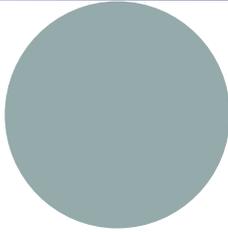


Sous la direction de
THOMAS HOCHMANN
JÖRN REINHARDT

L'effet horizontal des droits fondamentaux



Préface de
JOHANNES MASING

Editions A. PEDONE

L'EFFET HORIZONTAL
DES DROITS FONDAMENTAUX

sous la direction de
Thomas HOCHMANN et Jörn REINHARDT

Editions PEDONE

Ouvrage publié avec le soutien
du Centre de recherche droit et territoire (CRDT)
Université de Reims Champagne-Ardenne



© Editions A. PEDONE
13 rue Soufflot
75005 PARIS
2018

I.S.B.N. 978-2-233-00892-3

AUTEURS

Marion ALBERS

Professeur de droit public à l'Université de Hambourg

Thomas HOCHMANN

Professeur de droit public à l'Université de Reims Champagne-Ardenne.

Jean-François LAFAIX

Professeur de droit public à l'Université de Lorraine

Johannes MASING

*Professeur de droit public à l'Université de Fribourg-en-Brigau
Juge à la Cour constitutionnelle fédérale allemande*

Jörn REINHARDT

Professeur de droit public à l'Université de Brême

Christopher UNSELD

Docteur en droit de l'université Humboldt de Berlin, Avocat à Berlin

Lars VIELLECHNER

Professeur de droit public à l'Université de Brême

Johan VAN DER WALT

Professeur de philosophie du droit à l'université de Luxembourg

AVANT-PROPOS

Johannes MASING

En s'attaquant à la question de l'effet horizontal des droits fondamentaux, le présent ouvrage se consacre à un thème important. En effet, la question de l'effet horizontal détermine en grande partie le degré de constitutionnalisation d'un ordre juridique.

Avec les contributions ici réunies, une discussion d'origine allemande se voit transportée en France, où elle est destinée à gagner une importance grandissante, après le renforcement des compétences de contrôle du Conseil constitutionnel et sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que, à l'avenir, de la Cour de justice de l'Union européenne. Le thème mérite en effet qu'on y prête attention. Une protection structurée et adéquate des droits fondamentaux n'est pas possible sans que soit compris le défi posé par le problème de l'effet horizontal. En effet, des aspects essentiels de la protection directe des droits fondamentaux, dirigée contre l'État, ne valent pas pour les relations entre les particuliers. L'État de droit se caractérise par une asymétrie entre, d'un côté, la reconnaissance de la liberté de principe du citoyen et, de l'autre, la soumission de principe de l'État, placé dans une sorte de position d'administrateur. Il en découle des règles de présomption et de charge de la preuve pour justifier l'action de l'État. En particulier, des exigences s'attachent à la limitation des droits fondamentaux à travers le principe de proportionnalité, qui impose de minimiser les atteintes aux droits fondamentaux, comme le montrent les premiers critères de ce contrôle (but légitime, aptitude, nécessité). Tout cela ne convient pas aux relations entre particuliers, du moins pas sans d'importants déplacements de significations. Les particuliers évoluent dans une même sphère de liberté. La Constitution ne prévoit pas de soumission de principe et de charges de justification des actes, comme elle peut le faire à l'égard de l'Administration. Lorsqu'ils exercent leur liberté, les particuliers ne sont pas tenus d'orienter leurs actes vers l'intérêt général, et de démontrer qu'ils sont rationnels, limités au nécessaire, et portent le moins possible atteinte aux tiers. La protection des droits fondamentaux entre les particuliers intervient donc dans un contexte structurellement différent de celui qui caractérise la protection des droits fondamentaux directement contre l'État. Aucun des raisonnements, aucune des tentatives de construction relatifs

à un effet horizontal indirect ne peut faire disparaître cette différence fondamentale. On n'a donc pas besoin de réflexions normatives qui s'efforcent de justifier un effet horizontal des droits fondamentaux conçu comme identique à la relation entre l'État et les particuliers. Il faut plutôt comprendre que le problème s'attache au caractère multidimensionnel des effets des droits fondamentaux.

