

**Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques
(OMIJ)
Limoges**

**L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE
DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
SUR LE DROIT PRIVÉ FRANÇAIS**

Recherche subventionnée par le GIP « Mission de Recherche Droit et Justice »

**Sous la direction de Jean-Pierre MARGUÉNAUD, professeur agrégé de droit privé à
l'Université de Limoges, Directeur du Centre de Recherche sur les droits de la personne
(OMIJ)**

Clotilde DEFFIGIER, Maître de Conférences de droit public à l'Université de Limoges
Eric GARAUD, Professeur agrégé de droit privé à l'Université de Limoges
Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD, Maître de Conférences de droit privé à l'Université de
Limoges
Béatrice MOUTEL, Doctorante à l'OMIJ
Hélène PAULIAT, Professeur agrégé de droit public à l'Université de Limoges, Directrice de
l'OMIJ
Jean-Marie PLAZY, Maître de Conférences de droit privé à l'Université de Limoges
Virginie SAINT-JAMES, Maître de Conférences de droit public à l'Université de Limoges
Agnès SAUVIAT, Maître de Conférences de droit public à l'Université de Limoges

« Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche financée par le GIP « Mission de
recherche droit et justice » (subvention n°97-15). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.
Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord du GIP »

INTRODUCTION

La Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après Cour E.D.H.) est le rouage essentiel d'un audacieux mécanisme de contrôle supranational de l'application de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après C.E.D.H.) signée à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par 41 Etats européens et appliquée par la France depuis le 3 mai 1974 grâce à un décret signé par le Président de la République par intérim Alain POHER.

A partir du 21 janvier 1959, la Cour, qui siège à Strasbourg, a rendu plus de 1200 arrêts, dont l'écho médiatique et la portée juridique n'ont cessé de s'amplifier. Cette productivité est le signe le plus visible d'un succès qui risquait de paralyser le système conçu en 1950. Aussi, un Protocole additionnel n° 11 "portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention" a-t-il été signé le 11 mai 1994. Entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998, il s'est principalement traduit par la fusion de la Commission européenne des Droits de l'homme et de l'ancienne Cour en une nouvelle Cour E.D.H. désormais unique et, surtout, permanente.

La Cour E.D.H., dont le caractère de juridiction internationale accessible au requérant individuel a été renforcé, est donc plus que jamais le moteur d'une application concrète et effective des Droits de l'homme consacrés par la Convention de Rome et ses protocoles additionnels. Pour apprécier l'influence réelle de la Convention (entendue désormais dans un sens large qui englobe ses protocoles entrés en vigueur) il ne suffit donc pas d'en connaître le texte : il faut aussi et surtout connaître la jurisprudence de la Cour E.D.H. qui l'interprète et la fait vivre "à la lumière des conditions d'aujourd'hui".

Or, en France, l'influence de cette jurisprudence de la Cour E.D.H. est cependant mal connue surtout dans un domaine où l'on ne s'attendait guère à la voir s'exercer : celui du droit privé. Cette méconnaissance avait été superbement illustrée par l'arrêt *Mazurek*, rendu le 25 juin 1996 par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, qui ignorait tout du célèbre arrêt *Marckx* relatif à l'égalité des filiations en matière successorale, et renforcée par la majorité des nombreux commentaires doctrinaux qui l'en félicitent au nom de la protection de la famille légitime contre l'enfant issu de l'adultère.

Pareille ignorance a sûrement plusieurs explications : phobie des mécanismes anglo-saxons prétendument privilégiés par la Cour de Strasbourg, effroi face à tout ce qui ressemble plus ou moins à un gouvernement de juges, chauvinisme rebelle aux idées qui ont conduit à habiliter une juridiction supranationale à donner des leçons de Droits de l'homme au pays qui prétend les avoir inventés...En tout cas, il est clair désormais qu'elle est très dangereuse. D'abord parce qu'elle contribue à exposer la France à détenir le peu enviable record d'Europe des condamnations par la Cour E.D.H.. Ensuite parce qu'elle nous empêche de maîtriser les profonds bouleversements qui commencent à toucher des matières comme le droit civil ou le droit des affaires. Pour empêcher que le droit privé français ne se trouve dramatiquement en retard d'une révolution juridique, il convient donc d'analyser avec le plus grand soin l'influence que la jurisprudence de la Cour E.D.H. peut ou doit exercer sur lui.

Cette influence est, *a priori*, déconcertante. Elle l'est d'ailleurs doublement. D'abord parce que dans la mesure où, aux termes de l'article 46 § 1 de la Convention, les Hautes Parties contractantes s'engagent seulement à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties, l'idée même de l'existence d'une véritable jurisprudence susceptible d'exercer une influence est paradoxale. Ensuite parce que le droit privé qui, hors l'hypothèse atypique du droit

pénal, régit les rapports des particuliers entre eux semble inévitablement exclu du champ d'application d'une Convention internationale qui engage les Etats. C'est dire qu'il conviendra de découvrir et de vérifier la solidité des fondements théoriques de l'influence de la jurisprudence de la C.E.D.H. sur le droit privé français (I^{ère} Partie) avant de pouvoir sérieusement envisager ses manifestations concrètes (II^{ème} Partie).

PREMIERE PARTIE

LES FONDEMENTS THEORIQUES DE L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME SUR LE DROIT PRIVE FRANCAIS

Clotilde DEFFIGIER, Maître de Conférences de droit public à l'Université de Limoges
Hélène PAULIAT, Professeur agrégé de droit public à l'Université de Limoges,
directrice de l'OMIJ
Virginie SAINT-JAMES, Maître de Conférences de droit public à l'Université de
Limoges
Agnès SAUVIAT, Maître de Conférences de droit public à l'Université de Limoges

Pour que le droit français soit soumis à l'influence des arrêts de la Cour E.D.H., il est nécessaire que les autorités normatives françaises soient tenues de les prendre en considération. Pendant longtemps, une telle influence a été empêchée par le rayonnement d'une conception jalousement attachée au respect des souverainetés nationales suivant laquelle un Etat n'est aucunement lié par l'interprétation de la C.E.D.H. délivrée par la Cour de Strasbourg. Or, depuis la fin des années 1970, ce redoutable obstacle est en voie de disparition grâce à l'affirmation progressive de ce que le haut magistrat belge Jacques VELU a dénommé "l'autorité propre de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en tant que celle-ci interprète les dispositions de la Convention". Cependant, si un tel bouleversement est de nature à provoquer de nombreuses retombées de la jurisprudence européenne sur le droit français en général, il ne suffit pas, à lui seul, à entraîner sa diffusion jusqu'au cœur du droit privé. Or la Cour E.D.H. a elle-même étendu son emprise sur les relations de particuliers à particuliers en décidant, dans le prolongement de sa théorie des obligations positives, que la C.E.D.H. est dotée d'un effet approximativement qualifié d'horizontal.

L'autorité interprétative, l'effet horizontal : tels sont les deux fondements théoriques de l'influence de la jurisprudence de la Cour E.D.H. sur le droit français dont il conviendra de vérifier successivement la solidité.

CHAPITRE I

L'AUTORITE INTERPRETATIVE DES ARRETS DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME.

Lorsqu'un plaideur cherche à faire valoir ses droits, il peut être tenté d'invoquer l'autorité d'une décision rendue par la Cour E.D.H., qui serait susceptible d'avoir un intérêt pour sa propre affaire. La difficulté est qu'une telle autorité n'est pas aisément identifiable, tant l'influence juridique des arrêts de la Cour de Strasbourg échappe aux concepts traditionnels connus en droit français et par là-même aux classifications usuelles.

Dès lors, pour tenter d'apprécier les chances réelles de réussite de l'entreprise du plaideur, il paraît nécessaire de tenter de définir la notion d'autorité de chose interprétée (autorité interprétative) pour ensuite apprécier les garanties qui pourraient l'entourer.

I – LA NOTION D'AUTORITE INTERPRETATIVE

L'autorité de chose interprétée ou autorité interprétative n'est nulle part définie avec une précision suffisante pour que toute discussion doctrinale soit écartée. Le concept doit alors être apprécié dans sa nature : l'autorité interprétative est-elle autonome, faut-il la lier à l'autorité de chose jugée, quelles sont leurs différences et les caractéristiques propres de la chose interprétée ? Mais, pour autant qu'elle émerge, elle n'est sans doute pas dépourvue de moyens, juridiques ou autres, pour s'imposer, c'est à cette étude qu'il faudra se livrer en second lieu.

A - La nature de l'autorité de chose interprétée

Clotilde DEFFIGIER, Agnès SAUVIAT

Dans le domaine des droits de l'homme, le contexte européen est désormais une donnée primordiale de l'évolution du droit interne. On ne peut plus raisonner à l'échelle interne sans prendre en compte la Convention européenne des droits de l'homme et sans s'interroger sur la portée théorique des arrêts de la Cour E.D.H.. Ces arrêts ont acquis une grande importance dans la mise en oeuvre des règles de la Convention puisque la Cour dispose d'un monopole d'interprétation et que, du fait de la restructuration réalisée par le protocole additionnel n°11, son rôle se trouve renforcé. Dans quelle mesure les arrêts de la Cour de Strasbourg peuvent-ils s'imposer en droit interne ? Leur autorité juridique peut apparaître contestable et relative, néanmoins elle s'affirme et s'étend hors du strict cadre de l'autorité de chose jugée pour gagner celui de l'autorité de chose interprétée : les décisions de la Cour ne s'imposent plus seulement aux Etats parties à un litige, mais plus largement aux Etats parties à la Convention. Cependant on ne peut se contenter d'une analyse juridique réductrice ; en effet en matière internationale les rapports de force politiques sont omniprésents et le droit ne fait que les aménager et les canaliser, ainsi l'autorité des arrêts de la Cour est-elle également politique.

1 - Une autorité juridique relative

L'autorité des arrêts de la Cour E.D.H. peut s'analyser en une autorité relative ; ses jugements sont revêtus d'une autorité relative de la chose jugée, mais également d'une autorité relative de la chose interprétée. Finalement les décisions de la Cour européenne ne sont obligatoires que dans une

hypothèse très limitée concernant les Etats parties au litige concerné ; dans les autres cas leur autorité dépend de l'application que l'Etat, au travers de ses organes, fera de la jurisprudence européenne en fonction de ses traditions juridiques ; qu'il l'applique directement, qu'il l'interprète et l'aménage en s'en inspirant, qu'il la contourne, dans tous les cas, il n'est pas juridiquement tenu par la forme seulement déclaratoire d'arrêts auxquels il n'est pas partie.

Il faut en préliminaire préciser que nous envisageons naturellement l'autorité des arrêts de la Cour pour les Etats parties à la Convention ; ils sont aujourd'hui au nombre de 41 ; il est évident qu'à l'égard des Etats qui ne sont pas partie à la Convention, l'autorité de la chose jugée ne leur est pas opposable et l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne ne peut être qu'une autorité de fait purement doctrinale¹. De même nous ne distinguerons pas entre les Etats selon qu'ils relèvent d'un système moniste intégrant directement le droit international en droit interne ou d'un système dualiste dans lequel le droit international doit faire l'objet d'une intégration nationale. *A priori* un système moniste permettrait une meilleure prise en compte de l'autorité de chose interprétée mais en réalité, si ces deux systèmes sont théoriquement distincts, les Etats mettent en oeuvre des systèmes mixtes. Le choix entre monisme et dualisme influe seulement sur les modalités d'intégration des normes européennes en droit interne, car la plupart des Etats contractants, en conformité avec l'article 13 de la Convention², ont désormais intégré les dispositions de la Convention dans leur législation de telle sorte que, quel que soit leur niveau, les juridictions internes les prennent entièrement en compte lorsqu'elles statuent sur un grief. Seules l'Irlande et l'Islande n'ont pas encore incorporé la Convention ; quant à la Norvège, elle va bientôt l'incorporer dans son système interne³ ; néanmoins rien n'empêche les juridictions nationales de faire mention de la Convention. Ce choix théorique ne préjuge pas directement de l'autorité que les Etats accorderont à la jurisprudence de la Cour E.D.H., tout en sachant que, dans la plupart des pays, le juge national ne peut pas faire prévaloir la Convention et son interprétation sur les normes constitutionnelles. Seuls le texte de la Convention, la reconnaissance de la juridiction de la Cour, du droit de recours individuel et leur mise en oeuvre pratique par les Etats⁴ peuvent permettre de qualifier l'autorité des décisions de la Cour de Strasbourg qui sont revêtues d'une autorité relative de chose jugée et d'une autorité relative de chose interprétée.

a - Une autorité modulable

Il faut en premier lieu tenter de distinguer l'autorité de chose jugée de l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour E.D.H.. L'autorité de "chose décidée"⁵ s'attache à des décisions d'organes administratifs, et non juridictionnels, qui sont ainsi présumées légales ; ce concept doit donc être isolé et naturellement écarté de l'étude.

Comme tout acte juridictionnel⁶, une décision de la Cour européenne est donc revêtue de l'autorité de chose jugée ; au terme de l'article 46 de la Convention, "les Hautes Parties Contractantes s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont Parties"⁷. L'autorité de la chose jugée des arrêts de la Cour E.D.H. peut se définir comme l'autorité

¹ J. VELU, A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour E.D.H. : vues de droit comparé sur des évolutions en cours, Nouveaux itinéraires en droit, hommage à F. RIGAUX, Bruylant Bruxelles 1993, p. 529 ; G. RESS, Effets des arrêts de la Cour E.D.H. en droit interne et pour les tribunaux nationaux, Actes du 5^o colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Francfort, 9-12 avril 1980, Paris 1982, p. 235-313.

² G. RESS, Effets des arrêts de la Cour E.D.H. en droit interne et pour les tribunaux nationaux, op. cit., Séance du vendredi 11 avril 1980, 15 heures, p. 258, p. 261.

³ Néanmoins, dans ces pays, si la Convention n'a pas de valeur juridique, il peut être admis que le droit national peut être interprété dans le sens de la Convention, telle qu'elle peut être interprétée par la Cour.

⁴ G. RESS, Effets des arrêts de la Cour E.D.H. en droit interne et pour les tribunaux nationaux", op. cit., p. 238-239.

⁵ Expression due à HAURIOU, CHAPUS, Droit administratif général, 11^o éd., 1997, n^o1351, p. 1054.

⁶ AC, C I J, 13 juillet 1954, Effets des jugements du TANU, Rec. 1954, p. 53.

⁷ J. VELU, R. ERGEC, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles 1990, n^o1211 et s.

s'attachant à un acte de juridiction et servant de fondement à son exécution tout en faisant obstacle à ce que la même affaire soit portée devant un juge ; elle est régie par des règles propres fondées sur diverses dispositions de la Convention, principalement sur les articles 32, 41 et 46. Cette autorité de chose jugée existe à partir du jour où la décision a été rendue et ne cesse que si la décision est infirmée par une procédure en réouverture. Elle doit en principe être reconnue de plein droit dans tous les Etats contractants ayant accepté la juridiction obligatoire de la Cour. Les arrêts de la Cour sont donc des décisions obligatoires mais leur autorité demeure relative car limitée au cas d'espèce : l'autorité n'existe qu'à l'égard de l'objet de la cause qui a été jugée et elle ne joue qu'à l'égard des parties.

Dans son premier arrêt, déjà, la Cour a relevé qu'en vertu de l'article 53 ancien, "seules les Hautes Parties Contractantes qui "sont parties au litige" sont liées par les décisions de la Cour"⁸. Le principe de la relativité de l'autorité de la chose jugée s'applique donc à ses arrêts : l'autorité de chose jugée ne vaut pas *erga omnes* ; l'arrêt est obligatoire pour l'Etat défendeur et l'obligation ne s'étend pas en principe au-delà du cas tranché⁹. La Cour ne statue donc pas *in abstracto* sur la compatibilité de la norme interne avec la Convention, mais seulement sur l'application concrète de la norme à l'égard du requérant victime s'il s'agit d'une requête individuelle. Elle se prononce sur le manquement en l'espèce aux dispositions de la Convention imputable à un autre Etat contractant si la requête est étatique. "Mais cela ne signifie nullement que le constat de violation ne puisse impliquer que telle législation ou telles pratiques internes, donc telles mesures de caractère général, constituent la violation reprochée"¹⁰.

Lorsqu'il s'agit d'une requête individualisée, l'autorité de chose jugée comporte deux aspects, l'un subjectif concernant la victime individualisée, l'autre plus objectif concernant l'Etat et la violation de la Convention. Lorsque la requête est étatique, l'autorité de chose jugée ne comporte que le second aspect. L'Etat impliqué est lié par une obligation de résultat, il est tenu de reconnaître et d'observer l'autorité de chose jugée ; il doit alors respecter ces deux aspects : reconnaître l'autorité de chose jugée d'un arrêt de la Cour, c'est mettre à exécution son dispositif en tenant compte des motifs qui en sont le soutien nécessaire. En premier lieu, en cas de requête individuelle, il doit rétablir une situation aussi proche que possible de la situation initiale de la victime, ce n'est que si le rétablissement n'est plus possible qu'une indemnité ou une satisfaction particulière est accordée (article 41). L'Etat doit en second lieu, quelle que soit la requête, prendre des mesures générales pouvant déborder le cas d'espèce, propres à éviter que soit commise une autre violation du même type dans un cas analogue. L'Etat doit mettre fin au manquement à la Convention "c'est-à-dire faire en sorte que la norme litigieuse, considérée *in abstracto*, cesse de déployer ceux de ses effets qui sont incompatibles avec la Convention"¹¹. Cela découle des articles 46 mais aussi de l'article 1^{er} de la Convention ; ils prévoient que l'Etat doit veiller à ce que sa législation interne corresponde à la Convention. Ce second aspect de l'autorité de la chose jugée n'est pas toujours mis en évidence ; il est parfois traité sous la forme de la seule exécution de l'arrêt qui découle de l'autorité de chose jugée et la concrétise, ou parfois il est assimilé à une autorité jurisprudentielle des arrêts, mais ici c'est l'Etat partie au litige qui met en oeuvre l'autorité de chose jugée de l'arrêt.

Les critères de l'article 1351 du code civil sont applicables pour éviter que la même affaire soit portée devant un juge, néanmoins la portée de la chose jugée est différente de celle des jugements rendus par les tribunaux internes. En matière de droits de l'homme, l'autorité de chose jugée, si elle demeure relative, possède néanmoins une portée générale ; elle concerne un Etat et la

⁸ Cour E.D.H. 14 novembre 1960, *Lawless*, Série A, n°1, p. 11.

⁹ Depuis le nouveau règlement de la Cour, il est clair que les requérants individuels doivent être assimilés aux parties au litige devant la Cour, qui peuvent invoquer cette autorité et à qui celle-ci est opposable, cf. F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 9^{ème} éd., 1997, p. 339.

¹⁰ O. De SCHUTTER, *La coopération entre la C.E.D.H. et le juge national*, *Revue belge de droit international*, 1997, I, p. 49.

¹¹ G. COHEN-JONATHAN, *Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour E.D.H.* Mélanges Eissen, p. 48 et s.

conformité de son droit à la Convention, elle possède donc un caractère nécessairement objectif qui, au-delà de la question plus ou moins particulière tranchée, conduit à modifier une loi, un règlement, une pratique ou une jurisprudence, même si l'arrêt ne précise pas les mesures que doit prendre l'Etat.

Ainsi les gouvernements reconnaissent-ils cette autorité de chose jugée par la Cour, et peuvent-ils être amenés à modifier à la suite d'une condamnation, les textes internes, y compris les lois. M. de Schutter propose alors de caractériser cet aspect de la chose jugée de "force obligatoire de son arrêt". "La Cour n'ayant aucun pouvoir d'annulation de la loi interne, il convient de définir comme relevant de la force obligatoire de son arrêt, plutôt que comme inclus dans l'autorité de chose jugée dont il est revêtu, les effets qui résultent de ses affirmations" lorsqu'elle se prononce sur la compatibilité avec la Convention de la législation interne d'un Etat partie, mais aussi selon cet auteur, "lorsqu'il s'agit d'appliquer l'interprétation qu'une jurisprudence constante donne de la Convention, ou encore, lorsqu'il s'agit de mettre en oeuvre une pratique généralement suivie". Cette force obligatoire de l'arrêt implique également que "les tiers, qui n'étaient pas parties au litige ayant donné lieu à la décision, pourront prendre appui sur les constatations qui y sont faites, le cas échéant afin d'obtenir une nouvelle condamnation de la partie ayant succombé dans la première affaire, lorsque ces tiers se trouvent avec elle dans un même rapport de droit" ¹². Cette distinction permet de dissocier théoriquement les éléments composant l'autorité de chose jugée, son aspect premier subjectif et ses implications secondes objectives ; néanmoins, derrière la variété d'appellation, il ne faut pas nier la réalité et la globalité de l'autorité de chose jugée qui par ses effets dépasse l'espèce, entendue strictement.

La Cour E.D.H. offre d'ailleurs une vision élargie de l'autorité de chose jugée. Elle considère en premier lieu que son arrêt peut s'imposer aux tribunaux internes lorsque des espèces similaires sont en cause. Dans son arrêt *Vermeire* du 29 novembre 1991, elle affirme que le constat de violation dans l'arrêt *Marckx* "concernait des faits si proches de la présente espèce qu'il vaut également pour eux". En second lieu, elle estime que le juge national doit écarter la loi interne jugée contraire à la Convention, dès lors que la solution dégagée par la Cour n'est "ni imprécise, ni incomplète" ¹³ ; elle souligne également que ses arrêts doivent être exécutés et que le droit interne se doit d'être conforme à la Convention. L'autorité de chose jugée en la matière concerne un cas d'espèce étendu par nature. L'autorité de chose jugée permet donc que l'on applique la même solution à des cas similaires. Tout est alors question de définition restrictive ou extensive des "cas similaires" au sein d'un même Etat ; on peut ainsi peut-être aller jusqu'à écarter dans d'autres espèces posant des questions différentes un texte jugé comme contraire à la Convention, mais aussi revoir un texte, une jurisprudence. Il s'agit de mettre en oeuvre une solution dans un cadre étatique par le biais législatif, réglementaire ou juridictionnel.

MM. Velu, Drzemczewski, Ress, Cohen-Jonathan et De Schutter constatent globalement la même mise en oeuvre obligatoire de l'autorité de chose jugée et proposent des études comparées complètes que nous nous permettrons de suivre¹⁴. Ils soulignent le même comportement que l'Etat ait incorporé la Convention dans son droit interne ou que la Convention fasse partie du droit interne.

Les gouvernements, afin de respecter cette autorité de chose jugée, peuvent modifier à la suite d'une condamnation, les textes internes, y compris les lois, mais le phénomène de reconnaissance est plus marquant au niveau juridictionnel. Les juridictions, notamment les juridictions judiciaires,

¹² O. De SCHUTTER, La coopération entre la Cour E.D.H. et le juge national, op. cit. p. 49-50.

¹³ Voir également, Cour E.D.H. 22 février 1994, *Vallée*, Série A n° 289, A § 47, § 25.

¹⁴ J. VELU, A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour E.D.H. : vues de droit comparé sur des évolutions en cours, op. cit. p. 531 et s. ; A. DRZEMCZEWSKI, L'exécution des décisions dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, 30° Colloque , La protection des droits de l'homme dans le cadre international, Strasbourg, 29-31 mai 1997, p. 42 et s., G. RESS, Effets des arrêts de la Cour E.D.H. en droit interne et pour les tribunaux nationaux, op. cit. p. 274 et s., p. 313, G. COHEN-JONATHAN, Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour E.D.H., *Mélanges Eissen*, p. 39 et s. ; en matière de droit belge, O. De SCHUTTER, La coopération entre la Cour E.D.H. et le juge national, op. cit. Voir également sur ce point la thèse d'E. LAMBERT, Les effets des arrêts de la Cour E.D.H., thèse, Strasbourg 1998.

procèdent à un ajustement des jurisprudences nationales sous la forme d'un revirement de jurisprudence. La Cour de Cassation belge y a procédé à la suite de l'arrêt *De Cubber*¹⁵, mais aussi dans un arrêt du 10 mai 1989, qui à la suite de l'arrêt *Lamy* rendu par la Cour européenne le 30 mars 1989, modifie la jurisprudence de la Cour suprême quant à la portée de l'article 5 §4 de la Convention¹⁶. Les Arrêts *B et Beldjoudi* des 25 et 26 mars 1992¹⁷ ont contraint la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat à abandonner leur jurisprudence relative au refus de modifier l'état civil du transsexuel¹⁸ et au refus de contrôler une mesure d'expulsion d'un étranger au regard du droit au respect de la vie familiale¹⁹. L'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation du 19 décembre 1995 *Banque africaine de développement*, opère un revirement de jurisprudence pour suivre l'arrêt *Beaumartin* du 24 novembre 1994 condamnant la France car le recours préjudiciel au ministre pour interpréter un traité est contraire à l'article 6 de la Convention. De même, les jurisprudences croisées du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation mettent en place leur conception de l'application de l'article 6 C.E.D.H., très largement imprégnée par la jurisprudence de la Cour, notamment quant à l'assimilation de sanctions administratives ou juridictionnelles à des accusations en matière pénale, au sens de l'article 6²⁰ et quant à la définition du principe d'impartialité des juges²¹. Les Cours suprêmes ont également annulé une décision judiciaire interne dont un arrêt de la Cour européenne constatait qu'elle avait été rendue en violation de la Convention²². Les hautes juridictions tentent d'établir les incompatibilités entre les fonctions de juge, de rapporteur, de commissaire du gouvernement. Ainsi en matière de droits de l'homme l'autorité de la chose jugée dépasse-t-elle son cadre et s'applique-t-elle à l'échelle de l'Etat ; on peut considérer que cette autorité de chose jugée élargie possède une autorité relative car elle est seulement applicable à l'Etat concerné, celui-ci devant se conformer à la jurisprudence de la Cour et devant mettre son droit en conformité avec la Convention.

En outre, il existerait une autorité propre de la jurisprudence de la Cour européenne en tant que celle-ci interprète les dispositions de la Convention ; les arrêts de la Cour de Strasbourg, dès lors qu'ils interprètent la Convention, acquièrent une autorité propre qui peut s'exercer sur tous les Etats contractants ; il s'agit de l'autorité dite de la "chose interprétée des arrêts"²³. Elle s'appliquerait alors même qu'un Etat n'est pas défendeur, du fait de son adhésion à la Convention ; l'autorité de chose interprétée serait une autorité *a priori*, préventive, au contraire de l'autorité de chose jugée qui

¹⁵ Cour E.D.H., 26 octobre 1984, *De Cubber*, Série A n° 86 et Rés DH (88) 20

¹⁶ Cass. com. 10 mai 1989, R. G. 7423 (Bull et Pas 1989, I, n°514) et les conclusions de M. PIRET, Cour E.D.H. 30 mars 1989 *Lamy*, série A, n°151.

¹⁷ Cour E.D.H., 25, 26 mars 1992 *B et Beldjoudi*, A 232 C et A 234 A.

¹⁸ Cass. Ass. plén., 11 décembre 1992, *Marc X et René X*.

¹⁹ CE, Ass, 19 avril 1991 *Belgacem*, R P 152, Concl. ABRAHAM, RFDA 1991 p. 497, Concl. AJDA 1991, p. 695 Chron MAUGUE et SCHWARTZ, p. 551 note JULIEN-LAFERRIERE, RA 1991, p. 239 note RUIZ-FABBRI ; Rev crit de drt. Intern. privé, 1991, p. 677 note TURPIN ; SUDRE, Droit international et européen des droits de l'homme, op. cit., p. 346.

²⁰ Voir les jurisprudences CE 31 mars 1995, *Ministre du Budget contre SARL Industrie Méric*, R P 154 ; CE 28 juillet 1999 *GIE Mumm-Perrier-Jouët*, AJDA 1999, p. 783.

²¹ Pour les relations entre rapporteur et juge, CE 3 décembre 1999 *M. Leriche*, 3 espèces AJDA 2000 p. 126, Cass. civ. 1ère 5 octobre 1999 n° 97-15277, pour la Cour des comptes et sa fonction spécifique de rapporteur CE 23 février 2000 *Société Labor Métal*. Pour les relations entre Commissaire du gouvernement et juge, CE 27 juillet 1998 *Mme Esclatine*, RFDA 1998 p. 1065. Pour les relations entre conseiller de l'administration et juge, CAA Paris 3° Chambre 23 mars 1999 *Sarran*, AJDA 1999 p. 623. Pour les relations entre le juge du sursis et le juge du principal, CAA Paris, 4° chambre, 21 octobre 1999, *Territoire de Polynésie*, AJDA 2000 p. 275, Chron p. 233, contraire Cass. plén. 6 novembre Gaz Pal 1998, 2, p. 865.

²² Pour la Belgique, *Piersack*, 26 octobre 1984, A 85, §11, pour la Suisse, *Lüdi*, 15 juin 1992, Série A n° 238, Rés DH (92) 61, de même de la Cour suprême néerlandaise à la suite de l'arrêt *Lala* 22 septembre 1994, Série A n° 297, A Rés DH (95) 240.

²³ A. DRZEMCZEWSKI, L'exécution des décisions dans le cadre de la C.E.D.H., op. cit., p. 38 à 50 ; J. VELU, A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour E.D.H. : vues de droit comparé sur des évolutions en cours, op. cit. p. 527 et s.

est une autorité *a posteriori*, curative. En effet, il ne s'agirait pas d'appliquer, en tant que partie au litige, l'arrêt de la Cour et son dispositif, mais de prendre en compte, en tant qu'Etat contractant, l'interprétation que celle-ci fait *in abstracto* de la Convention en laissant de côté les considérations d'espèce.

La notion demeure néanmoins délicate ; bien qu'autonome, elle ne s'oppose pas à l'autorité de chose jugée. Lorsque le juge d'un Etat fait application d'une disposition de la Convention européenne des droits de l'homme en y incorporant l'interprétation qu'en a faite la Cour dans un arrêt concernant un autre Etat partie, il s'agit, et ce n'est pas discutable, d'une autorité de chose interprétée. Cependant le juge d'un Etat peut appliquer une décision de la Cour le concernant, il respecte alors l'autorité de chose jugée, mais si la Cour dans cet arrêt interprète une disposition de la Convention, ou reprend une interprétation déjà donnée dans un autre arrêt concernant un autre Etat, le juge applique une autorité de chose interprétée de l'arrêt. Les deux autorités de chose jugée et de chose interprétée peuvent donc s'appliquer à la fois à l'Etat partie au litige, mais seule l'autorité de chose interprétée d'un arrêt de la Cour peut s'appliquer à un Etat tiers. Ainsi, à la suite de la condamnation de la Belgique dans l'arrêt *Lamy*²⁴, la Cour de Cassation belge fit droit à un pourvoi fondé sur le moyen pris de la violation de l'article 5 § 4 de la Convention, tel qu'il venait d'être interprété dans l'affaire *Lamy*, il est ici délicat de distinguer l'application de la chose interprétée²⁵ et celle de la chose jugée.

La notion d'autorité de chose interprétée est également éminemment ambiguë : sous couvert d'une autorité jurisprudentielle partielle qui se limiterait à une interprétation, l'Etat prend finalement en compte l'autorité jurisprudentielle de l'arrêt, c'est-à-dire la précision relative au contenu ou au régime d'un droit apportée par la Cour. On conférerait ainsi à ses décisions un plein effet ; elles posséderaient une autorité jurisprudentielle qui permettrait, au-delà de l'interprétation donnée d'une disposition de la Convention, de définir et d'imposer les conditions de l'application d'un droit. A partir d'un cas d'espèce opposable à un seul Etat se dégagerait un droit jurisprudentiel des droits de l'homme opposable aux membres de la Convention. On pourrait alors parler d'autorité jurisprudentielle, plus que d'autorité de chose interprétée : en fait, l'interprétation donnée aux dispositions de la Convention n'est qu'un élément indissociable de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour. Mais il faut reconnaître que, dans un contexte de souverainetés et de susceptibilités étatiques, le concept d'autorité de chose interprétée est plus acceptable tout en restant très évolutif. De plus il faut souligner le caractère limité de la Convention sur ce point : l'article 19 consacre l'importance de la Cour et sa fonction dans le respect du traité, l'article 32 affirme sa compétence en matière d'interprétation et d'application de la Convention, son article 46 ne relève qu'une autorité de chose jugée ; parler d'une autorité jurisprudentielle semble alors trop contraignant. Cette interprétation²⁶ (ou plus exactement la jurisprudence) s'imposerait aux Etats contractants car la Cour dispose de la compétence pour connaître de toutes les questions d'interprétation²⁷ ou d'application de la Convention ; la Convention telle qu'interprétée ou appliquée s'imposerait aux parties contractantes, en vertu du principe "pacta sunt servanda". Cette autorité jurisprudentielle s'appliquerait à la fois à la Cour liée par sa propre jurisprudence²⁸ mais

²⁴ Cour E.D.H., 20 mars 1989, *Lamy*, Série A n°151.

²⁵ M. R. ERGEC a ici souligné une consécration de la doctrine de l'autorité de chose interprétée, cf. De la communication du dossier de l'instruction à la doctrine de la chose interprétée, J.T 1989, p. 397 ; M. de SCHUTTER y voit la manifestation de la force obligatoire qui s'attache aux arrêts de la Cour, La coopération entre la Cour E.D.H. et le juge national, op. cit. p. 30 note 88.

²⁶ A. DRZEMCZEWSKI, op. cit. p. 38-39.

²⁷ Le comité des Ministres ne détenant qu'une compétence subsidiaire en ce domaine.

²⁸ "Lorsque la Cour interprète une disposition déjà interprétée, elle a soin, dans un souci de stabilité de jurisprudence rebus sic standibus et donc de sécurité juridique, de rappeler dans l'arrêt même l'interprétation donnée dans ses arrêts antérieurs", W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, La garantie des droits de l'homme et la Cour européenne de Strasbourg, JT 1982, p. 107.

également aux Etats parties à la Convention en fonction de la reconnaissance qu'ils voudront bien lui accorder.

La Cour elle-même a reconnu dans l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* que ses arrêts "servent non seulement à trancher le cas dont elle est saisie, mais plus largement, à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect des engagements assurés par les Etats contractants" ²⁹ et qu'ils sont, dès lors, susceptibles de "produire des effets débordant les limites du cas d'espèce" ³⁰. De manière plus extensive, l'arrêt *Modinos contre Chypre* montre clairement que la Cour entend condamner l'Etat qui laisse subsister dans son droit interne des dispositions législatives similaires à celles qui ont valu à un autre Etat partie un constat de violation de la Convention ³¹. La Cour tend alors à reconnaître une autorité jurisprudentielle de ses arrêts dans le domaine élargi de l'interprétation. "La jurisprudence la plus récente marque un dépassement des termes de l'article 53, la Cour n'entend pas limiter au seul cas d'espèce et au seul Etat condamné les effets d'un arrêt constatant une violation du fait d'une norme générale contraire à la Convention" ³². La Cour affirmerait alors la vocation de sa jurisprudence à être un instrument d'harmonisation des régimes juridiques nationaux des droits de l'homme. Ainsi les Etats non parties au litige pourraient respecter l'arrêt de la Cour en dépassant l'autorité de chose jugée pour retenir l'autorité de chose interprétée et finalement l'autorité de la jurisprudence, en adaptant leur législation et leurs pratiques ; ils ne feraient alors selon M. R. Ryssal que "remplir l'obligation générale qu'ils ont souscrite en vertu de l'article 1 de la Convention, celle d'assurer à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés garantis, tels que les énonce la Convention mais aussi tels que les interprète et les explique la Cour dans ses arrêts" ³³. Quelle que soit la nature de l'autorité de chose interprétée, interprétative ou jurisprudentielle, elle est réelle. L'évolution est patente. MM. Velu, Drzemczewski, Ress, Cohen-Jonathan et M. De Schutter constatent également la même évolution sur ce point ³⁴.

Les gouvernements reconnaissent cette autorité de chose interprétée par la Cour et mettent, par la voie législative, réglementaire ou jurisprudentielle, leur droit interne en compatibilité avec le droit européen jurisprudentiel des droits de l'homme après condamnation par la Cour qui a relevé une violation de la Convention. On assiste à la modification des règles applicables par les Etats ³⁵. Ainsi le Danemark, à la suite de l'arrêt *Young, James et Webster contre Royaume-Uni* du 13 août 1981, a promulgué une loi sur la protection contre les licenciements pour motifs syndicaux ; la France à la suite de l'arrêt *Leudicke* contre Allemagne, a modifié sa loi sur les frais d'interprétation en matière pénale ou a instauré un recours suspensif contre l'arrêté de reconduite à la frontière par la loi du 10 janvier 1990 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers. Les Pays-Bas ont modifié la réglementation relative à l'application du droit pénal et disciplinaire militaire ³⁶, le Royaume-Uni a modifié les règles applicables dans les établissements pénitentiaires ou a adopté

²⁹ Arrêts *Irlande contre Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, Série A, n°25, p. 62, § 154 et *Guzzardi*, 6 novembre 1980, série A n°39 p. 25, § 86.

³⁰ Arrêt *Marckx*, 13 juin 1979, Série A n°31 p. 19, § 41.

³¹ Cour E.D.H. 22 avril 1993, Série A n° 259, § 20-24; *Dudgeon contre Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, Série A n° 45.

³² F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit. p. 340.

³³ Intervention de R RYSSDAL, *Le système de mise en oeuvre instauré par la Convention européenne des droits de l'homme*, Symposium en l'honneur du Pr Schermers, Leyde, 7 octobre 1994, sur le respect des arrêts des juridictions internationales § 22.

³⁴ J. VELU, *A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour E.D.H. : vues de droit comparé sur des évolutions en cours*, op. cit. p. 531 et s. ; A. DRZEMCZEWSKI, op. cit. p. 42 et s. ; G. RESS, *Effets des arrêts de la C.E.D.H. en droit interne et pour les tribunaux nationaux*, op. cit. p. 274 et s, p. 313 ; G. COHEN-JONATHAN, *Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour E.D.H.*, op. cit. p. 53 et s. Voir également sur ce point J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit. n°1237 et s. ; E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour E.D.H.*, Strasbourg 1998.

³⁵ Sur ce point voir F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit. p. 344 et s. n°243.

³⁶ Cour E.D.H. 22 mai 1984, *Duinhoff et Duiff*, Rés DH (84) 8.

une ordonnance modifiant la législation irlandaise réprimant l'homosexualité³⁷, la Suisse a revu les dispositions du code de procédure pénale vaudois relatives aux poursuites pour violation du secret de l'instruction³⁸. La Belgique a adopté une nouvelle législation en matière de filiation, huit ans après l'arrêt *Marckx* cependant. La Suède a élaboré une loi organisant le contrôle judiciaire de certaines décisions administratives³⁹; le Luxembourg a déposé un projet de loi portant réforme du Conseil d'Etat⁴⁰. Le gouvernement français à la suite des arrêts *Huvig et Kruslin* du 24 avril 1990, sanctionnant la violation de l'article 8 du fait d'écoutes téléphoniques judiciaires, a fait voter la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications⁴¹.

Dans les années 1980 "l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour était généralement considérée par les juridictions nationales des Etats contractants comme une autorité de fait non susceptible de lier ces juridictions"⁴². "Les arrêts de la Cour n'exerceraient en fait qu'une autorité indirecte sur les organes législatifs et judiciaires nationaux"⁴³. Aujourd'hui "dans tous les Etats contractants, quoique dans une mesure différente pour chacun d'eux, un nombre de plus en plus grand de décisions juridictionnelles prennent en compte implicitement ou explicitement la jurisprudence interprétative de la Cour européenne"⁴⁴; dans certains Etats, cette autorité de la chose interprétée a été consacrée de manière explicite par la jurisprudence; ils reconnaissent une portée juridiquement contraignante à la jurisprudence interprétative de la Cour⁴⁵. Les Etats conservent néanmoins la maîtrise de leur prise en compte de l'autorité de chose interprétée⁴⁶ qui se manifeste essentiellement au niveau des juridictions, les gouvernants pouvant prendre en compte les interprétations européennes dans l'élaboration d'un texte sans qu'il y ait réellement modification de l'état du droit du fait de la jurisprudence européenne; l'évolution est donc plus insidieuse.

Certains Etats ont prévu de rendre toute décision de la Cour obligatoire pour leurs juridictions internes; c'est le cas par exemple de la Grèce, des Pays-Bas, de l'Espagne⁴⁷ dont l'ordre national doit se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne qu'il s'agisse de l'autorité de chose jugée ou de l'autorité de chose interprétée.

Au Danemark, en Norvège, Pologne, Hongrie et en Roumanie, mais aussi en Allemagne, en Autriche pour ne citer que ces Etats, les Cours constitutionnelles font de plus en plus souvent

³⁷ Cour E.D.H. 21 février 1975, *Golder*, Série A, n°18, Rés DH (76) 35; Cour E.D.H. 22 octobre 1981, *Dudgeon*, Rés DH (83) 13.

³⁸ Cour E.D.H. 22 mai 1990, *Weber*, A 177, Rés DH (90) 39.

³⁹ Cour E.D.H., 27 octobre 1987, *Pudas*, A 125 A, Rés DH (88) 16.

⁴⁰ Cour E.D.H., 28 septembre 1995, *Procola*, A 326, Bull. des droits de l'homme, Luxembourg 1996, n°5, p. 217.

⁴¹ R. U. D. H. 1991, p. 427, obs J. PRADEL, 1992 p. 49.

⁴² J. VELU, A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour E.D.H. : vues de droit comparé sur des évolutions en cours, op. cit., p. 529; G. RESS, Effets des arrêts de la Cour E.D.H. en droit interne et pour les tribunaux nationaux, Actes du 5^e colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Francfort 9-12 avril 1980, Paris 1982 p. 235-313; R. KOVAR, L'autorité des arrêts et des résolutions des organes de protection, Revue des droits de l'homme 1973, p. 685 et s.

⁴³ H. ROLIN, L'autorité des arrêts et des décisions des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, Revue des droits de l'homme 1973, p. 729-746.

⁴⁴ J. VELU, A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour E.D.H. : vues de droit comparé sur des évolutions en cours, op. cit., p. 530.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Pour une étude détaillée par pays et des références complètes cf A. DRZEMCZEWSKI, op. cit. p. 42 § 149; J. VELU A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour E.D.H. : vues de droit comparé sur des évolutions en cours, op. cit., p. 538 et s. Egalement E. GARCIA de ENTERRIA, Valeur de la jurisprudence de la Cour E.D.H. en droit espagnol, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Wiarda, 1988; M-A EISSEN, L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et la jurisprudence de la Cour E.D.H., Conseil constitutionnel et Cour E.D.H. 1990. Voir les articles de F. SUNDBERG et de C. GREWE, Quelle Europe pour les droits de l'homme ?, p. 109, p. 149-157.

⁴⁷ S'agissant de la Grèce, sont en cause les articles 46-1, 52, 53 de la Constitution grecque; S. PERRAKIS, Le juge grec et la Cour de Strasbourg, Quelle Europe pour les droits de l'homme ?, 1996, p. 171 et s.

expressément référence à la jurisprudence de la Cour⁴⁸. La Cour constitutionnelle espagnole affirme nettement que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg "doit constituer un critère d'interprétation des normes constitutionnelles qui protègent les droits fondamentaux"⁴⁹. En Suisse, depuis 1976 le Tribunal fédéral se réfère très fréquemment de manière explicite aux arrêts de la Cour européenne⁵⁰. L'autorité de la chose interprétée par cette Cour aurait ainsi une portée contraignante ; ce phénomène d'intégration de la jurisprudence peut-être observé plus précisément pour deux pays, la Belgique et la France.

En Belgique, la Cour de Cassation reconnaît l'autorité de la chose interprétée par la Cour européenne⁵¹. Ainsi la Cour d'arbitrage, dans un arrêt du 4 juillet 1991⁵², a-t-elle fondé expressément son dispositif sur l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne rendu en matière de droits successoraux d'enfants nés hors mariage. Les juridictions belges peuvent également étendre l'interprétation donnée par la Cour dans un sens plus favorable pour les droits de l'individu, ce fut le cas à la suite du revirement de jurisprudence opéré par la Cour de Cassation à la suite de l'arrêt *De Cubber*⁵³. Dès le 23 janvier 1985, la Cour de cassation appliqua cette interprétation à d'autres cas de cumuls juridictionnels⁵⁴. Elle peut élargir l'interprétation donnée par la Cour européenne à des règles constitutionnelles dont le contenu est proche de celles énoncées par la Convention ; elle peut aussi étendre sans y être contrainte cette interprétation à des principes généraux du droit⁵⁵. Néanmoins le Conseil d'Etat se réfère rarement de manière expresse à des arrêts de la Cour européenne⁵⁶, quant à la Cour de Cassation elle peut se montrer réticente. Elle considérait que la publicité des audiences et des décisions ne s'appliquait pas à la matière disciplinaire⁵⁷, et ne s'est pas ralliée immédiatement à l'interprétation que la Cour européenne avait donnée de l'article 6 §1⁵⁸ en ce qui concerne l'applicabilité de cette disposition aux procédures disciplinaires suivies devant les juridictions des ordres disciplinaires. Mais après l'arrêt *Albert et Le Compte* rendu par la Cour

⁴⁸ A. DRZEMCZEWSKI, op. cit., p 43 et s .

⁴⁹ N°303/93, 25 octobre 1993; Rés DH (95) 93.

⁵⁰ Par exemple la décision du 4 juin 1986 (annuaire suisse de droit international 1987, p. 204) concernant la participation du magistrat instructeur à la décision de la juridiction de jugement consécutive à l'arrêt *De Cubber*.

⁵¹ Voir la synthèse proposée par M. VELU, op. cit., p. 531 et s., nous nous contenterons d'en reprendre les axes principaux. O. De SCHUTTER, op. cit., p. 59 et s.

⁵² CA arrêt n°18/91 du 4 juillet 1991, rôle n°183.

⁵³ Cour E.D.H. 26 octobre 1984, *De Cubber*, Série A n° 86, considérant que violait l'article 6 §1 de la Convention la décision de condamnation rendue par une juridiction pénale composée notamment d'un magistrat ayant en la cause exercé les fonctions de juge d'instruction.

⁵⁴ Cour Cass. , 23 janvier 1985, R. G. 4033 (Bull. et Pas. 1985 n°302), la cour applique cette interprétation au cas où un juge qui avait présidé le tribunal correctionnel s'était borné en qualité de juge d'instruction à faire rapport en la même cause devant la chambre du Conseil, par trois arrêts du 29 mai 1985 la Cour de Cassation décida que la décision de condamnation rendue par une juridiction pénale, composée notamment d'un magistrat ayant en la cause siégé à la juridiction d'instruction, viole l'article 6 §1 ; Cour Cass., 29 mai 1985, R. G. 4000 et 4301 (Bull. et Pas. 1985, I, n°592) ; Cour Cass., 29 mai 1985, R. G. 4300 (Bull. et Pas. 1985, I, n°592).

⁵⁵ Par exemple la règle constitutionnelle de l'égalité des Belges devant la loi et de l'interdiction des discriminations (Cass. 5 octobre 1990, R. G. F 1818 N, Bull. et Pass. 1991, I, n°61) et les conclusions de M. l'avocat général D'HOORE, dans AC 1990-1991 p. 81, PIRET, Egalité et non discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Cassation, *in* Egalité et non-discrimination, Anvers 1991, p. 117-133) ou le principe général du droit consacrant le droit à l'impartialité du juge (Cass. 23 mai 1985, R. G. 7145, Bull. et Pass. 1985, I, n°575 ; Cass. 16 octobre 1986, R. G. 7609 Bull. et Pass., 1987, I, n°96, s'inspirant de l'arrêt *De Cubber*).

⁵⁶ Un arrêt du 7 août 1969 (CE 7 août 1969, n°13680, *Kouvas contre Etat belge, ministre de l'éducation nationale et jury en matière d'inspection linguistique* (Rec. 1969 p. 773) se réfère à l'arrêt rendu le 23 juillet 1968 par la Cour européenne dans les affaires linguistiques belges (Série A n°8). Un arrêt du 26 septembre 1984 (CE 26 septembre 1984, n°24689, *Vercammen contre Société coopérative intercommunale Olympos* (Rec. 1984 p. 1702)) relatif à la procédure disciplinaire dans la fonction publique se réfère à plusieurs arrêts de la Cour : les arrêts *Airey* du 9 octobre 1979 (Série A, n°32), *Artico* du 13 mai 1980 (Série A, n°37), *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981 (Série A, n°43), *Sporrong et Lönnroth* du 23 septembre 1982 (Série A, n°52) et *Albert et Le Compte* du 10 février 1983 (Série A, n°58).

⁵⁷ Cass. 21 janvier 1982 deux arrêts R. G. 6645-6658 (Bull. et Pass. 1982, I, 623) et les Conclusions de M. le Procureur Général DUMON.

⁵⁸ Cour E.D.H. 23 juin 1981 *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, série A, n°43.

européenne le 10 février 1983⁵⁹, la Cour de Cassation, à partir de ses arrêts du 14 avril 1983⁶⁰ s'aligna sur l'interprétation de la Cour européenne. De plus certaines dispositions de la Convention qui pourraient être interprétées sont considérées par les juridictions comme étant en tout ou en partie dépourvues d'effets directs dans l'ordre juridique interne, ce qui limite l'application de l'autorité de chose interprétée dont la mise en oeuvre demeure à la discrétion des juridictions. Ainsi par exemple l'article 8 de la Convention n'impose pour la Cour de cassation qu'une obligation de faire dont le législateur assume la responsabilité mais qui ne saurait être invoquée devant les juridictions nationales par des particuliers⁶¹ ; la Cour de Strasbourg dans son arrêt *Vermeire* du 29 novembre 1991 considère que ce refus de reconnaître un effet direct à cette disposition constitue une nouvelle violation de la Convention⁶².

En marge de l'évolution, en France, les décisions juridictionnelles ne contiennent que très exceptionnellement des références explicites à la jurisprudence de la Cour⁶³. Le Conseil d'Etat, quant à lui, interprète de façon autonome la Convention, mais l'influence de la Cour se fait sentir en matière de droit des étrangers dans son interprétation du principe d'impartialité des juridictions⁶⁴, dans son contrôle du respect des libertés individuelles. Par exemple, dans les arrêts *Hardouin et Marie* de 1995, il subit l'influence directe de la jurisprudence de la Cour en admettant un recours pour excès de pouvoir contre les punitions des militaires et les sanctions envers les détenus. Néanmoins, il conserve l'indépendance de son raisonnement et l'influence demeure indirecte.⁶⁵

M. Ress explique ce phénomène par une adhésion des cours nationales à la cohérence et à la qualité des arguments issus des arrêts de la Cour. Cette interprétation s'impose du fait du caractère international des arrêts, de leur dignité et de l'obligation pour les Etats d'appliquer la Convention. La jurisprudence de la Cour, comme l'interprétation de la Convention qu'elle véhicule, s'imposent également en fonction de la clarté, de l'accessibilité du raisonnement suivi et de l'aptitude des juges européens à distinguer considérations d'espèce et principe général à respecter⁶⁶. Comme le constate le Professeur Sudre, "le droit européen des Droits de l'homme puise aujourd'hui à deux sources : la source conventionnelle et la source jurisprudentielle" ; "on constate une "banalisation" de l'usage de la Convention, désormais inscrite dans le paysage juridique. De moyen subsidiaire, la Convention tend à devenir moyen principal de nombreuses décisions de justice"⁶⁷. Si l'évolution est réelle, on ne peut en dégager une règle juridique selon laquelle les arrêts de la Cour E.D.H. seraient revêtus d'une autorité de chose interprétée contraignante.

Les juridictions ont de plus en plus tendance, lorsqu'elles ont à interpréter des dispositions de la Convention, à se référer à la jurisprudence de la Cour européenne, mais on ne peut soutenir qu'il existe une autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne qui soit contraignante et absolue. Il n'existe pas de mécanisme de renvoi préjudiciel qui permettrait d'imposer une interprétation de la Convention. De plus cette autorité n'est pas directement prévue dans la

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Cass. 14 avril 1983, R. G. 6789, (Bull et Pas 1983, I, n°441 et les conclusions du Ministère Public; R. G. 6785 (*ibid*, 1983, I, n°442) et R. G. 6645 (*ibid* 1983, I, n°443).

⁶¹ Cass. 10 mai 1985, R. G. 4273 (Bull et Pas 1985 I, n°542, 6 mars 1986 R. G. 4792), (*ibid* 1986, I, n°433).

⁶² Cour E.D.H. 29 novembre 1991, Série A, n°214-C.

⁶³ Pour la Cour de Cassation, voir *infra*, deuxième partie.

⁶⁴ Voir les jurisprudences citées supra.

⁶⁵ C. GREWE, La question de l'effet direct de la Convention et les résistances nationales, la situation dans les autres pays, Quelle Europe des droits de l'homme ?, p. 149 et s. ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français, Bli Dt Pub, LGDJ, 1998.

⁶⁶ R. ABRAHAM, Le juge administratif français et la Cour de Strasbourg, in Tavernier, Quelle Europe pour les droits de l'homme ?, 1996, p. 235-248, p. 239.

⁶⁷ F. SUDRE, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne, Revue universelle des droits de l'homme, 1991, p. 271, p. 259-274 ; Droit international et européen des droits de l'homme, op. cit. p. 347.

Convention. Les décisions de la Cour sont une référence potentielle, inspiratrice ou incitative ⁶⁸, pour les autorités des Etats, mais le fait de ne pas en tenir compte ne constitue pas à proprement parler une violation de la Convention. On ne peut parler d'autorité absolue de la chose interprétée quand il s'agit des juridictions supérieures, à moins que celles-ci ne veuillent bien reconnaître spontanément une telle autorité aux arrêts de la Cour de Strasbourg. Les instances étatiques comme leurs juridictions demeurent pleinement libres de ne pas se conformer à l'interprétation ou à la jurisprudence de la Cour, ou de la reprendre à leur compte sans affirmer leur soumission à l'interprétation délivrée par la Cour ⁶⁹.

L'autorité de chose interprétée, si elle tend à s'imposer, ne peut qu'être relative, elle permet aux Etats de suivre une pratique jurisprudentielle conforme à la Convention sans effet contraignant. Un élément d'incitation d'ordre pratique impose en fait l'interprétation de la Cour : la crainte de la constatation d'une violation similaire de la Convention ; un argument juridique demeure valable, la reconnaissance par l'article 32 de la compétence de la Cour en matière d'application et d'interprétation de la Convention. Mais la reconnaissance d'une autorité jurisprudentielle ou interprétative relève de la décision des instances étatiques et juridictionnelles. Comme le remarque M. Velu, pour une majorité d'Etats, l'autorité des décisions de la Cour relève encore de l'infra-droit, néanmoins on peut souhaiter une juridicisation progressive de cette autorité ⁷⁰ qui devrait cependant demeurer relative.

b - Une notion contingente

L'autorité de chose interprétée est à la fois une construction doctrinale adaptée au mécanisme juridictionnel de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et un concept adapté à l'originalité du contentieux porté devant la Cour de Strasbourg, à ce titre d'ailleurs l'autorité de chose interprétée se révèle être une notion palliative.

α) Une notion issue d'une construction doctrinale

La question de l'autorité de chose interprétée s'est initialement posée à propos de la force des arrêts en interprétation rendus en application de l'article 177 du Traité CEE par la Cour de Justice des Communautés Européennes. La doctrine ⁷¹ a alors clairement posé la distinction entre l'autorité de chose jugée (exclue pour les arrêts sur renvoi en interprétation) et l'autorité de chose interprétée s'attachant parfaitement à ce type de décision. En effet, la Cour de Justice se prononce dans ce contentieux-là de manière "objective et abstraite" (selon les termes employés par M. Boulouis), en se détachant de l'espèce ayant généré la question de droit. Ainsi l'autorité de chose interprétée est une garantie de l'application uniforme du droit communautaire, il s'agit d'ailleurs de l'objectif assigné à la technique du renvoi en interprétation et d'un corollaire du mécanisme de collaboration juridictionnelle institué entre une juridiction internationale et les cours suprêmes des Etats membres.

Cette élaboration doctrinale fut transposée au mécanisme juridictionnel établi par la Convention européenne des Droits de l'Homme. Ce sont plus exactement les auteurs belges qui ont

⁶⁸ F. RIGAUX, L'interprétation judiciaire d'une norme empruntée à un autre ordre juridique. A propos des arrêts du 21 janvier 1982, Liber Amicorum Frederic Dumon, Anvers 1983 p. 1203-1216 ; La jurisprudence belge après l'arrêt *Marckx*, Revue critique de jurisprudence belge, 1984, p. 11 et s. ; Le droit successoral des enfants naturels devant le juge international et le juge constitutionnel, RT.D.H. 1992, p. 215 et s.

⁶⁹ A. DRZEMCZEWSKI, op. cit., p. 50, § 175.

⁷⁰ J. VELU, A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour E.D.H. : vues de droit comparé sur des évolutions en cours, op. cit., p. 562.

⁷¹ Cf. J. BOULOUIS, A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés Européennes, Mélanges Waline, p. 149. L'auteur se réfère notamment à la démonstration de l'Avocat Général Lagrange.

renouvelé le débat à propos de deux arrêts rendus par la Cour de cassation belge, réfutant l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention aux procédures disciplinaires⁷², contrairement à la jurisprudence *Le Compte* de la Cour Européenne⁷³, jurisprudence qui finalement sera suivie un an plus tard par les juges belges. La doctrine s'est alors demandé si les arrêts de la Cour de Strasbourg avaient des effets dépassant le cas d'espèce.

Réfutant toute portée spécifique aux arrêts de la Cour E.D.H., une thèse fut défendue selon laquelle l'absence de mécanisme de renvoi préjudiciel similaire à celui de l'article 177 du traité CEE, doublée de l'impossibilité d'appliquer la règle de *Stare Decisis* en droit international, cantonnait les arrêts donnant lieu à une interprétation de la Convention à une simple autorité morale. Certains auteurs, dont le professeur Rigaux, tempèrent cette position en reconnaissant la nature sui generis de la Convention mais en excluant toute relation hiérarchique entre la Cour européenne et les juridictions nationales susceptibles de reprendre son interprétation.

Une autre thèse semble dominer qui milite pour la consécration de l'autorité de chose interprétée. Constatant l'applicabilité des règles de responsabilité internationale en cas de non-respect des dispositions de la Convention (et des interprétations de la Cour), elle transpose le mécanisme communautaire d'interprétation en s'attachant aux similitudes entre les deux structures internationales. En effet, dans l'esprit de la C.E.D.H., l'application uniforme de ses dispositions est le fondement de son effectivité. Ainsi les arrêts de la Cour, en l'absence de mécanismes de renvoi en interprétation, sont dotés d'une autorité spécifique à la fois de chose jugée et de chose interprétée. Plus précisément, la doctrine rapproche la démarche des deux juridictions européennes : la Cour de Strasbourg, tout comme la Cour de Justice, n'hésite pas, notamment, à formuler une interprétation objective et abstraite avant une application au cas d'espèce⁷⁴, et limite de même à l'avenir les effets de ses interprétations⁷⁵. C'est finalement par sa transposition aux décisions de la Cour Européenne que le concept d'autorité de chose interprétée révèle son essence, celle d'une véritable collaboration entre la Cour et les Etats. Les interprétations de la Cour s'imposent sans nécessité d'un mécanisme contraignant et autoritaire, franchise qui en renforce l'intensité.

La notion de chose interprétée traduit alors l'émergence d'un concept spécifiquement adapté à l'originalité du contentieux et des décisions de la Cour E.D.H.

β) Une notion palliative

L'autorité de chose interprétée vient affiner une technique décisionnelle imparfaite. Les décisions de la Cour E.D.H. ne suffisent pas à elles seules à rendre effective la Convention qu'elles doivent appliquer. Cette incomplétude résulte de la nature même des arrêts produits et de la spécificité du contentieux généré par la saisine de la Cour.

Ses décisions étant déclaratoires et non exécutoires, la Cour ne peut que constater une violation de la Convention sans pouvoir agir sur les origines de cette violation, qu'elle provienne d'une juridiction, d'une instance administrative ou du législateur. La vigueur de ses décisions, c'est-à-dire leur autorité relative de chose jugée, ne concerne que l'Etat condamné. La portée des interprétations, idéalement revêtue de l'autorité absolue de chose jugée, ne saurait alors imposer autoritairement la réformation d'une décision juridictionnelle, l'annulation d'un acte administratif ou la remise en cause d'une loi. *De facto*, l'autorité des interprétations de la Cour est restreinte par une vision académique de la force des arrêts qui la limite à l'autorité de chose jugée.

Le caractère obligatoire et spécifique des arrêts oblige à combler l'absence d'autorité systématique de l'ensemble des décisions issues du contentieux européen des droits de l'homme. La

⁷² Cass. 21 janvier 1982, Journal des Tribunaux, 1982, p. 446.

⁷³ Cour E.D.H. *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, 23 juin 1981, Série A n° 43.

⁷⁴ Cour E.D.H. *Irlande contre Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 62, § 154.

⁷⁵ Cour E.D.H. *Marckx*, 13 juin 1979, Série A n° 31, p. 25, § 58

notion d'autorité de chose interprétée pallie cette incomplétude, en même temps qu'elle garantit l'efficacité de la Convention.

L'originalité du contentieux devant la Cour Européenne conduit à un constat similaire. Les arrêts de la Cour sont rendus sur saisine d'une victime qui estime avoir été lésée dans ses droits, il s'agit là d'un trait du contentieux subjectif visant à rétablir dans ses droits un requérant. Néanmoins, par les interprétations fournies à l'occasion d'une affaire précise, la Cour se prononce clairement ou implicitement sur la compatibilité d'un acte interne (une loi par exemple) avec la Convention telle qu'elle l'interprète. On voit cette fois-ci poindre un trait du contentieux objectif : la mise en cause d'un acte, c'est-à-dire "un procès fait à un acte" selon l'expression de Laferrière ⁷⁶. Sans pour autant affirmer que le contentieux européen des Droits de l'homme est objectif ⁷⁷, on peut noter qu'il a les traits d'un contentieux de la légalité ⁷⁸ et on ne peut que constater la dualité de ses caractéristiques. L'ambiguïté qui en émerge n'est pas sans incidence sur la difficulté à déterminer avec exactitude la portée des arrêts rendus. En tant que se prononçant sur les droits d'une victime, la décision aura une autorité relative de chose jugée, la décision s'imposant aux seuls Etats parties au litige. En tant que fournissant une interprétation faisant présumer les imperfections d'un acte de droit interne, la décision rendue s'écarte d'un contentieux subjectif et entre dans le domaine de la confrontation objective d'un acte à un autre qu'elle vient d'interpréter. Il s'agit d'un pouvoir renforcé du juge ne pouvant s'accompagner que d'une autorité renforcée de la décision produite. Contrairement à un contentieux purement subjectif, il n'est pas ici réaliste de poser en terme de seule autorité de chose jugée la portée d'une telle décision. Par ailleurs, la Cour n'ayant pas le pouvoir d'annuler un acte, *a fortiori* une loi, l'autorité de chose interprétée (génératrice d'invalidation acceptée et réalisée par les Etats) apparaît dès lors comme le seul concept convenable pour le contentieux européen.

Bien plus, il s'agit d'un concept nécessaire pour dépasser une autorité juridique toute relative. L'efficacité des interprétations élaborées par la Cour auxquelles il est impossible d'attacher la classique autorité de chose jugée, est conditionnée par l'autorité politique de ses décisions. Cette conception de l'autorité de chose interprétée se veut constructive et supprime la seule autorité juridique.

2 - Une autorité politique constructive

L'autorité de chose interprétée est un concept apparu à propos d'un aspect polémique du contentieux communautaire ⁷⁹. Le mécanisme du renvoi en interprétation est en effet tel qu'il ne peut être efficace qu'avec une collaboration des juridictions internes traduisant, pour une part au moins, la volonté politique d'une application pleine et uniforme du droit communautaire. La question se pose en termes similaires à propos des arrêts interprétatifs de la Cour E.D.H.. Ceux-ci doivent, bien plus que ceux de la Cour de Justice des Communautés Européennes, bénéficier de l'adhésion politique des Etats qui prolongent en fait cette partie théorique des arrêts. La question des droits de l'homme et de ses libertés fondamentales est sensible et rend difficile toute "ingérence extérieure" pour des Etats ayant déjà, pour la plupart, un système efficace de protection des droits et libertés. Là, le juge européen rencontre inévitablement la volonté politique. L'autorité des interprétations fournies est alors cruciale ; elle se révèle au travers d'une structuration du droit par le

⁷⁶ E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2^e édition, t.1, p. 15.

⁷⁷ La distinction entre le contentieux objectif et le contentieux subjectif se fonde sur la nature de la question posée: L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, Broccard, 3^e édition, 1928, t. 2, p 458-526 ; M. WALINE, Vers un reclassement des recours du contentieux administratif ?, RDP 1935 p 205.

⁷⁸ A l'image du recours devant la Commission prévu par l'article 24 de la C.E.D.H. qui autorise tout Etat contractant à saisir la Commission pour tout manquement à la Convention commis par un autre Etat partie.

⁷⁹ En France notamment, les juridictions administratives se sont montrées hostiles à l'obligation de renvoi en interprétation pesant sur les juridictions suprêmes lorsqu'il convenait de donner son sens à une disposition des normes communautaires, voir *infra*.

juge, mais aussi du fait de sa consécration effective par les sanctions auxquelles s'exposent les Etats ne respectant pas la Convention.

a - Une autorité structurante

L'autorité de chose interprétée s'entend tout d'abord comme l'expression d'un pouvoir du juge dont la finalité est essentielle puisque l'interprétation tend à perfectionner le droit.

α) Un pouvoir essentiel du juge européen

Le juge est chargé d'appliquer le droit aux situations concrètes. A ce titre, il procède de manière objective et déductive et tranche finalement un conflit par référence à la règle de droit. En amont de l'application de la norme, le juge doit parfois lui donner son sens. De manière délibérée ou non, "toute interprétation comporte un certain degré d'appréciation, et donc de création" ⁸⁰. Dès lors, il va au-delà du contenu explicite du texte, il doit en dégager l'esprit, il fait vivre la norme et dévoile son rôle de créateur du droit.

Les juges de la Cour E.D.H. se trouvent, comme tout juge, dans un schéma identique. Saisis de recours individuels consécutifs à une violation de la Convention, ils doivent eux-mêmes l'interpréter. Conférer une autorité spécifique aux interprétations de la Cour, c'est souligner le rôle de structurateur du droit nécessairement endossé par le juge. Ses interprétations ont à la fois valeur de précédent pour des cas similaires et, en même temps, elles conduisent à faire œuvre normative. Le juge européen rend effectivement ses interprétations dans un contexte qui met en évidence leur portée spécifique.

Au sein du mécanisme européen de protection des droits et libertés fondamentaux, la création de la Cour et l'instauration d'une procédure de saisine directe sont la condition de l'ascendant des principes posés par la Convention sur le droit et les pratiques des Etats signataires. La Cour est au cœur de l'effectivité de la Convention. Sans elle, le respect des droits et libertés énoncés serait, encore plus, tributaire des volontés nationales et serait soumis à des applications divergentes d'un pays à un autre. Ainsi, la Cour, par ses arrêts constatant la violation de la Convention, l'impose aux Etats ; par ses interprétations, elle en garantit une application uniforme et structurante.

En tout état de cause, il est logique qu'un Etat ayant adhéré à la Convention se soumette aux interprétations de la Cour, celles-ci font corps avec la norme conventionnelle. L'autorité de chose interprétée prend alors un relief particulier. La quasi-assimilation avec le droit conventionnel oblige à conférer aux interprétations fournies un caractère obligatoire validant ainsi le concept d'autorité de chose interprétée. En adhérant à une telle conception des effets des arrêts fournissant une interprétation, on valorise les juges européens dans une fonction de perfectionnement du droit. Ceci est d'autant plus remarquable que les interprétations de la Cour se révèlent un vrai travail constructeur du juge et non une œuvre autoritaire et unilatérale. La seule publication des opinions dissidentes des juges ⁸¹, même si elle dévoile des oppositions nettes, suffit à montrer que le consensualisme et l'interprétation optimale sont recherchés. La volonté de donner toutes les clés de la solution adoptée par la Cour ne peut que renforcer sa crédibilité et de fait assurer à l'ensemble de ses décisions les effets les plus adaptés, dont l'autorité de chose interprétée validant le pouvoir de structurateur du droit des juges européens.

Ce pouvoir essentiel conféré à l'autorité juridictionnelle se prolonge de manière spécifique au sein du contentieux européen des droits de l'Homme, le juge se voit conférer un rôle qui se résume par une mission de perfectionnement du droit.

⁸⁰ M. CAPELLETTI, Le pouvoir des juges, *Economica PUAM*, Mai 1990, p. 30.

⁸¹ F. SUDRE, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, PUF 1997, p. 331.

β) Un rôle essentiel du juge européen

Par son pouvoir d'interpréter la Convention, le juge des droits de l'Homme doit transcender les préoccupations politiques en imposant l'application de règles perfectionnées et parfaitement adaptées à nos démocraties libérales. Le juge européen procède à des interprétations "évolutives et donc extensives de la Convention"⁸² ; toutefois, il ne saurait créer ex nihilo des obligations. Ainsi la Cour n'a jamais créé un droit ou une liberté non inscrits dans la Convention⁸³ encore que, grâce au rôle autonome de l'article 14, elle soit parvenue à rattacher le droit au nom à l'article 8⁸⁴. Il s'agit pour le juge d'ajuster la Convention aux exigences de nos sociétés en évolution constante afin d'éviter qu'elle ne devienne ponctuellement désuète. La jurisprudence européenne relative au transsexualisme, aux droits des enfants naturels ou à l'homosexualité le prouve. De même, la Cour a dégagé des "notions autonomes", c'est-à-dire des concepts propres au droit européen uniformément applicables à l'ensemble des Etats contractants⁸⁵, et détachables du contexte national. Ainsi, l'interprétation signifie que le juge, au travers de l'intention de l'auteur de la norme, l'adapte au contexte social et politique contemporain, en même temps qu'il dégage les voies d'une application autonome et uniforme de la Convention.

