charte des droits fondamentaux.

Selon la Cour, la liberté d'entreprise ne constitue pas une prérogative absolue mais doit être prise en considération par rapport à sa fonction dans la société²³². Forte de ce constat, la Cour poursuit en affirmant qu'eu égard à la jurisprudence constante ainsi qu'au libellé de l'article 16, « *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* »²³³. La Cour semble conférer une position spéciale à la liberté d'entreprise car elle peut subir bien plus de limitations que les autres droits fondamentaux. Le libellé de l'article 16 est à la fois très différent de celui des autres libertés fondamentales consacrées au titre II mais il se rapproche en même temps de celui de certaines dispositions du titre IV. En effet, la liberté d'entreprise est spécifique car elle est fortement réglementée tant par le droit national que par le droit de l'UE de telle sorte qu'il est difficile de l'envisager indépendamment de cette réglementation. Il s'agit surtout, en réalité, d'un concept défensif dans une société libérale régulée²³⁴. Ainsi, la nature particulière de la liberté d'entreprise entraîne une marge nationale d'appréciation assez large. En somme, « *la Cour fait prévaloir l'intérêt général de la Communauté sur celui des opérateurs économiques* »²³⁵.

Dans l'affaire Aget Iraklis, la Cour a examiné simultanément les restrictions à l'article 16 de la Charte et à l'article 49 TFUE. Après s'être assurée que la législation grecque ne violait pas le contenu essentiel de la liberté d'entreprise²³⁶, la Cour affirme, selon une jurisprudence constante, que les États membres ne doivent pas porter atteinte aux droits que les particuliers

²³¹ CJUE, 21 décembre 2016, Aget Iraklis, préc., point 17.

²³² CJUE, 21 décembre 2016, Aget Iraklis, préc., point 85.

²³³ CJUE, 21 décembre 2016, Aget Iraklis, préc., point 86.

²³⁴ Leonard, T. et Salteur, J., « Article 16. - Liberté d'entreprise » in Picod, F. *et al.* (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 407

²³⁵ Carpano, E., « La Charte, une constitution de la liberté économique des entreprises ? L'apport de la Charte à la protection des droits substantiels des entreprises », *Rev. Aff. Eur.*, 2018/2, p. 234.

²³⁶ CJUE, 21 décembre 2016, Aget Iraklis, préc., point 88.

tirent du traité même s'ils disposent d'une marge d'appréciation dans la poursuite de leur politique sociale²³⁷. À cet égard, la législation grecque est susceptible de répondre aux exigences découlant du principe de proportionnalité. Elle constate d'abord que le mécanisme d'encadrement des licenciements est apte à garantir la protection effective des salariés eu égard à l'ampleur potentielle des répercussions d'un licenciement collectif sur l'emploi d'un nombre important de personnes. La Cour se repose ensuite sur la marge d'appréciation dont dispose les États quant à la mise en œuvre de leur politique sociale afin de constater qu'il n'apparaît pas que d'autres mesures moins contraignantes assureraient la réalisation des objectifs d'une manière aussi efficace que le mécanisme d'encadrement grec²³⁸. La Cour constate toutefois un défaut dans le mécanisme d'encadrement des modalités concrètes d'application. Elle estime que les critères pris en compte par le ministre, à savoir « la situation de l'entreprise » et « les conditions du marché du travail » ne sont pas suffisamment clairs et précis. Ces critères sont en plus les seules conditions à l'exercice du pouvoir du ministre. Ainsi, la marge d'appréciation de l'État grec était difficilement contrôlable et a porté une atteinte grave à la liberté d'entreprise²³⁹. Même si la Cour ne va pas jusqu'au contrôle de proportionnalité stricto sensu, la large marge d'appréciation des États dans la poursuite de leur politique sociale ainsi que les possibilités de restrictions larges à la liberté d'entreprise n'ont pas suffi à rendre la mesure restrictive légale. Privant les juridictions nationales du soin d'examiner les modalités concrètes du pouvoir du ministre, la Cour s'est montrée très protectrice de la liberté d'entreprise, remettant ainsi en cause la large marge d'appréciation dont dispose en principe les États membres pour réguler la liberté d'entreprise.

La marge nationale d'appréciation est également plus large lorsque deux droits fondamentaux entrent en conflit. La Cour laisse plus de liberté aux États car il s'agit d'opérer des arbitrages délicats et la Cour n'en a pas forcément la légitimité. Rappelons aussi que la Charte permet deux types de justification selon son article 51 : les mesures visant à garantir un intérêt général reconnu par l'UE et les mesures visant à protéger les droits et les libertés d'autrui. Ainsi, peuvent se présenter devant la Cour, des affaires opposant deux droits fondamentaux distincts. Dans une affaire *Promusicae*²⁴⁰, le droit à un recours juridictionnel effectif s'opposait au droit au respect de la vie privée et notamment au droit à la protection des données personnelles. Malgré la nécessaire marge d'appréciation reconnue aux États pour la

²³⁷ CJUE, 21 décembre 2016, *Aget Iraklis*, préc., point 92.

