

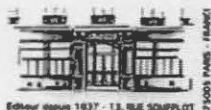
L'EFFET HORIZONTAL

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-Brisgau
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

L'EFFET HORIZONTAL DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE CADRE D'UNE CONCEPTION À MULTI-NIVEAUX*

Marion ALBERS

Les questions matérielles et dogmatiques relatives aux effets produits par les droits fondamentaux sur les rapports entre personnes privées sont discutées dans tous les États membres européens¹. Elles se multiplient et se diversifient sous l'influence croissante tant de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme² que de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de la Cour de justice de l'Union européenne³. On a affaire à une pluralité d'effets sur le droit privé résultant des droits de l'homme et des droits fondamentaux et nécessitant une réelle coordination, sans que les mécanismes de l'influence qui entre en jeu aient été suffisamment clarifiés⁴. Souvent, on cherche une orientation dans la figure de l'« effet horizontal » à laquelle se réfère, dès le début des années 1950, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne dans son interprétation des droits fondamentaux contenus dans la Loi fondamentale. Dans le système juridique allemand, l'effet des droits fondamentaux sur les rapports entre personnes privées apparaît comme bien établi et semble trouver, dans la configuration de

* Ce texte a été écrit pendant mon poste de recherche au Collège scientifique de Berlin (*Wissenschaftskolleg zu Berlin*) et je suis reconnaissante pour le précieux soutien reçu durant cette période. La traduction, réalisée par Maria Kordeva, a été relue par mes soins.

¹ Voir, par exemple, R. Jafferali, « The Horizontal Effect of Human Rights: A Typology of the Methods of Reasoning Applied by Belgian Courts », in B. Heiderhoff, S. Lohse et R. Schulze (dir.), *EU Grundrechte und Privatrecht – EU Fundamental Rights and Private Law*, Nomos, 2016, p. 149 s. ; P. M. Pinto, « Die Einwirkung der Grundrechte auf das portugiesische Privatrecht », in J. Neuner (dir.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Mohr Siebeck, 2007, p. 105 s. ; J. M. Bilbao Ubillos, « Die Einwirkung der Grundrechte auf das spanische Privatrecht », in J. Neuner (dir.), *op. cit.*, p. 119 s.

² Sur ce point : R. Rebhahn, « Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention », *Archiv für die zivilistische Praxis (AcP)* 210 (2010), p. 489 s., 498 s.

³ Voir, par exemple, les contributions dans Ch. Busch et H. Schulte-Nölke (dir.), *Fundamental Rights and Private Law*, Sellier European Law Publisher, 2011 ; C. Herresthal, « Die Bedeutung der Charta der Grundrechte für das europäische und das nationale Privatrecht », *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2014, p. 247 s. ; H. D. Jarass, « Die Bedeutung der Unionsgrundrechte unter Privaten », *ZEuP* 2017, p. 315 s. Concernant le champ d'application de la Charte et la démarcation des compétences des États membres, voir le jugement du *Bundesarbeitsgericht* (BAG) du 8.12.2011 – 6 AZN 1371/11 = BAGE 140, 76, point 8 s.

⁴ Voir Herresthal (note de bas de page n°3), p. 246 s.

Le juge constitutionnel expliqua d'abord que la décision du tribunal civil interdisait les propos tenus par Erich Lüth et constituait ainsi « une restriction objective de la libre expression de l'opinion du requérant »⁸. L'application aux propos de l'article 826 du Code civil et la reconnaissance d'un droit civil de demander l'omission des propos conduisaient à « une restriction, de la part de la puissance publique, de la liberté d'opinion du requérant »⁹. Le jugement pouvait, d'après la Cour constitutionnelle fédérale, violer la liberté d'opinion de Lüth uniquement si la teneur des dispositions applicables du droit civil était influencée par les normes de droits fondamentaux de telle sorte qu'elles ne puissent pas constituer le fondement du jugement. Ensuite, la Cour analyse la « question fondamentale de savoir si les normes de droits fondamentaux ont un effet sur le droit privé et comment cet effet devrait être pensé en détail »¹⁰. Suivant l'argumentation du juge constitutionnel, les droits fondamentaux, en premier lieu, auraient en effet comme fonction « de garantir la sphère de liberté individuelle contre les atteintes de la puissance publique » ; ils seraient « des droits défensifs du citoyen contre l'État »¹¹. Mais la Loi fondamentale, n'étant pas conçue comme un ordre de valeurs neutre¹², aurait établi pareillement un « système de valeurs objectif », au sein duquel « un renforcement de principe de la force de validité des droits fondamentaux se manifeste » et qui serait valide en tant que « décision constitutionnelle fondamentale dans tous les domaines normatifs »¹³. La teneur normative des droits fondamentaux en tant que normes objectives se déploie dans le droit privé par l'intermédiaire (*durch das Medium*) des dispositions régissant de manière immédiate ce domaine juridique, surtout s'agissant des dispositions normatives obligatoires ou des clauses générales. Lors de l'interprétation et de l'application de ces dispositions, les juges civils doivent par suite respecter les transformations du droit privé résultant de l'influence des droits fondamentaux. Et plus loin : « Si le juge manque de respecter la teneur de ces standards et si le jugement repose sur la négligence de l'influence du droit constitutionnel sur les normes de droit civil, il ne contrevient pas seulement au droit constitutionnel objectif en méconnaissant le contenu d'un droit fondamental (en tant que norme objective), mais il viole davantage, comme titulaire de la puissance publique, par son jugement, le droit fondamental au respect duquel le citoyen a un droit constitutionnellement protégé »¹⁴. Par rapport aux tribunaux civils la Cour

⁸ BVerfGE 7, 198 (203).

⁹ BVerfGE 7, 198 (204).

¹⁰ BVerfGE 7, 198 (204).

¹¹ BVerfGE 7, 198 (204).

¹² On peut remarquer le lien avec la décision *KPD*, BVerfGE 5, 85 (134 s., 197 s.).

¹³ BVerfGE 7, 198 (205).

¹⁴ BVerfGE 7, 198 (206 s.).

constitutionnelle fédérale ne contrôle pas toute erreur de droit, mais uniquement « l'effet de rayonnement » des droits fondamentaux sur le droit civil¹⁵. En l'espèce, le tribunal civil a méconnu le sens du droit fondamental de la liberté d'expression en interprétant les éléments normatifs « un préjudice [...] par un comportement contraire aux bonnes mœurs » de l'article 826 du Code civil allemand.

Aussi fondamental que soit le changement de paradigme du jugement *Lüth*, aussi ambivalents et instables paraissent, à la lumière d'une analyse plus approfondie, les approches et raisonnements de la Cour constitutionnelle fédérale. Dans une première approche, la Cour suit un raisonnement guidé par la dynamique de la fonction défensive des droits fondamentaux : l'activité aboutissant à l'arrêt du tribunal d'instance, plus précisément le dispositif de l'arrêt, orientée vers l'injonction de cesser le comportement visé, est qualifiée de restriction de la liberté d'expression par le pouvoir juridictionnel. Mais dans ce qui suit, les modèles ordinaires de la fonction de protection contre l'ingérence de la puissance publique – la réserve de la loi, les exigences relatives aux lois restreignant l'exercice des droits fondamentaux ainsi qu'aux mesures qui s'y appuient, ici, entre autres, le principe de précision et la prohibition des mesures disproportionnées – sont abandonnés. Car ces modèles sont adaptés au rapport bipolaire impliquant le citoyen et l'État. La Cour constitutionnelle fédérale s'écarte ainsi du modèle établi suivant un programme de contrôle autonome. La restriction apportée par le tribunal civil porterait atteinte au droit fondamental de la liberté d'expression et d'opinion, si les dispositions de droit privé applicables en l'espèce se trouvaient influencées par le droit fondamental de telle sorte qu'elles ne puissent justifier la décision du tribunal. Que les droits fondamentaux puissent avoir une telle influence matérielle (sur le contenu des normes de droit civil), est un élément déployé dans la deuxième étape de la construction de la Cour, à l'aide de l'interprétation des droits fondamentaux en tant qu'ordre de valeurs objectif. Face à la hiérarchie des normes, le contenu normatif objectif des droits fondamentaux rayonne sur toutes les normes des domaines infra-constitutionnels, c'est-à-dire aussi sur les dispositions du droit privé. Cependant, cette construction accorde la place centrale, au lieu du dispositif de l'arrêt en tant que restriction d'un droit fondamental, à l'activité d'interprétation et d'application du tribunal civil. Et, il est conséquent que le droit fondamental subjectif, aussi, fasse l'objet d'une nouvelle configuration : ce qui est important n'est plus la restriction de la liberté par le dispositif de l'arrêt, mais le non-respect de la teneur de la norme relative au

¹⁵ BVerfGE 7, 198 (207).

droit fondamental en tant que norme objective lors de l'activité d'interprétation ou l'exercice du pouvoir interprétatif du juge et lors de l'activité d'application. Le droit fondamental subjectif découle de la norme fondamentale objective de manière accessoire, en tant qu'un « droit au respect » (« *Anspruch auf Beachtung* ») du contenu de la norme objective.

L'indétermination, l'ambivalence constructive et les ruptures qui se cachent dans le jugement *Lüth* apparaissent dans la jurisprudence ultérieure. Le modèle de pensée, qui présente les droits fondamentaux comme comportant des décisions fondamentales liant tant le législateur civil que les tribunaux civils et qui se déploient par le biais des dispositions du droit civil, est récurrent et encore présent aujourd'hui. Un exemple illustratif en ce sens est la décision portant sur la fidéjussion¹⁶. Lorsque de jeunes adultes se trouvent sujets à des dettes d'étendue différente face aux banques à cause de fidéjussions, il s'agit de savoir si et dans quelle mesure les tribunaux civils sont obligés, pour des raisons de droit constitutionnel, de contrôler le contenu des contrats de fidéjussion conclus. La Cour constitutionnelle fédérale explique qu'il existe des obligations pour le législateur civil et les tribunaux civils de prendre en compte les droits fondamentaux en tant que normes objectives lors de la configuration ou l'interprétation et l'application des normes de droit privé, et du manquement à ces obligations résulte la violation d'un droit fondamental conçu dans sa dimension subjective¹⁷. La Cour suit ainsi cette construction bien qu'une des requérantes, ayant formé le recours constitutionnel, avait expressément fait appel aux obligations de protection incombant à l'État¹⁸. Mais, le germe d'autres modèles fut déjà semé dans le jugement *Lüth*.

b. les droits fondamentaux en tant que normes créant une obligation de protection incombant au législateur et aux tribunaux civils

Si l'on interprète les droits fondamentaux en tant que normes fondamentales porteuses de décisions de valeurs, les effets produits ne se laisseront pas réduire à la problématique que présente le cas concret (*Lüth*), ni d'ailleurs au problème lié à un droit fondamental particulier, ici, la liberté d'expression, ni à la question des effets des droits fondamentaux entre personnes privées. Car ces normes relatives aux droits ne sont plus entendues comme se référant uniquement à des obligations concrètes de la puissance publique, précisément à l'interdiction d'ingérence, excepté sur la base d'une loi conforme à la constitution. Elles décrivent davantage, à un niveau d'abstraction plus élevé, des garanties à partir desquelles on doit définir et reconstruire les obligations pesant sur l'État. De manière moins surprenante, le jugement *Lüth* a entraîné

¹⁶ BVerfGE 89, 214.

¹⁷ BVerfGE 89, 214 (229 s.).

¹⁸ BVerfGE 89, 214 (220).

un élargissement des garanties découlant des droits fondamentaux à bien des égards¹⁹. Par l'abstraction du contenu d'un droit fondamental, les obligations et les droits à des « prestations » qui donnent quant à eux un droit à une action positive de l'État deviennent, entre autres, justifiables²⁰. À titre d'exemple, on peut citer la garantie de la protection contre les atteintes portées par des personnes privées.

Les obligations de protection sont établies pour la première fois dans la première décision de la Cour constitutionnelle fédérale, datant de l'année 1975, intervenant dans le cadre du contrôle abstrait des normes et portant sur la dépénalisation de l'interruption de grossesse²¹. Et, de la même manière que le raisonnement suivi dans le jugement *Lüth*, cette décision de la Cour se distingue par ses ambivalences constructives. Le fondement de la décision était composé du droit à la vie de l'article 2, alinéa 1^{er}, première phrase, et la dignité de la personne humaine de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale qui, selon le texte de la norme, n'est pas seulement l'objet de respect, mais également de protection. La Cour exclut et laisse sans réponse la question difficile et controversée de la capacité du *nasciturus* à être titulaire d'un droit fondamental. Les droits fondamentaux incarneraient un ordre de valeurs objectif et les obligations de l'État, cruciales en l'espèce, pourraient déjà se déduire de la teneur objective-matérielle de la norme visée²². L'obligation de protection de l'État est au début implantée au niveau des normes de droits fondamentaux porteuses de valeurs et ensuite façonnée dans différentes directions : elle serait « globale »²³ et interdirait les ingérences directes de la puissance publique de même qu'elle exigerait la protection et le soutien du bien protégé; ici, avant tout, il s'agissait de protéger la vie en tant que bien protégé contre les ingérences illégales de la part de tiers²⁴. Aussi bien l'exclusion de la question des droits subjectifs que l'approche abstraite, qui s'étend sur toutes les dimensions des droits fondamentaux, expliquent la concentration sur les obligations de l'État au lieu d'un accent posé sur les

¹⁹ Sur l'importance du jugement *Lüth*, de manière pertinente : R. Wahl, « Die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich », in D. Merten et H.-J. Papier (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. 1 : *Entwicklung und Grundlagen*, C.F.Müller, 2004, p. 745 s.

²⁰ Le terme de « prestation » doit être ici compris au sens large (= une action positive); sur la terminologie employée : M. Sachs, in K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1 : *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Beck, 1988, § 65 IV 3 (p. 569 s.), § 67 II 1 (p. 697 s.).