Pour autant, par son pouvoir créatif, le juge qui interprète ne dispose pas d'une totale liberté⁸⁶, frôlant l'arbitraire. L'interprétation est contrainte par le fond du droit, le juge ne saurait être une autorité normative à part entière en créant des droits et obligations inexistantes dans le texte appliqué. De même, la procédure encadre strictement son rôle créateur. La Cour rend ses interprétations après saisine par un individu réclamant qu'on lui reconnaisse le bénéfice de la Convention. C'est donc dans un cadre procédural précis que le pouvoir créateur du juge européen se manifeste, c'est en soi une limite à une créativité contestable du juge, il n'interprète la Convention que lorsqu'une saisine lui en donne l'occasion et bien sûr, lorsque celle-ci est nécessaire au règlement du conflit qui se présente à lui. En effet, les interprétations de la Cour sont dans l'immédiat le préalable nécessaire à la gestion d'un contentieux, puis au-delà se dégage, à l'attention des Etats tiers, une vision prospective de la Convention. On peut même affirmer que le juge européen concrétise son pouvoir d'interprétation en incitant au respect d'un standard minimum de protection des droits et libertés fondamentaux, tout en laissant aux Etats la dynamique d'une pleine application de la Convention, que ce soit en application de l'article 46 de la Convention, pour les Etats parties au litige, ou en vertu de l'autorité de chose interprétée légitimée par le rôle créateur de la Cour, pour les Etats tiers. Toutefois il ne faut pas se limiter à cette vision "angélique" du pouvoir d'interprétation et du pouvoir créateur du juge européen des droits de l'homme.

Le pouvoir créateur de la Cour généré par l'autorité de chose interprétée de ses arrêts peut parfois nuire à la transparence de la jurisprudence⁸⁷. Le risque est effectivement celui d'une complication du droit : les interprétations sont délivrées à l'occasion de contentieux précis et elles sont alors marquées par la "casuistique"⁸⁸ des affaires, ce qui nuit inévitablement à la compréhension de l'arrêt et donc à son autorité de chose interprétée. Le pouvoir de création et de perfectionnement du droit est révélateur du pouvoir du juge européen ; pour emporter définitivement l'adhésion, la Cour se doit d'être attentive à ce risque d'une jurisprudence opaque donc difficile à faire respecter.

⁸² F. SUDRE, *Droit international et Européen des droits de l'homme*, 1997, p 342, n°242.

⁸³ Le droit au divorce en est une illustration, Cour E.D.H. *Johnston et autres c/Irlande*, 18 décembre 1986, série A n° 112.

⁸⁴ Cf. l'arrêt *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, Série A n° 280-B, *infra*.

⁸⁵ Voir les illustrations présentées par F. Sudre, telles les concepts de témoin, ou de droits et obligations de caractère civil, op. cit. p. 343.

⁸⁶ Voir les développements de M. CAPPELLETTI, op. cit., p 32 et s., ainsi que p. 69 et s.

⁸⁷ Voir G. COHEN-JONATHAN, *Considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour E.D.H.*, p 62 et s.

⁸⁸ Cf. G. COHEN-JONATHAN, op. cit., p. 63.

b - Une autorité effective

L'autorité de chose interprétée, ou l'autorité jurisprudentielle plus globale, des arrêts de la Cour E.D.H. devient réellement effective sous la contrainte de sanctions potentielles, qu'elles soient juridiques ou politiques.

Le respect par l'Etat concerné de l'autorité de la chose jugée des arrêts de la Cour est contrôlé. En effet la Convention, en vertu de son article 46 § 2, institue une surveillance de l'exécution de l'arrêt ; elle confie ce rôle au Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui invite l'Etat à l'informer des mesures prises à la suite de l'arrêt. L'Etat qui refuserait d'exécuter un arrêt de la Cour, ce qui demeure une hypothèse d'école, violerait l'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe et pourrait alors être suspendu de son droit de représentation par le Conseil des Ministres (article 8). Le Comité constate ensuite par une résolution au vu des informations fournies qu'il a rempli les fonctions qui lui sont conférées. Par la pratique de résolutions intérimaires qui lui permet de reprendre l'examen de l'affaire à une date ultérieure, le Comité se reconnaît désormais le pouvoir de vraiment contrôler si l'Etat a réellement pris les mesures redressant la violation constatée ⁸⁹. Au contraire, aucun mécanisme particulier n'est prévu pour sanctionner le non respect par les Hautes parties contractantes de l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour, si ce n'est l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat contractant.

Il existe en effet une sanction juridique potentielle pour l'Etat tiers qui refuserait de se conformer aux vues interprétatives de la Cour européenne ; en premier lieu, cet Etat s'expose à se voir cité et sanctionné à Strasbourg ; en second lieu, la condamnation d'un Etat membre par la Cour européenne peut déclencher dans cet Etat mais aussi dans les Etats voisins, si la situation juridique est similaire, de nombreuses requêtes qui aboutiront également à exposer l'Etat. Ainsi que l'explique par exemple M. Velu, le fait de ne pas respecter l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour de Strasbourg "risque d'entraîner la responsabilité internationale de l'Etat, car, bien qu'une jurisprudence nationale allant à l'encontre de la jurisprudence interprétative de la Cour européenne ne constitue pas nécessairement une violation de la Convention, elle risque cependant de constituer une telle violation ⁹⁰ et partant, un acte internationalement illicite qui engage la responsabilité internationale de l'Etat". En effet, si pour la solution d'un litige le juge national "est appelé à interpréter et à appliquer des dispositions contenues dans un arrêt de la Cour relatif à une autre cause", il n'est certainement pas obligé de se conformer à l'interprétation donnée par la Cour. Néanmoins si par "l'interprétation qu'il adopte, il écarte le grief de violation de la Convention en ne se rangeant pas à la jurisprudence interprétative de la Cour européenne, il existe un risque évident que la partie à laquelle cette interprétation porte préjudice introduise un recours devant la Commission et que la Cour saisie de ce recours, sur la base de sa propre interprétation, considère que l'Etat dont le juge est l'organe a violé la Convention. L'interprétation donnée par la Cour dans le litige aura un effet rétroactif, en ce sens que le texte de la disposition interprétée devra être réputé avoir toujours eu la signification résultant de l'interprétation de la Cour". Le juge national qui a conclu à l'absence de violation de la Convention sera considéré comme ayant lui-même violé celle-ci. "Ainsi donc, l'autorité de la chose interprétée par la Cour européenne ne saurait être méconnue par le juge national sans exposer l'Etat (...) aux diverses sanctions juridiques que comporte, dans le système de la Convention, la mise en oeuvre de la responsabilité internationale des Etats contractants" ⁹¹.

⁸⁹ F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p 340-341, n°241, par exemple Rés DH (89) 9, *F contre Suisse*, Rés DH (90) 23 *Brogam contre Royaume-Uni*.

⁹⁰ W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Aspects de la mise en oeuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'homme en droit international*, La Convention européenne, Mélanges Fernand Dehousse, Paris-Bruxelles, 1979 p. 193 et s., cité par J. VELU ; Conclusions sous Cass. 1ère chambre , 14 avril 1983, J.T. 1983, p. 607 et s., notamment p 617 ; J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p 1079-1080 et s., n°1237.

⁹¹ J. VELU, Conclusions sous Cass. 1ère chambre , 14 avril 1983, J.T. 1983, p 617.

Tout manquement à la Convention, qu'il émane du pouvoir constituant, législatif, exécutif ou même des organes juridictionnels, est susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'Etat. Ainsi l'individu qui agit devant les organes de contrôle de la Convention devient un sujet actif sur le plan de la responsabilité internationale, la Convention permet à l'individu de mettre directement en cause la responsabilité internationale de l'Etat du fait de la violation d'une obligation internationale à son égard (article 34). Ici s'appliquent les principes de la responsabilité internationale, c'est-à-dire les règles qui gouvernent l'illicite et l'imputabilité⁹². Le fondement de cette responsabilité est l'acte illicite, c'est-à-dire la violation de la Convention⁹³. Pour mettre en jeu cette responsabilité, il faut qu'il y ait préjudice matériel ou moral, le préjudice doit être direct. En droit international public, le préjudice doit être individualisé, l'Etat ne pouvant agir dans le cadre d'un intérêt public international pour la défense de droits collectifs, mais l'article 33 de la Convention permet de déroger à cette condition. Le préjudice doit également porter atteinte à un droit protégé. L'Etat est responsable de tous les actes imputables aux organes centraux qui le composent et des agents de ceux-ci. Il ne peut s'exonérer qu'en prouvant la faute de la victime ou, plus difficilement, en invoquant la force majeure. Dans le cadre de la Convention ces causes exonératoires n'ont pas de portée réelle. L'Etat responsable a l'obligation de réparer⁹⁴; s'agissant de réparer un préjudice moral subi par un Etat, la victime peut se satisfaire d'une réparation purement morale, la constatation par la Cour européenne de la violation de la Convention imputable à l'Etat défendeur. L'Etat obtient ainsi un avantage d'ordre moral à titre de redressement d'un acte engageant la responsabilité internationale d'un autre Etat. S'agissant de réparer un préjudice subi par une personne, si cela est possible, sera organisé le rétablissement des choses dans leur état antérieur. L'article 41 de la Convention prévoit d'ailleurs cette hypothèse et accorde à la partie lésée une satisfaction équitable lorsque le droit interne de l'Etat ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la décision violant la Convention.

Ce risque d'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat encourage fortement les autorités nationales à respecter la jurisprudence de la Cour. "Ce serait donc plus le principe du "bâton" menaçant les Etats qu'une autorité légale qu'on viserait lorsqu'on parle d'un certain effet *erga omnes* des arrêts de la Cour européenne"⁹⁵. Cet effet est amplifié par la reconnaissance par les Etats du droit de recours individuel qui a un effet incitatif; il en résulte pour les Etats un "véritable "impératif de discipline juridictionnelle"⁹⁶. "Le mécanisme du recours individuel acquiert ainsi une puissance unificatrice et pousse l'Etat à s'aligner sur l'ordre public européen des droits de l'homme"⁹⁷ en respectant l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour de Strasbourg. S'ajoutent à ces sanctions juridiques de l'autorité, plus politique que juridique, de la jurisprudence européenne, des sanctions purement politiques.

L'autorité de chose interprétée possède un poids politique non négligeable. En effet, les décisions de la Cour européenne concernent l'Etat et ses organes politiques, elles revêtent une importance et une autorité politique considérables. C'est aux organes politiques qu'il revient en dernier lieu de mettre en oeuvre l'autorité de chose interprétée, elle s'impose à eux pour des raisons politiques qui tiennent à la volonté du respect de l'opinion publique nationale et internationale, comme à la nécessité de tenir un rang international.

Il est évident que le poids de l'opinion publique internationale est essentiel dans les démocraties pluralistes; "à l'heure actuelle (...) s'affirment la conscience commune des interdépendances multiples mais aussi la référence à des valeurs communes" et "le poids croissant de l'opinion publique internationale, il est vrai variable suivant les sujets et les problèmes en cause,

⁹² J. VELU, R. ERGEC, La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit. p 1074 et s., n°1233. NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, Droit international public, 5^{ème} éd., p 729 et s, n°479 et s.

⁹³ CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction*, Rec. 1970 p 35, CIJ 24 mai 1980, *Ambassade des Etats-Unis à Téhéran*.

⁹⁴ CPIJ, 13 septembre 1928 *Usine de Chorzow*, Série A, n°17 p 29.

⁹⁵ A. DRZEMCZEWSKI, op. cit. p 39, § 136.

⁹⁶ Conclusions B. GENEVOIS, CE Ass, 11 juillet 1984, *Subrini*, D. 1985, p 150.

⁹⁷ F. SUDRE, Droit international et européen des droits de l'homme, op. cit., p. 343-344.

incite à accroître le sentiment d'obligation à l'égard de la règle de droit"⁹⁸ et de la jurisprudence qui l'éclaire. Un Etat qui se singularise par sa mauvaise application de la Convention en ne respectant pas l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour et en engageant sa responsabilité internationale perd évidemment de son crédit international. Il n'est plus alors en position de force pour imposer ses choix politiques, militaires, sociaux, économiques : peu d'Etats sont indifférents à la détérioration de leur "image" internationale"⁹⁹.

Sur le plan national, les gouvernants risquent tout autant d'être contestés ou déstabilisés ; ils peuvent perdre une partie de la confiance que le peuple avait investie en eux et l'exercice de la souveraineté peut s'en trouver momentanément affecté. La matière des droits de l'homme est un domaine primordial de la mise en oeuvre des règles démocratiques ; dans les Etats actuels, l'état de droit est établi pour satisfaire un idéal de liberté et de justice au service de l'individu ; les gouvernants ont donc à coeur de respecter le droit en ce domaine. Le mandat qu'ils détiennent du peuple est fondé sur la défense d'un certain idéal des droits de l'homme auquel répond le système établi par la Convention européenne des droits de l'homme. Le respect de cette Convention, des arrêts et de la jurisprudence de la Cour, qu'il s'agisse d'autorité de chose jugée ou d'autorité de chose interprétée, prend donc une autre dimension et est essentiel dans la politique des droits de l'homme menée par un Etat démocratique et libéral partie à la Convention. Un gouvernement ne peut se discréditer aux yeux de l'opinion publique internationale et de son électorat.

La mauvaise application de la Convention et de la jurisprudence européenne possède d'autant plus d'impact politique qu'elle est amplifiée par le rôle des médias qui se font les relais de la jurisprudence de la Cour. La multiplicité des médias¹⁰⁰ et leur impact respectif dans les Etats sont autant de critères renforçant l'autorité politique de la chose interprétée par la Cour et au-delà de sa jurisprudence. L'autorité de la jurisprudence européenne imprègne alors les mentalités qu'il s'agisse de la constatation de la violation d'un droit ou qu'il s'agisse plus largement d'ajuster la Convention à l'évolution des moeurs et des mentalités. Le rôle des médias est un réel moteur permettant une meilleure application de la jurisprudence européenne par les organes étatiques, notamment les juridictions. Ces dernières, par leurs jugements et leurs jurisprudences, ont nécessairement participé à une meilleure protection des droits des individus, elles ne peuvent pas, plus que tout organe étatique, se couper de la jurisprudence libérale de la Cour. Il faut également souligner le rôle des organisations non-gouvernementales, c'est-à-dire selon la jurisprudence de la Cour les personnes morales à but lucratif ou non lucratif, les syndicats, les organisations religieuses, les partis politiques, les associations, les personnes publiques n'exerçant aucune prérogative de puissance publique, ou un groupe plus informel défendant des intérêts communs¹⁰¹. Ces entités possèdent un droit de recours individuel et exercent également une forte pression politique et sociale en faveur de la reconnaissance effective des droits reconnus par la Convention et de l'application rigoureuse de l'autorité de chose jugée et de chose interprétée.

Le cadre européen de la Convention permet également une forme d'émulation entre les Etats au regard de l'application de l'autorité des décisions de la Cour, aucun pays ne voulant se présenter comme la "brebis galeuse" de l'application des droits de l'homme. Ce contexte politique renforce encore l'autorité des décisions de la Cour et de l'interprétation qu'elle peut donner à une disposition de la Convention. Le risque permanent de sanction politique conforte donc l'autorité de chose interprétée des arrêts, l'Etat devant appliquer au mieux le droit conventionnel écrit ou jurisprudentiel. "A l'instigation de la jurisprudence européenne des droits de l'homme, un

⁹⁸ P.M. DUPUY, *Droit international public*, Précis Dalloz, 1995, p. 9, n°14.

⁹⁹ P.M. DUPUY, *Ibidem*, p. 180, n°214.

¹⁰⁰ On peut cependant regretter le caractère parfois trop approximatif des commentaires des journaux, notamment à propos de l'assimilation trop systématique, et donc fautive, entre la France et la Turquie, sans distinguer les problèmes de torture et de droit à un procès équitable (droit à réouverture d'un procès pour contrariété avec la C.E.D.H.) et en faisant de ces deux Etats les deux seuls "pays du Conseil de l'Europe à refuser de se plier aux arrêts de la Cour de Strasbourg" et les "mauvais élèves du Conseil de l'Europe", *Le Monde*, 16 février 2000 p 10.

¹⁰¹ F. SUDRE, *Droit international et européen des Droits de l'homme*, op. cit., p. 298 et s, n°204.

mouvement général d'harmonisation de la règle européenne et de la règle interne est ainsi entrepris, concourant à la formation d'un droit commun européen des droits de l'homme, issu de la volonté conjugquée du juge, tant européen que national, du gouvernement et du législateur"¹⁰², mais aussi de l'individu qui influe sur l'évolution par son poids politique.

B - Les moyens de l'autorité de chose interprétée

Hélène PAULIAT, Virginie SAINT-JAMES

La particularité extrême du système conventionnel de protection des Droits de l'homme complique l'analyse juridique de la portée des décisions de la Cour de Strasbourg. Juridiquement en effet, il est indispensable d'assurer l'autorité des arrêts sur des fondements solides. Or, l'assurance de tels fondements paraît rien moins que délicate dans la mesure où il est difficile théoriquement, textuellement et jurisprudentiellement, de les dégager de façon claire.

1 - Des fondements théoriques incertains

a - L'hostilité de principe au problème de la jurisprudence source formelle du droit

Il est inutile de revenir ici sur le rôle des juges et les incertitudes qui entourent le pouvoir prétorien dans la tradition juridique française. Si l'on se place sur le seul terrain des fondements, force est de rappeler que l'héritage de Montesquieu - qui faisait des juges les "bouches de la loi", soumis à elle, - trouve son expression dans l'article 5 du code civil¹⁰³.

Cet article fera en outre l'objet de lecture doctrinale très stricte. Ainsi, Duguit développe l'idée selon laquelle le rôle du juge n'est que de constater le droit existant, de le reconnaître, de le déclarer pour en assurer la réalisation. La décision juridictionnelle pour cette école de publicistes ne peut-être et ne doit être que la conséquence nécessaire et logique de la constatation. Le principe d'autorité de chose jugée lui-même découle de cette prohibition du Code¹⁰⁴.

Rien ne permet donc de reconnaître formellement à la jurisprudence, fût-elle européenne, le statut de source de droit¹⁰⁵. Néanmoins des voies de contournement existent qui obligent à envisager le rôle des décisions des juges de façon élargie.

b - L'existence de voies de contournement

Le Code civil lui-même dans son article 4 déclare : "le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". R Carré de Malberg¹⁰⁶ en son temps, avait déduit de ces dispositions l'obligation pour le juge, placé dans cette hypothèse, de trancher le litige. Si la règle est obscure ou insuffisante, il apparaît légitime que le juge puisse dissiper les doutes en donnant au texte sa portée logique ou vraisemblable. Le cas du silence de la loi permet d'aller encore plus loin dans l'affirmation du pouvoir prétorien ; l'auteur affirme qu'alors le juge est amené à dire du droit judiciaire toutes les fois qu'il est indispensable de suppléer au texte. La fonction juridictionnelle consiste donc parfois à créer du droit, né de la seule puissance du juge. Le juge en tant qu'il crée du droit, en suppléant à l'insuffisance de la loi, dit du droit et prendrait un acte de nature, d'essence

¹⁰² F. SUDRE, Droit international et européen des Droits de l'homme, op. cit., p. 348, n°244.

¹⁰³ "Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises".

¹⁰⁴ G. MARTY et P. RAYNAUD, Introduction générale au droit, Sirey 1972 p. 216 et s ; M. MIAILLE, Une introduction critique au droit, PUG Maspéro p. 245 et s.

¹⁰⁵ Sur ces questions, voir notamment les travaux de O. DUPEYROUX, par exemple : La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit, Mélanges Marty p. 463.

¹⁰⁶ R. CARRE de MALBERG, Théorie générale de l'Etat, Sirey 2^{ème} édition, 1922.

législative . Une telle conception est actuellement reprise par les théories de l'interprétation qui aboutissent à faire des juges les coauteurs des normes qu'ils mettent en oeuvre¹⁰⁷.

Transposée dans le cadre de la jurisprudence européenne, l'analyse ne suffit pas à assurer le plein effet des arrêts qui, précisément, se heurtent au principe de l'autorité de chose jugée revêtant les décisions internes. On rappellera en effet que la Cour de Strasbourg n'est en aucun cas un dernier degré de juridiction¹⁰⁸ et n'intervient que bien après que le dernier jugement au niveau interne a acquis force de chose jugée¹⁰⁹. Ainsi, les tribunaux nationaux ne sont pas soumis à ces arrêts par une logique de hiérarchie¹¹⁰. En outre, ces derniers sont considérés dès lors que la Convention est d'effet direct, comme des juges naturels du texte, parfaitement aptes à en délivrer une interprétation¹¹¹.

Ces éléments conduisent à penser que l'on ne peut tabler sur le seul respect naturel dû aux décisions de justice pour asseoir l'autorité des arrêts. Force est donc de partir en quête de fondements plus solides. Cependant, les fondements textuels paraissent eux aussi bien fragiles, car peu adaptés au système conventionnel spécifique européen.

2 - Des fondements textuels inadaptés

L'autorité de chose interprétée peut s'appuyer pour partie sur l'autorité de chose jugée des décisions juridictionnelles. C'est par ce mécanisme que le droit interne français règle un certain nombre de difficultés de cette nature. Cependant, une telle assimilation ou un tel parallèle ne peut guère se rencontrer dans le système conventionnel, puisque l'autorité des décisions, de chose jugée et *a fortiori* de chose interprétée, dépendra, au moins pour partie, de la place de la Convention dans le système de droit interne.

a - Les généralités du droit français

Bien entendu, la première tentation du juriste français est de remonter immédiatement à l'article 1351 du Code civil, seul texte à appréhender la notion d'autorité de chose jugée. Sans revenir sur la conception qui en découle, on rappellera que l'autorité ainsi conçue ne joue qu'à la condition qu'une triple identité de cause de partie et d'objet soit réunie¹¹². La dualité de juridiction et les problèmes qui lui sont inhérents ont conduit le système juridique français à étudier et à prévenir les conflits d'autorité de chose jugée dans l'ordre interne, notamment en mettant sur pied des mécanismes de questions préjudicielles¹¹³. Donc, la tradition française n'est pas étrangère à ces

¹⁰⁷ M. TROPER, Pour une théorie juridique de l'Etat, PUF, Léviathan 1994.

¹⁰⁸ Comme en témoigne l'exigence conventionnelle d'épuisement des recours internes.

¹⁰⁹ G. COHEN JONATHAN, La Convention européenne des Droits de l'homme, Economica, 1989, p. 207

¹¹⁰ G. RESS, Effets des arrêts de la Cour E.D.H. en droit interne et pour les tribunaux nationaux, Rapport présenté devant la Comité directeur pour les Droits de l'homme (R.F.A.), dans lequel l'auteur affirme à juste raison que le fait de ne pas tenir compte des décisions de la Cour "n'entraîne pas ipso facto une violation de la Convention, vu que les tribunaux nationaux ne sont pas hiérarchiquement subordonnés à la Cour de Strasbourg".

¹¹¹ P.-H. IMBERT, lors d'une réunion multilatérale sur L'application de la C.E.D.H. par les juridictions supérieures disait : "De manière générale, il ne faut jamais oublier que le juge national est le juge naturel de la Convention. C'est à lui qu'il incombe, au premier chef d'appliquer la Convention" (Réunion sous l'égide du Conseil de l'Europe Paris les 19-20 décembre 1996) inédit .

Ainsi, R. de GOUTTES estime que le juge national sort conforté dans son statut grâce au système conventionnel dont il est "un maître d'oeuvre". Voir La Convention Européenne des Droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ? in Le droit français et la Convention européenne des Droits de l'homme : 1974-1992, sous la direction de F. SUDRE , Actes du Colloque de Montpellier 1993 éd. Engel p. 49.

¹¹² J. RODEVILLE-HERMANN, L'évolution des fonctions du principe d'autorité de chose jugée dans les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice des Communautés Européennes, RDP 1989 p. 1735.

¹¹³ J.-F. FLAUSS, Les questions préjudicielles et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, Thèse Strasbourg 1976 ; Y. GAUDEMET, Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction, RFDA

questions. Les aspects les plus contemporains de ces recherches ont contribué à en élargir le champ vers les jurisprudences constitutionnelles¹¹⁴ et communautaires¹¹⁵. Mais rares sont les auteurs qui intègrent à leurs travaux des développements relatifs à la Cour E.D.H.¹¹⁶. Peut-être est-ce dû en partie au fait que la triple identité classique telle qu'elle est envisagée par le cadre civil se retrouvera rarement en pratique dans les rapports entre le juge national et le juge européen, d'une part du fait du caractère déclaratoire des arrêts de la Cour, d'autre part parce que, dans l'hypothèse d'une réparation accordée par les juges de Strasbourg sur la base de l'exigence de "satisfaction équitable", ce dernier volet est censé purger le litige de tous ses aspects individuels et subjectifs¹¹⁷, considérés parfois à tort comme mineurs. Les hypothèses de conflits d'autorité de chose jugée au sens strict de l'article 1351 ne sont en définitive que résiduelles. Même en droit interne et communautaire, la doctrine moderne s'est donc éloignée de ce fondement dont elle a constaté l'inadaptation¹¹⁸ notamment en ce qui concerne l'autorité des décisions constitutionnelles, fondée sur des règles spécifiques.

Le second alinéa de l'article 62 de la Constitution de 1958 impose aux pouvoirs publics le respect des décisions du Conseil constitutionnel qui ne sont susceptibles d'aucun recours. La doctrine s'est interrogée quant à la portée d'une telle formulation, surtout en ce qui concerne les rapports des juges de la loi avec les juges du fond. Elle est aujourd'hui quasi unanime à reconnaître que les décisions du Conseil en tant qu'elles interprètent les normes du bloc de constitutionnalité, font autorité sur les solutions ultérieures adoptées par les juges tant judiciaires qu'administratifs.

On part alors du postulat selon lequel les juges constitutionnels ont pour fonction de retrouver l'intention du constituant voire du législateur par l'interprétation des normes. Le parallèle peut être établi avec la position de la Cour européenne en tant qu'il s'agit parfois d'interpréter des déclarations de droits. La latitude laissée au juge par le droit positif est en réalité assez grande. "Ces considérations devraient donc conduire, s'agissant des Déclarations, à négliger l'interprétation historique et à adopter une conception selon laquelle les dispositions qu'elles contiennent ont un sens, qui n'est pas nécessairement celui que leur donnaient leurs auteurs, qu'elles portent sur des catégories purement formelles, sous lesquelles l'interprète doit subsumer des contenus adaptés aux nécessités de son époque. Il en résulte alors pour lui un pouvoir considérable, véritablement politique, difficile à justifier dans un système démocratique, lorsque l'interprète n'est pas un représentant du peuple"¹¹⁹.

La formulation de l'article 62 alinéa 2 permet d'atteindre pour les interprétations même du Conseil une autorité particulière dont on a pu dire "qu'elles ont en effet, plus qu'autorité de chose décidée mais moins qu'autorité normative" car le Conseil constitutionnel "ne relève ni du pouvoir exécutif, ni du pouvoir législatif, mais doit être qualifié d'organe juridictionnel, tombant sous le coup de l'interdiction des "arrêts de règlement" formulée à l'article 5 du code civil"¹²⁰.

1990 n° spécial : La dualité des juridictions en France et à l'étranger, bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790, p. 78 et s.

¹¹⁴ G. DRAGO, L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois, PUAM Economica 1991.

¹¹⁵ J. RODEVILLE-HERMANN, op. cit.

¹¹⁶ *Contra* : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français, Thèse LGDJ 1998.

¹¹⁷ "Dans certains cas, l'arrêt de la Cour n'a qu'une incidence individuelle ... La violation constatée par la Cour est donc inséparable de l'affaire examinée et n'est pas susceptible de se reproduire à l'avenir dans la même affaire " P.-H. IMBERT, op. cit. p. 5

¹¹⁸ Pour ce constat : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, op. cit. p. 96. La triple identité ne se trouverait réalisée que dans une seule hypothèse ; Cf. C. FRANCK, Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel, LGDJ 1974, p. 168.

¹¹⁹ M. TROPER, L'interprétation de la Déclaration des Droits, l'exemple de l'article 16 : Droits n° 8/1988, p. 111 et, spécialement, p.112.

¹²⁰ D. TURPIN, Contentieux constitutionnel, PUF collection "Droit fondamental", 2° éd. 1994, § n° 198.

Ces caractéristiques internes qui aboutissent à reconnaître sans ambiguïté une portée aux décisions constitutionnelles sur les juges ordinaires, pourraient sans difficulté être dégagées à propos du juge européen des Droits de l'homme. Lui aussi statue de façon définitive en vertu de l'article 44 de la Convention et la doctrine s'accorde pour voir dans ce caractère l'indice d'une autorité indéniable¹²¹.

De même, les juges de Strasbourg se voient chargés de l'interprétation d'une déclaration de droits et se trouvent, à l'égard de ce texte, dans une position voisine de leurs homologues constitutionnels. Cette parenté n'a pas échappé à certains auteurs¹²² : si le Conseil français actualise considérablement la Déclaration de 1789 par exemple en matière de propriété¹²³, la Cour également procède à une interprétation évolutive : " la Convention est un instrument vivant qui doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui "¹²⁴.

Enfin, à l'instar du Conseil constitutionnel, la Cour E.D.H. se trouve placée en dehors des pouvoirs exécutif et législatif et son caractère juridictionnel n'est pas mis en doute. Cette extranéité est même plus prononcée en ce qui concerne la Cour ainsi qu'en atteste la possibilité de trouver des fondements à son autorité par sa spécificité conventionnelle.

b - Les spécificités conventionnelles

La familiarité de la Convention avec notre droit interne peut parfois nous faire oublier qu'elle n'en demeure pas moins formellement un traité, intégré comme tel dans notre hiérarchie des normes. L'article 55 lui assure alors une autorité supérieure à celle des lois, dès lors qu'elle a été ratifiée (tardivement), publiée (correctement) et qu'elle fait l'objet d'une application réciproque. Si quelques incertitudes doctrinales demeurent, le système s'analyse plutôt comme un système moniste étant donné que la Convention est dotée d'effet direct et qu'elle n'a pas à faire l'objet d'une procédure trèsformaliste de transposition¹²⁵.

On notera que les dispositions constitutionnelles ne visaient pas les arrêts de la Cour (qui peuvent, au mieux, être considérés comme du droit dérivé ?), et dont seule la spécificité de l'appareil conventionnel justifie l'intégration à ce niveau¹²⁶.

Il n'est pas indifférent d'en revenir à ces données constitutionnelles car on note unanimement que la réception de la chose interprétée européenne " a d'autant plus d'importance que les juridictions concernées appartiennent à des Etats où la Convention fait partie intégrante du droit interne"¹²⁷. Certains pays ont tracé la voie dans ce domaine en faisant de la Convention interprétée par la Cour une norme à part entière. Tel est le cas de la Suisse où la Convention a rang supérieur à la loi interne. Dans l'affaire *Burger*¹²⁸, le Tribunal fédéral a accepté l'interprétation de l'article 5 de

¹²¹ G. RESS, op. cit. : "L'article 52 ancien de la Convention déclare expressément que les arrêts sont définitifs et il leur confère ainsi un effet qu'on décrit habituellement comme l'autorité formelle de la chose jugée" p. 241.

¹²² G. COHEN-JONATHAN, La place de la Convention européenne des Droits de l'homme dans l'ordre juridique français, in *Le droit français et la Convention européenne des Droits de l'homme* op. cit. p. 1 et, spécialement, p. 19 et s.

¹²³ Décision *Nationalisations* 82-132 du 16 janvier 1982, considérant n°16 : " Si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général", in *Grandes décisions* n° 31.

¹²⁴ Arrêt *Marckx* 13 juin 1979 § 58 ; Cf. F. SUDRE, *Droit international et européen des Droits de l'homme*, PUF collection "Droit fondamental" 4^{ème} éd. 1999, n° 242.

¹²⁵ G. COHEN-JONATHAN, La place de la Convention Européenne des Droits de l'homme dans l'ordre juridique français, in *Le droit français et la Convention européenne des Droits de l'homme*, op. cit. p.1 et, spécialement, p. 3 .

¹²⁶ Selon G. RESS (op. cit. p . 276), il n'existe pas, semble t-il de principe de "stare decisis" à l'égard de l'interprétation délivrée par la Cour mais "l'édifice des précédents joue un rôle dans le caractère obligatoire d'un traité fondamental en droit international". Rappelons que la Constitution française impose à la France le respect des règles du droit international (Préambule de 1946, 14^{ème} alinéa).

¹²⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, op. cit. p. 419 ; G. RESS, op. cit. p. 277 et s.

¹²⁸ Citée par G. RESS, op. cit. p. 294, références citées note 64.

la Convention donnée par la Cour E.D.H. dans les affaires *Wemhoff et Neumeister*. Le cas de la Belgique est exemplaire car la jurisprudence ne manque pas d'avoir égard à l'autorité spécifique qui s'attache à la jurisprudence de la Cour européenne qu'elle distingue de l'autorité de chose jugée¹²⁹.

L'Espagne est topique : l'article 10 § 2 de sa Constitution habilite expressément le juge constitutionnel à interpréter les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés "conformément à la Déclaration universelle des Droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières"¹³⁰. Cet intérêt pour le système conventionnel s'est vu renforcé par la position du Tribunal constitutionnel espagnol qui, dans un arrêt *Castells* contourne l'impossibilité de remettre en cause les jugements nationaux contraires *de facto* à un arrêt de la Cour de Strasbourg¹³¹.

Il est vrai que des pays où la Convention n'est pas formellement intégrée acceptent néanmoins de se servir des interprétations européennes¹³². Elles se montrent "généralement disposées à se conformer à la jurisprudence en provenance de Strasbourg. Elles considèrent même parfois que ces arrêts constituent des précédents qui les lient lorsqu'elles ont à déterminer la nature et l'étendue des droits protégés par la Convention."¹³³ On constatera que la Grande-Bretagne, longtemps réticente à intégrer le texte tout en appliquant la jurisprudence, a modifié cette situation.

Il résulte encore de la nature de traité qui est celle de la Convention l'application aux dispositions conventionnelles du principe de bonne foi et de la règle *pacta sunt servanda*. Est-il possible en effet de considérer qu'un pays exécute de bonne foi ses obligations conventionnelles s'il néglige de respecter l'interprétation telle qu'elle émane de la Cour ? Cette lecture serait à tout le moins peu conforme à l'économie générale du système européen au point qu'il a été soutenu que "les organes nationaux (seraient) tenus de suivre l'avis des organes de la Convention en matière d'interprétation"¹³⁴.

Certes, le texte peut se prévaloir du statut des traités, mais on ne saurait occulter qu'il met sur pied un système extrêmement spécifique en tant qu'il prévoit intrinsèquement les conditions de sa mise en oeuvre. Certains articles conventionnels peuvent éventuellement contribuer à l'assise d'une autorité des arrêts de la Cour européenne sans épuiser toutefois entièrement la question de leur force juridique. On cite à cet égard le plus fréquemment l'article qui dispose "La compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la présente Convention...".

Ces dispositions instaurent un monopole d'interprétation de la Convention au profit de la Cour, sans préjuger toutefois - et cela ne va pas sans problèmes théoriques et pratiques- de la possibilité pour les juges nationaux d'appliquer directement le texte, voire de l'interpréter. Du fait de sa nature, de cour internationale¹³⁵, les principes classiques en ce domaine sont en théorie applicables : d'une part la Cour a dans une certaine mesure "la compétence de sa compétence", ce qui lui permet d'interpréter assez largement ce texte ; et d'autre part, on peut songer à l'application de la théorie des compétences implicites¹³⁶ qui permettrait de donner à la Cour, chargée de ce monopole, les moyens de faire respecter les interprétations qu'elle délivre.

¹²⁹ J. VELU, A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour E.D.H. : vues de droit comparé sur des évolutions en cours, *in* Nouveaux itinéraires en droit : Mélanges Rigaux, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 527 et s.

¹³⁰ Ainsi, à une exception près, chaque fois que la Cour constitutionnelle a cité la Convention européenne elle s'est référée à un arrêt de la Cour européenne interprétant la Convention. Voir E. GARCIA de ENTERIA, cité par J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.* p. 420.

¹³¹ Tribunal constitutionnel espagnol arrêt du 16 décembre 1991 AIJC VII 1991 ch. E. ALBERTI, P. BON et F. MODERNE, p. 459.

¹³² Tel est le cas du Royaume-Uni.

¹³³ J. POLAKIEWICZ, La mise en oeuvre de la C.E.D.H. en Europe de l'ouest : aperçu du droit et de la pratique nationaux, RUDH 1992, p. 359 et, spécialement, p. 372.

¹³⁴ G. RESS, *op. cit.* p. 292 et note 57.

¹³⁵ "La Cour n'est pas une seconde cour constitutionnelle nationale. Elle demeure un organe judiciaire créé en application d'un traité international" G. RESS, *op. cit.* p.239.

¹³⁶ On rappellera qu'en vertu de ce principe du droit des organisations internationales, ces dernières sont censées disposer, dans le silence des traités institutifs, des compétences nécessaires à leur mission. On appelle ces compétences

De plus cette autorité de l'interprétation est confortée par l'article 46 qui, en instaurant une obligation de respect des Etats signataires parties au litige à l'égard des décisions de la Cour, rapproche la portée des arrêts de l'autorité de chose jugée classiquement définie.

Ces résultats vont certes tous dans le sens de l'affirmation de l'existence d'une autorité particulière aux interprétations de la Cour. Néanmoins leur assise juridique est moins convaincante. On ne peut que relever l'existence d'un faisceau de textes concordants qui, pris isolément ne sont pas aptes à fonder une autorité de chose jugée, fut-elle spécifiquement envisagée.

Devant ce constat de carence, il est nécessaire d'évaluer la possibilité de fonder autrement l'autorité des arrêts européens. N'existe-t-il pas dans le droit français comme dans le système européen des possibilités de fonder des autorités prétoriennes par des mécanismes *sui generis* ?

3 - Des fondements jurisprudentiels insuffisants

Certes, la tradition française est hostile à faire de la jurisprudence une source de droit, mais elle ne répugne pas à reconnaître un grand rôle à ses juges ; il faut donc en revenir "non pas à ce que dit le système judiciaire mais à ce qu'il pratique"¹³⁷ tant en droit interne que dans le cadre conventionnel proprement dit

a - L'existence de systèmes prétoriens en droit français

Le phénomène le plus remarquable quant à l'autorité des arrêts en droit français, non expressément prévue et instaurée par des textes, nous vient du Conseil d'Etat. Deux situations peuvent se distinguer : d'une part, celle dans laquelle le juge administratif, pour des raisons historiques, ne pouvait s'appuyer sur des textes pour trancher des litiges, la loi de 1872 étant embryonnaire, et ayant eu pour principal effet de lui retirer le pouvoir d'injonction qui lui fut un temps attribué ; d'autre part, celle dans laquelle le Conseil d'Etat intervient actuellement *a priori*, pour délivrer un avis au sein du même ordre de juridiction, cristallisant ainsi une interprétation.

Dans le premier des cas, le Conseil d'Etat s'est vu contraint de se prononcer en l'absence de tout texte, la juridiction administrative ayant historiquement précédé la naissance du droit administratif au sens moderne du terme. De ce fait, le Conseil a posé les règles par sa jurisprudence, les arrêts s'imposant aux parties prioritairement mais aussi, la norme étant posée, aux tiers. L'autorité de chose jugée est alors évidente, et au-delà la chose interprétée, le juge posant à la fois le principe et son interprétation. On réalise alors l'archétype du pouvoir prétorien.

Cependant, le juge administratif s'est servi de l'autorité de ses décisions pour, alors même qu'un texte existait et était clair, en contourner l'application et paralyser l'action du législateur. L'exemple topique est l'arrêt du Conseil d'Etat de 1950 *Ministre de l'Agriculture contre Dame Lamotte*¹³⁸ : le texte législatif excluait tout recours contre une catégorie de décisions administratives, le juge administratif a estimé que le recours pour excès de pouvoir était toujours possible car étant de droit commun. L'interprétation *contra legem* est alors patente, l'autorité interprétative prime l'autorité normative.

Dans le deuxième cas, le Conseil d'Etat, grâce à la loi du 31 décembre 1987, s'est vu reconnaître une compétence consultative contentieuse. L'article 12¹³⁹ permet ainsi à la juridiction suprême de l'ordre juridictionnel administratif de se prononcer sur l'interprétation d'un texte, quel

des compétences fonctionnelles Cf. NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLER, A. PELLET, Droit international public, LGDJ 1999.

¹³⁷ M. MIAILLE, op. cit. p. 247.

¹³⁸ CE Ass. 17 février 1950, *Dame Lamotte*, Rec p 510, RDP 1951, p 478, concl. J. DELVOLLE, note M. WALINE.

¹³⁹ "Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le Tribunal administratif ou la Cour administrative d'appel, peut, par un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée".

qu'il soit, par la voie d'un avis contentieux. Un tel avis est dépourvu de toute autorité juridictionnelle (il n'existe pas de moyens contraignants obligeant la juridiction qui a posé la question à suivre l'avis rendu) mais l'on ne saurait dire qu'il est dépourvu d'effet juridique, par l'autorité morale qui y est attachée¹⁴⁰. La pratique démontre d'ailleurs que depuis dix ans, les juridictions du fond ont toujours suivi les avis et ont même tenté de les solliciter en dehors des conditions légales¹⁴¹.

Un parallèle aurait pu être effectué avec la procédure prévue par le Protocole n° 2 devant la Cour E.D.H., mais la pratique en est extrêmement décevante, voire inexistante¹⁴². C'est d'autant plus dommage que la procédure pour avis garantit la cristallisation d'une interprétation avant même qu'un plaideur n'ait fait les frais d'un revirement de jurisprudence, répondant ainsi aux exigences de sécurité juridique (voir infra).

Il n'est pas impossible, même à un juge contemporain, d'affirmer *proprio motu*, la force de ses décisions. On en veut pour exemple la célèbre jurisprudence du Conseil constitutionnel *Loi d'orientation agricole*¹⁴³, dans laquelle il affirme péremptoirement que l'autorité conçue à l'article 62 de la Constitution s'attache non seulement "au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire". Cette jurisprudence hardie soulève nombre de questions dans son application. On relèvera en effet que nul n'a songé à en attaquer vraiment le principe. En revanche, les juridictions du fond, tant administratives que judiciaires, se sont souvent trouvées en porte-à-faux. Leur attitude a pu varier entre, soit l'ignorance pure et simple de la jurisprudence constitutionnelle¹⁴⁴, soit le plus souvent, l'acceptation voilée des décisions¹⁴⁵.

Est-il possible pour le juge européen des Droits de l'homme de se réclamer de ces précédents pour affirmer lui-même l'autorité qui s'attache à ses interprétations ?

b - Une volonté prétorienne européenne ?

Les raisons pouvant l'y pousser existent, notamment la volonté de préserver l'uniformité d'interprétation de la Convention. "L'efficacité du droit européen des Droits de l'homme, en raison des caractéristiques qui sont les siennes (caractère objectif, non réciprocité, garantie collective), ne saurait en effet varier selon les qualifications juridiques propres aux droits nationaux. La Cour affirme la vocation de sa jurisprudence à être un instrument d'harmonisation"¹⁴⁶. Cette volonté trouve notamment son expression dans l'arrêt *Golder* du 21 février 1975¹⁴⁷, qui détermine la marge de manoeuvre interprétative de la Cour, en définissant le droit d'accès comme "un élément inhérent" au droit énoncé à l'article 6 § 1. On ajoutera que les juges européens ont tenté dans l'arrêt *Veirmeire* du 29 novembre 1991, d'imposer l'effet direct de la chose jugée à l'égard du juge national sans que l'on puisse en droit français trouver des échos aussi favorables qu'en droit espagnol à cette attitude¹⁴⁸.

¹⁴⁰ R. CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, n° 850-3°.

¹⁴¹ Pour un avis doctrinal, voir A. SAUPHAR-ASHWORTH, Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987, RDP 1990, p 1439 ; pour un avis de praticien, voir les conclusions J. ARRIGHI de CASANOVA sous CE Ass. 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*, RFDA 1998, p 61.

¹⁴² A. DRZEMCZEWSKI, commentaire in La Convention européenne des Droits de l'homme, commentaire article par article, sous la direction de L.-E. PETTITI, Economica, 2^{ème} éd. 1999, p. 1027.

¹⁴³ CC 16 janvier 1962, n° 62-18 L, in Grandes décisions n° 13.

¹⁴⁴ Quelques divergences de jurisprudence subsistent en effet lorsque le législateur n'est pas intervenu, en particulier pour la régulation du droit de grève dans les services publics...

¹⁴⁵ Si l'on retrouve la teneur des considérants du Conseil sous la plume des juges des deux ordres de juridiction, il est en revanche rare que la référence y soit explicite, *a fortiori* que la décision soit portée au nombre des visas. Voir G. DRAGO, op. cit. ; A. SAUVIAT-CANIN, L'autorité judiciaire et les décisions du Conseil constitutionnel, Thèse Limoges, 1993.

¹⁴⁶ F. SUDRE, Droit international et européen des Droits de l'homme, op. cit. n° 242.

¹⁴⁷ Série A, n° 18 ; F. SUDRE, Les grands arrêts de la Cour E.D.H., PUF, QSJ n° 3269, n° 6.

¹⁴⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, op. cit. p. 81-84, spécialement 83.

C'est que tout effort de transposition, pour intéressant qu'il soit théoriquement, risque cependant de se heurter à brève échéance au fait que, dans le contentieux européen, l'une des parties est nécessairement un Etat. Autant il est possible dans un cadre interne et sous certaines conditions d'affirmer un pouvoir prétorien et de le voir suivi d'effet, autant la question est autrement plus épineuse dans le cadre international. Encore faut-il ne pas désespérer, si l'on en croit l'exemple donné par la CJCE¹⁴⁹.

Il est indéniable au terme de ce développement que les arrêts de la Cour européenne, en tant qu'ils interprètent la Convention ont une autorité sur les juges internes. Le problème reste de déterminer la nature de cette autorité et les effets qui en découlent. Le concept de droit positif qui semble le plus adapté à la situation actuelle demeure celui de l'autorité interprétative. Reste à savoir comment cette autorité peut trouver sa pleine effectivité, c'est-à-dire quelles sont les garanties qui sont ou devraient être offertes aux solutions juridictionnelles européennes.

II – LES GARANTIES DE L'AUTORITE INTERPRETATIVE

A l'heure actuelle, la force des arrêts de la Cour européenne réside dans le pouvoir de persuasion qu'ils détiennent auprès des juges nationaux. Cette garantie traditionnelle ne doit pas être négligée mais elle ne doit pas, non plus, être surestimée (A). Les failles du système peuvent-elles être comblées par un mécanisme *sui generis*, encore largement à inventer (B) ?

A - La garantie traditionnelle : la jurisprudence interne

Hélène PAULIAT, Virginie SAINT-JAMES

On ne saurait *a priori* accuser le juge français de mauvais vouloir à l'égard des décisions européennes. Nombre de jurisprudences internes appliquent en effet correctement et spontanément la Convention telle qu'elle est interprétée par la Cour. Cependant, il est loisible de s'interroger sur la réalité de cette soumission apparente des juges internes et sur les risques d'application détournée qu'elle recèle.

1 - L'apparence d'une application spontanée

Certaines décisions internes s'inspirent manifestement des condamnations antérieurement prononcées à Strasbourg, ou sur le point de survenir. Un satisfecit de façade peut donc être délivré

a - Le constat : l'exemplarité de façade de certains arrêts

Quel que soit l'ordre de juridiction considéré, le droit français fourmille d'exemples témoignant d'une bonne application par les juges du fond, voire même par le juge constitutionnel, de la jurisprudence européenne.

En ce qui concerne l'ordre administratif¹⁵⁰, on peut citer les célèbres arrêts d'Assemblée du 17 février 1995 *Hardouin et Marie*¹⁵¹, revenant sur la qualification et la notion de "mesure d'ordre intérieur" qui jusqu'alors, privait les personnes lésées d'un recours pour excès de pouvoir, et donc se trouvait en contradiction avec les arrêts *Engel contre Pays-Bas*¹⁵² et *Campbell et Fell contre*

¹⁴⁹ L'interprétation par la CJCE de l'article 48 § 4 du Traité de Rome a pu surprendre les Etats membres. C'est pourtant elle qui s'est imposée, les contraignant à ouvrir leur fonction publique aux ressortissants de la Communauté européenne, sous réserve de la nature de l'emploi.

¹⁵⁰ Pour une étude exhaustive : voir S. BRACONNIER, Droit administratif et Convention européenne des Droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles 1997.

¹⁵¹ CE Ass. 17 février 1995, GDJDA, 488.

¹⁵² 18 juin 1976.

*Royaume-Uni*¹⁵³ précisant la notion de "droit au recours effectif". Cet exemple est particulièrement significatif en ce sens que les juges y ont anticipé une éventuelle condamnation de la France et ont donc infléchi pour ce faire une jurisprudence traditionnelle fort bien établie. On précisera tout de même que cette volonté d'appliquer la jurisprudence européenne rencontre fort opportunément une volonté constante des juges administratifs d'étendre le champ de leur contrôle sur les actes de l'administration, fussent-ils mineurs.

En ce qui concerne la jurisprudence judiciaire, les cas sont nombreux dans le domaine pénal. Pour en rester au domaine civil, l'arrêt *B contre France*¹⁵⁴ a incité dans de très brefs délais la Cour de cassation à infléchir sa jurisprudence en matière de transsexualisme. De même l'arrêt *Renneman* du 10 janvier 1984, dans lequel la Cour de cassation se réfère expressément à l'article 6-1 de la Convention européenne tel qu'interprété par l'arrêt de la Cour du 23 juin 1981 *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*.

Même au niveau constitutionnel, la doctrine relève les influences indéniables de la Cour européenne non seulement dans le domaine pénal où elle étaient attendues mais aussi et par exemple, en matière de propriété, quand le Conseil constitutionnel dégage le principe général du respect dû au droit de propriété alors que les juges européens se sont prononcés dans le même sens¹⁵⁵.

Mais quelle est réellement la place prise par la Convention et la Cour dans l'esprit et les décisions des juges ?

b - La place réservée à la Convention interprétée

On a déjà souligné le parallèle possible entre l'autorité réelle des arrêts de la Cour et celle qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel. Les réflexes des juges du fond vis-à-vis des décisions des deux organes sont assez voisins. Or, l'intégration de la jurisprudence constitutionnelle ne se fait pas de manière univoque.

Si l'autorité des décisions des juges de la loi était pleinement acceptée, nul doute que l'on trouverait ses décisions en visas. Or, on a déjà noté l'extrême rareté du cas en matière administrative, *a fortiori* en matière judiciaire.

Le plus souvent, dans les deux cas, la jurisprudence est intégrée de manière discrète et informelle. On en retrouve alors la trace dans les conclusions préparatoires. On cite généralement à titre d'exemple, l'arrêt *Bléton*¹⁵⁶ dans lequel on ne distinguerait guère l'influence de l'interprétation constitutionnelle sans la lecture des conclusions (semi confidentielles) du Commissaire du gouvernement¹⁵⁷.

Comment s'étonner alors des difficultés à retrouver l'application des décisions "rendues sous réserve d'interprétation", généralement bien prises en compte mais de façon extrêmement discrète?¹⁵⁸

L'application de la Convention interprétée par la Cour subit ce même mécanisme, quelque peu réducteur. On en veut pour preuve l'attitude du Conseil d'Etat français s'agissant par exemple du revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt CE Ass. 29 juin 1990 *GISTI* en matière d'interprétation des conventions internationales qui, tout en ne laissant pas apparaître formellement l'interprétation de l'article 6 de la Convention, n'en anticipe pas moins les risques de condamnation de la France¹⁵⁹.

¹⁵³ 28 juin 1984.

¹⁵⁴ 25 mars 1992 série A n°232.

¹⁵⁵ Dans ce domaine, voir H. PAULIAT, Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour.E.D.H., RDP 1995, p. 1445, spécialement 1468 et s.

¹⁵⁶ CE 16 décembre 1988, rec p. 451 et conclusions C. VIGOUROUX.

¹⁵⁷ Pour d'autres exemples, voir R. CHAPUS, précité n°112.

¹⁵⁸ En matière pénale Cass. crim, 25 avril 1985 *Bogdan et Vukovic* Bull. n°159. En matière de droit du travail Cass.Ass plén. 19 mai 1978 *Dame Roy contre Association populaire Sainte Marthe*, D. 1978 p. 541 note P. ARDANT.

¹⁵⁹ Voir l'arrêt *Beaumartin* du 24 novembre 1994 : série A n°296 B.

Très récemment, dans ses conclusions sous l'arrêt de section du 9 juillet 1997, *Association Ekin*, la Commissaire du gouvernement mentionne la jurisprudence européenne en matière de liberté d'expression, sans que l'on retrouve dans l'arrêt autre chose qu'un simple visa de la Convention¹⁶⁰.

Que dire lorsqu'une application en apparence soumise des décisions européennes traduit en réalité une certaine résistance des juges internes ? En matière de police des étrangers, la France s'est longtemps refusée à faire intervenir dans les litiges le moyen tiré de l'atteinte disproportionnée à la vie familiale des étrangers expulsés. Elle ne s'y est résolue que pour tenir compte de la jurisprudence assez ferme de Strasbourg. Néanmoins les réflexions cyniques du Commissaire du gouvernement sous l'arrêt de principe démontrent que la jurisprudence n'intègre l'interprétation de l'article 8 que de façon formelle et sans intention réelle d'application positive¹⁶¹.

C'est dire que la Cour risque de voir détourner sa propre jurisprudence des buts initiaux, alors même que l'application en semble, extérieurement, satisfaisante.

2 - Les risques d'une application détournée

Nous touchons ici aux limites qui peuvent entraver la postérité des arrêts de la Cour quand on ne leur reconnaît qu'une autorité de chose interprétée, au sens doctrinal du terme. "Malgré sa dénomination, la théorie de l'autorité de chose interprétée ne s'appuie pas exclusivement sur l'idée d'autorité. La force obligatoire de la chose interprétée s'accommode ici de l'adhésion des juridictions à qui elle est destinée"¹⁶². De ce fait, la théorie laisse subsister des obstacles irréductibles, ce qui induit à repenser l'autorité interprétative en termes d'autorité persuasive de jurisprudence.

a - Les difficultés nées d'obstacles permanents

Il ne manque pas de raisons convaincantes pour induire les juges nationaux à préférer leurs solutions internes à celle venues d'un lointain juge européen. On ne saurait systématiquement pointer du doigt les juges dans ces cas, car ils ont parfois tenu compte d'impératifs tant théoriques que pratiques, qui les ont conduits à cette position.

D'un point de vue théorique, la Convention se présente comme un second système de droit qui ne fait que juxtaposer au système national. La lecture de l'article 26 fonde le caractère subsidiaire de la protection européenne des Droits de l'homme¹⁶³. Le juge national peut et se voit même encouragé dans certains cas, à conserver et à développer ses propres solutions traditionnelles, dès lors qu'elles permettent une bonne application de la Convention. Il arrive d'ailleurs grâce à ce moyen que la Cour de Strasbourg elle-même, au terme d'un dialogue avec les juges nationaux sceptiques, infléchisse une jurisprudence trop ambitieuse, malaisée à intégrer en pratique pour le juge tenu à des contingences internes. Un tel exemple d'influence mutuelle se rencontre à propos de l'éloignement d'étrangers condamnés pénalement. La Cour, de façon idéaliste, a prôné une extrême sollicitude à l'égard des expulsés, même criminels multirécidivistes. C'est en constatant l'impossibilité d'une application par le Conseil d'Etat français qu'elle a assoupli cette solution¹⁶⁴. La subsidiarité européenne permet des influences mutuelles et ne conduit pas forcément les juges nationaux à un total alignement sur les positions de Strasbourg.

¹⁶⁰ RFDA 1997 p. 1284, pour une analyse détaillée en ce sens B. PACTEAU, p. 1291 spécialement 1296 qui note la "pression grandissante" de la Cour de Strasbourg

¹⁶¹ CE Ass. 19 avril 1991, *Belgacem et Babas*, Rec. p. 152, conclusions R. ABRAHAM p. 162.

¹⁶² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, op. cit., p. 441.

¹⁶³ E. PICARD parle d'une "sanction nationale prioritaire" face à une "sanction supranationale subsidiaire" in "La Convention européenne des Droits de l'homme, commentaire article par article" op. cit. p. 592. Voir également O. De SCHUTTER, "La coopération entre la Cour E.D.H. et le juge national", p.19 et s.

¹⁶⁴ Pour une vue d'ensemble de cette question : H. LABAYLE, L'éloignement des étrangers devant la Cour E.D.H., RFDA 1997 p. 977.

De même, il ne faut pas condamner *a priori* tous les réflexes nés de la pratique des juges, à commencer par le soin qu'ils mettent à sauvegarder leurs systèmes nationaux. Ainsi, comment s'étonner que le Conseil d'Etat français marque, officieusement du moins, une certaine réticence face à une jurisprudence qui attaque les fondements même de son organisation, de sa spécificité historique voire de son existence ?¹⁶⁵ Il est vrai que ces réflexes nationaux ne sont pas tous, loin s'en faut, aussi justifiables¹⁶⁶.

Il faut aussi comprendre la position des juges internes qui statuent après la Cour européenne sur des questions voisines. La rigoureuse application de l'autorité de chose interprétée conduirait le juge national à prendre en compte immédiatement une nouvelle interprétation ou une nouvelle conception d'un droit protégé par la Convention. Le dernier état de la jurisprudence européenne peut s'avérer plus ou moins défavorable aux requérants qui, en début de procédure, pouvaient légitimement croire leurs prétentions fondées. De plus, ceux-ci peuvent ne pas avoir connaissance de "la dernière mode" en fait d'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'homme et même suspecter le juge interne de dégager une interprétation *ad hoc*, conforme à la solution qu'il souhaite voir au procès. Le principe de sécurité juridique impose alors au juge national une certaine réserve dans l'application des solutions européennes, une mise en oeuvre nuancée et progressive. Il ne s'agit pas ici d'accuser le juge de nationalisme exacerbé : il observe ce comportement dans le cas de nouvelles normes de droit interne et même à l'égard de ses propres revirements¹⁶⁷. Le juge européen lui-même n'observe-t-il pas une telle attitude ?¹⁶⁸ Il faudrait peut-être songer, à l'instar de ce qui existe pour la loi pénale plus douce, à établir un principe d'autorité immédiate de l'interprétation favorable, et différée dans les autres cas.

Enfin, un dernier obstacle, et non des moindres, réside dans le principe de séparation des pouvoirs dans l'ordre juridique national. Dès lors que le juge interne appliquerait immédiatement le dernier état de l'interprétation européenne, il encourrait le risque de se substituer aux autorités normatives seules compétentes pour revoir, par voie générale, les dispositions internes¹⁶⁹.

L'autorité qui s'attache aux décisions de la Cour européenne n'est donc pas niée par les juges mais il arrive qu'elle soit battue en brèche par des obstacles qui sont inhérents à la nature extrêmement spécifique de cette autorité. Si faute de mieux, nos conceptions doctrinales tentent de la rattacher à la notion d'autorité de chose interprétée, un tel constat incite à se demander s'il ne conviendrait pas plutôt de raisonner en termes "d'autorité persuasive", tant la mise en oeuvre harmonieuse de la jurisprudence européenne nécessite une collaboration entre les juges des deux systèmes juridiques considérés.

b - Le recours à la notion d'autorité persuasive

¹⁶⁵ On songe ici à l'arrêt *Procola contre Luxembourg* qui s'en prend à la structure du Conseil d'Etat luxembourgeois, héritée du système français, 28 septembre 1995, série A n°326 J. L. AUTIN et F. SUDRE, la dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour E.D.H., RFDA 1996 p. 777.

¹⁶⁶ Ainsi la Cour de cassation française n'a pas hésité à se placer en contradiction avec la Cour européenne pour des raisons moins évidentes suite à l'arrêt *Poitrimol* du 23 novembre 1993, série A n° 277 A. Voir G. COHEN-JONATHAN, Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour E.D.H., op. cit. p. 52 particulièrement note 20.

¹⁶⁷ On citera ici la pratique constante du juge administratif suprême qui consiste à opérer ses revirements de jurisprudence sur des arrêt dits "de rejet" de façon à ne léser aucun plaideur. V. H. LE BERRE, Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'Etat et Tribunal des Conflits) BDP, Tome 207, LGDJ, 1999.

¹⁶⁸ « Il n'est pas possible à une juridiction de faire abstraction dans le règlement des causes qui lui sont déférées des solutions qu'elle a données à des causes antérieures semblables : la sécurité juridique est à ce prix » ; O. De SCHUTTER, La coopération entre la Cour E.D.H. et le juge national, déjà cité p. 34.

¹⁶⁹ *Ibid* p. 35.

Le concept d'autorité persuasive de la jurisprudence n'est pas une innovation. Gény dans "Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif"¹⁷⁰ la mentionnait déjà. De plus, des juges étrangers s'y réfèrent volontiers¹⁷¹.

Ainsi pourrait-on appréhender cette notion comme comportant "l'idée d'incitation du juge.. à prendre en compte le plus souvent possible la jurisprudence... européenne des Droits de l'homme ... Elle ne remet pas en cause le principe de l'absence de l'autorité contraignante de la jurisprudence, ce qui laisse au juge ... la possibilité de s'écarter des solutions contenues dans la jurisprudence européenne lorsqu'il n'est pas convaincu par celle-ci de la suivre"¹⁷².

Il s'agit donc d'une autorité de coopération entre les juges, et donc d'un travail de très longue haleine pour la Cour européenne qui doit elle-même par la force, la clarté et l'accessibilité de sa jurisprudence, assurer le respect national des solutions qu'elle a dégagées.

A la différence des autorités classiquement liées aux décisions jurisprudentielles, chose jugée ou interprétée, l'autorité persuasive implique nécessairement la réunion de certaines conditions préalables qui dépendent toutes intrinsèquement du juge européen. C'est à lui qu'il incombe d'assurer la transparence de sa jurisprudence et celle de la juridiction qu'il représente.

- Transparence de la jurisprudence :

La Cour européenne elle-même ressent le besoin de clarté des solutions retenues dans le but de les voir appliquer nationalement. Ainsi dans l'arrêt *Veirmeire*¹⁷³ la Cour pose certes, une obligation pour les Etats et donc pour les juges, de tirer toutes les conséquences de l'effet direct de sa jurisprudence. Encore relativise-t-elle cette obligation en estimant que l'Etat doit suivre les règles "ni imprécises, ni incomplètes". La doctrine en a donc déduit logiquement que l'autorité s'attache aux seuls arrêts "clairs"¹⁷⁴, ce qui ne manque pas de poser problème si l'on songe aux difficultés d'application de règles voisines¹⁷⁵. L'appréciation de la clarté ne manquera pas de revenir au juge interne, avec les éventuelles dérives que l'on peut supputer¹⁷⁶.

La notion de transparence de la jurisprudence n'induit-elle pas en plus une obligation de diffusion de la jurisprudence, voire même ultérieurement un effort de codification de celle-ci ?

Enfin, dans une même perspective, on ne peut qu'appeler de nos vœux une plus grande lisibilité des arrêts pour la doctrine, qui ne manque pas de relever le caractère sibyllin de certaines décisions¹⁷⁷ ; pour le juge interne, parfois déconcerté par l'interprétation évolutive et les éventuelles dysharmonies de la jurisprudence européenne¹⁷⁸ et pour le plaideur, parfois étonné d'apprendre que "sa juridiction manque au caractère impartial tel qu'il ressort de l'article 6-1 de la Convention mais qu'il ne peut accéder à la Cour faute d'avoir satisfait à la règle d'épuisement des recours internes".

- Transparence de la juridiction :

L'autorité persuasive de la jurisprudence repose essentiellement sur une légitimité particulière, qui ne doit rien aux systèmes et tout à la rigueur morale. Lente à établir, une telle aura est fragile donc difficile à conserver. La personnalité des juges y est déterminante. A cet égard, le système

¹⁷⁰ F. GENY, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris LGDJ 2^{ème} éd. 1919.

¹⁷¹ Cf. la contribution du juge H. STEINBERGER lors du 6^o colloque international sur la C.E.D.H., cité par J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, op. cit. p. 165 note 873.

¹⁷² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, op. cit. p. 162.

¹⁷³ Déjà cité

¹⁷⁴ G. COHEN-JONATHAN, Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour E.D.H., op. cit. p. 53 et s.

¹⁷⁵ En matière communautaire, pour l'effet direct reconnu aux directives sous conditions d'être suffisamment claires, précises et inconditionnelles : affaire *Franz Grad*, 1970.

¹⁷⁶ Voir les querelles doctrinales sur la théorie de l'"acte clair".

¹⁷⁷ G. COHEN JONATHAN, op. cit. p. 62 et s.

¹⁷⁸ O. De SCHUTTER, op. cit. p. 64.

conventionnel, marqué par son caractère international, ruine peut-être ces fragiles édifices par la publication des opinions dissidentes¹⁷⁹, par ailleurs mal comprises en France car contraires à notre tradition juridique.

L'exigence de transparence de la juridiction fait surgir d'autres considérations. A l'heure actuelle, le soin de faire appliquer la jurisprudence européenne repose essentiellement sur un organe qui n'est pas de nature juridictionnelle : le comité des ministres, solution qui n'est peut-être pas pleinement satisfaisante. Ainsi P-H Imbert, directeur des Droits de l'homme au Conseil de l'Europe, a pu dire qu'il lui semblait " que la phase Comité des ministres devrait être mieux intégrée dans le processus d'ensemble"¹⁸⁰. De plus, l'intervention même de la Cour reste une alternative puisque jusqu'à présent, cette dernière n'est saisie que facultativement et à défaut de la Commission, organe para-juridictionnel hybride, dont la nature est difficile à appréhender et les décisions encore plus mal connues que celles de la Cour¹⁸¹.

Ces critiques s'atténueront peut-être grâce à la juridictionnalisation du système européen que l'entrée en vigueur du protocole n° 11 vient de renforcer. Néanmoins, quelle sera l'autorité morale réelle de cette juridiction renouvelée ?

Les garanties qui entourent le devenir des arrêts de la Cour européenne sont donc insuffisantes. D'autant que si les juridictions nationales peuvent ultérieurement les prendre en compte lors d'affaires nouvelles, il leur est souvent impossible de revenir sur le cas même qui a été condamné. Force est donc d'admettre que dans certains cas, et ils sont nombreux, l'autorité persuasive ne permet pas d'aboutir à une "satisfaction équitable" au sens de la Convention elle-même, puisque la violation demeure. Reste alors à inventer un mécanisme formel, plus contraignant, propre à assurer une telle garantie.

B – Une garantie *sui generis*

Clotilde DEFFIGIER, Agnès SAUVIAT

Le respect spontané de l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour E.D.H. n'est pas forcément acquis. Il peut apparaître nécessaire d'instituer des mécanismes permettant de mettre en œuvre, au niveau national, l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour. Deux types de mécanismes sont envisageables. L'un, *a priori*, permet de prévenir d'éventuelles divergences quant à l'interprétation d'une disposition de la Convention. L'autre, *a posteriori*, permet peut-être de rétablir, en tout cas de promouvoir, une interprétation uniforme de la Convention.

1 - Un mécanisme *a priori*

Afin d'assurer au mieux l'application consentie et optimale de l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour, il semble souhaitable d'élaborer un mécanisme préventif. Il reste à concevoir les procédures envisageables et à en déterminer le régime.

a - Des procédures envisageables

Au niveau communautaire, une procédure d'interprétation spécifique est prévue par l'article 177 du traité CEE (devenu art 234 CE). La Convention ne prévoit pas de mécanisme aussi élaboré ; néanmoins, s'applique un système de demande d'avis consultatif.

¹⁷⁹ Que dire d'un arrêt rendu à une faible majorité et sur lequel l'opinion dissidente émane justement du juge le plus célèbre et le plus estimé ? voir les exemples cités par G. COHEN-JONATHAN, op. cit. p. 57 note 29.

¹⁸⁰ op. cit. p. 2.

¹⁸¹ La Commission se définit elle-même comme une "juridiction internationale qui n'est pas tenue au même formalisme que les juridictions nationales" ! Décision du 5 mars 1964 sur les *Affaires linguistiques belges*, citée par F. SUDRE, Droit international et européen des Droits de l'homme, op. cit. p. 293.

L'article 47 de la Convention (anciennement article 1^{er} du Protocole additionnel n°2) attribue à la Cour E.D.H. la compétence de donner des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses Protocoles. Un tel mécanisme se rapproche de la pratique interprétative informelle concernant la Charte de l'ONU. En effet, l'Assemblée Générale et le Conseil de Sécurité interprètent la Charte dans des avis consultatifs ¹⁸². Mais en matière de Droits de l'homme, la Convention prévoit expressément un mécanisme juridictionnel, il semble cependant extrêmement limité quant à sa saisine, son objet et ses effets.

Seule la Cour peut donner des avis consultatifs relatifs à l'interprétation, mais elle n'exerce cette compétence que sur saisine restreinte du Comité des Ministres. Une proposition adoptée par une recommandation de l'Assemblée, relative à l'interprétation uniforme des traités européens, prévoyait qu'une autorité judiciaire nationale serait tenue de saisir la Cour de Strasbourg pour avis consultatif avant de rendre une décision qui s'écarterait de l'interprétation d'une Convention européenne, donnée sur la même question par une juridiction supérieure d'une autre partie contractante. Malgré tout, cette proposition intéressante a été rejetée par le Comité des Ministres.¹⁸³ Les Etats ainsi que les personnes morales ou physiques sont exclus de la possibilité de solliciter un avis de la Cour. La Commission juridique chargée d'élaborer le Protocole motive cette restriction par le risque que la procédure d'avis concurrence la saisine de la Cour. Le Protocole valorise la procédure juridictionnelle d'interprétation, car seul un jugement permet l'audition intégrale de la cause ¹⁸⁴.

L'objet de la demande d'avis concerne exclusivement l'interprétation d'une disposition de la Convention. Néanmoins, les dispositions concernées sont extrêmement réduites. Ces avis ne peuvent porter " sur les questions ayant trait au contenu des droits et libertés définis au titre I de la Convention et dans ses protocoles, ni sur les autres questions dont la Commission, la Cour ou le Comité des Ministres pourraient avoir à connaître par suite de l'introduction d'un recours prévu par la Convention" (article 47 § 2). Le même souci d'éviter toute interférence entre la procédure consultative et la procédure juridictionnelle et entre les pouvoirs du Comité des Ministres et ceux de la Cour inspire cette disposition. Cette procédure n'est finalement prévue que pour éclaircir les seules dispositions relatives au fonctionnement des institutions européennes des Droits de l'homme.

