

Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux.

Un regard français sur la conception allemande

La tâche du commentateur est toujours un peu plus facile que celle de l'auteur du rapport général dans la mesure où il a l'avantage de disposer d'un texte auquel il peut réagir. La tâche en l'occurrence est facilitée par le fait que l'exposé de mon collègue Christoph Gusy constitue, en tout cas pour les juristes français, une contribution aussi claire que remarquable. Elle a en effet le mérite de présenter non seulement une description actualisée, « *up-to-date* » de l'état de la littérature allemande sur cette question, c'est-à-dire de ce qu'on appelle « l'effet horizontal des droits de l'homme », la *Drittwirkung*, mais aussi une thèse sur la différence d'appréciation du phénomène, en Allemagne et en France.

C'est une description actualisée car on apprend en lisant son rapport qu'il faut cesser d'interpréter la question du *Drittwirkung* à la lumière de la jurisprudence *Liith* et de la conception objective des droits de l'homme tirée de cette jurisprudence de la Cour de Karlsruhe. En effet, si le droit positif n'a pas été substantiellement modifié, dans la mesure où l'on reconnaît un effet médiateur aux droits fondamentaux lorsqu'ils s'appliquent aux relations entre personnes privées, la justification a changé : c'est désormais la *Schutzpflichtendogmatik* (§III) qui a désormais la faveur de la doctrine allemande. Par l'intermédiaire du juge, l'État aurait donc une obligation positive de protéger les droits fondamentaux dans un litige d'ordre purement privé qui mettrait en cause de tels droits.

Le rapporteur prétend, dès le début de son rapport, que cette question des obligations des personnes privées à l'égard des droits fondamentaux ne serait pas une « querelle allemande » car elle concerne des pans entiers du droit européen (il cite pour la CEDH l'affaire « *Caroline* » (ie de Monaco), elle n'en est pas moins concrétisée de manières différentes dans les différents pays européens. Ainsi, la différence de points de vue entre la France et l'Allemagne (II, 3), elle se traduirait par l'asymétrie entre les deux pays que l'on peut ainsi résumer : omniprésence du *Drittwirkung* en Allemagne, et relative absence de cette théorie en France. Elle est attribuée par Christoph Gusy à la différence d'imprégnation du droit positif par le droit constitutionnel en France et en Allemagne. En France, la protection des droits fondamentaux est plutôt fondée sur le fait de la loi et en Allemagne, sur la constitution. Mais c'est surtout le rôle des juridictions qui est plus important en Allemagne alors qu'en France, la réalisation des droits de l'homme leur garantie serait plus « politique que juridictionnelle » (II, 3, S. 9). La différence entre les deux pays porterait donc moins sur le contenu des droits

protégés que sur les autorités qui en sont les garantes et la procédure applicable (« *das “Wer“ und das “Wie”* » S. 10). Certaines de ces observations rejoignent en partie celles formulées par Michel Troper dans un article où il notait, à titre liminaire, qu’aucune des expressions : « l’effet de la constitution à l’égard des tiers », « droits horizontaux » ou « effet indirect » ne faisait pas partie du vocabulaire constitutionnel français¹. Pour expliquer un tel constat, il se fonde non seulement sur la conception républicaine plutôt que libérale de l’État et des droits individuels (explication idéologique si l’on veut), mais aussi sur la particularité du constitutionnalisme français selon lequel le caractère obligatoire des droits individuels doit être trouvé dans leur fondement législatif, et non dans la Constitution²

C’est à ce jugement d’ordre comparatiste auquel je voudrais ici principalement m’intéresser en délaissant un peu arbitrairement – et je vous prie de m’en excuser — d’autres aspects, pourtant fort intéressants, de son rapport. C’est un peu à regret que j’abandonne la discussion des très intéressants passages sur la dogmatique juridique, sur la relation triangulaire constitutive de l’effet horizontal des droits (III, 1 et 2) ou encore les développements très denses sur le principe de proportionnalité (III, 4).

Mais avant de le faire, je voudrais d’emblée attirer l’attention sur le titre de la conférence de « *Grundrechtsbindungen Privater* ». Le titre est très difficile à traduire en français. On peut toujours le traduire littéralement de la façon suivante : « les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux ». La traduction, un peu lourde, est longue ; elle trahit l’incapacité de la langue française à associer en un seul mot divers concepts. Quoi qu’il en soit, cette nouvelle expression vient se substituer, de façon heureuse à mon avis, à l’ancienne expression « d’effet horizontal » et elle présente l’avantage de souligner le déplacement de la problématique ici en jeu : la question ici discutée ne porte pas sur la question du bénéficiaire du droit fondamental, mais sur celle de son débiteur, de son *adressataire* (Adressat). La belle question de dogmatique juridique, qui gît derrière ce problème, est celle de savoir si l’on peut substituer des personnes privées à l’État comme titulaires d’une obligation à l’égard d’un autre particulier, titulaire quant à lui d’un droit de l’homme, d’une créance si l’on veut. Le titre du rapport (*Grundrechtsbindungen Privater*) laisse entendre que c’est possible. L’avantage d’un tel changement sémantique est qu’il pose le problème de manière plus correcte et évite cette dérive sémantique qui est l’abus de la métaphore spatiale, illustré par l’expression de « l’effet horizontal » qui s’opposerait à « l’effet vertical » (rapport entre État et particuliers). Le titre ici choisi est bien plus précis et met l’accent sur le problème de dogmatique juridique qui est d’ailleurs traité expressément dans les passages précités de l’article de C. Gusy.

¹ « Who needs a third party effect ? » in András Sajó , Renáta Uitz, Eds. *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht, 2005.

² U. Preuss, « Les droits horizontaux », in D. Chagnollaud, M. Troper, (dir), *Traité international de droit constitutionnel*, tome II, Dalloz, 2012 (à paraître). Olivier Jouanjan en parle dans ce qui reste la meilleure introduction aux droits fondamentaux : « la théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA* 1988, pp. 44 et s.

Cette précision étant faite, je voudrais d'abord commencer par marquer mon accord avec Christoph Gusy sur la faible place occupée dans la doctrine française par la question ici traitée. Prenons deux exemples tirés des deux branches du droit public: d'un côté, le droit constitutionnel et de l'autre, les libertés publiques. Dans le tout récent *Traité international de droit constitutionnel*, il y a un chapitre sur les « droits horizontaux » (volume III). Eh bien !, il est de la plume d'un auteur allemand, Ulrich Preuss. Ce n'est pas un hasard si, confronté à cette question, les responsables de ce Traité, Michel Troper et Dominique Chagnollaude, ont contacté un professeur allemand. Certes, il existait quelques auteurs français qui, dans leur thèse, ont traité de cette question, soit pour l'Allemagne (David Capitant)³ soit pour la France, Marc Frangi⁴, Didier Ribes⁵. De façon encore plus probante, on relèvera qu'il est rare de trouver des manuels ou traités de droit constitutionnel français contenant des développements sur la question ici traitée, tout comme sont assez rares les articles sur le même thème.

