

# Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme

Samantha Besson\*

Professeure associée FNS à l'Université de Fribourg

## Introduction

Le titre de cet ouvrage, et de la conférence dont il est tiré, *Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme*, met en relation deux domaines juridiques apparemment distincts et qui pourtant s'entremêlent de plus en plus en pratique : le « droit privé », d'une part, et les droits de l'homme ou plus largement le « droit public », d'autre part. Désormais, la diminution du rôle de l'Etat et la privatisation grandissante des organismes chargés de services au public ont fait basculer l'importance du pouvoir de certains particuliers sur d'autres, accroissant ainsi la potentialité de violations

des droits de l'homme<sup>1</sup> de ces derniers dans des rapports juridiques horizontaux traditionnellement réglés par le principe d'égalité devant la loi et coupés des obligations constitutionnelles de l'Etat en matière de respect des droits fondamentaux<sup>2</sup>. Il ne s'agit pas ici des cas dans lesquels des organes privés auxquels des tâches de l'Etat sont déléguées sont tenus de respecter les droits fondamentaux des particuliers envers lesquels ils agissent, mais de relations purement privées au sein desquelles le droit constitutionnel ne trouve sauf exception que peu d'application. On ne compte plus les domaines du droit privé dans lesquels ce genre de questions se pose<sup>3</sup> : droit des contrats, droit de la filiation, droit de l'état civil, droits réels, droit des successions, etc<sup>4</sup>. Le simple *effet vertical* des droits fondamentaux dans une relation simple entre l'Etat et ses citoyens ne suffit donc plus à protéger ces mêmes citoyens contre les violations d'origine privée ou horizontales de leurs droits fondamentaux. D'où l'idée d'un *effet horizontal* (« *Drittwirkung* », « *third-party effect* »), direct ou indirect, de ces droits ou du moins l'idée d'*obligations positives* de l'Etat de protéger les droits fondamentaux des particuliers entre eux.

La discussion n'est pas nouvelle, bien sûr. Elle se poursuit depuis les années 70 déjà au sein des différents ordres juridiques nationaux, notamment en Allemagne<sup>5</sup> et en Suisse<sup>6</sup>, mais aussi depuis peu au

\* PD (Bern), Dr. iur. (Fribourg), M.Jur. (Oxon.), lic.iur. (Fribourg). Le texte de cet article est une version remaniée de la conférence présentée à l'Université de Fribourg le 11 novembre 2004 durant la Journée de droit européen consacrée à la *Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil*. Je remercie tous les participants et intervenants de leurs remarques et critiques, et notamment Franz Werro et Pascal Pichonnaz. Je suis en outre reconnaissante à Oliver Gerstenberg et Jacques Dubey pour nos conversations sur ces thèmes. Finalement, je remercie le Fonds National de la Recherche Scientifique sans le soutien duquel cet article n'aurait pas vu le jour.

<sup>1</sup> Les termes « droits de l'homme » et « droits fondamentaux » seront utilisés indifféremment dans cet article, étant donné le degré d'interpénétration entre droit *international* des droits de l'homme et droit *national* des droits fondamentaux qui caractérise la relation entre la Convention européenne des droits de l'homme, le droit constitutionnel national et le droit privé national.

<sup>2</sup> Cf. FRIEDMANN Daniel / BARAK-EREZ Daphné (éd.), Introduction, in *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001, 1 ss.

<sup>3</sup> Comme son titre l'indique, cet article se concentrera sur les relations entre particuliers régies par le droit *privé* uniquement et non aussi par le droit *pénal*.

<sup>4</sup> Voir les autres contributions dans cet ouvrage sur ces différents domaines de la constitutionalisation du droit privé.

<sup>5</sup> Cf. notamment Ulrich SCHEUNER, Fundamental Rights and the Protection of the Individual against Social Groups and Powers in the Constitutional System of the Federal Republic of Germany, in René Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber III*, Paris 1971, 253 ss; Christian STARCK, Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court, in FRIEDMANN Daniel / BARAK-EREZ Daphné (éd.), *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001, 97 ss.



Royaume-Uni où l'on découvre l'attrait des garanties constitutionnelles écrites et de l'effet horizontal des droits de l'homme<sup>7</sup>. En fait, le débat fait aussi rage, et c'est l'objet de cette collection d'essais, depuis les années 90 sur le plan de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH ; RS 0.101). La Convention en tant qu'instrument de droit international ne lie que les Etats. Les effets de la CEDH en droit privé ont par conséquent tardé à se faire sentir. Pourtant, depuis l'apparition des obligations positives de l'Etat de mettre en œuvre les droits garantis par la CEDH entre particuliers durant les années 70, et le développement intensif de la jurisprudence dans ce domaine durant les années 90, les choses ont changé<sup>8</sup>. Le rôle de la CEDH en droit privé s'est considérablement

6 Cf. notamment Patrizia EGLI, *Drittwirkung von Grundrechten*. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Zürich 2002; Samantha BESSON, *L'égalité horizontale – l'égalité de traitement entre particuliers*. Des fondements théoriques au droit privé suisse, Fribourg 1999, 982 ss (citée : Egalité horizontale).

7 Cf. notamment Murray HUNT, *The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act*, in *Public Law* 1998 435 ss (citée : Horizontal effect); Gavin PHILLIPSON, *The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: a Bang or a Whimper?*, in *Modern Law Review* 1999 825 ss; Ian LEIGH, *Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?*, in *International and Comparative Law Quarterly* 1999 840 ss; William WADE, *Horizons of Horizontality*, in *Law Quarterly Review* 2000/116 220 ss (citée : Horizontal effect); Richard BUXTON, *The Human Rights Act and Private Law*, in *Law Quarterly Review* 2000/116 57 ss; Hugh BEALE/Nicola PITTAM, *The Impact of the Human Rights Act 1998 on English Tort and Contract Law*, in *FRIEDMANN Daniel / BARAK-EREZ Daphné* (éd.), *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001, 131 ss; Nicholas BAMFORTH, *The True Horizontal Effect of the Human Rights Act 1998*, in *Law Quarterly Review* 2001 34 ss; Murray HUNT, *The 'horizontal effect' of the Human Rights Act: Moving beyond the public-private distinction*, in *JOWELL Jeffrey / COOPER Jonathan* (éd.), *Understanding Human Rights Principles*, Oxford 2001, 161 ss (citée : Moving); Deryck BEYLEVELD / Shaun PATTINSON, *Horizontal Applicability and Direct Effect*, in *Law Quarterly Review* 2002 623 ss.

8 Cf. F. SUDRE, *Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges Rolv Ryssdal*, Cologne 2000, 1359 ss. Cf. plus généralement, Luzius WILDHABER / Stephan BREITENMOSER, *Internationaler Kommentar der EMRK*, Cologne 1992, passim; FROEHN/PEUKERT, *EMRK Kommentar*, 2<sup>ème</sup> éd., Kehl 1996, passim; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londres 1995, 19 ss.

accru et les obligations positives de l'Etat qu'elle génère dans le domaine privé sont en train de révolutionner le paysage du droit privé européen, et plus généralement la distinction entre droit public et droit privé.

Dans cet article, il s'agira dans un premier temps de *comparer l'effet des droits fondamentaux en droit privé* dans les ordres juridiques nationaux européens<sup>9</sup> avec l'effet horizontal de la CEDH<sup>10</sup>. La question est désormais connue, ce qui fait que je me limiterai à un rappel général. Ce qui est moins connu par contre, c'est l'impact de l'effet horizontal tel qu'il est pratiqué en droit national et dans le cadre de la CEDH sur les droits fondamentaux eux-mêmes. Le souci premier des discussions de la question en droit public ou en droit privé semble en effet toujours être celui de la préservation de l'autonomie du droit privé et de la liberté contractuelle des parties. Mais tout ceci se passe sans véritablement prendre conscience de l'existence du conflit des intérêts et droits en présence, et par conséquent de la nécessité d'une réelle pesée d'intérêts entre l'autonomie privée et les droits fondamentaux. Si l'autonomie privée ne ressort pas indemne de l'application des droits fondamentaux en droit privé, les droits

9 Etant donné la diversité des ordres juridiques européens considérés, il ne me sera pas possible d'entrer dans les détails de l'effet horizontal dans chacun de ces droits. L'optique sera par conséquent largement comparative et le droit suisse sera le plus souvent invoqué à titre d'exemple.

10 Il faut remarquer que la CEDH peut non seulement avoir des effets horizontaux en droit privé national, mais qu'elle peut aussi en avoir par l'intermédiaire du droit privé de l'Union européenne (UE). L'UE dispose d'ailleurs aussi d'un régime propre de protection des droits fondamentaux qui complète celui de la CEDH (cf. Erik ERIKSEN / John FOSSUM / Augustin MENENDEZ (éd.), *The Chartering of Europe. The European Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Baden-Baden 2003). Ce régime peut par conséquent avoir un effet horizontal et générer des obligations positives en droit privé (cf. Deirdre CURTIN / Roger VAN OIK, *The Sting is Always in the Tail: The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Maastricht Journal of European Law* 2001/8 102 ss). Pour des raisons de place, je me limiterai ici à la présentation de la CEDH et de ses effets en droit privé national uniquement. Voir sur la relation entre la CEDH, les droits fondamentaux du droit communautaire et le droit privé européen, la contribution d'Eva Maria Belser dans cet ouvrage. Cf. aussi Oliver GERSTENBERG, *European Private Law and the New European Constitutional Settlement*, in *European Law Journal* 2004/10:6 766 ss (citée : European private law).



fondamentaux peuvent aussi être affectés de manière importante par la primauté des valeurs et libertés du droit privé. En bref, le danger à vouloir trop préserver l'autonomie du droit privé, consiste en ce que l'on risque de sacrifier les droits de l'homme en les « *commodifiant* » (néologisme de l'anglais, « *commodify* »), c'est-à-dire en les mercantilisant. La *constitutionalisation du droit privé*, même si elle doit être saluée, ne devrait pas cependant aboutir à une *privatisation du droit constitutionnel*<sup>11</sup>. Il s'agira donc dans un deuxième temps d'examiner cette problématique et de considérer quels sont les meilleures modalités de constitutionalisation ou d'humanisation du droit privé du point de vue non seulement de l'autonomie du droit privé, mais aussi du droit constitutionnel en tant que source ultime des droits fondamentaux. Différentes propositions de recentrage du débat entre droit privé et droit public seront ensuite avancées et les contours du nouveau rôle de la CEDH dans la lutte contre la privatisation des droits fondamentaux en droit privé européen seront dessinés.

Plus précisément, le présent article sera structuré de la manière suivante. Il s'agira, tout d'abord, de présenter brièvement quelques données concernant *l'applicabilité des droits de l'homme en droit privé* et plus particulièrement celle des droits garantis par la CEDH (I.). Dans une deuxième partie, je rappellerai les *différentes modalités de la constitutionalisation du droit privé* en droit national et dans le contexte de la CEDH (II.). Troisièmement, il s'agira d'examiner l'envers du décor et le *danger de commodification des droits de l'homme* qu'impliquent les différents modèles d'humanisation du droit privé présentés (III.). Finalement, dans une dernière partie, j'aimerais avancer quelques *propositions allant dans la direction d'une constitutionalisation plus équilibrée du droit privé* et souligner le rôle tout particulier que pourrait jouer la CEDH dans cette humanisation du droit privé européen (IV.).

<sup>11</sup> Cet impact de privatisation des droits fondamentaux dépasse d'ailleurs le domaine du droit privé et s'étend au respect des droits fondamentaux dans le domaine du droit public, d'où le choix du terme « commodification ». Ceci tient non seulement à la répercussion de l'effet horizontal en droit public, mais aussi aux modalités de mise en œuvre et de restriction des obligations positives (cf. infra). Cf. GERSTENBERG Oliver, *What Constitutions Can Do* (but Courts Sometimes Don't): Property, Speech, and the Influence of Constitutional Norms on Private Law, in Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2004/17:1 61 ss (cité: Constitutions).

## I. L'applicabilité des droits de l'homme en droit privé

Un certain effet horizontal des droits fondamentaux, dont l'ampleur reste encore à définir, est généralement admis en Europe. Dans cette première section, j'aimerais tout d'abord examiner cet effet des droits fondamentaux en droit privé de manière tout à fait générale (A.), pour présenter ensuite l'effet de la CEDH en droit privé national (B.).

### A. En général

Pour bien saisir le rôle de l'effet horizontal des droits fondamentaux en droit privé, il faut tout d'abord en présenter les justifications (1.), pour ensuite le délimiter d'autres effets des droits fondamentaux qui lui sont liés (2.).

#### 1. Justifications

Vouloir donner ici une justification complète de l'effet horizontal des droits fondamentaux au sein des relations entre particuliers dépasserait le cadre imparti<sup>12</sup>. Il suffit dès lors de mentionner la primauté du droit constitutionnel dans l'ordre juridique, et plus précisément le rôle fondamental des droits de l'homme et leur rayonnement dans l'ordre juridique dans son entier. C'est aussi ce que dit désormais l'art. 35 al. 1 de la nouvelle Constitution fédérale (Cst. ; RS 101).

Une fois que le rôle des droits fondamentaux est ainsi posé, il paraît évident qu'on les retrouve en tant qu'ordre objectif de valeurs à la base de tous les domaines juridiques et notamment au fondement du droit privé<sup>13</sup>. Ces différents domaines juridiques doivent en effet être

<sup>12</sup> Sur l'histoire de la relation de priorité entre droit privé et droit constitutionnel, voir la contribution de Markus Schefer dans cet ouvrage. Cf. aussi Aharon BARAK, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in FRIEDMANN Daniel / BARAK-EREZ Daphné (éd.), *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001, 13 ss, 14 ss.