²³⁸ CJUE, 21 décembre 2016, *Aget Iraklis*, préc., point 93.

²³⁹ CJUE, 21 décembre 2016, *Aget Iraklis*, préc., point 100.

²⁴⁰ CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54

transposition des directives litigieuses, ceux-ci doivent parvenir à un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux²⁴¹. En outre, il incombe aux autorités et aux juridictions nationales d'interpréter la directive de telle sorte que celles-ci n'entrent pas en conflit avec les droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire. La Cour de justice défère donc la mesure aux autorités nationales, laissant une marge d'appréciation assez importante. Elle n'encadre pas vraiment la marge d'appréciation des autorités nationales. Parmi les arrêts relatifs à cette conciliation des droits, seul un a fait l'objet d'un contrôle strict par la Cour. Il s'agit de l'arrêt *Scarlet Extended* par lequel la Cour a sanctionné un défaut d'équilibre entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la propriété intellectuelle²⁴². Outre ce cas de figure, le contrôle peu restreint de la Cour sur la conciliation des droits fondamentaux est assez regrettable parce qu'elle ne précise pas le cadre de la mise en balance des droits et intérêts individuels. Il est alors difficile de s'assurer de la conformité de l'appréciation des juridictions nationales par rapport à la Charte des droits fondamentaux.

D'ailleurs, certaines libertés de circulation sont mentionnées dans la Charte et constituent dès lors des droits fondamentaux qui peuvent être invoqués par des particuliers. Il est donc possible qu'un intérêt de l'UE – le respect des libertés de circulation – se transforme en un véritable intérêt individuel susceptible de limiter la portée d'un autre droit fondamental garanti par la Charte. Dans une telle hypothèse, la Cour donne souvent une priorité aux droits couvrant une liberté de circulation et procède à un contrôle bien plus contraignant en examinant la nécessité et la proportionnalité stricte de la mesure²⁴³.

2. La finalité de l'ingérence

La finalité de l'ingérence, au même titre que la nature du droit, entre en ligne de compte dans le calcul de la marge nationale d'appréciation par la CEDH. La Cour européenne ne laissera qu'une marge d'appréciation très réduite si le but de l'ingérence recouvre « une notion objective » telle que l'indépendance du pouvoir judiciaire²⁴⁴. À l'inverse, si le but couvre une notion subjective comme la protection de la morale, la Cour laissera une marge d'appréciation plutôt large²⁴⁵.

²⁴¹ CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae*, préc., point 68.

²⁴² CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, préc.

²⁴³ Voy. par exemple l'arrêt du 5 octobre 2010, *J. McB* (aff. C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582)

²⁴⁴ Sudre, F., *Droit international et européen des droits de l'Homme*, PUF, 2017, p. 122.

²⁴⁵ *Ibid.*

Ce critère a été évoqué par la Cour de justice dans un arrêt Karner rendu en 2004. Même s'il ne mentionne pas expressément la Charte des droits fondamentaux, le raisonnement de la Cour de justice se transpose très aisément dans le cadre de ladite Charte.

En l'espèce, une société immatriculée en Autriche, Troostwijk, voulait procéder à une vente de biens provenant de la masse d'une faillite lors d'une vente aux enchères. Elle a ainsi annoncé cette vente dans des annonces publicitaires. Souhaitant s'opposer à cette vente, la société Karner affirmait que de telles annonces publicitaires, publiées dans un catalogue de vente, étaient contraires à la législation autrichienne interdisant toute référence publicitaire à une marchandise provenant d'une faillite. Les autorités autrichiennes sont d'accord avec la société Karner et ont demandé à Troostwijk de cesser de promouvoir la vente de ses marchandises. Saisie de cette affaire, la Cour de justice est confrontée à une double question : la société Troostwijk invoque non seulement l'incompatibilité de la législation avec l'article 28 du traité instituant la Communauté européenne, mais aussi la violation de sa liberté d'expression. La Cour affirme que « *le pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités compétentes, s'agissant de la question de déterminer où se trouve le juste équilibre entre la liberté d'expression et les objectifs susvisés, est variable pour chacun des buts justifiant la limitation de ce droit* »²⁴⁶. La marge nationale d'appréciation dépend effectivement des buts de l'ingérence. Citant à maintes reprises le droit de la CESDH et notamment la possibilité d'ingérer dans l'exercice de la liberté d'expression selon l'article 10, paragraphe 2, de la Convention, il semble que la Cour de justice adopte la même interprétation du critère du but de l'ingérence que sa consœur strasbourgeoise. Elle précise ensuite : « *quand l'exercice de la liberté ne contribue pas à un débat d'intérêt général et, que, au surplus, on se trouve dans un contexte dans lequel les États ont une certaine marge d'appréciation, le contrôle se limite à un examen du caractère raisonnable et proportionné de l'ingérence* »²⁴⁷. Un débat d'intérêt général peut s'analyser en une notion plutôt objective car il contribue au bon fonctionnement d'une démocratie. Chacun peut donner son avis sur un sujet complexe et toutes les opinions, mêmes minoritaires, sont entendues. Un débat d'intérêt général constitue dans une certaine mesure un contre-pouvoir. Dans cette affaire, la liberté d'expression ne couvrait pas un débat d'intérêt général donc les autorités nationales disposaient d'une marge d'appréciation assez large pour restreindre le droit à la liberté d'expression.