Ces modalités confirment qu'il s'agissait d'établir un mécanisme purement interne n'ayant pas pour objet de promouvoir, de quelque manière que ce soit, l'interprétation des dispositions relatives aux droits et libertés fondamentaux dispensées par la Cour : l'autorité de chose interprétée ne pouvait bénéficier de ce mécanisme. Seul un élargissement de la compétence de la Cour serait à même de remplir cette mission mais toutes les tentatives en ce sens ont échoué ¹⁸⁵.

Les restrictions concernant ce mécanisme en annonçaient la fin. En effet, le Protocole n° 2 n'a pas été jusqu'à ce jour appliqué, rares ont été les tentatives faites pour l'invoquer. On a essayé par deux fois de le mettre en œuvre, la première fois, en février 1972, le Comité des Ministres a été saisi d'une proposition de demande d'avis consultatif à propos d'un projet de révision de la législation néerlandaise. Il a décidé de ne pas donner suite à la procédure au motif que la Cour serait incompétente du fait de la teneur des questions. En mars 1983, les délégués des Ministres ont proposé un projet de questions susceptibles d'être posées à la Cour qui, une nouvelle fois n'a pas abouti.

¹⁸² NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, Droit International Public : LGDJ 5^e édition, p 253, n°170.

¹⁸³ L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT, La C.E.D.H., commentaire article par article, *Economica*, Mai 1995, p 1030 et s.

¹⁸⁴ L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT, La C.E.D.H., Commentaire article par article, *Economica*, Mai 1995, p. 1029.

¹⁸⁵ L.-E. PETTITI, *op. cit.*, p 1031.

Finalement, cette procédure ne constitue pas un mécanisme préventif d'interprétation ; il reste à élaborer ; pour ce faire, on peut s'inspirer de la procédure de l'article 177 du Traité CEE (devenu art 234 CE)¹⁸⁶.

Ce texte instaure un mécanisme de questions préjudicielles destiné à saisir la Cour de Justice des Communautés Européennes dès qu'une question relative à l'interprétation du traité ou des actes dérivés se pose¹⁸⁷ devant les juridictions internes. La saisine de la Cour de Justice est alors obligatoire pour les juridictions suprêmes des Etats membres, elle reste facultative pour les juridictions inférieures. C'est par la technique d'un renvoi préjudiciel que la saisine de la Cour va s'opérer. Néanmoins, si un tel mécanisme semble promouvoir au mieux l'autorité de chose interprétée par une juridiction supranationale, le texte n'impose pas aux juridictions nationales de se soumettre à l'interprétation de la Cour. Dans la pratique, les juridictions des Etats membres, dès qu'elles acceptent de procéder au renvoi préjudiciel, se conforment à l'interprétation dégagée par la Cour. Le Conseil d'Etat français était une des rares juridictions nationales à refuser de se soumettre systématiquement à l'obligation de renvoi¹⁸⁸ en pratiquant la théorie de l'acte clair¹⁸⁹. La décision préjudicielle n'a pas ici qu'une simple autorité relative de chose jugée, elle a des effets au-delà des juridictions saisies du litige principal, elle doit être respectée par les parties à d'autres litiges devant n'importe quelle juridiction de l'ensemble des Etats membres"¹⁹⁰.

Ce système garantit l'application de l'autorité de chose interprétée par les juridictions. Ce mécanisme de collaboration juridictionnelle ne permet pas cependant d'imposer à toutes les autorités étatiques l'interprétation délivrée par la Cour. De plus, aucune possibilité de déclencher une interprétation n'est offerte aux particuliers, en ce sens, le mécanisme serait à perfectionner.

b - Une procédure déterminable

Il semble indispensable de concevoir un mécanisme *a priori* permettant d'élaborer une interprétation uniforme de la Convention avant toute divergence éventuelle. En ce sens les principes de l'article 177 du Traité de la Communauté économique européenne et celui de l'article 47 de la Convention doivent être retenus même s'ils doivent être combinés et aménagés. On privilégiera donc l'instauration d'un mécanisme élargi de saisine de la Cour E.D.H. pour interprétation.

Du point de vue de l'autorité compétente pour réaliser l'interprétation, il apparaît inconcevable de réfuter la compétence exclusive de la Cour E.D.H.. Cette compétence est clairement affirmée par l'article 32 de la Convention ; en outre ce rôle lui revient de droit du fait de sa compétence en matière d'application de la Convention. De plus la composition et les formations de la Cour sont une garantie de son impartialité et de la qualité de son interprétation. On pourrait aussi prévoir l'existence d'une formation spécialisée dans les demandes d'interprétation de la Convention, ce qui pourrait permettre d'éviter de surcharger la Cour tout en délestant, du fait d'une procédure préventive, sa mission contentieuse.

¹⁸⁶ "La Cour de Justice est compétente pour statuer à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation du présent traité ; b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté ; c) sur l'interprétation du statut des organismes créés par un acte du Conseil lorsque ces statuts le prévoient. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de Justice de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de Justice ». Il est également à souligner que la Cour est compétente au titre de l'article 177 pour interpréter le droit communautaire lorsque celui-ci ne régit pas directement la situation en cause, CJCE 17 juillet 1997, *Mme Leur-Bloem*, D. 1998, p 215.

¹⁸⁷ Article 177 du Traité CEE.

¹⁸⁸ G. ISAAC, *Droit communautaire général*, 5^e édition, A. Colin, 1996, p 294 et s.

¹⁸⁹ La CJCE a d'ailleurs admis cette pratique : CJCE 6 octobre 19982 *CILFIT*, rec. p. 3415, avec les conclusions de l'Avocat Général CAPOTORTI ; RTDE 1983 p. 160, note Lagrange.

¹⁹⁰ CJCE 27 mars 1963, *Da Costa*, § 28 à 30/62, R p 59.

S'agissant des modalités de saisine de cette Cour, une extension s'impose. La saisine par les juridictions nationales des Etats parties à la Convention doit, à l'instar de ce que prévoit l'article 177, être consacrée. Il s'agira ici de la mise en oeuvre d'un mécanisme de renvoi préjudiciel au cours d'une instance ou à l'occasion d'une instance. En effet, seul ce mécanisme permettrait un respect effectif par le juge interne de l'autorité de chose interprétée par la Cour de Strasbourg. L'interprétation fournie ferait alors référence et serait revêtue de l'autorité de chose interprétée mais aussi jugée ; elle aurait donc une autorité absolue. Serait ainsi préventivement écarté tout risque de divergence jurisprudentielle, dès lors que l'obligation de se soumettre au mécanisme de renvoi serait acceptée par les Etats. Les Etats ont d'ailleurs intérêt à cette procédure qui minimise également le risque de voir leur responsabilité engagée. Pourquoi ne pas alors suggérer que toutes les juridictions inférieures comme supérieures soient liées par cette obligation de renvoi, lorsqu'une question sérieuse d'interprétation de la Convention se pose devant elles? Les juridictions inférieures sont en réalité quotidiennement confrontées aux problèmes des Droits de l'homme ; ce sont elles qui font le dynamisme de l'application de ces droits. Par ailleurs, les instances normatives étatiques, gouvernement, administration et parlement ¹⁹¹, devraient être en mesure de pouvoir déclencher l'interprétation d'une disposition par la Cour, en dehors de toute procédure juridictionnelle. Elles pourraient ainsi interroger la Cour sur la conformité d'un texte projeté avec les dispositions de la Convention. Une saisine directe pourrait être instituée au profit de ces organismes qui pourraient ainsi bénéficier d'un consultant de choix en vue d'élaborer des textes en conformité avec la Convention. Une harmonisation du droit européen des Droits de l'homme est à ce prix. Dans cette hypothèse l'interprétation fournie n'aurait qu'une valeur consultative ; le mécanisme se rapprocherait de celui prévu par l'article 47¹⁹² mais il serait étendu.

Il devient alors inutile de prévoir une saisine directe de la Cour pour interprétation par le particulier. Bien qu'en matière de Droits de l'homme une telle proposition semble en retrait, il apparaît suffisant de permettre à l'individu de saisir le juge interne relativement à un problème de violation éventuelle de la Convention. Si un problème d'interprétation sérieux, et non déjà réglé par la Cour de Strasbourg, est alors soulevé, le juge devra saisir cette dernière pour interprétation. Ainsi le particulier obtiendra par le filtre juridictionnel une interprétation de la Convention ; ce mécanisme éviterait l'écueil d'une saisine abusive de la Cour. Un assouplissement sera ainsi réalisé puisque le particulier peut obtenir une interprétation de la C.E.D.H. sans avoir à épuiser toutes les voies de recours interne. Il reviendra donc dans un premier temps à la Cour interne de trancher le problème de violation des Droits de l'homme mais au regard de l'interprétation de la Convention fournie par la Cour. Ceci pourrait permettre de régler avant toute intervention européenne un problème de violation des Droits de l'homme. L'obligation de l'épuisement des voies de recours en droit interne avant toute saisine des instances européennes vise également à ce résultat sans forcément donner aux juridictions les moyens de le réaliser ; le mécanisme proposé offrirait au juge les moyens de son jugement.

L'objet de la saisine demeurerait particulièrement simple. Il s'agit de l'interprétation de toutes les dispositions de la Convention y compris de ses protocoles additionnels. Toute demande ayant déjà été traitée par la Cour se verra naturellement opposer une fin de non recevoir. Dans cette hypothèse, la Cour ne se prononce que de manière abstraite sur le sens à donner à un texte ; elle ne constate pas directement de violation. Le règlement du litige au fond revient à la juridiction interne : ici il n'est question que de mettre en oeuvre une autorité de chose interprétée.

On ne peut à ce stade des propositions que s'interroger sur la portée d'un tel mécanisme préventif visant à garantir une application effective de l'autorité de chose interprétée. De toute

¹⁹¹ Voir la définition des personnes susceptibles de faire un recours devant la Cour, *in* F. SUDRE, Droit international et droit européen des Droits de l'homme, op. cit. p 297, n°204.

¹⁹² Voir la proposition de la commission juridique de l'assemblée lors de la rédaction du protocole n°2 ; L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT, La Convention européenne des Droits de l'homme : commentaire article par article, op. cit p 1028 et s.

évidence, la pertinence de ce mécanisme ne sera réelle que si l'on impose aux instances étatiques, instances juridictionnelles comprises, de respecter l'autorité de l'interprétation délivrée ; cette autorité de chose interprétée posséderait une valeur absolue s'imposant à la fois à l'Etat partie au litige mais aussi aux Etats tiers. Ce mécanisme n'empêche cependant pas la Cour d'interpréter des dispositions conventionnelles dans le cadre d'un jugement relatif à la violation d'un droit, mais dans ce cas l'autorité de chose interprétée n'aurait qu'une valeur relative, l'Etat n'étant pas tenu de la respecter au regard de la Convention, si ce n'est en interprétant extensivement l'article qui pourrait consacrer un mécanisme de renvoi préventif pour interprétation. On pourrait alors être fondé à proposer une modification de la Convention en ce sens, pourtant on ne peut nier la résistance des Etats souverains, qui ne désireront peut-être pas se lier aussi strictement, ainsi que la délicate collaboration entre juridictions internes et juridictions supranationales. Toutefois ce mécanisme, s'il est forcément contestable et difficile à mettre en oeuvre concrètement, demeure un moyen susceptible d'assurer une unité du droit européen des Droits de l'homme vers laquelle on tendra nécessairement. Mais on doit reconnaître qu'un tel perfectionnement ne peut se fonder que sur la volonté prééminente des Etats parties à la Convention d'élaborer un système progressiste et donc contraignant des Droits de l'homme ; toute proposition ne peut alors qu'être modeste.

Si un tel mécanisme s'avère trop délicat à réaliser dans l'immédiat, tout comme a pu échouer la réforme de la saisine du Conseil Constitutionnel par voie préjudicielle¹⁹³, on pourrait envisager de manière minimaliste d'alléger la condition de l'épuisement des recours internes ; ainsi la Cour pourrait être plus facilement consultée sur un problème d'interprétation. On pourrait admettre de conditionner la saisine de la Cour à l'épuisement d'une seule voie de recours interne.

2 - Des mécanismes *a posteriori*

Dans une vision réaliste d'un mécanisme destiné à renforcer l'autorité de chose interprétée, on doit envisager la mise en place de techniques *a posteriori*. Il convient de se placer dans le cas où une divergence d'interprétation s'est faite jour entre la Cour et une juridiction nationale. Les mécanismes *a posteriori* visent à mettre en oeuvre soit la remise en cause d'un jugement, soit la responsabilité d'un magistrat sans qu'il soit possible de contester la position normative d'un Etat, c'est-à-dire ses lois et actes administratifs. Ces mécanismes ne visent qu'à pallier les déficiences d'un système juridique. Dans ce contexte on considère comme acquis le système prévu dans la Convention par les Etats, on ne se place qu'au niveau de l'application du système sans remettre en cause sa conception. Ces mécanismes ne mettent en oeuvre que des sanctions purement juridiques, dans le cadre de procédures réparatrices.

a - La possibilité d'un recours en réouverture

Une victime d'un arrêt revêtu de l'autorité de chose jugée contraire à la jurisprudence européenne peut saisir les instances européennes afin d'obtenir une condamnation de l'Etat violant la Convention ; la question de la réouverture du procès concernant l'arrêt se pose alors afin d'appliquer l'autorité de chose jugée ou interprétée qui s'attache à l'arrêt. Cette hypothèse sera traitée par ailleurs¹⁹⁴. On s'intéresse ici au respect de la seule chose interprétée, la victime d'une décision juridictionnelle interne contraire à la jurisprudence européenne recherche une réparation devant les juges internes.

¹⁹³ Projet de loi présenté le 30 mars 1990 et projet de 1993 déposé au Sénat le 11 mars 1993 ; B. Du GRANRUT, Faut-il accorder aux citoyens le droit de saisir le Conseil Constitutionnel ? RDP 1990 n°2, p 309 et s ; J. VIGUIER, La participation des citoyens au processus de contrôle de la constitutionnalité de la loi dans les projets français de 1990 et de 1993, RDP 1994 p. 969 et s ; voir C. EMERI et C. BIDEGARAY, La Constitution en France de 1789 à nos jours, Armand Colin 1997, p 145 et s.

¹⁹⁴ La réouverture d'un procès du fait de décisions définitives déclarées contraires à la C.E.D.H. par les instances européennes, *infra* 2^{ème} partie, chapitre 2, II.

L'autorité de chose interprétée ne serait, dans l'idéal, effective que dès lors qu'un arrêt qui lui serait contraire pourrait être revu. Cette possibilité est certes délicate à réaliser car elle se heurte au principe essentiel en droit interne de l'autorité de chose jugée. Lorsque l'arrêt est définitif, il est en théorie impossible de le reprendre au regard d'une jurisprudence européenne différente ou contraire. Il est également délicat de passer outre le principe de sécurité juridique qui confère généralement des droits au bénéficiaire de l'arrêt.

Il semble inhérent à la logique de la Convention de consacrer l'obligation pour l'Etat signataire de respecter l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour. La réouverture des procès pourrait assurer ce respect par les autorités juridictionnelles internes avant toute éventuelle condamnation. Une évolution plus uniforme et harmonieuse de la jurisprudence de Strasbourg dans les Etats parties¹⁹⁵ pourrait alors être plus clairement mise en oeuvre.

Néanmoins, rendre possible l'annulation des décisions juridictionnelles internes lorsqu'elles sont simplement contraires à la Convention et à son interprétation, sans qu'un arrêt condamne directement l'Etat, semble très difficile en pratique, l'effet contraignant de l'autorité de chose interprétée étant insuffisant. Pourtant le principe de droit international public "*pacta sunt servanda*" pourrait impliquer un respect général de l'autorité de chose interprétée. Il n'en demeure pas moins que la Convention européenne des Droits de l'homme ne pose aucune obligation juridique visant à prévoir une procédure de révision au niveau interne, ni dans ses articles 13, 41 ou 6, tout comme la Cour n'a pas la possibilité d'annuler un acte interne incompatible avec la Convention et son interprétation. Au contraire, l'article 46 donne aux Etats contractants la faculté de ne pas mettre en question le caractère définitif et exécutoire des décisions de justice internes.

Les Etats ont alors le choix d'établir une telle procédure ; ils peuvent en conférer l'initiative aux particuliers mais aussi à une autorité officielle, telle le parquet, qui pourrait filtrer les affaires et ne demander la réouverture que lorsqu'elle est strictement nécessaire. La procédure de réouverture, découlant seulement du non respect de l'autorité de chose interprétée, pourrait n'être employée que dans le cas où la violation aurait une conséquence sur les procédures originelles, serait grave et aurait causé un préjudice important. Pour concrétiser cette procédure, ils ont le choix entre deux voies. L'une est législative, elle se réalise par le biais d'une loi spécifique ou par la transposition d'un mécanisme de réouverture déjà prévu, appliqué par analogie ; l'autre est jurisprudentielle, une juridiction supérieure consacrant expressément la possibilité de remettre en cause un jugement d'une juridiction inférieure revêtu de l'autorité de chose jugée.

Mais, en pratique, les Etats n'ont pas prévu la possibilité de réformer un acte juridictionnel au regard de sa contrariété avec la seule jurisprudence de la Cour européenne. Néanmoins, le cas de la Norvège se singularise. L'article 39 § 2 du code de procédure pénale¹⁹⁶ et l'article 407 § 7 du code de procédure civile prévoient que la réouverture des procédures peut être demandée par le justiciable, "si la décision est estimée être fondée directement ou indirectement sur une interprétation d'une loi ou d'un traité international qui s'écarte de l'interprétation qu'une juridiction internationale, dans les mêmes circonstances qu'en l'espèce, a déclarée contraignante pour la Norvège" et "il faut supposer que cette interprétation devrait déboucher sur une décision différente". Est ainsi consacrée la possibilité d'une réouverture ayant pour seul fondement le non respect de l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour européenne, à la seule condition de la communauté des circonstances entre les arrêts donnant lieu à l'interprétation européenne et ceux, internes, la violant. Cette possibilité novatrice est le complément d'une procédure spéciale qui, dans les affaires pénales, civiles et administratives, vise à assurer la conformité des décisions nationales avec la Convention et les autres traités. En France, à la suite de l'affaire *Hakkar*, a été adopté le 4 avril 2000 un amendement au projet de loi sur la présomption d'innocence (amendement Lang) ; il

¹⁹⁵ Etude préparée par le Comité d'experts pour l'amélioration des procédures de protection des Droits de l'homme, La Convention européenne des Droits de l'homme : instauration d'une procédure de révision au niveau national pour faciliter la conformité avec les décisions de Strasbourg, Direction des Droits de l'homme, Strasbourg, janvier 1992.

¹⁹⁶ G. COHEN-JONATHAN, Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour E.D.H., op. cit. p. 46.

permet la réouverture d'un procès quand celui-ci a été jugé inéquitable par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette réouverture n'est permise que dans un cadre limité : il doit y avoir violation de l'article 6 C.E.D.H. et celle-ci doit être constatée par la Cour. Finalement, c'est l'autorité de chose jugée et non directement l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour de Strasbourg qui est ici consacrée.

Généraliser le système norvégien pourrait permettre la progression de l'autorité de chose interprétée. Mais le progrès est tout relatif car les conditions posées pour sa mise en oeuvre sont nombreuses et cumulatives : la violation de la Convention doit découler d'une erreur d'interprétation fondant le jugement interne, les hypothèses d'interprétation doivent être identiques, la décision européenne contenant l'interprétation doit être contraignante, enfin la conformité avec l'interprétation promue par la Cour européenne doit conduire à une solution différente. Il faut également ajouter que l'effectivité de la révision peut être battue en brèche du fait d'une interprétation restrictive de ces conditions par les juridictions internes peu enclines à revoir leurs décisions initiales.

On doit cependant remarquer qu'il demeure délicat de prévoir ou d'utiliser à nouveau une procédure de révision déjà existante pour la transposer au cas de non respect de la jurisprudence européenne, du fait non seulement des conditions strictes qui encadrent souvent ces révisions, mais surtout du fait de l'hypothèse concernée et du caractère relatif de l'autorité de chose interprétée.

b - La possibilité d'un engagement de la responsabilité de l'Etat du fait d'une violation de l'autorité de chose interprétée par les magistrats

Afin de garantir le respect de l'autorité de chose interprétée des décisions de la Cour E.D.H., on peut envisager que la responsabilité de l'Etat soit engagée du fait de la non-application par les magistrats d'une jurisprudence de la Cour. Cependant la violation de la jurisprudence européenne, qui a sa source dans une décision de justice revêtue de l'autorité de chose jugée, ne sera pas totalement effacée mais ses conséquences seront atténuées. Une telle possibilité possède également le mérite d'encourager le juge judiciaire interne à éviter toute violation de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Ce mécanisme a été mis en application en Belgique¹⁹⁷ par la voie jurisprudentielle. Par "deux arrêts de principe"¹⁹⁸ la Cour de Cassation de Belgique a affirmé le principe de la responsabilité de l'Etat pour les fautes commises par les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions et a identifié la faute pouvant engager la responsabilité de l'Etat si l'acte commis est un acte juridictionnel"¹⁹⁹. Avant ces arrêts, l'Etat ne pouvait être rendu responsable du fonctionnement défectueux de la justice; désormais il peut l'être du fait d'un acte défectueux accompli par un magistrat.

Toutefois afin de respecter le principe de l'autorité de chose jugée qui ne peut être remis en cause que par les voies de recours instaurées par la loi, l'action en responsabilité n'est recevable que si l'acte juridictionnel générateur du dommage a été au préalable retiré, annulé ou réformé en raison de la violation d'une règle établie. Mais à ces hypothèses où l'acte juridictionnel ayant causé le dommage n'a plus autorité de chose jugée, se trouve assimilée l'hypothèse où "une décision de la Cour E.D.H., du Comité des ministres ou du Conseil de l'Europe a déclaré que l'acte juridictionnel était contraire aux obligations de la Convention européenne des Droits de l'homme et que les autres

¹⁹⁷ J. VAN COMPERNOLLE, Considérations sur la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux de la justice en droit belge, *Justices* n°5 Janvier-mars 1997 p 49 ; O. De SCHUTTER, La coopération entre la Cour E.D.H. et le juge national, op. cit. p 14 et s.

¹⁹⁸ Cour de Cassation, 19 décembre 1991, *SPRL "Anca"*, JT 1992 p 142, note J. VAN COMPERNOLLE ; F. RIGAUX, *Revue crit. de jurisprudence belge* 1993 p. 285 et s ; Cour de cassation, 8 décembre 1994, *"Anca"* JT 1995, p 497 et obs R.-O. DALCQ, Pas. 1994, I, 1063.

¹⁹⁹ J. VAN COMPERNOLLE, Considérations sur la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux de la justice en droit belge, op. cit. p 49.

voies de droit interne ou la nature de la violation ne permettent qu'imparfaitement d'effacer les conséquences dommageables de l'acte"²⁰⁰.

Néanmoins l'engagement de responsabilité pour non respect de l'interprétation délivrée par la Cour européenne demeure délicat. La faute du magistrat peut consister en un comportement qui s'analyse en "une erreur de conduite, laquelle doit être appréciée suivant le critère du magistrat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions" ou "en un comportement qui viole une norme de droit national ou d'un traité imposant au magistrat de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, établie par le droit national ou par un traité international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne". Pourtant, chaque fois qu'il résultera de "la décision retirant, annulant, réformant ou rétractant le jugement qui a causé le dommage, qu'il y a eu violation d'une norme juridique, la faute ne sera pas *ipso facto* établie" ; le critère d'appréciation demeurant le comportement normalement prudent et diligent d'un juge²⁰¹. Pour admettre qu'il y a eu faute susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat constituée par une violation d'une norme, il faut que cette norme soit établie et que l'état de la jurisprudence soit indiscutable au moment où le juge doit statuer ; le juge doit avoir conscience qu'il s'écarte d'une jurisprudence européenne établie tant la violation est manifeste. Il faut également que les autres voies de droit interne ou la nature de la violation ne permettent qu'imparfaitement d'effacer les conséquences dommageables de l'acte ; il s'agit donc d'une ultime possibilité qui pourrait faire double emploi avec la procédure prévue à l'article 41 de la Convention. Mais la procédure de l'article 41 est purement subsidiaire, le droit interne devant pouvoir assurer une réparation. De plus, la partie lésée qui obtient de la Cour européenne la condamnation de la Belgique n'est pas tenue de saisir les juridictions nationales d'une action en responsabilité contre l'Etat. "La Cour européenne en effet, n'a pas jusqu'à présent exigé l'épuisement des voies de recours internes, de la part des requérants dans le chef desquels une violation a été constatée, et qui réclament l'octroi d'une satisfaction équitable. Elle encourage cependant l'exercice d'une telle voie de recours (...) si le droit interne permet que la partie obtienne réparation devant les juridictions internes dans un délai raisonnable"²⁰², comme le laisse entendre l'article 41 de la Convention.

En droit français, la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour faute lourde du fait du fonctionnement defectueux du service public de la justice administrative devant le juge administratif²⁰³, ou du fait du service public de la justice judiciaire devant le juge judiciaire²⁰⁴. Cependant, si le principe de la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement defectueux du service public de la justice est admis, la violation par un juge de l'autorité de chose interprétée d'une décision de la Cour E.D.H. n'a pas encore été considérée comme une faute permettant d'engager la responsabilité de l'Etat. A seulement été considéré comme une faute lourde le fait qu'une circulaire du ministre de la justice ait invité les parquets à exercer des poursuites contrevenant à un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes²⁰⁵, mais ici le fait générateur de responsabilité demeurait un acte administratif interne au sens large et non un acte juridictionnel. Une décision de justice contrevenant aux exigences procédurales de l'article 6 de la Convention en ne respectant pas, par exemple, un délai raisonnable de jugement, peut également fonder un engagement de responsabilité de l'Etat²⁰⁶. Les juridictions internes pourraient également engager la responsabilité de l'Etat pour faute constituée par la violation de l'article 6 de la Convention en matière

²⁰⁰ O. De SCHUTTER, La coopération entre la Cour E.D.H. et le juge national, op. cit. p. 39, voir les conclusions Cass 19 décembre 1991, Pas 1991, I, 316 p 353.

²⁰¹ J. VAN COMPERNOLLE, Considérations sur la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement defectueux de la justice en droit belge, op. cit. p 54.

²⁰² O. De SCHUTTER, La coopération entre la Cour E.D.H. et le juge national, op. cit. pp. 40-41.

²⁰³ CE, Ass., 29 décembre 1978 *Darmont*, R p 542, AJDA 1979, n°11 p 45, note LOMBARD, Dalloz 1979 p 279, note M. VASSEUR, RDP 1979 p 1742 note J-M. AUBY.

²⁰⁴ Loi du 5 juillet 1972, article 11. V. R. CHAPUS, Droit administratif général, 11 éd 1997 n°1477 et s,

²⁰⁵ Cass. com 21 février 1995, *Société United Distillers*, DA 1995 n°303, Justices 1995, n°2, p 200.

²⁰⁶ TGI Paris 8 novembre 1995, *Alliance générale contre le racisme*, D. 1997, Somm., p. 149 obs J. PRADEL.

d'impartialité du juge. Pourquoi ne pas alors admettre un engagement de responsabilité de l'Etat mettant en œuvre une mauvaise interprétation de la Convention, lorsque le manquement en cause n'est pas une violation de la Convention mais une violation de son interprétation par la Cour ? Une évolution en ce sens serait souhaitable pour assurer l'effectivité de la chose interprétée par la Cour. Mais la notion de faute lourde étant par essence restrictive, l'évolution semble passer par un engagement de la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice pour faute simple. Cette évolution est désormais en projet : en cas de fonctionnement défectueux de la justice, l'Etat sera tenu de réparer non seulement les dommages causés par une faute lourde mais aussi ceux résultant d'une faute simple²⁰⁷. De plus un avant-projet de loi organique relatif au statut des magistrats prévoit dans son titre IV des dispositions renforçant la responsabilité professionnelle des magistrats. L'article 42-1 al. 1 du projet dispose que "le magistrat doit exercer ses fonctions avec impartialité, intégrité dans le respect de la loi et de la dignité de la personne humaine, il doit accomplir avec diligence les devoirs de sa charge, traiter les procédures dans un délai raisonnable, et maintenir le niveau de compétence professionnelle exigé par ses fonctions". Commettrait-il alors une faute disciplinaire s'il statuait contrairement à une jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ou s'il statuait contrairement à une interprétation délivrée par la Cour, d'un article de la Convention ?

On peut également suggérer l'institution d'un pouvoir d'injonction au profit du juge européen. Le modèle de la loi française du 8 février 1995²⁰⁸ conférant un pouvoir d'injonction au juge administratif en vue de l'exécution de la chose jugée pourrait être transposé²⁰⁹. La Cour européenne pourrait enjoindre aux seules autorités des Etats de respecter ses interprétations puisqu'il semble délicat de reconnaître un pouvoir d'injonction du juge européen sur les juges nationaux, aucune hiérarchie n'étant établie. Les Etats pourraient ainsi aménager au plan réglementaire ou législatif le respect de la jurisprudence européenne. Pourtant, force est de constater qu'en matière de décisions de la Cour E.D.H. un pouvoir d'injonction est difficilement transposable. Cela pose initialement un problème de séparation des pouvoirs ; les autorités gouvernementales ou parlementaires ne peuvent qu'encadrer l'exercice du pouvoir juridictionnel sans le contraindre. En outre, l'exercice d'un pouvoir d'injonction peut sembler incongru, les décisions de la Cour n'étant pas exécutoires ; les Etats doivent se conformer aux décisions de la Cour en vertu de leur engagement international et non en vertu du caractère exécutoire des décisions de la Cour qui sont appliquées librement par les Etats. Dans le domaine international où sont en cause des souverainetés étatiques, il est délicat, voire irréaliste, de préconiser la mise en œuvre d'un pouvoir de contrainte, qui pourrait se concevoir pour renforcer le respect de l'autorité de chose jugée mais qui serait encore plus difficile à faire accepter lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre une autorité de chose interprétée.

Même si elle pouvait être encore renforcée par d'utiles garanties, l'autorité interprétative des arrêts de la Cour E.D.H. est d'ores et déjà à l'œuvre pour rendre plus concrète et plus effective l'application de la C.E.D.H.. Le droit privé français est donc théoriquement placé sous son influence. Cependant, il semble plus exposé dans ses branches criminelle et processuelle qui se prêtent davantage à une diffusion habituellement verticale des conventions internationales. Pour que

²⁰⁷ F. SARDA, Les responsabilités des juridictions, PUF Que Sais-je ? 1999 ; P. DUFOUR, Nouveau statut des magistrats : indépendance et responsabilité, LPA 17 décembre 1999, p. 3-4, LPA 14 mars 2000, p. 15.

²⁰⁸ Art L 8-2, L8-3 du Code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel.

²⁰⁹ On peut aussi concevoir que le juge administratif, dans le cadre de ce pouvoir d'injonction, enjoigne à l'administration de respecter l'autorité de chose interprétée des décisions de la Cour même si jusqu'à présent ce pouvoir n'a pas été utilisé à cet effet.

la jurisprudence de la Cour de Strasbourg puisse atteindre aussi les matières les plus caractéristiques du droit privé que sont le droit civil et le droit commercial, il faudrait que la C.E.D.H. se singularise aussi par un effet horizontal.

CHAPITRE II

L'EFFET HORIZONTAL DE LA C.E.D.H.

Les interrogations théoriques sur l'effet horizontal des droits ou libertés consacrés par des conventions internationales ou par des textes fondamentaux en droit interne, se multiplient depuis quelques années, sous la pression conjuguée de l'opinion publique, soucieuse de se protéger contre les abus de la puissance publique comme des simples particuliers, mais aussi de certaines juridictions, dont l'audace jurisprudentielle conduit à étendre l'effectivité des droits.

Cependant, la notion même d'effet horizontal suscite des réflexions, dans la mesure où, pour évidente qu'elle soit, ses justifications théoriques n'apparaissent pas toujours avec netteté, selon le contexte dans lequel elle intervient (I). La Convention Européenne des Droits de l'homme, instrument désormais privilégié de protection des Droits de l'homme, a vu son effet horizontal consacré par la Cour E.D.H., et constitue à ce titre un exemple remarquable d'application interindividuelle (II).

I – LA NOTION D'EFFET HORIZONTAL

Hélène PAULIAT, Virginie SAINT JAMES

"On sous-estime trop aisément la gravité des atteintes que certains particuliers peuvent porter à la liberté des autres... La contrainte matérielle laisse la liberté du faible à la merci du fort"²¹⁰. Ainsi se trouve clairement posé le problème de la portée et *a fortiori* du respect des Droits de l'homme dans les rapports interpersonnels. Pour évidente qu'elle soit, l'intersubjectivité des Droits de l'homme s'impose avec difficulté (A). Pourtant, les faits juridiques n'induisent-ils pas indiscutablement l'effet direct des droits fondamentaux entre personnes privées (B) ?

A - L'intersubjectivité des droits

L'une des raisons qui explique peut-être cette hésitation, réside à n'en pas douter dans l'obstacle constitué par la définition même de l'effet horizontal. Cette difficulté peut être surmontée si l'on veut bien considérer la notion d'effets intersubjectifs dans ses deux aspects : horizontalité et immédiateté.

1 - L'horizontalité des Droits de l'homme

Traditionnellement, les libertés publiques se sont affirmées par leur opposabilité à l'Etat, et de manière plus générale, à la puissance publique. Les Droits de l'homme sont alors analysés dans un rapport vertical à l'Etat²¹¹.

Un tel état de fait provient directement de l'histoire propre aux Droits de l'homme. La conception initiale de la notion doit beaucoup au courant de la pensée libérale. Pour celle-ci, "l'individu est l'adversaire de l'Etat"²¹². Telle est notamment la vision de Benjamin Constant²¹³, à la

²¹⁰ J. RIVERO, Les libertés publiques, T 1 Les Droits de l'homme, P.U.F, Thémis 3° éd. 1981, p. 194.

²¹¹ "Certes, la menace étatique est la plus voyante, et la plus redoutable, à la mesure de la force de contrainte dont dispose le pouvoir. On conçoit qu'elle ait, la première, retenu l'attention des tenants de la liberté" : J. RIVERO, La protection des Droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, Mélanges R. Cassin, Pedone 1972, p. 311 spéc. 312.

²¹² G. LEBRETON, Libertés publiques et Droits de l'homme, A Colin, 3° éd. 1997, p. 18

²¹³ J. MORANGE, Droits de l'homme et libertés publiques, P.U.F, collection "Droit Fondamental", 5^{ème} éd 2000, n° 28. Il est vrai que la présentation habituelle des idées de B. Constant mériterait sans doute d'être nuancée, en ce sens, voir les travaux de L. JAUME, L'individu effacé, Fayard, 1997.

différence des auteurs rattachés à la théorie du Contrat social qui pouvaient réconcilier les droits de l'individu et ceux de l'Etat²¹⁴.

Contrairement à l'approche sociale-démocrate, les libéraux refusent l'interventionnisme de l'Etat, le cantonnant dans des fonctions régaliennes essentielles ; la puissance publique ne jouit d'aucune crédibilité quant à la garantie des libertés de chacun²¹⁵.

Le postulat libéral de neutralité étatique a revêtu une telle prégnance sur les idéologies des Droits de l'homme, que l'on a cru pouvoir en faire une des clefs de la définition des libertés publiques. L'opposabilité à l'Etat serait alors un des caractères, voire même le critère essentiel de la liberté publique²¹⁶. Par hypothèse, l'individu possède une sphère juridique dans laquelle la puissance publique ne saurait s'immiscer. La liberté publique apparaît comme soustraite à la contrainte de la puissance étatique. L'inspiration libérale guide ainsi manifestement certaines "grandes lois" relatives à des libertés fondamentales institutionnalisant l'abstention étatique²¹⁷.

Tributaire à l'excès d'une lecture historique des libertés, ignorante de l'émergence des générations des Droits, indifférente à la naissance d'une construction nouvelle de l'Etat de droit, une conception aussi étroite a fait l'objet d'une salutaire révision doctrinale²¹⁸.

Il n'est plus niable, en effet, que les Droits de l'homme comportent une dimension intersubjective, en ce sens qu'ils ne voient pas leur portée réduite aux seuls rapports individu-Etat. Ils revêtent inévitablement une dimension horizontale, parfois appelée aussi " effet réflexe"²¹⁹. L'effet horizontal s'analyse comme une extension de l'opposabilité des Droits de l'homme aux rapports interindividuels. Le domaine des rapports entre personnes privées se voit alors investi par les droits fondamentaux, qui, naturellement, trouvent à s'y appliquer et doivent y être respectés. La construction ouvre un champ supplémentaire aux droits de l'individu mais emporte pour lui des obligations nouvelles de respect, autrefois conçues comme étant l'apanage du seul Etat.

En outre, elle offre l'avantage d'apporter une réponse à la lancinante question de l'effectivité des droits. Il suffira de rappeler ici combien l'idéologie marxiste a pu dénoncer, à travers la notion de "libertés formelles"²²⁰, le caractère illusoire car abstrait des droits de 1789, pour comprendre l'évolution de la pensée juridique en ce domaine. Ainsi, l'effet horizontal reconnu aux droits proclamés par les textes présente un caractère inévitable, car il est nécessaire de le rattacher à un courant qui irrigue toute la pensée de la seconde moitié du vingtième siècle, axée autour de l'idée d'effectivité et de concrétisation. Pour s'en tenir au seul droit européen des Droits de l'homme, l'impératif d'effectivité a ainsi guidé bien des innovations jurisprudentielles: théorie des "obligations positives", dépassement du clivage artificiellement entretenu entre les droits des différentes générations, etc.²²¹.

²¹⁴ J. LOCKE, Pourtant précurseur du libéralisme ne manifeste pas d'inquiétude quant à la liberté des individus dans l'Etat : "Nul ne peut être dépossédé de ses biens, ni soumis au pouvoir politique d'un autre, s'il n'y a lui-même consenti . Le seul procédé qui permette à quiconque de se dévêtir de sa liberté naturelle et d'endosser les liens de la société civile, c'est de passer une convention avec d'autres hommes..." Traité du gouvernement civil Chap. VIII., "Du commencement des sociétés politiques".

²¹⁵ Voir sur la doctrine classique qui distingue le statut positif et le statut actif O. JOUANJAN, La théorie allemande des droits fondamentaux, AJDA 1998 n° spécial Les droits fondamentaux p.44 et spécialement p. 46. Voir aussi C. AUTEXIER, Introduction au droit allemand, P.U.F coll. "Droit fondamental" 1° édition 1997.

²¹⁶ P. BRAUD, La notion de liberté publique en droit français, Thèse LGDJ 1968

²¹⁷ Par exemple loi du 19 juillet 1881 sur les entreprises de presse, sur ce point, J. MORANGE, op. cit., n°174.

²¹⁸ Voir J. RIVERO et G. LEBRETON qui, dans leurs manuels de libertés publiques qualifient respectivement cette conception de " limitative" et de "restrictive" Cf. p. 23 et p. 19.

²¹⁹ Les deux notions sont la plupart du temps employées de façon synonyme, voir F. RIGAUX, La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Bruylant LGDJ 1990 n° 610.

²²⁰ Cf J. RIVERO, La protection des Droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées op. cit. p 316 : "C'est le refus de l'intervention étatique pour assurer la liberté dans les rapports privés qui fournit, à la dénonciation par la pensée marxiste du caractère purement formel des libertés traditionnelles , une de ses meilleures justifications".

²²¹ F. SUDRE, Droit international et européen des Droits de l'homme, P.U.F collection " droit fondamental", 4^{ème} éd. 1999 n° 134.

Si l'effet horizontal a fini par s'imposer à l'évidence, reste à en déterminer, à travers ses aspects par trop protéiformes, le contenu exact. Le caractère d'immédiateté, en particulier complique l'approche théorique .

2 - L'immédiateté de l'effet horizontal

Une fois admise l'idée d'effet horizontal entre personnes privées, il convient d'ajouter que, bien sûr, l'hypothèse vise tout autant le respect des droits des particuliers par les personnes physiques que par les personnes morales. Ces derniers cas de figure semblent tout particulièrement intéressants si l'on songe que l'effet horizontal, en sortant du cadre "individu Etat", vise en réalité à assurer les droits du faible face au fort. D'ailleurs, plus largement, cet effet interindividuel doit être situé en théorie comme en pratique .

En théorie, l'effet horizontal est direct . Cela implique qu'un individu puisse revendiquer le bénéfice de ses droits, quelle qu'en soit la source, y compris un texte international de protection des Droits de l'homme, dans ses rapports avec un quelconque membre du corps social. Dans l'idéal, la situation doit être réalisée. Néanmoins, laissée à ce stade, la construction risquerait fort de rester largement théorique, manquant ainsi la réalisation de l'objectif initial : l'effectivité des droits.

Dès lors, au-delà de l'effet horizontal direct *stricto sensu*, il est indispensable d'envisager le secours du droit, donc de l'Etat, détenteur de la contrainte légitime sur les particuliers et autorité normative. La sanction de l'effet horizontal se fera par l'intermédiaire d'une autorité étatique : le juge ou le législateur²²².

Cette réintroduction inéluctable de l'Etat, fait dire alors que l'on se trouve devant un effet horizontal indirect. Cette distinction est peut-être byzantine²²³. On en veut pour preuve le fait que l'accessibilité à la sanction juridique n'est pas le monopole des seuls droits nés des rapports interindividuels : c'est un des éléments même de l'obligation juridique. De plus, la sanctionnabilité par et face à l'Etat est l'une des caractéristiques des libertés publiques. Dès lors y-a-t-il vraiment lieu de distinguer en réalité entre effet horizontal direct et indirect, reprenant ainsi, peut-être à mauvais escient, des éléments de théorie du droit allemand ?²²⁴

Il n'est pas nécessaire d'avoir recours à la théorie du droit pour déduire des textes et de l'oeuvre doctrinale l'effet horizontal dans ce qu'il peut avoir de plus concret. Un tel effet est induit par la matière même des Droits de l'homme.

B - L'inductivité des Droits de l'homme

Textes et doctrine se relaient pour nous inciter à penser que l'existence de l'effet horizontal est patente. La relativité des textes est aisément comblée par les travaux des auteurs.

1 - Relativité des textes

Il est possible d'affirmer que les textes internes au droit français sous-entendent l'effet horizontal et ce dans une perspective intergénérationnelle.

Comment ne pas comprendre ainsi l'article 4 de la Déclaration de 1789 : "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces

²²² D. SPIELMANN, Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention in L'interprétation de la C.E.D.H. Actes du colloque de mars 1998, Sous la direction de F. SUDRE Bruylant, Bruxelles Coll. Droit et justice n° 21 p. 133 et surtout p. 154.

²²³ Pour une présentation critique F. RIGAUX, La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité Bruylant, op. cit., p. 674 et s.

²²⁴ Cf. *infra*.

même droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi". On retrouve ici, grâce à l'universalisme de la Déclaration, à la fois l'intervention des droits entre personnes privées et la nécessaire immixtion de l'Etat-législateur dans ce cadre. Le professeur Rivero a pu dire que cette interprétation "est, en définitive, la plus fidèle à la pensée initiale des auteurs de la Déclaration de 1789. Elle est, en tout cas, celle qui s'impose aujourd'hui . Elle confère à l'Etat - et éventuellement à la société internationale - à l'égard des libertés dans les rapports privés, une double fonction, normative , d'une part, sanctionnatrice d'autre part"²²⁵.

Comment, de plus, comprendre l'existence de tout le Préambule de 1946, sans y inclure l'effet horizontal ? Ces droits sociaux qui postulent l'intervention de l'Etat sont parfois manifestation des « Droits de l'homme en société » et recèlent donc des potentialités de conflits interindividuels , on songera notamment au droit de grève ou à la liberté syndicale, qui placeraient l'homme isolé face au groupe.

Du fait de la nature conventionnelle de la C.E.D.H., la question d'un éventuel effet horizontal induit revêt une particulière acuité. Dans une perspective internationalisée, le problème de l'interprétation est plus délicat. La portée de ces textes sur les relations intersubjectives a pourtant déjà été démontrée par la doctrine en ce qui concerne la Déclaration Universelle de 1948²²⁶. En outre, l'Assemblée Générale des Nations Unies semble " avoir placé sur le même plan gouvernés et gouvernants", faisant ainsi une part aux relations des individus.²²⁷

En ce qui concerne la C.E.D.H., des doutes ont pu surgir quant à l'application horizontale des droits qui y sont reconnus au nom de la cohérence du texte et de la qualité du droit conventionnel. Les conflits des droits interindividuels, en effet, ne ressortent ni de la compétence de la Cour ni de celle de la Commission ²²⁸, à ce titre il a pu sembler paradoxal d'affirmer que la Convention les vise.

Pourtant, le mécanisme conventionnel européen n'aurait pu être fidèle à son image de modèle de protection juridique des droits fondamentaux, s'il ne s'était soucié d'intégrer l'effet horizontal . Force est de constater toutefois que le texte est, en lui-même, muet sur ce point. Doit-on l'approcher selon une méthode téléologique et considérer que, par son but, le Convention n'a pu ignorer les rapports interindividuels ? Le secours d'une interprétation constructive est nécessaire.

Il est vrai que la Convention doit être interprétée car elle n'envisage pas le problème directement. Toutefois, l'article 1, dans sa rédaction anglaise, a pu être analysé comme induisant un effet horizontal direct. Alors que la version française prévoit que les " hautes parties contractantes "reconnaissent" des droits ce qui en réalité signifie qu'elles les protègent ou les respectent, la version anglaise se fait plus impérative, par l'emploi de la formule "shall secure" qui traduit une obligation plus générale et plus impérative²²⁹. La divergence des interprétations se résout de trois façons possibles" la première... consiste à concilier les deux textes (anglais et français), ayant à l'esprit l'objet et le but du traité. Une autre possibilité serait l'application stricte du texte français en tant que "minimum commun" suggérant alors une interprétation restrictive. Finalement, une

²²⁵ J. RIVERO, La protection ... op. cit., p. 316

²²⁶ M.A. EISSEN, La C.E.D.H. et les obligations de l'individu : une mise à jour, Mélanges Cassin T. 3 p . 151.

²²⁷ M.A. EISSEN, *ibid.* et du même auteur, La Convention et les devoirs de l'individu *in* La protection internationale des Droits de l'homme dans le cadre européen, Dalloz 1996, p. 180.

²²⁸ BERTRAM, Die europäische Konvention, cité par M.A. EISSEN, op. cit.. p. 155.

²²⁹ Les Etats "sont également obligés - et c'est un devoir résultant notamment, dans le texte anglais de l'article 1 de la Convention, de l'emploi des mots shall secure - d'assurer la jouissance de ces droits et libertés dans leurs ordres juridiques internes de telle manière que ceux-ci interdisent toute action, qu'elle provienne des organes et agents de l'Etat ou d'individus ou organisations d'individus, qui porteraient atteinte à ces mêmes droits et libertés " Pr. SPERDUTI , opinion séparée sous la décision de la Commission des Droits de l'homme *Irlande contre Royaume -Uni*, Publication de la C.E.D.H., série B , vol. 23 -1- p.504.

protection maximale des intérêts de l'individu faisant prévaloir le texte anglais, pourrait être envisagée."²³⁰

D'autres arguments de textes peuvent être invoqués à l'appui de la reconnaissance conventionnelle de l'effet horizontal . L'article 13 envisage la violation des droits et libertés reconnus par le texte commise par des personnes alors même qu'elles agissent dans l'exercice de leur fonctions officielles, ce qui laisse penser qu'il couvre des hypothèses d'actes similaires commis par d'autres personnes. L'article 17 quant à lui, interdit à un Etat, à un groupement ou à un individu de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction ou à des limitations des droits ou libertés reconnus.

Ensuite, une série d'articles²³¹ de la Convention visent des droits spécifiques et peuvent être invoqués dans des hypothèses très particulières aux rapports entre personnes privées : on retiendra par exemple l'article 2 relatif au droit à la vie, l'article 3 sur la prohibition des traitements inhumains et dégradants (et par voie de conséquence, de la torture) , article 4 § 1 interdiction de l'esclavage et de la servitude, article 6 droit à un procès équitable, article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, article 9 qui protège la liberté de pensée de conscience et de religion , article 10 sur la liberté d'expression, article 11 qui reconnaît la liberté de réunion et d'association, et surtout l'article 17 sur l'interdiction de l'abus de droit. Les protocoles n'en sont pas exclus lorsqu'ils prévoient la protection de la propriété (article 1 du Protocole n° 1) ou le droit à l'instruction (article 2 du protocole n°1).

Cette liste est celle qui est le plus fréquemment retenue par les auteurs, mais l'on peut estimer qu'elle n'est pas exhaustive. En effet comment croire que le droit au mariage (article 12) ou l'interdiction plus générale du "travail forcé ou obligatoire" ne sont pas susceptibles, étant donné le dynamisme jurisprudentiel des juges de Strasbourg, de recevoir quelque jour, une interprétation à effet horizontal ?²³²

Donc, s'il est vrai que les textes relatifs au droits fondamentaux ne mentionnent pas expressément la possibilité de l'effet horizontal, il n'en est pas moins vrai qu'aucun d'entre eux ne l'exclut véritablement, et que , de plus, ils semblent tous parfaitement capables de recevoir une interprétation dans ce sens. On ajoutera encore que ces textes ne rempliraient guère leur rôle dans la logique universaliste des droits fondamentaux si une telle interprétation n'était pas développée. *In fine*, il est impossible, une fois reconnu l'effet réflexe des droits, de prétendre limiter cette conséquence à telle ou telle situation, les possibilités d'exploiter les dispositions à l'avenir peuvent varier à l'infini.

2 - Conceptualisation des mécanismes

Par tradition, on présente toujours les travaux des doctrines française et allemande comme irréductibles l'une à l'autre. Cette opinion, résulte d'une mise en exergue exagérée de la célèbre querelle "Jellinek Boutmy" sur l'origine des Droits de l'homme²³³. Au-delà de cet aspect anecdotique, on ignore souvent que les penseurs se sont souvent inspirés les uns des autres à travers le Rhin. Si Jellinek peut définitivement être classé parmi les libéraux classiques, prônant l'exclusion étatique des Droits (*status negativus*) , on a démontré que C Schmitt a pu s'inspirer

²³⁰ D. SPIELMANN, Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention *in* L'interprétation de la C.E.D.H. déjà cité p. 157-158. Voir également du même auteur, L'effet potentiel de la C.E.D.H. entre personnes privées op. cit..p. 354.

²³¹ D. SPIELMANN, op. cit. p 161.

²³² D. SPIELMANN, précité : Nous avouons ne pas totalement partager l'opinion de cet auteur lorsqu'il estime "l'on admettra que certaines de ces dispositions peuvent entrer en jeu à l'occasion de litiges purement privés, mais le champ d'application personnel reste cependant restreint aux autorités publiques"

²³³ J. MORANGE, op. cit., n°9

d'Hauriou et développer une vision plus nuancée, car institutionnelle des droits, qui aboutirait à refuser tout effet individuel des droits²³⁴.

Il est d'autant plus paradoxal de dresser un tel constat que la pensée juridique allemande est souvent présentée comme ayant la première conceptualisé la notion d'effet horizontal sous le terme galvaudé de "Drittwirkung". Ce terme est aujourd'hui couramment employé à propos des droits conventionnels européens, à notre avis à tort

Le *drittwirkung* veut dire littéralement "droit envers les tiers" et marque l'idée d'appliquer les droits fondamentaux aux relations purement privées dans le contexte constitutionnel allemand. La construction doctrinale n'a dès l'abord directement et expressément inspiré qu'un seul des articles de la Loi fondamentale germanique : l'article 9 relatif à la liberté d'association dans le cadre syndical²³⁵. Indépendamment de cet article, la théorie du *drittwirkung* est conçue comme s'appliquant à l'ensemble du domaine des droits fondamentaux. Plus généralement, " le recours aux valeurs que consacrerait les droits fondamentaux justifie un certain effet horizontal du droit constitutionnel des libertés"²³⁶. A cet égard, la comparaison avec le droit suisse est édifiante, les dispositions constitutionnelles y ont expressément intégré l'effet réflexe tant au niveau fédéral que cantonal, et l'on sait combien le droit helvétique s'est inspiré des écoles de pensée allemandes²³⁷.

Le concept est divisé en deux branches différentes : direkte *drittwirkung* et indirekte *drittwirkung*²³⁸. Dans le premier cas "les droits fondamentaux peuvent s'appliquer directement aux relations individuelles si les normes à caractère inférieur existantes sont peu adéquates pour la solution du problème", à l'inverse dans le second cas, "les droits fondamentaux ne peuvent s'appliquer qu'indirectement aux relations individuelles ... ils ne peuvent être appliqués que pour remplir de contenu des clauses dites générales du code civil allemand"²³⁹ ; il s'agit par exemple de la bonne foi ou de l'ordre public. Le problème réside dans les effets de cette théorie. Concrètement, le *drittwirkung* n'a pas rencontré un succès sans partage²⁴⁰ et s'est limité à l'aspect indirect.

Donc, en ce qui concerne l'effet potentiel de la C.E.D.H. entre particuliers, le droit allemand ne peut être retenu comme source d'inspiration qu'en ce qui concerne l'indirekte *drittwirkung* dont le mérite serait d'assurer un fondement à la théorie des obligations positives . Il est permis de penser qu'au delà d'un vocable pratique, le *drittwirkung*, avec les limites qui sont les siennes, ne permet pas d'assurer le rayonnement de l'effet horizontal de façon générale.

En réalité, est-il réellement besoin de recourir à la théorie constitutionnelle des droits fondamentaux allemands pour affirmer qu'il existe un effet réflexe ? " L'effet horizontal des droits fondamentaux se produit avant tout si la mentalité des juges, des parlementaires et des politiciens est imprégnée par le souci de protéger les droits fondamentaux . L'effet horizontal se réalise donc avant tout par un état d'esprit "²⁴¹.

²³⁴ Voir O. BEAUD, Les derniers jours de Weimar, Descartes, 1997, p. 89 et ss. Voir sur l'ensemble de cette question l'étude complète de O. JOUANJAN, op. cit.. p. 48 et ss.

²³⁵ Article 9-3 : "Le droit de former des associations en vue de sauvegarder et d'améliorer les conditions de travail et les conditions économiques est garanti pour tout le monde et pour toutes les professions. Les accords qui restreignent ce droit ou cherchent à en empêcher l'exercice sont nuls et les mesures prises dans ce sens sont illégales. Les mesures prévues aux articles 12 a) , 35 alinéa 2 et 3, 87 a) alinéa 4 , et 91 ne doivent pas être prises contre les conflits sociaux destinés à sauvegarder et à améliorer des conditions de travail et les conditions économiques d'association au sens de la phrase 1".

²³⁶ O. JOUANJAN, précité p. 51 évoquant la solution de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale *Lüth* 15 janvier 1958 références citées en note 60.

²³⁷ J.E. ROSSEL, L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical, Publication de l'Association suisse de droit médical, 1988.

²³⁸ M.A. EISSEN, signale en outre qu'il existe des nuances, en particulier une possibilité de "*mittelbare drittwirkung*", cité in La C.E.D.H. et les obligations. p. 154 note 8. Par ailleurs, la terminologie ne doit pas induire en erreur, elle ne recoupe pas la notion d'effet horizontal direct ou indirect (supra) essentiellement parce que le champ d'application de la théorie est restreint en Allemagne aux obligations civiles, D. SPIELMANN, Obligations positives .p. 135 note 7.

²³⁹ D. SPIELMANN, L'effet potentiel .déjà cité p. 28

²⁴⁰ voir les références citées par D. SPIELMANN, *ibid.* p. 29

²⁴¹ J.E. ROSSEL, op. cit..p. 73.

Fondé doctrinalement et textuellement, l'effet horizontal inhérent aux textes protecteurs des Droits de l'homme devient effectif. La jurisprudence européenne, en valorisant les Droits de l'homme et en impliquant davantage l'Etat, approfondit la notion d'effet horizontal au sein de la Convention européenne.

II- La consécration de l'effet horizontal par la Cour européenne des Droits de l'homme

Clotilde DEFFIGIER, Agnès SAUVIAT

Lorsque l'on parle d'effet horizontal, ou plus précisément des effets de la Convention européenne des Droits de l'homme entre personnes privées, on traite des rapports entre personnes privées et de l'effet que les droits garantis par la Convention peuvent avoir sur eux. *A priori* l'Etat, personne publique par excellence, semblerait extérieur à de tels rapports, mais il n'en est rien.

En effet, la Convention lie avant tout les Etats, elle confère en second lieu des droits aux individus, on parle alors d'effet direct vertical puisque la Convention peut être invoquée par un justiciable à l'encontre de l'Etat. L'individu est donc conçu comme un sujet dérivé de droit international issu de la Convention.

L'Etat est le vecteur naturel de l'application de la Convention y compris dans les rapports entre particuliers. C'est alors qu'il devient le garant de l'effet horizontal de ses dispositions. Cela se caractérise par le biais des obligations positives consacrées par la Cour, son intervention est alors générée par le juge européen (A) avant d'être contrôlée devant la Cour du fait de l'éventuelle mise en jeu de sa responsabilité (B).

A - Une intervention étatique générée par la Cour

Le rôle de l'Etat est essentiel dans la mise en œuvre de l'effet horizontal des dispositions de la Convention ; il est consacré par la Cour du fait de la jurisprudence relative aux obligations positives, en dehors de l'hypothèse où l'Etat, naturellement, assure ses effets horizontaux.

1 - Les réalisations constatées de l'effet horizontal.

L'application entre particuliers des normes inscrites dans la Convention européenne des Droits de l'homme, c'est-à-dire leur effet horizontal, peut exister de manière implicite ou expresse, par le filtre du contentieux. Dans tous les cas le rôle étatique est patent.

Tout d'abord les articles de la Convention peuvent être respectés dans les rapports entre particuliers par les personnes privées elles-mêmes sans intervention étatique marquée. Les personnes privées seraient ainsi soumises au respect des libertés essentielles sans qu'il soit nécessaire de faire appel à un intermédiaire, à aucune autorité ; les rapports privés seraient donc par nature soumis aux libertés fondamentales, l'individu possédant des droits. Dans cette conception libérale l'Etat resterait en dehors de cette application horizontale. Mais il faut alors faire abstraction d'une certaine prégnance du principe de légalité, établi sur une conception stricte de la hiérarchie des normes, comme de la peur de la sanction juridique par ailleurs établie. En effet, le droit positif français est imprégné des notions de la Convention européenne des Droits de l'homme, relayées parfois au niveau constitutionnel et législatif ; il doit s'y conformer en vertu de l'article 55 de notre Constitution, divers organes juridictionnels en assurant l'effectivité. Cette mise en conformité s'exerce dans le cadre préalable de l'élaboration des textes constituant le droit positif qui encadrent et régissent les relations entre particuliers et se prolonge sous l'effet de la contrainte, presque immanente, selon laquelle les textes doivent être appliqués. L'Etat n'est donc pas totalement exclu du processus, loin de là, et l'effet horizontal concerné s'apparente à celui assuré par les juridictions internes.

Le respect de la Convention peut ensuite s'exercer directement dans un cadre contentieux. Le recours au juge assure l'effet direct horizontal de la Convention dans les rapports entre particuliers. Le non respect de la Convention dans les rapports entre particuliers, dénoncé par une partie, ouvre une procédure contentieuse devant les tribunaux internes judiciaires, puisque l'effet direct des droits garantis est à la fois vertical avec le contentieux public et horizontal avec le contentieux privé. L'effet horizontal se confond alors avec l'application et l'applicabilité directe en droit interne, s'agissant d'un Etat contractant, d'une norme internationale dans les litiges privés²⁴² ; on parle alors d'effet horizontal direct²⁴³. Néanmoins, le rapport se verticalise dès lors que l'on fait appel à une autorité publique, autorité juridictionnelle émanant de l'Etat et on peut se demander s'il existe réellement un effet totalement horizontal, l'effet horizontal transitant le plus souvent par le vecteur étatique et donc par un effet vertical premier : dans les sociétés modernes, le droit ne régit des situations interpersonnelles qu'à partir du moment où une autorité publique est saisie et met en oeuvre ce droit. L'effet horizontal s'analyse comme "la faculté pour un organe juridictionnel de déduire d'une norme supérieure les effets juridiques qui s'appliquent directement à un rapport juridique de droit privé"²⁴⁴. L'effet horizontal indirect manifeste encore plus clairement la participation de l'Etat à l'effectivité de l'effet horizontal.

L'effet horizontal est aussi caractérisé lorsqu'un Etat est débiteur d'une obligation positive consistant à prévenir la violation par des entités privées de certaines dispositions de la Convention ; cette obligation peut être constatée à l'occasion d'une affaire portée devant la Cour E.D.H. par une personne privée. En effet, en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de l'article 34 issu du protocole n°11, les requêtes individuelles ne sont autorisées qu'en cas de violation "par l'une des hautes parties contractantes, des droits reconnus par la présente Convention". C'est alors l'Etat qui est mis en cause du point de vue de son ingérence passive, selon la formule du Professeur SUDRE, de sa réglementation inexistante ou défailante qui ne permet pas de rendre effectifs, entre personnes privées, les droits consacrés par la Convention. Il a l'obligation de rendre effectifs ces droits entre personnes privées et on parle alors d'effet horizontal indirect. L'effet direct de la Convention ne peut être observé, entre personnes privées, qu'au niveau national. Au niveau international, seul un effet indirect peut être constaté, étant donné que la responsabilité d'une personne privée ne peut être engagée devant les organes européens. Dans ces hypothèses l'Etat est omniprésent pour conférer l'effet horizontal aux dispositions de la Convention qui le nécessitent. La Cour consacre cet effet horizontal par le biais des obligations positives

L'effet horizontal indirect est également consacré et il met plus directement en évidence le rôle primaire de l'Etat en matière de Droits de l'homme, en dehors de l'intervention d'un organe juridictionnel interne. Si en principe les relations privées échappent à la compétence des organes de contrôle de la Convention européenne des Droits de l'homme, elle peut en connaître indirectement par le biais du rôle de l'Etat. Certes les obligations souscrites par les Etats dans la Convention possèdent essentiellement un caractère objectif ; elles ont pour but principal de protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les ingérences injustifiées des Etats, sans très clairement créer des droits réciproques entre particuliers ; mais c'est à l'Etat qu'il revient de rendre effectifs ces droits pour les personnes privées et donc entre elles. Les droits réciproques entre les particuliers sont donc indirectement institués par la médiation de l'Etat. L'Etat, par le biais de son rôle de réglementation, est ainsi le garant de l'application de la Convention entre Etat et personnes privées et entre personnes privées ; il est chargé d'assurer l'effet vertical et horizontal direct et indirect de la Convention. L'Etat est débiteur, outre d'obligations négatives, d'obligations positives consistant à

²⁴² Il en va d'ailleurs de même s'agissant d'une norme constitutionnelle.

²⁴³ Pour une définition D. SPIELMANN, L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'homme entre personnes privées, Bruylant 1995, p. 19.

²⁴⁴ F. RIGAUX, La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Bruylant, LGDJ 1990 n°610, n°605.

faire respecter par les autorités publiques la Convention, à assurer au sein de son Etat, notamment par les organes juridictionnels, la sanction d'une violation de la Convention par les personnes privées et à prévenir des entités privées de violer certaines dispositions de la Convention des Droits de l'homme. Les personnes privées voient ainsi se profiler plus clairement leur statut de sujet du droit européen des Droits de l'homme même si l'Etat demeure le sujet majeur de la Convention et s'il est à la source de tout effet vertical ou horizontal des normes de la Convention.

2 - Une réalisation imposée de l'effet horizontal

L'appel à la théorie des obligations positives matérialise cette approche de l'effet horizontal qui est finalement conçu au travers de l'Etat, l'effet horizontal étant assuré par le biais des obligations positives.

La Cour Européenne a ainsi su bâtir la théorie des obligations positives qui, tout en s'adressant initialement aux Etats, facilite incontestablement l'effet horizontal de la C.E.D.H..

En effet, les obligations positives consistent, par essence, à faire peser sur les Etats une obligation d'agir afin de garantir effectivement la réalisation de la Convention à laquelle ils ont adhéré. Cette conception jurisprudentielle relève indubitablement d'une vision dynamique et constructive de la Convention ; les auteurs s'accordent d'ailleurs pour souligner qu'il s'agit d'une extension du pouvoir interprétatif du juge européen²⁴⁵. Une telle jurisprudence est tout à fait novatrice car elle implique à la fois une contrainte forte sur les Etats, toujours attachés aux prérogatives résultant de leur souveraineté, et une vision moderne des mécanismes de protection des Droits de l'homme²⁴⁶.

La jurisprudence des obligations positives est, malgré tout, apparue très tôt dans les décisions de la Cour. C'est l'affaire linguistique belge qui a permis sa mise en place²⁴⁷ : la Cour souligne les obligations positives pesant sur l'Etat dans le but de conférer à l'article 2 du Premier Protocole des effets concrets. Cette disposition, formulée de manière négative ("nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction ") conduit la Cour à imposer à l'Etat belge d'assurer un droit d'accès aux établissements scolaires existants et de reconnaître les diplômes résultant de qualifications déjà obtenues. De cette manière, l'Etat belge devait rendre effectif le droit à l'enseignement. En 1979, l'arrêt *Marckx* a confirmé ce principe relativement au droit au respect de la vie privée, à propos du statut des mères célibataires et de leurs enfants nés hors mariage²⁴⁸. Puis, comme le souligne le professeur Sudre²⁴⁹, c'est à partir de 1985 que le juge européen va faire de cette théorie un mode habituel de résolution des conflits. En 1994, un élan nouveau sera aussi impulsé à cette jurisprudence puisque huit arrêts y feront référence, permettant d'ailleurs de définir la notion d'obligations positives.

La théorie jurisprudentielle des obligations positives semble donc bien établie. Malgré tout, elle se heurte toujours à des critiques auxquelles la jurisprudence de la Cour répond en partie. Le concept d'obligations positives se heurte évidemment à la conception classique selon laquelle seuls les Etats sont débiteurs des droits et libertés²⁵⁰. De plus, la théorie implique les Etats au-delà de ce qu'ils croyaient être leur engagement lorsqu'ils ont adhéré à la Convention : des pays comme la France, traditionnellement reconnus comme protégeant les Droits de l'homme ont du mal à se voir imposer des actions ou des modifications de leur législation. A ces critiques, on doit ajouter la

²⁴⁵ D. SPIELMANN, Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention, p. 136 et s.; F. SUDRE, Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des Droits de l'homme, RTDH 1995 p.363, sp. p. 366.

²⁴⁶ Cette vision est nécessairement moderne car la protection des Droits de l'homme est le fruit d'un mécanisme international qui implique une volonté délibérée de l'Etat de protéger les droits et libertés de ses citoyens.

²⁴⁷ Cour E.D.H. 23 juillet 1968, *affaire linguistique belge* Série A n° 6.

²⁴⁸ Cour E.D.H. 13 juin 1979, *affaire Marckx contre Belgique*, Série A n°31.

²⁴⁹ F. SUDRE, précité, p. 1.

²⁵⁰ Voir supra.

traditionnelle crainte du gouvernement des juges toujours présente et renforcée lorsqu'il s'agit d'un juge international.

En écho à ces réserves, on ne peut qu'en souligner les effets restrictifs sur la protection effective des Droits de l'homme car finalement, les obligations positives permettent au juge européen de s'assurer que les conditions indispensables à l'effet horizontal seront mises en place afin que le texte se prolonge jusqu'aux individus et fournisse ainsi le soubassement indispensable à la concrétisation des droits et libertés. La Cour insuffle cette vision progressiste en développant, à propos des obligations positives, la théorie de l'inhérence²⁵¹ : elle affirme que l'obligation positive pesant éventuellement sur un Etat est "inhérente" au droit conventionnel, elle permet l'effectivité des droits spécifiques énoncés par le texte.

Ces droits resteraient théoriques voire symboliques s'ils ne trouvaient pas une application dans les relations entre particuliers. Les obligations positives imposées à l'Etat deviennent alors un moyen de rendre effectifs les droits conventionnels entre particuliers. Si les obligations positives étaient conçues comme inhérentes à la Convention, elles sont devenues une technique à part entière aboutissant à garantir intégralement les effets de la Convention, c'est-à-dire les effets interindividuels. Plusieurs arrêts marquants soulignent cette analyse.

La Cour précise, en 1978 dans l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni*, que "la Convention ne se contente pas d'astreindre les autorités suprêmes des Etats contractants à respecter elles-mêmes les droits et libertés qu'elle consacre (...) , elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou en corriger la violation aux niveaux inférieurs"²⁵². Ensuite, la décision *Young, James et Webster* rendue en 1981 qui permet à la Cour Européenne de mettre en cause l'Etat parce que sa législation rend possible des atteintes à la liberté syndicale²⁵³, permet aussi au juge européen d'apprécier les effets entre particuliers du comportement étatique attentatoire à la liberté considérée. En effet, la législation nationale du droit du travail permettait de licencier des cheminots en vertu d'un accord imposant l'appartenance à un syndicat comme condition de l'emploi. C'est alors dans les relations interindividuelles (celles de l'employeur et de ses salariés) que réside concrètement la violation des droits et libertés. Cette considération horizontale détermine la teneur de la décision du juge puisqu'il y a violation par un particulier des Droits de l'homme²⁵⁴. Quelques années plus tard, une seconde décision *X... et Y... contre Pays-Bas*²⁵⁵ rappelle très clairement que la portée des droits énoncés par la Convention s'étend jusqu'aux rapports des individus entre eux. La Cour a imposé à l'Etat d'organiser la protection juridique des malades mentaux par des dispositions législatives civiles et pénales. En l'occurrence, la Cour reprochait à l'Etat un vide législatif préjudiciable au respect de la vie privée "jusque dans les relations des individus entre eux"²⁵⁶. En effet, consécutivement au viol d'une malade mentale, les requérants s'étaient trouvés dans l'impossibilité d'exercer un recours leur permettant d'assurer le plein respect de la vie privée, c'est-à-dire même lorsque ce droit est remis en cause non pas par l'autorité publique mais par un particulier (l'auteur du viol, en l'espèce). Il s'agit bien, là encore, d'un exemple d'obligations positives destinées à assurer les effets horizontaux de la Convention. Cet effet horizontal est confirmé dans l'arrêt *Lopez-Ostra*, la Cour appliquant l'article 8 à la situation d'inaction des autorités locales face aux émanations nauséabondes d'une station d'épuration d'une tannerie²⁵⁷.