<sup>13</sup> Il s'agit d'une idée issue de la théorie constitutionnelle allemande et ancrée à l'art. 1 al. 3 GG, mais qui est désormais reconnue plus largement en Europe et notamment en droit constitutionnel suisse. Cf. aussi Jörg Paul MÜLLER, *Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten*, in THÜRER Daniel / AUBERT Jean-François / MÜLLER Jörg Paul (éd.), *Die neue Bundesverfassung*, Berne 2001, § 39, 30 ss (cité: *Allgemeine*).



perçus comme des concrétisations des droits fondamentaux dans différents contextes de la vie sociale, dans lesquelles différents intérêts et valeurs doivent être mis en balance. Il est important par conséquent de ne jamais perdre de vue ce qu'on pourrait appeler « le fil rouge des droits fondamentaux » dans tout l'ordre juridique, mais surtout de ne pas interpréter ou d'appliquer des règles de droit en négligeant les droits fondamentaux qui les sous-tendent.

Même si elles admettent toutes un certain effet horizontal des droits fondamentaux, les pratiques nationales européennes et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme divergent quant à son *ampleur* : certaines d'entre elles limitent l'effet horizontal à l'interprétation indirecte du droit privé à la lumière des droits fondamentaux, alors que d'autres reconnaissent un effet direct des droits fondamentaux en droit privé. D'autres enfin ne reconnaissent aucun effet horizontal à proprement dit, mais étendent la sphère d'influence des droits fondamentaux en droit privé par les obligations positives des autorités étatiques de mettre en œuvre ces droits dans tous les domaines du droit.

## 2. *Délimitations*

L'effet horizontal des droits fondamentaux doit être distingué de l'effet vertical pur et simple (2.1.) et de l'effet vertical-horizontal (2.2.).

### 2.1. *L'effet vertical et son impact sur le droit privé*

Tout d'abord, il faut distinguer l'effet horizontal des droits fondamentaux dans les rapports privés des particuliers entre eux de l'effet vertical classique des droits fondamentaux entre l'Etat et ses citoyens. Les deux choses sont en principe bien distinctes, mais il se peut cependant que cet effet vertical des droits fondamentaux ait un effet en droit privé. C'est le cas par exemple de la relation entre l'Etat et les particuliers dans le domaine du droit de la famille ; ce droit doit en effet assurer le respect des droits fondamentaux des particuliers dans leurs relations avec les représentants de l'Etat dans ce domaine.

Il est important de bien distinguer cet effet vertical des droits fondamentaux en droit privé de par l'acte de légiférer de l'*effet horizontal* en droit privé. Un exemple de ce dernier serait le respect des droits fondamentaux dans des relations entre particuliers relevant du droit de la famille et de la filiation, comme une relation entre un

enfant naturel et sa mère. De même, la dimension négative de cet effet vertical des droits fondamentaux en droit privé par l'acte de légiférer ne doit pas être confondu avec les *obligations positives* de l'Etat de mettre en œuvre les droits fondamentaux entre particuliers par le biais du droit privé.

### 2.2. *L'effet vertical-horizontal et son impact sur le droit privé*

Une autre délimitation importante est celle qu'il convient de faire entre l'effet horizontal tel qu'il nous concerne ici et l'effet vertical-horizontal. Il s'agit des cas dans lesquels ce n'est pas l'Etat lui-même qui est directement tenu de respecter les droits fondamentaux dans ses relations verticales avec ses citoyens, mais des organismes privés auxquels il délègue des tâches publiques. L'effet des droits fondamentaux dans les relations entre ces organismes et les particuliers n'est cependant pas purement horizontal. Ces organismes, même s'ils sont privés, n'agissent en effet pas comme des particuliers. Ils sont donc tenus de respecter les droits fondamentaux comme le serait l'Etat dans le cadre des mêmes activités. C'est ce que prévoit désormais l'art. 35 al. 2 Cst. en droit suisse<sup>14</sup>.

## B. *L'impact de la CEDH sur le droit privé national*

Avant de déterminer l'impact de la CEDH en droit privé national, il convient de rappeler qu'il s'agit d'une convention de droit international. Il est nécessaire par conséquent de régler la question de la relation entre la CEDH et le droit national (1. et 2.), avant de pouvoir considérer son applicabilité en droit privé national (3.).

### 1. *L'effet de la CEDH en droit national*

Très schématiquement, l'effet de la CEDH en droit national dépend du modèle de la relation entre droit national et international que l'on privilégie. On distingue en effet traditionnellement entre monisme et dualisme. Alors que selon l'approche dualiste, les deux ordres

<sup>14</sup> Cf. Markus SCHEFER, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, in *Pratique Juridique Actuelle* 2002 1131 ss (cité: Schutzpflichten); Isabelle HÄNER, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, in *Pratique Juridique Actuelle* 10/2002 1144 ss; MÜLLER, *Allgemeine*, n. 34-35.



juridiques sont distincts, l'approche moniste considère le droit national et le droit international comme appartenant à un seul ensemble juridique. Les pays européens se scindent en deux groupes, qui ne sont pas toujours clairement définis, selon qu'ils appartiennent à l'une ou à l'autre de ces deux écoles<sup>15</sup>.

La pratique suisse est l'expression d'une conception moniste. La Constitution ne le confirme pas expressément, mais cela ressort par exemple de l'art. 191 Cst. Selon cette conception, la CEDH fait donc *partie intégrante* du droit suisse depuis sa ratification en 1974 et peut être invoquée sans transposition aucune devant les juridictions internes. De plus, la CEDH est suffisamment précise pour bénéficier d'un *effet direct* en droit suisse<sup>16</sup>. En fait, depuis 1976 déjà, le Tribunal fédéral (TF) considère les droits de la CEDH comme des droits constitutionnels à part entière au sens de l'art. 189 al. 1 let. a Cst.<sup>17</sup>. Rien n'empêche donc de ce point de vue une application horizontale en droit privé au même titre que le droit constitutionnel national.

## 2. Le rang de la CEDH en droit national

La question qui surgit alors d'emblée est celle du statut de la CEDH en droit national. En cas de conflit avec une norme interne se pose en effet la question de la hiérarchie des normes<sup>18</sup>. La pratique suisse consacre la reconnaissance du principe de la primauté du droit international sur le droit interne. Ceci vaut pour la priorité du droit international sur le droit cantonal, les ordonnances fédérales et sur les

<sup>15</sup> Cf. Nicolas MICHEL, L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international, in THÜRER Daniel / AUBERT Jean-François / MÜLLER Jörg Paul (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 4, 9 ss ; Helen KELLER, *Rechtsvergleichende Aspekte zur Monismus-Dualismus-Diskussion*, in *Revue suisse de droit international et de droit européen* 1999 225 ss. Cf. sur la tradition dualiste dans le contexte de la réception de la CEDH, Samantha BESSON, *The Reception of the ECHR in the United Kingdom and Ireland*, in KELLER Helen / TRECHSEL Stefan / STONE SWEET Alec (éd.), *The Reception of the ECHR*, Oxford 2006 (citée: *Reception*).

<sup>16</sup> Cf. ATF 121 V 246, 249.

<sup>17</sup> Cf. ATF 101 Ia 67.

<sup>18</sup> Cf. MICHEL, 23 ss ; Daniel THÜRER, *Völkerrecht und Landesrecht – Thesen zu einer theoretischen Problemschreibung*, in *Revue suisse de droit international et de droit européen* 1999 217 ss.

lois fédérales antérieures à l'adoption du traité international. Pour ce qui est des lois fédérales postérieures, le fameux arrêt *Schubert*<sup>19</sup> veut qu'elles priment le droit international antérieur, si le parlement les a adoptées en les sachant ou en les voulant contrares à un traité en vigueur en Suisse. Le droit international a donc bénéficié durant longtemps en principe du même rang qu'une loi fédérale.

Récemment, cependant, le Tribunal fédéral a franchi une étape supplémentaire dans son arrêt *PKK*<sup>20</sup>. Il reconnaît en effet désormais la primauté des garanties internationales de protection des droits de l'homme, même vis-à-vis des lois fédérales ultérieures. Les droits de l'homme sont en effet considérés non seulement comme un des fondements de l'ordre juridique suisse, mais aussi comme partie intégrante du *jus cogens*<sup>21</sup>. Ceci vaut par conséquent tout particulièrement pour la CEDH. Pour y voir plus clair<sup>22</sup>, il est utile de distinguer le rang de la CEDH vis-à-vis de la législation nationale (2.1.) de la hiérarchie entre la CEDH et la constitution nationale (2.2.).

### 2.1. La CEDH et la législation nationale

La CEDH en tant que *convention* internationale de protection des droits de l'homme bénéficie d'une primauté renforcée vis-à-vis de la législation fédérale en droit suisse. Elle a désormais un rang quasi-constitutionnel qui aligne enfin son rang sur la reconnaissance de sa nature constitutionnelle depuis 1976 déjà. Ceci implique qu'en principe la CEDH prime la législation fédérale antérieure et postérieure, et notamment le droit privé s'il entre en contradiction avec les droits qu'elle garantit. Cette primauté pose d'ailleurs quelques difficultés en relation avec l'art. 190 Cst. et l'interdiction du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, puisque la primauté de

<sup>19</sup> ATF 99 Ib 39.

<sup>20</sup> ATF 125 II 417. Cf. MÜLLER, *Allgemeine*, n. 5.

<sup>21</sup> Cf. Message du 22 juin 1994 concernant les initiatives populaires « pour une politique d'asile raisonnable » et « contre l'immigration clandestine », FF 1994 III 1471 ss, 1480 ss et la Déclaration de nullité par l'Assemblée fédérale, FF 1996 I 1305.

<sup>22</sup> Il n'est pas toujours aisé de distinguer le droit constitutionnel national de la législation nationale en pratique, puisque le droit constitutionnel sous-tend en général la législation contraire à la CEDH.



la CEDH implique la possibilité d'un contrôle de conventionnalité de ces mêmes lois<sup>23</sup>.

Une question qui se pose à cet égard est celle de l'effet sur la législation nationale des *arrêts* de la Cour européenne des droits de l'homme. En principe, selon l'art. 46 CEDH, les arrêts de la Cour ont un effet de chose jugée pour les parties en cause uniquement, et un effet purement déclaratoire de surcroît. La pratique cependant veut que leur effet s'étende à l'interprétation de la Convention pour tous les Etats signataires. La Cour constitutionnelle fédérale allemande vient de rendre un arrêt intéressant à ce sujet dans lequel elle nuance cette obligation même pour la juridiction nationale qui a rendu la décision condamnée par la Cour, et ceci principalement pour des raisons liées à la protection des intérêts des parties<sup>24</sup>.

## 2.2. La CEDH et la constitution nationale

Vis-à-vis de la constitution nationale, les choses sont un peu plus compliquées. Les garanties internationales de protection des droits de l'homme ne sont en effet que des garanties minimales qui ne prétendent pas reproduire l'ensemble des garanties constitutionnelles nationales. En fait, la CEDH contient même en son art. 53 un *principe de faveur*, qui ménage une place prioritaire au droit constitutionnel national, dans la mesure où il protège mieux les droits fondamentaux en cause.

Par ailleurs, la protection du noyau intangible des droits fondamentaux doit être assurée et peut ainsi faire obstacle à la primauté de la CEDH<sup>25</sup>. Ce qui complique parfois les choses en matière de conflits de droits fondamentaux, c'est que la CEDH peut être violée en

relation à l'un des droits, alors que le droit national peut considérer l'autre droit comme étant absolu et comme étant protégé par le noyau intangible du droit. Un telle question se pose par exemple en relation à l'impact de la décision *Odièvre* sur le droit à la vie privée d'une mère ayant accouché sous X<sup>26</sup> face au droit absolu en droit suisse de l'enfant naturel, adopté ou conçu par procréation médicalement assistée à connaître ses origines<sup>27</sup>.

## 3. Le rôle de la CEDH en droit privé national

La CEDH a donc un effet direct en droit national et se voit même reconnaître la primauté sur toute législation fédérale antérieure et postérieure, jusqu'à un certain degré du moins. Rien ne s'oppose en principe par conséquent à un effet horizontal de la CEDH en droit privé. Pour déterminer la fonction que la CEDH peut jouer en droit privé national, il convient d'examiner tout d'abord les différents effets horizontaux de la CEDH (3.1.) et ensuite d'établir le rôle pratique que peut avoir la CEDH en droit privé par rapport aux garanties constitutionnelles nationales (3.2.).

### 3.1. Les effets horizontaux de la CEDH

Il convient de distinguer entre les effets horizontaux de la CEDH devant la Cour européenne des droits de l'homme et ses effets horizontaux devant les instances nationales :

- Les droits fondamentaux garantis par la CEDH diffèrent de ceux que garantissent les constitutions nationales en ce qu'ils sont adressés aux Etats signataires uniquement. C'est ce que dit notamment l'art. 1 CEDH. En soi, par conséquent, *l'effet horizontal*, qu'il soit direct ou indirect, semble être techniquement exclu. L'art. 34 CEDH confirme d'ailleurs l'impossibilité procédurale de faire valoir une violation commise par quelqu'un d'autre que l'Etat et notamment par un individu.

<sup>26</sup> Arrêt *Odièvre c. France*, 13 février 2003, 42326/98, CEDH 2003.

<sup>27</sup> ATF 128 I 63. Cf. Samantha BESSON, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Wege und Auswirkungen der Konkretisierung eines Grundrechts, in *Revue de droit suisse* 2005:1 39 ss, 56 ss, 58 ss (cité: Abstammung).

<sup>23</sup> Cf. Jörg Paul MÜLLER, Verfassung und Gesetz: Zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB, in *recht* 2000 Sondernummer 119 ss, 125 (cité: Verfassung).

<sup>24</sup> BVerfG, 2 BvR 1481/04 du 14.10.2004. Cette décision a été interprétée comme une réaction de la Cour constitutionnelle fédérale allemande à la décision très restrictive de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004. Voir la contribution de Franz Werro dans cet ouvrage.

<sup>25</sup> Cf. Thomas COTTIER / Maya HERTIG, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen, in ZIMMERLI Ulrich (ed.), Die neue Bundesverfassung – Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000, 1 ss, 22 ss.