²⁴⁶ CJCE, 25 mars 2004, Karner, préc., point 51.

²⁴⁷ CJCE, 25 mars 2004, Karner, préc., point 51.

La Cour semble véritablement s'inspirer de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans son utilisation des critères relatifs à la nature du droit en cause ou des activités en jeu et au but de l'ingérence.

Vient enfin un ultime critère de la marge d'appréciation qui suscite des interrogations complexes relatives à la légitimité du juge dans le contrôle du respect des droits fondamentaux par les États membres.

Paragraphe 2 : La délicate question de la qualité du débat démocratique préalable à l'adoption de la norme litigieuse

Le critère de la qualité du débat démocratique préalable à l'adoption de la norme litigieuse n'est pas explicite dans les jurisprudences de la Cour européenne et de la Cour de justice. Néanmoins, le juge européen, en faisant preuve de déférence envers les mesures nationales, admet que les autorités nationales jouissent « *d'une légitimité démocratique directe* »²⁴⁸. En effet, le décideur national provient souvent d'un organe démocratiquement élu par le peuple. Bien qu'elle restreigne l'exercice d'un droit fondamental, la norme litigieuse est donc le reflet d'un choix démocratique qu'il est difficile de remettre en question. Les juges supranationaux, à l'inverse, ne tirent pas leur légitimité d'un processus démocratique mais de leurs connaissances du droit.

Néanmoins, chaque norme n'est pas investie de la même légitimité. Certaines réglementations nationales ont été adoptées à l'issue d'un débat compliqué et contradictoire entre les différents partis politiques d'un État. C'est ainsi que la loi peut devenir le reflet d'un équilibre entre des intérêts potentiellement conflictuels. Certaines lois ont également une qualité importante en raison du fait qu'elle s'occupe d'enjeux qui sont considérés comme fondamentaux pour une majeure partie de la société. Le rôle des juges devrait se limiter à appliquer et à interpréter de telles lois.

Ces conclusions peuvent être tirées tant de la jurisprudence de la Cour EDH que de la jurisprudence de la Cour de justice. La Cour EDH a souvent mobilisé ce critère dans le domaine de la religion qui est particulièrement sensible dans certains États. Dans une affaire SAS c. France, une femme avait décidé, en signe de protestation contre la loi sur l'interdiction du visage dans l'espace public²⁴⁹, de porter un voile intégrale islamique lors d'un stage de citoyenneté.

²⁴⁸ CEDH, 8 juillet 2003, Affaire Hatton e.a c. Royaume-Uni, Req. 36022/97.

²⁴⁹ Loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JORF, 12 octobre 2010.

Suite à sa condamnation par les juridictions pénales françaises, la requérante se prévaut d'une violation de son droit au respect de la vie privée et de ses convictions religieuses devant la Cour EDH. Bien qu'elle emporte une restriction à l'impératif du pluralisme en interdisant à certaines femmes de manifester librement leur conviction, la loi française vise à protéger une modalité d'interaction sociale entre les individus.²⁵⁰ Le port du voile intégral est jugé contraire à la conception française du « vivre ensemble ». La question de l'acceptation ou non du voile intégral dans l'espace public constitue donc « un choix de société »²⁵¹.

Face à ce choix de société, la Cour admet qu'elle doit faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionnalité et conclut, selon une jurisprudence constante, que lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il convient de laisser une importance particulière au décideur national²⁵². Finalement, la marge d'appréciation qui est laissée à l'État membre était très large et la Cour a réduit son contrôle. Elle se contente de reconnaître que la mesure litigieuse ne vise pas les femmes de conviction musulmane en particulier et que les sanctions assorties à la violation de ladite mesure sont dérisoires. La Cour ne se pose même pas la question de l'alternative la moins restrictive.

La Cour de justice de l'Union fait preuve de la même retenue face à des choix nationaux complexes. Malgré la compétence plus étendue de la Cour de justice et l'emprise du droit de l'Union sur bon nombre de domaines d'origine nationale, elle ne devrait que très rarement remettre en cause les décisions nationales prises sur des questions sensibles, objet de débat de société²⁵³. Les juridictions de l'Union ne devraient remettre en cause de telles dispositions que si elles sont manifestement disproportionnées²⁵⁴. Dans le droit de l'Union, cette retenue judiciaire s'observe également dans le domaine religieux. Encore une fois, l'arrêt relatif à l'abattage rituel en est une parfaite illustration. La Cour de justice de l'Union reconnaît que le décret flamand reflète un choix démocratique. En effet, elle admet que, désormais, les citoyens européens sont de plus en plus préoccupés par le bien-être animal et notamment par le traitement des animaux dans les abattoirs. La Cour de justice va jusqu'à affirmer que le bien-être animal est « une valeur à laquelle les sociétés démocratiques attachent une importance

²⁵⁰ CEDH, 1^{er} juil. 2014, SAS c. France, req. n°43835/11, point 153.