En définitive, la question centrale posée par l'effet horizontal est de savoir si l'État, avec les droits fondamentaux, n'est conçu que comme un État libéral, ou bien aussi comme un État social. Il s'agit de savoir si, et dans quelle mesure, la liberté de l'un n'est pas seulement *limitable* par la liberté de l'autre, mais est également directement *limitée*, en vertu de la Constitution. Le thème de l'effet horizontal implique toujours la question de savoir dans quelle mesure le libéralisme d'une Constitution est relativisé par l'égalité et la compensation sociale. En définitive se pose le problème du rôle respectif des juges et des décideurs politiques dans le traitement réservé aux acteurs privés socialement puissants.

Le présent ouvrage introduit à ces différents problèmes sous des perspectives variées. Son mérite particulier est d'adopter ce faisant une perspective transnationale. La théorie américaine de la *state action* et ses atténuations sont traitées dans les contributions, tout comme la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande avec ses solutions hétérogènes et variées, ainsi bien sûr que la jurisprudence des juridictions européennes. Il faut ajouter à cela des aperçus sur de nombreux autres ordres juridiques. Les contributions s'intéressent en particulier aux défis de l'internationalisation, des différentes strates juridiques d'un système multi-niveau, et de la désétatisation de la production des normes dans le contexte de la globalisation. La discussion sur l'effet horizontal s'appuyait à l'origine sur un modèle de légitimation national étatique, elle s'insérait dans la tension entre libéralisme et état social. Elle est ici appliquée de manière plus générale à la question de l'efficacité des droits fondamentaux au-delà des structures de pouvoir étatiques. De la sorte, elle s'inscrit dans les défis de notre époque.

Il est cependant un problème auquel aucune revendication d'un effet horizontal ne peut échapper : les droits fondamentaux ne développent un effet, « horizontal » ou « vertical », que s'il existe derrière eux une véritable puissance d'application. Dans le cas contraire, tout « effet » n'est qu'un postulat académique dénué de contenu. Les contributions réunies ici s'efforcent de montrer que l'application des droits fondamentaux doit tenir compte des cas de figure variés dans lesquels ils interviennent.

Fribourg-en-Brisgau / Karlsruhe, le 18 septembre 2017.

INTRODUCTION

L'EFFET HORIZONTAL, LA THÉORIE DE L'ÉTAT ET LA DOGMATIQUE DES DROITS FONDAMENTAUX*

Thomas HOCHMANN et Jörn REINHARDT

Soixante ans ont passé depuis que la Cour constitutionnelle allemande a rendu, le 15 janvier 1958, l'une de ses plus célèbres décisions¹. L'arrêt *Lüth*, qui a posé les jalons de la jurisprudence ultérieure sur les droits fondamentaux, a lui-même développé l'« effet rayonnant » (*Ausstrahlungswirkung*) qu'il attribue aux droits fondamentaux : son influence s'est étendue au-delà des frontières de l'Allemagne. La formule de l'« effet rayonnant » a eu un grand succès en dépit (ou en raison) du flou qui l'entoure, à la manière de la thèse de la « constitutionnalisation du droit » qu'elle a inspiré en France à Louis Favoreu². L'idée générale est claire : les

* Le présent ouvrage est en partie issu d'un séminaire « Dialogue franco-allemand entre chercheurs 2015 », financé par le DAAD (*Deutscher Akademischer Austauschdienst*, Office allemand d'échanges universitaires), et organisé à l'Université de Reims le 13 novembre 2015.

¹ BVerfGE 7, 198 *Lüth*.