²¹ BVerfGE 39, 1. Voir aussi la deuxième décision sur l'interruption de grossesse : BVerfGE 88, 203 (230 s., 251 s.).

²² BVerfGE 39, 1 (41 s.).

²³ Ce qui peut être ici lié aux dimensions multiples inhérentes aux normes de droits fondamentaux fut développé dans la décision *Schleyer* dans une formulation revêtant la forme d'un lien raccourci et peut être compris, dans cette décision, comme une exigence d'optimisation de la réalisation d'une obligation de protection : BVerfGE 46, 160 (164).

²⁴ BVerfGE 39, 1 (42).

droits des titulaires de droits fondamentaux. On appelle la figure dogmatique « obligation de protection » ; on ne l'appelle pas « droit de protection » en tant qu'un droit subjectif complémentaire au droit de défense.

En toile de fond de cette décision, dès le début, les destinataires de l'obligation de protection étaient tant le législateur que les pouvoirs juridictionnel et exécutif. Cette obligation est par suite pertinente dans les décisions qui concernent les grandes installations industrielles nuisibles et polluantes, exploitées par des personnes privées, quoique poursuivant un but d'intérêt général, comme par exemple l'approvisionnement en énergie ; ces installations industrielles sont soumises à une autorisation de la part de la puissance publique²⁵. Ce type de constellation compose le fond de la construction de la co-responsabilité de l'État dans les atteintes portées par des personnes privées²⁶. La figure de l'obligation de protection fut ensuite rapidement étendue à des domaines relevant exclusivement du droit privé. Elle fut employée comme exigeant une protection dans des configurations contractuelles, dans lesquelles l'autonomie privée était vulnérable eu égard à un déséquilibre structurel ou au vu de l'intérêt de l'employé au respect du choix libre d'un emploi²⁷. Elle intervient également dans des cas d'actes délictueux, dans lesquels la protection constitutionnelle de la personnalité soutient le droit civil d'omettre d'exprimer une certaine opinion ou un droit à des dommages-intérêts²⁸.

Après que les obligations de protection ont été mises en place de cette manière étendue, il est aisément concevable d'abandonner l'approche focalisée sur les obligations de l'État (en négligeant le droit subjectif de l'individu). Cette démarche est d'autant plus pertinente que l'obligation de protection remplit aisément les conditions habituelles de justification d'un droit également subjectif – une norme juridique destinée à servir au moins également la protection d'intérêts individuels²⁹. À l'obligation de protection de l'État correspond un droit à la protection de l'individu. Dans les cas où les tribunaux civils méconnaissent les normes relatives aux droits fondamentaux, il n'est pas nécessaire de recourir à la construction, selon laquelle la « violation

²⁵ Voir, par exemple : BVerfGE 49, 89 (140 s.) ; 53, 30 (57 s.) ; 56, 54 (73 s.) ; 77, 381 (402 s.).

²⁶ BVerfGE 53, 30 (58).

²⁷ Voir, par exemple, les obligations de protection dans le cas d'un accord concurrentiel : BVerfGE 81, 242 (254 s.) ; concernant les contrats de mariage : BVerfGE 103, 89 (100 s.) ; s'agissant des participations au surplus dans les contrats d'assurance : BVerfGE 114, 1 (33 s.) ; 114, 73 (89 s.) ; et dans le cas de contrat conclu entre auteurs et utilisateurs : BVerfGE 134, 204 (223 s.). Sur la protection de licenciement, dans le premier cas contre les ingérences par une réglementation publique dans les rapports professionnels existants, voir BVerfGE 84, 133 (146 s.), puis, de manière générale : BVerfGE 97, 169 (175 s.).

²⁸ BVerfGE 114, 339 (346 s.). Sur les prétentions concernant le droit de réponse dans la presse : BVerfGE 97, 125 (146).

²⁹ Sur les bases historiques et sur la conception des droits publics subjectifs traditionnellement destinés à servir au moins également la protection des intérêts individuels : J. Masing, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht*, Duncker & Humblot, 1997, p. 56 s.

des normes du droit constitutionnel objectif [...] » conditionnerait « également une violation des droits fondamentaux subjectifs de la personne concernée »³⁰. Les tribunaux civils violent davantage « le droit [...] à une protection »³¹, c'est-à-dire directement le droit fondamental subjectif.

c. les droits fondamentaux comme droits défensifs employés contre la législation et les tribunaux civils

Cependant, à cause des ambivalences qu'il contient, le jugement *Lüth* n'a pas seulement ouvert la voie à la déduction de nouvelles dimensions de garanties des droits fondamentaux qui deviennent pertinentes dans les rapports entre personnes privées. Le jugement contient partiellement des modèles de pensée provenant de la fonction défensive, par exemple, l'explication suivant laquelle la décision du tribunal civil signifierait objectivement une restriction de la liberté d'expression et d'opinion³². De tels modèles de pensée, qui qualifient les jugements des tribunaux civils, au regard de leur dispositif, d'atteintes aux droits fondamentaux, sont employés de manière fréquente dans la jurisprudence ultérieure. Un exemple saillant de l'emploi des modèles de pensée liés à la fonction défensive des droits fondamentaux est la décision relative à l'obligation de la mère de donner des informations à son enfant né hors-mariage sur le père biologique de ce dernier. La Cour constitutionnelle fédérale adopte un raisonnement semblable à celui tiré du modèle classique d'ingérence étatique : le droit de la mère, déduit de l'article 2, alinéa 1^{er}, en combinaison avec l'article 1^{er}, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale est affecté par la décision d'un tribunal civil l'obligeant à nommer les hommes susceptibles d'être le père de l'enfant, mais ce droit n'est pas garanti sans aucune réserve; il peut être restreint dans un intérêt général supérieur et en respectant strictement le principe de proportionnalité³³. Aussi, quelques décisions de la Cour qui concernent la liberté d'expression et d'opinion et la protection de la personnalité offrent des exemples illustrant l'emploi de ces modèles de pensée³⁴.

d. lignes principales de la jurisprudence récente

Une série de décisions récentes a pour effet d'enrichir les modèles de pensée des effets des droits fondamentaux dans les rapports entre personnes privées. En ce sens, trois décisions sont particulièrement intéressantes : le jugement *Fraport*³⁵, le jugement *Sampling*³⁶ et le jugement portant sur la recherche des origines génétiques de l'enfant³⁷.

³⁰ En ce sens : BVerfGE 114, 339 (346 s.).

³¹ Sur ce point, de manière pertinente : BVerfGE 103, 89 (100).

³² *Supra* II. 1. a.

³³ BVerfGE 96, 56 (61 s.).

³⁴ Par exemple : BVerfG, jugement du 15 décembre 1999, I BvR 653/96 (Caroline I), point 66 s., 86 = BVerfGE 101, 361.

³⁵ BVerfGE 128, 226.

Le jugement *Fraport* n'a pas seulement affirmé que la société anonyme (SA) Fraport, en tant qu'entreprise qui est en grande partie publique et existe sous la forme d'une société de droit privé est liée aux droits de la liberté de rassemblement et de la liberté d'opinion lorsqu'elle impose ses droits de propriétaire des lieux. Des explications plus fondamentales se trouvent également dans la décision, comme *obiter dicta*, portant sur « la distinction élémentaire »³⁸ entre la liberté de principe du citoyen, entendue en tant que liberté d'agir conformément à des préférences subjectives sans obligation de rendre compte à qui que ce soit, et l'assujettissement de l'État au droit (comme État de droit). Novateur est surtout le raisonnement suivant lequel la « liaison indirecte aux droits fondamentaux », à laquelle les personnes privées sont soumises « en particulier en vertu des principes de l'effet horizontal indirect et sur la base des obligations de protection de l'État »³⁹, peut être comparable ou équivalente à la contrainte juridique directe de l'État, selon la teneur du droit fondamental et la configuration du cas d'espèce. Sans préjudice des droits fondamentaux, dont elles sont titulaires pour leur part, les personnes privées peuvent, sous certaines conditions, « être soumises aux contraintes par voie des droits fondamentaux de manière comparable ou équivalente [à l'État], en particulier si leur rôle, en effet, se rapproche de la position d'obligé et de garant qui incombe traditionnellement à l'État »⁴⁰. La Cour explique qu'en faveur de la protection de la communication, une telle portée de la liaison aux droits fondamentaux peut entrer en ligne de compte, si des entreprises privées prennent en charge des approvisionnements des conditions-cadres de la communication publique et remplissent ainsi des fonctions qui étaient jadis assignées à l'État en tant que missions des services d'intérêt général⁴¹. Dans une décision suivant la procédure d'urgence portant sur la réalisation d'un flash mob sur une place se situant dans une propriété privée, la Cour constitutionnelle fédérale s'appuie sur ces *obiter dicta* : même si la propriétaire, personne privée, n'est pas directement liée par droits fondamentaux, « ces droits déploient des effets, en tant que principes objectifs, et la liberté de rassemblement doit être respectée par voie des effets horizontaux médiats, conformément à une mise en balance. L'étendue de cette liaison est déterminée par le principe de la concordance pratique en procédant à la mise en balance des droits fondamentaux opposés »⁴². Selon la teneur de la garantie et la configuration

³⁶ BVerfG, jugement du 31 mai 2016, 1 BvR 1585/13.

³⁷ BVerfG, jugement du 19 avril 2016, 1 BvR 3309/13.

³⁸ BVerfGE 128, 226 (244).

³⁹ BVerfGE 128, 226 (249).

⁴⁰ BVerfGE 128, 226 (248).

⁴¹ BVerfGE 128, 226 (249 s.).

⁴² Décision de la Cour du 18 mai 2015, 1 BvQ 25/15, point 6.

du cas d'espèce, cette liaison pourrait être comparable ou équivalente à la liaison aux droits fondamentaux de l'État.

Le jugement *Sampling* traite de la reprise d'une séquence de deux secondes de la chanson « Metall auf Metall » de l'album du groupe allemand *Kraftwerk* « Trans Europa Express » sous la forme d'un échantillon musical pour la chanson « Nur mir ». Les requérants contestent les décisions des juridictions civiles, qui ont conclu à une violation délictuelle du droit de propriété intellectuelle de l'article 85 de la loi sur le droit d'auteur, qui ne serait pas justifiée par le droit à la libre utilisation d'une œuvre musicale en vertu de l'article 24 de la même loi⁴³. L'espèce se distingue parce que des deux côtés, on arguait de la figure de l'ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental. Les requérants faisaient valoir leur liberté artistique, car l'utilisation artistique d'un fragment tonal n'est pas juridiquement possible sans autres conditions. Les producteurs d'enregistrements sonores (protégés par l'article 85 car la protection de la prestation en faveur des entreprises médiatiques y est incluse) invoquent, pour leur part, une ingérence dans leur droit de propriété, car la loi permet certaines utilisations des morceaux de musique. Le fait que les deux parties se trouvent affectées par une ingérence dans leurs droits fondamentaux respectifs et que malgré cela une constellation « des droits fondamentaux en conflit »⁴⁴ peut se produire, est lié aux caractéristiques-mêmes du droit de propriété⁴⁵. La décision *Sampling* souligne, en faisant œuvre de clarification plutôt que d'innovation, un certain nombre de principes régissant les effets horizontaux indirects des droits fondamentaux. Comme le fait remarquer la Cour constitutionnelle fédérale, les règles régissant la propriété intellectuelle ne sont pas une atteinte unilatérale portée par l'État à la sphère d'exercice des libertés des personnes privées. Il s'agit davantage d'une réalisation d'un équilibre entre la liberté de l'un et la liberté de l'autre, qui doit être conforme au principe de concordance pratique. L'examen de proportionnalité et la mise en balance ne doivent pas être effectués seulement du point de vue d'un droit fondamental

⁴³ L'article 85, alinéa 1^{er}, première phrase de la loi sur le droit d'auteur dispose : « Le compositeur d'un phonogramme a le droit exclusif de le reproduire, de le retravailler ou de le rendre accessible pour une utilisation publique ». § 24 de la même loi dispose : (1) Une œuvre autonome, qui a été créée en utilisant de manière libre une autre œuvre, peut être diffusée et exploitée sans l'accord de l'auteur de l'œuvre utilisée. (2) L'alinéa 1^{er} ne vaut pas pour l'utilisation d'une œuvre musicale, par laquelle une mélodie est évidemment puisée dans cette œuvre et intégrée dans la nouvelle création musicale ».

⁴⁴ BVerfG, jugement du 31 mai 2016, 1 BvR 1585/13.

⁴⁵ La propriété n'est constituée que par les règles de droit, sans que l'on puisse voir dans les règles légales une concrétisation de l'obligation de protection. Afin que le contenu et les limites puissent être différenciées et qu'un standard soit mis à disposition permettant d'évaluer les règles de droit (au regard du droit fondamental de propriété), la Cour constitutionnelle fédérale se fonde sur l'ensemble des normes existantes. Si un droit civil de propriété est ancré, ce droit contribue au contenu du droit fondamental de propriété et les exceptions du droit civil sont classées comme limites au droit fondamental de propriété.

pris de manière isolée, mais plutôt en vue de cette réalisation d'un équilibre. La violation d'un droit fondamental pourrait seulement être constatée, si les intérêts juridiques de l'une des parties se trouvaient soumis aux intérêts de l'autre partie de telle sorte que, eu égard à la signification et l'étendue du droit fondamental en cause, il ne serait plus possible de dire que cet équilibre serait adéquat⁴⁶. La marge de manœuvre et d'appréciation du législateur est prise en compte, et d'après ces standards, la Cour juge les dispositions législatives conformes à la Constitution. De manière expresse, elle considère que d'autres mesures législatives, même plus contraignantes, seraient aussi possibles, comme par exemple une combinaison de l'utilisation libre d'une œuvre artistique avec l'obligation de rémunérer de manière adéquate une telle utilisation⁴⁷. Il appartient aux tribunaux civils de concevoir la balance des intérêts entre la protection de la propriété et d'autres droits fondamentaux concurrents, que le législateur a choisie et qui se manifeste dans les règles de droit, et d'appliquer le principe de concordance pratique. En se démarquant du jugement *Lüth*, la Cour constitutionnelle fédérale soutient le point de vue théorique selon lequel l'influence des droits fondamentaux ne concerne pas seulement des dispositions d'ordre général, mais tous les éléments normatifs permettant et nécessitant une interprétation de la part des tribunaux⁴⁸. La mise en balance prenant en considération les spécificités artistiques se révèle être une tâche qui n'est pas aisée : « Dans ce cadre, l'intensité et l'étendue des effets des différentes variantes d'interprétation et d'application sur les droits protégés des deux parties doivent être recherchées et prises en considération lors de la prise de décision »⁴⁹. Il est possible de distinguer la mise en balance opérée sur la base de l'interprétation et celle intervenant sur la base de l'application de la loi. Dans le cas de la mise en balance dans le cadre de l'interprétation, entre autres, les effets sur les intérêts généraux et abstraits du créateur artistique et, par là, sur le « développement culturel »

⁴⁶ BVerfG, jugement du 31 mai 2016, 1 BvR 1585/13, point 70 s. Voir, déjà : BVerfGE 134, 204 (223 s.).