²⁵¹ CEDH, 1^{er} juil. 2014, SAS c. France, req. n°43835/11, point 153.

²⁵² CEDH, 1^{er} juil. 2014, SAS c. France, req. n°43835/11, point 154.

²⁵³ Gerards, Janneke, « Pluralism, deference et the margin of appreciation doctrine », *European Law Journal*, Vol. 17, janvier 2011, pp. 80-120

²⁵⁴ Gerards, Janneke, loc. cit., p. 85.

accrue »²⁵⁵. Cette sensibilité croissante de la population vis-à-vis de la cause animale a justifié la mise en œuvre « *d'un vaste débat organisé à l'échelle de la Région flamande* »²⁵⁶. Les citoyens attendent que les autorités nationales prennent des décisions qui viennent répondre à leurs exigences. Ce décret flamand dispose d'une légitimité démocratique importante. La Cour va laisser une marge d'appréciation d'autant plus importante que le décret flamand n'a aucun impact sur le fonctionnement du marché intérieur. Il est possible de remarquer que la Cour de justice effectue un test de nécessité en se demandant s'il existait des mesures alternatives moins restrictives et un test de proportionnalité stricto sensu. Dans les deux tests, la Cour se repose sur les recherches scientifiques qui ont été prises en compte par le législateur flamand et qui ont le mérite d'être objectives. La Cour s'assure que le législateur flamand ne s'est pas basé sur une hostilité envers des minorités. En se basant sur des recherches scientifiques, la Cour évite également de se positionner sur des considérations plus profondes et subjectives. In fine, l'existence d'un consensus scientifique, l'absence de dénominateur commun entre les États membres sur la question de la religion et l'importance accrue qui est donnée au bien-être animal justifient que les États disposent d'une marge d'appréciation très large. Précisons également que la Cour de justice laisse une marge d'appréciation plus importante au législateur européen lorsque « *son action implique des choix de nature tant politique économique ou sociale, et où il est appelé à effectuer des appréciations et des évaluations complexes* »²⁵⁷.

Néanmoins, cette solution reste contestable. Inévitablement, la Cour justifie un décret qui contrevient aux croyances religieuses des communautés juive et musulmane en les empêchant manifestement et absolument de manger de la viande d'un animal qui n'a pas été étourdi préalablement à son abattage. La Cour fait primer les vœux d'une majorité sur les croyances d'une minorité. Pour rappel, le juge européen en tant que juge externe aux ordres juridiques nationaux doit veiller à ce que les intérêts minoritaires ne soient pas lésés par les vœux d'une majorité. Ce rôle du juge a un lien étroit avec la démocratie selon la Cour européenne des droits de l'Homme : « *Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante* »²⁵⁸. Ainsi, malgré son

²⁵⁵ CJUE, GC, Centraal Israëlitisch Consistorie van België, préc., point 77.

²⁵⁶ CJUE, GC, Centraal Israëlitisch Consistorie van België, préc., point 79.

²⁵⁷ CJUE 8 juin 2010, Vodafone, aff. C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, point 52.

²⁵⁸ Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981, point 63, série À no 44, et Chassagnou et autres c. France [GC], nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, point 112.

insuffisante légitimité démocratique, le juge européen a une importance capitale dans le maintien d'une démocratie et cela justifie, selon nous, qu'il ne doit pas s'effacer systématiquement. Cela étant, les juges européens ont inventé deux techniques de contrôle de proportionnalité afin d'éviter qu'ils ne substituent leur appréciation à celle du décideur national.

Se dégage dans les jurisprudences des deux cours une tendance consistant à procéduraliser le contrôle de proportionnalité. Les juges vont s'assurer que les individus lésés par une mesure nationale disposent de garanties procédurales suffisantes telles que l'ouverture d'une voie de droit pour contester la mesure afin de s'assurer que la loi se base sur un processus interne rationnel²⁵⁹. Cette procéduralisation est manifeste dans l'affaire Delvigne. En l'espèce, M. Delvigne s'était vu privé de son droit de vote à la suite d'une condamnation pénale. Cette déchéance du droit de vote emportait une restriction à l'article 39 de la Charte sur le droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen. La Cour a contrôlé la proportionnalité de la mesure en vérifiant si la législation prenait en compte la nature et la gravité de l'infraction. Autrement dit, elle veille à ce que la déchéance des droits civiques ne soit pas automatique en cas de condamnation pénale. Elle s'assure également que la déchéance ait un caractère réversible. Lorsqu'il s'agit du législateur européen, la procéduralisation du contrôle de la Cour consiste à vérifier si la mesure a été adoptée au terme d'un processus décisionnel convenable et notamment à travers la consultation des parties intéressées. Cette tendance à la procéduralisation du contrôle est de plus en plus présente dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. En matière d'avortement par exemple, la Cour a jugé que le droit irlandais n'avait pas institué une procédure accessible et effective au travers de laquelle une femme pouvait savoir si elle pouvait ou non avorter en Irlande et en a déduit une violation de l'article 8 de la Convention²⁶⁰.