² Cette « constitutionnalisation » correspond à la « diffusion des normes constitutionnelles et [à] l'imprégnation de l'ordre juridique par celles-ci ». L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit » (1996), in L. Favoreu, *La Constitution et son juge*, Economica, 2014, p. 1088. Cf. Aussi B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., 2002, p. 9. Pour une présentation critique, cf. Th. Hochmann, « Les droits fondamentaux, la grenouille française et le bœuf allemand (II) : Louis Favoreu et la constitutionnalisation du droit », in Ph. Cossalter et Cl. Witz (dir.), *60 ans d'influences juridiques réciproques franco-allemandes : Jubilé des 60 ans du Centre juridique franco-allemand*, Société de Législation Comparée, 2016, p. 183-195.

droits fondamentaux ne forment pas uniquement des droits défensifs du citoyen contre l'État, mais ont aussi une signification pour l'ensemble de l'ordre juridique. Cette « objectivation du droit subjectif »³ est au fondement de ce que l'on appelle l'« effet horizontal des droits fondamentaux » (*Drittwirkung der Grundrechte*). Mais les implications plus concrètes de cette idée manquent cruellement de clarté.

La thèse de l'effet horizontal des droits fondamentaux assure que les particuliers ne seraient pas seulement bénéficiaires des droits fondamentaux, conçus comme des libertés garanties par des normes constitutionnelles ou internationales, mais également destinataires de l'obligation de les respecter. D'abord développée en Allemagne, cette théorie fait aujourd'hui l'objet de réflexions partout dans le monde. D'importants travaux ont notamment été réalisés en France⁴.

Pourtant, la manière de penser, de concevoir l'effet des droits fondamentaux entre personnes privées ne cesse d'être remise en question, à mesure que de nouveaux phénomènes juridiques et sociaux viennent la contrarier. Les nombreuses difficultés qu'elle soulève ne sont pas suffisamment explicitées. Ces difficultés apparaissent dans tous les ordres juridiques, y compris dans ceux qui, telle l'Allemagne, disposent d'une longue tradition doctrinale de réflexion sur la « *Drittwirkung* ». Comme l'explique Johannes Masing dans l'avant-propos au présent ouvrage, il n'est pas évident que les droits fondamentaux régissent de la même manière la relation de l'État aux individus d'une part, et les rapports entre particuliers d'autre part. Si l'idée générale de l'effet horizontal paraît claire au premier abord, son application concrète donne lieu à de redoutables problèmes qui finissent par remettre en cause les prémisses centrales, les

³ O. Lepsius, « Die maßstabsetzende Gewalt », in M. Jestaedt et al., *Das entgrenzte Gericht*, Suhrkamp, 2011, p. 186.

⁴ Cf., sans aucune prétention à l'exhaustivité, René Cassin, *Amicorum Discipulorumque Liber*, tome III : la protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, Pedone, 1971 ; M. Frangi, *Constitution et droit privé : les droits individuels et les droits économiques*, PUAM, 1992 ; D. Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, 2001 ; D. Ribes, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, thèse Aix-en-Provence, 2005 ; L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, LGDJ, 2013. Il semble néanmoins que cette problématique, à laquelle l'introduction de la QPC a conféré une importance renouvelée, n'ait pas reçu en France toute l'attention qu'elle mérite. Cf. O. Beaud, « Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande », *Jus Politicum*, n° 10, 2013, p. 1 s. ; L. Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2015, par. 198. Il existe aussi bien sûr une importante littérature francophone sur les « obligations positives » en droit européen des droits de l'homme. Cf. par exemple F. Sudre, « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, p. 363-384 ; H. Tran, *Les obligations de vigilance des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2013 ; M. Colombine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014.