²⁵¹ F. SUDRE, p. 367

²⁵² Cour E.D.H. 18 janvier 1978 *Irlande c/ Royaume-Uni*, Série A n° 25 § 239.

²⁵³ Voir *infra* à propos de l'intervention sollicitée de l'Etat.

²⁵⁴ Voir le paragraphe 49 de la décision : " le droit en vigueur à l'époque... a rendu possible le traitement dont se plaignent les particuliers"

²⁵⁵ Cour E.D.H. 26 mars 1985 *X... et Y... contre Pays-Bas*, Série A, n° 91.

²⁵⁶ Le juge européen déclare en l'occurrence que le respect au droit de la vie privée et familiale appelle des obligations positives pouvant "impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux".

²⁵⁷ Cour E.D.H. 9 décembre 1994 *Lopez-Ostra*, Série A n° 303-C.

Mais l'arrêt *Botta contre l'Italie* du 24 février 1998 semble marquer un coup d'arrêt, ou tout du moins une période de respiration, permettant aux Etats d'intégrer la jurisprudence relative aux obligations positives. La Cour ne sanctionne pas la non-adoption par l'Etat des mesures permettant de remédier aux carences imputables à des établissements de bains privés empêchant l'accès à la plage et à la mer à des handicapés²⁵⁸. En effet, la Cour affirme que le droit au respect de la vie privée permettant au requérant «de pouvoir accéder à la plage et à la mer, loin de sa demeure habituelle, pendant ses vacances, concerne des relations interpersonnelles d'un contenu si ample et indéterminé qu'aucun lien direct entre les mesures exigées de l'Etat pour remédier aux omissions des établissements de bains privés et la vie privée de l'intéressé, n'est envisageable ». Cet arrêt peut s'analyser comme la marque d'une jurisprudence réaliste, limitant «l'extension tentaculaire du concept européen de droit au respect de la vie»²⁵⁹ et permettant, à l'extrême, une interprétation contre nature de l'article 8 ou simplement une interprétation sociale intégrant les activités récréatives.

Néanmoins, la jurisprudence européenne consacre désormais largement l'effet horizontal de la Convention²⁶⁰ et le rôle de l'Etat subséquent, notamment en matière de droit de manifester²⁶¹, de droit à la vie²⁶², de droit à l'instruction²⁶³, d'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants²⁶⁴, ou de droit à la liberté et à la sûreté²⁶⁵. Du fait de l'extension du champ d'application de la théorie des obligations positives, on a valorisé les Droits de l'homme par l'extension simultanée de leur domaine d'application. On est passé d'une garantie des Droits de l'homme dans le cadre des relations Etat-particuliers à la même garantie dans la relation de particuliers à particuliers.

Les obligations positives s'appliquent donc aussi bien pour assurer l'effet vertical qu'horizontal de la Convention européenne des Droits de l'homme. "Les Etats sont non seulement tenus de ne pas porter atteinte eux-mêmes, par leurs autorités, aux droits et libertés reconnus dans la Convention, qui ont une valeur *erga omnes*²⁶⁶, mais encore de ne pas créer, par l'effet de leur législation ou par l'absence de dispositions adéquates, des situations conduisant un particulier à léser impunément les droits et libertés d'autrui. En effet, les Etats liés par la Convention sont garants de sa bonne exécution sur leur territoire"²⁶⁷. Ainsi "cette construction doctrinale a pour effet d'étendre les obligations de l'Etat : la violation d'un droit protégé par la Convention peut résulter d'une ingérence de l'Etat, d'une abstention de l'Etat constitutive d'une méconnaissance des droits garantis et d'une abstention de l'Etat permettant aux tiers de s'immiscer dans le droit garanti"²⁶⁸. Il doit adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que l'individu tient de la Convention²⁶⁹. L'Etat peut alors être tenu par une obligation de résultat ou de moyens, tout dépend

²⁵⁸ Cour E.D.H. *Botta contre l'Italie*, 24 février 1998, V. B. MAURER, De quelques questions posées par les handicapés physiques à la Convention européenne des Droits de l'homme RTDH 1999 p 600.

²⁵⁹ J.P. MARGUENAUD, La délimitation par la Cour de Strasbourg du domaine de l'effet horizontal de la C.E.D.H. RTD Civ. 1999 p. 498.

²⁶⁰ F. SUDRE, Droit international et européen des Droits de l'homme, op. cit. n° 134 p. 198.

²⁶¹ Cour E.D.H. 21 juin 1988, *Plattform "Artze für das Leben"*, Série A n° 139, § 32.

²⁶² Com DR 28 février 1993 *W c/ Royaume-Uni*, D et R 32, p 190, Cour E.D.H. *Osman c/ Royaume-Uni* 28 octobre 1998, § 115-116.

²⁶³ Cour E.D.H. 25 mars 1993, *Costello-Roberts*, § 27.

²⁶⁴ HLR c/ France 29 avril 1997, R 1997, 745 Obs Sudre JCP 1998 I 107 n°8 et s, RUDH 1997 347 note N. CHAUVIN.

²⁶⁵ Cour E.D.H. 28 novembre 1988 *Nielsen* Série A n° 144, internement d'un enfant par décision de sa mère.

²⁶⁶ *Obiter dictum* de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

²⁶⁷ D. SPIELMANN, L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'homme entre personnes privées, Bruylant 1995 p. 8, préface de P. LAMBERT.

²⁶⁸ F. SUDRE, Droit international et européen des Droits de l'homme, 4^e ed 1999 n° 134 p 198.

²⁶⁹ Cour E.D.H. 9 décembre 1994 *Lopez-Ostra*, Cour E.D.H. 21 février 1990 *Powell et Rayner*.

du droit en cause ; l'Etat est par exemple tenu à une obligation de résultat à propos du droit à un procès équitable²⁷⁰ et à une obligation de moyens en matière de liberté de réunion²⁷¹.

Son rôle en matière de Droits de l'homme est ainsi renforcé en confirmant si besoin était la conception de l'Etat providence ou même du "tout Etat". La législation, comme au sens large la réglementation interne, doivent donc s'adapter à leur nouvelle mission en éliminant toute zone de non droit et en adoptant des mesures adéquates, incitatives ou coercitives²⁷², prévenant les atteintes aux Droits de l'homme ou les sanctionnant. L'effet horizontal de la Convention sera ainsi relayé au niveau interne en accroissant la sécurité juridique des personnes privées. Dans cette optique, le rôle des comités consultatifs, tel le comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé ou la commission nationale consultative des Droits de l'homme, est essentiel. L'élaboration de la protection interne des Droits de l'homme européens doit donc être appréhendée avec le plus grand soin au regard des principes consacrés par la C.E.D.H. et notamment de l'effet horizontal indirect de la Convention pour ne pas encourir la sanction de la Cour E.D.H. : autant l'action de l'Etat est sollicitée autant elle est contrôlée et sanctionnée.

B - Une intervention étatique contrôlée par la Cour

Deux problèmes sont ici à résoudre : celui de l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour un fait commis par des personnes privées dans le cadre de rapports entre elles, et celui subséquent des modalités de cet engagement.

1 - Le principe de l'engagement de la responsabilité de l'Etat.

Le caractère objectif des obligations à la charge des Etats parties à la Convention se prolonge dans le mécanisme de contrôle juridictionnel essentiellement interétatique, prévu en cas de violation des droits. On a pu alors soutenir que l'application horizontale de la Convention par les cours et tribunaux internes créerait des droits dont le respect ne pourrait être soumis au contrôle de la Commission, voire de la Cour E.D.H., étant donné que ces organes sont incompétents pour connaître de requêtes dirigées contre des personnes privées²⁷³. Peut-on alors dire que la responsabilité de l'Etat ne pourrait être engagée devant les organes européens en cas de violation de la Convention dans le cadre de relations entre personnes privées ?

La réponse semble être négative ; en effet une personne privée peut engager la responsabilité de l'Etat pour violation de la Convention, certes émanant au premier abord de personnes privées, mais découlant prioritairement du fait du non respect de ses obligations positives par l'Etat²⁷⁴, car ce dernier, on le sait, est obligé de protéger l'individu contre des violations éventuelles émanant de personnes non publiques²⁷⁵. L'Etat peut être sanctionné car il se présente sur le plan international

²⁷⁰ Cour E.D.H. 10 juillet 1984 *Guincho*, Série A-n° 81 § 38 ; 26 octobre 1984 *De Cubber* Série A-n° 86 § 35, 12 février 1985 *Colozza* Série A-n° 89 § 30.

²⁷¹ Cour E.D.H. 21 juin 1988 *Plattform "Arzte für das Leben"*, Série A-n° 139 § 34 et 36.

²⁷² J. RIVERO, La protection des Droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées op. cit. p. 317 et s.

²⁷³ BERTRAM, Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und ihre Auswirkung auf die deutsche Rechtsprechung, Rapport présenté au 5° congrès de la "Deutschen Richterakademie", 1969 p. 9 et 10 cité par D. SPIELMANN, L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'homme entre personnes privées, op. cit. p. 40.

²⁷⁴ M-A EISSEN, La Convention européenne des Droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour in René Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber III*, Paris, Pédone, 1971 p. 155-156.

²⁷⁵ H. GOLSONG, Das Rechtsschutzsystem der EMRK, Karlsruhe 1958 p. 57 et 18, Francis G. JACOBS, The European Convention on Human Rights, Oxford 1975 p. 11 et 227. Bibliographie citée par D. SPIELMANN, L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'homme entre personnes privées, op. cit. p. 64, note 180. Rapport du 14 décembre 1979 de la Commission .

comme le garant de tout rapport instauré au sein de son ordre juridique interne, il peut alors créer les conditions de la violation des droits du fait de sa législation ou de ses juridictions²⁷⁶.

D'après le droit international public général et si on s'en tient au projet sur la responsabilité de l'Etat, établi par la Commission du droit international²⁷⁷, le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat n'est pas considéré comme un fait de l'Etat sauf exception. Néanmoins l'Etat peut être responsable du fait de sa législation ou de sa réglementation. Les juridictions internationales ont déjà admis sans difficulté et depuis longtemps la responsabilité de l'Etat en cas de violation de la règle internationale par la législation nationale²⁷⁸. De même, en cas de violation du droit communautaire, la responsabilité de l'Etat membre peut être retenue pour les dommages causés aux particuliers par la non-transposition d'une directive²⁷⁹; plus largement la responsabilité de l'Etat est engagée pour les dommages causés aux particuliers du fait des actes et des omissions du législateur national contraires au droit communautaire²⁸⁰. Pour le juge interne administratif, il s'agit également d'une faute de l'Etat qui a manqué à ses obligations communautaires²⁸¹. En droit interne la responsabilité de l'Etat est envisagée du fait de sa réglementation illégale ou du défaut de réglementation²⁸², pour faute, ou du fait des lois, pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, en attendant la consécration d'une responsabilité pour faute du législateur²⁸³.

En outre, on peut admettre que certains articles de la Convention européenne des Droits de l'homme envisagent une telle responsabilité. On peut considérer que l'article 1^o de la Convention, en posant la reconnaissance par les Etats parties de droits et libertés au profit des personnes, consacre également le principe des obligations positives et pose simultanément celui du rôle de l'Etat et celui de sa responsabilité en cas de défaillance. De même l'article 6 § 1 en affirmant le droit à un procès équitable en ce qui concerne les contestations sur les droits et obligations de caractère civil et l'article 13 qui pose le principe d'un recours effectif obligent également l'Etat et le rendent responsable si des violations des Droits de l'homme commises par une personne privée à l'encontre d'une autre ne sont pas redressées par le moyen d'un recours effectif²⁸⁴. L'Etat peut voir sa responsabilité engagée du fait "de son ingérence active" dans tel ou tel droit mais aussi du fait de la non-adoption des mesures positives que l'application concrète du droit réclamait" finalement du fait de son ingérence "passive". Cette dernière recouvre "deux modalités, selon que l'abstention de l'Etat entraîne en soi une atteinte au droit garanti ou qu'elle permet aux tiers de s'immiscer dans le droit garanti"²⁸⁵. L'obligation qui pèse sur l'Etat en cas de violation de la Convention engloberait alors le comportement des personnes privées; la défaillance du système de droit interne rend possible la violation par des personnes privées du droit protégé. On ne reproche pas à l'Etat le comportement de l'individu mais celui de ses organes, et leur manquement à leurs obligations.

²⁷⁶ C. ZANGHI, La protection des Droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, Mélanges Cassin, op. cit. p. 269.

²⁷⁷ Yearbook of the International Law Commission 1980, Vol 2 p 30-34.

²⁷⁸ Sentence arbitrale, 14 septembre 1872, Affaire de l'*Alabama*; CPIJ Avis du 10 septembre 1923 Affaire *des colons allemands en Pologne*, Série B, n°6.

²⁷⁹ CJCE 16 novembre 1991, *Franovich et Bonifaci*, RFDA 1992 1, note DUBOUIS.

²⁸⁰ CJCE 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame III*, RFDA 1996 p. 583.

²⁸¹ CE Ass 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et autres*, Rec. p. 78.

²⁸² CE 14 décembre 1962, *Doublet*, R 680.

²⁸³ Pour une tentative CAA Paris 1^o juillet 1992 *Société Jacques Dangeville* R 558. Voir O, GOHIN "La responsabilité de l'Etat en tant que législateur" RIDC 1998, p. 606 et s.

²⁸⁴ D. SPIELMANN, L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'homme entre personnes privées, op. cit. p. 66, A KHLL "Zwischen Staat und Weltstaat", 1969 p 316, F.G. JACOBS, The European Convention on Human Rights op. cit. p. 12.

²⁸⁵ F. SUDRE, Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des Droits de l'homme, op. cit. p. 369, p. 370 et s pour des exemples jurisprudentiels.

Les organes européens reconnaissent cette responsabilité étatique et soulignent que l'obligation qui pèse sur l'Etat couvre également le comportement des particuliers²⁸⁶.

La Commission des Droits de l'homme se plaçait déjà sur le terrain de la procédure et des sanctions, non sur celui du fond et des obligations²⁸⁷. En effet elle souligna qu'en vertu de "l'article 25 de la Convention, elle peut être saisie d'une requête par toute personne qui se prétend victime d'une violation à son détriment par l'Etat défendeur d'un droit garanti par la Convention et ne peut être saisie de requêtes dirigées contre un particulier..."²⁸⁸. Néanmoins, elle admet la présence d'obligations positives à la charge de l'Etat et elle remarque que les agissements des personnes pourraient exceptionnellement entraîner la responsabilité internationale sur le terrain de la Convention²⁸⁹. Dans l'affaire du *Syndicat national de la police belge* et dans son rapport du 27 mai 1974, elle "a admis que la responsabilité de l'Etat peut être engagée en ce qui concerne la protection des personnes privées contre des violations de Droits de l'homme commises par d'autres groupes d'individus ou d'associations"²⁹⁰. Dans une décision du 12 octobre 1978, la Commission, s'agissant d'une requête présentée par une fondation contre les Pays-Bas, a considéré, bien que les griefs trouvent leur origine dans un contrat de droit privé, que la responsabilité de l'Etat peut être engagée. Le contrat avait été conclu sur la base d'une convention collective de travail possédant force légale par approbation du ministre de la santé publique et des affaires sociales conformément au droit néerlandais²⁹¹. Dans une autre affaire, elle a considéré que les autorités néerlandaises avaient permis aux requérants de proclamer librement des thèses raciales discriminatoires et encourageaient la discrimination prohibée par la Convention²⁹². Dans le domaine des campagnes de presse, elle souligne que si une campagne de presse a une influence sur un jury, ou porte atteinte à la présomption d'innocence, le procès n'est plus équitable ; une violation de l'article 6 § 1 de la Convention est patente, l'Etat est alors débiteur d'obligations positives en vue de rétablir ou de garantir cette équité²⁹³. De tels constats de violation supposent que les principes du procès équitable ou de la présomption d'innocence s'appliquent dans les rapports entre particuliers et soulignent la responsabilité étatique. La Commission en matière de liberté syndicale a également décidé que, lorsque la responsabilité de l'Etat ne peut pas être directement engagée, une violation de la Convention peut être retenue si le droit interne ne protège pas les droits garantis ou s'il n'existe pas de recours suffisants pour assurer la protection de la loi²⁹⁴. Elle a également retenu que la responsabilité de l'Etat néerlandais pouvait être engagée s'agissant de règlements d'organismes privés contraires à la Convention, notamment lorsque les organes juridictionnels du pays ont compétence pour examiner l'application du règlement²⁹⁵. Certains organismes privés se voient dotés de larges pouvoirs au regard de leurs membres et l'article 6 de la Convention peut ne pas être respecté par l'organisme privé et son effectivité peut ne pas être assurée par l'Etat.

²⁸⁶ H. DIPLA, La responsabilité de l'Etat pour violation des Droits de l'homme - Problèmes d'imputation- ed Pédone, 1994 p. 67.

²⁸⁷ M-A EISSEN, La Convention européenne des Droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour Mélanges Cassin III 1971, p. 157.

²⁸⁸ Com. décision du 12 janvier 1994, req n°19217/ 91 Affaire *Durini c/ Italie* Bull drt h 3.

²⁸⁹ Req n°1477/62, Annuaire de la Convention, Vol 6, 1963 p 623.

²⁹⁰ D. SPIELMANN, L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'homme entre personnes privées, op. cit. p. 69 L'affaire a été tranchée par la Cour européenne le 27 octobre 1975, Série B n°17.

²⁹¹ Décision du 12 octobre 1978 Req n°7669/76, DR 15 p 33-136. La société requérante était membre d'une association d'employeurs qui avait conclu l'accord en question avec les syndicats, elle se fondait sur l'article 1er du Premier Protocole additionnel n° 1 à la Convention et se plaignait de l'usage des ressources de la fondation et de l'obligation d'y adhérer.

²⁹² Affaire *J. Glimmerveen et J. Hagenbeek c Pays-Bas*, décision du 11 octobre 1979 Req n°8348/78 et n°8406/ 78, DR 18 p. 197-208.

²⁹³ Décision du 6 mars 1991, affaire *Berns et Ewert c Luxembourg* ; Req n°13251/87, Bull drt h 1 1993.

²⁹⁴ Décision du 24 juillet 1970 et 1 février 1971, Annuaire de la Convention Vol. 14 1971 p. 188, 198 et 220.

²⁹⁵ Décision du 3 mai 1983, Req n°9322/81, DR 32 p. 180 et s ; il s'agissait d'un footballeur désirant conclure un contrat avec un nouveau club, n'obtenant pas l'accord d'une association et invoquant l'article 4§2 de la Convention.

La Cour E.D.H. admet également la responsabilité de l'Etat du fait de la reconnaissance même de la théorie des obligations positives qui s'applique y compris dans les relations entre particuliers. Dès lors que l'Etat doit rendre effectifs certains droits, y compris dans les rapports entre particuliers, il peut engager sa responsabilité en cas de "manquement". Dans l'affaire *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, la Cour estime que l'Etat peut permettre à des organismes privés, tels des organes disciplinaires, de conduire des procédures réglementées par l'article 6 de la Convention ; mais l'Etat est responsable à l'égard de la Convention du déroulement du procès²⁹⁶. De même la Cour E.D.H. lorsqu'elle admet l'applicabilité de la Convention aux rapports entre personnes privées dans sa décision *Young, James et Webster* du 13 août 1981, met simultanément en cause l'Etat, dans un cadre interindividuel, et sanctionne la violation de la Convention par le Royaume-Uni car "le droit en vigueur a rendu licite le traitement dont se plaignaient les intéressés". La jurisprudence était ainsi établie ; elle est depuis lors constante. Un tel raisonnement a été notamment retenu dans l'affaire *X et Y c/ Pays-Bas* où la Cour a consacré explicitement que les obligations à la charge de l'Etat peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée y compris dans les relations entre personnes privées, une approche similaire a été adoptée dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*²⁹⁷.

L'effet horizontal indirect accepté, la responsabilité internationale de l'Etat peut être plus largement engagée dès lors que la législation au sens large de l'Etat rend possible la violation par les particuliers d'un droit garanti par la Convention. "Les Etats sont responsables non pour, mais en ce qui concerne la conduite des personnes publiques et privées relevant de leur juridiction"²⁹⁸. La responsabilité internationale étatique pourrait encore être engagée si les juridictions internes refusaient de donner un effet horizontal direct à la Convention, mais ici la Convention exercerait un effet vertical en s'appliquant directement aux pouvoirs publics.

Que doit donc faire l'Etat dans le cadre des obligations positives pour ne pas voir sa responsabilité engagée pour ingérence passive?

2 - Les modalités de contrôle des obligations positives

Afin de garantir la mise en œuvre étatique de l'effet horizontal, la Cour E.D.H. a dégagé des principes de contrôle de l'ingérence passive systématisés par le Professeur Sudre²⁹⁹. Le contrôle s'organise autour de la marge d'appréciation laissée à l'Etat et autour du principe de proportionnalité qui permet d'apprécier la nécessité de la mesure prise. Ces deux principes peuvent permettre de légitimer des mesures étatiques dérogeant aux obligations positives mises à la charge de l'Etat par la Cour. Finalement les concepts modérateurs³⁰⁰ de la marge d'appréciation et du principe de proportionnalité ne concernent que l'action de l'Etat en rendant possible une réduction de l'obligation positive. Ces principes ne jouent « pas en la matière, en faveur de l'individu mais contre lui puisque la rupture du juste équilibre le prive d'une obligation positive qui aurait rendu son droit plus effectif »³⁰¹.

²⁹⁶ Cour E.D.H. 23 juin 1981 *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, § 47-48.

²⁹⁷ Cour E.D.H. 25 mai 1985 *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, § 67.

²⁹⁸ D. SPIELMANN, L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'homme entre personnes privées, op. cit. p. 81.

²⁹⁹ F. SUDRE, Les "obligations positives" dans la jurisprudence de la Cour E.D.H., R.U.D.H. 1995 p. 375 et s. E. KASTANAS, Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour E.D.H. Bruxelles, Bruylant, 1996 ; D. SPIELMANN Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention, op. cit. p. 141. Voir également la présentation claire et complète de ces notions dans l'ouvrage de J-P MARGUENAUD, La Cour E.D.H. op. cit. p. 46 et s.

³⁰⁰ J.P. MARGUENAUD, La Cour E.D.H., op. cit. p. 46.

³⁰¹ J.P. MARGUENAUD, La Cour E.D.H., op. cit. p. 53.

La Cour a accordé dans des arrêts antérieurs la liberté de choix des moyens dont dispose l'Etat pour satisfaire à ses obligations positives³⁰² ; la Cour s'interdisait de contrôler les moyens adoptés par l'Etat, l'Etat était tenu à une simple obligation de moyens. Mais le contrôle exercé sur l'Etat s'effectue aujourd'hui par la technique de la marge d'appréciation . Cette technique permet de reconnaître aux Etats un pouvoir discrétionnaire, tout en laissant la possibilité à la Cour de délimiter l'étendue de ce pouvoir. "L'étendue de la marge d'appréciation varie (alors) selon les circonstances de temps, de lieu, la nature du droit en cause ou des activités en jeu, le but de l'ingérence au droit, l'existence ou non d'un "dénominateur commun" aux systèmes juridiques des Etats contractants "³⁰³. Néanmoins ce concept de marge d'appréciation peut porter atteinte à l'effectivité des droits contenus dans la Convention européenne des Droits de l'homme, dès lors que la marge d'appréciation laissée à l'Etat est entendue trop largement ou entendue de manière divergente selon les espèces. Le flottement inhérent à la marge d'appréciation peut alors être tempéré par le principe de proportionnalité qui est un élément de son contrôle.

La notion de proportionnalité régit donc également le contrôle du respect des obligations positives. Elle est introduite par l'arrêt *Rees* du 17 octobre 1986. "Pour déterminer s'il existe une obligation positive il faut alors prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et l'intérêt de l'individu". Dans le cadre des obligations positives la Cour semble contrôler la nécessité de la mesure. L'arrêt *Powell et Rayner* stabilise les modalités du contrôle juridictionnel exercé en matières d'obligations positives sur les ingérences passives et sur les ingérences actives d'une autorité publique, en soulignant que dans les deux cas il faut ménager le juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble, et que dans les deux cas l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer les mesures à prendre afin d'assurer le respect de la Convention. Le même contrôle est donc exercé sur l'Etat qu'il s'agisse d'ingérence passive dans le cadre des obligations positives ou d'ingérence active dans le cadre des obligations négatives qui pèsent sur l'Etat. M. Sudre fait remarquer que le contrôle choisi, loin d'être un contrôle réduit est "un contrôle normal sur la finalité et sur la nécessité de la mesure, c'est-à-dire sur la proportionnalité de l'ingérence au but légitime poursuivi" et le contrôle de proportionnalité s'exerce en rapport avec la marge d'appréciation reconnue à l'Etat³⁰⁴. On pourrait alors, en parallèle avec le droit administratif français, parler de contrôle normal maximum, la nécessité de la mesure étant appréhendée en laissant une large marge d'appréciation à l'Etat et finalement une adaptation, une adéquation de la mesure aux circonstances étant requise. Le contrôle exercé permet alors tout autant d'éviter des restrictions allant à l'encontre des Droits de l'homme, que d'alléger les obligations mises à la charge de l'Etat.

Le contrôle exercé peut ainsi s'avérer assez flou. Quoi qu'il en soit le rôle de l'Etat est ainsi très encadré car il demeure le vecteur essentiel de l'application de la Convention entre particuliers ; l'effet vertical de la Convention conditionne plus que jamais son effet horizontal, ne serait-ce que parce que "la protection des Droits de l'homme à l'encontre de l'Etat conduit de façon inéluctable à les protéger aussi dans les rapports entre particuliers" et parce que l'Etat est seul en mesure d'imposer aux particuliers le respect de leurs libertés réciproques³⁰⁵. Le droit des Droits de l'homme est avant tout un droit interétatique à l'image du droit international public même s'il tend à infléchir sa nature première en consacrant des droits et des obligations au profit des personnes privées.

³⁰² Cour E.D.H. 9 octobre 1979 *Airey*.

³⁰³ F. SUDRE, Les "obligations positives" dans la jurisprudence de la Cour E.D.H., R.U.D.H. 1995 p. 376. Par exemple : Cour E.D.H. 28 mai 1985 *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, s'agissant d'époux ne pouvant se rejoindre en vertu de la législation anglaise relative à l'immigration, la Cour se fonde sur l'imprécision de la notion de "respect de la vie familiale" dont les exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre ; Cour E.D.H. 17 octobre 1986 *Rees*, s'agissant d'un transsexuel ne pouvant s'intégrer à la vie sociale, arrêt dans lequel la Cour note l'absence de "communautés de vie en matière de transsexualisme".

³⁰⁴ F. SUDRE, Les "obligations positives" dans la jurisprudence de la Cour E.D.H., R.T.D.H. 1995 p. 379.

³⁰⁵ J. RIVERO, La protection des Droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées op. cit. p. 312, p 315.

Les fondements théoriques de l'influence de la jurisprudence de la Cour E.D.H. sur le droit privé sont désormais déterminés. Certes, ils sont encore à bien des égards difficiles à distinguer mais il est indéniable qu'ils existent. C'est à un travail concret qu'il faut alors se livrer : il est nécessaire d'apprécier pragmatiquement comment se matérialise l'influence de la jurisprudence européenne sur les autorités normatives françaises.

DEUXIEME PARTIE

LES MANIFESTATIONS CONCRETES DE L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME SUR LE DROIT PRIVE FRANÇAIS

Eric GARAUD, Professeur agrégé de droit privé à l'Université de Limoges

Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Professeur agrégé de droit privé à l'Université de Limoges

Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD, Maître de Conférences de droit privé à l'Université de Limoges

Béatrice MOUTEL, doctorante à l'OMIJ

Jean-Marie PLAZY, Maître de Conférences de droit privé à l'Université de Limoges

Concrètement, la jurisprudence de la Cour E.D.H. ne peut modifier le droit privé que si les autorités normatives françaises font quelques efforts pour l'accueillir. Il est donc intéressant d'essayer de mesurer et d'apprécier leurs réactions sur ce point dont l'importance doit être à nouveau soulignée : c'est une des mutations les plus profondes jamais opérées par le droit français qui est en jeu. Une analyse systématique des arrêts rendus par les chambres civiles et la chambre commerciale de la Cour de cassation jusqu'en juin 1998 montre que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg rencontre devant la plus haute autorité judiciaire un écho encore si modéré (Chapitre I) qu'un relais législatif apparaît vivement souhaitable (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA PRISE EN COMPTE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME PAR LES JURIDICTIONS JUDICIAIRES FRANCAISES

Les juridictions judiciaires ne sont pas toujours cohérentes dans l'art d'appliquer la C.E.D.H., car elles déploient une égale imagination pour résister à certains principes dégagés par la Cour de Strasbourg et en développer d'autres, étant précisé toutefois que la majorité d'entre eux sont repris tels quels.

"C'est peut-être dans un jeu de pouvoir qu'il faut en trouver l'explication"³⁰⁶. L'impression dominante est que la jurisprudence française tient à asseoir sa propre autorité face à celle de la Cour européenne, aux dépens du justiciable qui demeure tributaire de l'accueil réservé par le juge national aux interprétations émanant de l'instance européenne.

De même, l'esprit de rivalité n'est sans doute pas étranger au fait que, depuis plusieurs années, nos magistrats cherchent à manier horizontalement la C.E.D.H., pour faire respecter les droits fondamentaux jusque dans les relations entre particuliers. N'est-ce pas là une réponse à l'avènement, dans la jurisprudence européenne, du concept d'obligations positives, qui permet de sanctionner les Etats en cas d'inobservation d'articles de la C.E.D.H. par des personnes privées ?

Ainsi, l'analyse de la pratique jurisprudentielle révèle une double tendance dont il importe de percer les tenants et aboutissants :

- une soumission modulée à l'autorité interprétative (I)
- une lente appropriation de l'effet horizontal (II)

I – UNE SOUMISSION MODULEE A L'AUTORITE INTERPRETATIVE

Pour apprécier le poids que l'autorité interprétative des arrêts de la Cour E.D.H. fait déjà peser sur les juridictions judiciaires françaises, il fallait entreprendre un dépouillement systématique des arrêts rendus par la Cour de cassation dans les domaines de spécialité des privatistes ayant accepté de mener la présente étude, c'est-à-dire le droit civil et le droit commercial.

Il n'était évidemment pas envisageable de réaliser le recensement de toutes les décisions des juridictions du fond, mais on aurait pu au moins tirer quelques enseignements de l'activité d'une ou deux Cours d'appel. Malheureusement, les résultats d'une enquête conduite auprès de la Cour d'appel de Limoges ont seulement permis de dégager l'impression qu'il y avait quelques magistrats particulièrement soucieux de prendre en compte la C.E.D.H. et l'interprétation qui en est délivrée par la Cour de Strasbourg.

Aussi a-t-il semblé plus rigoureux de s'en tenir à une analyse des décisions de la Haute juridiction judiciaire, en distinguant ses chambres civiles au sens strict et sa chambre commerciale. Il y a donc lieu de vérifier si ces formations traitent la jurisprudence européenne avec le même dédain que semble lui vouer la chambre criminelle pour qui les sentences de la Cour de Strasbourg n'ont aucune incidence directe en droit interne sur les décisions des juridictions nationales³⁰⁷ et qui parfois n'hésite pas à entrer en conflit avec ladite Cour, comme dans les arrêts Guérin et Coquin de 1994 contredisant la jurisprudence Poitrimol relative à la recevabilité du pourvoi en cassation du condamné en fuite³⁰⁸.

³⁰⁶ S. GUINCHARD, Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? Mélanges G. Farjat, Crédeco, Nice 1999, p. 139.

³⁰⁷ Cass. crim. 4 mai 1994, Saïdi, JCP, éd. G, 1994, II, 22349 note P. CHAMBON.

³⁰⁸ Cass. crim. 19 janvier 1994, Bull. Crim. n° 27 et 15 février 1994, Bull. Crim. n° 66.

A – La jurisprudence civile française face aux interprétations de la C.E.D.H. délivrées par le juge européen

Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD, Béatrice MOUTEL, Jean-Marie PLAZY

L'adage "nul n'est censé ignorer la loi"³⁰⁹, qui interdit au justiciable d'arguer de son ignorance de la règle pour se dérober à son application, ne pourrait-il pas inspirer une nouvelle maxime adressée au juge civil : "Nul n'est censé ignorer la jurisprudence³¹⁰ strasbourgeoise ?" Le juge français peut-il encore refuser de se soumettre à cette jurisprudence sous prétexte qu'il ne la connaît pas ou qu'il n'a pas pu la connaître?

La Convention européenne des Droits de l'homme est devenue, au fil des années et des affaires soumises à Strasbourg, indissociable de l'interprétation qu'en ont donnée la Commission et la Cour. La jurisprudence européenne s'est transformée en véritable source de droit au même titre que la Convention elle-même. Ainsi, la Cour a découvert une nouvelle lecture de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel, qui se décompose désormais en trois normes distinctes mais non indépendantes³¹¹. De même, la vie familiale protégée par l'article 8 est conçue largement par les organes de la Convention³¹². Tout article ayant fait l'objet d'une interprétation ne peut être séparé de celle-ci. L'ignorance de la jurisprudence strasbourgeoise par les tribunaux internes souhaitant se fonder sur la Convention européenne des Droits de l'homme ne saurait être de mise.

Les arrêts de la Cour E.D.H. s'imposent aux Etats sous la menace d'une condamnation éventuelle, malgré l'absence de lien de subordination entre l'organe supra-national et les juridictions internes³¹³. A la différence de la Convention elle-même et de ses protocoles, la vaste jurisprudence européenne n'est pas incorporée automatiquement dans les ordres juridiques nationaux. Pourtant, il est vivement conseillé aux juridictions nationales de se laisser entraîner dans la valse de l'interprétation donnée à Strasbourg, en s'enivrant de ses arrêts sans modération. La Cour européenne en tant que "phare"³¹⁴ de l'interprétation de la Convention, est la seule à pouvoir tenter d'harmoniser son application et, en tant qu'institution européenne, est la seule à délivrer une interprétation "officielle". L'idée a même été émise que, "dans la mesure où ces arrêts procèdent par voie d'interprétation d'un traité qui, (...) a en France une autorité supérieure à la loi, on peut aller jusqu'à dire qu'ils ont une autorité -autorité de fait, il est vrai - supérieure à la loi française elle-même"³¹⁵.

Avant de pouvoir se référer à la jurisprudence européenne, le juge interne devrait davantage se familiariser avec la Convention et s'imprégner de l'application qui en est faite à Strasbourg.

Cette investigation est d'autant plus nécessaire que la Cour E.D.H. n'a pas la compétence de statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation de la Convention, à l'inverse de la Cour de Justice des Communautés Européennes. La Cour strasbourgeoise bénéficie toutefois d'une compétence

³⁰⁹ Voir H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 1992.

³¹⁰ J. VOYAME, *Nul n'est censé ignorer la jurisprudence, quelques considérations sur la publication des décisions de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l'homme*, in *La protection des Droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymanns, Verlag, 1988, p. 673 à 677.

³¹¹ Cour E.D.H., arrêt *Sporrong et Lönnroth*, 23 septembre 1982, série A, n° 52, § 61. Cette solution a été qualifiée de véritable tournant jurisprudentiel, L. CONDORELLI, *Article premier du premier protocole additionnel*, in L. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des Droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 973.

³¹² J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des Droits de l'homme*, Dalloz, *Connaissance du droit*, 1997, p. 67.

³¹³ O. de SCHUTTER, *La coopération entre la La Cour européenne des Droits de l'homme et le juge national, à paraître à la Revue belge de droit international*.

³¹⁴ O. JACOT-GUILLARMOD, *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour E.D.H.*, in L. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des Droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 41.

³¹⁵ P. MAYER, *L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux Droits de l'homme*, in M. DELMAS-MARTY ET C. LUCAS DE LEYSSAC (dir.) *Libertés et droits fondamentaux, Introduction, textes et commentaires*, Paris, Seuil, 1996, p. 260.

consultative accordée par l'article 47 de la Convention, dont l'étendue est tellement limitée qu'elle perd son intérêt. En effet, la Cour ne peut être saisie que par le Comité des ministres et son avis ne peut porter ni sur les questions ayant trait au contenu ou à l'étendue des droits et libertés garantis par la Convention et ses protocoles, ni sur les autres questions dont les organes de la Convention auraient à connaître par suite de l'introduction d'un recours. L'ancien président de la Cour E.D.H., Gérard J. Wiarda, a regretté cette situation et a appelé de ses vœux qu'une réelle compétence consultative soit un jour accordée à la juridiction européenne³¹⁶. Faute d'une telle réforme, il appartient aux juges nationaux de se prononcer directement sur les espèces pendantes devant eux.

D'autres³¹⁷ ont prôné un accès encore plus rapide et plus aisé à la jurisprudence de Strasbourg afin d'obtenir une égalité des armes entre autorités et individus. À l'évidence, ils ne se faisaient aucun souci pour la diffusion de l'information auprès des magistrats. En France, elle ne devrait pas poser de difficultés puisque nos juges ont la chance que la langue française fasse partie des deux idiomes³¹⁸ dans lesquels se prononce la Cour. Quant à l'accessibilité des décisions, elle est désormais à son comble puisque les arrêts sont disponibles sur internet dès qu'ils sont rendus.

Si les conditions apparaissent propices à une prise en compte éclairée de la jurisprudence européenne par les juges français, qu'en est-il réellement?

À partir de l'étude de l'ensemble de la jurisprudence rendue par les trois Chambres civiles et l'Assemblée plénière de la Cour de cassation depuis 1981, date de la reconnaissance du droit de recours individuel par la France, il est apparu plus judicieux, plutôt que d'exposer de manière exhaustive la totalité des espèces soumises aux juridictions françaises³¹⁹, d'en retenir seulement la jurisprudence la plus caractéristique afin de tenter d'expliquer l'attitude du juge français, et donc la situation de la jurisprudence interne, au regard de l'interprétation européenne.

L'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne a été reconnue de manière implicite mais incontestable dans une affaire relative à la publicité des débats lors d'une procédure disciplinaire. Le conseil du demandeur au pourvoi avait invoqué l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981³²⁰, et la première Chambre civile, sans pour autant lui donner satisfaction, a accepté l'autorité des arrêts de la Cour européenne en se référant à l'article 6 paragraphe 1 « tel qu'interprété par l'arrêt de la Cour E.D.H. du 23 juin 1981 »³²¹. Cette attitude du juge français reste toutefois, comme on le verra, exceptionnelle.

Cet arrêt permet par ailleurs de souligner le rôle prépondérant des avocats³²² français qui font de plus en plus souvent appel aux dispositions européennes et parfois même à l'interprétation corrélatrice délivrée à Strasbourg. Néanmoins, la connaissance de la jurisprudence européenne est

³¹⁶ Quelques réflexions sur le caractère spécifique de la jurisprudence relative à la Convention européenne des Droits de l'homme, in *Remise des Mélanges, Protection des Droits de l'homme : la dimension européenne*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 34. Voir, pour un exposé des motifs de refus d'une procédure préjudicielle, F. VANGENBERGHE, *La Convention européenne des Droits de l'homme*, in *La protection internationale des Droits de l'homme*, Presses universitaires de Lyon, 1981, p. 17. Selon cet auteur, la Convention constitue un minimum dont les exceptions diffèrent d'un pays à l'autre. Elle est adaptée par les tribunaux nationaux à la situation propre à chaque pays et l'harmonisation paraît difficile.

³¹⁷ J. VOYAME, Nul n'est censé ignorer la jurisprudence, quelques considérations sur la publication des décisions de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l'homme, in *La protection des Droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymanns, Verlag, 1988, p. 677.

³¹⁸ L'ensemble des décisions de la Commission et de la Cour ne sont disponibles qu'en français et en anglais.

³¹⁹ Voir M. FABRE et A. GOURON-MAZEL, *C. E. D. H., Application par le juge français, 10 ans de jurisprudence*, Paris, Litec, 1998.

³²⁰ Série A n°43.

³²¹ Cass. civ. 1ère, 10 janvier 1984, Bull. Civ. I, n°8, p. 6.

³²² Le Doyen CARBONNIER a relevé ce rôle prééminent à propos de la jurisprudence civile française : "Une remarque un peu cruelle : ce que l'on appelle la jurisprudence est beaucoup moins l'oeuvre intellectuelle des magistrats que celle des avocats et avoués, sans oublier celle des avocats à la Cour de cassation (ni leurs collaborateurs). Ce sont eux qui, dans leurs plaidoiries, inventent réellement les systèmes nouveaux d'interprétation ou de construction juridique. Le rôle des juges est surtout de choisir entre les thèses proposées (...)". *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, Thémis, 24ème éd., 1996, p. 246.

perfectible puisque l'on constate encore de trop nombreux arrêts dans lesquels la Cour de cassation n'a pas pu se prononcer, l'argument européen ayant été invoqué pour la première fois devant elle. Cette démarche reflète le caractère supplétif et accessoire que revêt le texte européen aux yeux des défenseurs et leur scepticisme quand ils l'invoquent en dernier recours.

Un arrêt, anecdotique parce qu'isolé, est révélateur de l'ignorance de certains magistrats. Selon une Cour d'appel : "L'article 55 de la Constitution ne confère aux Conventions internationales conclues par l'Etat français une autorité supérieure à celle des lois internes que sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie ; tel n'est pas le cas de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales qui ne constitue qu'une déclaration d'intention à l'égard des Etats signataires"³²³. Cette assertion aurait pu être inquiétante si la Cour de cassation n'était pas intervenue pour la qualifier «d'erronée»³²⁴. Il serait en effet vain d'attendre une application de la jurisprudence européenne si la Convention elle-même était reléguée au rang de « déclaration d'intention ». Gageons que depuis lors, les juges de cette Cour se sont renseignés sur la place de la Convention européenne dans notre ordre juridique.

Pour autant, la singularité de cet arrêt ne saurait nous amener à croire que le juge français s'engage toujours à appliquer la Convention avec zèle. La jurisprudence française n'est pas rendue uniment : le juge interne oscille entre une indifférence vis-à-vis du texte européen et de son interprétation, et un engouement tout aussi inattendu que réjouissant.

Lorsque le juge français est conduit à croiser le texte européen dans les litiges qui lui sont soumis, il peut adopter des comportements différents. Soit il défend jalousement son autonomie vis-à-vis de la Cour E.D.H. et des organes européens en adoptant une réaction de rejet envers la Convention elle-même ou envers l'interprétation européenne (1°), soit, fait plus rare et plus surprenant, il adopte un comportement exemplaire et se soumet de façon délibérée mais mesurée au droit européen (2°). Dans les deux cas, le comportement du juge a des conséquences plus ou moins étendues sur l'évolution du droit privé.

1 - L'autonomie revendiquée

Le revirement de jurisprudence spectaculaire³²⁵ opéré par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation³²⁶ a donné à certains³²⁷ l'occasion de dénoncer les dérives de la Cour de Strasbourg et la faiblesse des magistrats français de se soumettre trop servilement à la Convention européenne des Droits de l'homme³²⁸. La plus haute juridiction civile française ne verrait-elle plus, depuis les arrêts de 1992, que par le prisme de la Convention et les lumières de l'interprétation donnée par la Cour européenne? On peut sérieusement en douter. Ne constituant pas un troisième degré de juridiction, la Cour européenne n'intervient pas en tant que juge de cassation, ce qui laisse les magistrats français indépendants dans l'application de la Convention.

Aussi, il arrive bien souvent que les Chambres civiles décident de prendre leurs distances tant à l'égard de la C.E.D.H. qu'envers l'interprétation qui en est donnée par la Cour européenne de Strasbourg. L'autonomie peut se traduire soit, de façon radicale, par une mise à l'écart de la C.E.D.H. (a), soit, dans un objectif plus constructif, par une libre interprétation de la Convention (b).

a - La mise à l'écart de la C.E.D.H.

³²³ C.A. Bordeaux 23 octobre 1987, *Lalanne Sutter*, Lexi-laser cassation.

³²⁴ Cass. civ. 1ère, 15 novembre 1989, *Lalanne Sutter*, Lexi-laser cassation.

³²⁵ La Cour de cassation s'est, selon les termes du Doyen Carbonnier, "solennellement déjugée", *Les personnes*, PUF, 15ème éd., p. 125, n° 76.

³²⁶ Cass. Ass. plén. 11 décembre 1992, J.C.P. 1993, II, 21991, concl. JEOL, G. MEMETEAU ; R.T.D. civ. 1993, p. 97, obs. J. HAUSER.

³²⁷ F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 10ème éd., p. 116.

³²⁸ *Ibidem*.

La mise à l'écart de la C.E.D.H. est l'attitude la plus fréquente qu'adoptent les magistrats français. Ils sont, en général, peu enclins à bouleverser leurs habitudes pour fonder leurs décisions sur la Convention. Il leur faut alors écarter la C.E.D.H. et pour cela, ils ont mis au point deux tactiques, l'une étant plus courtoise (α) que l'autre (β).

α - La mise à l'écart courtoise

Sans coup d'éclat, mais de manière récurrente, la Cour de cassation marque une résistance tenace aux dispositions de la C.E.D.H. et montre ainsi une préférence certaine pour le droit interne.

- La préférence du droit interne par évacuation des références possibles à la C.E.D.H.

Dans un certain nombre d'arrêts, la Cour de cassation aurait l'occasion d'appuyer sa décision à la fois sur le droit interne et le droit de la Convention européenne ; pourtant, elle se contente de fonder sa solution exclusivement sur le droit national, contrairement à ce que lui suggérerait le moyen au pourvoi.

Ainsi, par 4 arrêts du 2 mai 1987 (*Porquedu, Schmidtgall, Fischer, Lavaux*, Lexi-laser cassation), l'assemblée plénière a-t-elle cassé sur le seul fondement du décret du 9 mai 1947 relatif aux droits et émoluments des avocats postulants des départements d'Alsace-Moselle, des décisions de la Cour de Colmar qui avaient imposé le remboursement automatique des émoluments dans une procédure dispensée du ministère d'avocat et que les pourvois avaient également critiquées au regard de l'article 6 § 1 de la C.E.D.H.. De même, dans un arrêt du 10 mai 1989³²⁹, la deuxième Chambre civile a cassé, sous le seul visa de l'article 14 NCPC, un arrêt qui n'avait pas relevé d'office que la demanderesse avait été condamnée sans avoir été ni appelée ni entendue, alors que le pourvoi l'invitait à se prononcer sur le fondement des articles 14 NCPC et 6 C.E.D.H.. Cette mise à l'écart est d'autant plus surprenante que la formule employée par la Cour se rapproche des termes mêmes de l'article 6 du texte européen.

Cette tendance ne s'est pas infléchie puisque l'on retrouve le même défaut dans des arrêts plus récents des autres Chambres civiles. Ces dernières ont cassé au seul visa de l'article 16 NCPC alors que les pourvois les invitaient également à sanctionner les juges du fond sur le fondement de l'article 6 § 1 de la C.E.D.H.³³⁰.

Pour autant l'article 6 § 1 n'est pas le seul à souffrir d'une telle quarantaine ; l'article 9 du Code civil est également plus souvent préféré à l'article 8 de la C.E.D.H.³³¹.

Avant de blâmer le juge français et ses propensions à donner satisfaction au demandeur sous le seul visa d'une disposition de droit interne alors que la Convention européenne avait été invoquée, il faut se souvenir de la fonction subsidiaire de la Convention, d'ailleurs proclamée par la Cour de Strasbourg³³². L'absence de défaut du droit national par rapport à la Convention, après vérification du juge interne, peut justifier un tel comportement. Certains auteurs ont même proposé,

³²⁹ Cass. civ. 2ème, 10 mai 1989, *Roussel*, Lexi-laser cassation.

³³⁰ Cass. civ. 3ème, 7 juillet 1993, *Atlani*, Lexi-laser cassation ; Cass. civ. 1ère, 4 février 1997, *Scotte*, Lexi-laser cassation.

³³¹ Cass. civ. 2ème, 27 avril 1988, *Varin*, Lexi-laser cassation ; Cass. civ. 2ème, 5 mars 1997, *Lambert*, Lexi-laser cassation.

³³² "La Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des Droits de l'homme", Cour E.D.H., arrêt *Handyside*, 7 décembre 1976, série A, n° 24, § 48.

avec prudence, que l'invocation de la Convention européenne des Droits de l'homme soit réservée aux cas de violation "grave" de ces droits³³³.

- La préférence du droit interne par ignorance du moyen invoquant la C.E.D.H.

Plus caractéristique encore est l'attitude qui consiste à n'affirmer qu'une préférence implicite du droit interne, en refusant de se prononcer sur l'argument issu du droit européen. Cette pratique, que l'on qualifierait volontiers de désinvolte, est la plus fréquente. Elle recouvre environ les trois-quarts des solutions adoptées par l'ensemble des Chambres civiles de la Cour de cassation.

On peut être tenté d'interpréter ce comportement de différentes manières. Soit la C.E.D.H. a été invoquée à mauvais escient par les plaideurs, alors les juges pourraient le faire savoir aux parties. Soit les juges éprouvent un ressentiment envers la C.E.D.H., alors on peut considérer qu'ils tiennent à le faire savoir. Soit, enfin, les juges aimeraient s'intéresser à la C.E.D.H., mais ils ne maîtrisent pas l'interprétation donnée par la Cour de Strasbourg aux dispositions européennes. Dans ce dernier cas, aucune solution ne leur est offerte puisque la Cour européenne ne bénéficie pas d'une compétence consultative³³⁴.

Ce réflexe est révélateur, une nouvelle fois, de la fonction subsidiaire que revêt la Convention aux yeux des juges internes. Pourtant cette attitude n'est qu'une version édulcorée de la mise à l'écart de la C.E.D.H. au regard de certaines décisions plus irrespectueuses.

β- Une mise à l'écart irrespectueuse

L'autorité interprétative des arrêts de la Cour de Strasbourg est loin d'être absolue et la Cour de cassation se révèle parfois rebelle à l'encontre de la jurisprudence de la Cour européenne.

L'arrêt *Mazurek* illustre parfaitement comment notre haute juridiction peut s'opposer de front à la jurisprudence strasbourgeoise. Madame Mazurek a un enfant naturel, Alain, légitimé par mariage. A la suite de cette union, elle met au monde Claude, déclaré sur les registres de l'état civil sous le seul nom de sa mère. Non couvert par la présomption de paternité³³⁵, Claude est considéré comme un enfant adultérin *a matre*. Décédée en 1990, Madame Mazurek laisse ses deux fils pour lui succéder. Alain assigne son demi-frère en liquidation-partage en soutenant qu'au regard de l'article 760 du Code civil, ce dernier n'aurait droit qu'à la moitié de la part qu'il aurait eue s'il avait été légitime.³³⁶ Le tribunal de grande instance, puis la Cour d'appel ayant fait droit à sa demande, le demi-frère adultérin se pourvoit en cassation. C'est sur le deuxième moyen relatif à l'application de l'article 760 qu'apparaît l'intérêt majeur du procès. Le demandeur soutenait que l'article 760 était, entre autres³³⁷, contraire aux articles 8 et 14 de la C.E.D.H.. Dans un attendu fort critiquable, la première Chambre civile juge que « la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale dont le droit est reconnu par l'article 8 de la C.E.D.H., et garanti sans distinction par l'article 14 de cette Convention ». Comme le remarque avec justesse le Professeur Marguénaud, « la première Chambre civile, par cet arrêt *Mazurek*, (...) a donné une interprétation ne tenant aucun compte de celle consacrée par le plus que célèbre arrêt *Marckx c/Belgique* du 13 juin

³³³ Ch.-L. VIER, Les risques de dévalorisation de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme, in Convention européenne des Droits de l'homme et droit communautaire, Actes du colloque du 18 juin 1987, Paris, La documentation française, 1988, p. 59.

³³⁴ F. SUDRE, De quelques interrogations sur l'évolution du mécanisme européen de garantie des Droits de l'homme, in Perspectives de droit international et européen, Recueil à la mémoire de G. APOLLIS, Paris, Pédone, 1992, p. 113.

³³⁵ Art. 313-1 C. civ.

³³⁶ De très nombreux auteurs ont dénoncé le sort réservé à l'enfant naturel : B. VAREILLE, Etude critique de l'article 760 du Code civil, R.T.D.civ. 1991 p.475 ; A. TISSERAND, L'enfant adultérin : Chronique d'une mort annoncée, J.C.P. 1993, Ed. N., p. 53 ; M. MAYMON-GOUTALLOY, De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des Droits de l'homme, D. 1985, Chron. 211.

³³⁷ Etait également invoqué l'article 2 de la Convention de New-York sur les droits de l'enfant.

1979, complété par l'arrêt *Inze c/Autriche* du 28 octobre 1987 et par l'arrêt *Vermeire c/Belgique* du 29 novembre 1991 »³³⁸.

Au lendemain de cet arrêt et à la lumière des articles 8 et 14, on aurait pu conclure que la première chambre civile ignorait doublement les enseignements de la célèbre jurisprudence *Marckx*³³⁹ :

- dans un premier temps, la Cour de Strasbourg avait estimé que les droits successoraux et les libéralités étaient intimement liés à la vie familiale et entraient dans le giron de l'article 8³⁴⁰ ;
- ensuite, elle avait jugé que la distinction établie entre les enfants naturels et légitimes manquait de justification objective et raisonnable.

Ainsi, si l'article 8 ne protège pas spécialement la vocation successorale des enfants, il interdit en revanche d'instaurer entre eux une quelconque discrimination³⁴¹. On peut douter que la jurisprudence de la Cour de cassation soit une illustration de la justification « objective et raisonnable » indiquée dans l'arrêt *Marckx*. En effet, dans l'arrêt *Inze*³⁴², la Cour a rappelé l'importance que revêtait pour les Etats du Conseil de l'Europe « l'égalité en matière de droits de caractères civils » et que seules « de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage ».

Attendue sur le fondement des articles 8 et 14, la condamnation de la France sera fondée sur la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention³⁴³. Si le droit au respect des biens s'applique sans contestation possible³⁴⁴, on ne peut que regretter le refus de la Cour d'examiner le grief tiré du droit au respect de la vie familiale³⁴⁵. En premier lieu, un large courant doctrinal national s'appuyait sur les jurisprudences *Marckx et Inze* pour dénoncer le sort réservé à l'enfant naturel par l'article 760³⁴⁶. En second lieu, cette décision strasbourgeoise ne permet pas de condamner clairement la position de la 1^{ère} chambre civile qui exclut la vocation successorale du domaine de la vie privée et familiale dont le respect est imposé par l'article 8. En dernier lieu, cette décision n'assure pas une revalorisation de la place de l'enfant adultérin : si l'article 760 est condamné, en va-t-il de même des articles 761, 762, 1097-1 C. civ. ? La situation particulière de l'espèce ne permet pas de redonner sa place à l'enfant adultérin sur l'échiquier familial. En d'autres circonstances³⁴⁷, face à d'autres héritiers, notamment le conjoint³⁴⁸, on peut se demander si l'article 1^{er} du Protocole n° 1 serait suffisant pour résister "au légitime souci de la protection de la famille légitime" ?

Malgré ces quelques critiques, il demeure que la position française a été condamnée. Plus largement, on peut espérer que la position de la Cour de cassation évoluera et que seront tirées les conclusions des jurisprudences *Marckx et Mazurek*.

³³⁸ J.-P. MARGUENAUD, R.T.D. civ. 1997, p. 543.

³³⁹ Cour E.D.H., 13 juin 1979, Série A n° 31, V. BERGER, op. cit., p. 296.

³⁴⁰ J. MASSIP considère bien au contraire que la vocation successorale échappe « logiquement » à l'article 8, Defrénois 1997, p. 310 ; plus critique : R. LE GUIDEDEC affirme que la Cour de cassation « est en rupture avec la jurisprudence de la Cour E.D.H. », J.C.P. 1997, Chron. Successions et libéralités, n° 1.

³⁴¹ J. HAUSER, R.T.D. civ. 1996, p. 875.

³⁴² Cour E.D.H., 28 octobre 1987, Série A n° 126.

³⁴³ La Cour ne juge pas nécessaire d'examiner le grief de la violation des articles 8 et 14 (§ 56).

³⁴⁴ La succession à une mère était ouverte et M. Mazurek était titulaire de droits sur ladite succession.

³⁴⁵ Cour E.D.H., 1^{er} février 2000, J.C.P. 2000, II, 10286, note A. Gouttenoire-Cornut, F. Sudre ; J. THIERRY, D. 2000, juris., p. 334 ; J. CASEY, Droits successoraux de l'enfant adultérin : condamnation de la France par la Cour E.D.H., R.J.P.F. 2000, p. 24.

³⁴⁶ J. HAUSER, R.T.D. civ. 1996, p. 873, obs. sous Cass. civ. 1^{ère} 25 juin 1996 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Rénover le droit de la famille, Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, La documentation française, 1999 ; I. THERY, Couple, parenté et filiation, édit. O. Jacob, La documentation française, 1998.

³⁴⁷ Le face-à-face entre l'enfant adultérin et un enfant naturel légitimé rendait la discrimination plus évidente encore. Cette situation est rappelée dans l'arrêt (§ 27).

³⁴⁸ La disparition de la discrimination à l'égard de l'enfant adultérin appelle sans doute une révision plus large des règles successorales, notamment à l'égard du conjoint du de cujus.

La Cour de cassation ne méconnaît pas seulement les enseignements dégagés par la Cour de Strasbourg au détriment d'Etats voisins. Il lui arrive aussi de ne tenir aucun compte des solutions européennes affirmées dans des arrêts de condamnation de la France. C'est l'exemple que vient de donner l'Assemblée plénière par un arrêt *Fondation Saint-Marc* du 6 juin 1997³⁴⁹ qui ignore délibérément l'arrêt *Bellet c/ France* du 4 décembre 1995³⁵⁰ pour casser un arrêt ayant attribué une double indemnisation à une victime post-transfusionnelle du sida.

On éprouve quelques difficultés à expliquer l'attitude de la Cour de cassation qui, par ailleurs, s'est montrée fort respectueuse d'interprétations données par la Cour européenne³⁵¹. Hormis une mauvaise compréhension de la jurisprudence européenne, une seule explication semble plausible : faire réagir notre législateur³⁵². Si la méthode n'est pas nouvelle³⁵³, elle devient, dans le contexte européen fort dangereuse et conduit inexorablement notre pays vers les foudres strasbourgeoises.

Loin de refuser d'appliquer la C.E.D.H., la Cour de cassation, dans un identique souci d'autonomie, peut décider d'en faire une libre interprétation.

b - Une libre interprétation de la C.E.D.H.

Lorsque les juges français acceptent de statuer au regard de la C.E.D.H., on attend qu'ils l'interprètent selon les principes mis en place par les organes européens. Pourtant, il arrive que les Chambres civiles appliquent leur propre vision du droit européen, totalement détachée de l'interprétation qu'en ont donnée la Commission et la Cour. Dans ce cas, le juge interne adopte deux types de comportement *a priori* antinomiques mais qui ont en commun de s'affranchir totalement de la jurisprudence européenne. Le premier correspond à une interprétation qui aboutit à une déclaration péremptoire d'absence de contradiction entre le droit interne et le droit européen (α). Le second correspond à une lecture résolument audacieuse de la Convention : de façon progressiste, il arrive au juge d'élargir son domaine alors même que les juges européens n'ont encore jamais eu l'occasion de se prononcer. Il faut ajouter à ces libertés prises par le magistrat interne, son attitude imprévue lorsqu'il soulève d'office l'application d'une disposition de la C.E.D.H.. En tout cas, cessant d'être réfractaire à la C.E.D.H., le juge se montre alors ouvert à des interprétations novatrices (β).

α - La déclaration *ex abrupto* de conformité

Parfois, derrière la déclaration par les Chambres civiles de la non contrariété de la loi interne à la C.E.D.H., se dissimulent les réticences du juge judiciaire français face à la Convention européenne. L'affirmation de la compatibilité du droit interne avec la C.E.D.H. est alors totalement erronée.

Une illustration significative est fournie en matière de consultation du dossier lors de la procédure d'assistance éducative. Aux termes des articles 1186 et 1187 alinéa 2 NCPC, est interdite la consultation du dossier par les parties non assistées d'un avocat. Lors d'un arrêt du 24 octobre 1995³⁵⁴, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que ces articles du nouveau Code de procédure civile "*n'étaient pas incompatibles avec les dispositions invoquées de la C.E.D.H.*". Or par un arrêt antérieur seulement de quelques mois³⁵⁵, la Cour E.D.H. a estimé que la

³⁴⁹ J.C.P. 1997, II, 4070 obs G. VINEY ; R.T.D. civ 1998.518 obs J-P MARGUÉNAUD.

³⁵⁰ J.C.P. 1996, II, 22648 note M. HARICHAUX ; RTD Civ 1996, p. 509, obs J-P. MARGUÉNAUD

³⁵¹ Cass. civ. 1ère, 10 janvier 1984, J.C.P. 1984, II, 20210 ; arrêt qualifié « d'historique », J.-P. MARGUÉNAUD, La Cour E.D.H., ouv. précit., p. 130.

³⁵² J. RUBELLIN-DEVICHI, Chron. Droit de la famille, J.C.P. 1997, I, 3996.

³⁵³ Cass. civ. 1ère, 21 juillet 1982, D. 1982, p. 449, note CH. LARROUMET.

³⁵⁴ Cass. civ. 1ère, 24 octobre 1995, *Baczyk*, D. 1996, p. 153, n. J. MASSIP.

³⁵⁵ Cour E.D.H., *Mac Michael c. Royaume-Uni*, 24 février 1995, R.T.D. civ. 1995, p. 875, n° 19, obs. J. HAUSER ; D. 1995, 449, M. HUYETTE.

faculté d'être assisté d'un avocat n'est pas de nature à légitimer une atténuation au droit d'accès direct au dossier pour les parties qui désirent assurer seules leur défense. En cas de refus de communication directe du dossier, le droit à un procès équitable est manifestement bafoué.

La divergence d'appréciation entre la première Chambre civile de la Cour de cassation et la Cour de Strasbourg est d'autant plus "flagrante"³⁵⁶ aujourd'hui que la Cour européenne a, par un arrêt du 18 mars 1997³⁵⁷, sanctionnant justement la France dans le domaine de la procédure pénale, réaffirmé sa position. Cet arrêt est d'autant plus significatif qu'il apporte un démenti cinglant à un arrêt de l'Assemblée plénière du 30 juin 1995 qui avait lui aussi procédé à une déclaration *ex abrupto* de conformité de l'article 114 alinéa 4 du Code de procédure pénale à l'article 6 § 3 de la C.E.D.H.

Une nouvelle fois, on ne peut que constater une fâcheuse méconnaissance de la jurisprudence européenne qui laisse le lecteur perplexe. Plus louable est en revanche l'effort accompli par la Cour de cassation de tenter une interprétation nouvelle de la Convention.

β- L'interprétation novatrice de la Convention

Il est surprenant de constater l'engouement des magistrats français pour la Convention européenne, lorsqu'il s'agit de l'appliquer dans des domaines où la Commission et la Cour n'ont pas tracé le chemin à suivre. Les juges internes vont jusqu'à élargir l'étendue de la Convention, voire même n'hésitent pas à proposer eux-mêmes l'argument européen.

- Elargissement du domaine de la C.E.D.H.

En l'absence de toute jurisprudence européenne préalable, la Cour de cassation se considère libre d'interpréter la C.E.D.H. à son gré et contribue donc « à faire de la Convention un instrument vivant de protection effective des Droits de l'homme »³⁵⁸. L'exemple vient d'ailleurs de haut puisque, par son arrêt *Kloekner* du 14 juin 1996, l'Assemblée plénière avait devancé la Cour européenne en admettant que l'article 6 § 1 de la C.E.D.H. peut être invoqué devant toute juridiction civile en matière fiscale³⁵⁹.

Le domaine des répudiations musulmanes en constitue l'une des plus récentes illustrations. La première Chambre civile a procédé à une toute nouvelle lecture de l'article 5 du protocole additionnel n° 7 relatif au principe de l'égalité des droits et des responsabilités de caractère civil entre époux. Dans quatre arrêts du 1er juin 1994³⁶⁰, du 31 janvier 1995³⁶¹, du 19 décembre 1995³⁶² et du 11 mars 1997³⁶³, la haute juridiction vise directement cet article pour stigmatiser les effets en France d'une répudiation prononcée à l'étranger³⁶⁴. De toutes ces décisions, l'arrêt du 11 mars 1997 est le plus important car il semble affirmer la suprématie de la C.E.D.H. sur la Convention franco-

³⁵⁶ M. HUYETTE, Le contradictoire en assistance éducative : l'indispensable réforme de l'article 1187 du NCPC, D. 1998, Chron. p. 218.

³⁵⁷ Cour E.D.H., *Foucher c. France*, 18 mars 1997, D. 1997, som. p. 360, obs. J-F. RENUCCI.

³⁵⁸ J-P MARGUENAUD, Le juge judiciaire et l'interprétation européenne, in L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'homme, Actes du colloque organisé par l'I.D.E.D.H. à Montpellier du 13 au 14 mars 1998, éditions Bruylant, 1998, p. 231.

³⁵⁹ Cf. F. SUDRE, L'onde de choc de l'article 6 de la Convention E.D.H. en matière fiscale, sous cass com 29 avril 1997, JCP 1997, II 22935.

³⁶⁰ Cass. civ. 1ère, 1er juin 1994, Rev. Crit. D.I.P. 1995, p. 103, 2° esp. J. PEPREZ, D. 1995, p. 263, J. MASSIP.

³⁶¹ Cass. civ. 1ère, 31 janvier 1995, J.D.I. 1995, p. 343, PH. KAHN, Rev. Crit. D.I.P. 1995, p. 569, J. DEPREZ, R.T.D.civ. 1996, p. 514, obs. J-P. MARGUENAUD.

³⁶² Cass. civ. 1ère, 19 décembre 1995, J.C.P. 1996, IV, 365, D. 1996, I.R. p. 31.

³⁶³ Cass. civ. 1ère, 11 mars 1997, D. 1997, p. 400, M-L NIBOYET, J.C.P. 1998, éd. G. I, 101, H. FULCHIRON, R.T.D.civ. 1998, p. 520 obs. J-P. MARGUENAUD.

³⁶⁴ Sur l'ensemble de la question voir M-C. MEYZEAUD-GARAUD, Un principe de la C.E.D.H. pour neutraliser les répudiation marocaines : l'égalité entre époux, Revue Droit de la famille, septembre 1998, p. 4.

marocaine du 10 août 1981. Ainsi, la première Chambre civile n'hésite pas à se livrer à une interprétation extensive de la C.E.D.H. afin de mettre en échec une institution qu'elle juge inacceptable.

En matière de droit à la vie aussi, la Cour de cassation semble avoir accru le champ d'applicabilité de l'article 2 de la C.E.D.H. Par un arrêt *De Gérando* du 27 janvier 1993³⁶⁵, la première Chambre civile précise « que l'article 2 de la C.E.D.H. n'interdit pas aux tribunaux saisis d'une demande d'indemnisation d'un préjudice corporel d'écarter la responsabilité de la personne mise en cause dès lors que l'atteinte subie par la victime ne lui est pas imputable ». En l'espèce, un médecin avait vu sa responsabilité engagée pour la perte d'une chance de la victime d'échapper à la surdité grâce à un diagnostic précoce de la maladie. Ainsi, une personne vivante peut se prévaloir de l'article 2 s'il est porté atteinte à son intégrité corporelle. Cette disposition permet à un individu mal soigné par son médecin d'obtenir réparation à condition que « la responsabilité du préjudice corporel subi soit véritablement imputable à son m  decin³⁶⁶ ». La première Chambre civile paraît aller au-delà de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et faire une interprétation très protectrice pour l'individu de l'article 2 de la C.E.D.H.

Un dernier exemple « d'étirement » du domaine d'applicabilité de la C.E.D.H. semble concerner l'article 7 de la Convention relatif au principe « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* ». Lors d'un arrêt *Gontier* du 10 janvier 1995³⁶⁷, la première Chambre civile a indiqué qu'« en prononçant une sanction disciplinaire sur le fondement d'un texte inapplicable, la Cour d'appel a violé », entre autres, l'article 7 de la C.E.D.H. La Cour de cassation paraît faire une utilisation extensive de l'article 7 car elle l'emploie en matière de sanctions disciplinaires alors que la Cour E.D.H., dans les affaires *X. contre R.F.A.* du 24 juillet 1970 et *X. contre Luxembourg* du 5 février 1971³⁶⁸, avait alors exclu son application dans ce secteur.

De tels arrêts témoignent d'une certaine réceptivité des juges internes à la Convention, qui tendent de plus en plus à la percevoir comme un réel instrument de création du droit³⁶⁹. De manière tout aussi positive, la Cour de cassation peut décider d'appliquer d'office des dispositions de la C.E.D.H..

- Application d'office de la C.E.D.H. : une étape vers la soumission délibérée

L'application d'office de la C.E.D.H. par les chambres civiles est plutôt rare. Elles n'y font appel que dans des domaines où il existe une jurisprudence européenne précise et claire comme en matière d'impartialit  ³⁷⁰. Ainsi dans un arrêt *SARL Coster* du 29 juin 1994³⁷¹, la deuxième Chambre civile, afin de sanctionner l'irrespect du principe d'impartialité, n'h  siste pas à appliquer d'office l'article 6 de la C.E.D.H. Il faut tout de même signaler que la cassation intervient à la fois au visa de la C.E.D.H. et du droit interne ; la C.E.D.H. est appelée d'office en renfort du droit interne, seul invoqué lors des moyens au pourvoi.

Dans une décision du 5 février 1992³⁷², la Cour casse un arrêt qui avait refusé à l'auteur d'un article un délai pour prouver la vérité des faits supposés diffamatoires. Si le visa reprend les articles

³⁶⁵ Cass. civ. 1  re, 27 janvier 1993, *De Gérando* ; Resp. civ. et ass. 1993, comm. 107 M. FABRE ET A. GOURON-MAZEL, Convention européenne des Droits de l'homme. Application par le juge français. 10 ans de jurisprudence , Litec, 1998, n  5 ; Sous la direction de M. CLIQUENNOIS, La convention européenne des Droits de l'homme. Vademecum de pratique professionnelle, L'Harmattan, 1997, p. 22.

³⁶⁶ Sous la direction de M. CLIQUENNOIS, La convention européenne des Droits de l'homme. Vademecum de pratique professionnelle, L'Harmattan, 1997, p. 22.