⁴⁷ Voir également BVerfGE 134, 204 (224), où la Cour reconnaît qu'il n'est pas interdit au législateur d'« introduire des mécanismes de protection spéciaux, au-delà des clauses générales de droit civil, même s'il n'y est pas tenu par les obligations de protection ». Ou encore : « Le législateur peut en particulier prévoir une protection par des dispositions spéciales en faveur de la partie contractuelle habituellement en situation d'infériorité étant plus forte que la protection, qu'en l'occurrence, les tribunaux pourraient garantir par l'application des clauses générales existantes ».

⁴⁸ BVerfG, jugement du 31 mai 2016, 1 BvR 1585/13, point 82. Comparer déjà : BVerfGE 112, 332 (358); 129, 78 (102).

⁴⁹ BVerfG, jugement du 31 mai 2016, 1 BvR 1585/13, point 85. La Cour constitutionnelle fédérale rejette ici l'idée que l'appel à la liberté artistique serait mis en échec parce que, *a priori*, elle ne s'étendrait pas à une personne qui utilise ou porte atteinte à la propriété intellectuelle d'autrui dans un but d'épanouissement artistique ; la Cour considère qu'en principe, toute activité artistique est comprise dans le champ de protection de l'article 5, alinéa 3 de la Loi fondamentale (sur cette question : voir point 90 du jugement).

doivent être pris en considération⁵⁰, alors que la mise en balance basée sur l'application concerne les circonstances concrètes de l'espèce. En l'occurrence, la Cour constitutionnelle fédérale juge les décisions des tribunaux civils inconstitutionnelles. En apportant une orientation pour les jugements à venir, la Cour souligne expressément que les tribunaux civils auraient pu trouver en différents points des règles de droit une solution répondant aux exigences de la liberté artistique, notamment en interprétant l'article 85, ou bien en interprétant l'article 24, ou, enfin, en interprétant le droit de citation contenu dans l'article 51 de la loi sur le droit d'auteur⁵¹.

Dans le jugement relatif à la recherche des origines génétiques, il est question d'un recours constitutionnel individuel formé par une femme qui tenta vainement d'obtenir devant les juridictions civiles une confirmation de ses origines génétiques de la part d'un homme qui n'était pas son père légal, mais qu'elle tenait, en se fondant sur certaines indications, pour son père biologique. Les tribunaux civils se sont appuyés sur le fait que les dispositions législatives pertinentes autorisent certes une procédure en reconnaissance de paternité (article 1600d du Code civil allemand) ainsi qu'une procédure en recherche d'origines génétiques isolée conformément à l'article 1598a du Code civil allemand, dont la formulation est univoque, mais qui n'est possible que dans le cadre de la famille légale⁵². La Cour développe la protection, résultant du droit de la personnalité de l'article 2, alinéa 2, en combinaison avec l'article 1^{er}, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale, en partant de la considération que la connaissance de ses origines est d'importance capitale pour l'épanouissement de la personnalité. Si des personnes privées refusent de communiquer des informations relatives aux origines d'un individu, l'État devrait, sous certaines conditions, rendre possible une procédure dont la mise en œuvre pourrait avoir comme conséquence la communication des origines génétiques. Ensuite, la Cour mélange des éléments qui, d'un point de vue dogmatique, correspondent seulement aux droits défensifs, avec des éléments faisant partie de l'obligation de protection et des droits à la protection. Les droits à la protection ne sont finalement pas spécifiés à l'aide d'une « interdiction

⁵⁰ BVerfG, jugement du 31 mai 2016, 1 BvR 1585/13, point 97.

⁵¹ BVerfG, jugement du 31 mai 2016, 1 BvR 1585/13, point 110. Aux termes du § 51 de la loi sur le droit d'auteur : « La reproduction, la diffusion et la communication publique d'une œuvre sont licites dès lors et tant que ces utilisations sont justifiées par le but à atteindre. L'utilisation est autorisée en particulier si [...] des passages de l'œuvre musicale déjà parue sont repris dans une œuvre musicale indépendante ».

⁵² BVerfG, jugement du 19 avril 2016, 1 BvR 3309/13, point 11 s. L'article 1598a, alinéa 1^{er}, première phrase du Code civil allemand dispose : « (1) Afin d'établir les origines génétiques de l'enfant 1. le père peut exiger respectivement de la mère et de l'enfant, 2. la mère peut exiger respectivement du père et de l'enfant et 3. l'enfant peut exiger des deux parents qu'ils se soumettent à un test génétique et qu'ils participent au prélèvement du matériel biologique nécessaire à sa réalisation ».

de rester en deçà de ce qui est exigé par le droit » (*Untermaßverbot*), mais de manière totalement indépendante : compte tenu de la marge de manœuvre dont dispose le législateur, certaines obligations réglementaires concrètes ne peuvent qu'être déduites, s'il y a une « densification de la protection constitutionnelle de la recherche des origines génétiques en allant jusqu'au droit fondamental concret à une procédure permettant cette recherche »⁵³. L'existence d'un droit individuel concret résultant de la densification de la protection constitutionnelle est déterminée au moyen d'une mise en balance complexe⁵⁴. La Cour souligne qu'un des fondements de cette mise en balance est qu'il y a, avant une comparaison génétique, des incertitudes concernant les résultats : le père présumé peut être le père biologique, mais il peut également ne pas l'être. Les facteurs de la mise en balance sont composés par tous les intérêts juridiques pertinents des personnes impliquées, parmi lesquelles, à côté de l'enfant ne disposant pas d'assez d'informations sur ses origines génétiques, figurent la mère et le père légal, la famille légale ou naturelle de l'enfant, le père biologique présumé ainsi que sa famille légale ou naturelle. Ces intérêts sont pris en compte, de manière abstraite et typique, et en prenant en considération les différentes formes d'atteintes (les ingérences, les atteintes factuelles, les atteintes indirectes), dans une mise en balance fondée sur l'évaluation des effets positifs aussi bien que des effets négatifs. Afin de déterminer les effets et l'intensité de l'atteinte, la Cour constitutionnelle fédérale dessine différentes conceptions possibles. À titre d'exemple, elle fait référence à l'option consistant en l'introduction d'un seuil de présomption, qui doit être franchi, afin que le père puisse être soumis à un test génétique. La Cour explique que le résultat de la mise en balance n'est pas défini de manière univoque. Le législateur peut créer une procédure de détermination des origines génétiques ; il n'y est toutefois pas obligé. La protection de l'article 2, alinéa 1^{er}, en combinaison avec l'article 1, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale ne se densifie justement pas dans un droit fondamental si précis et concret qu'il garantirait l'existence d'une telle procédure en faveur de l'enfant en quête d'informations sur ses origines.

e. conclusion partielle

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale fournit maintenant un matériau très riche portant sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées. Les analyses plus approfondies permettent de facilement démontrer l'hétérogénéité des modèles de justifications et les ruptures dans les

⁵³ Voir : BVerfG, jugement du 19 avril 2016, I BvR 3309/13, point 46.

⁵⁴ Sur ces points : BVerfG, jugement du 19 avril 2016, I BvR 3309/13, point 39 s., 49s.

constructions dogmatiques⁵⁵. La Cour recourt tantôt à un concept, tantôt à l'autre ; parfois même, elle les emploie simultanément de manière indifférenciée⁵⁶. Il n'y a pas de clarté concernant la forme d'intégration des droits fondamentaux, ce qui conduit tant à des incertitudes touchant à la teneur de ces droits qu'à des glissements de puissance qui ne sont pas désirés, avant tout vers la Cour constitutionnelle fédérale. Ces difficultés donnent l'occasion d'une reconstruction des concepts clés qui ont été développés pour justifier des effets des droits fondamentaux entre personnes privées.

B. Reconstruction (1) : le concept relatif aux normes fondamentales porteuses de valeurs et les objections critiques

Selon une affirmation capitale de la décision *Lüth*, la Loi fondamentale créerait, dans la partie portant sur les droits fondamentaux, un système de valeurs objectif. L'appellation de « système de valeurs » attira d'importantes critiques focalisées sur la notion de « valeur »⁵⁷. Dans les interprétations partiellement étendues, la terminologie est néanmoins sur-interprétée, comme le révèle l'appréciation rétrospective. La Cour constitutionnelle fédérale s'affranchit, dans la jurisprudence postérieure à la décision *Lüth*, de la notion de « système de valeurs »⁵⁸. Pourtant, dans *Lüth* au moins, cette notion ne reflète aucunement « rien d'autre que la représentation d'une conception matérielle des droits fondamentaux »⁵⁹. Il s'agit davantage d'un point angulaire de l'argumentation. Les valeurs se distinguent par une prétention à la validité universelle, ce qui permet de dépasser le cantonnement à la relation entre le citoyen et l'État. Si l'on interprète la teneur normative des droits fondamentaux en se servant d'une approche plus abstraite, alors ces

⁵⁵ Ces imprécisions sont aussi dues à l'emploi des modules de texte préfabriqués structurant les raisons de la décision qui sont transférés d'une décision à l'autre, même si ces modules de texte ne sont pas adaptés au cas d'espèce. Sur cette question, se reporter à M. Albers, « Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen », in *Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung*, VVDStRL, n° 71, de Gruyter, 2012, p. 276.

⁵⁶ Comme exemple d'une telle énumération portant le risque d'une argumentation instable, voir, par exemple, la décision *Helmswein* : BVerfGE 99, 185 (1993 s.).

⁵⁷ Sur ce point, notamment : E.-W. Böckenförde, « Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts », in *Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, 1991, p. 87 s. ; E. Denninger, « Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung: Zur Entwicklung der Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts », *JZ* 1975, p. 545 s. ; E. Forsthooff, « Die Umbildung des Verfassungsgesetzes », in E. Forsthooff, *Rechtsstaat im Wandel*, 2^e édition, Beck, 1976, p. 133s. ; E. Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht: Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, Mohr, 1976, p. 208 s. ; B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, 1976, p. 17 s.

⁵⁸ Sur ce point, on se reportera à H. Dreier, *Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten*, Juristische Studiengesellschaft, 1993, p. 21 s. ; U. F. H. Rühl, *Tatsachen - Interpretationen - Wertungen. Grundfragen einer anwendungsorientierten Grundrechtsdogmatik der Meinungsfreiheit*, Nomos, 1998, p. 53 s.

⁵⁹ Voir : W. Krebs, « Freiheitsschutz durch Grundrechte », in *Jura Extra: Grundfragen und Grundlagen des Zivilrechts, Strafrechts und Öffentlichen Rechts*, de Gruyter, 1990, p. 67 (note n° 73).

droits sont susceptibles de se transformer en se positionnant sur un niveau plus étendu touchant toutes les sphères de la société. La décision de valeur, que garantit le droit fondamental entendu dans sa fonction défensive, se trouve par conséquent dissociée de cette fonction et diversement déployée⁶⁰ ; les obligations de l'État deviennent moins précises et plus ouvertes à l'interprétation⁶¹. Surtout, les normes de droits fondamentaux obtiennent une teneur plus abstraite en tant que décisions de valeur. Intégrées dans une structure hiérarchique, elles peuvent déployer leur « effet de rayonnement » sur les dispositions législatives qui leur sont subordonnées. La notion de valeur et la conception des normes de droits fondamentaux en tant que « système de valeurs » facilitent l'approche de la Cour constitutionnelle fédérale en ce qu'il est désormais possible d'identifier le droit civil comme du droit subordonné aux droits fondamentaux. La conclusion selon laquelle le législateur et les juridictions civiles sont obligés, en accomplissant leur mission, de respecter les droits fondamentaux, devient plus que logique.

Les critiques adressées à cette approche étaient très vives et existent encore aujourd'hui. Par ailleurs, ces critiques sont hétérogènes tant concernant les objections soulignées que les alternatives proposées et les idées principales relatives aux rapports entre les droits fondamentaux et le droit privé. Pour la clarté, j'aimerais distinguer les critiques extrinsèques des critiques intrinsèques au niveau dogmatique. La critique extrinsèque s'interroge sur les raisons du développement d'une conception dogmatique autonome par la Cour constitutionnelle fédérale, bien qu'elle ait pu encore employer les droits fondamentaux comme des droits défensifs. Je reviendrai sur ce point concernant les concepts alternatifs plus loin dans mes développements⁶². Ici, certaines critiques intrinsèques importantes doivent être présentées : les droits fondamentaux ne pourraient jouer un rôle dans l'appréciation normative de situations relevant du droit privé que s'il existait une obligation

⁶⁰ H. D. Jarass, « Funktionen und Dimensionen der Grundrechte », in D. Merten et H.-J. Papier (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. II: *Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I*, C. F. Müller, 2006, p. 628. Selon E.-W. Böckenförde, « Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik », *Der Staat* 1990, p. 7 s., les droits fondamentaux déploient par ce caractère de valeur une nouvelle qualité. En les extrayant de la relation directe entre l'État et le citoyen, ces droits deviennent, en tant que normes objectives sans objet précisément défini ni destinataires nommés, indéterminés et ouverts. R. Alexy, « Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen », *Der Staat* 1990, p. 57, est d'opinion que l'abstraction fait référence au titulaire d'un droit fondamental (personne protégée par ce droit), au destinataire du droit (l'obligé) et aux modalités d'application de ce droit (s'abstenir d'action d'ingérences). Il est au moins vrai que les dispositions s'affranchissent de la relation entre l'État et le citoyen et les obligations ne sont plus limitées à l'obligation de ne pas entreprendre une ingérence injustifiée.