concepts essentiels utilisés pour réfléchir aux droits fondamentaux. Cette remise à l'ordre du jour de certaines questions élémentaires de la théorie des droits fondamentaux est sans doute liée à des évolutions sociales et politiques, parmi lesquelles la perte d'influence de l'État au profit d'organisations internationales mais aussi d'acteurs privés, ainsi que l'apparition d'espaces publics qui appartiennent à des personnes privées. Dans une décision récente, la Cour constitutionnelle allemande a par exemple jugé que le principe d'égalité prévu à l'article 3 de la Loi Fondamentale pouvait développer un effet horizontal dans les relations entre particuliers⁵. L'affaire portait sur une interdiction de stade prononcée contre un hooligan. En Allemagne, un club de football peut, en vertu de contrats de droit privé conclus avec d'autres clubs ainsi qu'avec la fédération et la ligue allemandes de football, exclure un individu de tous les stades du pays. La Cour constitutionnelle a considéré que ces relations de droit privé devaient respecter certaines exigences qu'elle déduit du principe d'égalité. En particulier, une interdiction de stade ne peut être prononcée de manière arbitraire : elle doit reposer sur des éléments factuels. De plus, les gérants des stades doivent respecter les droits de la défense : ils doivent donner à l'intéressé la possibilité d'être entendu, et motiver la décision qu'ils prennent à son égard⁶. Si la Cour impose ici à des personnes privées des obligations issues de la Constitution, ce n'est pas uniquement en raison du déséquilibre significatif entre les parties au litige. L'aspect déterminant réside dans le fait que le gérant d'un stade, en décidant qui peut entrer dans ses locaux, décide dans une certaine mesure de la participation à la vie sociale. C'est ce pouvoir, selon la Cour, qui impose aux gérants des stades une « responsabilité juridique particulière ». La Cour ne transpose pas simplement les obligations adressées à l'État : elle impose à ces particuliers certaines exigences spécifiques.

L'ampleur de cette décision de la Cour constitutionnelle reste à déterminer. Mais il est certain qu'elle dépasse le cas des interdictions de stade. Les principes qu'elle développe à cet égard pour écarter les mesures défavorables arbitraires sont par exemple sans doute transposables à l'accès aux grands réseaux sociaux. Le développement de la communication sur Internet à travers des plateformes et des intermédiaires privés ne cesse en effet de gagner en importance. Les réseaux sociaux et les espaces de communication comme Facebook, Twitter ou Youtube bouleversent le processus de formation de l'opinion. Il n'est donc pas étonnant qu'ils soient de plus en plus tenus responsables de lourdes atteintes aux droits de la personnalité ou de la diffusion systématique de fausses informations.

⁵ Décision du 11 avril 2018, n° 1 BvR 3080/09.

⁶ Cf. les paragraphes 45 et 46 de la décision.

On tend à leur imposer des obligations qui visent à garantir une communication libre et pluraliste. La recherche des limitations admissibles de la communication sur les plateformes de ces entreprises privées est aussi et surtout une question relative à l'effet horizontal des droits fondamentaux.

L'évolution du paysage des droits fondamentaux en Europe renforce également l'aspect comparatiste et théorique de la discussion. La question de l'existence et de l'ampleur de l'effet horizontal n'est guère tranchée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En vertu de l'article 51, les droits fondamentaux prévus par la Charte s'appliquent aux organes de l'Union ainsi qu'aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Bien que les particuliers ne soient pas évoqués, il n'est pas exclu que les droits fondamentaux fassent naître certaines obligations qui les concernent. Or, il semble bien qu'un effet horizontal soit apparu en droit de l'Union, comme il a été reconnu dans les ordres juridiques des États membres, sous des formes et avec des intensités variables⁷. La Charte contient suffisamment de points d'ancrage pour suivre un raisonnement similaire et identifier un tel effet⁸.