Le second indice qui prouve que cette matière est délaissée provient de la consultation des ouvrages de libertés publiques. La plupart d'entre eux n'en parlent pas. Ainsi est-ce le cas pour deux ouvrages qui font aujourd'hui autorité, le premier est le manuel de mon ami, Patrick Wachsmann, *Libertés Publiques* (Dalloz 6^{ème} éd.) et le second, celui de Gilles Lebreton (*Libertés Publiques et droits de l'homme*). Quant à l'ouvrage pionnier de Jean Rivero, — auteur sur lequel on reviendra ici longuement —, il consacre deux pages à la question à la protection de la liberté contre les particuliers (*Les libertés publiques* tome I, Les droits de l'homme, 3^{ème} éd. 1981, pp. 194-195) et quelques lignes seulement à la doctrine allemande de la *Drittwirkung*. Pour clore ce trop bref panorama, qui ne se veut pas du tout exhaustif, on signalera que l'entrée consacrée aux « droits horizontaux » dans le volumineux *Dictionnaire des droits de l'homme* (PUF) est rédigé par Dan Spielman, auteur belge d'une thèse sur cette question dans son rapport avec le droit de la CEDH.

Cette première approche, d'ordre purement bibliographique, suffit à indiquer que, à la différence de ce qui se passe en l'Allemagne, la doctrine a, en France a porté un intérêt relativement limité à la question du lien entre rapports entre particuliers et droits fondamentaux. Tel est le constat de départ que l'on peut faire et qui méritera évidemment une réflexion sur les raisons d'une telle asymétrie.

Est-ce à dire que la doctrine française a négligé cette question ? Pas tout à fait. Il y a un auteur qui a étudié ce problème avec une véritable profondeur : c'est Jean Rivero (1910-2001). C'est une banalité de rappeler que ce juriste fait partie, en France, des quatre ou cinq grands professeurs de droit public de sa génération. Mais il est ici « incontournable » car il a beaucoup marqué la discipline des libertés publiques à laquelle il a donné ses lettres de

³ *Les effets juridiques des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 1996 (préface Fromont).

⁴ *La Constitution et le droit privé. Les droits individuels et les droits économiques*, PUAM, 1992 (préface Favoreu).

⁵ *L'État protecteur des droits fondamentaux*, Aix 2007, dactyl. (la thèse est annoncée un peu partout publiée chez Economica, mais nous l'avons trouvée nulle part). Nous n'avons pas pu la consulter sous sa forme dactylographiée.

noblesse ; il a écrit, selon nous, les choses les plus intéressantes sur notre sujet : la protection des droits de l'individu dans les rapports entre particuliers. Après avoir tenté de cerner sa pensée sur ce sujet, je tenterais de montrer comment, après lui, la discussion doctrinale s'est orientée – focalisée ? – sur la dimension constitutionnelle, avec des résultats peu probants (II).

I. Jean Rivero, partisan convaincu de l'application directe des droits de l'homme aux rapports entre particuliers

Dans le manuel précité de Rivero sur des libertés publiques, il y a une brève allusion à la doctrine allemande de la *Drittwirkung* que l'auteur interprète comme ayant pour inconvénient de confirmer la thèse — défendue par Philippe Braud et qu'il combat — selon laquelle il faudrait « restreindre la notion de libertés publiques aux seules relations de l'individu et de l'État, à l'exclusion des rapports entre particuliers » Rivero ajoute alors : « La doctrine austro-allemande [*sic*] de la *Drittwirkung* va dans le même sens. L'analyse qui précède condamne cette tendance. Les libertés ne changent pas de nature selon que les menace une autorité publique ou un particulier. La liberté d'opinion est compromise par le conformisme patronal, comme par le conformisme gouvernemental. Surtout, c'est de l'État, en définitive, que relève la protection de la liberté dans les rapports privés : c'est le législateur qui en pose les principes et le juge qui en assure le respect. L'État manquerait donc à son obligation si ses organes se refusaient à exercer cette protection »⁶.

Sans commenter ce passage, on se bornera à observer que Jean Rivero résume ici un important rapport qu'il a fait au colloque de l'Institut international des droits de l'homme de Strasbourg sur « *la protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées* », paru en 1969⁷. Quoiqu'ancienne, cette étude ne nous semble pas vraiment « dépassée » au sens où elle représente, à notre avis, la meilleure conceptualisation en langue française, de la question aujourd'hui discutée⁸. On en retiendra d'abord les deux thèses connexes défendues par Rivero dans cet article. La première est le caractère indissociable de la protection des droits de l'homme des particuliers contre d'autres particuliers et de la protection de ceux-ci contre l'État. Cela résulte de *l'identité du pouvoir* entre puissance publique et puissance privée. Tout pouvoir peut être oppresseur et les droits de l'homme existent pour protéger le faible contre le fort. Or, la puissance d'un particulier peut être aussi bien oppressive que celle de l'État ; c'est aussi bien le cas pour une entreprise que pour la puissance d'un syndicat à l'égard de ses membres. Je laisse la parole à ce remarquable prosateur qu'était Jean Rivero:

⁶ *Op. cit.* tome I, p. 195.

⁷ Dans le troisième volume des *Mélanges* offerts en l'honneur de René Cassin : « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, Pedone, 1969, t III, p. 311-322.

⁸ D'ailleurs, cet article est cité comme une référence par D. Lluellas et P. Truedl, « L'application de la Charte canadienne des droits et libertés dans les rapports privés », *Revue juridique Thémis*, 1984, vol. 18 p. 219. Cité par J.P. Machelon, « Le rayonnement de l'œuvre », in F. Mélin-Soucramanien et F. Melleray (dir.), *Le Professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, Paris, Dalloz, 2012,

« celui qui échapperait à l'arbitraire de l'État que pour tomber sous la domination des puissances privées ne ferait que changer de servitude ; encore la seconde aurait-elle toute chance de se révéler plus intolérable que la première, tempérée, malgré tout, par un minimum de sens du bien commun. La reconnaissance des libertés qui demeureraient lettre morte dans les relations privées, constituerait, de la part de l'État, une aberration ou une hypocrisie, cette hypocrisie dénoncée précisément par la critique marxiste de l'État bourgeois. »⁹

La seconde thèse relève de la dogmatique juridique et consiste à rattacher cette défense des droits de l'homme, ou des droits fondamentaux, au droit public et à l'État par l'intermédiaire du juge. On se contentera pour l'instant d'une citation, quitte à revenir plus loin, et plus longuement, sur une telle thèse : « *Sur le terrain juridique, la dissociation apparaît également impossible : la relation privée, par l'intervention du juge, débouche sur la relation entre le particulier et l'État, protecteur, par tous ses organes, des droits qu'il a consacrés.* »¹⁰ Autrement dit, le rapport bilatéral entre deux particuliers est un rapport trilatéral, voire triangulaire, car l'État est le médiateur entre les deux particuliers par l'intermédiaire du juge. L'intervention du tiers-juge modifierait la nature de la relation juridique qui cesse d'être une relation privée pour devenir une relation de nature « publique ». Il faut ici laisser une fois encore la parole à Jean Rivero :