⁶¹ Consulter aussi les développements sur les « valeurs » en tant que définition du bien, en partant de valeurs bien ancrées jusqu'à une fonction de concrétisation des valeurs qui est inscrite dans les droits fondamentaux et conduit à une obligation juridique de l'État de réaliser ces valeurs : M. Dolderer, *Objektive Grundrechtsgehalte*, Duncker & Humblot, 2000, p. 118 s.

⁶² *Infra*, II. 3

de respecter ces droits dans ce domaine. Le tribunal civil juge uniquement, en tant qu'instance chargée de la résolution de différends, les rapports juridiques entre personnes privées. Les critiques arguent que, puisque les personnes privées ne sont pas liées aux droits fondamentaux, ces droits ne peuvent pas être un critère opérant pris en considération dans les jugements des tribunaux civils⁶³. Si les droits fondamentaux étaient interprétés comme des décisions de valeur déployant un « effet de rayonnement », leur précision normative, dont ils ont besoin afin d'être juridiquement maniables, serait perdue⁶⁴. En réalité, l'influence des droits fondamentaux ne serait guère immédiatement maniable dans la forme d'un « effet de rayonnement », mais uniquement si elle se trouvait complétée par d'autres figures dogmatiques, ici, surtout, celle de la « mise en balance ». Ces figures étaient accompagnées par l'idée selon laquelle les normes de droits fondamentaux couvriraient de manière assez étendue le conflit relevant du droit privé⁶⁵ et par conséquent ancreraient un « système de valeurs » complet au lieu d'un ordre fragmenté. À cause des mécanismes d'optimisation de la mise en balance, les normes relatives aux droits fondamentaux dicteraient un droit privé pour lequel seulement une solution juridique serait « juste »⁶⁶. Les valeurs collectives seraient dans une position subordonnée suite à la focalisation sur les biens et intérêts individuels⁶⁷. Enfin, le système de droit civil avec ses modèles complexes et nettement différenciés ferait l'objet d'une superposition normative déraisonnable. Indépendamment de ces objections, les critiques avancent que la conception de la Cour constitutionnelle fédérale ne pourrait expliquer comment elle déduit des droits fondamentaux, entendus comme des décisions de valeur objectives-matérielles, des droits subjectifs des personnes protégées⁶⁸. Dans le cas d'une incompatibilité de l'interprétation et de l'application du droit civil avec des normes de droits fondamentaux supérieures, seule l'hypothèse d'une collision normative au niveau du droit objectif pourrait être justifiée⁶⁹.

⁶³ Largement cité: Karl Doehring, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Alfred Metzner Verlag, 3^e édition, 1984, p. 209: « Le tribunal doit respecter les droits fondamentaux dans la mesure où ces derniers s'appliquent; ce n'est pas parce qu'un tribunal doit se prononcer que les droits fondamentaux s'appliquent » (*Das Gericht hat die Grundrechte zu beachten, soweit sie gelten; nicht etwa gelten sie, weil ein Gericht entscheidet*).

⁶⁴ M. Oldiges, « Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht », in R. Wendt, W. Höfling, U. Karpen et M. Oldiges (dir.), *Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf*, C.F. Müller, 1996, p. 288.

⁶⁵ Voir Diederichsen (note de bas de page n°5), p. 214 s., 228; P. Windel, « Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts », *Der Staat* 37 (1998), p. 389.

⁶⁶ Oldiges (note de bas de page n°64), p. 290.

⁶⁷ Diederichsen, (note de bas de page n°5), p. 215 s.

⁶⁸ Consulter, par exemple: G. Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG*, C. F. Müller, 1987, p. 110.

⁶⁹ Oldiges (note de bas de page n°64), p. 288.

La première objection, suivant laquelle l'implication des juridictions civiles ne pourrait justifier la prise en considération des droits fondamentaux en tant que critère déterminant, concerne un point d'importance capitale. En effet, l'hypothèse dans laquelle la teneur du droit fondamental se révélerait pertinente uniquement et seulement si des actions civiles et les juridictions civiles comme institutions étatiques entraient en jeu, convainc peu. Même si un tribunal civil agit en étant plus que « la bouche qui prononce les paroles de la loi »⁷⁰, les normes relatives aux droits fondamentaux pourraient être opérantes dans le cadre d'un jugement portant sur un conflit entre personnes privées seulement si elles comportent elles-mêmes un contenu en ce sens. Précisément, c'est la condition de possibilité pour qu'un tribunal civil puisse, dans le processus d'interprétation et d'application de normes relevant du droit civil, méconnaître la teneur ou l'étendue des standards découlant des droits fondamentaux. La pertinence matérielle et les standards posés par ces normes dans un cas litigieux signifient, pour les personnes privées parties au litige, qu'elles doivent avoir un comportement qui serait conforme pas seulement aux exigences découlant des dispositions de droit privé, mais également aux exigences résultant des dispositions portant sur les droits fondamentaux. Ces réflexions appellent une conséquence : les normes relatives aux droits fondamentaux, entendues en tant que normes fondamentales portant une décision de valeur, « s'appliquent » à un niveau abstrait, même dans les rapports entre personnes privées. Toutefois, les effets de ces normes seront réalisés par l'intermédiaire du droit privé. Car les droits fondamentaux ne créent pas des droits et des obligations correspondantes sur la base desquelles une partie privée peut exiger quelque chose d'une autre partie privée. Les droits et les obligations entre personnes privées sont fondés uniquement sur les dispositions de droit privé⁷¹. Les juridictions civiles et le législateur intervenant en la matière⁷² sont les seuls à être « directement » obligés par les normes de droits fondamentaux. La qualité de leur obligation ne diffère pas ; mais l'obligation est façonnée en fonction des spécificités de leur rôle. La première objection se dissout ainsi suite au constat selon lequel

⁷⁰ Ch.-L. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Garnier, 1777, Liv. XI, Chap. VI, p. 327; consulter aussi BVerfG (Chambre), Décision de 22.8.2016, 2 BvR 2953/14, 20.

⁷¹ Voir sur cette question : G. Lütke-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Nomos, 1988, p. 176 s., qui pense que l'effet « indirect » conduit à une protection des droits fondamentaux configurée par la loi, qui n'a pas les mêmes résultats qu'une liaison « directe », faisant naître des droits et des obligations pour les personnes privées. Selon Lütke-Wolff (p. 160), contre l'effet direct faisant naître des droits et des obligations peut être invoqué l'article 1^{er}, alinéa 3 LF, mais aussi la structure des normes relatives aux droits fondamentaux qui portent en soi la réserve de loi. D'un avis différent : E.-W. Böckenförde (note de bas de page n°60), p. 10 s.

⁷² Dans la mesure où il ne s'agissait pas de normes de droit privé existantes qui doivent être examinées au regard de leur conformité avec les droits fondamentaux, mais de normes qui seront créées par voie législative, on doit recourir à l'examen hypothétiquement conçu d'une norme envisagée ou possible.

ce n'est pas que l'implication des juridictions civiles qui conduit aux effets des normes de droits fondamentaux dans les rapports entre personnes privées. L'« effet horizontal indirect » signifie notamment que les normes relatives aux droits fondamentaux, médiatisées par les droits et les obligations concrets ancrés dans le droit privé, déploient des effets juridiques dans les rapports entre personnes privées.

Sur cette toile de fond, la deuxième objection, qui consiste à dire que les droits fondamentaux perdraient leur précision normative nécessaire s'ils étaient entendus comme des décisions de valeur objectives dotées d'un « effet de rayonnement », touche à un problème substantiel. L'abstraction des dispositions relatives aux droits fondamentaux les transformant en « valeurs » est une idée conceptuelle trop faible pour qu'elle puisse livrer les fondements conceptuels indispensables répondant à l'exigence de justification des effets des normes de droits fondamentaux entre personnes privées. L'imprécision et le caractère ouvert des obligations étatiques résultant de cette conception ne deviennent maniables que si d'autres figures dogmatiques y sont ajoutées, surtout la « mise en balance », sans que cela soit suffisamment fondé. À un niveau d'abstraction élevé, la question de savoir quel contenu des normes de droits fondamentaux s'applique pour quelle raison même dans les rapports entre personnes privées disparaît. Il est cependant évident que le contenu des normes de droits fondamentaux ne doit ni influencer le droit privé comme un bloc rigide, ni être compris du point de vue de son développement lié à la présence de la puissance publique⁷³.

La troisième objection concerne le problème de la « resubjectivation ». Construire un pont vers le droit fondamental subjectif de la personne concernée est une entreprise difficile, car ce droit ne peut pas être déduit d'une prétention qui se caractérise par un contenu particulier et est adressée par une personne privée à d'autres personnes privées. La Cour Constitutionnelle fédérale résout ce problème elle-même en ce qu'elle prend pour base l'idée que le droit fondamental subjectif consiste en un droit individuel au respect du contenu objectif-matériel de la norme relative au droit fondamental en question. Cependant, le droit allemand repose traditionnellement sur une distinction dogmatique entre les normes objectives-matérielles de droit public et les droits publics subjectifs. Une norme objective ne sert pas forcément, sans d'autres conditions supplémentaires, de base au droit subjectif. La solution de

⁷³ Consulter également : W. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, Beck, 1960, par exemple, p. 356 s. et p. 394 ; H. Dreier, « Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte », *Jura* 1994, p. 509 s. La Cour constitutionnelle fédérale accentue désormais la nécessité de l'adaptation de la concrétisation des standards de droits fondamentaux aux rapports juridiques respectifs. Voir, par exemple : BVerfGE 66, 116 (135); 73, 261 (270 s.); 81, 242 (254 s.).

la Cour constitutionnelle fédérale n'est ainsi pas suffisamment argumentée⁷⁴. Le juge constitutionnel évite de porter une réflexion sur le problème de la resubjectivation en intégrant, dans le jugement *Lüth* ainsi que dans la jurisprudence ultérieure, des raisonnements qui impliquent que l'on soit dans le cadre de la fonction défensive classique tendant à protéger contre une ingérence de la puissance publique.

C. Reconstruction (2) : les concepts portant sur la fonction défensive et les obligations de protection, et leurs appréciations critiques

La compréhension des droits fondamentaux en tant que décisions de valeur objectives, qui doivent être respectés par le législateur et les juridictions civiles, a rapidement été concurrencée par des conceptions alternatives. Celles-ci peuvent partiellement s'appuyer sur des points de référence dans les modèles de justifications hétérogènes de la jurisprudence constitutionnelle. Dans la littérature juridique, les concepts avancés sont souvent plus radicaux. D'après certains auteurs, il serait possible de purger la dogmatique des éléments superfétatoires ; l'« effet horizontal indirect » serait superflu en tant que figure de la dogmatique juridique. Le paradigme de la fonction défensive et/ou de l'obligation de protection seraient également adaptés au domaine du droit privé. Par ailleurs, les concepts juridiques pertinents, pour leur part, sont hétérogènes. Ils prennent en partie exclusivement appui sur la fonction défensive, en majorité sur la dichotomie entre obligations de protection et fonction défensive et, parfois, exclusivement sur les obligations de protection. Cela s'explique par le fait que le cadre dogmatique général et la conception de ce que l'on peut entendre lorsqu'on évoque une « ingérence » ou une « obligation de protection » diffèrent selon les concepts.

Deux conceptions, pourtant très différentes, plaident pour un recours exclusif aux modèles défensifs. D'une part, il existe la proposition de concevoir les atteintes portées par des personnes privées comme des ingérences aux droits fondamentaux imputables à l'État, notamment à la législation de droit privé ou aux juridictions civiles⁷⁵. Une partie peut alors parer à l'atteinte imputable

⁷⁴ H.-U. Erichsen, « Die Drittwirkung der Grundrechte », *Jura* 1996, p. 532, essaie de résoudre le problème en s'appuyant, en quête de justifications, sur les considérations selon lesquelles la teneur objective-matérielle servirait précisément à garantir la dimension subjective et à renforcer sa force normative, de sorte que l'atteinte à la dimension objective touche également la dimension subjective. D'un point de vue dogmatique, cette justification n'est guère convaincante.

⁷⁵ De manière globale, sur l'idée d'une obligation de tolérance, qui va de pair, au moins au vu du monopole de l'État, avec l'autorisation par l'État des actions des personnes privées : J. Schwabe, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, Goldmann, 1971, *passim* ; J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Eigenverlag, 1977, p. 211 s.

à l'État et portée par l'autre partie, et cette dernière peut parer à l'ingérence dans ses droits fondamentaux qui résulte des mesures prises par l'État. Cette construction est rarement soutenue. La notion d'ingérence n'est pas seulement rendue floue ; avant tout, l'imputation des atteintes portées par des personnes privées à l'État ne peut se trouver suffisamment justifiée. D'autre part, une autre proposition souhaite « transformer la notion de droit défensif en fondement de la dogmatique toute entière des droits fondamentaux »⁷⁶. Selon cette proposition, les droits fondamentaux des deux parties privées à un différend fourniraient des droits défensifs contre la solution du conflit apportée par l'État, qui imposerait un comportement précis à une partie et une obligation de tolérance à l'autre partie. Partant de ces deux perspectives, il s'agirait respectivement d'une action de l'État, qui serait mesurée à la lumière des exigences classiques relatives à la fonction défensive des droits fondamentaux⁷⁷. Cette proposition fait rarement l'objet d'une approbation générale. Le caractère opératoire de la figure de l'obligation de tolérance est limité⁷⁸, et la proposition présuppose une judiciarisation des rapports entre personnes privées, ce qui conduit à ce qu'elle ne puisse pas prendre en compte de manière satisfaisante quelques cas de figure.