Certes, les concepts existants pour appréhender ce phénomène s'inscrivent dans des traditions juridiques variées, et aucune démarche ne peut être mécaniquement projetée sur la Charte des droits fondamentaux, pas même une réflexion aussi élaborée que peut l'être la théorie allemande de l'effet horizontal⁹. Aucune tentative d'appliquer la théorie de l'effet horizontal à

⁷ Il existe un certain nombre d'études de droit comparé sur les effets des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers. Cf. notamment A. Sajó et R. Uitz (dir.), *The constitution in private relations*, Eleven International Publishing, 2005 ; A. Oliver et J. Fedtke (dir.), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, Routledge, 2007 ; J. Mathews, *Extending rights' reach*, Oxford University Press, 2018 ; G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi et G. Comandé (dir.), *Fundamental rights and private law in the European Union*, Cambridge University Press, 2010 ; J. Neuner (dir.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Mohr Siebeck, 2007. À propos du Human Rights Act britannique, cf. D. Hoffmann (dir.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, Cambridge University Press, 2011. Une littérature allemande extrêmement vaste porte sur le « rayonnement » des droits fondamentaux sur les relations juridiques entre particuliers, et sur les possibilités de restreindre l'autonomie privée ainsi que d'une certaine manière l'« autonomie du droit privé ». Cf. en particulier S. Oeter, « „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts », *AöR*, col. 119, 1994, p. 529 ; ainsi que l'étude de M. Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Mohr Siebeck, 2001.

⁸ La discussion ne fait que commencer à cet égard. Cf. en particulier J. van der Walt, *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*, Walter de Gruyter, 2014, p. 37 s. ; S. Walkila, *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, Europa Law Publishing, 2016, p. 146 s. ; B. Heiderhoff, S. Lohsse et R. Schulze (dir.) *EU-Grundrechte und Privatrecht*, Nomos 2016 ; M. Starke, *EU-Grundrechte und Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, 2016.

⁹ Pour un exemple de réception de la pensée allemande sur l'effet horizontal dans un autre ordre juridique, cf. Th. Hochmann, « La migration de l'effet horizontal des droits fondamentaux de l'Allemagne vers l'Afrique du sud », in E. Zoller (dir.), *Migrations constitutionnelles d'hier et d'aujourd'hui*, Editions Panthéon-Assas, 2017, pp. 167-181.

un nouvel ordre juridique ne peut se passer de concepts « abstraits », c'est-à-dire indépendants du droit positif d'un système juridique particulier. Toute analyse comparative exige plus largement de forger de tels outils¹⁰.

Bien sûr, cette entreprise de construction conceptuelle ne part pas de zéro : si elle ne se contente pas de copier les concepts développés dans différents contextes nationaux, elle trouve avec eux une source essentielle d'inspiration. Or, nombreuses sont les réflexions préexistantes qui touchent tant aux différentes modalités de l'effet horizontal qu'à ses mécanismes d'application. La fameuse distinction entre les effets horizontaux direct et indirect est sans doute le plus connu de ces instruments d'analyse, mais il n'est que l'un d'eux. Toute réflexion sur l'effet des droits fondamentaux entre les particuliers, toute tentative de développer cette analyse à l'égard d'un ordre juridique particulier, doit donc partir de ces concepts, les retravailler et les affiner. Les traditions constitutionnelles des différents États peuvent servir d'inspiration pour développer de nouvelles manières de concevoir et de résoudre les problèmes juridiques¹¹. Telle est l'ambition du présent volume, qui n'entend pas seulement présenter les théories classiques de l'effet horizontal, mais les développer et les situer dans la discussion européenne et comparatiste.

Ce propos introductif donne un bref aperçu de la problématique de l'effet horizontal (I) et de son importance pour la réflexion sur les droits fondamentaux, qu'elle s'inscrive dans des considérations de philosophie politique relatives au rôle de l'État (II) ou bien qu'elle vise à systématiser les droits et obligations qui découlent des droits fondamentaux (III). Une présentation succincte des différentes contributions à l'ouvrage clôt l'introduction (IV).

¹⁰ Cf. O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, p. 275-288.

¹¹ Avant l'entrée en vigueur de la Charte, la Cour de Justice de l'Union Européenne a déduit l'existence de droits fondamentaux de l'Union à partir des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Or, les traditions constitutionnelles peuvent aussi inspirer la dogmatique des droits fondamentaux. La Cour de justice établit ses critères de contrôle sur la base d'une analyse de droit comparé. Ici, simplement, la recherche ne vise pas à établir une tradition commune, mais à identifier la meilleure solution. Le revers de la médaille réside dans le risque que la Cour dissimule la variété des protections nationales des droits fondamentaux. Cf. J. Masing, « Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes », *JZ* 2015, p. 486 s. ; J. Masing, « Unité et diversité dans la protection européenne des droits fondamentaux », *RDP* 2016, p. 623 s.