La question a donné lieu à une importante controverse parmi les internationalistes. Alors qu'une minorité d'auteurs défendait l'effet horizontal direct de la Convention entre particuliers, la majorité soutenue par la Cour européenne des droits de l'homme ne partageait pas cet avis<sup>28</sup>. A défaut de pouvoir reconnaître un effet horizontal direct ou indirect des droits de la Convention, cependant, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a progressivement développé, d'abord dans l'arrêt *Marckx*<sup>29</sup> en 1979 et dans bien d'autres par la suite, une responsabilité positive de l'Etat en cas de violation interindividuelle des droits fondamentaux. La parade que la Cour européenne des droits de l'homme a trouvé est en effet de considérer que la Convention n'entraîne pas seulement des obligations négatives, mais aussi des *obligations positives* de la part de l'Etat de mettre en œuvre les droits protégés, et ceci notamment dans la sphère privée.

Une fois la CEDH intégrée au droit national, la question se pose cependant tout autrement devant les instances nationales. Il n'y a aucun obstacle en effet à ce que le droit national attribue un *effet horizontal direct ou indirect*, selon les ordres juridiques, à la CEDH comme à d'autres droits fondamentaux du droit constitutionnel national, en sus des *obligations positives* qu'impose la Convention aux autorités nationales de mise en œuvre des droits de l'homme. C'est ce qui a lieu, par exemple, en droit suisse ou en droit allemand, où l'effet horizontal indirect de la CEDH est reconnu au même titre que celui des droits garantis par la Constitution nationale<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Cf. Albert ALKEMA, The third-party applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights, in MATSCHER Franz/ PETZOLD Herbert (éd.), Protecting Human Rights : The European Dimension, Studies in Honour of G.J. Wiarda, Cologne 1988, 33 ss, 36 ss ; Andrew CLAPHAM, The "Drittwirkung" of the Convention, in McDONALD Ronald / MATSCHER Franz / PETZOLD Herbert (éd.), The European System for the Protection of Human Rights, Dordrecht/Boston 1993, 163 ss (cité: Drittwirkung). Cf. BESSON, Egalité horizontale, 1045 ss.

<sup>29</sup> Arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, Série A n° 31.

<sup>30</sup> Cf. en droit allemand, Reinhard ELLGER, The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law, in FRIEDMANN Daniel / BARAK-EREZ Daphné (éd.), Human Rights in Private Law, Oxford 2001, 161 ss, 167. Cf. aussi BVerfG 26 mars 1987, BVerfGE 74, 370.

### 3.2. L'intérêt comparatif par rapport au droit constitutionnel national

L'intérêt comparatif de l'effet de la CEDH en droit privé national ne réside pas dans l'effet horizontal direct ou indirect que les juridictions nationales peuvent lui reconnaître. Elles ne lui reconnaissent en effet pas en principe davantage de poids en droit privé qu'aux garanties constitutionnelles nationales. Le véritable avantage comparatif de l'effet horizontal de la CEDH réside plutôt dans ce qu'elle offre de plus achevé dans les mécanismes de constitutionnalisation du droit privé: les *obligations positives*.

Dans ce domaine, en effet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée particulièrement innovatrice depuis les années 90<sup>31</sup>. Ses décisions ont stimulé la jurisprudence nationale dans ce domaine et les obligations positives de protection des droits fondamentaux entre particuliers jouent désormais un rôle sans cesse croissant pour l'impact des droits fondamentaux en droit privé européen<sup>32</sup>.

## II. L'humanisation du droit privé et ses modalités

Il est temps de nous tourner vers le détail des modalités d'humanisation du droit privé qui sont celles du droit constitutionnel national et de la CEDH<sup>33</sup>. Dans ce qui suit, il s'agira de distinguer

<sup>31</sup> Cf. notamment Arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, Série A n° 106, Rec. 1998-VIII 3124 ; Arrêt *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, Série A n° 303-C 38, Rec. 1994 ; Arrêt *Guerra c. Italie*, 19 février 1998, Série A, Rec. 1998-I 210.

<sup>32</sup> Cf. Samantha BESSON, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative, in *Revue de droit suisse* 2003:1 49 ss (cité : *Obligations positives*).

<sup>33</sup> Dans la présentation qui suit, et en vertu de ce qui vient d'être dit, les modalités constitutionnelles nationales et celles de la CEDH dans la mise en œuvre des droits fondamentaux entre particuliers seront présentées ensemble en raison de leur profonde imbrication en pratique, d'une part, et de la relation intrinsèque qui existe entre droit comparé et droit européen, d'autre part. L'effet horizontal de pur droit CEDH influence en effet l'effet horizontal de droit constitutionnel national, mais ce dernier influence aussi en retour l'effet horizontal que peut avoir la CEDH non seulement, et de manière évidente, en droit constitutionnel national, mais aussi dans la jurisprudence de la Cour



selon le *destinataire* des droits fondamentaux en droit privé, et notamment entre les obligations négatives et positives des particuliers (A.) et les obligations positives de l'Etat (B.).<sup>34</sup>

#### A. Les obligations négatives et positives des particuliers

Parmi les obligations négatives et positives<sup>35</sup> des particuliers de mettre en œuvre les droits fondamentaux, il convient de distinguer entre celles qui permettent de leur donner un effet horizontal direct (1.) et celles qui ne leur donnent qu'un effet horizontal indirect (2.).

##### 1. L'effet horizontal direct

L'effet horizontal direct des droits fondamentaux en droit privé signifie que les particuliers peuvent invoquer leurs droits directement à l'encontre d'autres particuliers en droit privé, sans devoir passer par l'interprétation de ce droit par une autorité. Cet effet peut être général (1.1.) ou particulier (1.2.).

###### 1.1. L'effet horizontal direct général

L'effet horizontal direct général existe lorsque la loi ou un principe jurisprudentiel prévoit que les droits fondamentaux ont un effet horizontal direct en droit privé. Cet effet est général, dans la mesure où il ne dépend pas d'un contexte particulier ni d'un droit particulier.

---

européenne des droits de l'homme et les opinions dissidentes de juges strasbourgeois issus de traditions constitutionnelles nationales. Sur cette interdépendance parfois paralysante, cf. Andrew CLAPHAM, Human Rights in the Private Sphere, Oxford 1993, 347 (cité: Private sphere); Jochen FROWEIN, Fundamental Human Rights as a Vehicle of Legal Integration in Europe, in CAPPELLETTI Mauro / SECCOMBE Monica / WEILER Joseph (éd.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlin 1986, Vol. I:3, 300 ss, 302.

<sup>34</sup> Il ne s'agit que d'un rappel. Pour une présentation de ces diverses modalités en droit comparé, voir BARAK, 14 ss; Mark TUSHNET, The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law, in *International Journal of Constitutional Law* 2003:1 79 ss (cité: State action).

<sup>35</sup> Les obligations des particuliers en vertu de l'effet horizontal des droits fondamentaux sont à la fois négatives et positives, alors que les obligations de l'Etat qui permettent d'assurer un effet horizontal de ces droits sont nécessairement positives.

Cet effet horizontal direct n'est pas reconnu aux droits de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme, même s'il peut l'être en théorie par les juridictions nationales qui appliquent la CEDH. Peu d'ordres juridiques reconnaissent un effet horizontal direct général. Il requiert en effet une norme constitutionnelle ou législative générale et a de par sa généralité des implications très importantes sur l'ordre juridique et notamment l'autonomie privée. C'est le cas, par exemple, de la clause générale de l'art. 35 al. 3 Cst., même si elle précise que ceci ne vaut que « dans la mesure où [les droits fondamentaux] s'y prêtent ».

##### 1.2. L'effet horizontal direct particulier

L'effet horizontal direct particulier existe lorsque l'effet horizontal direct est expressément prévu pour un droit en particulier ou dans un contexte spécifique. C'est le cas par exemple de l'égalité de salaire entre hommes et femmes de l'art. 8 al. 3 Cst.

L'effet horizontal direct particulier est plus facile à reconnaître que l'effet horizontal direct général, mais il l'est tout de même très rarement dans les ordres juridiques européens. Cet effet horizontal direct n'est pas reconnu aux droits de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme, même s'il peut l'être par les juridictions nationales qui appliquent la CEDH.

##### 2. L'effet horizontal indirect

Les droits fondamentaux ont un effet horizontal indirect dans un rapport privé entre particuliers, lorsqu'ils y pénètrent par des moyens de droit privé et par le biais de l'intervention d'une autorité. Les destinataires de ces obligations sont les particuliers et non pas les autorités, mais l'effet horizontal est *indirect* car médiatisé par l'intervention du droit privé et *rétrospectif* en quelque sorte en ce qu'il ne dérive pas directement du droit constitutionnel lui-même au moment des faits. Du fait de la médiation de la loi ou du juge, l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux en droit privé est accordé beaucoup plus facilement que l'effet horizontal direct. Il est en effet assuré par l'intermédiaire de la jurisprudence plutôt que par une clause constitutionnelle ou législative générale.

Une remarque terminologique s'impose à ce stade. J'examine en effet l'effet horizontal indirect au titre d'obligations des particuliers, dans la mesure où même si l'effet horizontal indirect requiert la participation



du juge ou d'une autre autorité qui doit interpréter le droit privé pour en tirer des droits directs, il vise d'abord à établir des obligations pour les particuliers. La distinction entre effet horizontal direct et indirect ne tient donc pas aux *destinataires* qui sont les particuliers pour tous les cas d'effet horizontal, mais bien à l'*origine* de ces droits et obligations des particuliers. J'y reviendrai plus tard dans le cadre des obligations positives du juge, qui elles s'adressent à l'Etat et non pas aux individus. En effet, l'effet horizontal indirect d'un droit fondamental passe en général d'abord par une obligation positive de l'autorité qui lui reconnaît cet effet.

On distingue entre l'effet horizontal indirect classique, qui est très modéré en ce qu'il implique la diffusion tout au plus de valeurs constitutionnelles par le droit privé (2.1.), et l'effet horizontal indirect renforcé, qui va plus loin en mettant en œuvre les droits fondamentaux eux-mêmes en droit privé (2.2.).

### 2.1. L'effet horizontal indirect classique

Il y a deux types d'effet horizontal indirect classique ou modéré : le rayonnement des droits de l'homme (a.) et les clauses générales du droit privé (b.).

#### a. Le rayonnement des droits de l'homme en droit privé

L'effet horizontal indirect peut tout d'abord prendre place d'une manière très discrète par le biais du rayonnement des droits fondamentaux dans tout l'ordre juridique et en droit privé en particulier. Il implique que les normes de droit privé soient créées et interprétées de manière conforme aux droits fondamentaux par la concrétisation de valeurs constitutionnelles en droit privé.

Le rayonnement des droits fondamentaux est reconnu dans presque tous les ordres juridiques européens à l'heure actuelle. C'est le cas notamment en droit suisse de par la clause générale de l'art. 35 al. 1 Cst. Cet effet horizontal indirect n'est cependant pas reconnu aux droits de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme, même s'il peut l'être par les juridictions nationales qui appliquent la CEDH.

#### b. Les clauses générales du droit privé

Les clauses générales du droit privé sont un autre moyen plus incisif de mise en œuvre indirecte des droits fondamentaux en droit privé. Par

le biais de la protection de principes généraux comme la bonne foi ou les bonnes mœurs, le droit privé est appliqué et interprété de manière conforme aux droits fondamentaux.

L'interprétation conforme aux droits fondamentaux des clauses générales du droit privé est un mécanisme connu de presque tous les ordres juridiques européens à l'heure actuelle. C'est le cas notamment en droit suisse par le biais de l'art. 28 CC ou des bonnes mœurs<sup>36</sup>. Cet effet horizontal indirect n'est cependant pas reconnu aux droits de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme, même s'il peut l'être par les juridictions nationales qui appliquent la CEDH.

### 2.2. L'effet horizontal indirect renforcé

L'effet horizontal indirect peut être renforcé, dans la mesure où il assure la mise en œuvre non seulement des valeurs constitutionnelles en droit privé, mais aussi des droits fondamentaux eux-mêmes<sup>37</sup>. Il y a deux formes d'effet horizontal indirect renforcé qu'il convient de présenter dans un ordre croissant d'ingérence en droit privé : l'interprétation conforme du droit privé (a.) et la révision du droit privé (b.).

#### a. L'interprétation conforme du droit privé

L'interprétation conforme du droit privé au sens strict est une forme renforcée d'effet horizontal indirect dans la mesure où ce sont des règles de droit privé applicables qui sont interprétées de manière à respecter les droits fondamentaux et non plus simplement des clauses générales ou le droit privé dans son ensemble.

L'interprétation conforme aux droits fondamentaux de normes particulières du droit privé est reconnue dans presque tous les ordres juridiques européens à l'heure actuelle. Comme le dit l'art. 35 al. 3 Cst., « les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux. » C'est aussi sous cette forme que la « *Drittwirkung* » a été reconnue en droit allemand durant les années

<sup>36</sup> Cf. ATF 129 III 35, 42 ss, cons. 6.

<sup>37</sup> Cf. BARAK, 28 ss.



50 par le fameux arrêt *Lüth* notamment<sup>38</sup>. Cet effet horizontal indirect n'est pas reconnu aux droits de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme, même s'il l'est par presque toutes les juridictions nationales qui appliquent la CEDH.

b. La révision du droit privé

Le niveau supérieur de l'effet horizontal indirect renforcé est celui de la révision du droit privé. Il s'agit de la révision des normes de droit privé applicables lorsqu'elle est nécessaire à leur conformité aux droits fondamentaux, parce que leur interprétation conforme ne suffit pas au respect des droits fondamentaux dans la sphère privée.

Ce modèle le plus incisif de l'effet horizontal indirect est recommandé par de nombreux auteurs<sup>39</sup>. Cet effet horizontal indirect renforcé n'est cependant pas reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme aux droits garantis par la CEDH, même s'il peut l'être par les juridictions nationales qui les appliquent. C'est ce que semble dire la clause générale de l'art. 35 al. 3 Cst. en droit suisse. Il va néanmoins plus loin que ce que la jurisprudence de la majeure partie des ordres juridiques européens est prête à reconnaître.