En majorité, on se base sur la dichotomie entre l'obligation de protection, d'une part, et la fonction défensive contre l'ingérence, d'autre part⁷⁹. Une des parties à un litige pourrait faire valoir un droit à la protection étatique contre l'atteinte portée à l'intérêt juridiquement protégé ayant pour auteur l'autre partie⁸⁰. Cette dernière pourrait parer, sur la base des droits de défense, à l'ingérence résultant, cette fois, de mesures de protection prises par le législateur civil ou les tribunaux civils. Les droits à la protection reposeraient sur la fonction protectrice qui serait inhérente aux droits fondamentaux et « redécouverte »⁸¹. Des droits de défense existeraient, car il n'y aurait aucune raison de ne pas concevoir les règles de droit civil et les décisions juridictionnelles qui en découlent comme portant atteinte aux droits fondamentaux⁸². Les règles restrictives de droit civil pourraient léser les

⁷⁶ R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Mohr Siebeck, 2003, p. 1.

⁷⁷ Poscher (note de bas de page n°76), p. 153 s.

⁷⁸ Sur ce point, on consultera A. Hellgardt, *Regulierung und Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2016, p. 272 s.

⁷⁹ Avec des conceptions différentes en détail C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*, de Gruyter, 1999, p. 11 s., 30 s., 37 s. ; J. Hager, « Grundrechte im Privatrecht », *JZ* 1994, p. 374 s. ; M. Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Mohr Siebeck, 2001, p. 88 s., 141 s. ; W. Cremer, *Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen*, Mohr Siebeck, 2003, p. 411 s. ; J. Neuner, « Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht », in : J. Neuner (dir.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Mohr Siebeck, 2007, p. 170 s.

⁸⁰ Ruffert (note de bas de page n°79), p. 169 s.

⁸¹ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1: *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, C. H. Beck, 1988, p. 946.

⁸² Sur ce point : Hager (note de bas de page n°79), p. 374 s.

droits fondamentaux de la même manière que les dispositions de droit public ou de droit pénal⁸³. De plus, il n'y aurait pas de distinction précise entre le droit privé et le droit public. Même si la dichotomie entre l'obligation de protection et la fonction défensive sert de point de départ commun, les auteurs et leurs approches divergent en détail. Ces divergences démontrent l'existence de problèmes conceptuels plus profonds.

En ce qui concerne l'obligation de protection, la question de connaître son étendue et de savoir dans quelle mesure elle fait naître des droits à la protection, dont les particuliers pourraient se prévaloir, et sous quelles conditions ces droits sont activés, est sujette à des controverses doctrinales. D'après une proposition fréquemment formulée, la réponse serait livrée par l'« interdiction de rester en deçà de ce qui est exigé par le droit » (*Untermaßverbot*)⁸⁴. Cependant, d'un point de vue dogmatique, cette « interdiction » n'est pas suffisamment élaborée. Elle est basée sur l'hypothèse que, si on ne déduit qu'un standard de protection minimale, les possibilités d'action dont dispose l'État sont réduites à certaines actions précises auxquelles l'État est obligé, et les titulaires de droits fondamentaux ont un droit concret. Mais c'est le contraire qui est vrai : moins la protection exigée est étendue (standard minimal de protection), plus les possibilités d'action sont nombreuses, contribuant à la réalisation de cette protection (de sorte qu'il n'y a pas de droit suffisamment déterminable à la réalisation d'une mesure étatique bien déterminée). Et vice-versa : plus la protection déduite du droit fondamental est étendue, moins sont nombreuses les mesures minimales de protection qui sont appropriées afin de contribuer à la réalisation de la protection exigée et pour cette raison nécessaire⁸⁵. La figure de l'« interdiction de rester en deçà de ce qui est exigé par le droit » ne résout par conséquent point le problème de répondre à la question de savoir comment des obligations de protection et des droits qui y correspondent deviennent suffisamment déterminables. De plus, la question de savoir si, et dans l'affirmative, pourquoi le législateur civil et la justice civile devraient être obligés de façon égale de ne respecter qu'un standard minimal de protection, bien que les raisons avancées pour un standard minimal ne les concernent pas de manière égale, reste sans réponse. Au final, la combinaison d'une obligation de protection conditionnée par un standard minimal avec la fonction défensive des droits fondamentaux conduit à une asymétrie structurelle de protection, et ce résultat est également sujet à

⁸³ Par exemple : Cremer (note de bas de page n°79), p. 432 s.

⁸⁴ En premier lieu C.-W. Canaris, « Grundrechte und Privatrecht », *AcP* 184 (1984), p. 228. Voir ensuite Canaris (note de bas de page n°79), p. 39 s., 43 s., 55 s., 71 s.

⁸⁵ De manière plus détaillée : M. Albers, *Informationelle Selbstbestimmung*, Baden-Baden, 2005, p. 63 s.

critique. Pour certains, cette asymétrie ne pourrait être justifiée⁸⁶. Concernant la fonction défensive, on discute la question de savoir si les règles restrictives de droit civil ou bien les décisions des juridictions civiles peuvent être analysées à la lumière de la dogmatique classique de la fonction défensive, ou encore dans quelle mesure le domaine du droit privé nécessite des modifications, surtout s'agissant des dispositions supplétives du droit civil. Les exigences d'adaptation sont régulièrement reconnues. Mais il y a des réponses différentes à la question de savoir quels aspects devraient être modifiés et de quelle manière⁸⁷. La conséquence immédiate est l'absence de clarté dogmatique. De manière plus fondamentale, on peut critiquer que la figure de « l'ingérence » dans les droits fondamentaux ne s'applique pas au domaine du droit privé. Si elle est conçue d'une manière précise et contextualisée, elle est adaptée expressément à la relation entre l'État et le citoyen, au fond de laquelle reposerait le modèle de l'État de droit bourgeois, et aux décisions administratives. Dans cette configuration, la figure de l'ingérence déclenche la mise en œuvre des mécanismes de protection que sont la réserve de la loi (*Gesetzesvorbehalt*) et l'interdiction d'agir de manière excessive (*Übermaßverbot*)⁸⁸. Elle se compose de plusieurs éléments complémentaires⁸⁹. Un effet attentatoire ou un « effet égalitaire » (c'est-à-dire que les règles restrictives de droit civil pourraient lésier les droits fondamentaux de la même manière que les dispositions de droit public ou de droit pénal) ne suffisent pas, indépendamment de l'imprécision conceptuelle de cette notion, afin de constater une « ingérence » aux droits fondamentaux. Il est douteux si la résolution des litiges d'un tribunal civil, qui condamne une personne privée dans le cadre d'un différend relevant du droit privé à

⁸⁶ J. Hager, « Fundamental Rights in National (Namely German) Contract Law », in S. Grundmann (dir.), *Constitutional Values and European Contract Law*, Wolters Kluwer, 2008, p. 23 s. Voir également Hager (note de bas de page n°79), p. 381 s., avec l'indication complémentaire que la focalisation ou bien sur l'aspect défensif ou bien sur la dimension de protection peut varier selon les cas de figure et donc sembler hasardeuse. Des tentatives de justification chez Ruffert (note de bas de page n°79), p. 219.

⁸⁷ Voir, avec des modifications différentes : Canaris (note de bas de page n°79), p. 22 s.; Ruffert (note de bas de page n°79), p. 130 s. Sur les différences entre le domaine du droit privé contraignant et celui laissant place aux comportements autonomes des personnes privées, voir, par exemple : Dolderer (note de bas de page n°61), p. 208 s. Pour des reprises étendues de la dogmatique de l'ingérence, voir Poscher (note de bas de page n°76), p. 349 s. : la condition d'imposer une obligation contractuelle relevant du droit privé est qualifiée d'ingérence dans un droit fondamental, dont la justification dépend de ce que le tribunal puisse s'appuyer sur une base légale et se conforme à l'interdiction d'agir de manière excessive. Les bases légales doivent être les dispositions réglementaires contractuelles en combinaison avec les dispositions procédurales. Dans le cadre de l'interdiction d'agir de manière excessive, l'élément d'un « but légitime » se réfère à la mise en œuvre des possibilités d'une formation de droit autonome reconnues aux personnes privées et institutionnalisées par la législation.

⁸⁸ De manière approfondie : Albers (note de bas de page n°85), p. 34 s.

⁸⁹ M. Albers, « Faktische Beeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem », *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)* 1996, p. 234.

l'omission d'exprimer une certaine opinion, soit décrite de manière adéquate en tant qu'ingérence dans la liberté d'expression par l'instance étatique, pour laquelle cette dernière aurait besoin d'une autorisation expresse et devrait respecter l'interdiction de ne pas agir de manière excessive. Les modifications, telles qu'elles sont souvent reconnues, ne réussissent pas à atteindre le cœur du véritable problème : au lieu de voir le conflit entre deux personnes privées, dans lequel les droits fondamentaux jouent (aussi) un rôle, médiatisés par les obligations et les décisions du législateur civil et des juridictions civiles, la relation entre une personne privée et l'État devient le centre de gravité de la construction, où l'autre personne privée n'entre en jeu que de manière indirecte, car l'État doit également protéger et respecter ses intérêts. La substitution de la figure de l'« effet horizontal indirect » par la dichotomie entre l'obligation de protection et la fonction défensive des droits fondamentaux n'est pas sans conséquences concrètes : dans les constructions dogmatiques relatives aux droits fondamentaux, la problématique contenue dans le litige entre personnes privées est perdue de vue⁹⁰.

Une troisième approche choisit un recours exclusif aux obligations de protection et aux droits à la protection. Selon cette approche, les droits fondamentaux obligent l'État à protéger les intérêts pertinents des deux parties au litige⁹¹. Les normes fondamentales contiennent, à un niveau abstrait, l'obligation de protéger de manière globale la liberté fondamentale mise en cause. Cette obligation de protection générale et abstraite englobe tant les obligations de s'abstenir d'une ingérence non-justifiée que les obligations de protection concrètes et mises en œuvre dans le cas d'espèce. Sur la base de telles obligations de protection, la législation de droit civil ainsi que les juridictions civiles ont pour mission de garantir les libertés fondamentales du citoyen dans les rapports juridiques relevant du droit privé. Si le législateur civil ou les tribunaux civils font peser des charges sur une des parties en faveur de l'autre, qui ne sont pas compatibles avec un droit fondamental de cette première, ils ne portent pas atteinte au droit fondamental en cause. Ils ne prennent plutôt pas suffisamment en compte l'obligation de protéger le droit fondamental, même dans le cadre des rapports de droit privé, et violent ainsi le droit à la protection de la partie lésée. Il en est de même concernant les cas de refus d'une procédure de protection incompatible avec le droit fondamental de la partie en quête de protection. Les obligations et les droits de protection, qui entrent en jeu des

⁹⁰ La construction dogmatique n'est aucunement façonnée, contrairement à l'opinion répandue, comme une constellation tripartite comportant trois branches égales, car la combinaison de l'obligation de protection et de la fonction défensive n'englobe la dimension horizontale des rapports entre personnes privées que de manière indirecte ou dans la forme d'effets-réflexes des rapports respectifs entre les personnes privées et l'État.

⁹¹ Sur ce point : Oldiges (note de bas de page n°64), p. 299 s.

deux côtés du conflit relevant du droit privé, sont ensuite liées à l'idée qu'elles ne sont mises en œuvre qu'après le dépassement d'un seuil minimal et que l'intensité de la protection, surtout dans les rapports contractuels, doit être déterminée de manière modérée⁹². La construction, qui opère exclusivement en se basant sur les obligations de protection, peut trouver quelques points de référence dans des modèles argumentatifs hétérogènes qui étaient développés dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. Ceci est vrai pour ce qui concerne la démarche générale et abstraite employée lors de l'identification de l'obligation de protection⁹³, mais touche également aux parallèles tracés avec l'obligation de respecter la teneur objective-matérielle des décisions de valeur portées par la norme relative aux droits fondamentaux. Une distinction nette réside dans les éléments d'un seuil minimal et d'une intensité minime de la protection dans les rapports de droit privé qui se trouvent encadrés par une formulation restrictive de la dogmatique de protection. S'agissant de cette idée et d'autres éléments de cette construction, il manque une élaboration suffisante.

D. Conclusion : méthodes hétérogènes et nécessité de clarification dogmatique

Dans les modèles argumentatifs hétérogènes relatifs au déploiement des effets des droits fondamentaux dans les rapports entre personnes privées, il est utile de remarquer premièrement à quel point un grand nombre de notions liées aux droits fondamentaux sont imprécises et à quel point elles sont employées de manière complètement différente. Ce constat vaut pour la question de savoir si et dans quelle mesure la notion d'« effet » peut être identifiée aux effets factuels, aux effets-réflexes ou bien aux effets juridiques, pour la notion des termes « direct » ou « indirect » qui sont chroniquement vagues, ou bien pour la notion d'« ingérence » et celle d'« obligation de protection ». Les mêmes notions sont partiellement utilisées en faisant l'objet de conceptions diverses. Ceci conduit, surtout en prenant en considération les différentes approches de la Cour constitutionnelle fédérale, au manque de clarté dogmatique, ou de manière plus accentuée : à l'état de chaos dogmatique auquel on se heurte aujourd'hui en ce qui concerne l'« effet horizontal » et qui fait détourner le regard des véritables problèmes de contenu. Deuxièmement, les différences d'orientations sont frappantes, selon lesquelles la figure de l'« effet indirect » est ou bien un élément de la construction dogmatique, ou bien une catégorie dogmatique superflue. La conception des normes fondamentales portant des

⁹² Oldiges (note de bas de page n°64), en particulier p. 305 s.