Enfin, lorsqu'une norme nationale est relative à un sujet sensible tel que l'immigration, la Cour de justice va faire « un effort de concrétisation » de son contrôle²⁶¹. Au lieu de se prononcer pleinement sur l'équilibre des intérêts réalisé par la norme litigieuse, la Cour va s'assurer que la situation d'un individu soit suffisamment prise en compte par les États. Autrement dit, les autorités nationales et, plus particulièrement, les juridictions nationales sont priées de procéder à une appréciation in concreto de chaque cas. Dans un arrêt P.I du 22 mai 2012, une personne de nationalité italienne avait vécu une grande partie de sa vie en Allemagne

²⁵⁹ Dubout, É., « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne » in *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 107-159.

²⁶⁰ CEDH, 16 déc. 2010, A., B et C c. Irlande, Req. 25579/05, point 267.

²⁶¹ Dubout, E., loc. cit., p. 149.

auprès de certains membres de famille et de sa concubine. Condamnée pour des faits de violence sexuelle sur mineur, les autorités allemandes veulent expulser ce ressortissant italien de leur territoire²⁶². Selon une jurisprudence constante, la Cour rappelle que : « *l'État membre d'accueil doit tenir compte notamment de la durée du séjour de l'intéressé sur son territoire, de son âge, de son état de santé, de sa situation familiale et économique, de son intégration sociale et culturelle dans cet État et de l'intensité de ses liens avec son pays d'origine* »²⁶³. La Cour ne préfère pas s'aventurer sur la question relative à l'équilibre entre le respect d'un séjour de longue durée d'un citoyen européen et la poursuite de la politique pénale des États membres. Elle impose seulement à l'État de tenir compte, s'agissant du ressortissant italien, des éléments précités afin de s'assurer qu'une décision d'éloignement ne serait pas disproportionnée.

Conclusion :

Deux enjeux majeurs de la marge nationale d'appréciation ont guidé ce mémoire : sa fonction et sa délimitation. Nous avons vu dans ces deux axes de travail qu'il existait une influence certaine de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, ce qui va dans le sens d'une meilleure cohérence entre les deux systèmes européens de limitation des droits fondamentaux. En revanche, la Cour de justice ne semble pas réaliser une transposition fidèle de la notion de marge d'appréciation telle qu'elle est conçue par la Cour EDH. En effet, que ce soit la fonction ou la délimitation de la marge qui est en cause, la Cour de justice procède à une adaptation de la marge à la particularité du droit de l'Union européenne. Il est impossible de concevoir une marge d'appréciation sans prendre en considération certains facteurs tels que le principe d'intégration, le principe d'attribution ou encore le principe de primauté. Ce sont les divergences profondes entre les deux systèmes de droit qui justifient une différenciation dans la conception de la marge d'appréciation. À cet égard, le point de rupture entre les deux Cours semble se situer au niveau de la perception du pluralisme. En effet, en raison du principe de l'attribution souveraine de compétences étatiques, la diversité dans l'Union européenne est beaucoup moins prégnante que dans le cadre du Conseil de l'Europe qui reste une organisation internationale classique. Au demeurant, les États membres de l'UE ne perdent pas toute possibilité de faire valoir leurs spécificités nationales. Seulement, ces spécificités doivent nécessairement respecter le principe d'intégration. Ainsi, la marge d'appréciation dans l'UE

²⁶² CUE, 22 mai 2012, P.I, C-438/09, ECLI:EU:C:2012:300

²⁶³ CUE, 22 mai 2012, P.I, préc., point 32.

opère cet équilibre entre le principe d'intégration et le respect des spécificités nationales. Dans le contexte de la Charte, la marge nationale d'appréciation maintient également une tension entre la volonté harmonisatrice de l'Union qui est parfaitement mise en exergue dans l'interprétation de la Charte et le respect de la diversité. Cependant, il reste de difficile car nous avons dû mal à comprendre où veut en venir la Cour de justice lorsqu'elle mentionne la marge d'appréciation ou le pouvoir d'appréciation. La Cour de justice n'a jamais procédé à une théorisation de la marge d'appréciation en ce sens qu'elle n'a toujours pas explicité comment elle concevait la fonction de la marge d'appréciation et comment elle la délimitait. Une approche plus claire de la Cour de justice permettrait, entre autres, de rationaliser l'utilisation de cet instrument et de renforcer la confiance des États membres et notamment de leurs juridictions envers la Cour de justice.