« On voit mal (...) comment un juge, organe d'un État qui a donné certaines libertés, la consécration juridique la plus haute, pourrait lorsqu'il est sollicité de protéger/cette liberté, refuser cette protection, c'est-à-dire donner gain de cause à celui qui a porté atteinte à un droit fondamental, sans se mettre en contradiction avec la règle constitutionnelle qui impose à tous les organes d'État, chacun dans l'exercice de sa sphère de compétence, le respect des libertés. (...) lorsque la victime s'adresse au juge, et celui-ci, tenu par la garantie constitutionnelle des libertés, devra lui accorder la protection sollicitée (...) c'est alors sur le terrain des rapports entre l'État et le particulier que le problème se transpose »¹¹.

Une telle description vise simplement à synthétiser la contribution de Rivero, mais elle n'épuise pas son contenu qui est plus riche et qui, pour partie, concerne directement l'objet de notre conférence. En effet, cet article de 1969 a non seulement une dimension comparative directement relevante pour notre propos d'aujourd'hui (A), mais il contient aussi une réflexion sur la dogmatique juridiques (B)

⁹ « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *René Cassin Amicorum Disciplorumque Liber*, Pedone, 1969, t ; III, p. 322.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.* pp. 320-321.

A) Une conception originale du problème des Grundrechtsbindungen Privater

Parmi les nombreux intérêts de cet article qui selon nous éclaire la manière dont un juriste de français perçoit le problème de la protection des droits de l'homme, figure paraît la grande variété dans les procédés, c'est-à-dire dans les « moyens juridiques utilisés par l'État pour remplir sa mission en ce domaine » (p. 317). Il y a d'abord le moyen de la loi pénale et il donne quelques exemples fort suggestifs prouvant que le droit pénal est là pour défendre « les libertés d'autrui » (une telle expression mériterait un commentaire). Ensuite, il y a le moyen du droit civil, la « sanction civile » (p. 318) domaine, avoue-t-il, dans lequel le juge a une certaine liberté. Certes, il est parfois tenu par le Code civil, mais dans d'autres cas, il peut « recourir à certaines notions juridiques ».

À cet égard, Rivero donne notamment un exemple d'une très intéressante décision de justice. Une femme avait légué à sa petite fille des bijoux, mais dans la clause de testament, elle avait inscrit en post-scriptum une clause selon laquelle la légataire ne pourrait pas en bénéficier si elle épousait un juif. Le Tribunal civil de la Seine a déclaré nulle et non avenue la clause en question non seulement parce qu'elle portait atteinte à la liberté de se marier, mais parce qu'elle était contraire à l'ordre public (Rivero, p. 518). Plus exactement, le juge estime - je cite maintenant le jugement - qu'une telle clause

*« heurte également les règles d'ordre public telles qu'elles résultent de l'ordonnance du 9 août 1944 relativement au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire et de la Constitution de la République française du 27 octobre 1946 ; qu'en effet, ce dernier texte a déclaré que le Peuple français proclamait de nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ou de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ; Attendu que la clause susvisée viole tous ces principes et est contraire à l'esprit de notre droit actuel qui est basé sur l'égalité de tous, sans aucune discrimination ; qu'elle est donc illicite à tous égards »*¹²

Jean Rivero relève que le juge civil invoque le Préambule de la Constitution, mais en même temps, il est très symptomatique qu'il n'interprète pas cette décision comme manifestant une sorte d'immixtion de la Constitution dans la sphère des relations privées. Il présente la constitution — plutôt d'ailleurs le Préambule de 1946 — comme permettant au juge de « donner un contenu concret » (p. 318) à des notions juridiques. Autrement dit, « l'ordre public », ici invoqué par le Tribunal civil de la Seine, fait partie, avec la notion d'abus de droit, la faute civile, les injures graves, des « catégories juridiques » (Rivero) que le juge peut mobiliser pour protéger les droits de l'homme. Ainsi, la notion d'abus de droit permettra de protéger les travailleurs syndiqués en cas de licenciement abusif. On voit ici que la Constitution

¹² Tribunal civil de la Seine (1^{ère} Chambre, 22 janvier 1947, *Gazette du Palais*, 1947, I, p. 68. Rivero cite le jugement dans une autre revue : *Dalloz*, 1947, p. 126.

ou le Préambule sert d'auxiliaire du droit et vient au secours du droit civil, du droit privé. Mais c'est bien une notion civiliste qui s'applique. Dans le jugement de 1946, il est clair que le tribunal civil a inclus une disposition constitutionnelle dans la notion attrape-tout de l'ordre public. Le parallèle est frappant avec les thèses de Günter Dürig sur les clauses générales (*Generalklausel*) du droit civil comme « porte d'entrée » des droits fondamentaux dans le droit civil » ([*die "Einbruchstellen" der Grundrechte in das bürgerliche Recht*] cité dans la décision Lüth).

Sur ce point, on voulait signaler que pour justifier la protection des droits de l'homme dans les relations entre particuliers, Jean Rivero ne se fondait pas sur une sorte de « monisme constitutionnel » en vertu duquel la Constitution aurait vocation à s'appliquer directement ou indirectement à des litiges d'ordre privé. On verra que les générations postérieures n'ont pas du tout raisonné de la même manière (v. *infra*, II).

L'intérêt de l'article de Rivero ne s'arrête pas là ; il y a dans son intervention un aspect comparatiste qui doit particulièrement retenir notre attention. Il a en effet, identifié un élément important de différenciation des droits positifs entre la France et l'Allemagne qui est le contenu du catalogue des libertés et droits fondamentaux. Il expose alors le problème qui nous réunit ici ce matin : « *La reconnaissance constitutionnelle des libertés fait surgir, en effet, une question capitale : les particuliers, dans leurs rapports entre eux, sont-ils liés par la règle constitutionnelle, ou s'applique-t-elle aux seules autorités publiques ?* » (p. 319-320). C'est ici qu'il fait intervenir la doctrine allemande des droits fondamentaux :

« On sait l'importance que la Doctrine, en Allemagne, attache à ce problème de l'effet direct des droits constitutionnellement garantis sur les relations privées (*Drittwirkung*). Une première raison explique qu'en France, la question ait été beaucoup moins débattue : c'est la différence qui sépare, *quant à la technique de la formulation des droits (ital par OB)*, la Loi fondamentale de la République Fédérale et le Préambule de la Constitution de 1946, maintenu en vigueur par l'actuelle Constitution de 1958 : d'un côté, une liste complète et précise, dont la nature juridique ne prête à discussion, de l'autre, quelques principes considérés comme "particulièrement nécessaires à notre temps", complétés par un rappel de la Déclaration de 1789, dont on s'accorde à admettre qu'ils n'épuisent pas la liste des libertés publiques, dont les termes manquent parfois de rigueur et dont la force juridique n'a pas échappé à la controverse, encore qu'elle soit généralement admise aujourd'hui. D'où l'importance beaucoup plus grande du problème en droit allemand »¹³.