## B. Les obligations positives de l'Etat

### 1. La notion et les modalités de mise en oeuvre

Un nouveau venu s'impose depuis quelque temps sur la scène de l'effet des droits fondamentaux en droit privé européen, notamment grâce à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit des obligations positives de l'Etat, qui obligent l'Etat et non pas les particuliers comme l'effet horizontal indirect. Les obligations positives impliquent en effet la mise en oeuvre active de la part de l'Etat des droits fondamentaux dans la sphère publique, mais aussi dans la sphère privée. Elles correspondent donc au modèle vertical

<sup>38</sup> BVerfGE 7, 198 – *Lüth*.

<sup>39</sup> Cf. BARAK, 29 ss, 31 : “Integrated tools’ must exist between public law (the creator of the right) and private law (the granter of the remedy for the right). Where the right is recognized (in public law), the remedy must also be recognized (in private law): *ubi ius, ibi remedium*”. Contra : GERSTENBERG, *Constitutions*; GERSTENBERG, *European private law*, 774 ss.

classique de l'Etat comme destinataire des droits fondamentaux, même si elles sont positives et impliquent une intervention active dans la sphère privée plutôt qu'une simple abstention de la part de l'Etat. Par conséquent, les obligations positives servent certes la cause de l'effet horizontal des droits fondamentaux en droit privé<sup>40</sup>, mais elles ne le font qu'indirectement et en sont beaucoup moins controversées. La boucle semble donc être bouclée. L'effet horizontal tel qu'il est compris par certains s'identifie de plus en plus avec les obligations positives. On assiste donc à une responsabilisation progressive de l'Etat pour les violations interindividuelles des droits fondamentaux et cela par le biais de l'effet horizontal, qui était à l'origine un instrument de responsabilisation des individus pour les mêmes atteintes.

Le concept général d'obligation positive donne lieu à diverses concrétisations et conceptions<sup>41</sup>. Il peut s'agir, par exemple, d'obligations de l'Etat d'assurer certaines prestations positives matérielles, notamment en matière sociale, au sens de l'art. 12 Cst., d'accorder certains moyens procéduraux et institutionnels à l'exercice des droits fondamentaux en général, d'adopter certaines dispositions législatives et notamment pénales<sup>42</sup> afin de protéger certains biens juridiques ou encore de prendre certaines mesures concrètes de prévention des risques générés par des tiers ou des risques d'origine naturelle. Dans toutes les juridictions étudiées qui reconnaissent leur existence, les obligations positives donnent naissance à des

<sup>40</sup> Ceci explique pourquoi les obligations positives généralisées de toutes les autorités publiques sont parfois rangées par erreur dans la catégorie de l'effet horizontal indirect général. Cf. l'opinion dissidente du Juge Krieger dans la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Du Plessis v. De Klerk*, (1996) 3 S.A. 850, 914H-915D. Cela vaut aussi en droit britannique où l'on identifie les obligations positives de la jurisprudence CEDH avec un effet horizontal indirect beaucoup plus étendu que l'effet horizontal classique. Cf. notamment HUNT, *Horizontal effect*, 438. Contra : PHILLIPSON, 830-831 ; LEIGH, 840.

<sup>41</sup> Sur les différentes formes que peuvent prendre les obligations positives en droit suisse, cf. Markus SCHEFER, *Die Kerngehalte der Grundrechte*, Berne 2001, 276 ss (cité : Kerngehalte) ; BESSON, *Obligations positives*, 73 ss.

<sup>42</sup> Cf. la décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *X. et Y. c. Hollande*, 26 mars 1985, Série A, n. 91. Cf. aussi BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I* et BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch II*.



*prétentions subjectives et justiciables* à la protection positive de la part de toutes les autorités étatiques<sup>43</sup>.

Étant donné l'importance grandissante des obligations positives, il n'est pas surprenant que la jurisprudence ait rapidement rencontré des *difficultés* importantes avec cette nouvelle construction dogmatique. Ces difficultés sont multiples. Il s'agit notamment de la question du fondement juridique des obligations positives, de leurs critères de mise en œuvre ou encore des modalités de leur restriction, notamment en cas de conflit de droits, pour n'en mentionner que trois<sup>44</sup>. Il n'est pas lieu de traiter de ces questions en détail et j'y reviendrai brièvement en relation à la commodification des droits fondamentaux. Il est intéressant néanmoins de s'interroger ici sur les *institutions* concernées par les obligations positives de l'État, c'est-à-dire leurs destinataires institutionnels. En principe, les obligations positives de l'État s'adressent à tous ses organes : le juge (2.), le législateur (3.) et l'exécutif (4.). L'art. 35 al. 3 Cst., par exemple, prévoit expressément l'obligation positive pour toutes les autorités de mettre en œuvre dans la mesure du possible les droits fondamentaux dans les relations entre particuliers<sup>45</sup>. La même chose vaut dans le contexte de la CEDH<sup>46</sup>. Certains ordres juridiques, cependant, qui ne reconnaissent pas les obligations positives de manière générale, acceptent pourtant l'existence de certaines obligations positives du juge uniquement.

## 2. Les obligations positives du juge

Le juge est la première autorité concernée par les obligations positives de protection des droits fondamentaux entre particuliers. Il doit en

effet interpréter et appliquer le droit privé d'une manière qui protège les droits fondamentaux des particuliers.

En cela, l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux passe nécessairement par le respect des obligations positives de l'État<sup>47</sup>. Même si l'effet horizontal indirect vise d'abord à établir des obligations pour les particuliers, il requiert la participation active du juge et lui impose des obligations positives. Mais le contraire n'est pas nécessairement vrai : le respect des obligations positives du juge ne donne pas nécessairement lieu à un effet horizontal indirect. Il est important à cet égard de distinguer entre les obligations juridictionnelles verticales (2.1.) et les obligations juridictionnelles horizontales (2.2.).

### 2.1. Les obligations juridictionnelles verticales

Les obligations positives du juge peuvent être les seules obligations positives considérées dans un ordre juridique. C'est le cas des États-Unis ou du Canada qui ne reconnaissent l'effet des droits fondamentaux en droit privé qu'en présence d'une « *state action* », c'est-à-dire d'une activité étatique<sup>48</sup>. Ces juridictions voient par conséquent dans l'intervention judiciaire une activité étatique soumise au respect des droits fondamentaux de manière purement verticale et négative<sup>49</sup>.

Dans ces cas-là, les obligations positives du juge ne se doublent pas nécessairement d'un effet *horizontal* même indirect des droits

43

Cf. en droit allemand, Peter UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin 1996, 58 ; Albert BLECKMANN, *Staatsrecht II : Grundrechte*, 4<sup>ème</sup> éd., Cologne 1997, 219 ; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20<sup>ème</sup> éd., Heidelberg 1995, 350. Cf. dans le contexte de la CEDH, WILDHABER/BREITENMOSER, 74 ss ; FROEIN/PEUKERT, Art. 8, 9 ss. Cf. en droit suisse, SCHEFER, *Kerngehalte*, 266 ss qui se réfère à l'art. 12 Cst. et à l'ATF 121 I 367 ss.

44

Cf. sur toutes ces questions, BESSON, *Obligations positives* ; SCHEFER, *Kerngehalte*, Ch. C.

45

Cf. ATF 126 II 300.

46

Cf. Arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, Série A n° 106, Rec. 1998-VIII 3124, 3159.

47

Cf. UNRUH, 71 ss.

48

Cf. la décision de la Cour suprême américaine *Shelley v. Kraemer* 334 US 1 (1948) et la décision de la Cour suprême du Canada *R. v. W.D.S.U., Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573 révisée en 2002 par *R. v. W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 S.C.C. 8. Cf. aussi John NOWAK / Ronald ROTUNDA, *Constitutional Law*, 5<sup>ème</sup> éd., St Paul Minn. 1995, Ch. 12 ; Lawrence TRIBE, *Refocusing the 'State Action' Inquiry : Separating State Acts from State Actors*, in *Constitutional Choices*, Cambridge Mass. 1985, 246 ss.

49

On peut considérer par conséquent ces obligations juridictionnelles verticales comme un effet purement vertical des droits fondamentaux. Pour des raisons de ressemblance conceptuelle, il est utile néanmoins de les traiter parallèlement aux obligations juridictionnelles horizontales.



fondamentaux en droit privé<sup>50</sup>. Au contraire, elles découlent d'un effet *vertical* des droits fondamentaux, qu'implique la violation de ces droits par un organe de l'Etat. Il s'agit dans ce cas du juge de l'instance inférieure de par sa simple intervention dans une affaire mettant en cause les droits fondamentaux de particuliers, et ceci en l'absence de tout devoir de mise en œuvre de ces droits en droit privé par le biais de l'interprétation judiciaire et du contrôle de cette obligation positive par l'instance supérieure<sup>51</sup>.

## 2.2. Les obligations juridictionnelles horizontales

Dans la majeure partie des ordres juridiques européens, ainsi que dans le contexte de la CEDH, les obligations positives du juge sont additionnelles à d'autres obligations positives des différents organes de l'Etat. Elles les complètent dans le cadre de l'interprétation judiciaire. Dans ce cas-là, les obligations juridictionnelles impliquent presque toujours aussi un effet horizontal indirect des droits fondamentaux. L'obligation positive du juge revient en effet à interpréter et mettre en œuvre le droit privé conformément aux droits fondamentaux.

Il se peut même que ces obligations juridictionnelles horizontales soient les seules obligations positives dans un cas concret et qu'elles ne complètent pas d'autres obligations positives du législateur ou de l'exécutif. C'était le cas notamment dans le récent arrêt *Pla* dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu, en l'absence de violation d'obligations positives du législateur ou de l'exécutif, un certain effet horizontal indirect des droits de la CEDH en droit privé en vertu de la violation de l'obligation positive du juge

<sup>50</sup> Sur l'évolution jurisprudentielle récente, voir TUSHNET, State action; Cass SUNSTEIN, State Action is Always Present, in Chicago Journal of International Law 2002:3 465 ss.

<sup>51</sup> Cf. BARAK, 25 ss; Mark TUSHNET, The Relationship Between Judicial Review of Legislation and the Interpretation of Non-Constitutional Law, with Reference to Third-party effect, Manuscript prepared for presentation at 12<sup>th</sup> Annual Conference on "The Individual versus the State", Central European University, Budapest, June 18-19, 2004 (cité: Judicial review) sur cette différence entre la théorie de la « state action » et l'effet horizontal indirect.

civil qui n'avait pas interprété le droit des successions à la lumière des droits de la CEDH<sup>52</sup>.

## 3. Les obligations positives du législateur

Dans la majeure partie des ordres juridiques européens, ainsi que dans le contexte de la CEDH, les obligations positives s'étendent aussi au législateur qui doit protéger les droits fondamentaux en établissant des lois qui leur sont conformes. Le législateur privé peut devoir intervenir pour établir des règles de droit privé qui concrétisent un droit fondamental, par exemple<sup>53</sup>.

Il convient de bien distinguer les obligations positives du législateur de ses obligations négatives en vertu de l'effet *vertical* des droits fondamentaux. Les deux choses sont en principe bien distinctes, mais il se peut cependant que cet effet vertical des droits fondamentaux ait un effet en droit privé lorsque le législateur viole non pas ses obligations de mise en œuvre des droits fondamentaux par le droit privé, mais ses obligations verticales dans son activité de législation. En outre, il faut distinguer les obligations positives du législateur de l'effet *horizontal* indirect des droits fondamentaux lorsque celui-ci passe par la législation ou encore par une révision du droit. Même si l'effet horizontal indirect vise d'abord à établir des obligations pour les particuliers, il requiert la participation active du législateur dans ces cas-là et lui impose des obligations positives. C'est d'ailleurs par le biais des obligations positives du législateur que l'essentiel de l'effet horizontal s'opère; il existe en effet peu de domaines du droit privé aujourd'hui où l'intervention du juge se fait sans référence à une législation reconnaissant un certain effet horizontal à des droits

<sup>52</sup> Arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juillet 2004, 69498/01, CEDH 2004, § 59 : « Certes, la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme dans le cas d'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention. »

<sup>53</sup> Cf. les différents exemples de concrétisation législative du droit constitutionnel à connaître ses origines traités dans BESSON, Abstammung.



fondamentaux<sup>54</sup>. Néanmoins, le contraire n'est pas nécessairement vrai : le respect des obligations positives du législateur ne donne pas nécessairement lieu à un effet horizontal indirect.

#### 4. Les obligations positives de l'exécutif

Dans la majeure partie des ordres juridiques européens, ainsi que dans le contexte de la CEDH, les obligations positives s'étendent aussi à l'exécutif qui doit prendre les mesures nécessaires à protéger les droits fondamentaux des particuliers. En fait, la majeure partie des décisions jurisprudentielles concerne les obligations positives d'autorités exécutives. Il peut s'agir, par exemple, de mesures de police ou de protection de l'environnement.

#### C. Les avantages comparatifs du point de vue du droit privé

Il est temps de comparer les deux grands modes de constitutionnalisation ou d'humanisation du droit privé que sont l'effet horizontal, direct ou indirect, et les obligations positives.

Du point de vue du droit privé, il est clair que les mesures les moins incisives de l'autonomie du droit privé et de l'autonomie privée sont à privilégier. Ceci place donc les obligations positives avant l'effet horizontal indirect et l'effet horizontal direct<sup>55</sup>. Les obligations positives présentent en effet plusieurs qualités que l'effet horizontal direct et/ou indirect ne possède pas.

Elles évitent, tout d'abord, une intervention trop stricte du droit dans l'autonomie privée. Ce ne sont pas les particuliers qui sont responsables les uns envers les autres du respect des droits fondamentaux, mais l'Etat qui doit veiller à leur respect dans les relations interindividuelles. Il dépend dès lors beaucoup plus largement de l'appréciation des autorités étatiques de savoir quelles mesures prendre afin de protéger les droits fondamentaux entre particuliers et de peser les différents droits qui entrent en conflit<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Cf. TUSHNET, Judicial review.

<sup>55</sup> Cf. BESSON, Obligations positives, 69.

<sup>56</sup> Cf. BLECKMANN, 220-221.