En tout état de cause, nous avons compris au cours de ce devoir, en analysant attentivement la jurisprudence communautaire, que la Cour était prête à élaborer sa propre conception de la marge d'appréciation, contribuant ainsi à une définition propre de ses rapports avec les États à l'égard des droits fondamentaux. Pour en avoir le cœur net, il faudra attendre que la Cour de justice développe sa jurisprudence relative à la marge nationale d'appréciation. Malgré l'existence certaine d'un pouvoir d'appréciation au profit des États membres, il semblerait que la Cour de justice de l'UE privilégie les intérêts individuels des citoyens européens mobiles au détriment des exigences de la vie en collectivité et ce, en imposant le respect des libertés de circulation et la reconnaissance mutuelle des situations. En effet, un citoyen européen qui se déplace dans un autre État membre peut obtenir des droits et ensuite les réclamer dans son État membre d'origine alors que ledit droit n'y est pas reconnu. La Cour de justice est souvent favorable aux intérêts des citoyens de l'UE. La marge d'appréciation est en réalité réduite dans ces situations. Cette domination des intérêts individuels est la conséquence d'une absence de conception européenne commune des droits fondamentaux²⁶⁴. La définition d'une vision européenne des droits fondamentaux, adoptée à l'issue d'une vaste discussion entre les parties concernées, permettrait de trouver l'équilibre entre le nécessaire respect des intérêts individuels, l'intérêts des États membres et celui de l'Union. Cette conception des droits fondamentaux à l'échelle de l'Union européenne nécessitera un effort collectif consistant à dépasser chaque conception nationale des droits de l'Homme²⁶⁵.

²⁶⁴ Dubout, É., « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne » in *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 152.

²⁶⁵ Ibid.

Bibliographie

I. Ouvrages et thèses

Cariat, N., *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 1042

Colella, S.-U., *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 616.

De Witte, B., Micklitz, H., *The European Court of Justice and the Autonomy of States*, Intersentia, 2012, p. 414.

Gauthier C., Platon S., Szymczak, D., *Droit européen des droits de l'Homme*, Dalloz, 2016, p. 518

Racho, T., *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas, 15 novembre 2018, p. 646.

Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 2017, p. 1036.

II. Articles et contributions

Bailleux, A., « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin », *RTDH*, 97/2014, pp. 210-229.

Bailleux, A., « La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ? », in D. KAMINSKI (dir.), *La flexibilité des sanctions – XXIèmes journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 519-539.

Benoît-Rohmer, F., « L'Union européenne et les droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », *RTD Eur.*, 2011, pp. 145-173.

Benlolo-Carabot, M., « Quand le juge « oublie » la citoyenneté de l'Union : place à une marge d'appréciation étatique in(dé)finie - CJUE, gde ch., 5 septembre 2012, Secretary of State for the Home Department / Rahman, aff. C-83/11 », *Rev. Aff. Eur.*, 2012/3, pp. 691-696.

Berthelet, P., « De la « Rechtsgemeinschaft » européenne à la « Wertgemeinschaft » cosmopolitique, la constitutionnalisation du droit de l'Union sous le signe des valeurs », *R.D.U.E.*, 2016/2, pp. 315-355.

Carozza, P., "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law" (2003) 97 (1) *American Journal of International Law* 38.

Delmas-Marty, M., Izorche, M., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, 52-4, pp. 753-780.

Delzangles, B., Louvaris, A., « Visas humanitaires et Charte des droits fondamentaux : la confrontation n'a pas eu lieu », *J.D.E.*, 2017/5, n° 239, pp. 170-176.

Dubout, É., « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne » in *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 107-159

Dubout, E., « L'objectif de protection des droits fondamentaux et la répartition des compétences dans l'Union européenne : la confrontation des logiques constitutionnelles » in *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 369-411.

Dubout, E., « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel – Réflexions autour de l'arrêt Melloni », *C.D.E.*, 2013/2, pp. 293-317.

Fallon, M., « La proportionnalité des entraves aux libertés économiques de circulation sous le prisme de la Charte, valeur ajoutée ou décorative ? » in Paschalidis, P. et Wildemeersch, J. (dir.), *L'Europe au présent !* 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 399-455

Forowicz, M., « State Discretion as a Paradox of EU Evolution », *EUI Working Paper*, MWP 2011/27.

Gerards, J., « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine », *European Law Journal*, Vol. 17, N°1, 2011, pp. 80-120.

Gosseries, P., « Titre 2 - La Charte des droits fondamentaux de l'UE à l'épreuve des décisions des autorités européennes et des États membres pour lutter contre la crise 2008-2014 » in *Droit du travail européen*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 71-95.

Jacqué, J.-P., « Les limitations aux droits fondamentaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in Jacqué, J.-P., Benoît-rohmer, F., Grigoriou, P., et Marouda, M.D. (Dir.), *Liber amicorum Stelios Perrakis : écrits sur la communauté internationale : enjeux juridiques, politiques et diplomatiques*, Sideris, Athènes, 2017, pp. 251-258.

Le Goas, S., « Le rôle de Cour de justice, de l'Union à la Fédération européenne » in Barbato, J.-Ch. et Petit, Y. (dir.), *L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ?* 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 275-296.

Lenaerts, K., « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *European Constitutional Law Review*, 2012, pp. 375-403.

Letsas, G., « Two concepts of the margin of appreciation », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, N°4 (2006), pp. 705-732.