Si l'on a tenu à citer assez longuement ce passage, c'est qu'il isole un aspect un peu trivial, mais déterminant pour expliquer l'asymétrie relevée plus haut entre l'hyperproduction allemande et la timidité de la production française à propos du sujet qui nous préoccupe : « l'horizontalisation » des droits de l'homme. Ce motif prosaïque tient à deux points complémentaires : d'une part, la liste des droits de l'homme, des droits fondamentaux n'a pas

¹³ J. Rivero, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées » p. 320

été actualisée en France de sorte qu'elle est beaucoup moins extensive et complète, et d'autre part, la nature juridique des droits de l'homme a été discutée beaucoup plus longtemps en France qu'en Allemagne. Inutile ici d'épiloguer sur le fait qu'il a fallu attendre 1971 pour que le Préambule de 1958, et donc la Déclaration des droits de l'homme, acquière un statut constitutionnel.

Aussi la jurisprudence de la Cour de cassation a-t-elle appliqué des dispositions de la Constitution ou du Préambule, sans les justifier par une quelconque « théorie » des effets indirects ou directs de la Constitution. On a vu plus haut que le tribunal civil de la Seine avait invoqué le Préambule pour déclarer « *illicite* » [*rechtswidrig*] – et non pas inconstitutionnelle — la clause testamentaire, précédemment citée, « d'inspiration raciste » (Rivero) et discriminatoire. Dans une autre affaire en 1951, la Cour de cassation s'est fondée sur la reconnaissance du droit de grève par la Constitution de 1946 pour abandonner sa jurisprudence antérieure associant droit de grève et cessation du contrat de travail. La Chambre sociale a en effet jugé que « *l'affirmation solennelle par les Constituants du droit de grève, lequel est devenu une modalité de la défense des intérêts professionnels, ne peut logiquement se concilier avec la rupture du contrat de travail qui résulterait de l'exercice de ce droit* »¹⁴.

Ainsi, ces deux seuls « cas » jurisprudentiels montrent que la Cour de cassation a parfois utilisé des droits fondamentaux reconnus par la Constitution pour protéger des personnes privées contre le pouvoir d'autres personnes privées. Elle l'a fait dès avant 1971, avant donc la constitutionnalisation de la DDHC de 1789.

Résumons sur ce premier point : cet article séminal, frappe le lecteur d'aujourd'hui par le fait que Rivero n'envisage pas le problème de la protection des droits de l'homme dans les rapports privés comme étant un problème d'ordre constitutionnel. La source juridique de cette protection lui est indifférente : elle peut relever tantôt du droit civil, tantôt du droit pénal, tantôt du droit constitutionnel. Ou encore, elle peut, plus formellement parlant, relever de la Constitution ou de la loi. Peu importe pour lui : ce qui compte, c'est finalement l'effectivité de la protection des droits de l'homme.

B) La dogmatique juridique à l'œuvre dans la réflexion de Rivero

Voyons maintenant comment Jean Rivero tente de rendre compte de cette immixtion de la Constitution que l'on peut et que l'on doit même interpréter comme un effet *direct* ou *immédiat* des droits fondamentaux dans les rapports entre les particuliers. Il se livre à une analyse de dogmatique juridique qui n'est pas du tout fondée sur une prétendue applicabilité directe de la Constitution, mais sur un raisonnement qui témoigne d'une certaine similitude avec le raisonnement de la Cour de Karlsruhe dans sa décision *Lüth*, dans la mesure où il souligne l'importance du rôle du juge. Voici en effet comment Rivero justifie la protection des droits de

¹⁴ Cour de cassation, section sociale du 28 juin 1951, *Bull. Soc.* N° 524, p. 372. *Droit Social* 1951, p. 532 note P. Durand.

l'homme par le juge dans les rapports entre particuliers. Le problème se concrétise au moment du contentieux, « où celui [un particulier] qui considère qu'une de ses libertés a été méconnue saisit le juge. Or, le juge, lui, est un organe de l'État. Comme tel, il est lié par les principes constitutionnels qui régissent celui-ci. À partir du moment où il est saisi d'un conflit portant sur l'exercice d'une liberté dans les rapports privés, le problème quitte le cadre de ces rapports et se pose sur le terrain des relations entre particuliers et autorité publique. S'il refuse la protection qui lui est demandée, il y a carence d'un organe de l'État dans la garantie d'une liberté qu'il s'est engagé à promouvoir. Sur la relation entre deux personnes privées, le recours au juge greffe une relation entre celle qui lui demande protection pour sa liberté, et l'autorité publique, tenue par les termes de la Constitution »¹⁵.

C'est ainsi que Rivero entend rendre compte de la maigre jurisprudence de la Cour de cassation qui va dans le sens de sa thèse dont l'intérêt n'échappera à personne pour deux raisons. La première raison, c'est qu'elle se fonde sur une dogmatique juridique des rapports entre particuliers qui consiste à transformer cette relation ; qui est apparemment de pur droit privé, en relation mixte à la fois droit privé et droit public par l'intervention du juge (v. *supra*). Ici Rivero thématise la figure de l'État lorsque celui s'occupe des droits et libertés, figure que nous proposons d'appeler celle de *l'État-garant*, par opposition à celle de *l'État-puissance*. C'est pour lui une des fonctions importantes de l'État démocratique et qu'il fait remonter à la pensée révolutionnaire de 1789 en résumant la double obligation qui pèse sur les particuliers et sur l'État : pour les premiers, « obligation pour chacun de respecter les libertés d'autrui, et pour l'État de tenir la main à ce rapport ». Ainsi, l'État, dans ce cas particulier, change de fonction : il devient « le garant et le régulateur de ces mêmes libertés »¹⁶.

On pourrait discuter l'argumentation de dogmatique juridique sous-tendant cette opinion en se demandant si les rapports de droit privé deviennent ou non des rapport de droit public par le seul fait que le juge serait saisi et devrait trancher un litige entre particuliers¹⁷. On devrait d'ailleurs également approfondir cette idée selon laquelle les personnes privées sont tenues de « respecter les libertés d'autrui » et, à ce titre, restent les principaux « adréssataires » de la norme reconnaissant un droit fondamental. Il ne faudrait pas creuser bien loin pour trouver derrière ces droits de l'homme la logique des *devoirs* qui animait Rivero, un juriste à la fois catholique et libéral¹⁸ et de ce point de vue, la communauté d'esprit avec les juristes allemands (comme Dürig ou d'autres) ayant défendu une conception « objective » des droits fondamentaux semble assez évidente.