TABLE DES MATIÈRES

Auteurs.....	3
Avant-propos	
Johannes MASING	5

INTRODUCTION

L'effet horizontal, la théorie de l'État et la dogmatique des droits fondamentaux Thomas HOCHMANN et Jörn REINHARDT.....	7
---	---

PREMIÈRE PARTIE

LA THÉORIE DE L'EFFET HORIZONTAL DES DROITS FONDAMENTAUX : DERNIERS DÉVELOPPEMENTS

L'effet horizontal des droits fondamentaux et la théorie républicaine de la liberté Jean-François LAFAIX	23
La dimension transnationale des droits fondamentaux : constituer et limiter la gouvernance « privée » par-delà l'État Lars VIELLECHNER.....	43
La révolution de l'effet horizontal et la question de la souveraineté (Réflexions sur une histoire allant de <i>Lochner</i> à <i>Laval</i> en passant par <i>Liith</i>) Johan VAN DER WALT	63
Rationalités institutionnelles et économiques d'un effet horizontal illimité des droits fondamentaux Christopher UNSELD	93

DEUXIÈME PARTIE

LES MODALITÉS DE L'EFFET HORIZONTAL

Typologie des effets horizontaux Thomas HOCHMANN	119
Les conflits de droit entre personnes privées : de l'« effet horizontal indirect » à la protection des conditions d'exercice des droits fondamentaux Jörn REINHARDT.....	149
L'effet horizontal des droits fondamentaux dans le cadre d'une conception à multi-niveaux Marion ALBERS.....	177

Les droits fondamentaux, définis comme des libertés garanties par la Constitution nationale ou par le droit international, sont traditionnellement conçus comme des normes qui s'appliquent aux relations « verticales » entre l'État et l'individu. Des auteurs et des juges allemands ont néanmoins développé depuis longtemps l'idée que les droits fondamentaux protégeaient également leurs titulaires contre des atteintes commises par des personnes privées. Cette thèse de l'effet « horizontal », de la « *Dritt-wirkung* » des droits fondamentaux a connu une importante diffusion internationale. En Allemagne, si cette théorie semble claire dans ses grandes lignes, elle fait toujours l'objet de nombreux débats qui portent tant sur son ampleur que sur son fonctionnement exact. Aux États-Unis, des questions similaires sont abordées sous l'angle de la « *state action doctrine* ». En droit international des droits de l'homme et en droit de l'Union européenne, cette théorie est en plein essor. En France, si la référence à l'effet horizontal est désormais répandue, la réflexion sur ce thème demeure à ses balbutiements. Les contributions rassemblées dans cet ouvrage présentent le dernier état de la réflexion théorique sur la question, et analysent les modalités essentielles d'application de cette théorie dans divers ordres juridiques et en droit comparé.

*Ouvrage publié avec le soutien du
Centre de recherche droit et territoire (CRDT)
Université de Reims Champagne-Ardenne*



ISBN 978-2-233-00892-3

28 €

L'EFFET HORIZONTAL DES DOITS FONDAMENTAUX

Commande soit aux Editions A. PEDONE - 13 Rue Soufflot - 75005 PARIS, soit par télécopie:
+ 33 (0)1.46.34.07.60 ou sur editions-pedone@orange.fr - 28 € l'ouvrage - **Nous consulter pour un envoi par la poste.**

Le montant peut être envoyé par :

Chèque bancaire

Règlement sur facture

ISBN 978-2-233-00892-3

Carte Visa

N°/...../...../.....

Cryptogramme.....

Date de validité.....

Signature :

Nom.....

Adresse.....

Ville.....Pays.....