Peers, S. et Prechal, S., « Article 52 » in Peers S., Hervey, T., Kenner, J., Ward, À . (eds), *The EU charter of Fundamental Rights : a commentary*, München/Oxford/Baden-Baden, Beck, Hart, Nomos, 2014, pp. 1455 à 1521.

Mena Parras, F., « From Strasbourg to Luxembourg ? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », Centre Perelman de Philosophie du Droit Working Papers Series, Working Paper, no 2015/7, pp. 1-26.

Nivard C., « Marge nationale d'appréciation et pluralisme dans la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg » in M. Levinet (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 169-188.

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*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 99-122.

Safjan, M., Düsterhaus, D., Guérin, A., « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de la *mise en œuvre* à la *mise en balance* », *RTD Eur.*, 2016/2, p. 219.

Słowik, A ., « Discrimination religieuse dans l'emploi : à la recherche des points communs entre Strasbourg et Luxembourg », *C.D.E.*, 2020/2-3, pp. 441-484.

Spaventa, E., «Should we “harmonize” fundamental rights in the EU? Some reflections about minimum standards and fundamental rights protection in the EU composite constitutional system», *C.M.L.R.*, vol. 55, no 4, 2018, pp. 997-1024.

Somek, A ., *The Cosmopolitan and the federal margins of appreciation*, University of Iowa, *Legal Studies Research Paper*, 2020/15, p. 25.

Toader, C., Les jeux de hasard et les particularités nationales, in Binon, J.-M. et al. (dir.), *Liber Amicorum Vissilios Skouris*, 1^{er} édition, Bruxelles, Bruylant, pp. 66-680.

Torres Perez, A., « The federalizing force of the EU Charter of fundamental rights », *International journal of constitutional law*, 2017, Vol. 15, N° 4, 2017, pp. 1080-1097.

Torres Pérez, A ., « The Dual System of Rights Protection in the European Union in Light of US Federalism », in E. Cloots, G. De Baere et S. Sottiaux (dir.), *Federalism in the European Union*, Oxford, Hart, 2012, pp. 110-130.

Van Drooghenbroeck, S., Rizcallah, C., « Article 52-1. - Limitations aux droits garantis » in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 1249-1286

Zglinski, J., «The Rise of Deference: The Margin of Appreciation and Decentralized Judicial Review in EU Free Movement Law», *C.M.L.R.*, vol. 55, no 5, 2018, pp. 1341-1385.

III. Documents officiels

Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, Journal officiel de l'Union européenne, 14 déc. 2007, C-303/17.

Rapport annuel de 2018 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

IV. Liste des jurisprudences

1. Conclusions des Avocats généraux de l'Union européenne

Conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro du 16 janvier 2008, Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil de l'UE et Commission des CE, C-402/05 P, ECLI:EU:C:2008:11

Conclusions de l'Avocat général Eléonor Sharpston du 30 septembre 2010, Ruiz Zambrano, C-34/09, ECLI:EU:C:2010:560

Conclusions de l'Avocat général Yves Bot du 2 octobre 2012, Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal, Aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2012:600

Conclusions de l'Avocat général Paolo Mengozzi du 7 février 2017, Affaire X et X c. État Belge, C-638/PPU, ECLI:EU:C:2017:93

Conclusions de l'Avocat général Yves Bot du 4 juin 2019, TSN, aff. C-609/17 et C-610/17, ECLI:EU:C:2019:459

Conclusions de l'Avocat général Julianne Kokott du 15 avril 2021, V.M.A c/ Pancharevo, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:296

2. Arrêts et avis de la Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114

CJCE, 28 octobre 1975, Rutili, C-36/75, ECLI:EU:C:1975:137

CJCE, 13 décembre 1979, Hauer, Aff. C-44/79, ECLI:EU:C:1979:290

CJCE, 6 mars 2001, Connolly, aff. C-274/99, ECLI:EU:C:2001:127

CJCE, 25 mars 2004, Karner, C-71/02, ECLI:EU:C:2004:181

CJCE, GC, 3 septembre 2008, Kadi, aff. jtes C-402/05 et C-415/05, ECLI:EU:C:2008:461

CJCE, GC, 29 janvier 2008, Promusicae, aff. C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54

CJCE, GC, 8 septembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd, , aff. C-42/07, ECLI:EU:C:2009:519

CJUE, 22 décembre 2010, Ilonka Sayn-Wittgenstein / Landeshauptmann von Wien, aff. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806

CJUE, GC, 9 novembre 2010, Volker und Markus Schecke and Eifert, aff. C-92/09, ECLI:EU:C:2010:662

CJUE, 24 nov. 2011, ASNEF, aff. C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777

CJUE, 24 nov. 2011, Sclart Extended, aff. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771

CJUE, GC, 26 février 2013, Akerberg Fransson, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105

CJUE, GC, 5 septembre 2012, Secretary of State for the Home Department c. Rahman, aff. C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519

CJUE, GC, 26 février 2013, Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107

CJUE, 6 mars 2014, Siragusa, aff. C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126

CJUE, GC, 8 avril 2014, Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a., aff. C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238

CJUE, GC, 13 mai 2014, Google Spain, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317