¹⁵ J. Rivero, 'La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées' p. 320.

¹⁶ J. Rivero, 'La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées' p. 316.

¹⁷ On pourrait éviter de graves erreurs d'interprétation en relisant l'article essentiel de Charles Eisenmann, 'Droit public, droit privé', (1952) – recension impitoyable du livre de René Savatier *Du droit civil au droit public*, in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques* Paris, Editions Panthéon-Assas, 2002, p. 49-107

¹⁸ V. notamment J. Morange, 'La limite de la liberté' in F. Mélin-Soucramanien, F. Melleray, *op. cit.*

La seconde raison qui témoigne de l'intérêt de cette construction intellectuelle est que, comme l'indique cette dernière remarque, elle s'avère assez proche de l'arrêt Lüth de la Cour de Karlsruhe. En effet on cite le plus souvent cette décision à cause de la reconnaissance de la dimension « objective » des droits fondamentaux, en raison de l'existence des valeurs qui les sous-tendraient. Sur ce dernier point, on sait notamment grâce au rapport de Christoph Gusy et à aussi grâce à Matthias Jestaedt qu'une telle décision devrait entrer dans le « musée de la dogmatique des droits fondamentaux »¹⁹. Mais c'est un autre aspect – un peu trop souvent oublié — de la décision Lüth qu'il convient de souligner : la justification de l'effet « médiat » des droits fondamentaux par *l'intervention du juge*. En effet, la Cour constitutionnelle a en effet justifié ainsi la sorte de tutelle sur les arrêts des autres tribunaux par une réflexion sur l'office du juge dans la protection de tels droits :

« En vertu de la Constitution, le juge a donc à s'assurer que les règles de fond du droit civil qu'il doit appliquer sont bien influencées par les droits fondamentaux, dans le sens qui vient d'être indiqué. (..) S'il n'en tient pas compte (..) il ne viole pas seulement le droit constitutionnel objectif par méconnaissance du contenu de la règle consacrant le droit fondamental (en tant que règle de droit objectif), mais encore en sa qualité de titulaire de la puissance publique, il viole par son jugement le droit fondamental, car le citoyen a un droit constitutionnel à ce qu'il soit respecté par le pouvoir judiciaire »²⁰.

[« Der Richter hat kraft Verfassungsgebots zu prüfen, ob die von ihm anzuwendenden materiellen zivilrechtlichen Vorschriften in der beschriebenen Weise grundrechtlich beeinflusst sind;. (..)). Verfehlt er diese Maßstäbe (..) , so verstößt er nicht nur gegen objektives Verfassungsrecht, indem er den Gehalt der Grundrechtsnorm (als objektiver Norm) verkennt, er verletzt vielmehr als Träger öffentlicher Gewalt durch sein Urteil das Grundrecht, auf dessen Beachtung auch durch die rechtsprechende Gewalt der Bürger einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat. »]

Ainsi, ce n'est pas seulement la nature « objective » des droits fondamentaux, qui fonde cette thèse de leur effet médiat dans les rapports entre particuliers, mais c'est aussi le statut particulier de la justice dans un État de droit. La justice fait partie avec le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif des trois éléments de la puissance de l'État qui est liée, selon la Loi fondamentale, par le respect des droits fondamentaux (art. 20 al.3). Dès lors, un juge qui méconnaît un droit fondamental viole l'obligation qui lui est faite par la constitution de respecter cet État de droit. On notera en passant que Rivero, en bon juriste continental européen, perçoit le juge comme un « organe de l'État », ce qui est loin d'être la représentation que peut en avoir un *common lawyer*. Son argumentation est assez similaire à celle du juge allemand et il ne manque pas de s'y référer dans un article ultérieur lorsqu'il rappelle son idée selon laquelle le juge en tant qu'il est une « autorité étatique », « doit nécessairement appliquer

¹⁹ 'Meingungsfreiheit', in D. Merten, H-J. Papier, *Handbuch der Grundrechte*, IV – I, §31 p. 899.

²⁰ Trad ; Fromont, in P. Bon, D. Maus, *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008 p. 117.

à ce conflit [le litige entre particuliers] les règles qui lient toute autorité étatique, c'est-à-dire les principes fondamentaux de la Constitution. »²¹

La différence, toutefois, entre le cas français et le cas allemand, saute aux yeux. Il n'y a pas de disposition équivalente dans la Constitution française sur l'obligation faite au juge de respecter les droits de l'homme. Ce que fait Rivero, dans cet article de 1969, est une pure construction intellectuelle, mais celle-ci ne peut pas trouver un appui très solide dans le droit positif, du moins dans le texte de la Constitution de 1958. C'est pourquoi d'ailleurs dans sa contribution de 1981, citée plus haut, il évoque les « principes fondamentaux de la Constitution » et non le texte de la Constitution. L'autre indice provient du fait qu'il a du mal, dans son article de 1969, à en trouver beaucoup de décisions juridictionnelles allant dans le sens de l'applicabilité directe de la Constitution. D'ailleurs, celles qu'il cite ne sont pas entièrement probantes puisque, comme on l'a vu le juge judiciaire utilise des arguments tirés non pas du droit constitutionnel, mais du droit civil (exemple : « l'ordre public ») pour faire respecter les droits de l'homme. Bref, Rivero propose dans cet article une théorie de l'application directe des libertés publiques aux rapports entre particuliers, qui ne prétend pas décrire complètement le droit positif. On voudrait maintenant montrer que le droit positif n'a pas complètement épousé ses thèses.

II. Actualisation de la question : réflexions sur la persistance d'une faible utilisation en France de la doctrine de la *Drittwirkung*

Il n'est pas question de faire une recension de ce qui depuis la contribution séminale de Jean Rivero (1969), fut écrit sur l'effet horizontal des droits fondamentaux en France. Il y eut des travaux substantiels », inspirés plus ou moins largement par cette idée d'une « constitutionnalisation du droit civil énoncée par Louis Favoreu et ce qu'on appelle l'École d'Aix. On se limitera à signaler d'abord le rapport de Jean-Yves Chérot au premier congrès de l'Association française de droit constitutionnel (1990, Strasbourg)²², et ensuite plusieurs thèses qui ont évoqué cette question, soit parce qu'elles s'intéressaient à la *Drittwirkung* allemande (D. Capitant), soit parce qu'elles traitaient du rapport entre Constitution et droit privé (M. Frangi) ou bien du rapport entre l'État et la protection des droits fondamentaux (D. Ribes) ou enfin de l'application de la Constitution (O. Desaulnay).