Ensuite, l'institution des obligations positives permet de ménager davantage la *séparation des pouvoirs* et surtout la *coopération entre pouvoirs*<sup>57</sup>, en faisant peser la responsabilité de la mise en œuvre des droits fondamentaux sur le législateur et/ou l'exécutif plutôt que sur le juge uniquement<sup>58</sup>.

### III. Le risque de commodification des droits de l'homme: l'envers du décor

Il existe paradoxalement un important risque de commodification ou de mercantilisation des droits de l'homme dans l'humanisation du droit privé. Alors que le but premier de la constitutionnalisation du droit privé est la protection renforcée des droits de l'homme dans tous les domaines du droit, le résultat en droit privé peut malgré tout être contreproductif et aboutir à la privatisation du droit constitutionnel, et plus particulièrement à une dilution des standards de protection des droits fondamentaux de manière générale<sup>59</sup>. C'est en effet l'une des conséquences de la primauté de l'autonomie privée et des modes de raisonnement juridique du droit privé, lorsqu'ils sont appliqués sans pesée des intérêts extérieurs au droit privé ou sans que cette pesée se fasse à armes égales puisqu'elle est interne au droit privé, que les droits fondamentaux voient leurs contenu et limites se transformer dans leur application à la sphère privée<sup>60</sup>. Ceci est normal en soi, puisque, si les droits de l'homme influencent le mode de raisonnement juridique du droit privé, le droit privé influence aussi nécessairement les modes de raisonnement juridique en matière de droits de l'homme en retour<sup>61</sup>. Il convient néanmoins d'examiner le phénomène et de voir comment ménager ces transformations afin qu'elles n'affectent pas

<sup>57</sup> Cf. BESSON, Abstammung, 63-64.

<sup>58</sup> Sur l'importance de la séparation des pouvoirs pour le choix des modalités de constitutionnalisation du droit privé, voir TUSHNET, State action, 98.

<sup>59</sup> Sur une idée similaire, cf. GERSTENBERG, European private law, 782 : « Full privatisation of value determinations – in other words, elevation of property rights into a kind of *Grundnorm* from which to judge all the rest of the norms – would have something *dehumanising* in that it would deny the possibility of moral perception ».

<sup>60</sup> Cf. GERSTENBERG, Constitutions.

<sup>61</sup> Cf. FRIEDMANN / BARAK-EREZ, 3.



l'un des côtés du débat plus que l'autre et que le ménagement de l'autonomie du droit privé lors de constitutionnalisation du droit privé ne se fasse pas au prix uniquement des droits fondamentaux, comme cela semble souvent être le souci dominant<sup>62</sup>.

Dans cette section, il s'agira tout d'abord d'expliquer brièvement ce que j'entends par commodification des droits de l'homme (A.), avant d'examiner ensuite les dangers liés à l'effet horizontal indirect et aux obligations positives. La commodification des droits de l'homme est en effet renforcée par l'application unilatérale des modèles de constitutionnalisation du droit privé examinés jusqu'ici. Il faut par conséquent distinguer les dangers de l'effet horizontal indirect (B.) de ceux que présentent les obligations positives (C.).

#### A. La commodification des droits de l'homme

Sans viser à l'exhaustivité, il est possible de mentionner deux dimensions principales au danger de commodification des droits de l'homme<sup>63</sup> : la primauté de l'autonomie privée (1.) et l'objectivité du raisonnement économique (2.).

##### 1. La primauté de l'autonomie privée

Le premier danger réside dans le fait de laisser au droit privé et à ses acteurs le soin de mettre en œuvre les droits fondamentaux dans la sphère privée et de peser les intérêts en présence suivant un mode de raisonnement de droit privé. Ceci implique en effet de ne pas remettre en question la primauté de l'autonomie privée et de la liberté contractuelle<sup>64</sup>. L'autonomie privée et la justice contractuelle sont certes très importantes dans une société libérale, mais elles ne constituent qu'une dimension de la justice parmi d'autres. Elles doivent donc pouvoir être mises en balance avec d'autres droits

<sup>62</sup> Cf. p.ex. ELLGER, 175 ss.

<sup>63</sup> Il faut remarquer que la commodification des droits fondamentaux par l'usage de justifications de type contractuel s'applique *mutatis mutandis* à la commodification de ces droits par la référence à l'autonomie privée de manière plus générale dans d'autres domaines du droit civil.

<sup>64</sup> Sur les explications socio-économiques du choix des modalités de la constitutionnalisation du droit privé, voir TUSHNET, *State action*, 92 ss.

fondamentaux et leur céder le pas dans certains cas, même si elles peuvent bien sûr aussi l'emporter selon le contexte<sup>65</sup>.

#### 2. L'objectivité du raisonnement économique

Un deuxième danger, plus discret, mais qui est lié au premier, tient à la fausse objectivité ou neutralité de la loi du marché et du raisonnement économique. C'est le cas, par exemple, lorsque la protection des droits fondamentaux en droit privé est défendue au motif de l'efficacité économique<sup>66</sup>. Qui n'a jamais entendu le respect des droits de l'homme en droit privé être défendu pour des motifs liés à l'équilibre général de l'échange et aux besoins du marché ? Dans ces cas, la violation des droits de l'homme ne se voit dénoncée qu'au titre de corruption du marché (« *market failure* »)<sup>67</sup>. Même si les bénéfices économiques de la protection des droits de l'homme peuvent être vérifiés à long terme, cette protection ne saurait simplement être assimilée à un intérêt économique dans tous les cas.

On retrouve la même difficulté lorsque le marché n'est plus seulement invoqué à titre de justification de la protection des droits fondamentaux, mais aussi de leur restriction, puisque leur raison d'être en droit privé repose sur un argument économique. Dans ces conditions, l'argument de « décommodification du dedans », qui voudrait que par une réinterprétation convergente des buts économiques et des buts de protection des droits fondamentaux l'on parvienne à justifier économiquement la protection et la restriction des droits de l'homme, commodifie en fait ces droits de manière encore plus sournoise<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Cf. GERSTENBERG, *European private law*, 782.

<sup>66</sup> Cf. Samantha Besson, *Discrimination and Freedom of Contract*, in *International Journal of Discrimination and the Law* 1999/3 269 ss (cit.: *Discrimination*); Besson, *Egalité horizontale*, 411 ss.

<sup>67</sup> Cf. ELLGER, 175 ss.

<sup>68</sup> Sur l'argument de la « *decommodification from within* », cf. Alexander SOMEK, *Antidiscrimination and Decommodification*, in CNAR Dilek (éd.), *Doing Justice to Diversity*, Aldershot 2005 (cit.: *Antidiscrimination*) et une réponse dans Samantha Besson, *Social Goods, Market Forces and Antidiscrimination Laws*, Comment on "Antidiscrimination and Decommodification", in CNAR Dilek (éd.), *Doing Justice to Diversity*,



## B. Les dangers de l'effet horizontal indirect

Pour saisir l'ampleur du danger de commodification qu'implique l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux par le biais du droit privé, il suffit de mentionner deux éléments propres au raisonnement de droit privé que l'on retrouve dans l'interprétation conforme de ce droit : les justifications économiques de droit privé (1.) et les tests de proportionnalité du droit privé (2.).

### 1. Les justifications économiques de droit privé

Les justifications économiques que le droit privé reconnaît peuvent permettre à certaines violations des droits fondamentaux d'être excusées, alors qu'elles ne le seraient pas aussi facilement si le raisonnement juridique appliqué était celui du droit public ou du moins un mode de raisonnement qui permette une pesée équilibrée des intérêts privés et publics en présence. Il suffit de penser à l'employeur qui discrimine les femmes de manière indirecte en discriminant les travailleurs à temps partiel pour des raisons économiques. Nous reconnaissons aujourd'hui très largement en Europe que la justification économique de la discrimination puisse être acceptée à certaines conditions dans un tel cas, alors qu'elle ne peut pas l'être en matière de discrimination directe.<sup>69</sup>

Même s'il n'est pas possible de renoncer entièrement à la possibilité de justifications économiques dans le domaine de la restriction des droits fondamentaux en droit privé, leur usage devrait être plus sérieusement et clairement limité. Un des moyens de ce faire réside dans le développement de critères adéquats de pesée des intérêts en présence et dans un degré strict de proportionnalité requis entre la restriction des droits fondamentaux et sa justification économique. Pour l'heure, les jurisprudences européennes n'en prennent malheureusement pas la voie.

---

Aldershot 2005 (cité: Social goods). Cf. plus généralement, BESSON, Egalité horizontale, 1606 ss.

<sup>69</sup> Cf. SOMEK et ma réponse dans BESSON, Social Goods. Cf. plus généralement, BESSON, Egalité horizontale, 1606 ss.

### 2. Tests de proportionnalité de droit privé

Les tests de proportionnalité de droit privé posent des problèmes de commodification analogues. Le degré de proportionnalité exigé est en effet en général plus lâche en droit privé qu'en droit constitutionnel.

Par exemple, une personne peut être discriminée indirectement mais de manière justifiée par son employeur pour autant que la raison pour laquelle elle est discriminée se trouve en relation objective avec la différence de traitement qu'elle subit. Le degré de spécificité de cette relation de proportionnalité est beaucoup plus lâche dans le contexte de relations privées que dans le domaine public. C'est le cas notamment de ce qui est requis des justifications économiques dans le domaine de la discrimination indirecte, qui se voient par conséquent systématiquement acceptées en pratique<sup>70</sup>. Même s'il est possible de concevoir des tests de proportionnalité plus stricts en droit privé, les jurisprudences européennes ne font pas actuellement montre de vouloir le faire<sup>71</sup>.

### C. Les dangers des obligations positives

Les obligations positives, du type de celles que génèrent la CEDH et les garanties constitutionnelles nationales, ne passent pas nécessairement par les modes de raisonnement du droit privé, même si elles le font souvent. En cela elles protègent mieux les droits fondamentaux des particuliers. Elles ne sont pourtant pas à l'abri des dangers et en particulier des dangers suivants : la marge d'appréciation des autorités publiques (1.), les justifications économiques du droit public (2.) et les tests de proportionnalité du droit public (3.).

---

<sup>70</sup> Cf. l'échange entre SOMEK, Antidiscrimination et BESSON, Social goods.

<sup>71</sup> Suite à l'arrêt C-170/84 *Bilka Kaufhaus c. von Hartz Rec.* 1986 I 1607, la Cour de justice des communautés européennes, par exemple, a réduit son test de proportionnalité à l'existence d'un but de politique sociale légitime *même en l'absence d'une nécessité objective* des moyens par rapport aux buts poursuivis : cf. l'arrêt C-371/93, *Nolte Rec.* 1995 I 4625. De même, en droit américain, après les espérances générées par l'arrêt *Griggs v. Duke Power Co* (1971) 401 US 424, le standard a été dilué par l'arrêt *Wards Cove v. Atonio* (1989) 490 US 642 et le Civil Rights Act 1991 s. 105.



### 1. La marge d'appréciation des autorités publiques

Les obligations positives, telles qu'elles ont été développées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi par les juridictions nationales, connaissent d'importantes limitations qui ont trait à la marge d'appréciation des autorités publiques. Ces dernières se voient en effet reconnaître une certaine marge dans la détermination des mesures à prendre afin de respecter leurs obligations positives. Ces mesures sont donc d'emblée limitées, avant même que leur étendue ait pu être déterminée<sup>72</sup>.

Etant donné que l'objet d'une obligation positive est une *action* et non pas une *omission*, il est en effet plus difficile de le dégager des garanties constitutionnelles des droits fondamentaux que dans le cas des droits négatifs classiques. Dans ce dernier cas, en effet, ce qu'il ne faut pas faire découle très clairement de ces droits. En matière d'obligations positives, par contre, c'est de l'interprétation constitutionnelle que ressortent les contours de l'action requise. La pratique en déduit donc que le *pouvoir d'appréciation des autorités* quant aux moyens de mise en œuvre de leurs obligations doit être très large<sup>73</sup>. Le pouvoir d'appréciation des autorités peut être plus ou moins fort selon les *circonstances*. Tout d'abord, on distingue entre un pouvoir d'appréciation fort quant à la *manière de mettre en œuvre les obligations positives* et un pouvoir d'appréciation limité quant à la *nécessité de les mettre en œuvre d'une manière efficace*. Ensuite, on distingue en général entre le pouvoir d'appréciation du *législateur* qui est en théorie plus important en raison du principe de la réserve de la loi, et le pouvoir d'appréciation de l'*exécutif* que la jurisprudence restreint plus facilement<sup>74</sup>. Finalement, il demeure que le pouvoir d'appréciation des autorités, même lorsqu'il est relativement fort, n'est *jamais absolu* ; sinon il viderait de sens l'idée d'un droit subjectif au respect des obligations positives de l'Etat. La doctrine et

<sup>72</sup> Cf. BESSON, Obligations positives, 83 ss.

<sup>73</sup> En jurisprudence comparée, voir pour la CEDH : arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, Série A n° 106, Rec. 1998-VIII 3124, 3159-3160 ; pour le droit allemand : BVerfGE 56, 54, 70-71, 81 – *Fluglärm* et BVerfGE 46, 160, 164 – *Schleyer* ; et pour le droit suisse : ATF 126 II 300, 315.

<sup>74</sup> Cf. BLECKMANN, 235.

la jurisprudence établissent donc, mais à contrecoeur et d'une manière peu systématique, des *critères de mise en œuvre de ces obligations*.

Un critère qu'on retrouve souvent dans la jurisprudence et la doctrine, même si la terminologie varie, est celui du *caractère adéquat et raisonnable* des mesures à prendre au vu du danger d'atteinte au droit protégé. Une fois que ce plancher minimal de protection est assuré, les droits fondamentaux sont réputés être protégés de manière suffisante et les obligations positives de l'Etat sont réputées respectées. Ces critères directs sont cependant extrêmement *minimaux*. Les tribunaux font en effet montre d'une certaine *réticence* à dicter une ligne de conduite plus incisive au législateur. La question des critères minimaux de mise en œuvre des obligations positives demeure donc une question insuffisamment traitée pour l'heure.