⁹³ Consulter, *supra*, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (II. 1. B, note de bas de page n°23).

décisions de valeurs, dont l'« effet indirect » se déploie dans les rapports entre personnes privées, attire l'attention vers les rapports juridiques influencés par les droits fondamentaux dans la hiérarchie normative. Dans cette construction, les normes fondamentales contiennent forcément des déclarations normatives et un contenu normatif au niveau horizontal. Pour le dire autrement, elles « s'appliquent » dans les rapports entre personnes privées. Cela ne signifie pas pour autant que ces normes se réalisent sous la forme d'obligations et de droits spécifiques, dont le respect par autrui pourrait être exigé de la part d'une autre personne privée ; elles se réalisent uniquement dans la forme communiquée par le biais du droit privé⁹⁴. En revanche, les concepts, souvent employés, marqués par la dichotomie existant entre la fonction défensive des droits fondamentaux et l'obligation de protection, se focalisent sur les rapports entre les personnes privées et l'État. La législation civile et les juridictions civiles sont identifiées comme les destinataires des obligations, contre lesquels les personnes privées peuvent faire valoir leurs droits défensifs ou de protection. Cette démarche est séduisante, car elle relativise la distinction, toujours moins prononcée, entre le droit privé et le droit public du point de vue de la dogmatique des droits fondamentaux. Mais elle transfère régulièrement dans une large mesure le paradigme traditionnel du droit public. La dimension horizontale des rapports entre personnes privées ne joue que sous la forme d'effets-réflexes ou indirectement dans le cadre des relations des personnes privées et de l'État. Le regard est par suite détourné.

Si l'on souhaite s'en tenir à l'effet horizontal ou indirect entendu comme figure dogmatique opératoire, une solution s'impose, qui réunit tant les rapports juridiques entre personnes privées que les relations entre les personnes privées et l'État dans une conception complexe comportant plusieurs niveaux. Dans une telle conception, les résultats des développements précédents, qui concernent aussi bien les approches constructives que les points critiques, peuvent être intégrés.

II. L'EFFET HORIZONTAL DANS UNE CONCEPTION À MULTI-NIVEAUX

Les débats sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées sont marqués par l'absence de clarté des hypothèses initiales, des notions et des figures dogmatiques. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale contribue sans doute à cet état d'imprécision méthodologique et doctrinale, car elle ne contient pas que des ruptures constructives, mais fait également montre d'un grand nombre de formulations ambiguës. Dans les

⁹⁴ Sur ce point, *infra*, II. 2.

développements suivants, la notion d'effet horizontal doit être conceptualisée en tant qu'une catégorie dogmatique opérante, qui englobe les effets des droits fondamentaux dans les rapports entre personnes privées dans un cadre dogmatique autonome et qui n'est pas substituée par la dichotomie fonction défensive des droits fondamentaux/obligation de protection. À l'issue de cette réflexion, l'exigence apparaît de construire une conception à multi-niveaux faisant appel à une série d'éléments. Par suite, le regard sera libre afin de se concentrer sur des questions relatives à la teneur matérielle des affirmations découlant des droits fondamentaux en ce qui concerne les rapports entre personnes privées ainsi que portant sur la structure institutionnelle, au sein de laquelle ces affirmations seront concrétisées. Dans les débats, certaines questions institutionnelles concernant la compétence de concrétiser les droits fondamentaux sont parfois mélangées avec les problèmes de la teneur matérielle.

A. Les bases et les éléments constitutifs d'une conception à multi-niveaux

Si l'on entend l'effet horizontal des droits fondamentaux comme une catégorie dogmatique opérante, ce qui était inscrit dans la décision *Lüth* de la Cour constitutionnelle fédérale, alors, cette conception est liée à un grand nombre d'affirmations fondamentales. Au départ, le contenu des normes relatives aux droits fondamentaux doit être compris comme des décisions de valeurs objectives-matérielles, qui représentent davantage que le simple fondement de droits individuels défensifs protégeant contre les ingérences étatiques. Ces normes se situent à un niveau transcendant la distinction entre l'État et la société (civile) en faveur d'une société toute entière. Pour l'organisation de la société toute entière, les normes de droits fondamentaux offrent certaines décisions de valeur fondamentales. Elles incluent par conséquent des affirmations normatives protégeant les libertés fondamentales qui indiquent comment les rapports entre personnes privées doivent être façonnés. Dans ce contexte, elles « s'appliquent », ce qui a déjà été constaté, à ce niveau abstrait d'affirmations objectives-matérielles dans les rapports entre personnes privées. Cette compréhension (que les normes de droits fondamentaux s'appliquent à un niveau abstrait dans les rapports entre personnes privées) doit être reconnue tant dans le cas où elle est entendue en tant qu'une attente de respecter le droit inhérente aux normes en vigueur, que lorsque l'on l'entend comme une orientation factuelle d'un comportement en fonction des affirmations normatives déterminées⁹⁵.

⁹⁵ Voir, déjà, *supra*, II. 2. La déduction d'une obligation de protection de l'État suppose également que le bien protégé qui peut être déduit du droit fondamental soit respecté en tant que tel aussi dans les rapports entre personnes privées. Cependant, il n'en découle pas d'obligations d'abstention d'agir

Ce point de départ de l'analyse exige de concevoir d'une manière nouvelle les rapports entre les affirmations objectives-matérielles et les droits subjectifs, à savoir de les découpler. Les affirmations objectives-matérielles relatives aux droits fondamentaux indiquant comment les rapports entre personnes privées doivent être façonnés obligent le législateur civil et les juridictions civiles de régler ces rapports et les prétentions et les obligations réciproques des parties conformément aux affirmations pertinentes relatives aux droits fondamentaux. À l'obligation ainsi formulée correspond un droit au respect des normes portant protection d'intérêts individuels qui peut être invoqué à l'encontre de l'État par les titulaires des droits fondamentaux. Mais ces dispositions ne créent pas de droits et d'obligations sur la base desquels une partie privée peut exiger quelque chose d'une autre partie privée⁹⁶. Les droits subjectifs contenus dans les normes fondamentales sont adressés exclusivement à l'État. En revanche, les droits subjectifs dans les rapports entre personnes privées ne peuvent être déduits que du droit civil.

Cette systématisation éclaire également la distinction, qui ne peut être abordée qu'à l'appui d'un cadre et des points de repère précis, entre effet « immédiat » et effet « médiate » ou effet « direct » et effet « indirect ». L'obligation de la législation civile et des juridictions civiles et l'effet juridique des normes de droits fondamentaux correspondant, à savoir que les rapports, les prétentions et les obligations respectives des personnes privées doivent être (aussi) réglés conformément aux dispositions pertinentes portant sur les droits fondamentaux, constituent une liaison « immédiate » ou « directe ». Il s'agit d'une liaison « directe », indépendamment de la question de savoir si les standards de droits fondamentaux obligent le législateur civil à créer des lois ou si ces standards doivent être pris en compte lors de l'interprétation et l'application de ces lois⁹⁷. De cette liaison sont déduits les droits des titulaires de droits fondamentaux que ces derniers peuvent faire valoir contre l'État. En se démarquant de ce cadre, les droits fondamentaux ne s'appliquent pas entre personnes privées en qualité de revendications, mais seulement en qualité de normes objectives-matérielles ayant une influence, dans la hiérarchie des

concrètes pesant sur les personnes privées, et, par conséquent, le législateur doit concrétiser les obligations et les droits au niveau du droit privé. Windel (note de bas de page n°65), p. 392, qui critique que l'impératif de protection ne pourrait être valide que si les personnes privées étaient tenues de respecter les droits fondamentaux d'autrui, néglige la différence entre, d'une part, les dispositions objectives-matérielles portant sur le bien protégé, et, d'autre part, les obligations qui en résultent et qui ont comme unique destinataire l'État.

⁹⁶ Ici, la décision *Fraport* n'est pas claire, car elle considère que les personnes privées pourraient « se trouver obligées par les droits fondamentaux » (BVerfGE 128, 226 [248]).

⁹⁷ Eu égard à cette réflexion, la deuxième phrase de principe de la décision *Lüth* (BVerfGE 7, 198 [198] : « La teneur des droits fondamentaux se déploie dans le droit civil par le biais des dispositions de droit privé ») est un raccourci équivoque, qui est souvent mal compris. Voir, par exemple, la critique de cette conception dans une façon mal comprise chez Hager (note de bas de page n°79), p. 373 s., 375; Cremer (note de bas de page n°79), p. 443 s.

normes, sur le contenu des obligations et des prétentions du droit privé. Observés de ce niveau et de cette perspective, les droits fondamentaux produisent des effets « indirects ». Dans la dogmatique allemande des droits fondamentaux, l'« effet indirect » signifie que la personne qui fait valoir une prétention de droit civil dispose d'un droit au respect des dispositions pertinentes portant sur le droit fondamental en cause face à l'État, dont la réalisation influence matériellement la prétention adressée à l'autre personne privée, de telle sorte que les normes de droits fondamentaux ont un effet sur les rapports entre personnes privées grâce au « médium du droit privé ». Cet effet (horizontal) ne doit être qualifié ni d'effet-réflexe (en tant que reflet inversé d'un effet juridique), ni d'effet factuel (en tant qu'effet purement factuel, dont l'origine ne se trouverait pas dans une construction normative), mais doit davantage être compris comme un effet juridique. Cette compréhension impose toutefois une réflexion sur la construction tout entière.

La liaison directe de la législation et des juridictions civiles, comme décrit précédemment, ne doit pas être identifiée avec une liaison aux droits fondamentaux comme des droits défensifs (contre l'ingérence étatique). Cette association étroite est justement abandonnée au profit d'une conception abstraite du contenu des normes relatives aux droits fondamentaux. Au contenu objectif-matériel correspond un droit aussi bien abstrait : un droit au respect des dispositions objectives-matérielles qui est reconnu comme un droit subjectif des titulaires de droits fondamentaux. La qualité subjective peut être justifiée d'après les règles normales : une disposition juridique objective fournit des droits subjectifs⁹⁸ dans la mesure où elle est formulée afin d'également servir les intérêts individuels⁹⁹. Sur cette base, on peut déduire des droits au respect des dispositions fondamentales protégeant les individus qui sont reconnus aux deux parties à un différend de droit privé de manière égalitaire et sans qu'il existe une asymétrie structurelle. Par ailleurs, d'un point de vue conceptuel, il n'y a pas de raison que l'on recherche, de manière comparable à la fonction défensive et du droit subjectif qui en découle, une ingérence ou une atteinte, qui pourrait déclencher le droit subjectif au respect des dispositions objectives-matérielles en question¹⁰⁰. Dans la hiérarchie normative entre les normes de droits fondamentaux et le droit ordinaire, ce droit subjectif existe par soi-même, et il est violé si la législation

⁹⁸ Un droit subjectif repose sur une disposition juridique objective représentant « le lien juridique de la décision normative concernant la forme et l'étendue de la reconnaissance et de la protection d'un intérêt avec la sphère juridique d'un sujet de droit ». Voir : A. Scherzberg, « Grundlagen und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts », *Deutsches Verwaltungsblatt* 1988, p. 130 (en italique dans l'original). Cela est à l'origine de la faculté dont dispose la personne privée de se prévaloir des règles de devoir-être (objectives)-matérielles envers les organes obligés de l'État.

⁹⁹ Voir, sur cette question : Dolderer (note de bas de page n°61), p. 351 s.; Albers (note de bas de page n°85), p. 39 s.

¹⁰⁰ Voir *supra*, II. 1. a sur les ruptures constructives dans la décision *Lüth*.

ou les juridictions civiles ne satisfont pas les exigences qui en résultent. L'individualisation qui est nécessaire pour reconnaître des droits subjectifs doit être atteinte, en abandonnant la voie de la figure de l'ingérence¹⁰¹, par une interprétation du contenu des normes fondamentales protégeant l'individu au regard des conditions encadrant le conflit pertinent entre personnes privées. La forme concrète, dans laquelle les droits au respect se cristallisent, peut être adaptée à la constellation concrète du litige visé.

En plus de l'élément hiérarchique, l'« effet horizontal » est caractérisé dans le cadre de la conception des normes fondamentales de valeur objectives-matérielles et des droits au respect qui y correspondent par la présence, dès le départ, de deux niveaux de règlements normatifs. Par conséquent, on a besoin d'une conception à multi-niveaux. Les normes de droits fondamentaux contiennent les décisions de valeurs objectives-matérielles aussi bien que les obligations du législateur de droit civil et des juridictions civiles et les prétentions des personnes privées contre l'État, tandis que les prétentions et les obligations existantes entre des personnes privées qui ne sont pas directement liées aux droits fondamentaux sont ancrées dans le droit privé. À cause de cet ancrage, la législation ou les tribunaux s'appuient nécessairement sur le droit privé en vigueur en tant qu'ordre relativement autonome, au sein duquel doivent être réglées les obligations et les prétentions des personnes privées. La relative autonomie du droit privé est un élément inhérent à cette conception à multi-niveaux, mais le degré d'intensité de cette autonomie n'est pas prédéfini. On peut arriver à des réponses différenciées et spécifiques au domaine en question. Cela signifie, en même temps, que l'on n'ait pas besoin d'une distinction aiguë entre le droit privé et le droit public à un niveau infra-constitutionnel¹⁰². Il est possible de prendre en considération les développements, selon lesquels le droit privé peut également posséder la qualité d'une réglementation étatique au sens étroit¹⁰³, sans que cette qualité existe en toutes circonstances dans le spectre large de domaines et paradigmes de droit privé¹⁰⁴, selon lesquels la frontière entre le droit privé et le droit public devient partiellement floue et selon lesquels les domaines normatifs peuvent se présenter en tant qu'« ordres se

¹⁰¹ La notion d'ingérence est caractérisée par le fait qu'elle est liée d'une manière inhérente avec une individualisation : la notion d'ingérence contient par elle-même des affirmations qui permettent de déterminer quand l'individu doit disposer légitimement de la faculté d'agir contre une mesure étatique devant les tribunaux. Sur ce point : R. Eckhoff, *Der Grundrechtseingriff*, Heymanns, 1992, p. 130 s.