²¹ Il ajoute d'ailleurs : 'C'est d'ailleurs ce que révèle, me semble-t-il, l'exemple du droit allemand où, à travers le contrôle des décisions des juridictions civiles, la Cour constitutionnelle impose aux rapports entre particuliers le respect des principes fondamentaux de la Constitution' 'La loi et les droits fondamentaux, (1981) in J. Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, PUAM, 2ème éd, 1987, p. 186.

²² 'L'effet direct de la Constitution dans les rapports entre particuliers. Essai de théorie juridique', Le rapport est inédit car les actes de ce colloque n'ont pas été publiés. Il est cité dans la thèse de M. Frangi et nous devons à la gentillesse du Pr Chérot d'avoir pu le consulter.

Un point dans cette évolution mérite d'être relevée et il concerne le changement de vocabulaire. Alors que Rivero évoquait, comme on l'a vu, « la protection des droits de l'homme dans les rapports privés », la doctrine publiciste use d'un autre langage. On parle désormais — et on n'est pas certain que ce soit un progrès — de « *la dimension horizontale de l'applicabilité des normes constitutionnelles* »²³. Autrement dit, ce qui compte désormais, c'est moins l'effectivité des droits de l'homme que la question de l'application effective de la Constitution. Il va de soi, pour la grande majorité des juristes français de droit public, que les droits fondamentaux sont d'essence constitutionnelle et que toute protection de ces droits va de pair avec l'application de la Constitution, y compris dans les rapports entre particuliers. Nous voudrions ici contester une telle représentation du droit positif en proposant le double constat suivant : d'une part, « cet effet horizontal des libertés dérivé de la *Drittwirkung* est simplement balbutiant dans la jurisprudence constitutionnelle [française] »²⁴ et d'autre part, la Cour de cassation n'entend pas résoudre le problème des libertés dans les rapports privés à partir des normes constitutionnelles.

A) Les raisons structurelles de la faible place du Conseil constitutionnel dans l'architecture du dispositif des « droits horizontaux »

On se bornera ici à étudier seulement les raisons pour lesquelles le droit positif, et donc la doctrine juridique, traite assez peu — et donc continue à traiter assez peu — des obligations des personnes privées vis-vis des autres personnes privées dans leur rapport avec les droits fondamentaux.

1/On a déjà évoqué un premier élément qui est celui de l'absence de précision des droits fondamentaux, facteur relevé par Jean Rivero (v. *supra* I). Il n'est pas inutile de mentionner la conséquence induite qui est la concurrence faite à la Constitution française par la CESDH qui « offre » - si l'on peut dire - catalogue des droits de l'homme plus « moderne ». Bien que, *a priori*, la Convention européenne n'ait pas vocation à s'appliquer à des rapports interindividuels, une jurisprudence aussi audacieuse que contestée a appliqué cette théorie de la *Drittwirkung* aux droits garantis par elle. En France, les tribunaux ont parfois appliqué la CEDH dans ce sens-là en faisant jouer à l'article 8 (protection de la vie privée) le rôle que peut jouer la Constitution protégeant un droit fondamental. Ainsi, la Cour de cassation considère que « les clause d'un bail d'habitation ne peuvent, « en vertu de l'article 8-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le

²³ O. Desaulnay, *thèse préc.*, titre du §2 des n° 133 et suiv.

²⁴ J. Adriansimbazoniva, 'La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme', *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, /3, p. 23. *Contra* : O. Desaulnay: 'Si la doctrine française est longtemps restée relativement à l'écart de cette problématique des effets des droits fondamentaux, elle témoigne récemment d'un intérêt grandissant pour cette question dès lors que la jurisprudence judiciaire tend à lui démontrer que les actes découlant des relations infra étatiques doivent se mouvoir dans un espace délimité par des bornes identiques à celles qui quadrillent l'activité des pouvoirs publics.' *thèse précitée*, n° 116.

preneur de la possibilité d'héberger ses proches »²⁵. De son côté, la Chambre sociale a fait application de l'article 8 de la CESDH à une clause d'un contrat de travail prévoyant, contre le libre choix par le salarié du domicile personnel et familial, l'obligation pour le salarié de modifier la localisation de son domicile en cas de changement géographique d'affectation. Pour la Cour, qui vise l'article 8 de la CESDH, « selon ce texte, toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché »²⁶.

On a pu commenter ces arrêts en estimant qu'on « est manifestement en présence de ce qui serait considéré en RFA comme une application indirecte des droits fondamentaux. C'est implicitement, à travers la clause de l'ordre public de l'article 1143 du Code civil, que s'applique la référence aux droits fondamentaux. »²⁷. S'il y a une parenté avec la jurisprudence allemande, c'est bien par l'utilisation de clauses générales (ici l'ordre public) pour introduire la référence aux droits fondamentaux. L'idée qui semble se dégager de l'ensemble de cette jurisprudence, c'est bien la grande latitude d'action de la Cour de cassation qui détermine assez librement la norme de référence qu'elle veut utiliser (CESDH ou Constitution) pour interpréter les clauses d'un contrat. On verra qu'on peut dire la même chose de la façon dont la Cour de cassation utilise la Constitution (II, B)

2/Toutefois, il existe des raisons plus impérieuses qui découlent de la procédure, de la compétence et donc de la place du Conseil constitutionnel qui expliquent le faible impact de de la théorie de la *Drittwirkung*. En d'autres termes, c'est parce que l'institution du le Conseil constitutionnel n'occupe pas le rôle structural que remplit aujourd'hui en Allemagne qu'elle ne peut pas vraiment marquer par sa jurisprudence celle des autres Cours souveraines.

a/Un problème de procédure - Dans son article paru en 2005²⁸, Miche Troper avance un argument procédural pour expliquer le faible succès de la doctrine de la *Drittwirkung* en France. Il donne l'exemple suivant : « Une loi, qui autoriserait un individu à se comporter d'une manière telle que, s'il s'était agi d'une autorité publique, elle aurait violé un droit constitutionnellement protégé, – par exemple le code du travail qui autoriserait l'employeur à licencier un employé profondément religieux qui se serait absenté pour des raisons religieuses (une fête) – ne pourrait être regardée comme une violation de la liberté de conscience que si les juges avaient le pouvoir d'apprécier la conformité d'une loi ordinaire à la Constitution – norme

²⁵ Civ.3e, 6 mars 1996, *Mel Yedei*, *Bull. Civ.* III, n° 60 ;].C.P. 1996, 1, 3958, obs. Ch. Jamin *D.* 1997, J. obs. de Lamy, p. 167-169..

²⁶ Cas. Soc. du 12 janvier 1999, *Spileers c/SARL Omni Pac* La cour ajoute : 'En jugeant que la clause était licite sans rechercher ni le caractère indispensable pour l'entreprise du transfert de domicile, ni le caractère proportionné au but recherché de cette atteinte à la liberté de choix du domicile du salarié et sans expliquer en quoi les attributions du salarié exigeaient un présence permanente à Montpellier, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.' *D.* 1999, j. P ; 645-649, note Marguenau, et J. Mouly, *RTDCiv.* 199, p. 897.