### 2. Les justifications économiques de droit public

Ce qui est plus inquiétant encore, c'est que cette marge d'appréciation est conditionnée précisément par des justifications économiques.

Le respect du pouvoir d'appréciation des autorités liées par les obligations positives en question trouve sa *justification* notamment dans le problème des *ressources limitées de l'Etat*<sup>75</sup>. Les autorités peuvent en effet se prévaloir du manque de ressources pour justifier le non-respect de leurs obligations positives. Même si ce genre de justifications peut en soi être accepté, il convient de les limiter par des critères minimaux d'application. Ni les pratiques jurisprudentielles nationales ni la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont cependant encore défini des critères précis à cet égard, comme le montre la section suivante.

### 3. Tests de proportionnalité de droit public

Les tests de proportionnalité que l'on trouve dans les décisions nationales et les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

<sup>75</sup> Cf. pour ces critiques Ulrich HAFELIN / Walter HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5<sup>ème</sup> éd., Zurich 2001, 267 ; Yvo HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd 2 Grundrechte, Zurich 1982, 32 s. ; Jean-François AUBERT, La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et le législateur, in Festschrift für Kurt Eichenberg, Bâle/Francfort-sur-le Main 1982, 163 ss ; SCHFER, Kerngehalte, 249. Cf. en droit allemand, UNRUH, 61.



en matière de restrictions d'obligations positives laissent à désirer. La difficulté propre à l'application du test de proportionnalité aux obligations positives est qu'il est difficile de juger *a posteriori* de ce qui est disproportionné et de ce qui ne l'est pas dans un domaine où la marge d'appréciation est si grande. Habituellement, en effet, la question de la proportionnalité de la restriction est une question de droit soumise au degré de contrôle judiciaire ordinaire. Dans le cas des obligations positives, ce contrôle est *de facto* limité à l'arbitraire<sup>76</sup>.

Il y a deux critères principaux utilisés dans le cadre du contrôle de proportionnalité des violations d'obligations positives : le caractère *raisonnable* des mesures et leur caractère *adéquat*<sup>77</sup>. Afin d'éviter de vider les obligations positives de tout sens et de toute possibilité de contrôle de constitutionnalité de leurs restrictions, la question qui se pose est dès lors celle de savoir s'il ne faudrait pas prévoir un contrôle de proportionnalité propre aux obligations positives. Il serait notamment intéressant de savoir si, au-delà du contrôle limité à l'arbitraire de la marge d'appréciation des autorités publiques, il existe un *seuil minimal de protection* en dessous duquel il n'est pas possible d'opérer<sup>78</sup>. En droit allemand, on parle d'un « *Untermassverbot* » par opposition à l'« *Übermassverbot* » qui s'applique lors du contrôle de proportionnalité des restrictions aux droits négatifs de défense classiques<sup>79</sup>. Cela signifie qu'il y a des circonstances dans lesquelles le pouvoir d'appréciation des autorités en cause est *réduit à une marge minimale voire inexistante* lors du contrôle judiciaire de constitutionnalité du respect des obligations positives. Un tel standard minimal de protection ne semble pas exister dans toutes les juridictions. Il n'existe pas, par exemple, en droit suisse<sup>80</sup>. Un tel standard existe, par contre, dans d'autres juridictions ou dans d'autres circonstances et, plus généralement, dans la majorité des décisions les plus récentes sur la question. Il existe, par exemple, dans la

<sup>76</sup> Cf. Béatrice WEBER-DÖRLER, Grundrechtseingriffe, in ZIMMERLI Ulrich (éd.), Die neue Bundesverfassung, Berne 2000, 131 ss, 154.

<sup>77</sup> Cf. Arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, Série A n° 106, Rec. 1998-VIII 3124, 3160.

<sup>78</sup> Cf. UNRUH, 83 ss sur l'histoire doctrinale de cette construction.

<sup>79</sup> Cf. BVerfGE 88, 203, 254 s. - *Schwangerschaftsabbruch II*.

<sup>80</sup> Cf. ATF 126 II 300, 315. Cf. WEBER-DÖRLER, 153 sur cette question.

jurisprudence de la CEDH, même si la Cour n'est malheureusement pas très claire sur le contenu exact de ce seuil<sup>81</sup>. La question des critères applicables aux restrictions des obligations positives, et notamment celle des critères minimaux de protection demeurent par conséquent une question insuffisamment traitée pour l'heure.

#### IV. Vers une véritable humanisation du droit privé

Même si l'effet horizontal indirect et les obligations positives présentent d'importants avantages du point de vue de la sauvegarde de l'autonomie du droit privé, ces modes de constitutionnalisation ou d'humanisation du droit privé présentent aussi d'importants désavantages du point de vue de la protection des droits fondamentaux. Il est important par conséquent de reconsidérer certaines des modalités de constitutionnalisation du droit privé (A.) et de repenser par la même occasion la distinction désormais bien éculée entre droit public et droit privé (B.).

##### A. Les modalités de constitutionnalisation du droit privé

Il est important tout d'abord de repenser les modalités de constitutionnalisation du droit privé afin de mieux prendre en compte non seulement l'intérêt de l'autonomie privée, mais aussi celui des droits fondamentaux et d'assurer ainsi que la pesée de ces intérêts se fasse de la manière la plus ouverte possible. Il ne s'agit donc pas de revenir fondamentalement sur l'attention particulière qui est donnée à l'autonomie privée et de reprendre le vieux débat sur l'effet horizontal direct ou indirect, mais bien plutôt d'apporter des solutions plus *constructives* au problème qui nous occupe en travaillant sur les modalités de la constitutionnalisation du droit privé les plus largement

<sup>81</sup> Cf. Arrêt *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, Série A n° 303-C 38, Rec. 1994 et Arrêt *Guerra c. Italie*, 19 février 1998, Série A, Rec. 1998-I 210. Pour une critique des critères de mise en œuvre des obligations positives, cf. Marco BORGHI, La CEDH: un fondement pour des prestations positives de la part de l'Etat?, in BIEBER Roland (éd.), Protection des droits fondamentaux en Europe, Berne 2001, 37 ss, 38-39 ; SUDRE, 380.



choisies en pratique, c'est-à-dire l'effet horizontal indirect et les obligations positives<sup>82</sup>.

Il ne sera pas possible ici d'entrer dans le détail de ces modalités et je me contenterai de distinguer quelques grandes orientations quant aux divers choix à prendre dans ce contexte. Ces différentes propositions de révision mêlent des considérations institutionnelles à des considérations de politique constitutionnelle et législative.

### 1. Constitution ou législation

Il est important de commencer par déterminer si la protection des droits fondamentaux des particuliers entre eux est régie au mieux par la Constitution ou la législation. Suffit-il de se fonder sur les garanties constitutionnelles de ces droits ou est-il nécessaire de développer une législation *ad hoc* ? Si l'on se réfère à l'exemple de la lutte contre les discriminations entre particuliers, les pratiques nationales divergent. En Suisse, par exemple, nous avons depuis quelques années une Loi fédérale sur l'égalité (LEg. ; RS 151.1) qui interdit les discriminations entre particuliers fondées sur le sexe qui a comblé les lacunes de la protection constitutionnelle en la matière, alors qu'au Royaume-Uni l'on en revient et l'on découvre les avantages du « *Human Rights Act* » et de la protection constitutionnelle en matière de lutte anti-discriminatoire par rapport aux lois anti-discriminatoires disparates qui s'appliquaient jusqu'ici<sup>83</sup>.

Pour des questions de garanties procédurales, les garanties constitutionnelles *générales* forment une base nécessaire à une protection équilibrée et irréversible de tous les intérêts en présence. Elles peuvent cependant avantageusement être complétées par des mesures législatives qui précisent les droits protégés et leurs modalités

<sup>82</sup> De manière plus générale, il est important de souligner le glissement de la responsabilité pour la commodification des droits de l'homme de la sphère privée elle-même à la sphère de *réglementation* de la sphère privée. Cf. SOMEK, Antidiscrimination ; TUSHNET, Judicial review. Il faut remarquer à cet égard que la révision des modalités de constitutionnalisation du droit privé n'exclut nullement l'adoption d'autres modalités de protection renforcée des intérêts et valeurs protégés par les droits fondamentaux, comme la garantie de droits économiques et sociaux, etc.

<sup>83</sup> Cf. Besson, Egalité horizontale, 1352 ss.

de protection de manière plus *détaillée* mais aussi plus flexible<sup>84</sup>. Comme je l'ai précisé plus haut, l'effet horizontal indirect est garanti au mieux s'il donne lieu non seulement à une interprétation judiciaire conforme aux droits fondamentaux, mais aussi à la possibilité de révision législative dans certains cas, ce qui semble corroborer la complémentarité des moyens constitutionnels et législatifs dans ce domaine<sup>85</sup>.

### 2. Droit public ou droit privé

Une deuxième question à laquelle il convient de réfléchir est celle de la nature privée ou publique de la législation adoptée à des fins de protection des droits fondamentaux entre particuliers. Par exemple, dans le contexte de la lutte anti-discriminatoire, la doctrine s'est longtemps interrogée sur les avantages des mécanismes de protection du droit public par rapport à ceux du droit privé voire même du droit pénal<sup>86</sup>.

Pour les raisons données précédemment, les mécanismes législatifs de droit public semblent plus à même d'opérer une représentation et une pesée équitable de tous les intérêts et valeurs constitutionnelles en présence. Il est cependant intéressant de prévoir des garanties législatives hybrides qui mêlent garanties procédurales et voies de droit de droit public à des garanties de fond de droit privé ou vice-versa<sup>87</sup>. C'est le cas, par exemple, de la Loi fédérale sur l'égalité, mais aussi d'autres formes récentes de législation de protection des droits fondamentaux que l'on désigne comme du « droit privé-public » (« *öffentliches Privatrecht* »).

### 3. Contrôle strict ou lâche de proportionnalité

Une troisième question est celle du contrôle de la proportionnalité des restrictions des droits fondamentaux opérées entre particuliers.

<sup>84</sup> Cf. Samantha Besson, The Morality of Conflict, Reasonable Disagreement and the Law, Oxford 2005, Ch. 9 (cité: Morality), sur les avantages et les désavantages de la législation en matière de droits fondamentaux.

<sup>85</sup> Cf. TUSHNET, Judicial review.

<sup>86</sup> Cf. Besson, Egalité horizontale, 1352 ss.

<sup>87</sup> Cf. Besson, Egalité horizontale, 1352 ss pour des propositions plus concrètes en matière de lutte anti-discriminatoire.



Même si l'effet horizontal est assuré en partie par des moyens de droit privé, il est important d'assurer un contrôle strict de la proportionnalité, notamment lorsque les justifications économiques de restrictions des droits fondamentaux sont considérées comme acceptables. Toutes les considérations constitutionnelles en jeu doivent pouvoir être mises en balance de manière égale et sans priorités prédéfinies.

#### 4. Juge ou législateur

Une quatrième question est celle de l'importance du rôle du juge dans la mise en œuvre des droits fondamentaux en droit privé. Si l'on conçoit qu'il faille adopter de la législation complémentaire aux garanties constitutionnelles des droits fondamentaux, cela implique le risque de diminuer d'autant le rôle du juge dans l'interprétation de ces garanties.

Comme nous l'avons vu, la majeure partie de l'effet horizontal direct ou indirect des droits fondamentaux est assurée par les juges en pratique, qu'ils soient ou non responsables en vertu d'obligations positives. Cela permet de garantir une justice individuelle qui prenne la mesure de chaque cas. Mais la justice individuelle devrait dans tous les cas être complétée de mesures de protection législatives minimales et générales, qui permettent de prendre en compte des intérêts plus généraux et d'éviter de devoir décider à nouveau sur toutes les questions lors de chaque décision<sup>88</sup>. Il est important d'obtenir la protection des intérêts la plus complète possible et chaque institution est à même de proposer des modalités de protection adéquates et complémentaires selon les différentes possibilités de restriction des droits fondamentaux<sup>89</sup>.

#### 5. Juridiction constitutionnelle ou ordinaire

La question qui suit généralement directement la précédente est celle du type de juridiction à préconiser. Faut-il soumettre les conflits de droits horizontaux à une juridiction constitutionnelle ou suffit-il de

s'en remettre à la juridiction ordinaire ? Est-ce que, le cas échéant, la juridiction constitutionnelle doit avoir le pouvoir de contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité des décisions des juridictions ordinaires et/ou de la législation<sup>90</sup> ?

Etant donné les considérations antérieures sur les défauts du « tout droit privé », une certaine constitutionalisation de la procédure est à recommander lors de la mise en œuvre des droits fondamentaux en droit privé. Il s'agit cependant d'une question difficile qui relève de considérations historiques et politiques plus vastes<sup>91</sup>. Il est clair néanmoins que même dans le cadre d'une juridiction ordinaire, des correctifs procéduraux d'origine constitutionnelle doivent être prévus, soit en matière de degré de proportionnalité soit de renversement du fardeau de la preuve. Il est important en outre de s'assurer de la prise en compte de tous les intérêts et droits constitutionnels protégés dans la mise en balance du droit à l'autonomie privée.

#### 6. Hiérarchie abstraite ou pondération concrète des droits

Finalement, une dernière question, à laquelle il conviendrait d'apporter plus d'attention, est celle de la résolution des conflits de droits fondamentaux. Ces conflits se posent en effet de manière systématique dans le contexte de l'effet horizontal des droits fondamentaux, bien qu'ils ne lui soient pas propres<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> Cette question est au cœur de l'ATF 129 III 35, 41-42, puisque le choix des bonnes mœurs, et non pas de l'art. 35 al. 2 Cst. comme base de l'effet horizontal des droits fondamentaux, s'expliquerait par les craintes que suscite une condamnation constitutionnelle du législateur.

<sup>91</sup> Sur la relation entre les modalités de l'effet horizontal et les données historiques, sociales et politiques d'un système constitutionnel, voir TUSHNET, *State action*, 84 ss. Sur les implications de l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales sur la constitutionnalisation du droit privé suisse, voir BESSON, *Obligations positives*, 92. Sur les implications du fonctionnement de la juridiction constitutionnelle sur la théorie de l'effet horizontal en droit allemand, voir STARCK, 111.