¹⁰² Ceci est d'autant plus vrai que le droit administratif également ne représente pas une concrétisation pure des droits fondamentaux, mais possède une relative autonomie.

¹⁰³ Hellgardt (note de bas de page n°78), p. 277 s., qui distingue, dans le domaine du droit privé, entre les fonctions de « réglementation » et d'« équilibrage des intérêts »; voir surtout p. 564 s.

¹⁰⁴ Hellgardt (note de bas de page n°78), p. 282 s.

fondant réciproquement » (*wechselseitige Auffangordnungen*)¹⁰⁵ ; enfin, la distinction entre le droit privé et le droit public est gérée de manière hétérogène au sein des États membres de l'UE¹⁰⁶. Une conception à multi-niveaux offre le cadre pour une élaboration adéquate des effets des droits fondamentaux qui se déploient dans les rapports entre personnes privées.

B. Les points centraux de la problématique de l'effet horizontal

a. le contenu des garanties dans les rapports entre personnes privées

Si l'on conçoit les effets des droits fondamentaux dans les rapports entre personnes privées dans une conception à multi-niveaux, le regard se porte rapidement sur le problème dissimulé derrière certaines controverses dogmatiques : quelles dispositions matérielles livrent les normes de droits fondamentaux s'agissant des rapports entre personnes privées ? Est-il question des mêmes dispositions qui existent dans la relation entre le citoyen et l'État ? Ou bien s'agit-il, dès le départ, de développer un autre contenu adapté aux rapports entre personnes privées ? En tout cas, ces dispositions matérielles sont-elles modifiées par suite de la conception à multi-niveaux, telle qu'elle fut décrite ici ? Et qu'est-ce que le propre (*das Proprium*) du droit privé ?

i. l'abandon des méta-règles centrées sur la présence de l'État

Les droits fondamentaux lient, au vu de leur texte normatif, certaines thématiques matérielles à la promesse normative de liberté, d'intangibilité, de non-violation, de respect et de protection. Ainsi, ces droits représentent des références matérielles très abstraites et sont, en eux-mêmes, définis par un degré élevé d'imprécision. C'est ce qui constitue le fondement des critiques expliquant que les normes fondamentales ne seraient maniables dans le droit privé que si elles étaient complétées par d'autres figures dogmatiques¹⁰⁷. Ce constat ne concerne pas seulement le droit privé, mais se rapporte également au droit public : la concrétisation des droits fondamentaux dans la sphère du droit public est traditionnellement associée à une notion de la figure d'« ingérence », qui est marquée par certaines caractéristiques et réduit le nombre de possibilités d'interpréter la teneur de la « liberté » protégée¹⁰⁸. En plus, il y a des méta-règles qui interviennent afin de réduire les problèmes de la concrétisation matérielle des garanties de droits fondamentaux : l'attribution des libertés en principe illimitées aux citoyens et des compétences

¹⁰⁵ Voir en ce sens les contributions dans W. Hoffmann-Riem et E. Schmidt-Aßmann (dir.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Nomos, 1998.

¹⁰⁶ Voir également Herresthal (note de bas de page n°3), p. 246 ; et les contributions dans M. Freedland et J.-B. Auby (dir.), *The Public Law / Private Law Divide: Une entente assez cordiale ?*, Hart Publishing, 2006.

¹⁰⁷ Voir *supra*, II. 2.

¹⁰⁸ Pour les critères de la figure d'ingérence voir *supra*, II. 3. avec note de bas de page n°89.

limitées à l'État¹⁰⁹, un principe propre à l'État de droit, l'interprétation généralement large des domaines de protection des droits fondamentaux en vue d'une protection des libertés effective ou encore l'interdiction d'agir de manière excessive en tant que figure à l'aide de laquelle il est possible de résoudre les collisions entre les dispositions normatives protégeant et des dispositions restreignant l'exercice des droits fondamentaux.

Les méta-règles qui s'inscrivent dans le cadre de la relation État/citoyen ne sont pas adaptées à la compréhension selon laquelle les normes de droits fondamentaux en tant que décisions de valeur objectives-matérielles hiérarchiquement supérieures ont des effets dans les rapports entre personnes privées d'une manière « médiatisée par le droit privé ». Une grande majorité des juristes reconnaît l'exigence de modifications. Par exemple, l'interdiction d'agir de manière excessive est remplacée par la figure de la « mise en balance » ou du « principe de la concordance pratique »¹¹⁰.

Toutefois, la « mise en balance » substituée à l'interdiction d'agir de manière excessive est une modification assez limitée, probablement insuffisante, qui réagit de manière primaire au constat qu'il s'agit d'une configuration impliquant deux personnes privées positionnées sur un pied d'égalité. Au surplus, il est question d'une figure conditionnée et riche en conséquences. Les conditions ne peuvent pas toutes être facilement remplies, et les conséquences ne sont pas toutes exemptes de problèmes. Dans la première phase, la mise en balance suppose que les intérêts qui doivent être inclus ainsi que l'étendue et le poids de leur protection soient déterminés. Dans des constellations plus complexes, surtout au niveau législatif, il peut être difficile de déterminer quels intérêts de quelles personnes doivent réellement être pris en compte¹¹¹. Ceci est d'autant plus vrai qu'il doit exister certaines marges d'appréciation, selon lesquelles il incombe au législateur de définir, en usant de son pouvoir politique discrétionnaire, dans quelle mesure des intérêts sont dignes d'être protégés. À l'étape suivante, les intérêts ainsi précisés doivent être mis en balance, c'est-à-dire être mis en relation et faire l'objet d'un équilibre réciproque. Il est moins question d'une mise en balance des intérêts protégés, en tant que tels, que d'une mise en balance des effets. La réponse à la question de savoir quels effets doivent être pris en compte parmi la multitude d'effets peu ou prou probables n'est pas aisée. Les conséquences de la figure de « mise en balance » posent également certains problèmes. Encore et toujours, il y a des objections aux termes

¹⁰⁹ Selon ce principe, la sphère de liberté de l'individu est en principe illimitée et les missions et prérogatives de l'État sont en principe limitées.

¹¹⁰ Voir *supra*, II. 3.

¹¹¹ Voir *supra*, II. 1. d) et le jugement relatif à la recherche des origines génétiques, BVerfG, jugement du 19 avril 2016, 1 BvR 3309/13. Sur ce point, voir en plus BVerfGE 128, 226 (266).

desquelles la mise en balance tendrait à une optimisation et, par là, à une liaison étendue de la législation et des juridictions civiles¹¹². On pourrait répondre à ces objections en indiquant la dogmatique de la marge d'appréciation. Plus fondamentale est la critique, selon laquelle la mise en balance, en tant que méta-règle principale, peut conduire à ce que le champ des intérêts individuels se trouve élargi ou nouvellement créé, à ce que des intérêts insusceptibles d'individualisation soient voués à s'effacer et à ce que les solutions dogmatiques civiles complexes pourraient être transformées de manière déraisonnable¹¹³.

Indépendamment des conditions et des conséquences problématiques, la mise en balance en tant qu'une méta-règle principale dans le domaine des effets des droits fondamentaux portant sur les rapports entre personnes privées ne pallie pas la difficulté de la concrétisation matérielle des dispositions de droits fondamentaux floues. Bien au contraire, elle renvoie à l'exigence de déterminer le contenu de manière plus précise, et, donc, de matérialiser la teneur des garanties de droits fondamentaux.

ii. la matérialisation de la teneur des garanties de droits fondamentaux

S'il n'est pas possible de se référer aux figures dogmatiques comme la notion « classique » d'ingérence et aux méta-règles dogmatiques, sur la base desquelles la description matérielle des biens à protéger peut rester relativement imprécise, les dispositions de droits fondamentaux doivent être concrétisées suivant une interprétation normative matériellement orientée, une interprétation focalisée sur le contenu. Les exigences élevées de concrétisation de la teneur des garanties de droits fondamentaux se présentent entre-temps également dans la relation État/citoyen, car le champ traditionnel de la protection des intérêts individuels fut étendu aux nouveaux biens à protéger et la figure de l'ingérence fut étendue aux « atteintes factuelles »¹¹⁴. En ce qui concerne les effets des droits fondamentaux sur les rapports entre personnes privées, l'analyse historique démontre, comme par exemple la liberté artisanale agissant contre le système des corporations,

¹¹² Voir *supra*, II. 2.

¹¹³ Voir sur ces objections aussi *supra*, II. 2.

¹¹⁴ De manière plus détaillée Albers (note de bas de page n°89), p. 233 s. Voir également W. Kahl, « Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt », *Der Staat* 43 (2004), p. 167 s.; W. Hoffmann-Riem, « Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch », *Der Staat* 43 (2004), p. 203 s. La controverse portant sur la question de savoir si le contenu des droits fondamentaux doit être compris au sens « large » ou « étroit » n'embrasse pas vraiment le problème, car il s'agit de déterminer quelles sont les conceptions initiales relatives aux droits fondamentaux, à l'aide desquelles on interprète ce contenu, et il n'existe pas une manière monodimensionnelle pour qualifier les résultats différents de larges ou d'étroits.

mais également l'histoire de la liberté d'expression et de la presse¹¹⁵, que les normes relatives aux droits fondamentaux ne visent aucunement de manière exclusive à protéger contre les ingérences de l'État. Mais il est vrai qu'en Allemagne, la relation entre l'État et le citoyen était au centre de l'attention pendant les périodes qui ont vu naître la dogmatique « classique » des droits fondamentaux. Les rapports entre personnes privées ne refont surface et ne gagnent en importance qu'avec la décision *Lüth*.

La discussion sur le contenu des normes de droits fondamentaux portant sur les rapports entre personnes privées souligne souvent le principe fondamental d'autonomie privée¹¹⁶. Suivant ce principe, les titulaires de droits fondamentaux peuvent façonner de manière autonome leurs rapports juridiques et les conséquences juridiques qui en découlent, par le biais de négociations et d'accords. Autrement dit, ils précisent, réalisent et protègent eux-mêmes leurs intérêts dans les formes souhaitées¹¹⁷. L'autonomie privée concerne, d'une part, la relation entre l'individu et l'État, car les rapports *juridiques* dans l'ordre étatique ne sont pas complètement déterminés de manière autonome, d'autre part, les rapports entre personnes privées. L'élément principal de l'autonomie fait référence, selon la tradition libérale, aux possibilités dont disposent les particuliers à la différence de l'État : ils peuvent, sans avoir besoin d'une justification ou sans devoir exposer des buts et des motifs, agir conformément à leurs idées et intérêts. Les intérêts ne sont pas forcément d'ordre égoïste, ils peuvent également avoir un aspect altruiste. L'élément distinctif consiste en ce que des décisions et des interactions décentralisées donnent lieu à des formes de structures et d'organisation sociétale qui se présentent comme étant innovantes et dynamiques.

Même si l'autonomie privée est un élément pertinent, elle ne peut pas offrir une description exhaustive. Entre autres, elle n'englobe ni les dimensions de connaissance et d'information comme catégories autonomes, ni le caractère conditionnel du comportement individuel dans le contexte des interactions, d'environnement sociétal ou d'infrastructure, et n'embrasse pas non plus les traits spécifiques des organisations dans une forme suffisante. Pour ces raisons, elle présente également des insuffisances concernant certains facteurs relatifs aux conditions permettant son existence qui ne peuvent pas être négligés sans conséquences.

¹¹⁵ De manière approfondie D. Grimm, « Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts », in D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, 1987, p. 310 s. ; D. Grimm, « Soziale Voraussetzungen und verfassungsrechtliche Gewährleistungen der Meinungsfreiheit », in D. Grimm, *op. cit.*, p. 253 s.

¹¹⁶ Voir, par exemple, Ruffert (note de bas de page n°79), p. 287 s. Il considère la liberté contractuelle comme la plus importante garantie des personnes privées, voir p. 289.

¹¹⁷ Sur la teneur de l'autonomie privée : BVerfG, décision du 7 février 1990, 1 BvR 26/84 (= BVerfGE 81, 242), point 48.

Mais le spectre des dispositions qui découlent des droits fondamentaux dans le domaine des rapports entre personnes privées ne se limite point au principe d'autonomie privée. La dimension de connaissance et d'information se trouve de plus en plus développée ces dernières décennies. Traditionnellement pris en considération sous la forme de « l'honneur », les intérêts à protéger se sont multipliés de la sphère privée en passant par le droit de la personnalité jusqu'à la protection des données personnelles, la réputation d'une entreprise ou la confidentialité et l'intégrité des systèmes techniques d'information¹¹⁸. Ce qui est intéressant, c'est qu'on s'aperçoit facilement que ces biens protégés sont adaptés au moins également ou même justement aux rapports entre personnes privées¹¹⁹. Dans ces rapports, les dispositions matérielles protégeant ces intérêts doivent être élaborées dans une certaine mesure de manière autonome et, en tout cas, ces dispositions ne doivent pas être moins étendues que dans la relation entre l'individu et l'État. La liberté d'opinion constitue un autre exemple significatif. Son contenu ne se limite pas à la protection de purs actes d'expression, mais renvoie aux possibilités et aux conditions de la réception de ces propos par d'autres personnes, aux effets produits par ces actes et – précisément, parce que des effets sont pris en compte sans que la protection de la liberté d'opinion inclue les effets souhaités par le locuteur – aux interrelations communicatives. Si l'on appréhendait ces implications, on arriverait, au terme d'une élaboration systématique et rigoureuse, à des affirmations relatives aux droits fondamentaux qui livrent du contenu normatif pour les contextes sociétaux supérieurs : « la libre formation de l'opinion individuelle et publique »¹²⁰, « la diversité des opinions »¹²¹ ou encore « la pluralité des médias »¹²². Ces paramètres normatifs concernent la société et, en ce sens, justement les rapports entre personnes privées. De manière comparable, la présence des entreprises privées sur le marché renvoie aux autres opérateurs économiques du marché donné et aux marchés en tant qu'institution, de sorte que, dans certains cas de figure, il serait nécessaire d'élaborer les dispositions normatives en ce qui concerne les structures et les mécanismes de fonctionnement des marchés aussi bien que le rôle de la protection de la

¹¹⁸ Sur le développement de ces biens protégés consulter, par exemple: BVerfGE 27, 344 (351); 32, 373 (379) – sphère privée; BVerfGE 54, 148 (153 s.) – droit de la personnalité (*Eppler*); BVerfGE 65, 1 (42 s.) – protection des données personnelles (*Volkszählungsurteil*); BVerfGE 120, 274 (302 s.) – protection de la confidentialité et l'intégrité des systèmes techniques d'information.