³⁶⁷ Cass. civ. 1  re, 10 janvier 1995, Lexi-laser cassation.

³⁶⁸ *X. contre RFA*, 24 juillet 1970, Rec. N  35, p. 158 ; *X. contre Luxembourg*, 5 février 1971, Rec. N  37, p. 158.

³⁶⁹ R. DE GOUTTES, Le juge français et la C.E.D.H., R.T.D.H. 1995, p. 605.

³⁷⁰ Voir en ce sens , J-P. MARGUENAUD, Le juge judiciaire et l'interprétation européenne, op. cit.

³⁷¹ Cass. civ. 2  me 29 juin 1994, Lexi-laser cassation.

³⁷² Cass. civ. 2  me, 5 février 1992, *J-F Kahn, L'Ev  nement du jeudi*, Lexi-laser cassation.

35 et 55 de la loi du 29 juillet 1881, ainsi que l'article 10 de la Convention invoqués dans le pourvoi, les juges n'hésitent pas à y joindre l'article 6 § 1.

En soulevant ainsi d'office la C.E.D.H., la Cour de cassation montre combien elle est capable d'adopter et d'utiliser l'instrument européen. Ce premier mouvement conduira logiquement le juge à intégrer le texte européen dans le sens qu'en aura donné la Cour européenne ; il s'agit alors d'une étape vers la soumission délibérée à la C.E.D.H..

2 – L'allégeance délibérée

Les arrêts de la Cour E.D.H. sont, auprès des juridictions des Etats membres, totalement dépourvus de force obligatoire³⁷³. Toutefois, il ne faut pas sous-estimer leur fort « effet incitatif »³⁷⁴. Cette valeur persuasive n'est pas négligeable tant les Etats contractants ont tout intérêt à posséder et à préserver « le label de démocratie respectueuse des Droits de l'homme »³⁷⁵. Aussi, il est logique que la Cour régulatrice ait « clairement et rapidement admis la prise en compte de la jurisprudence européenne »³⁷⁶.

C'est à divers degrés que la Cour de cassation intègre dans ses décisions l'interprétation donnée par la Cour européenne. Quant à la forme, d'une part, le juge fait référence à la jurisprudence européenne (a). Quant au fond, d'autre part, le juge se livre à une confrontation du droit français avec l'interprétation européenne (b).

a - La référence à la jurisprudence européenne

Les premières traces de la soumission délibérée à l'interprétation européenne sont visibles lorsque les Chambres civiles font appel, pour justifier l'applicabilité d'un article de la C.E.D.H., à un précédent issu de la jurisprudence européenne. Cette référence est parfois totalement explicite (α), d'autres fois seulement implicite (β).

α) Références explicites à l'interprétation européenne

Peu courantes sont les hypothèses où les Chambres civiles se réfèrent expressément à un arrêt de la Cour de Strasbourg, allant jusqu'à le citer à l'intérieur d'un attendu. Parmi les exemples recensés, on citera l'arrêt *Renneman* en date du 10 janvier 1984³⁷⁷ et l'arrêt *Collet* rendu le 26 novembre 1996³⁷⁸. Ces deux décisions, que plus de dix ans séparent, présentent de nombreuses similitudes. Tout d'abord, elles sont relatives à la procédure disciplinaire suivie à l'encontre d'avocats, l'une concernant un avocat du barreau de Strasbourg, l'autre un avocat du barreau de Bonneville. Toutes deux, ensuite, s'en remettent de manière expresse à « l'article 6 alinéa 1er de la C.E.D.H. tel qu'interprété par l'arrêt de la Cour E.D.H. du 23 juin 1981 ». Il s'agit sans aucun doute d'une référence à l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyer contre Belgique* intervenu le 23 juin 1981³⁷⁹. Enfin, l'une comme l'autre tranchent en défaveur de l'avocat poursuivi : si l'avocat qui fait l'objet d'une procédure disciplinaire devant la Cour d'appel a le droit de voir sa cause entendue publiquement, c'est à la condition qu'il ait invoqué ce droit devant cette juridiction. Or, dans

³⁷³ F. SUDRE, L'influence de la Convention européenne des Droits de l'homme sur l'ordre juridique interne, in *Le juge administratif et la C.E.D.H.*, R.U.D.H.1991, p. 259.

³⁷⁴ F. SUDRE, *Droit international et européen des Droits de l'homme*, 3^{ème} éd. P.U.F. 1997, p. 343.

³⁷⁵ J-P. MARGUENAUD, *La Cour E.D.H.*, Connaissance du droit, Dalloz, 1997, p.31.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 31

³⁷⁷ Cass. civ. 1ère, 10 janvier 1984, Bull. Civ. I, n°8.

³⁷⁸ Cass. civ. 1ère, 26 novembre 1996, Lexi-laser cassation ; mais encore, Cass. civ. 1ère, 15 novembre 1989, *Duplantier*, Lexi-laser cassation, et 10 décembre 1985, *Bacquet*, Lexi-laser cassation.

³⁷⁹ Affaire *Le Compte, Van Leuven et De Meyer contre Belgique*, 23 juin 1981, Cour E.D.H., v. BERGER, *Jurisprudence de la Cour E.D.H.*, 5^oéd., n°47.

chacune de ces espèces, l'avocat poursuivi avait omis de demander à la Cour d'appel de statuer en audience publique.

La citation expresse d'un arrêt de la Cour de Strasbourg montre, sans aucune équivoque, que les magistrats français de l'ordre judiciaire connaissent parfaitement certains pans de la jurisprudence européenne et qu'ils n'hésitent pas à les appliquer en y faisant ouvertement référence. Ils est seulement à déplorer qu'une telle attitude soit si rare. Trop souvent les chambres civiles se contentent de références seulement implicites à l'interprétation européenne.

β) Références implicites à l'interprétation européenne

Ici, les Chambres civiles empruntent, de façon incontestable, l'interprétation d'un article de la C.E.D.H. déjà retenue par la juridiction européenne mais sans jamais mentionner explicitement leurs sources. Quelquefois, à mots couverts, il est tout de même fait allusion à l'arrêt inspirateur. D'autres fois, tout se passe comme si la Cour de cassation souhaitait cacher le fait qu'elle applique la jurisprudence dégagée par la Cour E.D.H. (β).

- Simple allusion à un arrêt européen

Il est possible d'inventorier plusieurs décisions ayant pour point commun une référence incomplète à l'arrêt qui les inspire. Le manque de précision résulte parfois de l'omission de signaler la date, comme par exemple dans un arrêt de la première Chambre civile du 12 juillet 1989³⁸⁰, ou bien l'arrêt initiateur n'apparaît pas dans l'arrêt lui-même mais est inséré dans les notes figurant au bulletin officiel des arrêts de la Cour de cassation³⁸¹. Il peut arriver aussi que la Cour de cassation vise un article « tel qu'interprété par la C.E.D.H. ». Tel fut le cas dans les affaires *Lubino* du 4 février 1997³⁸², *Zanga* du 2 mars 1994³⁸³ et *Thomas* du 3 novembre 1993³⁸⁴. Ces arrêts sont tous relatifs à la publicité des débats : deux concernent des poursuites disciplinaires à l'encontre de notaires, un la réinscription sur la liste des conseils juridiques. Une fois encore c'est la référence à l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyer contre Belgique* du 23 juin 1981 qui semble sous-entendue³⁸⁵. Il est d'autres hypothèses où la discrétion des Chambres civiles est encore plus remarquable ; ainsi lorsqu'elles choisissent de se plier, sans l'indiquer, à l'interprétation européenne.

- Absence totale de référence à un arrêt européen

Les Chambres civiles se rallient à la jurisprudence européenne mais négligent de préciser la provenance de la solution qui, formellement, ressemble à une innovation prétorienne interne. Apparence trompeuse pour l'observateur peu averti ! De fait, le juge judiciaire retient un article de la C.E.D.H. en visa ou à l'intérieur des motifs et l'interprète de façon identique à celle retenue par la Cour de Strasbourg mais refuse de faire la moindre allusion à l'arrêt dont il s'inspire. Il s'agira de donner quelques exemples significatifs d'une telle attitude dans des domaines variés.

Un premier exemple est fourni par plusieurs décisions qui font respecter le principe d'impartialité tel que la Cour E.D.H. l'a défini. Ces arrêts émanent des trois Chambres civiles de la Cour de cassation. Ainsi, la première Chambre civile a cassé, au visa de l'article 6 de la C.E.D.H.,

³⁸⁰ Cass. civ. 1ère, 12 juillet 1989, Bull. Civ. n°288.

³⁸¹ Cité par J-P. MARGUENAUD, *Le juge judiciaire et l'interprétation européenne*, op. cit .

³⁸² Cass. civ. 1ère, 4 février 1997, Lexi-laser cassation.

³⁸³ Cass. civ. 1ère, 2 mars 1994, Lexi-laser cassation.

³⁸⁴ Cass. civ. 1ère, 3 novembre 1993, Lexi-laser cassation

³⁸⁵ Affaire *Le Compte, Van Leuven et De Meyer contre Belgique*, 23 juin 1981, Cour E.D.H., v BERGER, *Jurisprudence de la Cour E.D.H.*, 5^oéd., n°47.

des décisions rendues par des Cours d'appel dont un membre au moins avait déjà eu à examiner l'affaire en première instance³⁸⁶. Une solution identique a été retenue dans l'arrêt *Barge* de la deuxième Chambre civile du 10 octobre 1996³⁸⁷ ainsi que dans un arrêt rendu par la troisième Chambre civile le 13 novembre 1996³⁸⁸. Il s'agit de la retranscription parfaite de la solution issue des arrêts *Piersack* du 1er octobre 1982³⁸⁹ et *Pullar* du 10 juin 1996³⁹⁰ suivant laquelle il y a violation de l'article 6 dès lors que l'un des membres de la juridiction se prononçant sur le fond a déjà eu à connaître du litige à un titre quelconque.

Une autre illustration résulte d'un arrêt *Palmyre* de la deuxième Chambre civile intervenu le 26 juin 1996³⁹¹ qui tend à garantir une application du respect du principe du contradictoire. Il vise l'article 6 de la C.E.D.H. pour casser un arrêt d'appel où l'une des parties n'avait pas pu prendre connaissance d'un document produit par l'autre et n'avait pas été informée de la date à laquelle l'affaire serait examinée. Il y a une grande ressemblance entre cette décision et les arrêts *Ruiz-Mateos* du 23 juin 1993³⁹² et *Mc Michael* du 24 février 1995³⁹³ par lesquels la Cour de Strasbourg précise que le principe du contradictoire entraîne, pour tout ou partie, la possibilité d'avoir connaissance des observations et des pièces apportées par l'autre, ainsi que de les discuter.

Toutefois, les exemples les plus marquants sont ceux, à n'en pas douter, où les Chambres civiles prennent implicitement en considération un arrêt de la Cour E.D.H. ayant sanctionné une violation par la France de la C.E.D.H. A cet égard, l'exemple le plus significatif est donné par les décisions françaises dans le domaine du transsexualisme. Sans aucune allusion à l'arrêt *B. contre France* du 25 mars 1992³⁹⁴, deux arrêts de l'Assemblée plénière du 11 décembre 1992³⁹⁵, suivis d'un arrêt de la première Chambre civile du 18 octobre 1994³⁹⁶, opèrent « un spectaculaire revirement de jurisprudence »³⁹⁷, suivant en cela le chemin tracé par la Cour de Strasbourg.

Comment faut-il percevoir cette attitude des Chambres civiles qui semblent vouloir masquer le fait qu'elles se réfèrent à l'interprétation donnée par la Cour E.D.H. d'un article de la C.E.D.H.? Certains regrettent « ce comportement pillard »³⁹⁸, d'autres y voient un ralliement, un peu comme à regret, à l'opinion de la Cour de Strasbourg³⁹⁹. Peut-être s'agit-il seulement d'un manque de confiance de la Cour de cassation qui ne citerait ouvertement la jurisprudence européenne qu'à partir du moment où elle serait sûre de l'avoir totalement assimilée.

Si de telles références sont le signe d'une évidente soumission, elle atteint son paroxysme en cas d'examen de conventionnalité du droit français.

³⁸⁶ Cass. civ. 1ère, 11 mars 1997, *SA Clinique des Vercors*, Lexi-laser cassation ; Cass. civ. 1ère, 17 juillet 1991, *Meyer*, Lexi-laser cassation ; Civ. 1ère, 16 juillet 1991, *Weber*, Lexi-laser cassation, Cass. civ. 1ère 18 mai 1989, *Zimmermann*, Lexi-laser cassation.

³⁸⁷ Cass. civ. 2ème, 10 octobre 1996, Lexi-laser cassation.

³⁸⁸ Cass. civ. 3ème, 13 novembre 1996, C.I.E.L., Lexi-laser cassation.

³⁸⁹ Cour E.D.H. *Piersack*, 1er octobre 1982., v BERGER, *Jurisprudence de la Cour E.D.H.*, 5°éd., n°54.

³⁹⁰ Cour E.D.H. *Pullar*, 10 juin 1996., v BERGER, *Jurisprudence de la Cour E.D.H.*, 5°éd., annexe F, 30.

³⁹¹ Cass. civ. 2ème, 26 juin 1996, Lexi-laser cassation.

³⁹² Cour E.D.H. *Ruiz-Mateos* du 23 juin 1993, J-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des Droits de l'homme, Connaissance du droit*, Dalloz, 1997, p.91.

³⁹³ Cour E.D.H. *Mc Michael*, J-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des Droits de l'homme, Connaissance du droit*, op. cit. p.91.

³⁹⁴ Cour E.D.H. *B. contre France* du 25 mars 1992, D. 1993.101, J-P. MARGUENAUD, *J.C.P.* 1992, II, 21955, T. GARE.

³⁹⁵ Cass. Ass. Plén. 11 décembre 1992, *J.C.P.* 1993, II, 21991, concl. JEOL, G. MEMETEAU ; *R.T.D. civ.* 1993, p. 97, obs. J. HAUSER.

³⁹⁶ Cass. civ. 1ère, 18 octobre 1994, *Dujardin*, Lexi-laser cassation.

³⁹⁷ J-P. MARGUENAUD, *Le juge judiciaire et l'interprétation européenne*, op. cit p. 239 .

³⁹⁸ J-P. MARGUENAUD, *ibidem*.

³⁹⁹ E. GARAUD, *infra* p. 80.

b - La confrontation du droit français à l'interprétation européenne

Jouant pleinement son rôle régulateur, la Cour suprême n'hésite pas à confronter le droit français à la norme européenne. De cette confrontation, le droit français peut tout autant sortir indemne et conforté (β) que fragilisé (α).

α) La confrontation défavorable au droit positif français

Lors de trois arrêts rendus le même jour⁴⁰⁰, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a remis en question le pouvoir disciplinaire de l'Administration en matière de délivrance et de retrait de passeport⁴⁰¹. Dans chaque affaire, le retrait de passeport constituait une mesure de rétorsion à l'encontre de débiteurs du Trésor⁴⁰².

La Cour suprême a affirmé que "*la liberté fondamentale d'aller et de venir n'est pas limitée au territoire national, mais comporte également le droit de le quitter ; que ce droit expressément reconnu par l'article 2 § 2 du quatrième protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) ne peut être restreint que par l'effet d'une loi répondant à la nécessité de protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la sûreté, la santé ou la morale publique, ou les droits et libertés d'autrui, ou encore de prévenir les infractions pénales ; que le retrait d'un passeport dont la possession conditionne l'exercice effectif du droit de quitter le territoire national en ce qui concerne l'accès à certains pays ne peut donc être ordonné qu'en vertu d'une disposition légale répondant à l'une des finalités précitées*". Elle a conclu en déclarant qu'en l'absence d'une telle disposition, le retrait de passeport portait atteinte à une liberté fondamentale et constituait donc une voie de fait.

En évaluant la proportionnalité entre les reproches faits aux débiteurs du Trésor et les mesures prises, le juge français a adopté le raisonnement des organes européens. La Cour de cassation admet la possibilité de restrictions à la liberté de circuler à condition qu'elles soient justifiées et prévues par la loi. L'interprétation française correspond donc aux critères posés par l'article 2 § 3 du quatrième protocole additionnel et par la jurisprudence européenne. La Commission européenne a, en effet, admis que si la liberté de quitter son propre pays n'inclut pas le droit de transférer tous ses biens hors de ce pays, elle implique l'interdiction de toute mesure ayant pour effet d'entraver son exercice effectif, telles que des restrictions financières ou l'obligation préalable de renoncer à sa nationalité⁴⁰³.

Il convient de souligner que la première Chambre civile a soulevé elle-même l'argument européen pour protéger la liberté fondamentale d'aller et de venir.

β) La confrontation favorable au droit positif français

Lorsque l'occasion lui en est donnée, le juge français n'hésite pas à confronter le droit positif à la lumière de la Convention européenne afin d'affirmer sa conformité.

Certains justiciables, pour lesquels le mariage n'était plus qu'une « coquille vide »⁴⁰⁴, ont tenté de faire juger que le divorce pour rupture de la vie commune était contraire à l'article 8. Selon les requérants, il ne pouvait y avoir ingérence de l'autorité publique dans la vie privée et familiale que lorsqu'elle constituait une mesure nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui. Or,

⁴⁰⁰ Cass. Civ. 1ère, 28 novembre 1984, *Buisson, Bonnet, Lisztman*, Lexi-laser cassation

⁴⁰¹ Pouvoir accordé par la Convention nationale du 7 décembre 1792, qui réglemente la délivrance de passeport.

⁴⁰² La dette s'élevait, selon le cas, de 600 000 francs à 100 000 000 francs.

⁴⁰³ Comm. E.D.H., req. n° 10653/83, 6/5/1985, DR 42 p. 224, cité in La Convention européenne des Droits de l'homme et le juge français, *Vademecum de pratique professionnelle*, sous la Dir. de M. CLIQUENNOIS, L'Harmattan, 1997, p. 253. La Cour E.D.H. a rarement eu l'occasion d'appliquer l'article 2 du quatrième protocole 27 avril 1995, série A, n° 314

⁴⁰⁴ J. CARBONNIER, La question du divorce, *Mémoire à consulter*, D. 1975, Chron. 115.

donner le pouvoir aux magistrats d'accueillir une demande en divorce pour séparation de fait constituerait, en l'absence de toute faute du conjoint défendeur ou de toute incompatibilité constatée de caractère ou de mode de vie, une véritable répudiation et donc une ingérence de l'autorité publique dans la vie privée. Si l'on ne peut ignorer la quasi-absence de droit d'opposition de la part de l'époux « innocent » et le rapprochement manifeste avec la répudiation, la Cour ne va pas jusqu'à juger ce type de divorce contraire à l'article 8 : comme dans les autres formes de divorce, il ne s'agit que de prendre acte de l'échec d'une union. Aller au-delà reviendrait à écarter toute forme de divorce.

La règle de la publicité des débats est affirmée avec la même force par l'article 6 § 1 de la Convention européenne que par l'article 22 NCPC, aux termes duquel « les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en Chambre du conseil ». Si l'article 6 § 1 est le plus souvent invoqué pour dénoncer l'absence de publicité des débats, il l'a également été en sens inverse en vue d'obtenir leur confidentialité, puisqu'il dispose que « l'accès à la salle d'audience peut être interdit (...) lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent ». Notre droit interne connaît règles semblables, par exemple avec l'article 1149 alinéa 1 NCPC qui décide que « les actions relatives à la filiation et aux subsides sont instruites ou débattues en Chambre du conseil ». Toutefois, aucune nullité ne peut être soulevée pour inobservation de cette disposition si elle n'a pas été invoquée avant la clôture des débats (art. 446 NCPC). Dans son pourvoi, un père naturel soutenait que les actions relatives à la filiation ayant été débattues en audience publique, l'article 6 § 1 avait été violé. Sans l'ombre d'une hésitation, la deuxième Chambre civile juge que l'article 446 est conforme à l'article 6 § 1⁴⁰⁵.

L'ensemble de ces décisions rendues par les Chambres civiles montre une Cour de cassation plus que favorable à la Convention et à la jurisprudence européennes, acceptant sans complexe de contrôler le droit français. Même s'il a pu être qualifié d'original, ce comportement ne devrait pas surprendre car il ne fait que respecter la hiérarchie des normes. C'est plutôt la propension à ne pas valoriser l'apport de la Cour européenne qui apparaît singulière. En somme, l'ambivalence semble régner au sein de la Haute juridiction française et c'est une impression que l'analyse de la jurisprudence commerciale ne dément pas.

B -La jurisprudence commerciale française face aux interprétations de la C.E.D.H. délivrées par le juge européen

Eric GARAUD

On connaissait le *réflexe communautaire*, cette attitude systématique des plaideurs « consistant à se demander, chaque fois qu'un procès semble s'y prêter, s'il n'existe pas, dans le vaste ensemble des textes communautaires, un moyen de droit que l'on pourrait songer à invoquer »⁴⁰⁶. Voici que, parallèlement, se développe dans les prétoires un *réflexe humanitaire*, conduisant à exploiter divers arguments tirés de la Convention européenne des Droits de l'homme, y compris à l'occasion de litiges à caractère économique⁴⁰⁷. En la matière, l'engouement pour la C.E.D.H. provient d'abord des avocats, qui se réclament volontiers de ses dispositions « lorsque le droit national ne suffit plus à obtenir gain de cause »⁴⁰⁸. Quant à l'enthousiasme des juges, il se

⁴⁰⁵ Cass. civ. 2ème, 17 mai 1993, D. 1993, I.R. 145 ; J.C.P. 1993, IV, 1802.

⁴⁰⁶ E. PUTMAN, L'incidence du droit communautaire en droit privé français, RRJ 1997, p. 435.

⁴⁰⁷ P. DOURNEAU-JOSETTE, Les acteurs économiques, le juriste d'affaires et la Convention européenne des Droits de l'homme. Dalloz affaires 1998, p. 610 ; J.F. RENUCCI, Le droit des affaires, domaine nouveau du droit européen de l'homme, Dr. et Patrimoine, sept. 1999, p. 64 ; C. LECLERE, Réflexions sur l'incidence de la C.E.D.H. sur le droit des affaires, Dr. Et Patrimoine, sept. 1999, p. 67.

⁴⁰⁸ F. FERRAND, La Convention européenne des Droits de l'homme et la Cour de cassation française. Rev. int. dr. comp. 1995, p. 691.

manifeste de façon spectaculaire lorsque la C.E.D.H. est appliquée d'office dans telle ou telle hypothèse où les parties n'avaient même pas songé à s'y référer⁴⁰⁹.

Toutefois, le succès croissant de la C.E.D.H. « ne veut pas dire qu'elle est davantage connue »⁴¹⁰.

Ainsi, tous les membres du barreau ne sont pas encore familiarisés avec l'instrument dont ils paraissent si friands : l'erreur est parfois commise de solliciter du juge national une mesure de sursis à statuer jusqu'à ce que la *Cour de justice des communautés européennes* se prononce à titre préjudiciel sur le point de savoir si un article doit être interprété dans le sens favorable aux prétentions du demandeur⁴¹¹. Or, il n'existe aucune procédure de saisine à titre préjudiciel permettant aux juridictions internes de poser des questions à un organe compétent à cet effet ; en outre, si une instance devait un jour exercer cette mission, c'est la Cour de Strasbourg et non pas celle de Luxembourg qui en serait logiquement investie.

Du côté des magistrats, l'impression d'intense ferveur que peut donner la lecture de quelques décisions relevant d'office une transgression des droits protégés est trompeuse car la prise en considération de la C.E.D.H. n'est pas une tendance unanimement partagée⁴¹². C'est sur le tard que la jurisprudence commerciale s'est résignée à abandonner l'idée selon laquelle, au pays de Rousseau et de Voltaire, les règles en vigueur, comme les techniques utilisées par les sujets de droit, étaient forcément en harmonie avec la C.E.D.H.. Le fait est qu'à l'origine, pour répondre aux audacieux qui soulevaient un moyen issu de la C.E.D.H., la Cour de cassation multipliait les affirmations *ex abrupto* de non contrariété au texte supranational⁴¹³. Et il ne faut pas oublier que si la chambre commerciale a été la première formation non pénale de la haute juridiction à avoir statué sur le fondement de la C.E.D.H., ce fut pour énoncer de façon péremptoire et non motivée que l'organisation de la faillite personnelle par le décret du 22 décembre 1967 était compatible avec les termes de la Convention⁴¹⁴. Certes, depuis lors, il est devenu plus rare que la C.E.D.H. soit mise à l'écart sans explications. Il a néanmoins fallu attendre la fin de l'année 1992 pour que soit rendue une décision constatant une violation de la C.E.D.H.⁴¹⁵. L'occasion s'était pourtant présentée beaucoup plus tôt de sanctionner une atteinte aux droits garantis. Ainsi, dans un arrêt du 16 juin 1987, où les acheteurs d'un immeuble critiquaient les pouvoirs exorbitants octroyés à l'administration fiscale dans l'exercice de son droit de préemption, la chambre commerciale a superbement ignoré l'article 6 de la C.E.D.H. et l'article 1er du premier protocole additionnel⁴¹⁶, ce qui allait valoir à la France d'être condamnée par la Cour E.D.H.⁴¹⁷. Toutefois, à la décharge des juges français, il convient de souligner qu'à l'époque, la Cour européenne n'avait encore jamais eu à connaître d'une affaire touchant au droit de préemption fiscale⁴¹⁸, de sorte que l'interprétation à retenir n'était point suggérée.

⁴⁰⁹ Cass. com., 19 déc. 1995, *Mme Garcia-Heller* : Lexi-laser cassation.

⁴¹⁰ J.-P. MARGUENAUD, *Le juge judiciaire et l'interprétation européenne*, op. cit. p. 232.

⁴¹¹ Cass. com., 21 janv. 1996, *Sté SLIFICOM* : Lexi-laser cassation. Pour approuver les juges du fond d'avoir écarté la demande de contestation préjudicielle, la chambre commerciale énonce avec raison que « la Cour de justice des communautés européennes ne peut apprécier, au regard de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme, une réglementation nationale qui ne situe pas dans le cadre du droit communautaire ».

⁴¹² J. VAILHE, *L'application de la Convention européenne des Droits de l'homme et de sa jurisprudence par les juridictions judiciaires françaises* ; R.T.D.H.. 1999, p. 325 ; J.F. BURGELIN et A. LALARDRIE, *L'application de la Convention par le juge judiciaire français* : Mélanges PETTITI, Bruylant 1998, p. 145.

⁴¹³ P. ESTOUP, *La Convention européenne des Droits de l'homme et le juge français*. Gaz. Pal. 1990, 1, Doct. 110.

⁴¹⁴ Cass. com., 17 mars 1981 : Bull. civ. IV, n° 147.

⁴¹⁵ Cass. com., 3 nov. 1992, *Mr Haillot* : Lexi-laser cassation.

⁴¹⁶ Cass. com., 16 juin 1987 : Bull. civ. IV, n° 150.

⁴¹⁷ Cour E.D.H. *Hentrich c/ France* du 22 sept. 1994 : D. 1995, J, 465, note D. FIORINA ; JCP 1995, II, 22374, note J.-P. LEGAL et L. GERARD.

⁴¹⁸ Et pour cause ! La Cour européenne prend soin de relever que « ce droit de préemption ne semble pas avoir d'équivalent dans les systèmes fiscaux des autres Etats parties à la Convention » (§ 47).

Cependant, même lorsque la juridiction européenne indique clairement la solution à suivre, il arrive que la Cour de cassation refuse de s'y conformer. Esprit frondeur⁴¹⁹, crainte de se placer en position de subordination juridictionnelle⁴²⁰, logique de prudence⁴²¹, plusieurs raisons ont été avancées afin d'expliquer le phénomène, mais leur étude, qui peut venir alimenter un plus vaste débat sur la lutte pour le pouvoir normatif, incombe davantage au sociologue qu'au juriste.

En tout cas, pour s'en tenir à l'analyse juridique, les décisions de la Cour européenne sont, près les tribunaux des Etats contractants, dépouillées de valeur obligatoire⁴²². A l'instar des opinions émises par la doctrine, elles sont reçues à titre de simple renseignement. Leur autorité n'est qu'inspiratrice ; leur seule force est celle de la persuasion.

C'est pourquoi, à l'heure où s'engage une discussion sur le renouvellement des sources du droit des affaires⁴²³, il est intéressant de mesurer à quel point la jurisprudence commerciale française se laisse influencer ou, à l'inverse, se sent peu convaincue par les interprétations de la C.E.D.H. émanant de la Cour de Strasbourg.

Du point de vue méthodologique, la tâche s'apparente à celle du comparatiste, à la nuance près que la mise en parallèle ne porte pas sur des législations étrangères édictant des règles divergentes. Au contraire, à partir d'un même texte de base, il s'agit de confronter des solutions, qu'on peut qualifier de droit dérivé, forgées par la pratique judiciaire au sein du système national français, et par l'organe supra-étatique conventionnellement institué. L'uniformité du droit originaire applicable peut ainsi masquer une diversité des interprétations ultérieurement développées de part et d'autre.

La naissance de règles jurisprudentielles distinctes à partir d'un texte international commun, sans qu'une instance régulatrice puisse imposer ses vues, n'est pas une situation inédite en droit des affaires. Cela s'est produit à la suite des Conventions de Genève des 7 juin 1930 et 11 mars 1931 par lesquelles les Etats signataires ont unifié leurs réglementations sur la lettre de change, le billet à ordre et le chèque. Très vite, les tribunaux des différents pays intéressés ont été appelés à préciser le sens de certaines dispositions, et tous n'ont pas placé la même interprétation sous chaque mot. A la longue, malgré la persistance d'un énoncé formel homogène, le droit des effets de commerce a perdu son caractère unitaire ; sous l'impulsion des juridictions nationales qui, en l'absence de guide officiel, n'ont sans doute pas eu conscience de faire oeuvre régressive, c'est le pluralisme qui a repris le dessus.

S'agissant de la C.E.D.H., les juridictions n'ont pas d'excuse semblable quand elles fixent à leur guise la portée des articles édictés, rompant ainsi l'harmonie qui devrait exister en la matière sur le territoire des Etats parties. En effet, ces derniers ont pris soin de créer une cour spécialement destinée à jouer le rôle d'« arbitre judiciaire ultime de la signification des dispositions de la Convention »⁴²⁴. Même si les tribunaux nationaux ne sont pas hiérarchiquement subordonnés à ladite cour, le simple bon sens⁴²⁵ leur commande de trancher les litiges en tenant compte de cet « acquis conventionnel » que constitue la jurisprudence européenne⁴²⁶ ; car, à l'évidence, il est

⁴¹⁹ J.-P. MARGUENAUD, *Le juge judiciaire et l'interprétation européenne*, op. cit. p. 232.

⁴²⁰ M. GOBERT, préface à la thèse de N. MOLFESSIS, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*. LGDJ 1997, p. XIX.

⁴²¹ R. DE GOUTTES, *Le juge judiciaire français et la Convention européenne des Droits de l'homme : avancées et réticences*, in « *Quelle Europe pour les Droits de l'homme ?* ». Bruylant 1996, p. 216.

⁴²² G. RESS, *Effets des arrêts de la Cour E.D.H. en droit interne et pour les tribunaux nationaux*, in « *Actes du 5ème colloque sur la Convention européenne des Droits de l'homme* ». Pedone 1982, p. 235.

⁴²³ Pour une approche du problème sous l'angle du droit commun des contrats et de la responsabilité civile, voir « *Le renouvellement des sources du droit des obligations* », Journées nationales de l'Association Henri Capitant (Lille 1996), LGDJ 1997.

⁴²⁴ G. RESS, op. cit.

⁴²⁵ J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz. *Connaissance du droit*, op. cit. p. 129.

⁴²⁶ J.-Cl. SOYER, *La loi nationale et la Convention européenne des Droits de l'homme*, in *Mélanges J. FOYER*. PUF 1997, p. 125.

déraisonnable, en restant hermétique aux interprétations retenues par la Cour de Strasbourg, d'exposer son pays à une condamnation internationale.

En se limitant aux seuls droits qui intéressent l'homme ...d'affaires, force est de constater que le juge français ne fait pas preuve d'une allégeance exemplaire face aux interprétations de la C.E.D.H. délivrées par la Cour européenne. Le dépouillement d'environ 300 arrêts comportant une citation d'article de la C.E.D.H.⁴²⁷ met en exergue une versatilité assez déroutante de la chambre commerciale de la Cour de cassation : tantôt elle se montre farouchement réfractaire aux apports de la jurisprudence européenne, qu'elle méconnaît sans fournir le moindre début d'explication ; tantôt son hostilité est plus tempérée, dans la mesure où elle prend ses distances de façon plus élégante, en justifiant la position dissidente adoptée ; tantôt elle manifeste son indépendance en se ralliant un peu comme à regret à l'opinion de la Cour de Strasbourg, à qui elle emprunte une formule sans signaler sa provenance ; tantôt en revanche, elle marque sa totale adhésion en citant dans ses attendus l'origine exacte de la proposition reprise ; tantôt même, s'essayant au jeu de l'interprétation évolutive, elle rivalise avec la Cour européenne en adoptant avant celle-ci une solution progressiste.

Balançant entre le dédain le plus profond et l'ardeur la plus impatiente, la chambre commerciale ne semble donc pas animée d'une logique particulière. La seule certitude, c'est que la normativité de la C.E.D.H. proprement dite, envisagée abstraction faite de la jurisprudence européenne, n'a jamais été niée par la chambre commerciale. Celle-ci n'a pas rendu un seul arrêt écartant les prescriptions conventionnelles au motif qu'elles « se bornent à poser des principes généraux »⁴²⁸ ou des « lignes directrices » trop imprécises pour pouvoir être utilement appliquées⁴²⁹.

La vraie question est alors de savoir si, l'ayant admise en tant que règle de droit, le juge interne va, d'une part, reconnaître à la C.E.D.H. une vocation à gouverner les mêmes litiges que ceux pour lesquels les magistrats européens la déclarent invocable et, d'autre part, résoudre ces litiges en exploitant les arrêts de la Cour de Strasbourg où l'article désigné comme pertinent a été mis en oeuvre.

Autrement dit, il faut d'abord rechercher si les deux juridictions en présence attribuent aux dispositions de la C.E.D.H. une aptitude à régir les mêmes séries de cas. Ensuite, il faut vérifier si des résultats identiques sont obtenus dans la mise en application de la règle jugée adéquate.

Bref, dans quelle mesure les jurisprudences française et européenne se rencontrent où s'éloignent-elles pour « plaquer une règle abstraite sur une situation concrète », puis opérer « la déduction de ses conséquences à l'égard de l'espèce considérée »⁴³⁰ ? Il y a là deux étapes qui correspondent aux prémisses d'un syllogisme puisqu'il s'agit de voir s'il existe une divergence ou une convergence des pratiques à la fois dans le choix de la majeure et dans l'appréciation de la mineure. L'examen du problème de l'applicabilité de la C.E.D.H. aux affaires commerciales (1°) invite donc à dresser le bilan de l'application de la C.E.D.H. dans les affaires commerciales (2°).

1 - L'applicabilité de la C.E.D.H. aux affaires commerciales

L'applicabilité de la C.E.D.H. est débattue lorsque la juridiction saisie d'un litige se demande s'il mérite d'être examiné à la lumière de cette convention.

La Cour de cassation est très souvent conduite à affirmer ou à nier la vocation d'un article déterminé à faire partie des règles éventuellement utilisables pour régir la situation. En effet, dans beaucoup de pourvois, se glissent des moyens de pure précaution, où est insérée une référence à la

⁴²⁷ Décisions rendues par la chambre commerciale de la Cour de cassation entre mars 1981 et décembre 1997 et extraites de la base *Lexis*.

⁴²⁸ Cass. civ. 1ère, 1er oct. 1986 : Bull. civ. I, n° 232.

⁴²⁹ Paris, 29 fév. 1980 : Gaz. Pal. 1980, II, 697, obs. ZDROJOWSKI.

⁴³⁰ Cl. LOMBOIS, Introduction au droit civil ; Droit des personnes et des biens. Les cours de droit 1996-1997, n° 90.

C.E.D.H., soit « parce que cela fait très chic »⁴³¹, soit parce que l'on y voit « une panacée universelle, une sorte de super-droit que l'on pourrait invoquer à tort et à travers »⁴³².

Toutefois, la C.E.D.H. n'est pas systématiquement invoquée hors de propos. Il existe bon nombre d'hypothèses qui semblent à première vue justiciables de la C.E.D.H., et au sujet desquelles ses dispositions vont pourtant être écartées. En sens inverse, il arrive aussi que, contre toute attente, la Cour de cassation fasse état de la C.E.D.H. dans des affaires jusque là tenues pour étrangères à son domaine. Par conséquent, l'examen des décisions acceptant (a) ou refusant (b) de statuer au regard de la C.E.D.H. réserve bien des surprises.

a - Analyse des décisions acceptant de statuer au regard de la C.E.D.H.

Le juge interne n'étant pas soumis à un impératif de respect de la jurisprudence de Strasbourg, sa décision de conclure à l'applicabilité de la C.E.D.H. dans des situations comparables à celles dont la Cour européenne a eu à connaître est nécessairement « le fruit de démarches spontanées »⁴³³. La chambre commerciale de la Cour de cassation réalise donc un louable effort d'ouverture lorsque, afin de résoudre un problème qui lui est soumis, elle accepte de passer par la C.E.D.H. en s'inspirant pour cela d'un précédent puisé dans la jurisprudence européenne. De la sorte, cette attitude d'imitation est à mettre au crédit de l'hospitalité française et ne saurait en aucun cas être qualifiée de parasitisme judiciaire, même s'il est permis de reprocher à la haute juridiction une certaine propension à ne pas citer ses sources⁴³⁴. Mais la meilleure façon de couper court aux critiques d'éventuels détracteurs est encore de montrer sa capacité à innover, en prenant de vitesse la Cour européenne quant à l'extension du domaine d'applicabilité de la C.E.D.H.. C'est peut-être ainsi qu'il faut comprendre les positions avant-gardistes (β) par rapport aux positions suivistes (α).

α - Positions suivistes

Quelles sont les principales hypothèses dans lesquelles la chambre commerciale de la Cour de cassation, admettant l'applicabilité de la C.E.D.H., apparaît sensible à « l'influence incitative de la jurisprudence européenne »⁴³⁵ ?

Il convient avant tout de s'attarder sur un point décisif, sans le franchissement duquel le rôle de la C.E.D.H. serait réduit à la portion congrue en matière commerciale : la faculté pour les groupements personnifiés de se prévaloir des droits garantis⁴³⁶. Une telle possibilité ne relève pas en effet de l'ordre de l'évidence puisque le texte de la Convention n'accorde expressément aux personnes morales que le bénéfice d'un seul droit, celui du respect des biens⁴³⁷. Or, la Cour de Strasbourg ne s'est pas arrêtée à une lecture littérale : prenant appui sur le fait que toute organisation non gouvernementale peut exercer un recours pour faire contrôler le respect des engagements des Etats contractants⁴³⁸, elle estime que les personnes morales, même à but lucratif, peuvent se prétendre victimes d'une violation de la C.E.D.H.⁴³⁹. De plus, la nationalité de l'entité

⁴³¹ J.-P. MARGUENAUD, *Le juge judiciaire et l'interprétation européenne*, op. cit. p. 233.

⁴³² Ph. WAQUET, *Perspectives ouvertes par la Convention*, in « Convention européenne des Droits de l'homme et droit communautaire », Documentation française 1988, p. 65.

⁴³³ M. VERDUSSEN, *La Convention européenne des Droits de l'homme et le juge constitutionnel*, in « La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des Droits de l'homme ». Editions du Jeune Barreau de Bruxelles 1994, p. 17.

⁴³⁴ J.-P. MARGUENAUD, *Le juge judiciaire et l'interprétation européenne*, op. cit. p. 243.

⁴³⁵ F. SUDRE, *L'influence de la Convention européenne des Droits de l'homme sur l'ordre juridique interne* : R.U.D.H. 1991, p. 259.

⁴³⁶ J.-F. FLAUSS, *La Convention européenne des Droits de l'homme, une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires* : R.J.D.A. 1995, p. 524, n° 14 et s.

⁴³⁷ Article premier du protocole additionnel n° 1.

⁴³⁸ Article 25 de la C.E.D.H..

⁴³⁹ A titre d'illustration, voir l'arrêt du 26 avril 1974, *Sunday Times*, Série A, n° 30.

requérante n'a pas à entrer en ligne de compte : des sociétés ressortissantes d'un Etat tiers à la Convention, qui avaient eu à souffrir des agissements d'un Etat contractant, ont été admises à s'en plaindre⁴⁴⁰. Ces solutions ont été reprises sans difficultés par la Cour de cassation : les entreprises sociétaires⁴⁴¹ ou associatives⁴⁴² sont recevables à solliciter le profit d'articles de la C.E.D.H.. Peu importe qu'il s'agisse d'une société étrangère dont la personnalité morale n'a pas été préalablement reconnue sur le territoire français au moyen d'un décret pris en Conseil d'Etat, comme le voudrait la loi du 30 mai 1857⁴⁴³. D'après la chambre commerciale, il résulte « *de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de son premier protocole additionnel, dispositions ayant une valeur supérieure à la loi interne, que toute personne morale, quelle que soit sa nationalité, a droit au respect de ses biens et à ce que sa cause soit entendue par un Tribunal indépendant et impartial* ». Dans l'arrêt d'où est tirée cette formule, la société dont la capacité d'agir en justice était contestée avait, au surplus, son siège aux Emirats Arabes Unis, qui n'ont pas ratifié la C.E.D.H.. Soucieuse d'éviter toute discrimination, la Cour approuve les juges du fond d'avoir observé « qu'aucune distinction n'est faite par la Convention selon que la personne morale a ou non la nationalité d'un Etat contractant »⁴⁴⁴.

Les personnes morales ne peuvent toutefois revendiquer le bénéfice de certains droits « à coloration individuelle »⁴⁴⁵, c'est-à-dire qui n'ont de sens qu'appliqués à des êtres humains : droit à ne pas subir de torture, droit à se déplacer librement, droit à l'instruction, etc. La question s'est posée notamment à propos de l'article 8 qui garantit le droit au respect de la vie privée et du domicile : les personnes morales doivent-elles être rangées dans la catégorie des bénéficiaires ? La Cour européenne a répondu par l'affirmative : les locaux professionnels et commerciaux sont assimilables à un domicile au sens de l'article 8⁴⁴⁶ ; par conséquent, une société est fondée à invoquer ce texte pour contester les opérations de fouille pratiquées à son siège social⁴⁴⁷. A nouveau, l'approche de la Cour de cassation française cadre pleinement avec la position européenne puisque la haute juridiction n'exclut pas que l'article 8 puisse jouer en faveur de sociétés ayant fait l'objet d'enquêtes administratives, comme celles diligentées par les agents de la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes⁴⁴⁸.

Le rayonnement de la C.E.D.H. *ratione personae* étant précisé, il convient de vérifier si la jurisprudence française et celle de la Cour européenne sont aussi en symbiose quant au domaine couvert *ratione materiae*. Le choix de l'article 6 en guise d'illustration semble incontournable dans la mesure où plus de la moitié du contentieux de la C.E.D.H. traité par la chambre commerciale est fondé sur ce texte⁴⁴⁹. Aux termes de cet article, le droit à un procès équitable ne peut trouver à s'exercer que pour les litiges relatifs aux « contestations sur des droits et obligations de caractère civil » et aux « accusations en matière pénale ». Or, sous couvert d'une interprétation autonome, la

⁴⁴⁰ Décision commission du 14 octobre 1991, *D.T. c/ France*, requête n° 14911/89 ; Décision commission du 1er avril 1993, *Air Canada c/ Royaume-Uni*, req. n° 18465/91.

⁴⁴¹ Voir par exemple : Cass. com., 22 oct. 1996, *Société Monin* : Lexi-laser cassation.

⁴⁴² Cass. com., 15 nov. 1994 : *Association Croisade du Livre Chrétien* : Petites Affiches 26 juillet 1995 ; note D. GIBRILA ; Dr. Sociétés 1995, comm. 24, obs. T. BONNEAU.

⁴⁴³ Cass. com., 15 nov. 1994 : *Société United Arab Shipping Company* : Bull. civ. IV, n° 335.

⁴⁴⁴ Il faut noter que la chambre commerciale n'est pas la seule formation de la Cour de cassation à avoir pourfendu la loi du 30 mai 1857 au nom de la C.E.D.H.. Voir Cass. civ. 1ère, 27 juin 1991 : D. 1992, Somm. 163, obs. B. AUDIT, RTD Civ. 1992, p. 396, obs. J. MESTRE, Rev. Crit. DIP 1991, p. 667, note G. KHAIRALLAH ; Cass. crim., 12 nov. 1990 : D. 1992, p. 29, note B. BOULOC, Bull. Joly 1992, p. 42, note J.-P. LEGROS, Rev. Sociétés 1992, p. 39, note G. ROUJOU DE BOUBEE.

⁴⁴⁵ G. KHAIRALLAH, note précitée.

⁴⁴⁶ Arrêt du 30 mars 1989, *Chappell*, Série A, n° 152 ; Arrêt du 16 déc. 1992, *Nimietz*, Série A, n° 251-B.

⁴⁴⁷ Décision de la commission du 12 oct. 1992, *Noviflora Sweden Aktienbolag*, req. n° 14369/88.

⁴⁴⁸ Exemple : Cass. com., 13 mai 1997, *Société d'applications routières* : Lexi-laser cassation.

⁴⁴⁹ A. GOURON MAZEL, La Cour de cassation face à la Convention européenne des Droits de l'homme : JCP 1996, I, 3937 ; E. GARAUD, Bien utiliser les articles 6 et 7 de la C.E.D.H. devant les tribunaux : Themexpress, ed. F. Lefebvre 2000.

Cour de Strasbourg a élargi la signification de ces concepts, de façon à « introduire les garanties du procès équitable bien au-delà du droit civil et du droit pénal »⁴⁵⁰. Si la chambre commerciale avait voulu rester imperméable à toute définition extensive, l'occasion lui était donnée d'afficher sa mauvaise volonté, en utilisant « ce redoutable instrument de fermeture »⁴⁵¹ qu'est la technique des distinctions. Il lui suffisait de remarquer, d'une part, que, même si le droit civil pose les grands principes qui président aux relations d'affaires, le droit commercial comprend aussi des règles exceptionnelles interdisant de le rattacher à la catégorie visée à l'article 6 et, d'autre part, que cette discipline est également étrangère au droit pénal, même si la finalité punitive de l'action en concurrence déloyale, par exemple, est souvent soulignée. Telle n'a pas été cependant l'attitude de la cour suprême qui, une fois de plus, s'est alignée sur la position européenne. Ainsi, par « *contestation sur un droit ou une obligation à caractère civil* », la Cour de Strasbourg entend tout différend réel et sérieux portant sur l'existence, l'étendue ou les modalités d'exercice d'un droit de nature patrimoniale⁴⁵². Il est indifférent que la loi suivant laquelle le litige doit être tranché appartienne à l'ordonnement civil ou commercial⁴⁵³ ; l'important est que l'enjeu personnel du justiciable soit d'ordre pécuniaire⁴⁵⁴. La chambre commerciale de la Cour de cassation a fait sienne cette méthode de raisonnement puisque l'article 6 a été jugé applicable dans des affaires variées, où étaient en cause l'inexécution d'un contrat d'assurance⁴⁵⁵, la résiliation d'une concession exclusive⁴⁵⁶, le relèvement d'un commissaire aux comptes⁴⁵⁷, le rejet d'un plan de continuation d'une entreprise en redressement judiciaire⁴⁵⁸, etc. Le même accueil a été réservé à la technique du faisceau d'indices utilisée par la Cour européenne pour délimiter la notion d'« *accusation en matière pénale* ». Depuis l'arrêt *Engel* du 8 juin 1976, le juge européen privilégie trois paramètres : la qualification donnée aux faits par le droit national, la nature même de l'infraction concernée, le degré de sévérité de la sanction⁴⁵⁹. La réunion cumulative de ces éléments d'appréciation n'est pas exigée, car sinon il serait trop facile pour les Etats d'évincer les garanties du procès équitable en dépénalisant un secteur, c'est-à-dire en remplaçant les mesures répressives traditionnelles par des sanctions extra-pénales, et notamment administratives⁴⁶⁰. La chambre commerciale n'a éprouvé aucune hésitation pour accueillir le système des critères alternatifs. En effet, elle accepte d'examiner les arguments visant à obtenir, sur le fondement de l'article 6, la nullité de sanctions infligées par la Commission des opérations de bourse⁴⁶¹ ou par le Conseil de la concurrence⁴⁶². La gravité des amendes que peuvent prononcer ces autorités sanctionnatrices⁴⁶³ est un facteur déterminant : ainsi que l'a énoncé la Cour dans son arrêt *Haddad c/ Agent judiciaire du Trésor* du 9 avril 1996, ces « sanctions pécuniaires, bien que de nature administrative, visent, comme en matière

⁴⁵⁰ M. DELMAS-MARTY, Le rôle du juge européen dans la renaissance du *jus commune*. A paraître aux Mélanges RYSSDAL. Editions Carl Heymanns Verlag 1999.

⁴⁵¹ M.-L. IZORCHE, Réflexions sur la distinction, in Mélanges MOULY, Tome 1, Litec 1998, p. 53.

⁴⁵² Arrêt du 23 oct. 1985, *Bentham c. Pays-Bas*, Série A, n° 97 ;

⁴⁵³ V. BERGER, Jurisprudence de la Cour E.D.H.. 5° éd., Dalloz 1996, n° 614.

⁴⁵⁴ Arrêt du 16 juillet 1971, *Ringeisen c/ Autriche*, Série A, n° 13.

⁴⁵⁵ Cass. com., 4 juill. 1995, *GAN incendie c/ SA Basmaison* : Lexi-laser cassation.

⁴⁵⁶ Cass. com., 6 oct. 1992 : *Société Ford France c/ Société France Auto* : Lexi-laser cassation.

⁴⁵⁷ Cass. com., 15 oct. 1996 : *P. Guez c/ SA Emerson Europe* : Lexi-laser cassation.

⁴⁵⁸ Cass. com., 3 juin 1997, *SA Ingeflor* : Lexi-laser cassation.

⁴⁵⁹ Arrêt du 8 juin 1976, *Engel*, Série A, n° 22.

⁴⁶⁰ Arrêt du 21 fév. 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, Série A, n° 73. Voir J.-H. ROBERT, La dépénalisation. Arch. philo. dr., Tome 41, Sirey 1997, p. 191. Cet auteur souligne que « dans les matières économiques et financières, le droit pénal, quand il semble disparaître, change de forme mais non pas de nature ».

⁴⁶¹ Cass. com., 18 juin 1996, *Conso* : Rev. dr. banc. 1996, p. 177, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE.

⁴⁶² Cass. com., 10 mars 1992, *SARL France Loisirs* : D. 1992, p. 355, note C. GAVALDA.

⁴⁶³ A l'encontre des auteurs de pratiques contraires à ses règlements, la COB peut prononcer des sanctions susceptibles d'atteindre dix millions de francs ou, lorsque des profits ont été réalisés, le décuple de leur montant (Ord. 28 sept. 1967, art. 9-2). Le Conseil de la concurrence peut, quant à lui, infliger des sanctions pécuniaires dont le plafond est fixé à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes qu'a réalisé l'entreprise en France au cours du dernier exercice clos (Ord. 1er déc. 1986, art. 13).

pénale, par leur montant élevé et la publicité qui leur est donnée, à punir les auteurs de faits contraires aux normes édictées (...) et à dissuader les opérateurs de se livrer à de telles pratiques »⁴⁶⁴. Cette affirmation de la chambre commerciale traduit son « désir de ne pas paraître en retrait par rapport à la position des juges de Strasbourg »⁴⁶⁵. Cependant, il arrive aussi que la Cour de cassation, passant du mimétisme à l'avant-gardisme, veuille aller au-delà de ce que postule la jurisprudence européenne.

β- Positions avant-gardistes

Le souci du juge français de faire davantage que ce qu'attend la Cour de Strasbourg est nettement perceptible dans les arrêts permettant aux contribuables d'invoquer les dispositions protectrices de l'article 6.

L'originalité de la jurisprudence commerciale ne concerne pas l'applicabilité de cet article aux pénalités fiscales. En effet, la Cour de cassation est fidèle aux enseignements de la jurisprudence européenne quand elle estime que le surcroît d'impôt à acquitter pour non paiement de la taxe différentielle sur les véhicules automobiles « constitue une sanction ayant le caractère d'une punition »⁴⁶⁶. Il est fait ici allusion à l'arrêt *Bendenoun c/ France* soumettant à l'article 6 « les majorations d'impôt qui ne tendent pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais visent pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération d'agissements semblables »⁴⁶⁷.

En réalité, c'est pour tout le reste du contentieux fiscal que la haute juridiction française se démarque de la position européenne. On aurait pu croire que la Cour de Strasbourg tiendrait le raisonnement suivant : abstraction faite des aspects répressifs, les procédures fiscales, de l'établissement au recouvrement de l'impôt « ne sont, dans le fond, destinées qu'à permettre à un créancier -l'Etat- d'obtenir paiement d'une créance sur son débiteur, le contribuable »⁴⁶⁸ ; étant donné que les intérêts pécuniaires de la personne assujettie sont en jeu, il s'ensuit que les litiges pouvant l'opposer à l'administration fiscale sont de nature civile. Pareille argumentation n'a pourtant pas convaincu les magistrats européens, qui refusent d'assimiler des impôts à des charges « civiles ». Selon eux, les obligations patrimoniales à l'égard de l'Etat résultant d'une législation fiscale doivent passer pour relevant exclusivement du domaine du droit public et ne sont en conséquence pas couvertes par la notion de droits et obligations à caractère civil⁴⁶⁹.

Beaucoup moins timorée est l'attitude de la chambre commerciale. Pour elle, il est exclu qu'une partie du contentieux fiscal puisse échapper aux garanties d'une bonne justice sous prétexte que l'on se situe dans un domaine relevant de l'*imperium* étatique. C'est ainsi que la chambre commerciale a admis l'applicabilité de l'article 6 de la Convention à la procédure de taxation d'office en matière de droits d'enregistrement⁴⁷⁰, aux perquisitions fiscales⁴⁷¹ et aux litiges relatifs au recouvrement des impositions⁴⁷². Elle ne précise pas le chef d'applicabilité de l'article 6, mais celui-ci doit vraisemblablement être recherché dans la notion de matière civile puisque le contribuable allègue une atteinte à un droit patrimonial. La Cour de cassation a ainsi rendu hommage à René Cassin qui, interrogé en tant que rédacteur de la C.E.D.H. sur le point de savoir à

⁴⁶⁴ Cass. com., 9 avril 1996 : D. 1998, Somm. 65, obs. I. BON-GARCIN.

⁴⁶⁵ P. MAYER, L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux Droits de l'homme, *in* Libertés et droits fondamentaux. Editions du Seuil 1996, p. 250.

⁴⁶⁶ Cass. Com., 29 avril 1997, *Ferreira* : JCP 1997, II, 22935, note F. SUDRE ; RTDH 1998, p. 169, note J.-J. LOUIS.

⁴⁶⁷ Arrêt du 24 fév. 1994, *Bendenoun c/ France* : JCP 1995, II, 22372, note S. FROMMEL.

⁴⁶⁸ T. AFSCHRIFT et A. ROMBOUITS, Le contribuable et les Droits de l'homme », *in* « La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des Droits de l'homme ». Editions du Jeune Barreau de Bruxelles 1994, p. 249.

⁴⁶⁹ Arrêt du 20 avril 1999 ; *Vidacar SA c/Espagne* : RJF 1999, n° 1487..

⁴⁷⁰ Cass. com., 4 janv. 1994, *Bruyelle* : JCP 1994, IV, 594.

⁴⁷¹ Cass. com., 9 fév. 1993, *Feingold* : JCP 1994, IV, 944.

⁴⁷² Cass. com., 20 nov. 1990, *Donsimini* : Lexi-laser cassation.

quoi pouvait bien correspondre l'expression « droits et obligations à caractère civil », avait répondu : « *je puis attester qu'on a eu en vue tout ce qui n'est pas pénal* »⁴⁷³.

Malheureusement, la lutte de la chambre commerciale pour figurer au tableau d'honneur des instances nationales pratiquant le mieux-disant juridique s'arrête là. En effet, c'est quelquefois par son refus d'admettre l'applicabilité de la C.E.D.H. que la Cour de cassation se distingue.

b - Analyse des décisions refusant de statuer au regard de la C.E.D.H.

Quelle est la politique jurisprudentielle qui ressort des arrêts de la chambre commerciale excluant l'applicabilité de la C.E.D.H. ? La juridiction française va-t-elle, comme précédemment, tantôt suivre avec une docilité exemplaire les solutions prônées par les magistrats européens, tantôt faire entendre une voix dissonante ?

En réalité, les marques de l'influence de la jurisprudence européenne, quand elles existent, sont parfois très discrètes. Certes, il est assez facile de les déceler lorsque la Cour de cassation analyse la C.E.D.H. comme renfermant une règle techniquement inadaptée pour résoudre le litige : il suffit alors de vérifier si ce motif d'inapplicabilité fait partie de ceux consacrés par la Cour de Strasbourg. Bien moins aisée, en revanche, est la tâche consistant à évaluer l'intérêt porté aux décisions européennes par le juge français quand celui-ci évince toute référence à la C.E.D.H. parce qu'il estime que le droit interne contient des garanties équivalentes. En effet, il n'est pas exclu que, pour taxer de superfétatoire le recours à la C.E.D.H., le juge fasse mine d'interpréter le droit national comme posant une règle qui, en fait, a été secrétée par la Cour européenne. Toute la difficulté est alors d'identifier l'arrêt inspirateur, qui n'a pas forcément été recopié mot pour mot.

Par conséquent, lorsque la chambre commerciale soustrait une question au domaine d'applicabilité de la C.E.D.H., soit cela veut dire qu'elle estime cette Convention inappropriée pour démêler l'affaire, soit cela signifie qu'elle refuse d'abandonner les sources nationales, présentées comme procurant des garanties suffisantes. Dans le premier cas, la C.E.D.H. est donc mise à l'écart pour une raison d'impropriété (α) ; dans le second cas, la Convention est passée sous silence pour une raison de subsidiarité (β).

α - Mise à l'écart de la C.E.D.H. pour une raison d'impropriété

Le justiciable qui a entrepris d'invoquer un article de la C.E.D.H. à l'appui de sa thèse s'entend parfois répondre que la solution au litige ne saurait être recherchée dans ce texte.

Ainsi, en droit des sociétés, la révocation *ad nutum* des administrateurs, permise par l'article 110 de la loi du 24 juillet 1966, a été critiquée au regard de l'article 6 de la C.E.D.H.. En effet, l'absence de motivation inhérente à ce procédé d'exclusion fait que le dirigeant est démis de ses fonctions, donc sanctionné, sans savoir quelles charges pèsent contre lui. Le processus d'éviction n'est donc pas véritablement placé sous le signe de l'équité. Toutefois, c'est oublier que l'assemblée générale des associés, dont dépend la décision, n'est pas un tribunal, auquel il appartient de respecter le droit au procès équitable. En effet, comme l'a jugé la Cour de Strasbourg, « seul mérite l'appellation de tribunal, au sens de l'article 6, un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause »⁴⁷⁴. En des termes un peu lapidaires, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir retenu que la C.E.D.H., dont l'invocation était malvenue en l'espèce, n'obligeait pas l'assemblée à « énoncer un motif quelconque »⁴⁷⁵. Elle aurait pu avoir la délicatesse de rejeter le pourvoi en expliquant au justiciable, comme l'a fait la première chambre civile dans une affaire

⁴⁷³ R. CASSIN, Y a-t-il des vices cachés dans la Convention ?, Revue des Droits de l'homme 1970, p. 719.

⁴⁷⁴ Arrêt *Van de Hurk c/ Pays-Bas* du 19 avril 1994, Série A, n° 228.

⁴⁷⁵ Cass. com., 3 janv. 1985, *Carmona* : Lexi-laser cassation.

similaire, que l'assemblée générale des actionnaires « n'est pas un organisme juridictionnel établi par la loi mais un organe de gestion interne de la société »⁴⁷⁶.

Plus fâcheuse est la situation lorsque la chambre commerciale montre qu'elle ignore les développements de la jurisprudence européenne, en occultant de façon inconsidérée ou hâtive toute référence à la C.E.D.H.. En témoigne un arrêt du 7 février 1995 relatif à un magasin de pompes funèbres sur la vitrine duquel était apposée une mention susceptible de faire croire à la clientèle que l'entreprise appartenait au réseau de distribution des centres *Leclerc*. Reconnu responsable d'avoir indûment profité de la notoriété d'autrui, l'exploitant de la boutique soutenait que les juges du fond avaient violé l'article 10 de la C.E.D.H.. Faisant valoir que la publicité commerciale est une manifestation de la liberté d'expression, il reprochait à la cour d'appel d'avoir admis une restriction sans en constater la légalité, douteuse selon lui dans la mesure où les règles sur la concurrence déloyale, d'origine prétorienne, sont insuffisamment précises et accessibles. Eludant tout débat, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. Pour elle, la décision attaquée ayant à bon droit « énoncé que le litige ne concernait pas la liberté d'expression, la cour d'appel n'avait pas à procéder aux recherches prétendument omises »⁴⁷⁷. Une telle affirmation est en porte-à-faux avec la position de la Cour de Strasbourg qui juge l'article 10 applicable au discours commercial⁴⁷⁸. Toutefois, la Cour de cassation a vite pris conscience du caractère erroné de son analyse puisque, dans un autre arrêt de 1995, qui concernait lui aussi un message publicitaire utilisant abusivement le nom de *Leclerc* pour améliorer l'image d'un commerce funéraire, la haute juridiction a admis que la liberté d'expression était en cause. En effet, la Cour prend soin cette fois-ci de relever que les juges du fond n'ont pas « porté atteinte à la liberté de tout individu » car ils ont « énoncé de façon précise la règle de droit » ayant permis d'assimiler la publicité litigieuse à un acte de concurrence déloyale⁴⁷⁹. La Cour de cassation a donc comblé avec excellence l'écart qui la séparait de la juridiction européenne : non seulement elle englobe la publicité commerciale dans le domaine du droit garanti par l'article 10 § 1 mais, en plus, elle admet qu'une ingérence prévue par une règle sans filiation parlementaire puisse s'analyser en une limitation édictée par la « loi » au sens de l'article 10 § 2⁴⁸⁰.

C'est d'emblée, en revanche, que la chambre commerciale a suivi l'opinion de la Commission et de la Cour européennes en rejetant comme inopérante l'invocation de l'article 7 de la C.E.D.H. par les dirigeants sociaux frappés de faillite personnelle. Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, une interprétation stricte du texte prévoyant les sanctions à l'encontre du failli semblait obliger le juge à choisir entre interdire au sujet de gérer une entreprise commerciale et lui défendre de diriger une personne morale. Néanmoins, l'animateur d'un groupe de sociétés avait été déchu de son droit d'administrer à la fois toute entreprise commerciale et toute personne morale. S'étant vu ainsi infliger une sanction plus forte que celle normalement applicable, il alléguait une violation du

⁴⁷⁶ Cass. civ. 1ère, 30 sept. 1997, *Saint Lo* : Lexi-laser cassation. Depuis quelques années cependant, la chambre commerciale procède à une "confusion du genre judiciaire et du genre sociétaire" (C. CHAMPAUD et D. DANET, obs. sous Paris 7 mai 1998 : RTD com. 1998, p. 872) en décidant qu'un dirigeant social ne saurait être remercié sans un débat contradictoire préalable ménageant sa dignité (Cass. com. 24 fév. 1998 : Bull. Joly 1998, p. 527 note C. PRIETO ; Cass. com. 3 janv. 1996 : Bull. Joly 1996, p. 388, note B. SAINTOURENS). L'intéressé doit être averti à l'avance que sa révocation est à l'ordre du jour mais ce que l'on pourrait appeler une notification des griefs n'est pas exigée, car le caractère discrétionnaire du limogeage reste le principe, si bien qu'en théorie les associés peuvent se séparer d'un dirigeant n'ayant aucunement démérité (P. LE CANNU, Le principe de contradiction et la protection des dirigeants : Bull. Joly 1996, p. 11).

⁴⁷⁷ Cass. com., 7 fév. 1995, *M. Pastre* : Lexi-laser cassation.

⁴⁷⁸ Arrêt du 23 juin 1994, *Manfred Jacobowski c/ Allemagne* : R.U.D.H. 1995, p. 30. Voir M. BOUTET, La liberté d'expression publicitaire selon l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : D. 2000, p. 26.

⁴⁷⁹ Cass. com., 21 mars 1995, *Sté Pompes funèbres stéphanoises* : Lexi-laser cassation.

⁴⁸⁰ En effet, le juge européen, pour définir la notion de loi, ne s'en tient pas à un critère formel et privilégie un critère matériel. Peu importe donc que la norme juridique sur la base de laquelle une ingérence est commise n'émane pas du Parlement (Arrêt du 25 mars 1985, *Barthold* : Série A, n° 90). Bref, il faut prendre en compte « le *jus* et non la *lex stricto sensu* » (M. CLIQUENNOIS et *alii*, La Convention européenne des Droits de l'homme et le juge français. L'Harmattan 1997, p. 110).

principe de la légalité des infractions et des peines. Pour refouler l'argument, la chambre commerciale a énoncé que les déchéances prononcées « constituent des mesures de sûreté édictées dans l'intérêt public et non pas des sanctions pénales »⁴⁸¹. De fait, à la différence de la banqueroute, qui entraîne des sanctions correctionnelles, la faillite personnelle est une forme d'exclusion de nature disciplinaire protégeant l'intérêt général : il s'agit d'éloigner de la vie des affaires un entrepreneur malhonnête ou gravement incompétent⁴⁸². Or, selon la jurisprudence européenne, pour se prévaloir de l'article 7, l'éventuel requérant doit avoir été accusé d'une infraction au sens pénal du terme. Cela rappelle la notion d'accusation en matière pénale évoquée à l'article 6. Pourtant, les décisions intervenues pour préciser le domaine du principe de légalité des incriminations et des peines sont moins libérales que celles traitant du procès équitable. En effet, les mesures disciplinaires⁴⁸³, et en particulier les sanctions professionnelles atteignant un commerçant pour violation de la déontologie des affaires⁴⁸⁴ sont jugées extérieures aux prévisions de l'article 7. S'il s'était contenté de fonder sa demande sur le principe « *nulla poena sine lege* » tel qu'il ressort des textes constitutionnels français, le plaideur aurait pareillement échoué. Tout d'abord, l'exception d'inconstitutionnalité est irrecevable, mais, en outre, ne sont pas qualifiées de sanctions ayant le caractère d'une punition les mesures « auxquelles sont assignées des objectifs différents de ceux de la répression pénale »⁴⁸⁵.

Il n'est pas si habituel que la chambre commerciale daigne examiner un moyen articulé selon les termes de la C.E.D.H. quand les dispositions du droit interne sont de même facture. Le plus souvent, en pareil cas, la référence à la C.E.D.H. est tenue pour surabondante. Toutefois, c'est surtout lorsqu'une demande peut prospérer sur le seul terrain du droit national que le juge, usant sélectivement de la notion de subsidiarité, estime inopportun de faire usage de la C.E.D.H..

β - Mise à l'écart de la C.E.D.H. pour une raison de subsidiarité

Dans nombre d'arrêts, la chambre commerciale estime superflu de constater une violation de la C.E.D.H., dans la mesure où les ressources du droit national « permettent de remédier aux situations attentatoires aux Droits de l'homme »⁴⁸⁶. Ainsi, une référence à la C.E.D.H. apparaît dans les moyens de cassation ou dans les motifs de la juridiction du fond, tels qu'ils sont rapportés par la thèse du pourvoi ; en revanche, il n'est plus fait mention du texte international dans la décision même de la Cour de cassation. Toutefois, cette omission ne saurait être tenue pour une manifestation de rejet des garanties conventionnellement posées. Au contraire, loin de vouloir méconnaître les droits et libertés fondamentaux, la chambre commerciale estime ceux-ci suffisamment protégés par les règles internes⁴⁸⁷ et, selon la vigoureuse expression d'un auteur, elle n'éprouve pas le besoin de sortir « la grosse artillerie » que constitue la Convention européenne⁴⁸⁸.

Il reste à savoir si la motivation de l'arrêt omettant de souligner qu'une situation enfreint la C.E.D.H. n'est pas en réalité empruntée à la Cour de Strasbourg. Poussé par un chauvinisme bien gaulois, le juge français s'approprierait ainsi des solutions européennes, en les faisant passer pour du droit national. En d'autres termes, plus pudiques, il marquerait son adhésion matérielle à la

⁴⁸¹ Cass. com., 18 juin 1985, *Moignard* : Lexi-laser cassation.

⁴⁸² Y. GUYON, *Droit des affaires*, Tome 2 (Entreprises en difficultés - Redressement judiciaire - Faillite), Economica, 6^e éd. 1997, n° 1412.

⁴⁸³ *X c/ RFA*, 24 juill. 1970 : rec. n° 35, p. 158.

⁴⁸⁴ *X c/ Belgique*, 10 mars 1981 : Décisions et rapports de la Com. EDH, 24, p. 198.

⁴⁸⁵ Décision du Conseil constitutionnel n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 : *Rec.*, p. 29.

⁴⁸⁶ J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz. *Connaissance du droit*, op. cit. p. 6.

⁴⁸⁷ Souvent en effet, « *la Convention est invoquée comme un appui, un complément venant conforter une loi nationale, mais le recours au texte international n'apporte rien d'original* ». M. FABRE, *L'application de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juges nationaux*. *Petites Affiches* 2 août 1996, p. 4.

⁴⁸⁸ F. DERRIDA, note sous Cass. com., 17 mai 1994 : *D.* 1994, *J.*, p. 510.

jurisprudence européenne sans se livrer à une réception formelle des décisions strasbourgeoises⁴⁸⁹. Celles-ci seraient donc incorporées anonymement dans l'ordre juridique interne, comme faisant corps avec les textes de droit français visés par la Cour de cassation.

Pour l'instant, il s'agit là d'une hypothèse d'école car l'on ne recense pas de décisions de la chambre commerciale s'abritant derrière une norme interne pour mieux plagier la jurisprudence de la C.E.D.H..