<sup>92</sup> C'est une erreur commune que de considérer que l'effet horizontal des droits fondamentaux soit la seule cause des conflits de droits fondamentaux et que le problème de la pesée des intérêts et droits en conflit doive être résolu par ceux qui défendent l'effet horizontal des droits fondamentaux. Cf. p.ex. BARAK, 35 ss. Il est entièrement possible en effet d'imaginer le conflit des obligations positives ou négatives de l'Etat envers différents particuliers, et non seulement le conflits des obligations de ces particuliers les uns envers les autres. Certes,

<sup>88</sup> Cf. BESSON, *Morality*, Ch. 9 sur les rapports entre législateur et juge en matière de protection des droits fondamentaux.

<sup>89</sup> Cf. BESSON, *Abstammung*, 63-64 sur la coopération entre pouvoirs en matière de concrétisation des droits fondamentaux. Cf. aussi TUSHNET, *Judicial review*.



Leur résolution est généralement laissée à l'appréciation des juges, en raison du peu de sens des hiérarchies abstraites de droits qui sont des intérêts fondamentaux relatifs les uns aux autres et dont la protection concrète doit nécessairement varier en fonction du contexte et donc des autres droits avec lesquels ils entrent en conflit<sup>93</sup>. Il est néanmoins possible, bien qu'encore peu fréquent, de prévoir des critères minimaux de pondération abstraite de ces droits qui assurent la protection de leur noyau intangible notamment. Ces critères minimaux permettent aussi de soulager le système judiciaire et d'éviter les différences de traitement, sans pour autant remettre en cause l'importance de la justice individuelle<sup>94</sup>.

## B. La distinction entre droit public et droit privé revue et corrigée

Après cette présentation rapide des quelques questions auxquelles il est nécessaire de répondre afin de prévenir la privatisation des droits fondamentaux par la constitutionnalisation du droit privé, le moment est venu de reconsidérer la distinction entre droit public et droit privé elle-même. Il est certes important de ménager les droits fondamentaux et d'être conscient des préjugés que nous impose le raisonnement de droit privé, mais que restera-t-il du droit privé après tout cela ? Après tout, l'autonomie privée est un des fondements de notre société libérale et un droit fondamental au même titre que d'autres droits fondamentaux.

A nouveau, l'approche proposée est générale et schématique et ne vise à l'exhaustivité ni historique ni conceptuelle<sup>95</sup>. Elle considère d'abord le droit national en ce qu'elle vise à replacer le droit constitutionnel au cœur de l'ordre juridique suisse (1.), mais elle considère ensuite le

les conflits d'obligations de l'Etat envers des particuliers ne mettent pas en cause que des droits et intérêts privés, mais aussi des intérêts publics. Les intérêts privés de certains particuliers peuvent néanmoins devenir des intérêts publics de l'Etat face à d'autres particuliers et devoir par conséquent être pris en compte dans la pesée des intérêts. Cf. Besson, *Morality*, Ch. 12.

<sup>93</sup> Cf. Besson, *Morality*, Ch. 12.

<sup>94</sup> Cf. Besson, *Abstammung*, 66 ss.

<sup>95</sup> Voir sur cette question, la contribution de Markus Schefer dans cet ouvrage.

potentiel de la CEDH dans ce travail de recentrage des droits fondamentaux en droit privé national (2.).

## 1. Le droit privé sous l'ombrelle du droit constitutionnel

Il est important de commencer par repenser le droit privé sous l'ombrelle du droit constitutionnel et des droits fondamentaux en particulier. Le droit constitutionnel est en effet la norme suprême dans l'ordre juridique. Les droits fondamentaux se trouvent par conséquent au fondement de tous les autres domaines juridiques dont le droit privé<sup>96</sup>. C'est à un ordre juridique unique et cohérent que nous avons à faire, qui tente d'ordonner des valeurs souvent en conflit dans un ordre de valeurs qui soit le plus consistant possible dans son ensemble<sup>97</sup>. C'est ce que souligne l'art. 35 al. 1 Cst, selon lequel « les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique ».

Le droit privé doit apprendre par conséquent à accommoder davantage les valeurs qui ne sont pas ses valeurs premières et qui pourtant le sous-tendent à l'origine. Ceci implique de prendre conscience de ses *a priori* et de trouver un nouvel équilibre avec d'autres valeurs fondamentales qui sont tout aussi importantes, si ce n'est plus, que l'autonomie privée et l'efficacité économique. Le droit privé ne peut demeurer entièrement étanche à ces considérations, sans véritable pesée des intérêts et d'une manière totalement détachée de ce qui rend l'ordre juridique vivant, c'est-à-dire toutes les valeurs et droits constitutionnels sur lesquels il repose comme la dignité humaine ou l'autonomie morale. L'art. 28 Code Civil (CC ; RS 210) et les bonnes mœurs ne peuvent y répondre à eux tous seuls sans référence aux valeurs et droits fondamentaux qui les sous-tendent<sup>98</sup>. Il est stérile de vouloir trouver toutes les solutions à des problèmes sociaux de plus en plus complexes au sein des ressources du droit privé uniquement. La 1ère Cour civile du Tribunal fédéral ne l'a malheureusement pas

<sup>96</sup> Cf. Besson, *Abstammung*, 65; Thomas Cottier, *Die Suche nach der eigenen Herkunft: Verfassungsrechtliche Aspekte*, Beihefte zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Heft 6, Basel 1987, 19.

<sup>97</sup> Cf. Barak, 28.

<sup>98</sup> Contra: Heinz Hausheer, *Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklungen und Recht*, Zeitschrift des Bernischen Juristen Vereins 2003/139 585 ss, 598, 601.



compris, si l'on se fie à son arrêt récent 129 III 35 *La Poste*. Dans cet arrêt, en effet, le TF a décidé de déduire une obligation de contracter du droit privé uniquement, et des bonnes mœurs en particulier, en renonçant à établir la responsabilité de droit constitutionnel des organismes privés comme La Poste dont les services sont néanmoins clairement publics au sens de l'art. 35 al. 2 Cst.<sup>99</sup>, voire même à s'aventurer sur la voie d'une complémentarité réglementaire entre droit privé et droit public pour ce qui touche à des organismes « quasi-publics » dans le cadre de l'effet horizontal indirect prévu par l'art. 35 al. 3 Cst.<sup>100</sup>

La lecture proposée du droit privé n'implique pas néanmoins l'abandon de la spécificité et de l'autonomie du droit privé, comme ceci semble découler des théories dites « dogmatiques » du droit public qui célèbrent une stricte dichotomie et hiérarchie entre le droit privé et le droit public.<sup>101</sup> Bien au contraire, elle renforce le droit privé. Les dimensions qui font cette spécificité et cette autonomie sont en effet la flexibilité et la richesse des moyens réglementaires procéduraux à disposition en droit privé. C'est d'ailleurs ce qui fait la force du droit privé et sa complémentarité au droit constitutionnel dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. Ces deux dimensions ne peuvent cependant subsister que grâce au re-

<sup>99</sup>

ATF 129 III 35, 40, cons. 5.2.

<sup>100</sup>

ATF 129 III 35, 41-42, cons. 5.3 et 5.4: "Damit kann festgehalten werden, dass keine Grundrechtsbindung gemäss Art. 35 Abs. 2 BV besteht, weil die Post im hier interessierenden Bereich keine staatlichen Aufgaben wahrnimmt. Desgleichen fällt eine spezielle Grundrechtsbindung der Post in ihrer Eigenschaft als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts ausser Betracht, wie sie in der Literatur teilweise aus Art. 35 Abs. 1 und 3 BV abgeleitet wird, weil der Gesetzgeber klar bestimmt hat, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste gleich gestellt ist wie ihre private Konkurrenz. Wenn aber eine spezielle Grundrechtsbindung der Post bei der Erbringung der Wettbewerbsdienste abzulehnen ist, liesse sich eine Bindung an die Grundrechte nur mit einer *Drittwirkung der Grundrechte* - d.h. der Geltung der Grundrechte im Rechtsverkehr der Privaten untereinander - begründen. Diese Diskussion ist im vorliegenden Fall *entbehrlich*, weil sich im Folgenden *aufgrund rein privatrechtlicher Überlegungen ergeben wird, dass die Post nicht berechtigt war, die Beförderung der "VgT-Nachrichten"* und "ACUSA-News" zu verweigern." (mis en évidence par l'auteur).

<sup>101</sup>

Cf. HAUSHEER, 598-601 sur le dogmatisme du droit constitutionnel et les dangers de sa pénétration en droit privé. Contra : BESSON, Abstammung, 65.

questionnement constant qu'implique l'ordre constitutionnel des valeurs et au réalignement qui en résulte avec les valeurs qui font leur force : c'est-à-dire les droits et libertés fondamentales et par conséquent la démocratie qui seule permet de ménager la flexibilité et l'autonomie du droit privé. Il est important par conséquent de souligner l'interdépendance entre l'autonomie privée et le respect des droits fondamentaux. Sans la première, les seconds n'auraient pas véritablement de sens ni de manière d'être mis en œuvre avec la flexibilité et la technicité requises. Mais sans les droits fondamentaux, l'autonomie privée ne saurait maintenir son équilibre déontologique ni même se doter des moyens nécessaires à sa mise en œuvre.<sup>102</sup> Plus généralement, il est désormais crucial de saisir la *complémentarité réglementaire* entre droit constitutionnel et droit privé dans la résolution de problèmes communs dans un ordre juridique cohérent et le besoin d'assurer ensemble une protection aussi complète que possible des droits fondamentaux.<sup>103</sup>

## 2. *La CEDH et l'instigation d'un patriotisme constitutionnel en droit privé européen*

Quant au rôle de la CEDH dans ce travail de recentrage des droits fondamentaux en droit privé national, il est important de saisir son potentiel non pas seulement pour l'humanisation du droit privé, comme nous l'avons vu dans le contexte des obligations positives notamment, mais aussi dans la lutte contre la privatisation des droits fondamentaux.

Les difficultés rencontrées par le respect de la CEDH en droit privé sont certes plus importantes que celles que connaît le droit constitutionnel national. La CEDH présente l'avantage d'imposer des obligations positives, même si leurs modalités de mise en œuvre et de restriction doivent encore être définies. Elle demeure cependant une convention internationale en matière de droits de l'homme dont l'application relève du bon vouloir des Etats membres.<sup>104</sup> Ceci se ressent dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme qui ménagent la marge d'appréciation des Etats membres et

<sup>102</sup> Cf. GERSTENBERG, European private law, 767 ; TUSHNET, Judicial review.

<sup>103</sup> Cf. BESSON, Abstammung, 65.

<sup>104</sup> Cf. CLAPHAM, Private sphere, 343 ss.



diluent ainsi la protection qu'elle accorde aux droits fondamentaux dans le domaine du droit privé en particulier. En soi, par conséquent, la CEDH ne saurait *a priori* être pressentie comme un instrument central de la lutte contre la privatisation des droits fondamentaux dans le domaine de la constitutionnalisation du droit privé.

Ceci semble se confirmer malheureusement dans les décisions que la Cour strasbourgeoise a prises depuis peu. C'est le cas notamment de la décision *Appleby*<sup>105</sup>, qui partage de nombreuses ressemblances avec l'arrêt du Tribunal fédéral *La Poste* notamment parce qu'elle privilégie une approche de strict droit privé. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas saisi une chance unique de développer la théorie de l'effet horizontal de la CEDH et les modalités d'application des obligations positives au-delà du régime minimal décrit précédemment. La Cour avait en effet à juger des obligations de l'Etat d'assurer l'exercice de la liberté d'expression d'un groupe de personnes qui souhaitaient exprimer leurs opinions politiques dans un centre commercial privé, qui comme dans beaucoup de villes anglaises remplace désormais le centre-ville au sens public du terme. Face au conflit entre le droit à la propriété privée du propriétaire du centre commercial et la liberté d'expression politique des manifestants, qui est pourtant l'un des droits les plus fondamentaux dans une société démocratique libérale, droit qui est par conséquent antérieur à la garantie de la propriété elle-même et qui la sous-tend, la Cour a jugé que le premier devait l'emporter et que les obligations positives de l'Etat étaient pleinement respectées. Elle a en outre renoncé à reconnaître le régime particulier des restrictions de droits fondamentaux opérées par des organismes « quasi-publics » comme un centre commercial.

Il est néanmoins possible de garder espoir et de considérer que la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme puissent jouer un rôle de locomotive dans ce domaine. D'aucuns parlent d'ailleurs de *patriotisme constitutionnel européen*<sup>106</sup>, sur le modèle de ce que défend le philosophe allemand Jürgen

HABERMAS<sup>107</sup>. Selon cette conception, la Cour européenne des droits de l'homme se verrait en effet revêtue d'une fonction d'inspiration et d'encouragement de la prise en compte des droits de l'homme dans l'ensemble des ordres juridiques nationaux et en droit privé notamment. En tant qu'observateur externe et juge suprême en matière de droits de l'homme, elle pourrait ainsi réagir en cas d'empiètement du droit privé national sur les droits et libertés fondamentales, tout en laissant néanmoins aux droits privés nationaux la marge d'appréciation qui leur est nécessaire<sup>108</sup>. La Cour en a les moyens, si l'on se réfère notamment à son usage du droit constitutionnel comparé dans *Appleby*<sup>109</sup> et à ce qu'elle a pu faire jusqu'à il y a peu pour le développement des obligations positives en Europe.

## Conclusion

Le bilan du rôle joué à ce jour par la CEDH en droit privé est positif. Il suffit de penser au nouvel élan créé par les obligations positives de protection des droits fondamentaux pour prendre la mesure du potentiel de la CEDH pour la constitutionnalisation du droit privé. Pourtant, cela risque de se faire, comme cet article l'aura démontré, au prix de la commodification des droits de l'homme et de la privatisation du droit constitutionnel, si nous ne réalisons pas les partis pris du droit privé et ne veillons pas à ce que la pesée de tous les intérêts protégés par le droit privé et le droit constitutionnel se fasse de manière plus équilibrée. La Cour européenne des droits de l'homme a manqué une belle occasion d'y remédier dans son arrêt *Appleby*,

<sup>107</sup> Cf. Jürgen HABERMAS, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in Die postnationale Konstellation. Politische Essays, Frankfurt am Main 1998, 156 ss.