¹¹⁹ Voir B. Schlink, *Die Amtshilfe*, Duncker & Humblot, 1982, p. 192 s., qui, s'inspirant de E. Forsthooff, « Der Persönlichkeitsschutz im Verwaltungsrecht », in *Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag*, C. F. Müller, 1964, p. 46 ff., classe la sphère privée en tant que bien à protéger, qui n'existerait pas face à l'État.

¹²⁰ Voir, par exemple, BVerfGE 57, 295 (319 s.); BVerfG, jugement du 15 décembre 1999, 1 BvR 653/96 (Caroline I), point 97 = BVerfGE 101, 361.

¹²¹ Consulter, par exemple, BVerfG, jugement du 25 mars 2014, 1 BvF 1/11 et 4/11, point 33 s.

¹²² Art. 11 de la Charte des droits fondamentaux.

liberté individuelle dans ce cadre économique¹²³. La protection de l'inviolabilité du secret des télécommunications illustre la manière dont le comportement individuel dépend de l'infrastructure. Le bien protégé du droit à l'inviolabilité du secret des télécommunications, à savoir la liberté et l'inviolabilité de la communication ayant besoin de certaines techniques et services de diffusion¹²⁴, renvoie à l'infrastructure, sur laquelle le bien protégé se fonde, à sa configuration technique et aux relations sociales qui s'y rapportent. Le champ des dispositions susceptibles d'être déduites s'étend, à plus forte raison compte tenu des réseaux de télécommunications privatisés et des nouveaux fournisseurs de services sur Internet¹²⁵, aux rapports entre personnes privées, que ce soit entre le fournisseur d'accès et les utilisateurs, ou bien entre les télé-services et les utilisateurs, et elles comportent toujours une dimension infrastructurelle et institutionnelle, qui ne peut être comprise uniquement à travers le prisme de l'autonomie privée. Au regard de ces dispositions relatives aux droits fondamentaux, le constat de la Cour constitutionnelle fédérale, livré dans la décision précitée *Fraport*, selon lequel la « liaison indirecte aux droits fondamentaux » des personnes privées pourrait, en fonction de la teneur de la garantie et de la configuration factuelle, être comparable ou équivalente à la liaison de l'État, est également vrai pour les espaces d'Internet¹²⁶.

Des analyses plus détaillées dans les domaines normatifs différents, qui représentent encore, sous de multiples aspects, un terrain de recherche qui n'est pas suffisamment exploité, peuvent démontrer dans quelle mesure quelles dispositions de droits fondamentaux sont pertinentes dans le cadre des rapports entre personnes privées et dans quelle mesure des parallèles ou des différences existent en comparant la relation entre l'État et le citoyen avec celle entre citoyens. De toute façon, dans des domaines diversifiés, cette dichotomie (l'État/le citoyen par opposition au citoyen/citoyen) se transforme en une image différenciée. La pertinence des dispositions portant

¹²³ Voir sur ce point BVerfG, décision du 26 juin 2002, 1 BvR 558/91 et 1428/91, point 41 s. = BVerfGE 105, 252 (*Glykof*); M. Albers, « Staatliche Verbraucherinformation: Gewinn für Konsumentenscheidungen oder Gängelei? », in K. Jantke, F. Lottermoser, J. Reinhardt, D. Rothe et J. Stöber (dir.), *Nachhaltiger Konsum: Institutionen, Instrumente, Initiativen*, Nomos, 2016, p. 180 s., 183.

¹²⁴ Entendre cette protection comme un « droit privé à la distance » sous la forme d'une garantie du secret (BVerfGE 115, 166, 182) n'est pas une démarche satisfaisante car cette notion néglige la dimension communicative qui forme une partie essentielle de la protection de l'inviolabilité du secret des télécommunications.

¹²⁵ Internet conduit, sous de nombreux aspects, à des problèmes difficiles à résoudre, entre autres, en ce qui concerne la possibilité de différencier les garanties de la liberté de la presse et de la radiodiffusion, d'une part, de la garantie de la non-violation du secret des télécommunications, d'autre part. Les concrétisations du contenu des normes de droits fondamentaux se trouvent confrontées à de nouvelles exigences. Voir sur ce point M. Albers, « Grundrechtsschutz der Privatheit », *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl.) 2010, p. 1061.

¹²⁶ Voir *supra*, II. 1. d) et le jugement *Fraport*, BVerfGE 128, 226.

sur les droits fondamentaux pour les rapports entre personnes privées ne se positionne pas en contradiction avec la construction d'un « effet indirect », mais appartient à ces conditions essentielles. Comme déjà expliqué, le niveau objectif-matériel des dispositions comportant des décisions de valeur et le niveau des prétentions et des obligations doivent être distingués : s'agissant du premier, les normes fondamentales s'appliquent également aux rapports entre personnes privées, tandis que leurs prétentions et obligations découlent uniquement du droit privé.¹²⁷

Eu égard à l'autonomie relative du droit privé inhérente à cette construction, du point de vue des droits fondamentaux, il est important de savoir ce qui constitue le trait caractéristique (« le propre ») du droit privé. Très souvent, la réponse des spécialistes de droit privé est l'« autonomie privée ». Cette réponse est liée à l'idée qu'il s'agit de garantir des décisions décentralisées et l'ouverture relative de la société qui y correspond, de sorte que l'on ne s'attende pas à des descriptions complètement achevées. Cependant, la référence à l'autonomie privée se révèle insuffisante¹²⁸. Ici, des développements plus précis seraient un terrain de recherche fructueux.

b. la réserve de loi en tant qu'attribution des compétences de concrétisation

Si l'on place l'effet horizontal des droits fondamentaux dans le cadre d'un système à multi-niveaux, l'élément de la réserve des normes fondamentales gagne en importance. Puisque l'effet horizontal est médiatisé par l'ordre juridique, la réserve n'est pas subordonnée, comme dans le cas de l'ingérence traditionnelle, au domaine de protection, mais représente un élément à part égale de la norme relative aux droits fondamentaux. L'État n'apparaît pas uniquement dès qu'il restreint un droit en principe libre de présence étatique et largement interprété. Il doit toujours être pris en compte en tant qu'instance qui équilibre et régule les rapports entre personnes privées. La réserve est façonnée de différentes manières dans le texte de la Loi fondamentale allemande¹²⁹, et à la conception abstraite des normes fondamentales correspond une compréhension fonctionnelle concevant la réserve en tant qu'attribution des compétences normatives de régulation et de concrétisation¹³⁰.

¹²⁷ Voir *supra*, II. 2.

¹²⁸ Sur ce point, de manière pertinente : Hellgardt (note de bas de page n°78), p. 523 s.

¹²⁹ W. Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte. Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes*, Duncker & Humblot, 1975, p. 70 s.

¹³⁰ Consulter sur ce point Albers (note de bas de page n°85), p. 53, 482 s. Voir aussi K.-H. Ladeur et T. Gostomzyk, « Der Gesetzesvorbehalt im Gewährleistungsstaat », *Die Verwaltung (DV)* 36 (2003), p. 160 s., pour la nécessité de développer la notion de réserve de la loi.

Au vu du rôle central de la loi, une primauté est attribuée au législateur. Puisque l'on se trouve à un niveau d'abstraction plus élevé que celui de la fonction défensive, cette primauté ne fait pas référence à une judicialisation par voie de dispositions législatives suffisamment précises. La primauté du législateur l'oblige plutôt à régler des questions « substantielles », et ce que cela signifie et jusqu'où cette obligation s'étend dépendent des domaines normatifs et des exigences normatives qui en résultent. Le contenu, les formes et l'étendue des règles de droit privé doivent prendre en considération de manière adéquate le rôle des personnes privées dans ces différents domaines normatifs. Entre autres, la primauté du législateur est compatible tant avec la production des normes par des personnes privées, telle qu'elle est garantie par le principe d'autonomie privée, qu'avec les compétences de concrétisation des juridictions civiles et le droit jurisprudentiel¹³¹.

Dans une telle conception, la loi englobe nécessairement un spectre large de dispositions de réglementation ou d'équilibrage des conflits en passant par des règles-cadres jusqu'aux configurations procédurales ou contextuelles¹³². Dans la conception à multi-niveaux, il est clair que les obligations, pesant sur le législateur en vertu des dispositions et réserves découlant des droits fondamentaux, donnent lieu à la prise en compte et à la garantie des espaces de libertés des personnes privées par le biais des règles-cadres et des règles contextuelles. Mais le législateur peut être également obligé de prévoir des prétentions et des obligations du droit civil appropriées, qui, dans le cadre d'un rapport entre personnes privées, créent des effets juridiques contraignants entre ces personnes privées qui ne sont pas liées par les droits fondamentaux. Les normes de droits fondamentaux apportent-elles, au-delà de ces obligations objectives du législateur, un droit subjectif que les personnes privées pourraient faire valoir à l'encontre du législateur ? La réponse, comme expliqué de manière convaincante dans la décision relative à la procédure en recherche des origines génétiques¹³³, dépend de la question de savoir dans quelle mesure on peut constater une densification des dispositions objectives de droits fondamentaux portant une protection des intérêts individuels jusqu'à une solution concrète.

À cause de la diversité des formes et des fonctions des lois et face à la complexité des domaines normatifs, l'influence des dispositions de droits fondamentaux sur les normes de droit privé ne doit pas être entendue dans le

¹³¹ Voir aussi Hellgardt (note de bas de page n°78), p. 673 s.: Les tribunaux ont, dans le cadre de la loi et dans une certaine mesure méthodique et acceptable, un rôle indépendant.

¹³² Consulter pour le rôle diversifié de la loi dans l'ordre juridique moderne W. Hoffmann-Riem, « Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitätsgewährleistung durch Normen », *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)* 130 (2005), p. 10 s.

¹³³ Voir *supra*, II. 1. d) et le jugement relatif à la recherche des origines génétiques, BVerfG, jugement du 19 avril 2016, I BvR 3309/13.

sens d'une structure pyramidale. La figure de l'« effet de rayonnement », qui trouve son origine dans le développement de l'effet horizontal dans la décision *Lüth*¹³⁴, communique dans ce contexte une image trompeuse. Les standards de droits fondamentaux peuvent suivre les conceptions législatives aux niveaux différents de concrétisation. C'est-à-dire qu'ils prévoient des normes pour les solutions législatives à un niveau inférieur en respectant la conception législative choisie au niveau supérieur¹³⁵. Sous ces conditions, les droits fondamentaux ne rayonnent pas de manière large et diffuse sur le droit privé. Leurs dispositions peuvent être précisées à des endroits appropriés. C'est ce qui rend possible tant l'élaboration des limitations de l'influence des droits fondamentaux que les marges d'appréciation dans le cadre des compétences de concrétisation respectives. Des marges d'appréciation résultent de manière inhérente de la notion de « réserve » des normes fondamentales, en tant qu'attribution des compétences normatives et de concrétisation. Tant le législateur que les juridictions peuvent en disposer, mais, dans ces deux cas, les justifications et l'étendue des marges d'appréciation ne sont pas les mêmes. Le contrôle de constitutionnalité doit également être adapté aux différentes marges d'appréciation, et ce constat n'est pas toujours clairement énoncé. La qualité et la mise en œuvre du contrôle opéré par la Cour constitutionnelle fédérale pourraient profiter d'une élaboration innovatrice de la dogmatique des droits fondamentaux concernant les rapports entre personnes privées.

CONCLUSION

Avec l'eupéanisation, mais également avec la transformation de la société conditionnée par la présence d'Internet, les questions matérielles et dogmatiques des effets des droits fondamentaux sur les rapports entre personnes privées deviennent pertinentes à nouveau. Les analyses de cette contribution ont démontré que, dans la dogmatique allemande des droits fondamentaux, il n'existe point un concept clair et suffisamment fiable de l'« effet horizontal ». Au contraire, il n'y a que des constructions hétérogènes, même dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale ainsi que dans la littérature juridique. Les conceptions originales se distinguent par la figure de l'« effet indirect » comprise comme faisant partie d'un modèle dogmatique général. Dans les conceptions (à leur tour hétérogènes) défendues dans la littérature récente, l'effet horizontal est abandonné en tant que catégorie dogmatique autonome et remplacé par la fonction défensive des droits fondamentaux et/ou l'obligation de protection

¹³⁴ Voir *supra* II. 1. a).

¹³⁵ Albers (note de bas de page n°85), p. 66 s., 483.

pesant sur l'État. En me démarquant de cette tendance, il me paraît plus raisonnable de maintenir l'effet horizontal en tant que figure dogmatique. Mais il est alors nécessaire de l'inscrire dans le cadre d'une conception plus complexe, une conception à multi-niveaux, au sein de laquelle le niveau des dispositions relatives aux droits fondamentaux et le niveau des obligations et des droits sont différents. Cette approche se révèle appropriée et susceptible de faire l'objet de développements approfondis. Elle dirige le regard sur des desiderata centraux de la recherche.