La plupart des arrêts qui négligent la dimension internationale pour ramener le débat dans le seul giron du droit interne ont trait au contentieux des procédures collectives, et il serait effectivement exagéré d'affirmer qu'une inspiration européenne est décelable à l'analyse de tel ou tel d'entre eux.

L'affaire *Desseilles* du 27 avril 1993 en témoigne. En l'espèce, un candidat à la reprise d'une société en difficultés avait été choisi comme cessionnaire par le tribunal de commerce, qui s'était alors permis de modifier arbitrairement les termes de l'offre en imposant à l'heureux élu de se porter caution de l'entreprise rachetée par ses soins. Devenu garant malgré lui, le repreneur soutenait, entre autres, que cet engagement forcé de caution constituait une atteinte virtuelle à ses biens, en sorte que le tribunal avait violé l'article 1 du premier protocole additionnel à la C.E.D.H.. Débouté en appel, c'est avec succès que l'acquéreur intenta un pourvoi en cassation. Toutefois, il ne peut se vanter d'avoir obtenu un triomphe au goût européen puisque la chambre commerciale a jugé inutile d'exercer sa censure au visa de la C.E.D.H.. En effet, pour la Cour de cassation, en obligeant l'acheteur à fournir un cautionnement qu'il n'avait pas entendu donner, ce sont les dispositions claires et précises de l'article 62, alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985 que les juges du fond ont méconnu⁴⁹⁰. Selon cet article, « les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation ». Face à un texte aussi limpide, il est compréhensible que les préférences de la Cour de cassation aillent vers le droit interne ; en pareille hypothèse, s'enquérir de l'état de la jurisprudence européenne peut être ressenti comme une perte de temps.

L'économie de moyens peut également expliquer la mise à l'écart de la C.E.D.H. dans cet autre arrêt respectueux du droit de propriété, rendu par la chambre commerciale le 22 avril 1997. Alors que les sommes provenant de la cession partielle d'une entreprise suffisaient à rembourser les créanciers, une ordonnance du juge-commissaire avait ordonné la mise en vente d'autres biens de l'exploitation, à savoir deux domaines cultivables non compris dans le plan de reprise. Voyant qu'on le dépouillait de ses terres sans justification, le débiteur s'estimait victime d'un excès de pouvoir, et demandait notamment à ce que la régularité de la liquidation soit contrôlée au regard de l'article 1 du premier protocole additionnel à la C.E.D.H.. Tout en récupérant ses parcelles agricoles, le demandeur, Madame *Guarrigue*, a appris devant la Cour de cassation que l'herbe n'était pas nécessairement plus verte dans le pré européen, car le droit interne suffisait amplement à lui donner satisfaction. Visant en effet les seuls articles 81, alinéa 4, et 167 de la loi du 25 janvier 1985, la chambre commerciale décide que la vente des actifs non compris dans le plan de cession doit être suspendue « lorsqu'il n'existe plus de passif exigible ou que les sommes dont dispose le commissaire à l'exécution du plan sont suffisantes pour désintéresser les créanciers »⁴⁹¹. Si la haute juridiction avait exercé un contrôle en se référant au premier protocole additionnel, tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg, elle serait sans doute parvenue à une conclusion identique. En effet, pour apprécier la légitimité d'une privation de propriété, le juge européen met en balance les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu⁴⁹². Or, l'intérêt de la collectivité n'exige pas qu'un entrepreneur soit privé de la totalité de

⁴⁸⁹ Comparer, pour une étude de la réception de la jurisprudence constitutionnelle par les tribunaux de l'ordre judiciaire : N. MOLFEISSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*. L.G.D.J. 1997, n° 642 et s.

⁴⁹⁰ Cass. com., 27 avril 1993, *M. Robert Desseilles* : Lexi-laser cassation.

⁴⁹¹ Cass. com., 22 avril 1997, *Mme Andrée Guarrigue* : Lexi-laser cassation.

⁴⁹² Arrêt du 21 février 1986, *James*, Série A, n° 98.

ses biens alors que la cession d'une partie de ses actifs professionnels suffit à désintéresser les créanciers poursuivants. Cela conduit à aborder une question importante : une fois admise l'applicabilité de la C.E.D.H., la chambre commerciale va-t-elle, au stade de l'application, « procurer aux normes conventionnelles une interprétation calquée sur celle des organes de Strasbourg »⁴⁹³ ?

2 - L'application de la C.E.D.H. dans les affaires commerciales

Pour un magistrat peu attentif aux évolutions de la jurisprudence européenne, prendre au sérieux un moyen tiré de la violation de la C.E.D.H., c'est-à-dire l'accueillir comme ayant trait au litige, bref admettre son applicabilité de principe, revient presque à effectuer un saut dans l'inconnu. Il s'oblige en effet à trancher le cas d'espèce à la lumière d'une Convention qui, faisant l'objet d'une interprétation extensive par les organes de Strasbourg, devient de plus en plus inséparable de son complément jurisprudentiel.

Certes, aucun texte ne confère d'autorité à la « chose interprétée »⁴⁹⁴ par la Cour de Strasbourg, dont les positions ont ainsi une valeur inférieure à celle de la C.E.D.H. elle-même. Il n'empêche que si le juge français, pêchant par ignorance, fait cavalier seul et conçoit la signification d'un article en des termes différents de ceux retenus par la Cour, il expose son pays à une condamnation internationale. Toutefois, on peut aussi imaginer le cas d'un juge qui, à l'écoute de la jurisprudence européenne, résiste délibérément à une solution qu'il désapprouve, mû par l'espoir que sa conduite décidera la Cour à opérer un revirement.

Afin de cerner l'attitude de la chambre commerciale, le plus commode est de classer les décisions rendues en fonction du but dans lequel l'application de la C.E.D.H. a été requise. On s'aperçoit alors que la C.E.D.H. est toujours invoquée dans un objectif de légitimation ou de neutralisation, soit relativement à un texte (a), soit par rapport à une pratique (b).

a - La C.E.D.H. au contact d'un texte

Comme tous les traités internationaux dûment ratifiés, la C.E.D.H. a une autorité supérieure à la loi. Cependant, ses dispositions sont généralement si vagues que les cas d'interférence entre un texte interne et une norme conventionnelle prise dans sa nudité originare, c'est-à-dire épurée de toute interprétation par le juge européen, sont plutôt rares. Aussi bien, « ce sont surtout les arrêts de la Cour E.D.H. qui, par leur formulation plus précise, font apparaître des conflits avec le droit interne »⁴⁹⁵.

Dès lors, en prenant le parti d'intégrer la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans ses propres décisions, le juge national peut priver d'efficacité certaines lois qui, traditionnellement, n'étaient pas perçues comme contrevenant aux Droits de l'homme.

Toutefois, à côté des hypothèses dans lesquelles il est fait application de la C.E.D.H. à l'encontre d'un texte, on trouve des arrêts qui s'y réfèrent au soutien d'une règle interne, dont la compatibilité avec les principes conventionnels est mise en doute par un plaideur.

Par conséquent, loin d'être exclusivement utilisée pour transformer l'état du droit existant (α), la C.E.D.H. est aussi mobilisée pour conforter l'état du droit en vigueur (β).

⁴⁹³ M. VERDUSSEN, La Convention européenne des Droits de l'homme et le juge constitutionnel, in « La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des Droits de l'homme ». Editions du Jeune Barreau de Bruxelles 1994, p. 59.

⁴⁹⁴ J. VELU, A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour E.D.H., in Mélanges RIGAUX, Bruylant 1993, p. 527.

⁴⁹⁵ P. MAYER, L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux Droits de l'homme, in Libertés et droits fondamentaux. Editions du Seuil 1996, p. 261.

α- Sollicitation de la C.E.D.H. pour modifier l'état du droit existant

Ce n'est point dans ses termes originaires, mais enrichie par les interprétations de la Cour européenne, que la C.E.D.H. a permis au juge français de rendre inopérantes certaines règles écrites, peu suspectées jusqu'alors d'attenter aux droits et libertés fondamentaux. La seule lecture du donné conventionnel brut ne suffit pas en effet à expliquer la solution retenue dans plusieurs décisions de la chambre commerciale, directement inspirées par le construit jurisprudentiel strasbourgeois.

Un bon exemple est fourni par un arrêt du 17 mai 1994, lequel mérite d'autant plus de retenir l'attention qu'il a été le prélude à un changement législatif en matière de procédures collectives. En l'espèce, le juge-commissaire avait autorisé la vente d'un immeuble appartenant au débiteur, ceci sans prescrire que l'ordonnance lui soit signifiée. Les textes n'imposaient pas à l'époque de notification au principal intéressé et prévoyaient simplement que « *les ordonnances du juge-commissaire sont immédiatement déposées au greffe et communiquées aux mandataires de justice ; elles peuvent faire l'objet d'un recours par simple déclaration au greffe dans les huit jours de ce dépôt* »⁴⁹⁶. L'opposition du débiteur, formée plus de huit jours après le dépôt au greffe, avait été déclarée irrecevable. Privé ainsi de la possibilité de contester un acte lésant ses intérêts, le débiteur alléguait une violation de l'article 6 de la C.E.D.H., consistant en une négation du droit à un débat contradictoire et du droit au double degré de juridiction. Or, la Convention ne garantit pas expressément aux justiciables les droits en question⁴⁹⁷. En revanche, la Cour E.D.H. estime que le respect du principe du contradictoire est un aspect essentiel du procès équitable ; de la sorte, méconnaît l'exigence d'équité une procédure durant laquelle, et du moins à son stade déterminant, le tribunal n'a pas entendu le requérant ni ne l'a invité à déposer des observations écrites, ni, surtout, ne lui a fourni l'occasion de consulter et de critiquer le dossier de l'affaire⁴⁹⁸. Quant au double degré de juridiction, la Cour admet que, même si sa consécration dans l'ordre juridique interne est purement facultative, il contribue au caractère équitable du procès ; c'est pourquoi, lorsqu'une loi nationale prévoit cette règle, elle doit bénéficier à tous les individus sans discrimination⁴⁹⁹. Refusant à son tour d'appliquer trop littéralement l'article 6, la chambre commerciale a désapprouvé les juges du fond pour avoir déclaré irrecevable l'opposition du débiteur alors « qu'en l'absence de notification par le greffier, il ne pouvait se voir privé d'exercer un recours contre une décision rendue à son insu et concernant directement ses droits et obligations »⁵⁰⁰. La position de la Cour de cassation a suscité une réforme puisque, dans le nouveau régime issu du décret du 21 octobre 1994, les parties et, par extension, toutes les personnes dont la situation est directement affectée par les ordonnances du juge-commissaire, doivent en recevoir la notification⁵⁰¹.

Un autre texte ayant fait l'objet de retouches à la suite d'une affirmation judiciaire de contrariété à la C.E.D.H. est le décret du 23 mars 1990 relatif à la procédure d'injonctions et de sanctions administratives prononcées par la Commission des opérations de bourse. Ce n'est pas à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation que le pouvoir réglementaire est intervenu mais en réponse aux vives critiques décochées par la Cour d'appel de Paris, juridiction devant laquelle sont portés les recours formés contre les sentences de la COB. Sanctionné pour manquement à ses devoirs en

⁴⁹⁶ Décret 22 déc. 1967, art. 17, dont les dispositions avaient été reprises par l'article 25 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985.

⁴⁹⁷ Au vrai, le principe du double degré de juridiction a été consacré par le protocole additionnel n° 7, mais il ne s'applique *expressis verbis* qu'au procès pénal, et encore, sous la réserve, exprimée par la France lors de la ratification du texte, que l'examen par la juridiction supérieure puisse être limité à un contrôle de l'application de la loi, tel que le pourvoi en cassation le permet.

⁴⁹⁸ Arrêt du 19 mai 1986, *Feldbrugge*, Série A, n° 99.

⁴⁹⁹ Arrêt du 17 janv. 1970, *Delcourt*, Série A, n° 11.

⁵⁰⁰ Cass. com., 17 mai 1994, *M. Jaumin* : D. 1994, p. 510, note F. DERRIDA ; JCP 1995, I, 3815, obs. M. CABRILLAC ; Rev. huissiers 1994, p. 1403, note J.-L. COURTIER.

⁵⁰¹ Voir J.-L. VALLENS, *Droit de la faillite et Droits de l'homme*, RTD Com. 1997, p. 567.

matière d'information du public, le dirigeant d'une société reprochait à la COB d'avoir scrupuleusement respecté une procédure dont il s'est attaché à démontrer l'incompatibilité avec la Convention européenne. Ainsi, après avoir notifié ses griefs à l'intéressé et recueilli ses observations, la COB avait décidé de poursuivre la procédure sans motiver cette décision, observant en cela l'article 3 du décret précité. De surcroît, conformément à l'article 5, le rapporteur nommé par la Commission avait présenté l'affaire lors de la séance des plaidoiries sans que la personne mise en accusation ait eu préalablement communication de ce rapport. Les juges parisiens ont pleinement adhéré à l'argumentation du demandeur. En effet, la COB ayant diligenté une procédure « sans faire connaître la raison du maintien des poursuites ni prévoir de débat contradictoire écrit sur le rapport d'instruction établi par l'un de ses membres (...), elle a pu donner l'impression que la sanction prononcée à l'encontre de M. Oury n'avait pas été décidée dans des conditions d'impartialité, selon une procédure équitable ménageant les droits de la personne poursuivie et satisfaisant aux exigences de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne des Droits de l'homme »⁵⁰². On peut percevoir dans ce considérant une allusion à la théorie des apparences forgée par la Cour européenne, selon laquelle l'indépendance d'un tribunal peut s'apprécier « selon une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime »⁵⁰³. En tout cas, la réforme que cet arrêt avait pour but de provoquer n'a guère tardé puisque trois mois seulement après son prononcé, paraissait le décret du 31 juillet 1997 réaménageant les garanties procédurales devant la COB⁵⁰⁴. Il est ainsi prévu une information plus rapide et meilleure de la personne mise en cause car, désormais, la notification des griefs, qui marque l'ouverture de la procédure de sanction, s'accompagne du rapport d'enquête dressé par le service d'inspection de la Commission⁵⁰⁵. De plus, « l'ancienne procédure avait la faiblesse de prévoir la désignation du rapporteur uniquement après que la Commission, dont il est un membre, eut examiné les arguments en défense de la personne visée et ne les eut point trouvés suffisamment convaincants pour justifier l'abandon des poursuites »⁵⁰⁶. Dorénavant, c'est dès l'ouverture de la procédure qu'un rapporteur est désigné. Celui-ci est tenu d'entendre la personne mise en cause si elle en fait la demande et il doit lui adresser le rapport en même temps que la convocation à la séance du collège de la Commission au cours de laquelle se tiendront les débats précédant la décision⁵⁰⁷.

Un nouvel arrêt tendant à impulser une modification des règles procédurales en droit boursier a été rendu le 7 mars 2000 par la Cour d'appel de Paris. Parce que la composition du collège de la COB est invariable aux différentes étapes de la procédure, cette décision estime incompatible avec les exigences du procès équitable le fait qu'un organe ainsi structuré puisse tour à tour prononcer la mise en accusation, formuler les griefs visant la personne poursuivie et statuer sur sa responsabilité. La COB a immédiatement bloqué les dossiers en cours jusqu'à la mise en vigueur d'un texte garantissant aux justiciables que les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement seront exercées par des membres différents⁵⁰⁸.

De plus en plus féconde et fréquente, l'exploitation judiciaire de la C.E.D.H. fait paraître bien lointain le temps où l'on pouvait écrire que « dans notre régime juridique, les juges ne

⁵⁰² Paris, 7 mai 1997, *Oury* : Rev. dr. banc. 1997, p. 119, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE ; JCP 1997, éd. E, I, 676, n° 14, obs. A. VIANDIER.

⁵⁰³ Arrêt du 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark* : JDI 1990, p. 727, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

⁵⁰⁴ F. BUCHER, Vers un progrès des droits de la défense devant la COB : Rev. sociétés 1997, p. 481.

⁵⁰⁵ D. 23 mars 1990, art. 2, al. 1, nouveau.

⁵⁰⁶ E. DEZEUZE, La réforme de la procédure de sanction administrative de la Commission des opérations de bourse : JCP 1997, éd. E, I, 709.

⁵⁰⁷ D. 23 mars 1990, art. 4, al. 2 nouveau.

⁵⁰⁸ Paris, 7 mars 2000, *Sté KPMG-Fiduciaire de France* : Petites Affiches 22 mai 2000, obs. C. DUCOULOUX-FAVARD..

sauraient corriger ou transformer les textes qui leur déplaisent (...), prendre le contre-pied des positions qu'adopte le législateur ; les tribunaux sont des redresseurs de torts et non des lois »⁵⁰⁹.

Toutefois, s'il arrive que le juge réagisse dans le sens escompté par le plaideur sûr du caractère malfaisant ou archaïque de notre législation, c'est parfois l'inverse qui se produit : le magistrat se réfère à la C.E.D.H. pour abonder en faveur de la règle interne que le justiciable souhaitait voir stigmatisée.

β- Sollicitation de la C.E.D.H. pour conforter l'état du droit existant

Jusqu'à présent, en matière commerciale, le juge judiciaire a usé avec modération de la faculté qu'il détient de mobiliser la C.E.D.H. pour agir en « contre-législateur »⁵¹⁰. Du reste, si elle consacrait toutes les interprétations à finalité bassement fonctionnelle développées par des plaideurs soucieux de leurs intérêts pécuniaires, la Cour de cassation tomberait vite dans « le *droits-de-l'hommeisme*, qui est aux Droits de l'homme ce que l'*islamisme* est à l'islam : une altération grotesque »⁵¹¹.

Pour le juge interne, sage est donc la voie consistant à s'inquiéter du contenu de la jurisprudence européenne avant de décider que la France a « légiféré à rebours de ses obligations internationales »⁵¹². Cette façon de procéder a permis la survie de diverses règles qui peuvent apparaître comme choquantes, mais dont la réécriture ne s'impose pas eu égard aux positions de la Commission ou de la Cour de Strasbourg.

Tel est le cas de la loi qui donne la possibilité aux actionnaires majoritaires d'une société cotée en bourse, quand ils détiennent déjà 95 % des actions, de provoquer le départ des minoritaires en contraignant ceux-ci à céder leur participation⁵¹³. Se voyant forcés de vendre leurs titres en application de ce texte, les associés minoritaires de la banque *SOGENAL* criaient à l'expropriation pour cause d'utilité privée. Ils espéraient ainsi faire annuler la procédure de retrait obligatoire comme étant contraire à l'article 1 du premier protocole additionnel à la C.E.D.H., aux termes duquel « nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique ». Un extrait du riche attendu par lequel la chambre commerciale a écarté la critique mérite d'être rapporté : « *le transfert de propriété, opéré moyennant un prix en rapport avec la valeur du bien, dans un cadre légitime d'ordre social et économique, répond à l'utilité publique quand bien même la collectivité dans son ensemble ne se servirait ou ne profiterait pas par elle-même du bien transféré ; qu'ayant constaté que le transfert de propriété avait lieu dans les conditions définies par la loi, pour satisfaire à des fins d'intérêt général qu'il lui appartient d'apprécier, et qui assurent l'indemnisation effective des actionnaires obligés de céder leurs titres, la cour d'appel a décidé, à bon droit, que ce retrait obligatoire n'était pas contraire aux obligations découlant de la Convention susvisée* »⁵¹⁴. Il semble que la Cour de cassation se soit ingéniée à paraphraser une décision *Bramelid et Malmström c/ Suède* du 12 octobre 1982 : saisie d'un recours par des associés minoritaires ayant subi un retrait obligatoire organisé par la loi suédoise, la Commission a été d'avis que si « *l'obligation faite aux actionnaires de céder leurs actions au groupe majoritaire découle d'une législation sur les sociétés réglant les rapports des actionnaires entre eux (...), de telles réglementations, indispensables à toute vie en société sous un régime libéral, ne sauraient en principe être considérées comme contraires à l'article 1 du protocole* » ; il convient seulement « de

⁵⁰⁹ Ph. MALAURIE, La jurisprudence combattue par la loi : Mélanges R. SAVATIER, éd. Dalloz 1965, p. 603.

⁵¹⁰ A. DECOCQ, Le désordre juridique français, in Mélanges J. FOYER, P.U.F. 1997, p. 162.

⁵¹¹ A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 163.

⁵¹² O. DE SCHUTTER, La coopération entre la Cour E.D.H. et le juge national. la Revue belge de droit international, 1997-1, p. 21.

⁵¹³ L. 22 janv. 1988, art. 6 bis, devenu l'article 33 de la loi du 2 juillet 1996 sur la modernisation des activités financières.

⁵¹⁴ Cass. com., 29 avril 1997 : Bull. Joly bourse 1997, p. 391, note L. FAUGEROLAS ; Petites Affiches n° 143/1997, p. 35, note D. BOCCARA ; D. 1998, p. 334, note M.-A. FRISON-ROCHE et M. NUSSENBAUM.

s'assurer qu'en réglementant les effets, quant aux biens, des rapports juridiques entre particuliers, le législateur n'introduit pas entre eux un déséquilibre tel qu'il aboutirait à dépouiller arbitrairement et injustement une personne au profit d'une autre »⁵¹⁵.

Un autre arrêt qui, pour conclure à la rectitude d'une norme interne au regard de la C.E.D.H., applique sans le dire une décision en provenance de Strasbourg, concerne l'affaire *Bernard Tapie c/ Société de banque occidentale*. La règle querellée était l'article 194 de la loi du 25 janvier 1985, aux termes duquel le jugement qui prononce une liquidation judiciaire personnelle emporte de plein droit l'interdiction d'exercer une fonction publique élective. Le demandeur soutenait que la sanction de l'inéligibilité, par son caractère automatique, était contraire aux exigences du procès équitable. En réponse à cet argument, la chambre commerciale a fait valoir que « *l'incapacité que la loi attache au prononcé de la liquidation judiciaire d'une personne physique et qui prend effet de plein droit à compter de la notification qui en est faite à celle-ci ne contrevient pas aux dispositions de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne des Droits de l'homme dès lors que l'intéressé bénéficie de la garantie prévue par ce texte du fait de la procédure ayant abouti au prononcé de la liquidation* »⁵¹⁶. Là encore, la haute juridiction n'a fait que respecter la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention. En effet, selon la Commission européenne, lorsqu'une déchéance d'un droit, comme la possibilité d'exercer la profession de débitant de boissons, résulte d'une loi en raison de certaines condamnations, cette automaticité ne heurte pas les dispositions de l'article 6, du moment où le procès a eu lieu régulièrement⁵¹⁷.

Ce serait une erreur d'en déduire que la chambre commerciale, quand elle doit se prononcer sur une éventuelle antinomie entre la législation interne et la C.E.D.H., raisonne systématiquement à l'aune des interprétations de la Convention délivrées par le juge européen. Quelquefois en effet, les décisions prises à Strasbourg restent sans lendemain dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi, la question se pose de savoir si le juge-commissaire désigné dans la procédure collective ouverte contre l'entreprise peut ensuite, conformément à l'article 24 du décret du 27 décembre 1985, participer à la formation de jugement statuant en matière de liquidation judiciaire et de faillite personnelle des dirigeants. Plus précisément, la présence du juge-commissaire au sein du tribunal est critiquée comme paraissant peu compatible avec l'exigence d'impartialité. En effet, ayant d'abord eu, entre autres missions, celle de réclamer des sanctions contre les dirigeants soupçonnés d'avoir commis des fautes, on voit mal ce magistrat siéger ensuite en toute neutralité dans la formation collégiale appelée à décider du sort de ces dirigeants. Le fait que le même personnage occupe successivement deux fonctions dans la même affaire ne gêne en rien la Cour de cassation. A plusieurs reprises, elle a affirmé laconiquement que la présence de ce magistrat « dans la juridiction qui prononce la liquidation judiciaire des dirigeants sociaux, fut-il déjà juge-commissaire de la liquidation judiciaire de la personne morale, n'est pas contraire aux dispositions de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁵¹⁸. Il est pourtant douteux qu'un tribunal ainsi composé puisse être qualifié d'impartial au sens européen du terme. La Cour d'appel de Grenoble en a d'ailleurs apporté la démonstration dans une décision du 11 septembre 1997 où elle cite textuellement deux arrêts de la Cour E.D.H.. Reprenant une formule de l'arrêt *Hauschildt*⁵¹⁹, elle commence par affirmer que « l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle du juge en telle occasion » ; puis, se référant à l'affaire *de Cubber*⁵²⁰, elle observe « qu'en la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance ; selon un adage anglais, *la justice ne doit pas seulement être rendue, il faut qu'on la voie être rendue* » ; il y va de la

⁵¹⁵ Décision du 12 oct. 1982, *Malmström c/ Suède* : Déc. et rapp. de la Commission 29, p. 64.

⁵¹⁶ Cass. com., 9 juill. 1996 : Quot. jur. 1er août 1996, p. 9, obs. P. M.

⁵¹⁷ Décision du 16 oct. 1980, *X c/ Belgique* : req. n° 8901/80.

⁵¹⁸ Cass. com., 23 janv. 1996, *SCI Complexe hôtelier cristal* : Bull. civ. IV, n° 23 ; Cass. com., 6 mai 1997, *Sté Mécabati* : lexi-laser cassation.

⁵¹⁹ Arrêt du 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark* : JDI 1990, p. 727, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

⁵²⁰ Arrêt du 26 octobre 1984, *De Cubber c/ Belgique*, Série A, n° 86.

confiance que les tribunaux d'une société démocratique doivent inspirer aux justiciables ». Dans ces conditions, elle retient que le chef d'entreprise « pouvait avoir l'impression de comparaître plutôt devant un adversaire que devant un juge ; il peut donc valablement faire valoir le manque d'impartialité de la juridiction qui a rendu le jugement attaqué »⁵²¹. La règle qui prévoit la présence du juge-commissaire parmi les magistrats composant le tribunal n'étant pas impérative, l'arrêt devrait juste inciter à une modification des habitudes, sans que le législateur ait besoin d'intervenir⁵²². Au passage, il est intéressant de relever que la Cour d'appel a examiné la règle de droit litigieuse dans son application effective et non pas dans sa lecture théorique. Elle a suivi en cela une méthode préconisée par la Cour de Strasbourg, qui refuse de se prononcer *in abstracto* sur la compatibilité d'une norme interne avec les exigences de la Convention⁵²³. Le juge européen n'accepte de constater une violation de la C.E.D.H. que dans l'hypothèse où se présente à lui une victime ayant « concrètement subi les conséquences de la mesure étatique reprochée »⁵²⁴. Autrement dit, le comportement des personnes qui mettent en oeuvre la loi a autant, sinon plus d'importance que le texte lui-même. Cela conduit naturellement à envisager les pratiques qui ont été mises à l'épreuve de la C.E.D.H..

b - La C.E.D.H. au contact d'une pratique

Il faut d'abord souligner une ambiguïté : à qui veut confronter une pratique aux droits et libertés inscrits dans la C.E.D.H., la réglementation étatique apparaît inévitablement en toile de fond. En effet, quand ils adoptent une manière de procéder, les praticiens se bornent à « utiliser la marge de liberté que leur donne l'interprétation des textes »⁵²⁵. Or, il se peut que, sans excéder les limites posées par la règle interne permissive, une personne bafoue un principe découlant de la Convention européenne. Faute d'avoir imposé cette conduite de façon autoritaire, la loi nationale ne heurte pas en elle-même la C.E.D.H. : à titre d'exemple, il serait absurde de prétendre que l'article 1134 du Code civil, exaltant la liberté contractuelle, défie la C.E.D.H. car certains sujets en profitent pour passer des accords attentatoires aux droits garantis.

C'est pour tourner la difficulté et ne pas laisser prospérer entre les individus des pratiques néfastes, mais développées en application de lois elles-mêmes vierges de toute irrégularité internationale, que la Cour européenne a inventé la théorie dite des obligations positives⁵²⁶. En vertu de cette théorie, l'inaction d'un Etat est condamnable quand il s'abstient de modifier, dans son arsenal législatif, les dispositions « qui permettent à un particulier de violer les Droits de l'homme et les libertés fondamentales d'un autre particulier »⁵²⁷.

Ce devoir d'intervention pour éviter les empiétements excessifs de particuliers sur les droits d'autrui s'ajoute à l'obligation traditionnelle qu'a l'Etat de protéger la population contre les excès de ses propres agents.

Il serait donc tentant de poursuivre cet exposé en distinguant l'attitude de la chambre commerciale face aux pratiques horizontales et quant aux pratiques verticales. Toutefois, un tel choix ne serait pas des plus heureux car ce sont là deux concepts bien connus en droit de la concurrence, où ils revêtent une toute autre signification. Dès lors, mieux vaut adopter une approche

⁵²¹ Grenoble, 11 oct. 1997, *Haplan* : D. 1998, J, p. 128, note J.F. RENUCCI. Il faut cependant noter que la Cour E.D.H. par son arrêt *Morel c/France* du 6 juin 2000 s'est montrée moins exigeante que la Cour de Grenoble pour admettre l'impartialité du juge commissaire pour un autre aspect de son rôle dans les procédures collectives.

⁵²² J. F. RENUCCI, note précitée.

⁵²³ Parmi de très nombreux exemples, voir l'arrêt *F. c/ Suisse* du 18 déc. 1987 : Série A, n° 128.

⁵²⁴ O. de SCHUTTER, op. cit.

⁵²⁵ J. GHESTIN, Rapport de synthèse, *in* Le rôle de la pratique dans la formation du droit. Travaux de l'association Henri Capitant, Tome XXXIV, Economica 1983, p. 4.

⁵²⁶ D. SPIELMANN, Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention, *in* L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'homme, Bruylant 1998, p. 133..

⁵²⁷ J.-P. MARGUENAUD, La Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz. *Connaissance du droit*, op. cit. p. 42.

différente, d'autant plus que la Cour de cassation, pour fustiger (α) ou légitimer (β) une pratique au regard de la C.E.D.H., ne semble pas attacher d'importance à la qualité de son auteur.

α - Pratiques condamnées

Qu'elles soient imputables à la puissance publique ou à des personnes privées, plusieurs pratiques en contradiction avec la C.E.D.H. ont subi les foudres de la chambre commerciale.

Il faut classer à part un arrêt du 21 octobre 1997, qui sanctionne la mauvaise foi d'un contractant, lequel n'entendait pas exactement porter atteinte aux Droits de l'homme, mais cherchait, au détriment de son partenaire, à profiter d'une décision de la Cour européenne, mal interprétée en l'occurrence. Une S.C.I. avait vendu à un promoteur des biens immobiliers sous la condition suspensive d'absence de préemption par l'administration fiscale. Peu de temps après, bien que le service des impôts n'ait pas encore fait connaître sa réponse, l'acheteur fut appelé à signer l'acte authentique de vente. Le cédant estimait en effet la condition suspensive acquise car, selon lui, l'arrêt *Hentrich c/ France*, rendu par la Cour de Strasbourg en 1994⁵²⁸ avait sonné le glas du droit de préemption. Dès lors, l'acheteur n'ayant pas obtempéré à la mise en demeure de régulariser l'opération devant notaire, le vendeur entendait conserver la somme de 1 million de francs reçue à titre de dépôt de garantie. Pour écarter pareille prétention, la Cour de cassation a montré à quel point la demande reposait sur une interprétation fumeuse de l'arrêt *Hentrich*, qui, en réalité, n'avait pas marqué la disparition du droit de préemption⁵²⁹. En effet, se livrant à une véritable exégèse de la jurisprudence strasbourgeoise, elle énonce « *que la Cour E.D.H., dans son arrêt du 22 septembre 1994, n'a pas jugé que le principe même du droit de préemption fiscale était contraire à l'article 1er du protocole n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant le droit au respect des biens et de la propriété mais que les conditions dans lesquelles ce droit avait été exercé à l'encontre de Mme Hentrich étaient contraires à cette disposition ; il en résulte que le droit de préemption fiscale n'était pas, au 16 juillet 1990, radicalement inapplicable* »⁵³⁰.

Remarquable lui aussi pour la synthèse qu'il opère de la jurisprudence européenne afin de jeter l'anathème sur une pratique contestable, l'arrêt *Conso* du 18 juin 1996 a permis d'annuler une sanction administrative prononcée par la COB dans des conditions peu respectueuses de la présomption d'innocence. Le dirigeant d'une importante société s'était vu notifier une pénalité de 400 000 francs pour avoir dissimulé des informations que le public aurait eu intérêt à connaître. Or, avant que la procédure ne soit terminée, le président de la COB, dans une interview accordée à un quotidien national, avait donné son point de vue sur l'affaire, déclarant notamment qu'elle était « *exemplaire des lacunes dans l'information des épargnants* ». Ce commentaire prématuré a été jugé contraire aux droits fondamentaux garantis à tout accusé. Plus précisément, la chambre commerciale, visant l'article 6, paragraphes 1 et 2 de la C.E.D.H., énonce « *qu'en vertu de ce texte, toute personne a le droit que sa cause soit entendue par un tribunal impartial qui décidera de toute accusation portée contre elle en matière pénale, matière à laquelle sont assimilées les poursuites en vue de sanctions ayant le caractère d'une punition, et est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie (...)* ; *en retenant qu'il ne résulte pas des propos reproduits une atteinte à la présomption d'innocence (...)* alors qu'il était établi que ces déclarations publiques avaient été faites entre la notification des griefs à M. Conso et le prononcé de la sanction prise contre lui sous la présidence de leur auteur, la Cour d'appel a violé le texte susvisé »⁵³¹. Dans cet

⁵²⁸ Cour E.D.H. 22 sept. 1994 : D. 1995, J, 465, note D. FIORINA ; JCP 1995, II, 22374, note J.-P. LEGAL et L. GERARD.

⁵²⁹ B. JADAUD, Le droit de préemption du Trésor est-il mort ? JCP 1994, éd. N, Doc., p. 825.

⁵³⁰ Cass. com., 21 oct. 1997, *Sté immobilière genevoise* : Lexi-laser cassation.

⁵³¹ Cass. com., 18 juin 1996, *Conso* : Rev. dr. banc. 1996, p. 177, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE.

attendu, la Cour de cassation adhère à la fois à la définition européenne de la matière pénale⁵³² et à l'affirmation selon laquelle la présomption d'innocence est méconnue si les membres d'un tribunal « partent de l'idée préconçue que le prévenu a commis l'acte incriminé »⁵³³.

C'est également parce que l'opinion du juge était déjà affichée avant même l'ouverture des débats que la chambre commerciale, dans un arrêt du 3 novembre 1992, a remis en question les mesures infligées aux dirigeants d'une société en liquidation judiciaire sur saisine d'office du tribunal. Ce n'est pas le pouvoir de saisine d'office qui a été fustigé en soi mais l'absence de neutralité des termes employés dans la citation à comparaître délivrée aux intéressés. De fait, en l'espèce, le président du tribunal avait convoqué les dirigeants en vue de voir « condamner les assignés à supporter le passif, prononcer leur redressement judiciaire et leur faillite personnelle, en fixer la durée et en ordonner l'exécution provisoire ». En outre, il avait joint à l'assignation une note prenant parti sur les sanctions envisagées. Faisant exclusivement référence à l'article 6 de la C.E.D.H. sans viser les dispositions du droit interne, la Cour de cassation a censuré la décision frappée de pourvoi car « le libellé de la citation et le contenu de la note dans laquelle il tenait pour établi le comportement fautif à ses yeux des personnes visées pouvaient apparemment laisser penser que le président de la juridiction ne disposait pas de l'impartialité objective du juge »⁵³⁴.

Bien qu'il n'émane pas de la Cour de cassation mais de la Cour d'appel de Paris, un arrêt en date du 14 mai 1997 mérite de retenir l'attention car ceux qui l'ont rendu semblent avoir pressenti une évolution de la jurisprudence européenne. En l'espèce, la COB avait infligé des sanctions pécuniaires aux sept sociétés issues de la scission de la *Compagnie Immobilière Phénix* qui, avant sa dissolution, s'était soustraite à son devoir de transparence boursière⁵³⁵. Pour justifier sa décision, la COB affirmait que rien « ne fait obstacle à ce que soit considéré comme l'auteur des faits poursuivis une entreprise issue de la scission de la société à laquelle ces pratiques sont matériellement imputables, et qui assure la continuité économique de l'entité préexistante ». Les sociétés nées de la scission demandaient l'annulation des sanctions prononcées, en tant qu'elles leur paraissaient contraires au principe de la personnalité des peines, soi-disant consacré par l'article 6 de la C.E.D.H.. Or, ledit article, s'il confère des garanties procédurales à tout accusé, n'énonce pas la règle selon laquelle nul n'est pénalement responsable que de son propre fait. Pourtant, la thèse des sociétés requérantes a reçu l'aval de la Cour d'appel, pour qui les dispositions de l'article 6 « *ne permettent pas d'incriminer une personne autre que l'auteur du manquement (...); du principe de la personnalité des poursuites et des sanctions, il résulte, d'une part, l'extinction de l'action répressive à l'égard des personnes physiques décédées ou des personnes morales dissoutes et, d'autre part, l'absence de transmission de la culpabilité à des ayants droit* »⁵³⁶. Les juges parisiens ont fait preuve d'un remarquable sens de l'anticipation puisque, trois mois plus tard, dans deux arrêts relatifs au recouvrement d'amendes fiscales contre des héritiers d'un contribuable dont la fraude n'avait pas été sanctionnée de son vivant, la Cour européenne a estimé que « *la règle fondamentale de droit pénal selon laquelle la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'acte délictueux était requise par la présomption d'innocence de l'article 6 § 2 (...); hériter de la culpabilité du défunt n'est pas compatible avec les normes de la justice pénale dans une société régie par la prééminence du droit* »⁵³⁷.

L'on ne saurait clore cette série d'exemples sans citer l'arrêt du 19 décembre 1995 ayant appliqué d'office l'article 8 de la C.E.D.H. pour sanctionner l'abus de pouvoir commis par un agent

⁵³² Voir par exemple l'arrêt de la Cour européenne du 15 août 1987, *Lütz*, Série A, n° 123.

⁵³³ Rapport de la Commission du 3 mars 1963, *Ann. Conv.*, Vol. VI, p. 783.

⁵³⁴ Cass. com., 3 nov. 1992, *Haillot c/ Soinne* : D. 1993, J, p. 538, note J.-L. VALLENS ; *adde* Metz, 9 sept. 1997 : Petites Affiches n° 150/1997, p. 21, note J.-L. VALLENS.

⁵³⁵ Décision COB du 12 sept. 1996 : Bull. Joly bourse 1997, p. 379, note N. RONTCHEVSKY.

⁵³⁶ Paris, 14 mai 1997 : JCP 1997, éd. E, II, 973, note A. COURET ; Rev. dr. banc. 1997, p. 120, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE ; Rev. Sociétés 1997, p. 827, note H. LE NABASQUE ; Bull. Joly bourse 1997, p. 646, note N. RONTCHEVSKY ; D. 1998, *Somm.*, p. 76, obs. Y. REINHARD, et p. 137, obs. M.-L. NIBOYET.

⁵³⁷ Arrêts du 29 août 1997, *EL, RL et JO-L c/ Suisse*, et *AP, MP et TP c/ Suisse*.

des impôts à l'occasion d'une visite domiciliaire. Une ordonnance du président du Tribunal de grande instance avait autorisé l'administration fiscale à procéder aux visites et aux saisies nécessitées par la recherche de la preuve d'agissements frauduleux au domicile d'un contribuable. Une tierce personne étant présente sur les lieux le jour de l'opération, un enquêteur avait contrôlé son identité et fouillé son sac à main. Sans y avoir été invitée par l'auteur du pourvoi, la Cour de cassation, face à une atteinte aussi intolérable à la vie privée, a visé la C.E.D.H. pour annuler la décision d'appel qui avait considéré qu'en autorisant une visite dans des locaux d'habitation, le juge avait, implicitement mais nécessairement, permis à l'administration d'inspecter « tous les meubles, meublants ou non, coffres, sacoches ou sacs »⁵³⁸.

La C.E.D.H. étant un instrument « à dominante éthique »⁵³⁹, son utilisation en vue de combattre certains comportements douteux ne peut que contribuer à une moralisation de la vie des affaires. Cependant, de la même manière que la C.E.D.H. ne permet pas de contester avec succès n'importe quelle législation, elle ne saurait servir à contrecarrer toutes les manières d'agir qui, de près ou de loin, semblent méconnaître ses dispositions. Dès lors, il convient de s'intéresser aux pratiques pour l'élimination desquelles c'est en vain que la C.E.D.H. a été invoquée.

β- Pratiques légitimées

Hardiment présentées par d'optimistes plaideurs comme étant inconciliables avec la C.E.D.H., certaines pratiques ont néanmoins trouvé grâce aux yeux des juges de la Cour de cassation.

Il en va ainsi du refus opposé par les greffiers des tribunaux consulaires d'inscrire au registre du commerce et des sociétés les associations exerçant une activité économique. Le décret du 30 mars 1984, qui organise ce registre, ne contient aucune disposition empêchant les associations commerçantes de bénéficier d'une inscription. Figurer au RCS leur permettrait notamment de jouir du statut des baux commerciaux et des avantages fiscaux y afférents. La plupart des greffes, face au silence des textes, interdisent aux associations de s'immatriculer. L'une d'elles, qui exploitait une librairie et voulait s'assurer le renouvellement de son contrat de bail, soutenait que le refus d'immatriculation constituait une atteinte à l'article 11 de la C.E.D.H., garantissant la liberté d'association. L'argument avait été désamorcé par la Cour d'appel, aux motifs que « cette disposition, qui garantit à toute personne le droit de fonder une association ainsi que celui de ne pas y adhérer, ne permet pas à la *Croisade du livre chrétien* de se prévaloir des droits d'une société commerciale »⁵⁴⁰. Moins diserte, la chambre commerciale approuve les juges du fond d'avoir retenu que « la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme ne peut pas être invoquée par l'association pour réclamer son inscription au registre du commerce et des sociétés »⁵⁴¹. L'affirmation est en concordance avec la position des institutions strasbourgeoises. Selon la Cour européenne, le fait qu'une association exerce certaines activités normalement dévolues aux sociétés n'implique pas que cette personne morale jouisse des mêmes droits⁵⁴². Du reste, d'après la Commission, la liberté d'association ne garantit même pas la reconnaissance de la capacité juridique ; par suite, le refus d'enregistrer une association ne constitue pas une violation de l'article 11 si, en l'absence d'enregistrement, le groupement conserve la faculté de poursuivre ses activités⁵⁴³. Or, même privée du régime de la propriété commerciale, une association à objet

⁵³⁸ Cass. com., 19 déc. 1995, *Mme Garcia-Heller* : Lexi-laser cassation.

⁵³⁹ M. DELMAS-MARTY, *Le rôle du juge européen dans la renaissance du jus commune*, Mélanges RYSSDAL. Editions Carl Heymanns Verlag 1999.

⁵⁴⁰ Paris, 12 nov. 1992 : *Bull. Joly* 1993, p. 103, note J.-P. LEGROS.

⁵⁴¹ Cass. com., 15 nov. 1994 : *Association Croisade du Livre Chrétien* : Petites Affiches 26 juill. 1995, p. 47, note D. GIBRILA ; Dr. Sociétés 1995, comm. 24, note T. BONNEAU.

⁵⁴² Arrêt du 30 juin 1993, *Sigurjonsson*, Série A, n° 264.

⁵⁴³ Décision du 5 juin 1991, *Lavisse*, req. n° 14233/88.

économique demeure apte à opérer sur le marché et elle peut, en toute hypothèse, se transformer en société.

Une autre pratique légitimée par la chambre commerciale est celle consistant, pour certains tribunaux, à ne pas respecter l'article L 199 du Livre des procédures fiscales, selon lequel « les affaires portées devant les juridictions de l'ordre judiciaire relatives au contentieux des impôts, droits, taxes et redevances prévus au Code Général des Impôts ainsi que des amendes fiscales correspondantes sont jugées en séance publique ». N'y a-t-il pas là une violation manifeste de l'article 6 de la C.E.D.H. qui inclut la publicité de la procédure parmi les garanties d'une bonne justice ? Telle était l'opinion d'un contribuable à qui l'administration reprochait d'avoir artificiellement affecté à un usage professionnel des biens entrant, en réalité, dans l'assiette de l'impôt sur la fortune. Les débats avaient eu lieu hors la présence du public et l'intéressé demandait en conséquence l'annulation de la procédure. Toutefois, il n'avait pas songé à invoquer cet argument devant la juridiction ayant examiné pour la première fois le litige. C'est précisément la raison pour laquelle la Cour de cassation a invalidé la thèse du pourvoi. Elle relève en effet que si la C.E.D.H. « donne droit à toute personne à ce que sa cause soit entendue publiquement, c'est à la condition que ce droit ait été revendiqué devant la juridiction saisie ; il ne résulte ni du jugement ni des pièces produites et il n'est pas allégué que la nullité prétendue ait été invoquée en la cause, d'où il suit que le moyen tiré de la non-publicité des débats ne peut être accueilli »⁵⁴⁴. Cet attendu semble appliquer la jurisprudence de la Cour européenne, pour qui le droit à la publicité, loin d'être indérogeable, a un caractère relatif et peut faire l'objet d'une renonciation, expresse ou implicite, par son bénéficiaire⁵⁴⁵. La haute juridiction française anticipe même sur les arrêts *Zumbontel c/ Autriche*⁵⁴⁶ et *Diennet c/ France*⁵⁴⁷ précisant que l'omission de demander une audience publique peut valoir renonciation tacite⁵⁴⁸.

Certaines pratiques suivies en matière de recherche des preuves ont également donné lieu à de vaines contestations sur le terrain de la C.E.D.H.. Ainsi, depuis quelques années, les tribunaux de commerce n'hésitent plus à ordonner des mesures d'investigation pour permettre aux victimes de fautes commises par les banques de vaincre le secret professionnel, trop souvent opposé à titre immunitaire, comme moyen de dissimuler la preuve des agissements reprochés. Refusant de perdre une arme de défense aussi commode, les banquiers ont voulu donner une dimension internationale à la controverse. Selon eux, toute injonction de communiquer des documents en principe couverts par le secret aboutit à violer « le droit au procès équitable conféré à toute personne par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme, impliquant que nul ne puisse être condamné à fournir des preuves contre lui-même »⁵⁴⁹. Sans autre forme d'explication, la Cour de cassation a sèchement affirmé que la C.E.D.H. n'interdit pas ce mode d'obtention des preuves⁵⁵⁰. Il est permis de regretter que la décision n'ait pas été plus explicite⁵⁵¹ ; en effet, la chambre commerciale aurait très bien pu retourner l'argument présenté par les banques, en faisant valoir que le maintien du secret désavantagerait de manière appréciable la partie adverse, privée de tout moyen de découvrir la vérité⁵⁵². Or, d'après la Cour européenne, les mesures de production forcée

⁵⁴⁴ Cass. com., 20 déc. 1988, *Lefevre* : Lexi-laser cassation.

⁵⁴⁵ Arrêt du 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, Série A, n° 43.

⁵⁴⁶ Arrêt du 21 sept. 1993 : Série A, n° 268-A.

⁵⁴⁷ Arrêt du 26 sept. 1995 : Série A, n° 325-A.

⁵⁴⁸ J.-F. FLAUSS, De la renonciation à la publicité des débats judiciaires dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'homme, *Petites Affiches* n° 130/1991, p. 20.

⁵⁴⁹ Bordeaux, 9 octobre 1992 : D. 1994, Somm., p. 327, obs. M. VASSEUR ; Rev. dr. banc. 1994, p. 259, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

⁵⁵⁰ Cass. com., 11 avril 1995, *Crédit Lyonnais c/ Noëlet* : D. 1996, J, p. 573, note H. MATSOPOULOU.

⁵⁵¹ « Si de manière générale, on peut apprécier la sobriété des arrêts de la Cour de cassation, il faut ici en regretter l'indigence : une simple négation n'est pas une motivation ». G. WIEDERKERH, L'application des dispositions de la Convention intéressant le droit privé, in *Droits de l'homme en France : Dix ans d'application de la Convention européenne des Droits de l'homme devant les juridictions judiciaires françaises*. Engel 1985, p. 139.

⁵⁵² Th. BONNEAU? Communication de pièces et secret bancaire : Rev. dr. banc. 1995, p. 94.

d'éléments probatoires ne sont pas incompatibles avec la Convention⁵⁵³. L'important est que les parties disposent d'une égale possibilité de discuter les preuves ainsi réunies.

Enfin, ont été jugées conventionnellement admissibles les demandes amiables d'informations adressées par les services fiscaux aux contribuables qu'elle soupçonne d'être en situation irrégulière. Ainsi, un couple avait acheté au père du mari une maison pour le prix de 500000 francs, qui aurait été payée comptant et hors la vue du notaire. Après le décès du vendeur, l'administration des impôts adressa au fils acquéreur une lettre par laquelle elle le pria « d'avoir l'amabilité de faire parvenir sous trente jours » divers renseignements sur le versement et l'emploi du prix. Le destinataire se rendit alors au bureau local des impôts, où il avoua n'avoir jamais versé la somme. Il fit donc l'objet d'un redressement fondé sur la dissimulation d'une libéralité sous un acte à titre onéreux. Pour faire opposition à l'avis de mise en recouvrement des droits supplémentaires en résultant, ce contribuable soutenait que la demande d'éclaircissements aboutissait à une ingérence arbitraire de la puissance publique dans sa vie privée, contraire à l'article 8 de la C.E.D.H.. La chambre commerciale a rejeté cette analyse en insistant sur la circonstance que les déclarations faites par l'intéressé n'avaient pas été « provoquées, suscitées ou imposées »⁵⁵⁴. Elle semble avoir bien compris la position de la Cour de Strasbourg, pour qui seules les opérations coercitives de contrôle menées par l'administration fiscale peuvent constituer des immixtions dans la vie privée si, par leur nombre, durée ou ampleur, elles apparaissent disproportionnées par rapport au but légitime recherché⁵⁵⁵.

* * *

Au total, par rapport à la masse du contentieux, le rôle de la C.E.D.H. reste minime⁵⁵⁶ mais la montée des recours fondés, à tort ou à raison, sur une violation des Droits de l'homme, pourrait vite aboutir « à une omniprésence de la Convention »⁵⁵⁷. La prise en compte de la jurisprudence européenne apparaît de plus en plus nécessaire pour éviter que le juge français ne cède à la surenchère consistant à développer de façon démesurée les principes figurant dans un texte en passe de devenir « un instrument entre les mains des agents économiques à des fins mercantiles »⁵⁵⁸.

Il n'est pas sûr que la Cour de cassation soit prête à contrecarrer la fertilité d'esprit des praticiens puisqu'elle-même veille à tirer profit des notions forgées par le juge européen afin d'accroître l'emprise de la C.E.D.H. dans les rapports sociaux. L'attribution progressive d'un effet horizontal au texte européen est typique de ce mouvement.

II – UNE LENTE APPROPRIATION DE L'EFFET HORIZONTAL

Béatrice MOUTEL

Il est inutile de revenir sur l'enrichissement de la C.E.D.H. par l'interprétation qu'en ont donnée les juges de la Cour E.D.H.⁵⁵⁹. Néanmoins, il faut souligner que les organes strasbourgeois s'appliquent à rendre la protection européenne des Droits de l'homme toujours plus concrète et

⁵⁵³ Arrêt du 24 oct. 1989, *H. c/ France*, Série A, n° 162-A.

⁵⁵⁴ Cass. com., 18 juin 1996, *Peysselier* : Bull. civ. IV, n° 240.

⁵⁵⁵ Comparer, à propos de l'administration des douanes : Arrêt *Funke c/ France*, D. 1993, J, p. 457, note J. PANNIER

⁵⁵⁶ M. FABRE, L'application de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juges nationaux. Petites Affiches 2 août 1996, p. 4.

⁵⁵⁷ A. KISS, Préface de l'ouvrage « Droits de l'homme en France : dix ans d'application de la Convention européenne des Droits de l'homme devant les juridictions judiciaires françaises ». Engel 1985, p. IX.

⁵⁵⁸ M.-L. NIBOYET, obs. préc. sous Paris, 14 mai 1997, D. 1998, Somm., p. 137.

⁵⁵⁹ J.-P. MARGUENAUD, La Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz, Connaissance du droit, op. cit. p. 35.

effective⁵⁶⁰, tout en favorisant une interprétation évolutive. Parmi les méthodes adoptées, figure le concept essentiel d'obligations positives.

Cette technique d'interprétation de la Convention permet d'imposer aux Etats membres de prendre des mesures positives, afin de protéger les droits contenus dans la Convention et de les rendre ainsi effectifs. En effet, selon la formule des juges européens, l'Etat "ne saurait se borner à demeurer passif"⁵⁶¹. L'obligation positive, issue de la transformation d'une formule négative d'un droit en prestation positive⁵⁶² ou inhérente au droit conventionnel⁵⁶³ participe à la protection effective des droits. Construction essentiellement prétorienne⁵⁶⁴ révélée dans l'affaire linguistique belge dès 1968⁵⁶⁵, la Cour a cependant exclu "d'élaborer une théorie générale des obligations positives de nature à découler de la Convention"⁵⁶⁶.

Le temps où l'on se contentait de la passivité de l'Etat est donc révolu, celui-ci se trouvant désormais contraint, sous peine d'engager sa responsabilité internationale, de contribuer à la protection et à la promotion des Droits de l'homme, en créant les conditions nécessaires à l'exercice effectif des droits garantis par la Convention. Il est ainsi associé, par la volonté unilatérale des organes strasbourgeois, à l'objectif de concrétisation et d'effectivité des droits européens des Droits de l'homme.

Se fondant sur la théorie des obligations positives, les instances européennes ont pu ajouter une dimension horizontale à la Convention. Inspiré de la pratique allemande de la « *drittwirkung* », ce prolongement jurisprudentiel fondamental permet à l'individu de bénéficier d'une protection non plus seulement contre les autorités publiques mais également contre les autres particuliers. Ainsi, les obligations positives "peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux"⁵⁶⁷. La responsabilité de l'Etat sera donc engagée⁵⁶⁸ si, du fait de son inertie, un particulier peut violer les Droits de l'homme et les libertés fondamentales d'un autre particulier⁵⁶⁹. L'Etat est ainsi débiteur d'une double obligation de

⁵⁶⁰ La Cour européenne a affirmé son intention de "protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs", arrêt *Airey*, 9 octobre 1979, série A, n° 32, § 24.

⁵⁶¹ Cour E.D.H., arrêt *Airey*, 9 octobre 1979, série A, n° 32, § 25.

⁵⁶² Les juges européens ont déduit de l'article 2 du Premier Protocole selon lequel "Nul ne peut se voir refuser un droit à l'instruction", que "malgré sa formulation négative" il consacre un véritable droit à l'instruction et n'implique pas que l'Etat n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit. Arrêt "*affaire linguistique belge*", 23 juillet 1968, série A, n° 6, § 3 ; F. SUDRE, Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des Droits de l'homme, *R.T.D.H.*, 1995, p. 363 ; D. SPIELMANN, Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'homme*, Actes du colloque organisé par l'I.D.E.D.H. à Montpellier les 13 et 14 mars 1998, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998, p. 133 et s.

⁵⁶³ A propos de l'article 8 de la Convention, la Cour a affirmé que "s'il a "essentiellement" pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics (...) à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives *inhérentes* à un respect effectif de la vie familiale", Arrêt *Marckx* du 19 juin 1979, série A n° 31 ; F. SUDRE, Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des Droits de l'homme, *R.T.D.H.*, 1995, p. 363 ; D. SPIELMANN, Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'homme*, Actes du colloque organisé par l'I.D.E.D.H. à Montpellier les 13 et 14 mars 1998, préc.

⁵⁶⁴ On trouve une assise conventionnelle à cette méthode parmi certains articles de la C.E.D.H. Ainsi, l'Etat doit indemniser la victime d'une arrestation ou d'une détention réalisée dans des conditions contraires aux dispositions de l'article 5 (art. 5 § 5), procurer à l'accusé démuné l'assistance gratuite d'un avocat d'office (art. 6 § 3 al. c) et à celui qui ne comprend pas la langue employée à l'audience l'assistance gratuite d'un interprète (art. 6 § 3 al. e), et organiser des élections libres (art. 3 du premier protocole). F. SUDRE, Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des Droits de l'homme, *R.T.D.H.* 1995, p. 364.

⁵⁶⁵ Cour E.D.H., arrêt du 23 juillet 1968, série A, n° 6.

⁵⁶⁶ Cour E.D.H., arrêt *Plattform "Ärzte für das Leben"*, 21 juin 1988, série A, n° 139.

⁵⁶⁷ Cour E.D.H., arrêt *X et Y contre Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A, n° 91, § 23. Il s'agissait de l'impossibilité pour le père d'une victime d'engager des poursuites à l'encontre de l'auteur de violences sexuelles sur une mineure, incapable de déterminer sa volonté du fait de son handicap mental.

⁵⁶⁸ H. DIPLA, La responsabilité de l'Etat pour violation des Droits de l'homme, Paris, Pédone, 1994, p. 60 et s.

⁵⁶⁹ J.-P. MARGUENAUD, La Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz, Connaissance du droit, op. cit. p. 42.

protection : s'abstenir et agir. S'abstenir de porter atteinte aux droits contenus dans la Convention et agir avant qu'une disposition de la même convention ne soit violée par l'un de ses représentants ou par un particulier.

Cette avancée remarquable dans la protection européenne des Droits de l'homme a fait l'objet d'une application par les juges civils français⁵⁷⁰, pratique qui n'en est encore qu'à ses prémices (A). Si la Cour de cassation a accepté d'appliquer la Convention à des relations interindividuelles, la lecture de l'ensemble de ses arrêts nous invite toutefois à la prudence quant à l'avenir immédiat de cette méthode d'interprétation dans la jurisprudence interne (B).

A - Les prémices d'une dimension horizontale interne

L'arrêt *Mel Yedei* du 6 mars 1996⁵⁷¹, rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation à propos d'un bail dont les clauses étaient litigieuses, constitue l'étape incontournable vers la reconnaissance par les juges français d'une dimension horizontale à la Convention. En l'espèce, une locataire avait accueilli et hébergé le père de ses deux enfants ainsi que sa sœur. Or le contrat de bail stipulait que le preneur occuperait le logement exclusivement pour son habitation personnelle ou celle de ses enfants et lui interdisait de prendre des initiatives pouvant avoir pour objet ou pour effet de mettre le bailleur en présence d'autres occupants. Les juges du droit, approuvant la solution de la Cour d'appel, ont invoqué d'office l'argument européen pour affirmer que "les clauses 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 preneur de la possibilité d'héberger ses proches". Si la solution en elle-même n'est pas nouvelle, ce qui est inédit, c'est d'avoir eu recours à la Convention européenne des Droits de l'homme pour y aboutir⁵⁷². La troisième Chambre civile s'inscrit donc dans la ligne jurisprudentielle de la Cour de Strasbourg en appliquant les dispositions de la Convention à un litige entre particuliers et en faisant prévaloir le droit au respect de la vie privée et familiale sur le principe de la force obligatoire du contrat. Notons toutefois que le bailleur était l'Office public d'habitations de la Ville de Paris, établissement public à caractère industriel et commercial, mais l'issue du litige n'aurait certainement pas été différente si le bail avait été conclu entre deux particuliers.

Si cette jurisprudence est confirmée, les dispositions de la Convention s'imposeront donc indirectement aux contractants dès lors qu'ils abuseront de la liberté contractuelle que leur concède l'article 1134 du Code civil. Dans un moment d'éréthisme on imagine déjà le droit des obligations soumis à la norme européenne⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Une distinction est parfois effectuée entre l'effet horizontal direct et l'effet horizontal indirect. Lorsque les Cours et les tribunaux appliquent la Convention dans les litiges entre personnes privées, il s'agit de l'effet horizontal direct. L'effet horizontal indirect correspond aux obligations positives que les organes européens mettent à la charge des Etats dans les litiges interindividuels. Cf. Dean SPIELMANN *in* L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'homme entre personnes privées, Bruxelles, Nemesis, 1995, p. 18 et s., et p. 30 ; P. de FONTBRESSIN L'effet horizontal de la Convention européenne des Droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations, *in* Liber amicorum Marc-André Eissen, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1995, p. 157, sp. p. 162.

⁵⁷¹ J. HAUSER, R.T.D. civ., 1996, p. 580-4 ; J.-P. MARGUENAUD, R.T.D. civ., 1996, p. 1025 ; Ch. JAMIN, Chronique de droit des obligations, J.C.P., 1996, I, 3958 ; NGUYEN VAN TUONG, J.C.P., 1997, II, 22764 ; B. de LAMY, D., 1997, p. 167.

⁵⁷² L'opportunité de ce fondement a été discutée, Cf. Ch. JAMIN, op. cit., spéc. n° 2.

⁵⁷³ J.-P. MARGUENAUD, L'influence de la Convention européenne des Droits de l'homme sur le droit français des obligations, *in* Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées nationales de l'Association Henri Capitant (Lille 1996), LGDJ 1997 ; J. MESTRE L'influence de la Convention européenne des Droits de l'homme sur le droit français des obligations, *European Review of private law*, 1994, p. 31 à 45.

L'arrêt *Mel Yedei* fait suite à une investigation des juges du fond puisque la Cour d'appel de Paris⁵⁷⁴ avait déjà opté pour une telle solution le 28 octobre 1987 en déboutant un bailleur de sa demande en congé expulsion. En l'occurrence, le preneur avait hébergé de façon durable le fils d'un ami, alors que le contrat interdisait expressément d'héberger des personnes non mentionnées au bail. Les juges du fond avaient adopté cette position, sans l'étayer, "aux motifs que l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile". Le bailleur, coutumier des clauses d'habitations personnelles puisqu'il s'agissait déjà de l'Office Public d'Habitations de la Ville de Paris, reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir précisé en quoi consistait l'atteinte au secret de la vie privée et familiale ou à l'intégrité du domicile. La troisième Chambre civile de la Cour de cassation n'avait alors pas saisi l'occasion de fonder son arrêt sur la Convention européenne des Droits de l'homme ; elle avait simplement affirmé qu' "en retenant souverainement que l'hébergement à titre gracieux d'un ami, n'était pas de nature à justifier la résiliation d'un bail, la Cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa solution".

La Cour de cassation, qui s'est prononcée en ce sens longtemps après que les juges du fond ont reconnu une dimension horizontale à la Convention, avait peut-être simplement besoin d'une période d'observation.

A l'instar de la pratique initiée par la troisième Chambre civile en 1996, la Chambre sociale de la Cour de cassation a récemment usé du potentiel européen pour anéantir une clause de mobilité dans un contrat de travail et a ainsi participé à la construction de la dimension horizontale⁵⁷⁵ de la Convention de Rome. En l'espèce, un attaché commercial était lié par un contrat de travail, dont une clause réservait à l'employeur le droit de modifier la région d'activité du salarié en lui demandant d'être domicilié sur cette nouvelle région dans les six mois suivant le changement d'affectation. L'attaché commercial, refusant de transférer son domicile, fit l'objet d'un licenciement, validé par la Cour d'appel. La Chambre sociale, au visa de l'article 8 garantissant le droit au respect du domicile, cassa l'arrêt des juges du fond. Les magistrats ont non seulement permis une application horizontale du texte de 1950, mais, surtout, ont tenté de calquer leur raisonnement sur les principes d'interprétation dégagés à Strasbourg. Cette avancée jurisprudentielle ne relève toutefois pas des juridictions civiles et doit donc être appréciée avec circonspection ; elle permet néanmoins de percevoir, dès à présent, le rôle du juge interne et l'imprégnation possible de l'ensemble du droit privé par les droits européens des Droits de l'homme.

L'enthousiasme que peut procurer l'arrêt *Mel Yedei* doit être mesuré, l'étude de l'ensemble de la jurisprudence civile montrant que la Cour de cassation a manqué, volontairement ou non, plusieurs occasions de se prononcer dans le même sens.

B - Les incertitudes d'une dimension horizontale interne

Les juges français n'ont jamais expressément refusé d'accorder une dimension horizontale à la Convention⁵⁷⁶. Néanmoins, la jurisprudence favorable à une application de la C.E.D.H. aux relations interindividuelles est rare.

⁵⁷⁴ 6ème chambre, section A.

⁵⁷⁵ Cass. Soc. 12 janvier 1999, *Spileers c. SARL Omni Pac* ; J.-E. RAY, Dr. soc. 1999, p. 287 ; J. RICHARD de la TOUR, Le libre choix du domicile du salarié et le contrat de travail, RJS 2/99 ; Ch. PETTITI, L'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'homme et la protection du domicile du salarié, Travail et Protection sociale 1999, chron. 6 ; E. GARAUD, Clause de mobilité assortie d'une contrainte domiciliaire : la Cour de cassation se réfère à la C.E.D.H. pour définir les critères de validité de la stipulation, Revue juridique Personnes et Familles 1999, 3-12.

⁵⁷⁶ A l'inverse de leurs homologues belges, qui ont, jusqu'à une période récente, soutenu qu' "en principe il est présumé que la règle d'un traité n'engendre des droits et obligations que pour les Etats signataires et non pour les ressortissants", Civ. Bruxelles (4e ch.) 23 mars 1990, *J.T.*, 1991, p. 114, cité par Dean SPIELMANN in L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'homme entre personnes privées, Bruxelles, Nemesis, 1995, p. 49.

La Cour de cassation a eu l'occasion de statuer à propos d'une adhésion obligatoire, problème qui se prête à l'applicabilité horizontale de la Convention. En l'espèce, un règlement de construction d'un lotissement prévoyait la création d'un ensemble attractif comprenant des installations sportives et de loisirs, réalisé par une société privée, dont tout acquéreur serait actionnaire. La gestion et l'administration des aménagements sportifs étaient confiées à un club privé, auquel chaque acquéreur devait adhérer et cotiser. Monsieur Plouviez a acquis un lot et a refusé de payer les cotisations prévues. La Cour d'appel d'Amiens lui a donné tort au motif qu'il avait la possibilité de démissionner de l'association en cédant son lot. Le propriétaire contrarié a donc fondé son pourvoi sur l'article 11 de la Convention européenne des Droits de l'homme, le principe de la liberté d'association, et l'article 4 de la loi du 1er juillet 1901. Les juges du droit ont accueilli sa prétention⁵⁷⁷, après avoir visé l'article 4 de la loi du 1er juillet 1901 et affirmé que "hormis les cas où la loi en décide autrement, nul n'est tenu d'adhérer à une association ou, y ayant adhéré, d'en demeurer membre". Il est dommage, non pour l'aboutissement de l'affaire mais pour la construction d'un effet horizontal interne de la C.E.D.H., que les juges aient éludé toute référence à ce texte et n'aient pas repris l'interprétation européenne de l'article 11 et de la liberté d'association.

Les juges strasbourgeois se sont en effet prononcés sur le point de savoir si la liberté de s'associer a pour corollaire la liberté de ne pas s'associer, et ont apporté une réponse positive à cette question⁵⁷⁸. Cette solution a été depuis fermement réaffirmée puisque selon la Cour "les autorités nationales peuvent être obligées, dans certaines circonstances, d'intervenir dans les relations entre personnes privées en adoptant des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le respect effectif du droit à la liberté de ne pas se syndiquer"⁵⁷⁹. Le droit d'association négatif est donc consacré à travers la liberté syndicale, qui n'en constitue qu'un aspect particulier, et les Etats ont l'obligation positive de le préserver.

La Cour suprême n'a donc pas encore rendu la dizaine d'arrêts pouvant faire disparaître les doutes sur l'admission incontestable par les juges français d'un effet horizontal de la Convention européenne des Droits de l'homme⁵⁸⁰. Pourtant, les juridictions civiles, organes de l'Etat, sont soumises au respect de la Convention européenne des Droits de l'homme et deviennent par ce biais garantes de l'ordre public européen.

Le contrôle des activités individuelles à la lumière des principes contenus dans la Convention européenne des Droits de l'homme, n'est possible qu'avec l'appui du juge judiciaire, qui voit ainsi ses prérogatives s'accroître.

A l'instar de la troisième Chambre civile en 1996⁵⁸¹ et de la Chambre sociale plus récemment⁵⁸², le juge interne peut devenir le vecteur de la mise en place d'un effet horizontal généralisé, contribuant ainsi à l'effectivité des droits garantis par la Convention de Rome.

Cette fonction, sous un angle négatif, l'empêchera de valider des pratiques ou des actes attentatoires aux droits relevant du texte européen, sous peine d'entraîner un recours devant la juridiction strasbourgeoise pouvant aboutir à une condamnation de la France. Sous un angle positif, il aura l'obligation de protéger voire promouvoir les droits issus de la Convention : son intervention devient alors un palliatif des carences de l'Etat.

⁵⁷⁷ Civ. 3ème 18 décembre 1996, Plouviez, Lexi-laser cassation.

⁵⁷⁸ Cour E.D.H., arrêt *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande*, 30 juin 1993, série A n° 264. Le requérant avait dû adhérer à une association afin de conserver la licence nécessaire à l'exercice de sa profession ; Cour E.D.H., arrêt *Chassagnou et autres c. France*, 29 mars 1999.

⁵⁷⁹ Cour E.D.H., arrêt *Gustafsson*, 25 avril 1996, § 45. Le requérant était propriétaire d'un restaurant d'été sur l'île de Gotland, dans lequel dix personnes travaillaient. Il n'adhérait à aucun syndicat et n'était donc lié par aucune convention collective. Il refusa de signer un accord de remplacement qui l'aurait rattaché au système de la négociation collective tout en lui évitant l'adhésion à un syndicat patronal. Le restaurateur fit alors l'objet de mesures de rétorsion qui le contraignirent à fermer son établissement. Il invoqua donc une violation de l'article 11 de la C.E.D.H.. Cf J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, D. 1997, p.365.

⁵⁸⁰ J.-P. MARGUENAUD, R.T.D. civ. 1996, p. 1025.

⁵⁸¹ Arrêt *Mel Yedei*, préc.

⁵⁸² Arrêt *Spileers*, préc.

Le juge judiciaire, saisi d'un litige entre personnes privées, devra ainsi contrôler les activités des particuliers à l'aune de la Convention européenne des Droits de l'homme et, soit, écarter la norme interne contraire au texte supranational, soit, en cas de conformité entre les deux ordres juridiques, invalider la pratique élaborée au mépris de ces prescriptions.

La jurisprudence européenne étant investie d'une autorité interprétative et marquée par son caractère évolutif, il est souhaitable que les magistrats puissent l'intégrer rapidement afin de prévenir tout risque de contrariété entre les jurisprudences nationales et supranationales⁵⁸³.