²⁷ Jean-Yves Chérot, texte de séminaire, inédit.

²⁸ « Who needs a third party effect ? », cité par U. Preuss, "Les droits horizontaux" (à paraître).

supérieure. Or, en France les juges n'ont jamais revendiqué le contrôle de constitutionnalité des lois »²⁹.

Toutefois, depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (révision de 2008) et son entrée en vigueur (1^{er} mars 2010), cet argument ne peut plus valoir dans la mesure où, à l'occasion d'un litige, des particuliers peuvent soulever le moyen d'inconstitutionnalité d'une loi qui peut être tranché par le Conseil constitutionnel si la demande est transmise par le Conseil d'État et la Cour de cassation. On peut néanmoins se demander si la mise en œuvre de cette réforme a véritablement changé la situation en France en ce qui concerne l'effet horizontal des droits. La réponse semble négative. En effet, il semble qu'il n'y ait pour l'instant aucune décision QPC relative à une telle question. Tout au plus peut-on citer une décision du Conseil constitutionnel une relative à la Charte de l'environnement dont une disposition est énoncée comme s'appliquant non seulement aux pouvoirs publics, mais « à toutes les personnes » (QPC 2001-116 du 8 avril 2011, Michel Z.). Mais comme la Charte de l'environnement ne cesse de s'adresser à « toute personne », on ne peut pas dire que la jurisprudence soit ici très surprenante, ni innovante.

b/Il y a un autre problème de procédure constitutionnelle qui tient, comme l'a relevé Jean-Yves Chérot., à l'absence de « possibilité de contester par un recours direct devant le Conseil constitutionnel une décision d'un juge judiciaire refusant de faire application de la Constitution dans un litige entre particuliers. Cette situation institutionnelle n'est sans doute pas étrangère à l'absence de débat sur le point de l'application de la Constitution dans les relations entre particuliers en France. Dans les autres pays, c'est à l'occasion de la "montée" de la question devant la Cour constitutionnelle que le débat s'est cristallisé, que la question a été éclaircie, filtrée et traitée dans toutes ses dimensions »³⁰. Ainsi, puisque le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour vérifier l'interprétation d'un litige fait par une Cour souveraine, comme la Cour de cassation ou le Conseil d'État, il ne peut pas développer une jurisprudence équivalente à celle de la Cour de Karlsruhe. En d'autres termes, il ne peut pas imposer une interprétation conforme à la Constitution, comme a osé le faire la Cour constitutionnelle allemande à l'occasion d'un litige comme l'affaire Lüth.

Certes, dira-t-on, mais il y a des réserves d'interprétation que le Conseil constitutionnel ne manque pas de faire et qui lient le juge ordinaire. C'est pourquoi qu'il faut maintenant évoquer la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation.

²⁹ Résumé par U. Preuss, 'Les droits horizontaux', in *Traité international de droit constitutionnel* t. III (à paraître).

³⁰ Texte d'un séminaire précité fait J Y Chérot à Aix.

B) La Cour de cassation fait de la résistance ou la Constitution instrumentalisée plus que respectée

1/L'idée que l'on voudrait défendre est que le faible recours à l'effet horizontal des droits fondamentaux tient finalement à ce que la Cour de cassation a décidé de ne pas se référer directement à la Constitution pour sanctionner la violation de droits de l'homme ou de droits fondamentaux lors de relations interindividuelles (« rapports privés » si l'on veut). En termes moins policés : la Cour de cassation n'a pas envie de se laisser dicter sa jurisprudence par le Conseil constitutionnel

Arrêtons-nous ici sur un paradoxe existant dans la littérature constitutionnelle actuelle qui tient, selon nous à l'écart manifeste entre le discours constitutionnel et les faits (le droit positif). Si l'on s'attache au discours et on parcourt les nombreuses thèses portant sur l'application de la Constitution par les juges, ou sur l'effet horizontal des droits fondamentaux ou encore sur l'autorité de la chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel ((article 62 C.), on croit comprendre que le Conseil constitutionnel réussit, par sa jurisprudence, à améliorer la protection des droits de l'homme que va assurer le juge judiciaire, la Cour de cassation. Mais quand on regarde plus en le détail ces mêmes travaux on s'aperçoit que leurs auteurs sont très souvent obligés de reconnaître que la Cour de cassation fait un peu ce qu'elle veut et en tout cas, qu'elle n'agit pas comme si elle était « liée » par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ni d'ailleurs par la Constitution en tant que telle. Ce que ces même auteurs ne cessent de déplorer³¹.

De ce point de vue, on se bornera ici se borner à évoquer la thèse récente Olivier Desaulnay sur *l'application de la Constitution par la Cour de cassation* (Daloz, 2009). Parmi les apports de ce travail figure selon nous la mise au jour de certaines techniques élaborées par la Cour de cassation pour échapper à la « tutelle » du Conseil constitutionnel. Selon lui, en effet, la Cour de cassation prend des décisions dans lesquelles « elle se (borne) à invoquer un principe constitutionnel plus que la lettre de la Constitution »³². Le caractère vague de la référence lui laisse ensuite toute latitude pour interpréter à sa guise la clause litigieuse d'un contrat. Prenons l'exemple d'une clause de non-concurrence pour un magasinier travaillant dans un garage. Selon la Chambre sociale, une telle clause « n'est licite que dans la mesure où la restriction de la liberté qu'elle entraîne est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ». Cette limitation du pouvoir de l'employeur est justifiée par le fait qu'une telle clause a « pour effet d'apporter une restriction au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, posé par l'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791, et à la liberté du travail garanti par la Constitution »³³. Le problème est que, comme on l'a relevé, « il est délicat de trouver avec certitude une

³¹ Les exemples abondent dans la thèse de M. Frangi, *Constitution et droit privé*, Sur le droit de grève, p .179 p. 221, sur la liberté syndicale, p. 181. L'auteur n'hésite pas à parler de 'provocation' parce que la Cour de cassation prend le contrepied d'une décision du Conseil constitutionnel.

³² O. Desaulnay, *thèse préc.*, n° 366 et s..

³³ Soc. 19 novembre 1996, *Martinez c. Soc. Auto Service*, Ch sociale du 19 nov. 1996, *Bull. Soc.* N° 392, p. 281.

disposition consacrée à la liberté du travail. Le cinquième alinéa du Préambule n'est pas d'un très grand secours pour le juge dans la mesure où il ne consacre que «*le droit d'obtenir un emploi*». Certes, le droit au travail n'est pas sans lien avec la liberté du travail, cette dernière étant la concrétisation en quelque sorte du premier. Mais cela demeure insuffisant, la Cour préférant se détacher du texte constitutionnel par trop imprécis.³⁴ Cette prise de distance avec les textes constitutionnels » est très doublement marquée dans cet arrêt. Il serait inutile de citer ici tous les arrêts de la Cour de cassation allant dans le même sens : ce qui compte, c'est le fait qu'une telle jurisprudence confirme l'idée selon laquelle « la référence à un principe constitutionnel plutôt qu'à un article précis de la Constitution *signale une volonté d'autonomie du Juge judiciaire vis-à-vis du texte constitutionnel* »³⁵.