CJUE, ass. plé., 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454

CJUE, 29 avril 2015, Geoffroy Léger, Aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288

CJUE, 17 décembre 2015, WebMindLicenses Kft, C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832

CJUE, GC, 20 septembre 2016, Ledra Advertising Ltd e.a. c. Commission européenne et Banque centrale européenne, C-8/15, ECLI:EU:C:2016:701

CJUE, GC, 21 décembre 2016, Aget Iraklis, C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972

CJUE, GC, 21 décembre 2016, Tele2 Sverige, Aff. C-203/15, ECLI:EU:C:2016:970

CJUE, GC, 7 mars 2017, X et c. État Belge, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173

CJUE, 12 juillet 2018, Banger, Aff. C-89/17, ECLI:EU:C:2018:570

CJUE, 10 décembre 2018, Mallis et Malli c. Commission européenne et Banque centrale européenne, aff. C-105/15, ECLI:EU:C:2016:702

CJUE, GC, 26 mars 2019, SM, Aff. C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248

CJUE, 19 nov. 2019, TSN, C-609/17, ECLI:EU:C:2019:981

CJUE, GC, 17 décembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. c. Vlaamse Regering*, aff. C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031

3. Arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, 23 juil. 1968, Affaire de la linguistique belge, Req. 1474/62

CEDH, 7 décembre 1976, Handysided c. Royaume-Uni, Req. n° 5493/72

Cour EDH, 26 avril 1979, Sunday Times c. Royaume-Uni, Req. n°30

CEDH, ass. plé. 22 octobre 1981, Dudgeon c. Royaume-Uni, Req. n° 7525/76

CEDH, 28 novembre 1984, Rasmussen C. Danemark, Req. n° 8777/79

Cour EDH, 29 octobre 1992, Open Door et Dublin Well Woman / Irlande, Req. n°14235/88

CEDH, 8 juillet 2003, Hatton e.a. c. Royaume-Uni, Req. n° 36022/97

CEDH, gr. ch., 8 juillet 2004, Vo c/ France, Req. n° 53924/00, point 82

CEDH, GC, 1^{er} juillet 2014, S.A.S c. France, Req. n° 43835/11

Table des matières

Résumé	3
Remerciements	4
Liste d'abréviations	5
Sommaire	7
<u>Introduction</u>	8
<u>Partie 1 – L'ambivalente détermination de la fonction de la marge nationale d'appréciation dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux</u>	19
Chapitre 1 – Une fonction substantielle de la marge nationale d'appréciation	19
Section 1 – La marge nationale d'appréciation, technique privilégiée pour limiter la force des droits fondamentaux garantis par la Charte	20
Paragraphe 1 – La mise en balance des intérêts, caractéristique prépondérante de la fonction substantielle de la marge nationale d'appréciation.....	20
Paragraphe 2 – La nécessaire mise en balance des intérêts dans la jurisprudence de la Cour de justice	20
Section 2 – La mise en balance des intérêts, une opération influencée par les objectifs de l'Union européenne	27
Chapitre 2 – La reconnaissance d'une fonction structurelle de la marge nationale d'appréciation dans le contrôle du respect de la Charte	31
Section 1 – La marge nationale d'appréciation, technique procédurale de limitation du contrôle juridictionnel de la Cour	32
Paragraphe 1 – Une limitation justifiée par la position privilégiée des autorités nationales pour restreindre un droit fondamental	32
Paragraphe 2 – La déférence quasi systématique de la Cour de justice envers les mesures nationales	34
Section 2 – Une technique inadaptée au regard de la spécificité du droit de l'Union européenne	36
Paragraphe 1 – La Charte des droits fondamentaux, un instrument dépourvu de tout caractère subsidiaire	36
Paragraphe 2 – Les différences fondamentales entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'Homme : des statuts demeurant opposés	40

Partie 2 – La délimitation jurisprudentielle de la marge nationale d’appréciation dans le contentieux de la Charte des droits fondamentaux	46
Chapitre 1 – La mobilisation de facteurs de délimitation adaptés à la particularité du droit de l’Union européenne	46
Section 1 – La question du degré d’harmonisation du droit de l’Union, une marge d’appréciation relativement restreinte	46
Section 2 – L’encadrement strict de la marge d’appréciation expressément accordée par le droit dérivé	50
Chapitre 2 – La mobilisation de facteurs de délimitation inspirés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme	56
Section 1 – Les facteurs de délimitation attachés au contexte politique en cause	56
Paragraphe 1 – L’absence de consensus entre les États membres, catalyseur d’une large marge d’appréciation.....	56
Paragraphe 2 – La souplesse critiquable du contrôle juridictionnel en présence d’une situation de crise	61
Section 2 – Les facteurs de délimitation attachés à la norme litigieuse en cause	64
Paragraphe 1 – Une marge d’appréciation variable en fonction de la nature du droit en cause et de la finalité de l’ingérence	65
Paragraphe 2 – La délicate question de la qualité du débat démocratique préalable à l’adoption de la norme litigieuse	71
<u>Conclusion</u>	75
<u>Bibliographie</u>	77
Table des matières	83