<sup>108</sup> Sur une évolution similaire en droit privé de l'UE et les dangers d'un code civil européen, cf. GERSTENBERG, European private law, 786.

<sup>109</sup> Cf. Arrêt *Appleby et Autres c. Royaume-Uni*, 6 mai 2003, 44306/98, CEDH 2003-VI, § 24 ss. Sur l'importance du droit constitutionnel comparé pour le développement d'un patriotisme constitutionnel européen, voir Christoph MÖLLERS, Globalisierte Jurisprudenz: Einflüsse relativierter Nationalstaatlichkeit auf das Konzept des Rechts und die Funktion seiner Theorie, in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 2001/79 41 ss; GERSTENBERG, Constitutions.

<sup>105</sup> Arrêt *Appleby et Autres c. Royaume-Uni*, 6 mai 2003, 44306/98, CEDH 2003-VI.

<sup>106</sup> Cf. GERSTENBERG, Constitutions.



répétant ainsi le repli stratégique observé dans la jurisprudence *La Poste* du Tribunal fédéral.

Rien n'empêche néanmoins de rappeler le rôle de gardienne des droits fondamentaux en Europe qu'a la Cour strasbourgeoise et d'espérer ainsi l'avènement d'un patriotisme constitutionnel en droit privé européen. Reste bien sûr à susciter la volonté politique nécessaire en Europe, et en particulier la volonté de repenser fondamentalement la relation entre droit constitutionnel et droit privé, ainsi que la primauté des considérations économiques sur d'autres intérêts tant privés que publics.

## Bibliographie

- ABRANTES Jose Joao, L'effet à l'égard des particuliers des droits et libertés fondamentaux, Strasbourg 1981.
- ALKEMA Albert, The third-party applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights, in MATSCHER Franz/PETZOLD Herbert (éd.), *Protecting Human Rights : The European Dimension*, Studies in Honour of G.J. Wiarda, Cologne 1988, 33 ss.
- AUBERT Jean-François, La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et le législateur, in *Festschrift für Kurt Eichenberg, Bâle/Francfort-sur-le Main* 1982, 163 ss.
- AUBERT Jean-François / MAHON Paul, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich 2003.
- AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELLER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2000.
- BAMFORTH Nicholas, The True Horizontal Effect of the Human Rights Act 1998, in *Law Quarterly Review* 2001 34 ss.
- BARAK Aharon, Constitutional Human Rights and Private Law, in Friedmann Daniel / Barak-Erez Daphné (éd.), *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001, 13 ss.
- BEALE Hugh / PITTAM Nicola, The Impact of the Human Rights Act 1998 on English Tort and Contract Law, in FRIEDMANN Daniel / BARAK-Erez Daphné (éd.), *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001, 131 ss.
- BESSON Samantha, L'égalité horizontale – l'égalité de traitement entre particuliers. Des fondements théoriques au droit privé suisse, Fribourg 1999 (cité : *Egalité horizontale*).
- BESSON Samantha, Discrimination and Freedom of Contract, in *International Journal of Discrimination and the Law* 1999/3 269 ss (cité: *Discrimination*).
- BESSON Samantha, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative, in *Revue de droit suisse* 2003:1 49 ss (cité : *Obligations positives*).
- BESSON Samantha, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Wege und Auswirkungen der Konkretisierung eines Grundrechts, in *Revue de droit suisse* 2005:1 39 ss (cité: *Abstammung*).



BESSON Samantha, Social Goods, Market Forces and Anti-Discrimination Laws, Comment on "Antidiscrimination and Commodification", in CINAR Dilek (éd.), *Doing Justice to Diversity*, Aldershot 2005 (cit.: Social goods).

BESSON Samantha, The Morality of Conflict, Reasonable Disagreement and the Law, Oxford 2005 (cit.: Morality).

BESSON Samantha, The Reception of the ECHR in the United Kingdom and Ireland, in Keller Helen / Trechsel Stefan / Stone Sweet Alec (éd.), *The Reception of the ECHR*, Oxford 2006 (cit.: Reception).

BEYLEVELD Deryck / PATTINSON Shaun, Horizontal Applicability and Direct Effect, in *Law Quarterly Review* 2002 623 ss.

BLECKMANN Albert, Staatsrecht II : Grundrechte, 4<sup>ème</sup> éd., Cologne 1997.

BORGHI Marco, La CEDH: un fondement pour des prestations positives de la part de l'Etat?, in Bieber Roland (éd.), *Protection des droits fondamentaux en Europe*, Berne 2001, 37 ss.

BUXTON Richard, The Human Rights Act and Private Law, in *Law Quarterly Review* 2000/116 57 ss.

CLAPHAM Andrew, The "Drittwirkung" of the Convention, in McDONALD Ronald / MATSCHER Franz / PETZOLD Herbert (éd.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston 1993, 163 ss (cit.: Drittwirkung).

CLAPHAM Andrew, Human Rights in the Private Sphere, Oxford 1993 (cit.: Private sphere).

COTTIER Thomas, Die Suche nach der eigenen Herkunft: Verfassungsrechtliche Aspekte, Beihefte zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Heft 6, Basel 1987.

COTTIER Thomas / HERTIG Maya, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen, in Zimmerli Ulrich (éd.), *Die neue Bundesverfassung – Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Berne 2000, 1 ss.

CURTIN Deirdre / VAN OIJK Roger, The Sting is Always in the Tail: The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights, in *Maastricht Journal of European Law* 2001/8 102 ss.

DRZEMCZEWSKI Andrew, The European Convention on Human Rights and Relations between Private Parties, in *Netherlands International Law Review* 1979/26 163 ss.

EGLI Patrizia, Drittwirkung von Grundrechten. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Zürich 2002.

EISSEN Marc-André, La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu, in René Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber III*, Paris 1971, 151 ss (cit.: Obligations).

EISSEN Marc-André, La Convention et les droits de l'individu, in La protection des droits de l'homme dans le cadre européen, 1. Int. Kolloquium über die EMRK in Strassburg, Paris 1961, 167 ss (cit.: Droits).

ELLGER Reinhard, The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law, in FRIEDMANN Daniel / BARAK-EREZ Daphné (éd.), *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001, 161 ss.

ERIKSEN Erik / FOSSUM John / MENENDEZ Augustin (éd.), *The Chartering of Europe. The European Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Baden-Baden 2003.

FLEINER Thomas, Verpflichten die Grundrechte den Staat zu positiven Leistungen?, in Mélanges André Grisel, Neuchâtel 1983, 67 ss.

DE FONTBRESSIN Patrick, L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations, in Mélanges M.A. Eissen, La Haye 1993, 157 ss.

FRIEDMANN Daniel / BARAK-EREZ Daphné (éd.), Introduction, in *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001.

FROMEIN Jochen, Fundamental Human Rights as a Vehicle of Legal Integration in Europe, in CAPPELLETTI Mauro / SECCOMBE Monica / WEILER Joseph (éd.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlin 1986, Vol. I:3, 300 ss.

FROMEIN Jochen / PEUKERT Wolfgang, EMRK Kommentar, 2<sup>ème</sup> éd., Kehl 1996.

GERSTENBERG Oliver, What Constitutions Can Do (but Courts Sometimes Don't): Property, Speech, and the Influence of Constitutional Norms on Private Law, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2004/17:1 61 ss (cit.: Constitutions).

GERSTENBERG Oliver, European Private Law and the New European Constitutional Settlement, in *European Law Journal* 2004/10:6 766 ss (cit.: European private law).

HABERMAS Jürgen, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt am Main 1998, 156 ss.

HÄFELIN Ulrich / HALLER Walter, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5<sup>ème</sup> éd., Zürich 2001.



- HAHNE Méo-Micaela, Das Drittwirkungsproblem in der EMRK, Heidelberg 1973.
- HÄNER Isabelle, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, in *Pratique Juridique Actuelle* 10/2002 1144 ss.
- HANGARTNER Yvo, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd 2 Grundrechte, Zurich 1982 (cit.: Grundzüge).
- HANGARTNER Yvo, Völkerrechtliche Grundpflichten Privater, in *Völkerrecht im Dienste des Menschen*, Mél. H. Haug, Berne 1986, 120 ss (cit.: Grundpflichten).
- HARRIS David/ O'BOYLE Michael/ WARRICK Colin, Law of the European Convention on Human Rights, Londres 1995.
- HAUSHEER Heinz, Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklungen und Recht, Zeitschrift des Bernischen Juristen Vereins 2003/139 585 ss.
- HELDRICH Andreas / REHM Gebhard, Importing Constitutional Values through Blanket Clauses, in *Friedmann Daniel / Barak-Erez Daphné* (éd.), Human Rights in Private Law, Oxford 2001, 113 ss.
- HESSE Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20<sup>ème</sup> éd., Heidelberg 1995.
- HORAN Michael, Contemporary Constitutionalism and Legal Relationships between Individuals, in *International and Comparative Law Quarterly* 1976/25 848 ss.
- HUNT Murray, The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act, in *Public Law* 1998 435 ss (cit.: Horizontal effect).
- HUNT Murray, The 'horizontal effect' of the Human Rights Act: Moving beyond the public-private distinction, in *JOWELL Jeffrey/ COOPER Jonathan* (éd.), Understanding Human Rights Principles, Oxford 2001, 161 ss (cit.: Moving).
- KELLER Helen, Rechtsvergleichende Aspekte zur Monismus-Dualismus-Diskussion, in *Revue suisse de droit international et de droit européen* 1999 225 ss.
- KOHL Alphonse, The Protection of Human Rights in Relationships between Private Individuals : The Austrian Situation, in *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber III*, Paris 1971, 195 ss.
- LEIGH Ian, Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?, in *International and Comparative Law Quarterly* 1999 840 ss.
- LEISNER Walter, Grundrechte und Privatrecht, Munich 1960.

- MICHEL Nicolas, L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international, in *THÜRER Daniel / AUBERT Jean-François / MÜLLER Jörg Paul* (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 4.
- MITCHELL John, Some aspects of the Protection of Individuals against Private Power in the United Kingdom, in *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber III*, Paris 1971, 234 ss.
- MÖLLERS Christoph, Globalisierte Jurisprudenz: Einflüsse relativierter Nationalstaatlichkeit auf das Konzept des Rechts und die Funktion seiner Theorie, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 2001/79 41 ss.
- MÜLLER Jörg Paul, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (cit.: Elemente).
- MÜLLER Jörg Paul, Einleitung zu den Grundrechten, in *Kommentar zur Bundesverfassung*, Stand April 1987 (cit.: Einleitung).
- MÜLLER Jörg Paul, Grundrechte in der Schweiz, 3ème éd., Bern 1999 (cit.: Grundrechte).
- MÜLLER Jörg Paul, Verfassung und Gesetz: Zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB, in *recht* 2000 Sondernummer 119 ss (cit.: Verfassung).
- MÜLLER Jörg Paul, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in *THÜRER Daniel / AUBERT Jean-François / MÜLLER Jörg Paul* (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39 (cit.: Allgemeine).
- NOWAK John / ROTUNDA Ronald, Constitutional Law, 5<sup>ème</sup> éd., St Paul Minn. 1995.
- PHILLIPSON Gavin, The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: a Bang or a Whimper?, in *Modern Law Review* 1999 825 ss.
- RIVERO Jean, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, in *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber III*, Paris 1971, 811 ss.
- SCHEFER Markus, Die Kerngehalte der Grundrechte, Berne 2001 (cit.: Kerngehalte).
- SCHEFER Markus, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, in *Pratique Juridique Actuelle* 10/2002 1131 ss (cit.: Schutzpflichten).
- SCHEUNER Ulrich, Fundamental Rights and the Protection of the Individual against Social Groups and Powers in the Constitutional System of



- the Federal Republic of Germany, *in* René Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber III*, Paris 1971, 253 ss.
- SOMEK Alexander, Antidiscrimination and De commodification, *in* CİNAR Dilek (éd.), *Doing Justice to Diversity*, Aldershot 2005.
- SPIELMANN Dean, L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées, Bruxelles 1995.
- STARCK Christian, Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court, *in* FRIEDMANN Daniel / BARAK-EREZ Daphné (éd.), *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001, 97 ss.
- SUDRE François, Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *in* Mélanges Rolv Ryssdal, Cologne 2000, 1359 ss.
- SUNSTEIN Cass, State Action is Always Present, *in* Chicago Journal of International Law 2002:3 465 ss.
- THÜRER Daniel, Völkerrecht und Landesrecht – Thesen zu einer theoretischen Problemschreibung, *in* Revue suisse de droit international et de droit européen 1999 217 ss.
- TRIBE Lawrence, Refocusing the 'State Action' Inquiry : Separating State Acts from State Actors, *in* Constitutional Choices, Cambridge Mass. 1985, 246 ss.
- TUSHNET Mark, The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law, *in* International Journal of Constitutional Law 2003:1 79 ss (cit.: State action).
- TUSHNET Mark, The Relationship Between Judicial Review of Legislation and the Interpretation of Non-Constitutional Law, with Reference to Third-party effect, Manuscript prepared for presentation at 12<sup>th</sup> Annual Conference on "The Individual versus the State", Central European University, Budapest, June 18-19, 2004 (cit.: Judicial review).
- UNRUH Peter, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996.
- WADE William, Horizons of Horizontality, *in* Law Quarterly Review 2000/116 220 ss.
- WEBER-DÜRLER Béatrice, Grundrechtseingriffe, *in* ZIMMERLI Ulrich (éd.), *Die neue Bundesverfassung*, Berne 2000, 131 ss.
- WILDHABER Luzius / BREITENMOSER Stephan, Internationaler Kommentar der EMRK, Cologne 1992.