2/L'arrêt Clavaud (1989) ou « une occasion manquée de mobiliser horizontalement un droit fondamental constitutionnel: la liberté d'expression et d'opinion »³⁶

Cette affaire *Clavaud*³⁷ est célèbre en France : bien qu'elle concerne principalement le droit du travail, elle touche également aux libertés publiques³⁸. Voici les faits : un employé salarié de la société *Dunlop France* avait été licencié après avoir exprimé, dans le quotidien communiste *l'Humanité*, des propos critiques envers certaines options prises par l'entreprise. L'employeur avait estimé qu'il avait jeté le discrédit sur l'entreprise et porté préjudice à ses employeurs. Le Conseil des prud'hommes estime que s'agissant d'une liberté fondamentale solennellement proclamée, il y a tout lieu de penser que le législateur a entendu protéger son exercice de la même liberté que les autres libertés. Après avoir souligné l'importance de la liberté d'expression, il estimait que, en l'absence de faute lourde, commise par l'intéressé « à l'occasion de l'exercice d'une liberté fondamentale, dont il n'est pas démontré qu'il ait abusé », le licenciement devait être considéré comme nul, ayant une cause illicite au sens de l'article 1131 du Code civil.

La cour d'appel de Riom³⁹ rejetait l'argumentation des premiers juges pour une question de motivation (sur la nullité), mais, sur le fond, elle considérait, elle aussi, que le licenciement était nul au motif qu'il était attentatoire à la liberté d'expression, alors même qu'aucun texte exprès ne prévoyait une nullité du licenciement dans une telle occasion. Toutefois, elle se fondait sur l'article L. 461-1 du Code du travail relatif à l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise. La chambre sociale de la Cour de cassation approuve le raisonnement de la Cour d'appel en précisant qu'il ne s'agissait pas pour celle-ci « *de faire application de ce texte à une situation qu'il ne prévoit pas* », mais seulement d'en déduire que « *l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise où il exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude* ». Aussi doit-on interpréter cette décision comme illustrant la volonté de la Cour de

³⁴ O. Desaulnay, thèse préc., n° 367.

³⁵ O. Desaulnay, thèse préc., n° 367.

³⁶ O. Desaulnay, thèse préc., n° 367.

³⁷ Soc. 28 avril 1988, *SA Dunlop France c. Clavaud*, *Bull. civ.* V, n° 257; *D.S.* 1988, p. 428, concl. H. Écoutin et obs. G. Couturier, *D.* 1988, II, p. 437, note E. Wagner; *J. C.P.* 1988, 15270, obs. B. Teyssié.

³⁸ V. par exemple, la référence très cursive faite dans le manuel de Gilles Lebreton, *op. cit.* p. 411.

³⁹ C.A. Riom, 2 mars 1987, *Soc Dunlop France c. Clavaud*, *D.* 1987, II, p. 427, note E. Wagner.

cassation de se fonder plutôt sur le Code du travail que sur la Constitution pour sanctionner une violation de la liberté d'expression par un employeur privé vis-vis d'un de ses salariés.

Pourtant, l'avocat général avait, dans ses conclusions, invité la Cour de cassation à adopter un raisonnement « constitutionnaliste ». Selon lui, « *la liberté d'expression figure d'abord dans la Constitution avant d'être mentionnée au Code du travail. Sa protection dans l'entreprise et la sanction dont, en cas d'atteinte, elle est assortie, découlent de la protection générale dont jouit, à ce titre, tout citoyen. La liberté d'expression n'est pas un concept à géométrie variable impliquant une protection différenciée suivant le temps, le lieu et les circonstances. Elle a valeur constitutionnelle, elle est à ce titre intangible et sa protection absolue* »⁴⁰. Or, malgré cette incitation de son avocat général à invoquer les principes constitutionnels de la liberté d'expression et de la liberté d'opinion énoncés par les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la Cour de cassation prit grand soin de ne pas « produire formellement un effet direct et horizontal à la norme constitutionnelle en se bornant à statuer dans les limites étroites du pourvoi dont elle était saisie »⁴¹.

Cette affaire *Clavaud* me paraît assez exemplaire de la manière dont la Cour de cassation raisonne. Elle entend certes défendre les libertés fondamentales, mais elle souhaite tout autant conserver la plus grande liberté pour trouver les dispositions juridiques adéquates pour fonder son examen du droit. Pour des raisons qu'il conviendrait d'expliquer – peut-être pour des raisons sociologiques – elle éprouve de grandes réticences à appliquer la Constitution et partant la jurisprudence constitutionnelle.

On peut s'interroger finalement sur le sens de cette « liaison » des personnes privées par les droits fondamentaux ou par les droits de l'homme (ou les libertés publiques). Il nous semble opportun de vous faire part, en conclusion, d'une certitude et d'un doute

1/*la certitude*, c'est que la conséquence logique de la notion de droits de l'homme ou de droits fondamentaux conduit à admettre que les rapports privés, les rapports entre particuliers, puissent être régis, au moins en partie, par le droit des libertés publiques ou par les *Grundrechte*. C'est en ce sens là que la notion de droits de l'homme transcende la frontière classique entre le droit public et le droit privé.

2/*le doute* est le suivant : on n'est pas du tout certain que ce soit la notion de Constitution qui soit l'élément le plus adapté pour opérer cette opération d'horizontalisation des droits, ou d'extension des droits fondamentaux au domaine des rapports « privés », des rapports entre particuliers. Le doute procède d'une part, de la nature même de la Constitution dont on

⁴⁰ H. Écoutin, concl. préé., p. 429

⁴¹ O. Desaulnay, thèse préc., n° 367.

peut se demander si son objet est bien de réguler, même indirectement, les rapports entre particuliers, dans la mesure où son objet reste, ou devrait rester, la régulation des pouvoirs publics (définition disons « canonique de la Constitution). Ce doute procède, d'autre part, de la conviction qui est la nôtre selon laquelle la Constitution n'a aucun monopole à revendiquer dans cette affaire et que le judiciaire pluralisme, dans les moyens juridiques d'effectuation de la protection des libertés publiques, proposé par Jean Rivero est toujours d'actualité.

Olivier Beaud

Professeur de droit public de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et membre sénior de l'Institut Universitaire de France (IUF). Il est l'auteur notamment aux PUF (coll. « Léviathan ») de *La puissance de l'État* (1994) et de *Théorie de la Fédération* (2007) et chez Dalloz *Les libertés universitaires à l'abandon ?* (2010).