La force créatrice du juge est alors accrue⁵⁸⁴, mais il ne s'agit que d'une création jurisprudentielle imparfaite⁵⁸⁵ puisque la norme interne contraire à la Convention européenne des Droits de l'homme est seulement ajournée, et la pratique nuisible aux droits européens ne reçoit pas de réponse générale. La mise en place d'un effet horizontal direct n'est en effet possible que s'il existe une action en justice.

Lorsqu'une juridiction civile aura l'opportunité d'appliquer la Convention européenne des Droits de l'homme aux relations interindividuelles, son raisonnement devra être élaboré à la lumière des principes interprétatifs dégagés à Strasbourg.

Les règles d'interprétation contenues dans la Convention⁵⁸⁶ ou dégagées par la Commission et la Cour européenne répondent, selon P. Vegleris⁵⁸⁷, à deux préoccupations majeures ; en premier lieu, n'accorder la primauté au droit interne que lorsque celui-ci est plus protecteur que la norme supranationale ; en second lieu, concilier le jeu des différents droits afin d'éviter une destruction mutuelle. Cet objectif justifierait les principes d'interprétation autonomes⁵⁸⁸ élaborés à Strasbourg. Or, l'intégration du droit européen dans le droit interne soulève la question de la conciliation entre deux systèmes d'interprétation du droit.

Le critère de proportionnalité peut apporter l'assise nécessaire aux raisonnements des juges judiciaires afin de déterminer les conditions exactes dans lesquelles les normes nationales doivent être utilisées, neutralisées, infléchies ou modifiées dans l'objectif de garantir un respect optimal de la Convention européenne des Droits de l'homme⁵⁸⁹. Notons toutefois que la marge d'appréciation laissée aux Etats membres du Conseil, permet une certaine modulation dans l'intégration de la Convention européenne des Droits de l'homme.

La manière dont le juge judiciaire aborde la C.E.D.H. peut susciter déception et irritation puisque, en dehors de quelques applications volontaristes, où un point d'honneur est mis à transposer, voire développer les trouvailles de la Cour de Strasbourg, nombre d'arrêts rendus par celle-ci restent méconnus. Les plaideurs qui ne parviennent pas à faire entendre raison au juge interne peuvent poursuivre leur combat devant les magistrats européens. Un moyen complémentaire de porter remède à leur situation consisterait à solliciter l'intervention du législateur. Au rythme des innovations de la jurisprudence strasbourgeoise, pourrait être périodiquement votée une loi portant diverses dispositions de mise en harmonie du droit français avec la Convention européenne des

⁵⁸³ O. DE SCHUTTER, La coopération entre la Cour E.D.H. et le juge national, *Revue belge de droit international*, 1997/1.

⁵⁸⁴ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd. 1955, n° 381.

⁵⁸⁵ O. DE SCHUTTER, La cause significative et la Convention européenne des Droits de l'homme, *Annales de la Faculté de droit de Louvain*, 1994-4.

⁵⁸⁶ Articles 16, 17, 18, 60 C.E.D.H.

⁵⁸⁷ Ph. VEGLERIS, Préliminaires à la méthodologie des Droits de l'homme, in René Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber – III, Méthodologie des Droits de l'homme*, Paris, Pédone, 1969.

⁵⁸⁸ Ces principes ne se confondent pas avec la technique des « notions autonomes », également dégagée à Strasbourg, mais recouvrent l'ensemble des systèmes d'interprétation utilisés par les organes européens.

⁵⁸⁹ O. DE SCHUTTER, La coopération entre la Cour E.D.H. et le juge national, *Revue belge de droit international*, 1997/1.

Droits de l'homme. La première du genre pourrait même s'inspirer des observations qui vont suivre...

CHAPITRE II

LE RELAIS LEGISLATIF

Quand on envisage l'influence de la jurisprudence de la Cour E.D.H. sur le droit privé, on peut, à l'exemple des économistes habitués à distinguer entre macro et micro-économie, considérer séparément l'influence générale et l'influence spéciale. Il apparaît en effet que les arrêts de la Cour de Strasbourg peuvent conduire à une modification de la règle générale d'où procède la violation constatée et qu'ils devraient, dans chaque espèce, entraîner une modification de la situation individuelle de la victime. Or les juridictions judiciaires qui, comme on l'a vu dans le chapitre précédent, peuvent, au cas par cas, tenir compte des arrêts déjà rendus à Strasbourg dans d'autres affaires françaises ou étrangères, n'ont pas vocation à modifier définitivement les règles générales et elles sont souvent empêchées par le principe d'autorité de la chose jugée d'examiner à nouveau la situation individuelle d'un requérant qui a réussi à faire condamner la France. Un relais législatif est donc indispensable pour réaliser les réformes que l'état actuel de la jurisprudence européenne appelle le plus évidemment (I) et pour instituer une procédure de révision des décisions définitives déclarées contraires à la C.E.D.H. par la Cour de Strasbourg (II).

I – LA REFORME DES REGLES DE DROIT PRIVE CONTRAIRES A LA JURISPRUDENCE DE LA C.E.D.H.

L'appel à la réforme législative semble nécessaire pour surmonter les déficiences du droit commercial au regard de la jurisprudence européenne des Droits de l'homme (A). Il s'agit d'une issue qui mérite également d'être envisagée en matière civile (B).

A - Les règles commerciales

Eric GARAUD

« Le droit des affaires, ne pouvant échapper à ces changements, doit se préparer à les affronter, plutôt que les ignorer pour s'y soumettre ensuite au dernier moment, dans les plus mauvaises conditions de l'improvisation »⁵⁹⁰. Ces propos n'ont pas été inspirés par les mutations qu'est susceptible d'entraîner la jurisprudence de la C.E.D.H., mais ils sont transposables à la présente étude : compte tenu de l'interprétation volontariste de la C.E.D.H. faite à Strasbourg, le droit des affaires ne peut qu'être appelé à se modifier, et le travail de mise en conformité des normes nationales s'effectuera avec d'autant plus de sérénité que les incompatibilités à éliminer auront été décelées précocement.

C'est donc à un exercice de prévisionniste qu'il convient de se livrer en identifiant des règles, des solutions dont le maintien pourrait exposer la France à des condamnations pour irrespect de ses engagements internationaux.

Est-il besoin de préciser que cet audit du droit positif français ne tend pas à l'exhaustivité ? De l'aveu même du directeur de cette recherche collective, le parfait accomplissement de la noble activité « de pronostiqueur juridique demanderait des analyses techniques détaillées un peu trop chronophages »⁵⁹¹. De plus, le petit Robert définissant le pronostiqueur comme la « personne qui se prétend bien informée de ce qui va se passer », vouloir se parer d'un tel titre serait immodeste et

⁵⁹⁰ A. SAYAG et J. HILAIRE, Conclusion, *in* Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique. Litec 1984, n° 290.

⁵⁹¹ J.-P. MARGUENAUD, L'influence de la Convention européenne des Droits de l'homme sur le droit français des obligations, *in* Le renouvellement des sources du droit des obligations. LGDJ 1996, p. 45.

équivaldrait à prendre le risque d'être catalogué parmi « ceux qui savent tout en théorie, mais approchent mal la réalité »⁵⁹². Qu'il nous soit donc pardonné si d'aventure les bonnes sonnettes d'alarme n'étaient pas tirées, signalant du danger là où la menace européenne n'a rien de sérieux, et omettant d'anticiper les offensives qui ont les plus grandes probabilités de réussir contre l'ordre juridique interne...

Avant de découvrir quelques exemples d'interventions législatives qui apparaissent nécessaires pour éviter les remontrances de la Cour européenne, deux précisions s'imposent.

D'une part, pour déterminer les réformes souhaitables, il y a lieu de se fonder sur l'interprétation actuellement admise de la C.E.D.H., puisque c'est la seule avec laquelle le législateur doit composer. A défaut, en donnant libre cours à son imagination, il serait facile de mobiliser la C.E.D.H. pour critiquer n'importe quel texte : d'aucuns préconiseraient l'abolition des contrôles fiscaux en prétextant qu'ils constituent un traitement inhumain⁵⁹³ ; d'autres soutiendraient que la peine de dissolution encourue par les personnes morales⁵⁹⁴ viole le droit à la vie, qui cesserait ainsi d'être l'apanage des seuls individus.

D'autre part, la réflexion se voulant préventive, elle ne s'intéressera pas aux archaïsmes du droit interne qu'il serait nécessaire de supprimer du fait que leur contrariété avec la C.E.D.H. a d'ores et déjà été reconnue, sans susciter malheureusement de réaction législative. Ainsi, depuis plusieurs arrêts de la Cour de cassation, il est acquis que la loi du 30 mai 1857 subordonnant la capacité d'ester en justice des sociétés étrangères à l'existence d'un décret préalable n'est guère en harmonie avec la C.E.D.H. car, pour une raison illégitime de nationalité, elle peut aboutir à priver une personne morale du droit au respect de ses biens en l'empêchant de faire entendre sa cause devant un tribunal impartial et indépendant⁵⁹⁵. Or le législateur n'a jamais pris le temps d'abroger ce texte discriminatoire, d'où une situation fâcheuse puisque, même si l'on peut supposer qu'aucune juridiction ne l'appliquera, il conserve sa vocation à être invoqué dans les litiges, en vertu de l'autorité relative de la chose jugée⁵⁹⁶.

Il reste à savoir par quel biais la C.E.D.H., dans l'interprétation qu'elle a reçue du juge européen, peut atteindre le droit des affaires.

Nul n'ignore que l'oeuvre interprétative de la Cour européenne se caractérise par une constante : « mettre à la charge des Etats des obligations qu'ils n'ont pas acceptées, s'étant fiés au sens que pouvaient recevoir les dispositions conventionnelles au moment de la signature du traité »⁵⁹⁷.

Parmi les prévisions des Etats contractants, se trouvait le devoir de protéger l'individu contre les ingérences de la puissance publique : la C.E.D.H. est pourvue d'un effet vertical qui permet aux citoyens de combattre « les violations des autorités de l'Etat, qu'il s'agisse d'une autorité gouvernementale, juridictionnelle ou administrative »⁵⁹⁸. De ce point de vue, les signataires pouvaient se douter d'éventuelles répercussions en matière économique : nombreuses étant les hypothèses dans lesquelles l'Etat joue un rôle actif dans la vie des affaires, il semblait difficile

⁵⁹² C. GAVALDA, La doctrine éclatée, in *Prospectives du droit économique*. Dialogues avec M. Jeantin. Ed. Dalloz 1999, p. 45.

⁵⁹³ Exemple emprunté à M.-L. NIBOYET, De la spécificité de la protection internationale des Droits de l'homme en matière économique : RTD com. 1999, p. 351.

⁵⁹⁴ C. pénal, art. 131-39, 1°.

⁵⁹⁵ Cass. com., 15 nov. 1994 : *Société United Arab Shipping Company* : Bull. civ. IV, n° 335 ; Cass. civ. 1ère, 27 juin 1991 : D. 1992, Somm. 163, obs. B. AUDIT, RTD Civ. 1992, p. 396, obs. J. MESTRE, Rev. Crit. DIP 1991, p. 667, note G. KHAIRALLAH ; Cass. crim., 12 nov. 1990 : D. 1992, p. 29, note B. BOULOC, Bull. Joly 1992, p. 42, note J.-P. LEGROS, Rev. Sociétés 1992, p. 39, note G. ROUJOU DE BOUBEE.

⁵⁹⁶ J. BEGUIN, Un texte à abroger : la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères. Mélanges Champaud. Ed. Dalloz 1997, p. 1.

⁵⁹⁷ F. RIGAUX, Interprétation consensuelle et interprétation évolutive, in *L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'homme*. Bruylant 1998, p. 41.

⁵⁹⁸ P. LAMBERT, Préface à l'ouvrage de D. Spielmann : *L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'homme entre personnes privées*, éd. Nemesis 1995.

d'exclure que certaines formes du dirigisme soient un jour critiquées sur le terrain des libertés fondamentales.

Inattendue en revanche était la mise à la charge des Etats d'une obligation d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour faire respecter les droits garantis par la C.E.D.H. dans les relations entre particuliers. En effet, la thèse traditionnelle consistait à nier toute aptitude de la C.E.D.H. à influencer sur les rapports dits horizontaux, entendus comme ceux existant entre les gouvernés. Mais la Cour de Strasbourg a peu à peu fait sienne l'idée selon laquelle l'Etat est fautif s'il laisse se développer des situations conduisant un particulier à léser impunément les droits et libertés d'autrui⁵⁹⁹. De la sorte, il devient possible d'imputer à l'Etat une transgression de la C.E.D.H. qui émane d'une personne privée, laquelle s'est en réalité bornée à profiter d'une carence des pouvoirs publics, peu soucieux d'assurer l'effectivité du droit ainsi mis à mal. L'innovation semble exploitable en droit des affaires car les entreprises sont en mesure d'imposer à leurs partenaires les plus faibles des clauses dont la licéité est admise malgré un contenu qui heurte parfois des droits figurant dans la C.E.D.H.⁶⁰⁰. La passivité de l'Etat, qui s'abstient de condamner ces stipulations, pourrait aboutir à mettre en jeu sa responsabilité internationale. Dans le domaine extra-contractuel également, une meilleure sauvegarde des droits fondamentaux peut impliquer des initiatives du législateur à l'avantage ou au détriment des opérateurs économiques, l'Etat étant tenu, par exemple, d'assurer une protection concrète et efficace du droit au respect du domicile contre les troubles du voisinage provoqués par les industriels⁶⁰¹.

On voit ainsi quels sont les mécanismes grâce auxquels la C.E.D.H., assortie de son complément jurisprudentiel, peut impulser des évolutions en droit des affaires. Il s'agit d'abord pour l'Etat de tirer les conséquences de son obligation de ne pas bafouer lui-même, par ses organes, les prérogatives accordées aux personnes physiques et morales relevant de sa juridiction (1°). Il s'agit ensuite pour lui de sécréter les normes qui apparaissent nécessaires au respect des Droits de l'homme entre personnes privées (2°).

1 - Potentiel normatif du devoir étatique de non-immixtion dans l'exercice des droits fondamentaux

Organiser, grâce à une reconnaissance internationale de ses droits, la protection internationale du sujet face à l'Etat, telle est la finalité première de la C.E.D.H.. L'individu y trouve le moyen de critiquer les agissements injustes de la puissance publique et de résister à des règles internes qui peuvent paraître liberticides, même s'il s'agit de lois auxquelles le Conseil constitutionnel a donné son aval, puisque le refus persistant de cet organe d'apprécier la conformité des textes législatifs à la C.E.D.H. « ne permet pas de décerner à ses décisions un certificat de conformité avec les dispositions de la Convention »⁶⁰².

Sauf circonstances particulières qui justifient des manquements au devoir d'abstention, il est demandé à l'Etat de se tenir en retrait pour que les sujets puissent profiter pleinement des droits fondamentaux énumérés par la C.E.D.H.. Or, en matière économique, la passivité n'est pas l'attitude favorite de l'Etat, si bien que dans l'hypothèse où se révélerait un écart normatif trop important par rapport aux données jurisprudentielles européennes, un mouvement de déréglementation serait à enclencher⁶⁰³. Les réformes à opérer procéderaient du souci de respecter les garanties tant processuelles (a) que substantielles (b) opposables à l'Etat.

⁵⁹⁹ Cour E.D.H., 13 août 1981, *Young, James et Webste c/ Royaume-Uni* : Série A, n° 44.

⁶⁰⁰ E. GARAUD, La violation d'un droit fondamental, in Lamy Droit du contrat 1999, sous la direction de B. FAGES, Etude n° 245.

⁶⁰¹ Cour E.D.H., 9 déc. 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne* : RTD civ. 1996, p. 507, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁶⁰² Cour E.D.H., 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ France*, R.T.D. Civ. 2000, p. 435, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁶⁰³ L. BORNHAUSER-MITRANI, Droits fondamentaux et vie économique. Thèse Paris II 1997, p. 24.

a - Réformes qu'impose le respect dû aux garanties processuelles

Tout acteur de la vie économique peut se prévaloir des garanties du procès équitable formulées à l'article 6 de la C.E.D.H. et avantageusement développées par la Cour de Strasbourg.

Les apports de la juridiction européenne n'ont pas besoin d'être spectaculaires pour laisser augurer d'importantes répercussions sur le droit interne. Ainsi, il n'y a rien de plus anodin *a priori* que le principe selon lequel toute personne désireuse d'introduire une action en justice pour préserver ses intérêts pécuniaires doit bénéficier d'un accès effectif et concret à un tribunal⁶⁰⁴. De prime abord, le droit de chacun à ce que sa cause patrimoniale soit entendue par un juge ne semble pas subir de véritables restrictions en France. Et pourtant, il est permis de se demander si l'assouplissement des critères de l'abus du droit d'ester en justice n'aboutit pas à dissuader un certain nombre de plaideurs de saisir le juge alors qu'ils ont des moyens sérieux à faire valoir. Traditionnellement en effet, l'abus supposait la faute intentionnelle d'une personne qui, « sans aucune illusion sur ses chances de succès, engage la procédure et la poursuit avec acharnement à seule fin de causer des désagréments à son adversaire »⁶⁰⁵. Or, dans la période contemporaine, l'exigence de l'intention malveillante a disparu et les arrêts se contentent d'une simple faute, « souvent désignée de légèreté blâmable »⁶⁰⁶. A la limite, le fait que la prétention d'un plaideur soit reconnue fondée, au moins en première instance, n'est plus exclusif d'abus⁶⁰⁷. Le maintien d'une telle position peut s'analyser comme une entrave étatique décourageant le recours à la justice. Certes, les Etats ont la faculté de prévoir des règles relatives aux conditions de l'action en justice, ce qui leur permet de conférer un caractère répréhensible aux initiatives processuelles malicieuses⁶⁰⁸, mais c'est sous la réserve que ces limitations soient proportionnées au but légitime qu'elles poursuivent⁶⁰⁹. S'il est naturel de vouloir éviter l'encombrement des prétoires par des justiciables malhonnêtes qui cherchent à harceler leur prochain, il semble excessif en revanche de sanctionner la simple témérité puisque, voyant le seuil de l'abus s'abaisser, même des plaideurs de bonne foi hésiteront à défendre leurs droits.

Il existe d'autres obstacles à lever pour accorder notre droit avec les impératifs du procès équitable. Ainsi, dans le domaine des procédures collectives, il conviendrait de supprimer le pouvoir de saisine d'office dont est investi le tribunal de commerce pour vérifier si le débiteur a commis des fautes justifiant le prononcé de sa faillite personnelle⁶¹⁰. Une suspicion est présente quant à l'impartialité objective dont dispose la juridiction consulaire, dans la mesure où la saisine d'office « implique une appréciation des faits reprochés au débiteur, préalablement à toute audition »⁶¹¹. Le justiciable a l'impression de comparaître devant un juge dont l'opinion est préconçue, « qui a décidé de convoquer le commerçant parce qu'il estime qu'il existe des indices sérieux de faillite »⁶¹². De fait, le tribunal s'abstiendrait d'adresser une convocation au débiteur s'il n'avait aucune raison de croire à sa culpabilité. En pratique, il se comporte en accusateur cherchant à traquer la faute de l'éventuel failli. Or, d'après la Cour européenne, un tribunal objectivement impartial est celui qui offre des garanties suffisantes pour exclure la naissance de tout doute légitime sur son aptitude à se prononcer dans des conditions de parfaite neutralité⁶¹³. Le législateur

⁶⁰⁴ Cour E.D.H., 21 février 1975, *Golder* : Série A, n° 18.

⁶⁰⁵ J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil : Introduction générale*, 4^{ème} éd. LGDJ 1994, n° 803.

⁶⁰⁶ Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*. Dalloz action, 2^{ème} éd. 1998, n° 3198.

⁶⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 1995 : Bull. civ. I, n° 388 ; Voir Y. DESDEVISES, *L'abus du droit d'agir en justice avec succès* : D. 1979, chr. 21 ; J. MESTRE, *L'abus du droit de recouvrer sa créance* : Mélanges P. Raynaud, éd. Dalloz 1985, p. 439.

⁶⁰⁸ Com. EDH, 2 juill. 1991, *Rio c/ France*, req. n° 13-487/88.

⁶⁰⁹ Cour E.D.H., 28 mai 1985, *Ashingdane c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 93

⁶¹⁰ L. 25 janv. 1985, art. 191.

⁶¹¹ J.-L. VALLENS, *Droit de la faillite et Droits de l'homme* : RTD com. 1997, p. 567.

⁶¹² E. KRINGS, *Le pouvoir judiciaire et la procédure de faillite* : Journal des tribunaux 1986, p. 465, n° 15.

⁶¹³ Cour E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack c/ Belgique* : Série A, n° 53.

français devrait donc suivre l'exemple de son homologue belge qui, sensible aux enseignements du droit européen, a mis fin à la procédure de déclaration d'office de la faillite par une loi du 8 août 1997⁶¹⁴.

Autre élément du procès équitable, le droit à des débats publics est actuellement refusé au chef d'entreprise quand le tribunal de commerce l'auditionne avant de décider l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire⁶¹⁵ ou de statuer sur des fautes de gestion susceptibles de lui être imputées⁶¹⁶. Pour la Cour de cassation, cette absence de publicité ne heurte pas l'article 6 § 1 de la C.E.D.H., qui autorise le huis clos lorsque la confidentialité protège l'intérêt public d'une bonne administration de la justice⁶¹⁷. En l'occurrence cependant, le secret tend plutôt à sauvegarder un intérêt privé, celui du débiteur lui-même, qui doit pouvoir s'expliquer loin des oreilles indiscretes. Dès lors, si pour une raison quelconque, le débiteur considère que son intérêt est d'accepter la présence de tiers, il n'y a pas lieu de le priver de la transparence qu'il appelle de ses vœux, et ce serait donc une bonne réforme que de lui donner « la faculté d'être entendu, s'il l'estime préférable, en audience publique »⁶¹⁸.

Enfin, des progrès seraient sans doute à réaliser quant à la motivation des décisions juridictionnelles qui, selon la Cour E.D.H., fait partie intégrante du procès équitable⁶¹⁹. A titre d'exemple, les professionnels dont la responsabilité civile est engagée ont parfois le sentiment d'être condamnés sans avoir reçu un minimum d'explications justificatives du montant de la réparation pécuniaire allouée à la victime. L'évaluation des dommages-intérêts est abandonnée à la sagesse des juges du fond, souverains pour appliquer le principe d'équivalence entre l'indemnisation et le préjudice⁶²⁰. Or, « comment une personne condamnée au paiement d'une somme d'argent sans aucune motivation sur les critères ayant permis d'en fixer le montant peut-elle être sûre que sa cause a été entendue équitablement »⁶²¹ ? L'évolution pourrait consister à obliger le juge à détailler sa méthode de calcul, à dissocier systématiquement les composantes du chiffre retenu, qui perdrait ainsi ce côté un peu arbitraire qui dépite les justiciables. De manière incidente, le droit au respect des biens n'en serait que mieux garanti, lui qui avec d'autres prérogatives substantielles, fait l'objet d'atteintes contestables puisant leur origine dans l'action des pouvoirs publics.

b - Réformes qu'impose le respect dû aux garanties substantielles

Envisageons d'abord les dispositions internes irrespectueuses de la propriété privée, seul droit de nature économique consacré par la C.E.D.H., et largement défini par les magistrats européens comme englobant toutes sortes de valeurs patrimoniales : créances⁶²², clientèles civiles⁶²³, autorisations administratives⁶²⁴. Toute mesure étatique organisant la privation ou portant réglementation de l'usage d'un bien est subordonnée à des conditions de finalité et de proportionnalité : il lui faut servir un objectif d'utilité publique sans compromettre le juste équilibre qui doit régner « entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la

⁶¹⁴ J.-L. VALLENS, La réforme des procédures collectives : du bon usage du droit comparé. Petites Affiches 18 sept. 1998, p. 14.

⁶¹⁵ L. 25 janv. 1985, art. 6.

⁶¹⁶ Décr. 27 déc. 1985, art. 164 et 169.

⁶¹⁷ Cass. com., 26 mai 1998 : D. affaires 1998, p. 1093.

⁶¹⁸ Y. GUYON, La transparence dans les procédures collectives : Petites Affiches 21 avril 1999, p. 8.

⁶¹⁹ Cour E.D.H., 9 déc. 1994, *Ruiz Torija c/ Espagne* : D. 1996, somm., 202, obs. N. FRICERO.

⁶²⁰ Cass. com., 7 fév. 1995 : JCP 1995, II, 22411, note Ph. LE TOURNEAU.

⁶²¹ C. JAMIN, note sous Cass. com., 30 janv. 1996 : JCP 1996, éd. E, II, 825.

⁶²² Cour E.D.H., 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce* : RTD civ. 1995, p. 653, obs. F. ZENATI ; C.E.D.H., 20 nov. 1995, *Pressos Compania Naviera SA c/ Belgique* : RTD civ. 1996, p. 1019, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁶²³ Cour E.D.H., 26 juin 1986, *Van Marle et autres c/ Pays-Bas* : Série A n° 101.

⁶²⁴ Cour E.D.H., 7 juill. 1989, *Tre Tracktörer AB c/ Suède*, Série A n° 159.

sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu »⁶²⁵. La légitimation de l'atteinte par référence à un intérêt général doté d'une valeur supérieure à celle du droit sacrifié semble artificielle à propos de la faculté de préemption accordée aux co-indivisaires, qui leur permet d'évincer, autrement dit de déposséder toute personne ayant, sans les avertir aux fins d'agrément, acquis la quote-part que détenait un membre sortant de l'indivision⁶²⁶. Certes, le but est de perpétuer l'homogénéité du groupement en empêchant un tiers d'y pénétrer, d'où un effet abortif de dissensions futures qui « peut être un facteur de paix sociale »⁶²⁷. Il n'empêche que « cette protection du groupe est fondamentalement égoïste et ne répond pas à un but d'utilité publique »⁶²⁸. A la rigueur, si l'indivision résulte d'une succession ou d'une dissolution de communauté conjugale, la possibilité de préempter peut s'inscrire dans une politique d'intérêt collectif liée à la protection de la famille. C'est pourquoi il serait opportun de restreindre le champ d'application de ce droit exorbitant qui, au lieu d'être applicable à toutes les indivisions sans exception⁶²⁹, vaudrait seulement pour celles qui sont d'origine successorale ou post-communautaire.

Un exemple de mesure disproportionnée quoique tendant à protéger l'intérêt général est fourni par l'article 1750 du Code général des impôts, aux termes duquel, « pour les délits en matière d'impôts directs, de taxe sur la valeur ajoutée et autres taxes sur le chiffre d'affaires, de droit d'enregistrement, de taxe de publicité foncière et de droit de timbre, le tribunal peut, à titre de peine complémentaire, interdire temporairement au condamné d'exercer directement ou par personne interposée, pour son compte ou le compte d'autrui, toute profession industrielle, commerciale ou libérale ». Interdire la reprise de ses activités professionnelles à l'auteur d'une fraude fiscale aboutit à couper la main qui le fait vivre, étant précisé que le caractère temporaire de la mesure s'avère trompeur car la clientèle a tôt fait de prendre de nouvelles habitudes, de sorte qu'après l'expiation de sa peine, des années de labeur seront parfois nécessaires à l'agent pour se reconstituer un chiffre d'affaires comparable à l'ancien. La démonstration du défaut de proportion entre la fin et les moyens serait incomplète si l'on omettait d'ajouter que les intérêts économiques d'autrui sont en jeu : fournisseurs, partenaires financiers, et bien évidemment salariés pâtissent de la mesure frappant le fraudeur.

Tout aussi anachroniques sont les textes qui imposent l'adhésion forcée à des structures associatives. En effet, la Cour de Strasbourg interprète l'article 11 de la C.E.D.H. comme impliquant le droit de ne pas faire partie d'une association⁶³⁰. Des dérogations sont tolérables à condition d'apparaître nécessaires dans une société démocratique, ce qui n'est pas le cas pour une loi obligeant les petits propriétaires fonciers à devenir membres d'une association communale de chasse agréée⁶³¹. Les commerçants spécialisés dans la vente de pigeons voyageurs pourraient se prévaloir de cette jurisprudence afin de se soustraire à la loi du 23 juin 1994 qui les contraint de s'affilier à une association colombophile s'ils veulent exercer leur métier⁶³². On peut également citer le cas des banques, tenues d'adhérer à une association professionnelle⁶³³. De même, étant donné que la notion européenne d'association est autonome et peut concerner des groupements dépourvus d'une telle qualification en droit interne⁶³⁴, tout souscripteur d'obligations émises par une société anonyme devrait pouvoir exiger son exclusion de la masse qui réunit de plein droit les

⁶²⁵ Cour E.D.H., 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* : Série A n° 52.

⁶²⁶ C. civ., art. 815-14 et s.

⁶²⁷ J. GHESTIN et B. DESCHE, *Traité des contrats : la vente*. LGDJ 1990 n° 465.

⁶²⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*. LGDJ 1979, n° 413.

⁶²⁹ Cass. civ. 1ère, 23 avril 1985 : D. 1985, p. 437, note A. BRETON.

⁶³⁰ Cour E.D.H., 30 juin 1993, *Sigurjonsson c/ Islande* : D. 1994, p. 181, note J.-P. MARGUENAUD.

⁶³¹ Cour E.D.H., 29 avril 1999, *Chassagnou c/ France* : RFDA 1999, p. 451.

⁶³² L. n° 94-508 : JO 24 juin 1994, p. 9102.

⁶³³ A.-S. MESCHERIAKOFF, M. FRANGI et M. KDHIR, *Droit des associations*, PUF, coll. Droit fondamental, 1997, n° 47.

⁶³⁴ Cour E.D.H., 30 janv. 1998, *TBKP c/ Turquie* : RTD civ. 1998, p. 999, note J.-P. MARGUENAUD.

porteurs de ces valeurs mobilières⁶³⁵. L'enjeu lié à l'obtention de la qualité de tiers serait une exonération de charges, puisque certaines dépenses de gestion votées par l'assemblée générale de la masse sont réparties sur l'ensemble des obligataires, sous forme de retenues amputant l'intérêt annuel stipulé⁶³⁶.

Le principe d'égalité de traitement entre nationaux et étrangers quant à la jouissance des droits reconnus par la C.E.D.H.⁶³⁷ semble invocable à l'encontre du décret-loi du 17 juin 1938 tendant à assurer la protection du commerce français. L'article 1er de ce texte dispose que les étrangers autorisés à résider en France n'ont pas le droit d'exercer une profession industrielle, commerciale ou artisanale, sauf si dans leur pays d'origine, cette possibilité est ouverte aux entrepreneurs français. Ainsi, le bénéfice d'un droit patrimonial, celui d'exploiter une clientèle assimilable à un bien selon la jurisprudence européenne, est subordonné à une condition de réciprocité en porte-à-faux avec l'obligation prise par l'Etat de garantir les droits proclamés « à l'égard de tous les individus se trouvant sur son territoire, quelle que soit leur nationalité »⁶³⁸, la discrimination ne se concevant pas pour des droits « attachés par principe à la seule qualité de personne humaine »⁶³⁹. De même, l'article 38 du décret du 30 septembre 1953 relatif aux baux commerciaux institue des inégalités de traitement fondées sur l'origine nationale. D'une part, sauf dérogations, le droit au renouvellement du bail, véritable bien au sens du Protocole additionnel n° 1, ne profite pas aux « commerçants, industriels ou artisans de nationalité étrangère ». D'autre part, la reprise de locaux commerciaux afin d'y habiter est exclue pour les bailleurs étrangers ; or, même si le droit au logement n'est pas protégé comme tel par la C.E.D.H., les magistrats européens ont déjà eu l'occasion de qualifier d'atteinte à la propriété l'interdiction de récupérer son propre appartement pour y habiter⁶⁴⁰.

Cela conduit à aborder le droit au respect du domicile⁶⁴¹, qui suppose la libre détermination par l'individu du lieu où il fixe sa demeure⁶⁴². A notre avis, la règle édictée par l'article 2018 du Code civil heurte l'ordre public européen en prévoyant que tout débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une dont le domicile est situé dans le ressort de la cour d'appel où se souscrit l'engagement. Il ne s'agit pas en effet d'une ingérence admissible dans l'exercice de la liberté domiciliaire, puisque si la C.E.D.H. réserve l'éventualité d'entorses visant à protéger les droits d'autrui, c'est à condition qu'elles soient nécessaires. Or, le fait que la caution vive dans la zone géographique où elle a donné son consentement ne signifie pas que le créancier aura plus de facilités pour l'astreindre au paiement en cas de défaillance du débiteur principal. Le désagrément qu'il établit n'étant pas contrebalancé par un intérêt sérieux, l'article 2018 du Code civil gagnerait donc à être réécrit en supprimant l'allusion faite au domicile de la caution. Le problème qui risquerait alors de se poser est celui de la valeur d'une clause de l'acte par laquelle le donneur de sûreté s'engagerait malgré tout à bloquer son domicile à une adresse déterminée jusqu'à la complète exécution du contrat. Si la jurisprudence déclarait licite une telle stipulation, l'effet utile de la C.E.D.H. serait ruiné et le législateur devrait à nouveau intervenir, afin cette fois-ci de prohiber expressément la clause litigieuse, faute de quoi l'Etat manquerait à son devoir d'oeuvrer pour le respect de la C.E.D.H. dans les relations interindividuelles⁶⁴³.

⁶³⁵ L. 24 juill. 1966, art. 293.

⁶³⁶ L. 24 juill. 1966, art. 320.

⁶³⁷ Article 14 de la Convention.

⁶³⁸ F. SUDRE, *Droit international et européen des Droits de l'homme*, 4^{ème} éd. PUF 1999, n° 51.

⁶³⁹ F. SUDRE *ibid.*, n° 39.

⁶⁴⁰ Cour E.D.H., 28 sept. 1995, *Scollo c/ Italie* : RTD civ. 1995, p. 1021, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁶⁴¹ Article 8 de la Convention.

⁶⁴² Com. EDH, rapport du 10 juillet 1976, affaire *Chypre c/ Turquie*, p. 72, § 208.

⁶⁴³ Rapprocher : C. LALAUT, *Le contrat et la Convention européenne des Droits de l'homme* : Gaz. Pal. 1999, 1, Doc. 554.

2 - Potentiel normatif du devoir étatique d'assurer le respect des droits fondamentaux entre personnes privées

« Les violations des Droits de l'homme n'émanent pas exclusivement des pouvoirs publics. Elles peuvent aussi être l'oeuvre de particuliers ou groupements économiques (...) dont la puissance rivalise parfois avec celle que détient l'Etat *de jure* »⁶⁴⁴. Bien que l'Etat ne soit pas l'auteur de tels agissements, il peut encourir une responsabilité internationale si l'examen de son système juridique révèle l'absence de mesures adéquates organisant la prévention et la répression de ces atteintes aux droits fondamentaux. Par conséquent, une obligation positive pèse sur lui afin que les droits et libertés dérivant de la C.E.D.H. soient garantis de manière effective dans les rapports horizontaux⁶⁴⁵.

Dans le domaine économique, force est de constater qu'il existe des situations choquantes, reflétant l'ingéniosité d'opérateurs qui parviennent à méconnaître en toute impunité les droits fondamentaux d'autrui, par le biais de conventions ou de pratiques qu'une jurisprudence hermétique aux implications de la C.E.D.H. tient pour licites. Les exemples sont heureusement en nombre limité : on trouve des clauses et comportements qui entravent le droit au juge (a) et d'autres qui affectent des droits substantiels (b).

a - Lutte contre les clauses et pratiques entravant le droit au juge

Une entreprise qui manie bien la technique contractuelle peut rendre illusoire, pour les personnes qui traitent avec elle, le principe selon lequel nul ne saurait « supporter une atteinte à son patrimoine sans pouvoir utilement se défendre en soumettant le litige à un juge »⁶⁴⁶.

Ainsi, les vendeurs habiles avaient appris, en cas de découverte d'un vice caché de la chose, à entamer avec l'acheteur d'interminables pourparlers transactionnels, à l'expiration infructueuse desquels la victime ne pouvait plus exercer l'action en garantie qui, aux termes de l'article 1648 du Code civil, n'est recevable que dans un bref délai. Pour éviter un tel déni de justice, la jurisprudence estime que l'échec d'une tentative d'arrangement amiable entre les parties justifie une prolongation du délai laissé à l'acquéreur pour introduire la procédure⁶⁴⁷.

Les tribunaux ne sont cependant pas toujours aussi enclins à ménager le droit au juge. Ainsi, dans les contrats de prêt, de louage ou d'entreprise, est souvent insérée une clause dite de remboursement forfaitaire des frais de recouvrement judiciaire, qui oblige le débiteur à verser une importante somme à titre d'indemnité, dès lors que la facture émise par le créancier donne lieu à des poursuites pour cause de non-paiement⁶⁴⁸. N'y a-t-il pas là un moyen insidieux d'empêcher le débiteur de faire entendre sa cause par un tribunal, en l'exposant à une sanction pécuniaire s'il élève une contestation⁶⁴⁹ ? Pour la Cour E.D.H., en effet, le droit d'accès à un tribunal implique que son exercice ne rencontre pas d'obstacles démesurés, notamment sur les plans matériels et financiers⁶⁵⁰. La jurisprudence française refuse néanmoins de condamner une telle clause comme étant un procédé illégitime décourageant le recours à la justice⁶⁵¹, attitude d'autant plus discutable que la Cour de cassation exclut aussi la qualification de clause pénale, qui permettrait au juge d'user de son pouvoir modérateur⁶⁵². Il appartiendrait donc au législateur d'intervenir pour éradiquer cette clause : son actuelle validité sape le nécessaire effet horizontal de la C.E.D.H. en donnant aux

⁶⁴⁴ J. VELU et R. ERGEC, La Convention européenne des Droits de l'homme. Bruylant 1990, n° 89.

⁶⁴⁵ F. SUDRE, Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des Droits de l'homme : RTDH 1995, p. 363.

⁶⁴⁶ Th. RENOUX, Le droit au recours juridictionnel : JCP éd. G 1993, I, 3675.

⁶⁴⁷ Cass. civ. 1ère, 16 juill. 1987 : Bull. civ. I, n° 230.

⁶⁴⁸ E. LOQUIN, Clauses dissuasives des litiges : J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 135, n° 93.

⁶⁴⁹ Ph. GERBAY, Les clauses de remboursement forfaitaire des frais de recouvrement judiciaire : D. 1978, Chr., p. 93.

⁶⁵⁰ Arrêt du 9 oct. 1979, Airey : Série A, n° 32.

⁶⁵¹ Cass. com., 19 avril 1985 : Bull. civ. IV, n° 120.

⁶⁵² Cass. civ. 1ère, 16 janv. 1985 : Bull. civ. I, n° 24.

particuliers la possibilité de bafouer impunément un droit primordial que l'Etat lui-même n'est point admis à enfreindre.

De même, une sûreté telle que la garantie payable sur première demande aboutit à dissuader toute saisine du juge puisque si le garant n'obtempère pas immédiatement à l'appel de fonds du créancier, et cherche par exemple à invoquer la nullité entachant le contrat de base, il engage sa responsabilité⁶⁵³. La jurisprudence est ferme sur ce point : sauf à démontrer une fraude ou un abus manifeste du créancier bénéficiaire, le garant ne peut se prévaloir d'aucune exception inhérente à la dette couverte pour discuter ou différer le paiement, sous peine d'une condamnation à des dommages et intérêts⁶⁵⁴. Cette interdiction de plaider pour être dispensé d'exécuter un engagement qui, en réalité, n'a plus d'objet en raison de l'extinction du contrat principal, semble constituer une entrave illégitime au droit de se défendre en justice. En outre, elle peut entraîner une spoliation du garant, placé à la merci d'un créancier de mauvaise foi qui, après avoir obtenu un paiement immérité, organise son insolvabilité. Or, le droit au respect des biens, au même titre que d'autres garanties substantielles, ne trouve pas seulement à s'appliquer dans les rapports avec l'Etat : égard lui est dû dans les relations entre particuliers⁶⁵⁵.

b - Lutte contre les clauses et pratiques violant des droits substantiels

Rares sont les hypothèses où l'Etat n'utilise pas ses compétences normatives pour assurer le respect des garanties substantielles dans les rapports de droit privé.

Il est toutefois permis de s'interroger sur la compatibilité avec l'article 8 de la C.E.D.H. de certaines investigations menées par les professionnels du renseignement⁶⁵⁶ : cabinets de détectives indépendants et agences de recherche proposent à leurs clients des contrats ayant pour objet la collecte d'informations sur la vie privée d'autrui, et ce dans l'indifférence générale puisque le législateur se contente d'interdire à ces établissements d'employer une dénomination susceptible d'entraîner une confusion avec un service de police⁶⁵⁷.

Sans doute faudrait-il également poser un regard nouveau sur les clauses réduisant les pouvoirs d'une personne sur ses biens, car elles sont quelquefois stipulées dans des circonstances où leur utilité peut prêter à discussion. A titre d'exemple, selon un courant jurisprudentiel, l'intérêt qu'a une société à pouvoir compter pendant plusieurs années consécutives sur le même actionariat, pour faciliter une gestion cohérente sur le long terme, est de nature à légitimer une clause statutaire prévoyant l'inaliénabilité provisoire des actions⁶⁵⁸. Il est facile d'objecter que le même résultat, à savoir éviter l'intrusion d'un associé fauteur de troubles, peut être obtenu sans porter atteinte au droit de propriété, en recourant à une simple clause d'agrément⁶⁵⁹. Ainsi, faute de proportionnalité entre le moyen employé et le but visé, mieux vaudrait réputer illicite la clause d'inaliénabilité, constitutive d'un fardeau excessif pour les actionnaires, rendus prisonniers de leur groupement.

Pour terminer, on se risquera à observer que le droit au respect des biens postulerait l'admission de la théorie de l'imprévision en droit français, car c'est faire peser une charge écrasante sur le débiteur que de l'obliger à exécuter un accord initialement équilibré mais qui, par malchance, lui impose désormais une prestation ruineuse pour une contrepartie dérisoire.

⁶⁵³ Cass. com., 20 déc. 1982 : D. 1983, p. 365, note M. VASSEUR.

⁶⁵⁴ Cass. com., 8 déc. 1987 : D. 1988, somm., p. 274, obs. L. AYNES.

⁶⁵⁵ J. RAYMOND, L'article 1 du Protocole additionnel et les rapports entre particuliers : Mélanges G. Wiarda, Cologne 1988, p. 531.

⁶⁵⁶ J.-F. RENUCCI, Droit européen des Droits de l'homme. LGDJ 1999, n° 166.

⁶⁵⁷ Décr. n° 81-1086 du 8 déc. 1981. V. Lamy Droit économique 1999, n° 4846.

⁶⁵⁸ Cass. com., 26 avril 1984 : *Rev. sociétés* 1985, p. 411, note J. Mestre

⁶⁵⁹ Y. GUYON, L'inaliénabilité en droit commercial, in Mélanges Sayag, Litec 1997, p. 267, n° 11

B - Les règles civiles

En matière répressive, une condamnation de la France par les arrêts Krüslin et Huvig du 24 avril 1990⁶⁶⁰ est directement à l'origine de la réforme du droit des écoutes téléphoniques par la loi du 10 juillet 1991. En droit civil, l'arrêt B du 25 mars 1992 qui nous a condamné en matière de transsexualisme a entraîné, comme on l'a vu, une si prompte réaction de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qu'une réforme législative n'est même pas indispensable. En revanche, des arrêts rendus contre des pays voisins comme la Suisse et la Belgique ont rencontré si peu d'échos devant les juridictions judiciaires que, sauf à nous exposer à de nouvelles avanies strasbourgeoises, le législateur devra vite intervenir pour assurer la conformité à la jurisprudence européenne de nos règles relatives à l'état civil (1) et de notre droit des successions et des libéralités (2).

1 – Etat civil

En ce qui concerne l'état civil, deux questions font encore difficulté au regard des avancées qu'a connues la jurisprudence européenne : l'établissement de la filiation naturelle maternelle d'une part (a), le nom patronymique d'autre part (b).

a - Etablissement de la filiation naturelle maternelle

Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD

Les textes français relatifs au mode d'établissement de la filiation naturelle maternelle constituent l'un des exemples les plus flagrants d'incompatibilité du droit positif hexagonal avec l'interprétation de la C.E.D.H. issue de la jurisprudence de la Cour E.D.H..

La décision fondatrice de la jurisprudence européenne dans ce domaine est l'affaire la plus célèbre rendue par la Cour de Strasbourg : il s'agit, bien sûr, de l'arrêt *Marckx contre Belgique* du 13 juin 1979⁶⁶¹, complété par l'arrêt *Inze contre Autriche* du 28 octobre 1997⁶⁶² et par l'arrêt *Vermiere contre Belgique* du 29 novembre 1991⁶⁶³. Il paraît nécessaire de s'imprégner une nouvelle fois de l'arrêt *Marckx* pour vérifier en quoi les préceptes qu'il énonce exposent la France à des risques non négligeables de condamnation par la Cour E.D.H.. Les faits à l'origine de l'affaire sont très connus. Pour mémoire, on rappellera tout de même que Paula Marckx, journaliste belge célibataire, a donné naissance à une petite fille prénommée Alexandra. Le droit belge alors en vigueur exigeait une reconnaissance de la part de la mère célibataire afin que le lien de filiation maternelle de son enfant soit établi. Néanmoins, la seule reconnaissance ne dotait la fillette que d'une capacité de recevoir à titre gratuit inférieure à celle des enfants légitimes, et même à celle des enfants naturels non reconnus. Ainsi, Madame Marckx dut se résoudre à adopter Alexandra afin d'améliorer la condition successorale de cette dernière. Adoptée, l'enfant eut, vis-à-vis de sa mère, un statut identique à celui d'un enfant légitime. Toutefois, même bénéficiaire d'une adoption, l'enfant restait en dehors de la famille de sa mère naturelle adoptive, et était dépourvue de toute vocation successorale à l'égard de ses grands-parents maternels. Certes, cette affaire soulève un problème de compatibilité du droit belge avec les textes européens dans trois secteurs : le mode d'établissement de la filiation naturelle, l'étendue de la famille de l'enfant et les droits patrimoniaux de celui-ci et de sa mère. Cependant, seule nous intéresse ici la question de la conformité, avec la C.E.D.H., des règles belges de l'époque concernant le mode d'établissement de la filiation naturelle maternelle.

⁶⁶⁰ Série A n° 176 A et B

⁶⁶¹ Cour E.D.H. *Marckx contre Belgique*, 13 juin 1979, Série A, n° 31 ; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour E.D.H.*, 6° éd., Sirey, 1998, n° 783.

⁶⁶² Cour E.D.H., *Inze contre Autriche*, 28 octobre 1987, Série A n° 126.

⁶⁶³ Cour E.D.H., *Vermeire contre Belgique*, 29 novembre 1991, Série A, n° 214-C ; V. BERGER, *op. cit.* n° 795.

Dans le droit belge de 1973, une mère célibataire ne peut établir sa filiation maternelle avec son enfant que par le biais d'une reconnaissance volontaire ou d'une déclaration judiciaire de maternité. Contrairement à ce qui est prévu pour les enfants légitimes, le lien de filiation n'est pas établi par l'unique fait de la naissance, ni même par l'inscription du nom de la mère dans l'acte de naissance. De la sorte, l'adage *mater semper certa est* ne bénéficie qu'aux enfants légitimes ; les enfants naturels en sont exclus. La Cour E.D.H. a dû vérifier, tour à tour, si la législation belge violait l'article 8 envisagé seul et l'article 14 combiné avec l'article 8.

Se fondant sur l'article 8 pris isolément, la Cour de Strasbourg, suivant en cela l'avis de la Commission, a indiqué que le respect de la vie familiale nécessitait « l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible, dès la naissance, l'intégration de l'enfant dans sa famille ». Et auparavant la Commission avait fait remarquer que « le principe même de la nécessité de la reconnaissance constitue en soi une méconnaissance de la vie familiale de l'enfant naturel ». Ainsi, s'il y a manquement au respect de la vie familiale d'Alexandra Marckx, et par là même violation du seul article 8, c'est parce que la fillette s'est trouvée juridiquement sans mère dans le bref délai séparant le jour de sa naissance du jour de sa reconnaissance maternelle.

Puis la Cour a vu dans la législation belge relative au mode d'établissement de la filiation naturelle maternelle une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. Selon la juridiction européenne, l'inégalité instaurée entre les enfants légitimes et les enfants naturels est totalement dépourvue de « justification objective et raisonnable ». Aux yeux de la Cour, les deux arguments avancés par le gouvernement belge pour justifier cette discrimination n'ont aucune valeur. D'une part, la Belgique faisait valoir que la femme mariée s'était engagée avec son époux à nourrir, entretenir et élever leurs enfants alors que la mère célibataire n'était tenue à aucune obligation de cette nature. Pour la Cour, la circonstance que quelques mères célibataires refusent de prendre soin de leur enfant ne saurait être de nature à justifier la règle de droit belge subordonnant l'établissement du lien de filiation maternelle naturelle à une reconnaissance volontaire ou à une déclaration judiciaire de maternité. De surcroît, l'enfant naturel a autant intérêt à voir son lien de filiation établi que l'enfant légitime. D'autre part, le gouvernement belge affirmait que le but poursuivi à travers cette législation était avant tout la protection de l'enfant en favorisant la famille traditionnelle. La Cour admet, certes, que vouloir soutenir et encourager la famille traditionnelle est une finalité légitime, voire méritoire mais on ne doit pas, pour atteindre cet objectif, prendre des mesures de nature à léser la famille naturelle. De plus, elle estime que cette distinction entre famille légitime et naturelle, licite et normale à l'époque de la rédaction de la C.E.D.H., ne l'est plus actuellement. Or la Convention doit être interprétée « à la lumière des conditions d'aujourd'hui ». La juridiction européenne relève aussi que les opinions publiques sont de plus en plus convaincues qu'il faut faire disparaître cette discrimination à l'égard des enfants naturels. Ainsi la grande majorité des Etats signataires de la C.E.D.H. appliquent sans distinction l'adage *mater semper certa est* à l'enfant légitime et à l'enfant naturel. La Convention de Bruxelles du 12 septembre 1962 sur « l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels » ainsi que la Convention européenne du 15 octobre 1975 sur « le statut juridique des enfants nés hors mariage » se prononcent dans le même sens.

Le droit positif français relatif au mode d'établissement de la filiation maternelle naturelle est-il compatible avec les exigences formulées par l'arrêt *Marckx* ? La réponse ne peut être que négative. De prime abord, certes, la loi du 3 janvier 1972, en proclamant le principe de l'égalité entre les filiations légitimes et naturelles, se conforme aux exigences de la Convention européenne⁶⁶⁴. Cependant, en matière d'établissement du lien de filiation maternelle, il semble bien que les enfants naturels soient dans une situation moins favorable que les enfants légitimes. Les articles 319 et 320 du Code civil admettent deux modes de preuve de la filiation légitime : le titre, c'est-à-dire l'acte de naissance, ou la possession d'état. En va-t-il de même pour l'établissement de

⁶⁶⁴ Ph. JESTAZ, L'égalité et l'avenir du droit de la famille, in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRE, Dalloz 1999, p. 417 et notes.

la filiation naturelle ? Longtemps on s'est demandé si la filiation naturelle pouvait être légalement établie par la possession d'état. En 1972, la rédaction de l'article 334-8 du Code civil semblait refuser un tel rôle à la possession d'état et était donc contraire aux exigences européennes. Or, suite à l'affaire *Law-King*⁶⁶⁵, le législateur a, par une loi du 25 juin 1982, fait de la possession d'état un des modes d'établissement de la filiation naturelle. L'égalité semble exister entre enfants naturels et enfants légitimes qui veulent établir leur lien de filiation en utilisant la possession d'état à une seule différence près qui tient à la nature même des deux filiations : la filiation légitime étant indivisible, l'enfant légitime devra prouver une possession d'état indivisible vis-à-vis de son père et de sa mère; la filiation naturelle étant quant à elle, divisible, l'enfant naturel devra établir séparément une possession d'état à l'égard de son père et une possession d'état à l'égard de sa mère⁶⁶⁶. Toutefois, une discrimination entre enfants légitimes et enfants naturels subsiste ailleurs. Elle apparaît lorsque l'enfant souhaite établir sa filiation par le titre. La France ayant refusé de ratifier la Convention de Bruxelles du 12 septembre 1962, la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance ne suffit à établir que le seul lien de filiation légitime. Pour l'établissement de la filiation maternelle naturelle, l'article 337 du Code civil mentionne que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance ne vaut reconnaissance donc établissement du lien de filiation qu'à condition qu'il soit corroboré par la possession d'état. Ainsi, contrairement à ce qui est prévu pour la filiation légitime, le seul titre ne permet pas d'établir la filiation naturelle. On se retrouve en présence d'une discrimination identique à celle dénoncée par l'arrêt *Marckx*. Etant elle aussi totalement dépourvue de justification objective et raisonnable, il y a fort à parier qu'elle constitue une violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la C.E.D.H.⁶⁶⁷. De plus, étant donné que la possession d'état nécessite une durée suffisante, notre droit positif français, comme la législation belge de 1973, expose l'enfant à rester sans filiation maternelle un bref laps de temps. Il y a là aussi violation de l'article 8 pris isolément. Le défaut de conformité avec les principes formulés par l'arrêt *Marckx* concerne surtout les mères célibataires. Il est moins flagrant pour les mères naturelles vivant maritalement puisque, pour ces dernières, la jurisprudence issue de l'article 336 du Code civil admet que la reconnaissance du père avec mention du nom de la mère accompagnée du simple aveu de celle-ci a valeur de reconnaissance⁶⁶⁸.

Pourquoi la France, qui se veut pourtant le pays ambassadeur des Droits de l'homme, s'obstine-t-elle, malgré la double condamnation de la Belgique, à ne pas modifier sa législation manifestement contraire aux exigences européennes ? Une telle attitude est pour le moins périlleuse car, faisant fi de l'arrêt *Modinos contre Chypre*⁶⁶⁹ qui commande aux Etats parties à la C.E.D.H. d'être très attentifs aux raisons pour lesquelles les Etats voisins ont été sanctionnés par la Cour E.D.H., elle nous expose aux foudres strasbourgeoises. Il serait pourtant bien aisé de mettre notre droit en conformité avec la C.E.D.H.. Il suffirait que la France ratifie la Convention de Bruxelles du 12 septembre 1962 relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels et révisé sa législation afin que l'adage *mater semper certa est* s'applique sans distinction aux enfants légitimes et aux enfants naturels. Concrètement, il conviendrait de modifier l'article 337 du Code civil afin que l'indication du nom de la mère naturelle dans l'acte de naissance suffise, à elle seule, à établir le lien de filiation naturelle maternelle⁶⁷⁰. C'est donc par une intervention législative,

⁶⁶⁵ Cass. civ. 1ère., 8 mai 1979, D.1979, p.477, note D. HUET-WEILLER ; JCP.1980, II, 19301, note M. PAIRE ; G.P. 1979, 2, p. 426, note M. MASSIP ; Cass. ass. plén., 9 juillet 1982, JCP 1983, II, 19993, concl. CABANNES ; G.P. 1982, 2, p. 513, note M. MASSIP.

⁶⁶⁶ En ce sens, voir M. MAYMON-GOUTALLOY, De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des Droits de l'homme, D. 1985, chon. 211.

⁶⁶⁷ En ce sens, voir J.-P. MARGUENAUD, RTDciv. 1997, obs. 545 ; M. MAYMON-GOUTALLOY, op. cit.

⁶⁶⁸ En ce sens, voir J.-P. MARGUENAUD, op. cit.

⁶⁶⁹ Cour E.D.H. *Modinos contre Chypre*, 22 avril 1993, Série A n° 259.

⁶⁷⁰ Sur l'incidence d'une telle modification de l'article 337 du Code civil en matière de preuve judiciaire de la maternité voir M.P. et G. CHAMPENOIS, La preuve judiciaire de la maternité : quelques aspects de son évolution depuis la loi du 3 janvier 1972, in L'avenir du droit, Mélanges à l'honneur de F. TERRE, op. cit., p. 493 et 494.

suivant en cela l'exemple belge⁶⁷¹, que notre droit pourrait devenir conforme aux exigences européennes. Les choses sont peut-être sur le point d'évoluer puisqu'une proposition de loi d'origine sénatoriale suggère de rédiger comme suit l'article 337 du Code civil : « *L'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance* »⁶⁷². Notre pays a beaucoup trop attendu et on regrettera qu'une telle modification ne soit pas intervenue en 1993 alors que le législateur en avait l'occasion. Dans le même élan, il aurait pu réformer également la législation applicable au nom patronymique, qui contrevient elle aussi à des principes chers à la C.E.D.H..

b – Le nom patronymique

Jean-Marie PLAZY

Analysant les prolongements législatifs de la jurisprudence strasbourgeoise, il est patent de constater que le nom patronymique se prête toujours au diagnostic et au pronostic⁶⁷³.

En droit positif, le nom patronymique se caractérise toujours par une prééminence du nom paternel et marital. Chez l'enfant légitime, "l'empire du nom paternel est sans partage"⁶⁷⁴. Que cette règle soit qualifiée de coutumière par les uns ou de jurisprudentielle par les autres n'apporte rien au débat : l'enfant légitime porte le nom de son père (seul inscrit sur les registres de l'état civil) et la concession de l'article 43 de la loi du 23 décembre 1985⁶⁷⁵ ne change rien à cette réalité. Le constat est identique lorsqu'on envisage le nom de l'enfant adoptif : que l'adoption soit plénière (art. 357 al. 1) ou simple (art. 363), l'enfant adopté par un couple marié porte toujours, par substitution ou adjonction, le nom de celui que l'on qualifiait autrefois de "chef de famille". La seule exception à cette suprématie concerne le nom de l'enfant naturel et encore ne faut-il pas exagérer la nuance. S'il est reconnu en premier lieu par sa mère, l'enfant hérite de son nom ; en revanche, en cas de reconnaissance conjointe, le nom paternel reprend toute sa vigueur et s'impose⁶⁷⁶. En résumé, l'enfant ne porte le nom patronymique de sa mère que dans des hypothèses marginales : enfant né d'un couple marié mais déclaré sous le seul nom de la mère (art. 313-1) ; enfant déclaré en premier par la mère (334-1) ; enfant dont le père se désintéresse de l'enfant (334-3). Pourtant, même dans de telles hypothèses, le souci de donner l'apparence d'une famille "classique"⁶⁷⁷ laisse ouverte la porte d'une transmission du nom du père (art. 334-2) ou de l'époux (art. 334-5).

On retrouve, de manière plus indicible, semblable supériorité dans le nom marital. Hormis une jurisprudence isolée qui affirmait de manière péremptoire que la femme mariée perdait son nom⁶⁷⁸, il est aujourd'hui acquis que la femme conserve son nom patronymique et acquiert seulement un droit d'usage sur celui de son mari⁶⁷⁹. Pour autant, dans une très grande majorité de cas, la femme est connue sous le nom de son époux et non par le sien propre.

Observant l'état du droit positif, la doctrine civiliste a dénoncé tout de go l'inégalité de droit entre les sexes ainsi que les multiples difficultés qu'elle engendrait.

L'inégalité et les inconvénients étant patents, le législateur a pensé résoudre une partie des difficultés en recourant au nom patronymique d'usage : l'article 43 de la loi du 23 décembre 1985 prévoit ainsi que "toute personne majeure peut ajouter à son nom, à titre d'usage, le nom de celui de

⁶⁷¹ Loi belge du 31 mars 1987.

⁶⁷² Proposition de loi sénatoriale n° 397 du 2 juin 1999.

⁶⁷³ Ph. JESTAZ, A propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic, R.T.D. civ. 1989, p. 269.

⁶⁷⁴ M. GRIMALDI, Patronyme et famille : l'attribution du nom, Defrénois 1987, art. 34117, p. 1425, n° 6.

⁶⁷⁵ *Infra*

⁶⁷⁶ Peu importe qu'il s'agisse d'une reconnaissance prénatale, T.G.I. Lille, 3 février 1987, JCP 1990, II, 21447, note X. LABBEE.

⁶⁷⁷ M. GOBERT, Le nom ou la redécouverte d'un masque, JCP 1980, I, 2966.

⁶⁷⁸ Cass., 16 mars 1841, D. 1841, I, p. 210.

⁶⁷⁹ Cette confirmation s'est traduite sur les documents administratifs : alors que le nom marital était suivi par le nom patronymique de la femme, il est désormais d'usage de faire d'abord apparaître le nom patronymique suivi de l'expression "épouse".

ses parents qui ne lui a pas transmis le sien. A l'égard des enfants mineurs, cette faculté est mise en oeuvre par les titulaires de l'autorité parentale". Cet article, rajouté au texte lors des travaux parlementaires, malgré les réserves du Gouvernement, introduit dans notre droit un début d'équilibre quant au nom mais est loin de repousser toutes les critiques. Il est ainsi donné satisfaction à la vieille revendication de faire apparaître le nom de la mère. L'intérêt n'est pas mince en cas d'instabilité de la filiation paternelle⁶⁸⁰ : lorsque l'enfant risque de perdre un nom habituel et doit porter un nom qui lui est étranger (par exemple en cas de reconnaissance annulée ou en cas d'établissement tardif d'un lien de filiation, voire pour pallier le refus des juges de donner à un enfant naturel le double nom parental comme nom légal⁶⁸¹). L'enfant a ainsi la possibilité d'ajouter au nom légal le nom du parent qui ne leur a pas été transmis, qu'il s'agisse du nom du père ou du nom de la mère⁶⁸². A première vue, l'égalité est respectée.

Le recours du nom d'usage est également prévu pour les époux : la femme mariée peut ainsi soit ajouter le nom de son mari, c'est-à-dire son nom légal, soit son nom d'usage, soit les deux (on peut ainsi passer d'un nom à quatre !) mais elle peut aussi substituer l'un de ces noms au sien ; quant au mari, il a seulement la possibilité de l'addition et non celui de la substitution (pauvre égalité !). Autant dire que le recours au nom d'usage est singulièrement compliqué dès lors qu'il s'adresse aux époux⁶⁸³.

Là pourtant ne s'arrêtent pas les critiques à l'égard du nom d'usage. Il est exclu des mentions de l'état civil ainsi que de tous les documents qui en dépendent⁶⁸⁴. Ensuite, le nom d'usage n'est pas transmissible ; seul le nom légal (dans la majorité des cas celui du père) reçoit les honneurs de l'hérédité. L'appréciation de ce texte est dès lors pour le moins critique : l'inégalité au préjudice des femmes est maintenue.

De ces critiques, il n'a point été tenu compte⁶⁸⁵ et pourtant le temps presse : la Cour de Strasbourg a frappé de ses foudres la Suisse dans un arrêt *Burghartz* en fustigeant l'inégalité des époux dans le choix du nom patronymique. De cette condamnation, il conviendrait que le législateur français tire les leçons⁶⁸⁶.

M. Schnyder, ressortissant suisse, épouse en 1984, en Allemagne, Mme Burghartz qui dispose de la double nationalité suisse et allemande. Conformément à la législation en vigueur en République fédérale d'Allemagne, les époux choisissent d'adopter le nom de l'épouse comme nom de famille, à savoir Burghartz, tandis que le mari utilise le droit de faire précéder le nom de famille et son propre nom, à savoir Schnyder Burghartz.. L'état civil suisse ayant enregistré "Schnyder" comme patronyme commun des époux, ces derniers sollicitent l'autorisation d'y substituer les noms "Burghartz" comme nom de famille et "Schnyder-Burghartz" pour l'époux. Après plusieurs refus, le tribunal fédéral ne les autorise qu'à substituer Burghartz à Schnyder comme nom de famille, ajoutant que rien n'interdit à M. Schnyder l'usage d'un nom composé. Si l'article 160 du Code civil suisse dispose que le nom des époux est celui du mari, la fiancée peut déclarer à l'officier d'état civil vouloir conserver le nom qu'elle portait jusqu'alors, suivi du nom du mari ; il ne saurait être question d'appliquer cette règle par analogie à l'époux dans les familles portant, par exception, le patronyme de l'épouse.

⁶⁸⁰ J. RUBELLIN-DEVICHI, RTD civ. 1987, p. 68.

⁶⁸¹ Cass. civ. 1ère, 16 novembre 1982, D. 1983, p. 17, D. HUET-WEILLER.

⁶⁸² Notons que ne s'agissant pas d'un "changement", l'avis de l'enfant n'est pas sollicité.

⁶⁸³ On voit là l'effet désastreux de la circulaire d'application du 26 juin 1986 qui complique inutilement la loi ; sur tous ces points, R. LINDON et D. AMSON, Une gestation difficile du nom d'usage, D. 1986, Chr., p. 82 ; R. LINDON, La nouvelle disposition législative relative à la transmission du nom, D. 1986, p. 267.

⁶⁸⁴ La circulaire d'application et l'arrêté semblent en contradiction quant au livret de famille, Cf. Réponse ministérielle, JCP 1987, IV, p. 88.

⁶⁸⁵ J-L MASSON, JOAN CR 1992, p. 726.

⁶⁸⁶ En revanche, notons que notre jurisprudence est confortée en ce qui concerne la possession du nom patronymique, Cour E.D.H., *Sterjna c. Finlande*, 25 novembre 1994, Série A n° 299-B ; F. SUDRE, JCP 1995, I, 3823, n°6 ; A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, La possession du nom patronymique, D. 1998, Chr., p. 39.

Les requérants portent l'affaire devant les instances strasbourgeoises et invoquent les articles 8 et 14 de la Convention. La Commission conclut à la violation de l'article 14 combiné à l'article 8 ; saisie par cette dernière et par le Gouvernement suisse, la Cour, dans un arrêt du 22 février 1993⁶⁸⁷, juge dans le même sens.

La première difficulté à surmonter pour la Cour était de faire entrer le nom dans le giron de l'article 8. La Suisse contestait l'application de l'article 14 en opposant l'article 5 du Protocole n°7 sur l'égalité des époux qui constituait, selon elle, une *lex specialis* s'interposant à l'article 8 en matière d'égalité des époux dans le choix de leur nom. La Cour juge⁶⁸⁸ qu'une telle clause "ne saurait se substituer à l'article 8 ni en réduire la portée"⁶⁸⁹. Restait à savoir si l'article 8 était applicable en l'espèce. Si la Cour relève que, contrairement à d'autres instruments internationaux, l'article 8 ne contient aucune disposition explicite en matière de nom, elle s'empresse d'ajouter qu'"en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci"⁶⁹⁰. Une telle interprétation pourrait surprendre dès lors qu'on envisage la vie privée de manière restrictive⁶⁹¹, mais l'arrêt *Niemietz* avait été l'occasion de juger qu'"il serait trop restrictif de la limiter à un cercle intime ...Le respect de la vie privée doit aussi englober dans une certaine mesure le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables"⁶⁹². "Le nom étant un moyen privilégié de nouer et de développer des relations avec ses semblables, il participe pleinement de cette conception extensive de la vie privée"⁶⁹³. La Cour note que la carrière de M. Schnyder pouvait être affectée par l'utilisation de ce seul nom pour rappeler sa jurisprudence *Niemietz* et faire passer le nom sous l'empire de l'article 8.

Le Gouvernement suisse rappelle que le mari donne en général le nom à la famille par tradition afin de "manifester l'unité familiale à travers celle du nom". En optant pour le nom de sa femme, il avait fait un choix définitif mais pouvait toujours utiliser son patronyme comme élément d'un nom composé "ou sous toute autre forme privée". A ces arguments, la Cour rétorque que les États membres se sont engagés dans une marche vers l'égalité des sexes et qu'il convient d'admettre très restrictivement les différences de traitement fondées sur le sexe. L'ajout du nom du mari au nom de famille ne nuit pas à l'unité de la famille "à un degré moindre que la solution inverse, admise par le Code civil". Par ailleurs, aucune tradition ne saurait être invoquée dans la mesure où le choix du patronyme de la femme mariée comme nom de famille ne remonte qu'à une loi de 1984. Aucun des deux patronymes possibles ne doit être préféré à l'autre et le recours à l'un des deux comme nom d'usage est insuffisant car il ne peut figurer sur les documents officiels.

La France a tout à craindre de cette décision. Même si notre pays pourrait invoquer une réelle tradition⁶⁹⁴, il reste que la Cour pourrait toujours rappeler que "la Convention doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui et en particulier de l'importance attachée au principe de non-discrimination"⁶⁹⁵. Notons que la législation suisse luttait plus efficacement que notre droit contre la discrimination puisque l'alinéa 2 de l'article 160 disposait que la fiancée pouvait conserver son nom suivi du nom de famille et surtout l'article 30 prévoyait qu'elle pouvait donner son patronyme comme nom de famille. Les inégalités qui subsistaient, à savoir que la femme ne transmettait son patronyme comme nom de famille qu'avec l'accord de son mari et autorisation administrative et que son mari perdait définitivement le droit de conserver le sien, ont pourtant

⁶⁸⁷ Cour E.D.H., *Burghartz c. Suisse*, Série A n° 280-B.

⁶⁸⁸ Pour une critique, E. DECAUX et P. TAVERNIER, J.D.I. 1995, p. 747.

⁶⁸⁹ La Cour rappelle alors l'arrêt *Ekbatani c. Suède*, 26 mai 1988, Série A n° 134.

⁶⁹⁰ Sur la méthode d'interprétation, J-P. MARGUENAUD, *La Cour E.D.H.*, Connaissance du droit, Dalloz, 1997, p. 43.

⁶⁹¹ A la manière de l'article 9 C. civ.

⁶⁹² Cour E.D.H., *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, Série A n° 251-B.

⁶⁹³ J-P MARGUENAUD, D. 1995, p. 4.

⁶⁹⁴ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, P.U.F, 1996, p. 49 ets.

⁶⁹⁵ Cour E.D.H., *Burghartz c. Suisse*, Série A n° 280-B, p. 9, § 28.

conduit à une condamnation. Que dire alors de notre droit ? Quant à l'emploi du nom d'usage permis par l'article 43 de la loi de 1985, il ne serait d'aucun secours.

L'analyse⁶⁹⁶ du nom comme institution de police et l'absence de conception unanime⁶⁹⁷ n'ont pas séduit la Cour européenne qui intègre le patronyme dans le ressort de l'article 8⁶⁹⁸.

Le bilan à tirer de cette jurisprudence est lourd de conséquences : notre droit positif est contraire à la jurisprudence de la Cour E.D.H. et une réforme s'impose⁶⁹⁹. Plusieurs pistes peuvent être exploitées⁷⁰⁰. En premier lieu, il convient de réformer notre législation sur le choix du nom de famille des époux mais en filigrane, il faut aussi s'intéresser au nom transmis aux enfants nés du couple⁷⁰¹ ainsi qu'au sort du nom en cas de modification de la situation matrimoniale.

S'agissant du nom matrimonial, la situation la plus simple voudrait que le mariage n'emporte aucune conséquence sur le nom : chacun des époux conserve son patronyme. C'est la situation qui prévaut en Grèce, au Québec, au Portugal, en Allemagne⁷⁰² (§1355 al. 1 BGB) mais aussi en France. Pour autant, si une telle solution était réaffirmée pour notre pays, il conviendrait de le noter clairement dans notre Code civil. Cette solution, pour simple qu'elle se présente, risque se trouver battue en brèche par la recherche d'une unité du nom familial.

Cette recherche oblige alors à se tourner vers d'autres solutions. La plus égalitaire reste la pratique du double nom : les époux décident de joindre leurs deux patronymes afin de former un nouveau patronyme. Un tel choix laisse cependant augurer deux écueils : d'abord le choix du nom qui doit figurer en premier lieu, ensuite la difficulté engendrée par la deuxième génération. Afin d'éviter toute critique⁷⁰³, les époux devraient pouvoir opter pour l'ordre qui leur semble le plus opportun⁷⁰⁴. La seconde difficulté concerne l'accumulation de double nom : le nom patronymique originel de chacun des époux pouvant déjà être double, il convient d'éviter la création de quadruple nom. Pour ce faire, deux solutions sont possibles. On peut décider arbitrairement que seul le nom paternel ou maternel sera transmis (droit espagnol) et l'associer au nom de l'autre époux pour former un double nom nouveau. Cependant une telle solution est à proscrire car contraire au principe de l'égalité. On peut alors se tourner vers des solutions neutres⁷⁰⁵ (choix d'ordre alphabétique). Néanmoins, la solution la plus adéquate est de laisser le choix au seul pouvoir de la volonté⁷⁰⁶ : chacun des époux choisira le nom de celui de ses parents qu'il entend reprendre et adjoindre au nom de son conjoint.

La fin de la suprématie du nom marital peut aussi passer par la liberté laissée aux époux de choisir comme nom de famille soit le patronyme du mari soit celui de la femme. Si l'on ne peut encourir la critique d'une suprématie du nom marital, on peut craindre que, *de facto*, se perpétue la tradition actuelle.

⁶⁹⁶ Sur la double nature du nom patronymique, G. GOUBEUX, *Les Personnes*, L.G.D.J., 1989, p. 116 et s.

⁶⁹⁷ Opinion dissidente des Juges Pettiti et Valticos, Cour E.D.H., *Burghartz c. Suisse*, Série A n° 280-B, p. 12.

⁶⁹⁸ L'analyse du nom comme élément de la personnalité était déjà largement admise par certains auteurs français, Ph. JESTAZ, *A propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic*, R.T.D. civ. 1989, p. 269 ; E. AGOSTINI, *La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom*, D. 1973, Chr., p. 313.

⁶⁹⁹ J. HAUSER, *RTD civ.* 1994, p. 563.

⁷⁰⁰ P. GEORGIN, *La liberté de choix du nom de famille des deux époux*, *RTDH* 1995, p. 57.

⁷⁰¹ "s'il "est impératif que toute discrimination entre l'homme et la femme disparaisse ; il est évident que le nom des époux et celui des enfants doivent être considérés ensemble, de sorte que chacun des époux se retrouve dans le nom de l'enfant", M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 23, p. 1441.

⁷⁰² Notons que les époux peuvent toujours opter pour un nom conjugal commun pendant cinq ans après la célébration du mariage.

⁷⁰³ Solution retenue par une proposition de loi, Sénat, n°397, Séance du 2 juin 1999.

⁷⁰⁴ Le droit allemand a prévu que le conjoint peut toujours décider en cours d'union d'abandonner le nom "d'accompagnement" s'il le souhaite, F. FURKEL, *La réforme du nom*, *RTD civ.* 1995, p. 697.

⁷⁰⁵ Pour des exemples, M. GRIMALDI, *Patronyme et famille : l'attribution du nom*, *Defrénois* 1987, art. 34117, p. 1425, n° 15.

⁷⁰⁶ Proposition de loi, Sénat, n°397, Séance du 2 juin 1999, art. 63.

On doit ainsi conclure qu'aucune solution ne s'impose pour faire cesser l'inégalité et que le salut réside finalement dans la liberté que pourrait avoir chaque époux soit de conserver son patronyme, soit d'opter pour l'un des deux, soit de choisir un double nom.

Globalement la modification apportée au nom marital ne devrait pas remettre en cause le droit qui est actuellement en vigueur en cas de divorce ou de décès. Comme à l'heure actuelle, l'époux divorcé devrait reprendre son nom de naissance sauf accord du conjoint ou autorisation judiciaire et l'époux survivant devrait pouvoir conserver le nom de l'époux décédé ou le double nom. Néanmoins, quelques doutes peuvent subsister avec l'entrée du nom sous l'empire de l'article 8 de la Convention. Permettant de "nouer et de développer des relations avec ses semblables" le nom marital est un élément de la personne, de sa vie privée. Peut-on dès lors en priver la personne dès lors qu'elle divorce ou qu'elle connaît un remariage après son veuvage ? "Chacun des conjoints posséd(ant) traditionnellement en Allemagne, un véritable droit sur le nom conjugal, un droit personnel", "l'époux veuf ou divorcé, quant à lui, lorsqu'un nom conjugal a été choisi, le conserve"⁷⁰⁷. Cette position qui séduirait bien les partisans du nom comme élément de la personnalité n'est peut-être pas à proscrire depuis que l'article 8 est applicable au nom.

Même si l'arrêt *Burghartz* ne s'est prononcé que sur le nom marital, il convient de s'intéresser aux répercussions du nom marital sur le nom de la descendance. A supposer que les époux aient choisi un nom marital, aucune difficulté majeure ne devrait surgir : les enfants nés du mariage prendront le nom marital c'est-à-dire soit le patronyme de leur père, soit celui de leur mère, soit leur nom double. Néanmoins, une difficulté risquerait de surgir si les époux n'avaient opté pour l'une de ces trois possibilités. Une solution autoritaire est retenue en droit allemand : faute d'accord entre les parents sur le nom de leur descendance, l'officier d'état civil doit saisir le tribunal des tutelles lequel confère le pouvoir de décision à l'un des parents. Cette solution est pour le moins critiquable dans la mesure où le choix du parent risque de manquer d'objectivité et ouvrir la porte à une nouvelle inégalité judiciairement bénie. Dans un tel système, l'égalité parfaite ne passerait que par un hasardeux tirage au sort.

Le droit allemand, soucieux d'assurer une certaine unité de la famille a prévu que tout nouvel enfant né reprend le même nom que celui de son aîné. Si ce système semble avoir séduit nos sénateurs, il ne doit pas faire oublier d'autres solutions : le droit québécois a décidé que le choix devait se faire enfant par enfant⁷⁰⁸.

Bien évidemment et sans que cela donne lieu à débat, la souplesse instaurée dans le choix du nom de l'enfant légitime doit se retrouver également pour l'enfant adopté ou l'enfant issu d'une filiation naturelle⁷⁰⁹.

Il n'y a pas que les règles organisant la transmission ou la jouissance du nom patronymique qui soient en décalage avec l'évolution européenne. Le droit patrimonial de la famille contient lui aussi ses archaïsmes qu'il paraît urgent de gommer si la France veut esquiver de nouvelles condamnations internationales.

2 - Successions et libéralités

Jean-Pierre MARGUÉNAUD

Les règles du droit civil français dont la réforme s'impose avec le plus d'évidence pour répondre aux exigences de la jurisprudence de la Cour E.D.H. sont celles qui tendent à protéger la famille légitime au moyen d'une réduction discriminatoire des droits successoraux des enfants issus de l'adultère. Une autre règle successorale plus discrète consacre, elle aussi, une inégalité de traitement entre héritiers qui n'est apparemment pas conforme à l'état actuel de l'interprétation de la C.E.D.H. délivrée par la Cour de Strasbourg : celle formulée par l'article 2 d'une archaïque loi du

⁷⁰⁷ F. FURKEL, La réforme du nom, RTD civ. 1995, p. 697.

⁷⁰⁸ MM. GRIMALDI et JESTAZ op. cit. sont favorables à cette solution.

⁷⁰⁹ Voir Proposition de loi, Sénat, n°397, Séance du 2 juin 1999, arts. 357, 363, 334-1334-2, 334-4, 334-5.

14 juillet 1819 qui institue un droit de prélèvement en matière de succession internationale. Il conviendra de préciser ces deux perspectives de réformes en accordant à la première, qui constitue un véritable enjeu politique, davantage d'attention qu'à la seconde, limitée à un point de technique juridique.

a – L'abolition de la *diminutio capitis* de l'enfant adultérin

La grande loi du 3 janvier 1972 qui a profondément modifié notre droit de filiation pour la soumettre au principe d'égalité a néanmoins aménagé des règles qui, en matière de successions et de libéralités, confinent l'enfant issu de l'adultère dans un statut d'infériorité. Elles sont édictées par les articles 334 al. 2, 334-7, 759 à 764, 767 al. 3, 908, 908-1, 915-1 et 1097-1 du Code civil. Dans son appréciation de l'un de ces articles – l'article 760 – le Professeur M. Grimaldi estime que, en 1972, il "était politiquement nécessaire pour "faire passer" le principe, alors révolutionnaire, de l'égalité des filiations" mais que, aujourd'hui "où le souci d'égalité entre tous les enfants, même adultérins, semble supplanter toute autre considération, son abrogation est dans l'air"⁷¹⁰. Il est incontestable que cet air a été brassé à Strasbourg. En effet, l'article 760, et la plupart des autres articles précités, sont désormais en totale contradiction avec les solutions consacrées à partir du célèbre arrêt *Marckx contre Belgique* du 13 juin 1979 (I). En outre, la justification de leur maintien au titre de la marge nationale d'appréciation semble d'autant plus illusoire qu'il existe désormais un véritable consensus européen en faveur de l'enfant adultérin (II).

α- Des règles en contradiction avec la jurisprudence élaborée à partir de l'arrêt Marckx

La Cour E.D.H. a jugé à quatre reprises que des règles réduisant les droits des enfants nés hors mariage à recueillir les biens de leurs parents étaient contraires à la C.E.D.H.. Après le retentissant arrêt *Marckx*, d'utiles compléments ont, en effet, été apportés par l'arrêt *Johnston contre Irlande* du 18 décembre 1986⁷¹¹, l'arrêt *Inze contre Autriche* du 28 octobre 1987⁷¹² et par l'arrêt *Vermeire contre Belgique* du 29 novembre 1991⁷¹³. Cette jurisprudence européenne étant délibérément ignorée par la première chambre civile de la Cour de cassation (cf. supra), il est indispensable d'en présenter, brièvement, le contenu.

Pour s'en tenir aux seuls de ses aspects intéressant notre sujet, rappelons que l'affaire *Marckx* concernait d'abord l'incapacité de recevoir à titre gratuit dont le droit belge frappait l'enfant naturel, partiellement à l'égard de sa mère de la reconnaissance jusqu'à l'adoption et totalement à l'égard de ses grands-parents même après l'adoption. La Cour européenne a considéré qu'une telle incapacité n'entrait pas dans le champ d'application de l'article 1^{er} du protocole n° 1 car ce texte vaut seulement pour le droit de chacun au respect de ses biens actuels et ne garantit pas le droit d'en acquérir par voie de succession ab intestat ou de libéralités. L'arrêt a jugé que la question relevait sans doute du domaine de l'article 8 dans la mesure où, avant même la mort du de cujus les droits successoraux et les libéralités sont très étroitement liés à la vie familiale mais il a estimé que les restrictions à la capacité de recevoir à titre gratuit de l'enfant naturel n'emportait pas violation de cet article considéré isolément car le droit à une certaine part de la succession de ses auteurs ou de ses proches parents n'est pas indispensable à la poursuite d'une telle vie familiale. En revanche, l'arrêt *Marckx* a expressément affirmé, n'en déplaise à la première chambre civile de la Cour de cassation, que la distinction établie en matière successorale entre les enfants naturels et les enfants légitimes

⁷¹⁰ M. GRIMALDI, Droit civil. Successions, Litec 5^{ème} éd. 1998 n° 156

⁷¹¹ Cour E.D.H., *Johnston et autres c/Irlande*, 18 décembre 1986, Série A n° 112

⁷¹² Cour E.D.H., *Inze c/Autriche*, 28 octobre 1987, Série A n° 126

⁷¹³ Cour E.D.H., *Vermeire c/Belgique*, 29 octobre 1991, Série A n° 214-C

manquait de justification objective et raisonnable et que les règles auxquelles la jeune Alexandra Marckx était soumise entraînaient une violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 qui consacre le principe de non-discrimination (§ 50 à 59). Quant à la restriction au droit des parents naturels de disposer en faveur de leurs enfants naturels que prévoyait encore le droit belge, elle n'a pas été jugée contraire à l'article 8 considéré isolément étant donné que, selon la Cour, la liberté absolue de donner ou léguer ses biens à son enfant n'est pas indispensable à la conduite d'une vie familiale normale. En revanche, elle a été déclarée contraire à l'article 8 combiné avec l'article 14 parce qu'elle frappait exclusivement les mères célibataires sans justification objective et raisonnable (§ 62). Surtout, la Cour a ici fait jouer à l'article 1^{er} du protocole n° 1 un rôle très différent de celui qu'elle lui avait assigné en matière de droit des enfants à recevoir à titre gratuit. Elle a en effet considéré qu'il était applicable parce que le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété et que, combiné avec l'article 14, il avait été violé dans la mesure où la restriction au droit de disposer à titre gratuit avait été, là encore, prévue, sans justification objective et raisonnable, pour les seules mères célibataires (§ 63 à 65).

L'arrêt *Johnston contre Irlande* du 18 décembre 1985 présente, pour les juristes français, un intérêt particulier car, à la différence de l'arrêt *Marckx*, il concerne directement l'enfant adultérin. Il a en effet expressément rangé les droits successoraux amoindris parmi les éléments du droit irlandais de l'époque dont il a tenu compte pour constater dans le chef de l'enfant adultérin une violation de l'article 8 considéré isolément.

L'arrêt *Inze contre Autriche* du 28 octobre 1987 a été rendu dans une affaire où l'attribution préférentielle d'une exploitation agricole avait été refusée à un enfant naturel en raison de sa naissance hors mariage. Cette solution discriminatoire a été jugée contraire à l'article 1^{er} du protocole n° 1 combiné avec l'article 14. L'arrêt autrichien offre donc la remarquable particularité d'avoir fait jouer en faveur de l'enfant naturel l'article qui consacre le droit au respect des biens dont l'applicabilité au droit de recevoir à titre gratuit avait été écartée par l'arrêt *Marckx*. Les deux arrêts ne sont pourtant pas contradictoires. Ils se concilient en effet à partir de la distinction suivante : lorsqu'il s'agit, comme dans l'affaire belge, d'un droit particulier à hériter, l'article 1^{er} du protocole n° 1 ne peut être d'aucun secours ; quand il est question, comme dans l'affaire autrichienne, de liquidation d'une succession déjà ouverte, il s'oppose, par combinaison avec l'article 14, à une attribution discriminatoire en nature. L'arrêt *Inze* qui concernait un enfant naturel simple a également permis à la Cour de Strasbourg d'affirmer énergiquement que, d'une manière générale, seules "des raisons très fortes" pourraient l'amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage". Quant à l'arrêt *Vermeire* du 29 novembre 1991, qui condamne à nouveau la Belgique dont les juridictions judiciaires avaient cru pouvoir ignorer les conclusions de l'arrêt *Marckx* en attendant une réforme législative d'ensemble du droit de la filiation, il est un signe indiscutable de la détermination de la Cour de Strasbourg à faire cesser les discriminations fondées sur le caractère naturel du lien de filiation.

La plupart des articles du Code civil qui font un sort d'infériorité à l'enfant adultérin entrent formellement en contradiction avec l'une ou l'autre des pièces de cet édifice européen.

L'article 759, aux termes duquel "les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, n'excluent pas celle-ci de la succession de leur auteur, lorsque, à leur défaut, elle y eût été appelée par application des articles 765 et 766..." "en pareil cas, ils ne recevront... que la moitié de ce qui, en leur absence, aurait été dévolu au conjoint selon les articles précités..." et l'article 760 qui, dans l'hypothèse de concours entre l'enfant adultérin et les enfants légitimes à la succession de leur auteur réduit la part de celui-là à la moitié de celle "à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes", établissent entre enfants naturels et enfants légitimes une distinction constitutive d'une violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 au sens des paragraphes 50 à 59 de l'arrêt *Marckx*. Il en va de même de l'article 915 qui abaisse la part de l'enfant adultérin dans la réserve héréditaire "à la moitié de celle qu'il aurait eue si tous les enfants y

compris lui-même eussent été légitimes" et de l'article 767 al. 3 qui porte du quart à la moitié le droit en usufruit du conjoint survivant.

Les articles 908 et 908-1 qui, même lorsque la filiation du gratifié n'est pas légalement établie, interdisent au parent, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne au temps de la conception, de compenser par une donation entre vifs ou un testament l'inégalité dont son enfant est frappé par les articles 759 et 760 contreviennent, dans leur application concrète, à la fois à l'article 8 combiné avec l'article 14 et à l'article 1^{er} du protocole n° 1 combiné avec l'article 14 car ils renforcent la diminution du droit de recevoir à titre gratuit de l'enfant naturel et limitent le droit de disposer à titre gratuit du parent naturel si l'on suit le raisonnement des paragraphes 62 et 65 de l'arrêt *Marckx*..

L'article 761 qui limite les chances de l'enfant issu de l'adultère d'obtenir une attribution préférentielle face au conjoint bafoué et aux enfants issus du mariage et l'article 1097-1 qui interdit au seul enfant adultérin de demander la conversion en rente viagère de l'usufruit du conjoint survivant ne sont pas conformes à la combinaison de l'article 1^{er} du protocole n° 1 et de l'article 14 opérée par l'arrêt *Inze*.

La conformité aux exigences de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg des articles 762 à 764 qui organisent l'allotissement de l'enfant adultérin par une attribution anticipée est plus délicate à apprécier. Destinés à éviter que le partage de la succession fût l'occasion de pénibles contacts⁷¹⁴, ces textes n'ont pas, en eux-mêmes, pour effet de réduire la part de l'enfant adultérin ou de l'empêcher d'obtenir ce qui lui revient sous telle ou telle forme. Ils ne heurtent donc pas directement l'interprétation européenne délivrée par les arrêts *Marckx et Inze*. Aussi leur maintien pourrait-il être envisagé pour permettre une attribution plus sereine de la part – désormais équivalente à celle d'un enfant légitime – de l'enfant adultérin. Il serait toutefois très inélégant et assez dérisoire de laisser subsister le vestige d'une discrimination révolue : il n'est pas si rare que le partage d'une succession fournisse l'occasion de "pénibles contacts" entre des enfants qui sont tous légitimes.

L'abrogation des articles 759, 760, 761, 767 al. 3, 908, 908-1, 915, 915-2 et 1097-1 du Code civil s'impose donc pour mettre notre droit civil en conformité avec la jurisprudence de la Cour E.D.H.. D'aucuns objecteront sûrement que cette conclusion est trop expéditive car les restrictions encore apportées aux droits successoraux des enfants adultérins par le droit français seraient à la fois moins fortes et plus justifiables que celles dénoncées par la Cour de Strasbourg. On pourrait en effet faire valoir d'une part que les articles discutés n'établissent pas, eux, une inégalité générale entre les enfants légitimes et les enfants naturels simples mais une discrimination dans les seules "positions de concurrence"⁷¹⁵ entre d'un côté l'enfant adultérin et de l'autre l'époux bafoué ou les enfants légitimes ; d'autre part que s'agissant de protéger la famille légitime contre l'adultère il y a des motifs, touchant à la morale et à l'ordre public, plus objectifs et plus raisonnables, de maintenir, au titre de la marge nationale d'appréciation, des règles inégalitaires. Les chances de faire admettre ces arguments par la Cour E.D.H. sont cependant très réduites à l'aube du troisième millénaire. Celui tiré de la moindre ampleur de la discrimination est d'ailleurs particulièrement fragile : s'il est vrai que la restriction au droit de recevoir à titre gratuit est seulement occasionnelle, il n'est pas moins vrai qu'elle reste irrémédiable. Or, dans l'arrêt *Marckx*, la Cour E.D.H. avait jugé contraire à l'article 8 combiné avec l'article 14 une restriction à la capacité de recevoir à titre gratuit de l'enfant à laquelle la mère naturelle pourrait mettre fin par une adoption. Quant à l'éventualité de trouver à nos règles discriminatoires des justifications plus objectives et plus raisonnables, elle semble avoir été étouffée par l'arrêt *Johnston* du 18 décembre 1985 qui a jugé la situation juridique d'ensemble d'un enfant adultérin irlandais, frappé, notamment du point de vue des droits successoraux par de nombreuses mesures discriminatoires, constitutive d'un manque de respect pour sa vie familiale et par l'arrêt *Inze* qui a averti que seules des raisons très fortes pourraient permettre de juger une distinction fondée sur la naissance hors mariage compatible avec la Convention. En outre, la marge

⁷¹⁴ Cf. M. GRIMALDI, op. cit. n° 833

⁷¹⁵ J. CARBONNIER, Droit civil, La famille, PUF, coll. Thémis, 17^{ème} éd. 1995, p. 510.

d'appréciation dont disposent les Etats pour apporter, dans un but d'intérêt général, des restrictions aux droits garantis par l'article 8 ou par l'article 1^{er} du protocole n° 1 se réduit à mesure que se renforce sur, la question litigieuse, un consensus européen favorable à l'individu⁷¹⁶. Or, depuis quelques années il s'est progressivement dégagé, dans la plupart des pays européens, un consensus favorable à l'enfant adultérin qui semble interdire à la France de prolonger beaucoup plus longtemps son particularisme inégalitaire.

β - Des règles isolées par la réalisation d'un consensus européen favorable à l'enfant adultérin

Malgré d'incontestables améliorations technologiques et universitaires réalisées au cours de ces dernières années, il est encore très difficile de se procurer et de traduire tous les documents nécessaires pour pouvoir prendre une vue d'ensemble sur le traitement d'une question juridique donnée par les différents pays d'Europe occidentale. Il était donc au-dessus des forces de notre équipe de recherche de réaliser, à titre complémentaire, des investigations approfondies dans les pays voisins pour savoir comment y sont considérés les droits des enfants adultérins. Par chance, il sera possible de puiser d'utiles indications dans un excellent mémoire de DEA consacré à "La condition juridique de l'enfant adultérin en Europe" par Mlle Christelle Prince⁷¹⁷. De ce travail tout à fait remarquable malgré les quelques maladroites inhérentes à une première expérience de véritable recherche, il ressort que, depuis la fin des années 1970, les législateurs de la plupart des pays de l'Europe Occidentale sont intervenus pour modifier le statut des enfants adultérins dans un sens plus égalitaire. Si l'on met à part, comme il se doit, le Family Law Reform Act de 1969 qui, au nom de la liberté testamentaire plutôt qu'en celui de l'égalité successorale, a reconnu aux enfants adultérins anglais des droits successoraux *ab intestat* dans la succession de leur père⁷¹⁸, deux types de réforme ont été expérimentés : le modèle suisse et celui que l'on pourrait dénommer le modèle allemand de 1969.

- Le modèle suisse

Par deux lois du 30 juin 1972 et du 25 juin 1976, respectivement entrées en vigueur le 1^{er} avril 1973 et le 1^{er} janvier 1978, le droit suisse a mis en œuvre le principe d'unité des filiations qui se traduit par l'assimilation du statut des enfants adultérins à celui de tous les autres enfants. Dès que sa filiation est établie, l'enfant adultérin entre donc de plein droit dans la famille de son auteur avec les mêmes droits successoraux que ses enfants légitimes y compris vis-à-vis du conjoint bafoué lequel est néanmoins protégé, d'une manière générale, par une réserve⁷¹⁹. Sous la pression des évolutions sociales, des principes constitutionnels et, parfois, des condamnations de la Cour E.D.H., cette conception ultra-égalitariste s'est imposée en Grèce du moins pour les enfants adultérins appelés à une succession ouverte après la loi 1329 de 1983⁷²⁰ en 1975 en Italie, en 1977 au Portugal, en Espagne en 1981, en Autriche en 1989. Quant à la loi belge du 31 mars 1987, entrée en vigueur le 6 juin, qui a réformé le droit de la filiation pour tirer les leçons de l'arrêt *Marckx*⁷²¹, elle s'est davantage inspirée de l'autre modèle.

⁷¹⁶ Cf. J.P. MARGUENAUD, La Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz, Connaissance du droit, 1997, p. 48-49

⁷¹⁷ Ch. PRINCE, La condition juridique de l'enfant adultérin en Europe Mémoire pour le DEA de Droit privé général et européen 1999, Dir. J.P. Marguénaud

⁷¹⁸ Cf. M. PIVET, Les principales réformes modifiant les droits patrimoniaux des enfants illégitimes en droit anglais RIDC 1986

⁷¹⁹ Pour plus de détails Cf. G. FLATTET, Le nouveau droit suisse de la filiation R.I.D.C. 1977.675

⁷²⁰ V. G. KOUMANTOS, Le nouveau droit de la famille en Grèce Rev. Hell. Dt. Int. 1982-1983, p. 14

⁷²¹ V. F. RIGAUX, Le nouveau droit de la filiation à l'épreuve des Droits de l'homme R.T.D. Belge Tome XLVII 1987 p. 379

- Le modèle allemand de 1969

La loi du 19 août 1969 a abrogé l'ancien article 1589 du B.G.B. qui empêchait l'établissement de tout lien de filiation entre l'enfant illégitime et son père pour faire triompher, avec effet rétroactif, l'égalité entre les enfants légitimes et les enfants illégitimes naturels simples, incestueux ou adultérins. Cependant l'égalité successorale ne jouait pleinement qu'à défaut de concurrence avec le conjoint bafoué survivant et/ou les enfants légitimes. En pareille hypothèse en effet, les droits successoraux de l'enfant adultérin se transformaient en créance tenant lieu de droit successoral ; ce qui l'excluait de la communauté indivise et le tenait à l'écart de la famille légitime. Plutôt qu'une égalité successorale, la loi allemande du 19 août 1969 avait donc établi, au profit de l'enfant adultérin, une équivalence financière par un mécanisme assez proche de celui mis en oeuvre par nos articles 762 à 764 qui visent eux aussi, mais sur un fond inégalitaire, à éviter la confrontation entre la famille légitime et l'enfant conçu au mépris des obligations du mariage. Cette manière de rétablir l'équilibre ne correspond sans doute pas à l'esprit de l'arrêt *Inze*. On ne peut pourtant pas affirmer qu'elle ait été expressément stigmatisée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg⁷²². En Allemagne, elle a pourtant fait l'objet de si vives critiques qu'une loi du 16 décembre 1997 entrée en vigueur le 1^{er} avril 1998 a dû l'abandonner pour adopter un principe d'assimilation complète du statut successoral de l'enfant adultérin à celui de l'enfant légitime⁷²³.

Quand on constate que la plupart de nos règles spécifiques aux enfants adultérins sont contraires à la jurisprudence de la Cour E.D.H. et quand on observe dans les pays voisins, y compris ceux dans lesquels le souci de protection de la famille légitime était le plus traditionnellement ancré, la multiplication des lois allant toutes dans le sens d'une égalité toujours plus complète, on en arrive à la conclusion suivante : la France n'a plus à hésiter entre réformer – comme le prévoyait le projet de loi n° 2530 du 23 décembre 1991 – ou ne pas réformer – comme l'avait laissé entendre le Gouvernement Balladur en 1993 – ce dernier bastion d'inégalité en matière civile ; il ne s'agit plus que de savoir si elle a encore le choix entre une assimilation complète du statut successoral de l'enfant adultérin à celui de l'enfant légitime et un rééquilibrage purement financier organisé à partir du mécanisme des articles 762 à 764 du Code civil. Il est donc hautement souhaitable que le Gouvernement et le Parlement suivent à la lettre les sages propositions qui viennent d'être avancées sur ce point par le rapport Dekeuwer-Défossez du 14 septembre 1999⁷²⁴.

Malgré sa relative abiguïté, l'arrêt *Mazurek*, par lequel la Cour E.D.H. a condamné la France le 1^{er} février 2000⁷²⁵, vient de vérifier largement nos pronostics et de rendre inéluctable la réforme ici préconisée.

b – La suppression du droit de prélèvement

La loi du 14 juillet 1819 a aboli, par son article 1^{er}, le fameux droit d'aubaine qui interdisait à tout étranger de transmettre ou de recevoir à titre gratuit au moment de la mort. Elle a néanmoins perpétué le souvenir du principe inégalitaire qui gouvernait les successions internationales en instituant, par son article 2, toujours en vigueur, le droit de prélèvement qui est consacré en ces termes : "Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales".

⁷²² Cf. supra

⁷²³ Cf. F. FURKEL, Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne R.T.D. Civ. 1998 p. 818

⁷²⁴ Cf. Le Monde du 16 septembre

⁷²⁵ Cf. A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE J.C.P. 2000 ed. G.II 10286 ; B. de LAMY, Droit de la famille, 5^{ème} année, n° 2 février 2000 p. 20, J. CASEY R.J.P.F. 2000 p. 24 ; Ph. STOFFEL-MUNCK Droit et Patrimoine 2000 p. 56 ; S. HOCQUET-BERG L.P.A. 10 mai 2000 p. 11 ; J.P. MARGUENAUD, R.T.D. Civ; 2000 p. 428.

Ce texte aurait pu être considéré comme un simple moyen de compensation accordé à un cohéritier français privé par un juge étranger de tout ou partie des biens situés à l'étranger qui auraient dû lui être attribués si on lui avait appliqué la loi successorale étrangère compétente d'après notre propre système de droit international privé. Or la jurisprudence a considérablement modifié l'esprit de l'institution en faisant jouer le droit de prélèvement même dans le cas où le cohéritier français a été privé, par une application normale de la loi successorale étrangère compétente d'après notre propre règle de conflits, de tout ou partie de ce qu'il aurait reçu dans une hypothèse où il eût fallu appliquer la loi successorale française. Selon l'expression du Pr. P. Mayer⁷²⁶, elle a donc transformé la règle de l'article 2 de la loi de 1819 en une règle substantielle perturbant le jeu normal du conflit de lois. Cette conception a entraîné la jurisprudence à décider contre la lettre et l'esprit du texte que le prélèvement pouvait être exercé par un français non seulement contre un cohéritier étranger mais également contre un autre cohéritier français à qui une loi successorale étrangère normalement appliquée aurait attribué plus que ce qu'eût fait la loi française ; que le montant du prélèvement devait se calculer en tenant compte non seulement de l'exclusion que la loi étrangère normalement compétente a réalisée sur des biens situés à l'étranger mais également de celle qu'elle a pu opérer sur des biens - meubles selon toute vraisemblance - situés en France ; que –solution aberrante – le droit de prélèvement pouvait même s'étendre à la liquidation d'un régime matrimonial.

Cette institution anachronique extensivement appliquée est généralement critiquée en raison de la faveur qu'elle accorde à l'individu français et/ou à la loi française. Aussi les plus éminents internationalistes souhaitent-ils sa disparition⁷²⁷. D'autres, un peu plus nuancés, signalent que l'entrée en vigueur de la Convention de la Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort aurait pour effet de frapper de caducité le droit de prélèvement au moins dans les rapports avec les autres Etats signataires⁷²⁸. En attendant, et en toute hypothèse, il convient de prendre conscience de ce que le maintien en vigueur de la loi du 14 juillet 1819 n'est pas conforme aux exigences de la jurisprudence de la Cour E.D.H..

En effet, le droit pour tous les cohéritiers de percevoir une part sur les biens soumis au prélèvement est incontestablement un droit patrimonial au sens de l'article 1^{er} du protocole n° 1 tandis que la règle qui les en prive présente indéniablement un caractère discriminatoire. La mise en œuvre du droit de prélèvement entraîne donc une violation de l'article 1^{er} du protocole n° 1 combiné avec l'article 14 comparable à celle dénoncée par l'arrêt *Inze*. Sans doute, la discrimination n'est-elle pas fondée, comme dans l'affaire autrichienne, sur la naissance, mais elle manque tout autant de justification objective. Surtout il faut souligner que, dans l'immense majorité des cas, le droit de prélèvement bénéficie à un héritier français au détriment de cohéritiers étrangers. Il y a alors en matière de droits patrimoniaux garantis par l'article 1^{er} du protocole n° 1 une discrimination fondée sur la nationalité que la Cour de Strasbourg combat avec une particulière énergie, comme elle l'a montré par son arrêt *Gaygusuz contre Autriche* du 16 septembre 1996⁷²⁹.

Les réformes du droit français des successions et des libéralités que la jurisprudence de la Cour E.D.H. rend inévitables sont, en définitive, peu nombreuses. Leur réalisation ne se heurterait d'ailleurs à aucun obstacle particulier puisqu'elle pourrait se traduire par l'abrogation pure et simple de sept à douze articles du Code civil et d'une loi adoptée sous le règne de Louis XVIII. Il suffit donc de la volonté politique de les engager et de les faire aboutir avant que les condamnations de la France inaugurées par l'arrêt *Mazurek* du 1^{er} février 2000 ne deviennent trop nombreuses et trop embarrassantes.

⁷²⁶ P. MAYER, Droit international privé Montchrestien 6^{ème} ed. 1998 n° 812

⁷²⁷ Cf. P. MAYER, op. cit. ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE Traité de droit international privé L.G.D.J. Tome II 7^è ed. 1983 n° 647

⁷²⁸ B. AUDIT, Droit international privé Economica 2^{ème} ed. 1977 n° 875

⁷²⁹ Dalloz 1998 p. 439 note J.P. MARGUENAUD et J. MOULY

En l'absence de réformes législatives mettant notre droit privé en conformité avec les exigences de la jurisprudence de la Cour E.D.H., le justiciable qui n'a pas réussi à faire admettre par le juge judiciaire français l'autorité des arrêts de la Cour, peut saisir les instances supranationales de Strasbourg. Dans plus de 80% des cas, sa requête sera déclarée irrecevable. Il est néanmoins possible que, selon une procédure modifiée par l'entrée en vigueur du protocole n° 11 le 1er novembre 1998, il parvienne à faire constater par la Cour qu'il a effectivement été victime d'une violation de l'un des droits garantis par la C.E.D.H. ou ses protocoles additionnels. Il en retirera une vive satisfaction intellectuelle et morale, peut-être une appréciable satisfaction équitable et pécuniaire allouée sur le fondement de l'article 41. Pourra-t-il aussi et surtout obtenir l'effacement des conséquences de la violation qu'il a subie? C'est la question de la révision.

II – L'INSTAURATION D'UNE PROCEDURE DE REVISION⁷³⁰ DES DECISIONS DEFINITIVES DECLAREES CONTRAIRES A LA C.E.D.H. PAR LA COUR DE STRASBOURG

Jean-Pierre MARGUÉNAUD

Lorsqu'un requérant individuel est enfin parvenu à faire constater par la Cour E.D.H. ou, avant l'entrée en vigueur du protocole n° 11, par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qu'un ou plusieurs de ses droits consacrés par la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales ou par les protocoles additionnels ont été violés, une question cruciale reste à résoudre : celle de savoir si les conséquences de cette violation seront effacées grâce à une *restitutio in integrum*.

Quelquefois, la nature des choses empêche le requérant de nourrir le moindre espoir d'anéantissement des manifestations de la violation des Droits de l'homme dont il a été victime. Si, par exemple, le manquement à la C.E.D.H. s'est traduit par le dépassement d'un délai raisonnable ou par une injuste privation de liberté désormais recouvrée, il n'y a évidemment aucun moyen de faire cesser la violation en forçant le temps passé à s'écouler de nouveau d'une manière plus respectueuse des Droits de l'homme. Alors, il faut nécessairement se contenter d'une indemnisation qui peut être allouée par la Cour de Strasbourg elle-même, sur le fondement de l'article 41 de la C.E.D.H., à titre de satisfaction équitable.

Souvent, il serait matériellement possible d'effacer les traces de la violation constatée et d'empêcher qu'il ne s'en inscrive d'autres dans l'avenir. Ainsi pourrait-on rendre la liberté à une personne encore détenue en vertu d'une décision déclarée contraire à la C.E.D.H. ; offrir la chance d'être rejugé à un justiciable qui n'a pas bénéficié d'un procès équitable au sens de l'article 6 ; restituer au propriétaire les biens dont il a été privé en violation de l'article 1^{er} du protocole n°1 ... Pour parvenir à de tels résultats qui traduiraient un louable souci de faire produire à la C.E.D.H. ses conséquences les plus concrètes et les plus utiles, il conviendrait généralement de rouvrir la procédure au prix d'une exception au principe de l'autorité de la chose jugée dont est revêtue la décision interne stigmatisée par la Cour de Strasbourg.

Or, la France, qui a eu de trop nombreuses occasions de mettre en œuvre un tel mécanisme de révision, a beaucoup tardé à le faire. Sauf cas particulier, tel celui du transsexuel dont la détermination a entraîné le célèbre arrêt du 25 mars 1992⁷³¹, le requérant individuel qui saisit les instances européennes combat donc exclusivement pour le Droit, l'honneur des principes et l'amélioration de la situation de ceux qui pourront ensuite s'engouffrer dans la brèche qu'il aura fait ouvrir.

⁷³⁰ Si l'on considère que la révision proprement dite peut seulement s'envisager dans l'hypothèse d'une erreur de fait, il vaudrait peut-être mieux parler avec G. ROUJOU de BOUBEE et B. de LAMY de "pourvoi dans l'intérêt des droits de l'homme", cf. Dalloz 2000 n° 10 p. V.

⁷³¹ Cour E.D.H., *B c/France*, 25 mars 1992, D. 1993 J.101 et la note : JCP 1992.II.21955 note Th; GARE.

Cette situation n'est pas scandaleuse. Aucune nécessité logique, aucune exigence juridique ne commandent en effet de la faire cesser. Il en est ainsi en raison du caractère déclaratoire et de la relativité du caractère obligatoire des arrêts de la Cour de Strasbourg qui constatent des violations de la C.E.D.H.. Parce qu'ils ont un caractère déclaratoire pour l'essentiel⁷³², les arrêts de la Cour E.D.H. ne vont pas jusqu'à casser ou annuler les décisions internes qu'ils déclarent contraires à la C.E.D.H.⁷³³ : il n'y a donc pas de vide qu'il serait logiquement nécessaire de combler par l'organisation d'une nouvelle procédure. En vertu de l'article 46 de la C.E.D.H.⁷³⁴, les Etats sont certes engagés à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties, mais la Cour a elle-même admis que ce caractère obligatoire n'allait pas jusqu'à lui permettre d'imposer l'ouverture d'un nouveau procès⁷³⁵.

Cette situation n'est pas pour autant satisfaisante. On pourrait en effet souhaiter que le pays qui s'attribue volontiers le titre d'inventeur des Droits de l'homme suive rapidement l'exemple de la Norvège, du Luxembourg ou de la Suisse sur la voie audacieuse et exigeante de la réouverture de la procédure après condamnation par la Cour E.D.H.. Une telle proposition ne manquera pas de déclencher une pluie de quolibets et d'objurgations. Aussi faudra-t-il s'appliquer à en démontrer le bien-fondé (A) et à préciser les modalités suivant lesquelles elle pourrait être mise en œuvre (B).

A - Le bien-fondé de l'instauration d'une procédure de révision

Les développements jurisprudentiels du droit européen des Droits de l'homme doivent beaucoup au rayonnement du principe de proportionnalité qui permet notamment à la Cour de Strasbourg de contrôler la marge d'appréciation laissée aux Etats pour limiter, dans un but d'intérêt général, certains des droits garantis par la Convention⁷³⁶. Ce principe pourrait aussi avoir une grande utilité interne en fournissant le critère qui permettrait de déterminer la mesure dans laquelle les règles nationales devraient être assouplies, infléchies ou modifiées pour assurer un respect plus effectif de la soumission de l'Etat à la C.E.D.H.. C'est ce qu'a suggéré M. Olivier De Schutter⁷³⁷ à propos de l'élargissement des compétences découlant du principe de séparation des pouvoirs afin d'améliorer la coopération entre la Cour E.D.H. et le juge national. Dans le même esprit, il semble raisonnablement envisageable de s'inspirer du principe de proportionnalité pour établir le bien-fondé de l'instauration en droit français d'une procédure de révision des décisions définitives déclarées contraires à la C.E.D.H. par les instances européennes. L'hypothèse à vérifier serait qu'une telle innovation présentera pour la consolidation de l'ordre public européen des avantages supérieurs aux inconvénients qu'elle entraînera en érodant l'autorité de la chose jugée par les juridictions internes. La révision serait en effet nécessaire à cette consolidation (1) alors qu'elle ne porterait qu'une atteinte modérée à cette autorité (2).

1 –Un moyen nécessaire à la consolidation de l'ordre public européen

Par son arrêt *Loizidou c/ Turquie* du 23 mars 1995, la Cour de Strasbourg a qualifié la C.E.D.H. « d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen ». En ratifiant la Convention et ses protocoles additionnels, chaque Etat s'est engagé à servir cet ordre public européen qui fait du respect quotidien et généralisé des Droits de l'homme le ciment des démocraties européennes. Or, la révision des décisions internes déclarées contraires à la C.E.D.H. est indispensable à la réalisation de cette ambitieuse mutation institutionnelle et juridique. L'ordre public européen n'aurait en effet

⁷³² Cf l'arrêt *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979

⁷³³ Cf l'arrêt *Parti socialiste et autres contre Turquie* du 25 mai 1998 § 62.

⁷³⁴ puis de l'article 46 §1 après l'entrée en vigueur du protocole n°11 le 1^{er} novembre 1998.

⁷³⁵ Cf l'arrêt *Saïdi C. France* du 20 septembre 1993.

⁷³⁶ Cf. La Coureuropéenne des Droits de l'homme, collection connaissance du droit, Dalloz 1997 p 51 sq.

⁷³⁷ La coopération entre la C.E.D.H. et le juge national, op. cit.

aucune consistance si les Etats pouvaient systématiquement éluder grâce à de l'argent les conséquences des condamnations prononcées par l'instance européenne qui a pour mission d'interpréter la Convention de Rome. Cette idée à déjà été suggérée par le Comité d'experts pour l'amélioration des procédures de protection des Droits de l'homme dans une étude réalisée sous l'autorité du Comité directeur pour les Droits de l'homme, publiée en janvier 1992 avec l'autorisation du Comité des Ministres et intitulée « La convention européenne des Droits de l'homme : instauration d'une procédure de révision au niveau national pour faciliter la conformité avec les décisions de Strasbourg⁷³⁸ ». Elle a également été évoquée par le Pr. Frédéric SUDRE⁷³⁹. Il s'agira ici de la développer. On tentera de le faire en partant de la double considération que l'instauration d'une procédure de révision est un outil indispensable pour les Etats qui sont animés d'une volonté intransigeante de contribuer à la consolidation de l'ordre public européen (α) et une évolution inévitable par ceux dont le souci principal est d'en retarder l'avènement (β).

a – Un outil indispensable pour un Etat soucieux de contribuer à la consolidation de l'ordre public européen

Formons l'hypothèse utopique que, demain, la France, se ressouvenant qu'elle est le pays de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen et la patrie de Voltaire et de René Cassin, décide de se montrer exemplaire en matière d'établissement d'un ordre public européen. Alors, il lui faudrait constater que, même si elle n'y est pas encore obligée par la Cour de Strasbourg, elle devra organiser une procédure de révision. Ce serait en effet la seule manière de compenser l'absence de question préjudicielle en interprétation et de s'adapter au caractère évolutif de la jurisprudence européenne

- Substitut à la question préjudicielle en interprétation.

Comme on le sait, l'article 177 du Traité de Rome a institué un système de renvoi préjudiciel grâce auquel les juridictions nationales peuvent ou doivent poser à la Cour de Justice des Communautés Européennes toute question d'interprétation des textes communautaires dont dépend la solution du litige qui leur est soumis et sont tenues se surseoir à statuer en attendant la réponse. La Convention européenne des Droits de l'homme n'a pas été dotée d'un tel mécanisme et la proposition de donner compétence à la Cour de Strasbourg pour répondre, elle aussi, aux questions préjudicielles des juridictions internes avancée en 1972 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe⁷⁴⁰ n'a jamais eu de suite⁷⁴¹. Les juridictions suprêmes des différents Etats liés par la Convention et soumis à la juridiction obligatoire de la Cour E.D.H. sont donc inéluctablement exposées au risque de retenir une interprétation du droit européen des Droits de l'homme qui sera ultérieurement déclarée erronée par les instances européennes. Dès lors, la révision de la décision interne définitive ainsi déclarée contraire à la C.E.D.H. ou à ses protocoles additionnels apparaît comme la seule technique susceptible de rétablir, autant que le permet la nature des choses, une situation conforme à l'ordre public européen.

La révision est donc le moyen d'obtenir *a posteriori* ce que l'absence de mécanisme de renvoi préjudiciel empêche de réaliser *a priori*.

- Facteur d'adaptation au caractère évolutif de la jurisprudence européenne.

Dans un Etat soucieux de contribuer à la consolidation de l'ordre public européen, il est permis de limiter les risques inhérents à l'impossibilité pour les juridictions nationales de poser des questions préjudicielles en interprétation à la Cour E.D.H. en amplifiant la diffusion de la jurisprudence européenne et en approfondissant sa connaissance. Une telle démarche, hautement

⁷³⁸ Doc H-92-1 spécialement n°15 p 6.

⁷³⁹ F. SUDRE, Droit international et européen des Droits de l'homme, PUF, coll. Droit fondamental, 4^{ème} édition, mise à jour 1999, p 402.

⁷⁴⁰ Recommandation 683.

⁷⁴¹ Cf O. DE SCHUTTER, op-cit p. 25 note 14.

souhaitable à d'autres égards (cf *infra* B.1), ne peut toutefois être que d'une efficacité relative. Une décision interne scrupuleusement conforme à l'état actuel du droit européen des Droits de l'homme peut en effet être ultérieurement déclarée contraire à la C.E.D.H. par la Cour E.D.H. en raison du caractère évolutif qu'elle a conféré à sa jurisprudence. Ce caractère, particulièrement mis en évidence à partir de l'arrêt *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979, signifie que telle ou telle interprétation donnée par la Cour de Strasbourg n'est jamais figée car la Convention doit toujours s'interpréter « à la lumière des conditions d'aujourd'hui ». Ainsi peut-il advenir que, entre la date d'un précédent arrêt de la Cour E.D.H. et la date de la décision interne définitive, les mœurs, les mentalités, les techniques, les législations internes et les traités internationaux aient entraîné, sur la question litigieuse, des évolutions suffisamment significatives pour justifier un revirement de la jurisprudence européenne. Un tel revirement se traduisant par un constat de violation de la C.E.D.H., la révision de la décision interne définitive qui en a été le prétexte apparaît alors comme le seul moyen de permettre une heureuse adaptation à l'évolution dont le contenu de l'ordre public européen vient de faire l'objet.

Les Etats qui ont fait de la construction de l'ordre public européen un objectif prioritaire ne peuvent donc pas raisonnablement se dispenser de l'instauration d'une procédure de révision des décisions internes définitives déclarées contraires à la C.E.D.H.. Peut-être cette innovation procédurale devrait-elle être considérée comme le principal critère de distinction des Etats exemplaires en matière de respect des Droits de l'homme. Ceux qui, ne font pas partie de cette catégorie ne pourront sans doute pas rester beaucoup plus longtemps à l'écart.

b- Une évolution inévitable par les Etats soucieux de différer l'avènement de l'ordre public européen

Reprenant une idée déjà exprimée dans son arrêt *Belilos c/ Suisse* du 29 avril 1988⁷⁴², la Cour E.D.H. a expressément reconnu, dans les affaires *Saïdi et Remli* respectivement jugées le 20 septembre 1993 et le 23 avril 1996, que l'article 50 de la C.E.D.H. -devenu l'article 41 - ne lui donne pas compétence pour adresser à la France l'injonction d'ouvrir un nouveau procès à la demande du requérant⁷⁴³.

Il ne faudrait cependant pas croire que la Cour de Strasbourg renonce à engager la lutte pour la *restitutio in integrum* parce qu'elle constate qu'une arme essentielle lui fait défaut. Elle tente en effet d'obtenir par des procédés indirects ce qu'elle ne peut puiser directement dans le texte de la Convention. Ces moyens sont encore rudimentaires mais il est fort possible que, à la longue, ils parviendront à exercer une pression décisive sur les Etats dont la principale préoccupation n'est pas de contribuer au renforcement de l'ordre public européen. On peut en entrevoir deux.

- Affirmation de la *priorité* de la restitution en nature.

Pour la Cour E.D.H. qui reconnaît aux Etats la liberté de choisir les moyens dont ils useront pour se conformer à un arrêt constatant une violation, il ne fait aucun doute que ces moyens doivent être prioritairement affectés à une *restitutio in integrum* quand elle est possible. C'est l'enseignement majeur que l'on peut tirer de l'arrêt du 31 octobre 1995 rendu, sur le fondement de l'ancien article 50, dans l'affaire *Papamichalopoulos et autres contre Grèce* relative à une expropriation de fait déclarée contraire à l'article 1^{er} du protocole n°1 par un arrêt au principal du 24 juin 1993. Elle y énonce en effet « qu'un arrêt constatant une violation entraîne pour l'Etat défendeur l'obligation juridique au regard de la Convention de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci » et tire de cette affirmation la conséquence que, en l'espèce, « la restitution des terrains litigieux placerait les requérants, le plus possible, dans une situation équivalente à celle où ils se trouveraient

⁷⁴² Cour E.D.H., *Belilos c/Suisse*, 29 avril 1988, Série A n°132.

⁷⁴³ Cf le § 47 de l'arrêt du 20 septembre 1993 et le § 54 de l'arrêt du 23 avril 1996.

s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de l'article 1 du Protocole n°1 ». Pour accorder un caractère prioritaire à la restitution en nature et, corrélativement un caractère subsidiaire à la réparation par équivalent, l'arrêt *Papamichalopoulos* s'est solidement appuyé sur un arrêt de la Cour Permanente de Justice Internationale rendu, dans l'affaire relative à *l'usine de Chorzow*, le 13 septembre 1928 où il était déjà affirmé que « la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis ... ». Récemment, d'autres affaires ayant justifié la reddition d'un arrêt distinct sur le fondement de l'ancien article 50 ont donné à la Cour de Strasbourg l'occasion de rappeler ces principes. A cet égard il faut citer l'arrêt *Clooth c/ Belgique* du 5 mars 1998 (§14) et, surtout, l'arrêt *Akdivar et autres c/ Turquie* du 1^{er} avril 1998 qui a le mérite de dire expressément (au§47) que c'est uniquement lorsque la *restitutio in integrum* est impossible que les Etats défendeurs sont libres de choisir les moyens dont ils useront pour se conformer à un arrêt constatant une violation.

L'encouragement donné aux Etats de favoriser la voie de la restitution en nature se faisant de plus en plus clair et insistant, il se pourrait fort bien que, comme l'a courageusement pronostiqué un auteur belge, chaque Etat se trouve bientôt « obligé, lorsque la mesure querellée est une décision de justice revêtue de l'autorité de chose jugée, de prévoir la possibilité de rouvrir la procédure, de façon telle que puisse intervenir une nouvelle décision dans le respect des exigences de la Convention »⁷⁴⁴. C'est d'autant plus probable que, déjà, la Cour de Strasbourg a su attacher un certain nombre de conséquences pratiques au principe théorique de priorité de la restitution en nature.

- Ebauche d'un mécanisme d'incitation financière à la révision.

Il serait très exagéré d'affirmer que la Cour E.D.H. fait varier le montant de la satisfaction équitable qu'elle alloue au requérant sur le fondement de l'article 41 en fonction de la diligence que l'Etat condamné au principal met ou pourrait mettre à la réouverture d'une procédure susceptible de rétablir la situation antérieure à la violation des Droits de l'homme constatée. Il existe cependant plusieurs signes d'une telle orientation.

Déjà, il est acquis que si la *restitutio in integrum* est impossible, comme dans le cas fréquent d'une détention provisoire injustifiée ou d'une durée déraisonnable, la satisfaction équitable accordée par la Cour dépend directement de la réparation par équivalent que le requérant peut obtenir en vertu du droit interne. C'est ce qui ressort par exemple de l'arrêt (précité) *Clooth c/ Belgique* du 5 mars 1998 qui rejette la demande du requérant parce que la Cour d'Appel de Bruxelles l'avait déjà suffisamment indemnisé, en vertu d'une loi belge du 13 mars 1973, de la détention provisoire excessivement longue qu'il avait subie. La même idée de subsidiarité se manifeste encore lorsque la restitution en nature était possible et que l'Etat condamné au principal l'a effectivement réalisée grâce à une réouverture de la procédure. Ici, il faut accorder une attention particulière à l'arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c/ Espagne* du 13 juin 1994. Dans cette affaire, l'Etat défendeur avait fait l'objet d'un constat de violation de l'article 6 § 1 par un arrêt au principal du 6 décembre 1988 pour avoir condamné trois accusés à de lourdes peines d'emprisonnement sans discussion adéquate des éléments de preuve. Ce fut l'occasion pour le Tribunal constitutionnel de rendre, le 15 décembre 1991, un arrêt exemplaire qui, rompant avec le droit espagnol jusqu'alors en vigueur, ordonna la réouverture du procès devant l'Audiencia Nacional laquelle rejugea et acquitta les requérants, faute de preuves suffisantes. Dans son arrêt du 13 juin 1994, la Cour de Strasbourg (au §15) souligne l'importance de la décision du Tribunal constitutionnel, rend hommage aux hauts magistrats espagnols pour avoir ainsi montré une fois de plus leur attachement à la Convention et à la jurisprudence européenne et prend en compte les efforts de l'Audiencia Nacional pour assurer aux requérants, dans la seconde procédure, les garanties nécessaires. Tout en tenant compte de ces circonstances, la Cour a néanmoins alloué quelques millions de pesetas aux requérants car « par la

⁷⁴⁴ O. DE SCHUTTER, op. cit p. 32.

force des choses », la mise en liberté et l'acquittement provoqués par le Tribunal constitutionnel ne pouvaient pas constituer en soi une *restitutio in integrum* ou une complète réparation du dommage découlant de la détention injustement subie (§19). On aurait certes pu considérer, avec les deux juges dissidents MATSCHER et PETTITI que la réaction particulièrement exemplaire des autorités espagnoles constituait une satisfaction équitable au sens de l'article 50 ancien. C'eût été une manière élégante d'encourager d'autres Etats à instaurer une procédure de révision. Il reste que la Cour de Strasbourg a reconnu que l'Espagne avait montré la voie qu'il faut suivre.

La Cour E.D.H. ayant sobrement salué l'attitude progressiste d'un Etat qui a pris l'initiative de modifier ses règles de procédure pour mieux pouvoir respecter l'ordre public européen, on pourrait s'attendre à ce qu'elle exerce les plus fortes pressions financières sur les Etats plus fermement attachés à l'autorité de la chose jugée par leurs juridictions internes. Or, elle se montre plus timorée car, comme elle l'a encore admis dans son arrêt *Akdivar et autres* du 1^{er} avril 1998 (précité), elle ne rend en la matière ni directives ni arrêts déclaratoires. Elle ne reste pas pour autant inactive. Ainsi lui arrive-t-il parfois de tenir expressément compte de l'absence de procédure de révision dans l'Etat condamné pour fixer le montant des sommes octroyées sur le fondement de l'article 50 devenu 41. Deux exemples récents peuvent être cités en ce sens.

D'abord l'arrêt *Van Mechelen et autres c/ Pays Bas* du 30 octobre 1997 qui, avant d'attribuer 25 à 30 000 florins à des victimes d'une violation de l'article 6 § 1 résultant d'une condamnation pénale fondée essentiellement sur le témoignage de policiers anonymes, relève que « de surcroît, comme les requérants l'ont affirmé sans être démentis par le Gouvernement, le droit néerlandais ne prévoit pas la possibilité pour eux d'obtenir un nouveau procès » (§18).

Ensuite et surtout l'arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c/ Belgique* du 3 juillet 1997 qui, dans la célèbre affaire des accidents de pilotage des bâtiments de mer dans l'estuaire de l'Escaut⁷⁴⁵ constate que, depuis la condamnation de la Belgique pour avoir privé la requérante de sa créance en réparation au mépris de l'article 1^{er} du Protocole n°1, « le Ministre de la Justice n'a pas exercé les pouvoirs qu'il tire de l'article 1088 du code judiciaire » (§17) avant de statuer en équité et de faire supporter par l'Etat la moitié du dommage causé à une estacade dans le port d'Anvers. L'article 1088 du code judiciaire belge étant le texte susceptible de permettre la révision des décisions internes définitives déclarées contraires à la C.E.D.H. par la Cour de Strasbourg (cf *infra* B), il est permis de se demander si le défaut de réouverture de la procédure n'a pas été sanctionné par une évaluation particulièrement sévère de la part de responsabilité de l'Etat. De manière plus générale, il apparaît que la pratique consistant à dissocier l'arrêt au principal constatant la violation et l'arrêt rendu sur la demande de satisfaction équitable donne à la Cour la possibilité d'inciter les Etats à instaurer une révision⁷⁴⁶. Il y a là, à l'évidence, un moyen de condamner l'Etat à des dommages et intérêts d'autant plus élevés qu'il a négligé de rouvrir la procédure pour pouvoir effacer autant que faire se pouvait les conséquences de la violation ...

Il reste à la Cour de Strasbourg à franchir un cap décisif pour affirmer sa volonté de contraindre financièrement les Etats à réaliser une restitution en nature : ce serait de les condamner sous astreinte à rétablir la situation antérieure à la violation constatée. Le requérant lui avait d'ailleurs demandé de mettre en œuvre une telle technique dans l'importante affaire du *Parti communiste unifié de Turquie* dont la dissolution a été jugée attentatoire au droit à la liberté d'association par un arrêt du 31 janvier 1998 rendu à l'unanimité en Grande chambre. Au titre de pertes futures, le Parti communiste dissout avait en effet sollicité la condamnation de la Turquie à lui verser 3 000 000 de francs français par an « à partir du 1^{er} janvier 1998 et jusqu'à ce que l'arrêt de la Cour constitutionnelle » ayant prononcé la dissolution « soit annulé » et qu'il « puisse se reconstituer ». La Cour de Strasbourg a certes rejeté cette demande mais elle ne l'a pas fait en se fondant sur une impossibilité de principe à prononcer une condamnation sous astreinte : c'est

⁷⁴⁵ Sur l'arrêt rendu au principal par la Cour E.D.H. dans cette affaire le 20 novembre 1995 Voy. Les observations de M. VERDUSSEN et S. DEPRE à la Rev. Trim. dr. H. 1996 p 587.

⁷⁴⁶ Cf O. DE SCHUTTER, op. cit p 44.

l'absence de lien de causalité entre la violation de l'art 11 et le préjudice allégué, à savoir la perte des aides publiques octroyées aux partis politiques, qui motive la solution retenue.

Il ne faut donc pas exclure que, après un premier temps d'hésitation, et à la faveur de requêtes formulées de manière moins mercantile, la Cour E.D.H., surtout après avoir fait peau neuve le 1^{er} novembre 1998, finira par s'enhardir sur ce point aussi. Elle ne ferait d'ailleurs que reproduire la démarche qu'elle a suivie dans le domaine voisin des intérêts moratoires en cas de dépassement du délai de trois mois qu'elle impartit généralement aux Etats pour exécuter leurs obligations financières découlant de l'article 41 : après avoir refusé de les prendre en compte par ses arrêts *Nibbio* du 26 février 1992 et *Pine Valley* du 9 février 1993, elle s'est résolue à en ordonner le versement à partir de deux arrêts du 8 février 1996⁷⁴⁷. Il est difficile de prévoir quand la Cour de Strasbourg inaugurerait le mécanisme des condamnations sous astreintes, mais on peut prendre le risque de dire qu'elle le fera car il serait quand même trop paradoxal de refuser de mettre au service de l'ordre public européen un moyen par ailleurs déployé avec beaucoup d'énergie pour assurer le jeu de la libre concurrence communautaire.

Pour conclure sur ce point, il faut signaler et souligner que la C.E.D.H. n'était pas la seule instance européenne à se soucier de provoquer la réouverture d'une procédure entachée d'une violation de la C.E.D.H.. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui, jusqu'au 31 octobre 1998, tenait de l'article 32 § 1 de la C.E.D.H. le pouvoir de se prononcer à la majorité des deux tiers sur la question de savoir s'il y a eu ou non violation de la Convention lorsque l'affaire n'a pas été déférée à la Cour dans les 3 mois de la transmission du rapport de la Commission, avait également apporté une précieuse contribution au débat. Il l'avait fait dans l'affaire *Hakkar contre la France* par une résolution intérimaire – DH (97) 475 – du 19 septembre 1997 qui décidait d'en poursuivre l'examen en vue de l'adoption d'une résolution finale et autorisait la publication du rapport adopté à l'unanimité par la Commission. Comme, dans ce rapport du 27 juin 1995, la Commission concluait à une violation de l'article 6 § 3c combiné avec l'article 6 § 1 précisément parce qu'un accusé condamné à la réclusion criminelle a perpétuité sans avoir été défendu par un avocat de son choix, n'avait pas pu « saisir ultérieurement une juridiction statuant à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien fondé de l'accusation en fait comme en droit », il faut considérer que la révision d'une décision interne revêtue de l'autorité de la chose jugée était au cœur de l'affaire *Hakkar*. La décision intérimaire du Comité des Ministres était donc le signe d'un engagement encore timide sur la voie d'une incitation à la réouverture de la procédure. Les suites que comportera la publication du rapport de la Commission sur autorisation du Comité des Ministres seront sûrement très instructives.

Les principes et les moyens susceptibles d'acculer les Etats à la nécessité politique et diplomatique de contribuer à la consolidation de l'ordre public européen par l'instauration d'une procédure de révision des décisions définitives déclarées contraires à la C.E.D.H. par les instances européennes sont donc clairement ébauchés. Avant qu'ils ne deviennent pleinement opérationnels il y aura peut-être juste le temps de s'habituer à l'idée qu'il ne nous pousseraient pas nécessairement au saccage de nos valeurs procédurales exprimées par le principe de l'autorité de la chose jugée dont le siège est l'article 1351 du code civil.

2 – Une atteinte modérée au principe de l'autorité de la chose jugée

Il ne faut pas se dissimuler que l'immense majorité de la communauté juridique française est farouchement réfractaire à toute idée d'instauration d'une procédure de révision à objet européen. C'est une attitude, nourrie de plus de passion nationaliste que de réflexion critique, dont il ne faut d'ailleurs pas s'étonner dans un pays n'ayant jamais bien compris par quelle supercherie diplomatique on avait pu l'exposer à recevoir des leçons de Droits de l'homme administrées par une

⁷⁴⁷ Cour E.D.H. *A et autres c/ Danemar*, 8 février 1996 et Cour E.D.H. *John Murray c/Royaume-Uni*, 8 février 1996..

juridiction supranationale. Les objections techniques à l'innovation préconisée ne doivent pas pour autant être tenues pour dérisoires. Elles se fondent, essentiellement, sur le principe d'autorité de la chose jugée dont les avantages, laminés par la perspective d'une révision, sont effectivement très appréciables : certitude et, par conséquent, sécurité juridique, réduction du nombre des degrés de juridiction et, partant, maîtrise de la durée du temps de la procédure. Ils ne seraient cependant pas d'un grand poids face à la nécessité de renforcer l'ordre public européen. Peut-on encore aujourd'hui acheter la sécurité juridique au prix d'une violation pérennisée des Droits de l'homme ? Peut-on sérieusement refuser de faire cesser une violation des Droits de l'homme constatée par une juridiction internationale au prétexte que l'on ne veut pas ajouter une voie de recours interne supplémentaire de peur d'ébrécher un principe auquel la Cour de cassation ne reconnaît même pas le caractère d'ordre public⁷⁴⁸ ? Il faut surtout considérer qu'il ne s'agirait évidemment pas de supprimer le principe de l'autorité de la chose jugée mais de lui apporter une nouvelle exception dans un but particulièrement louable et de manière relativement restrictive. La révision qu'il faudrait instituer pour se conformer aux arrêts de condamnation de la Cour de Strasbourg pourrait en effet n'avoir qu'un domaine limité (a), il serait en outre envisageable de rendre sa mise en œuvre rarissime grâce à une connaissance plus approfondie de la jurisprudence européenne (b).

a– Un champ d'application restreint

Même si elles sont toujours trop nombreuses, les condamnations prononcées contre la France par la Cour E.D.H. excèdent rarement la dizaine par an. En outre les violations qui les justifient ne se prêtent pas toujours à une restitution en nature par exemple lorsqu'elles tiennent à un dépassement du délai raisonnable prévu par les articles 5 § 3 ou 6 §1. C'est dire que, statistiquement, les réouvertures de procédures nécessaires pour nous permettre de nous conformer aux exigences de l'ordre public européen n'écorneraient pas davantage le principe d'autorité de la chose jugée que ne le font celles déjà admises par l'article 622 du code de procédure pénale et par l'article 595 du code de procédure civile lorsque l'apparition d'un fait nouveau, d'un élément inconnu d'une part, la découverte de l'existence d'une fraude, d'une dissimulation de preuves, de preuves fausses ou d'un faux témoignage d'autre part justifient une révision. Ces indications statistiques permettent aussi de relativiser la portée d'une autre objection à l'instauration d'une révision à objet européen : celle suivant laquelle la nouvelle procédure ouvrirait la voie à une augmentation considérable des requêtes relatives à des violations des Droits de l'homme qui, en définitive, seraient jugées irrecevables.

L'innovation proposée se heurterait encore à un dernier argument particulièrement convaincant aussi bien d'un point de vue théorique que sur le plan pratique. Une réouverture de la procédure serait en effet une grave atteinte à la sécurité juridique que garantit l'autorité de la chose jugée. L'atteinte n'est cependant pas aussi grave dans tous les types de litiges. A cet égard, M. De Schutter⁷⁴⁹ présente une distinction très intéressante entre les litiges qui opposent le requérant à un autre particulier et les litiges qui se nouent entre le requérant et l'Etat ou l'un de ses démembrés. Dans la première hypothèse, celle des litiges que l'on pourrait qualifier de « privés », la révision serait une lourde menace pour la sécurité juridique car elle reviendrait à priver de la garantie que constitue l'autorité de la chose jugée, un autre particulier dont la représentation dans la procédure européenne n'a même pas été nécessairement organisée. Dans la seconde hypothèse, celle des litiges que l'on pourrait appeler « publics », il y aurait moins d'inconvénients à rouvrir la procédure car l'Etat, dont la sécurité juridique ne peut être que très rarement affectée par la remise en cause d'une solution isolée, a pu, en toute hypothèse, faire valoir longuement et complètement son point de vue devant les instances strasbourgeoises. Il serait donc au moins envisageable d'instaurer une procédure de révision à l'égard des « litiges publics ».

⁷⁴⁸ Ch civ 2^{ème}, 4 octobre 1972, Bull civ II n°230.

⁷⁴⁹ op.cit.p. 32, 33.

Il ne faut pas conclure que la réforme minimum ici suggérée laisserait en dehors de son champ d'application les matières qui relèvent en France du droit privé. En effet les principales causes de nos condamnations par la Cour de Strasbourg tiennent à des questions de droit privé qui appartiendraient à la catégorie des « litiges publics ». Ainsi pourrait-on rouvrir la procédure pour faire disparaître, dans la mesure du possible, les conséquences des violations des Droits de l'homme constatées dans la mise en œuvre de notre procédure pénale et dans l'organisation de notre système d'état-civil. Il ne faut pas non plus conclure à l'exclusion systématique de tous les « litiges privés » du domaine de la réforme. L'inconvénient majeur que présente à leur égard l'organisation d'une procédure de révision pourrait en effet s'estomper grâce à l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 qui enrichit la Convention d'un article 36 consacré à la tierce intervention. Ce nouvel article prévoit dans son paragraphe 2 que « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la Cour peut inviter... toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences ». Il y a donc là un moyen d'assurer, dans la procédure européenne, une représentation du particulier adversaire du requérant individuel plus efficace et plus fréquente que celle naguère simplement envisagée par les articles 37 § 2 et 39 § 2 des Règlements de procédure A et B de la Cour E.D.H.⁷⁵⁰.

La nouvelle procédure à instituer pour nous permettre de respecter l'ordre public européen aurait donc un champ d'application modeste et modulable. Ceux qu'elle effrayerait encore aurait d'ailleurs un moyen très simple d'empêcher qu'elle ne cause des ravages.

b - Des risques de mise en œuvre maîtrisables

La crainte de commettre une lapalissade n'est pas assez forte pour dissuader de dire clairement que les magistrats français pourraient considérablement réduire les risques d'atteinte à l'autorité de la chose qu'ils ont jugée s'ils faisaient plus d'efforts pour la juger en fonction de la jurisprudence de la Cour E.D.H.. Cela ne revient pas à dire que, pour le moment, ils n'en font aucun ni que, en en faisant plus, ils mettraient la France à l'abri de tout danger de constat de violation de la C.E.D.H. par la Cour de Strasbourg⁷⁵¹. Il est quand même permis d'avancer qu'un développement de l'esprit de coopération entre la Cour E.D.H. et le juge français est encore largement possible. Il est quand même permis de subodorer que la connaissance par quelques magistrats français des méthodes d'interprétation de la Cour E.D.H. et du contenu de son œuvre interprétative peut être encore sensiblement améliorée. Il faut en revanche absolument s'interdire de donner crédit à l'idée suivant laquelle la résistance à l'instauration d'une procédure de révision est d'autant plus farouche que l'ignorance de la jurisprudence européenne est plus grande.

Indispensable moyen pour assurer le respect le plus scrupuleux possible des Droits de l'homme, la révision des décisions définitives déclarées contraires à la C.E.D.H. par les instances européennes n'entraînerait donc que des atteintes limitées et maîtrisables à la sécurité juridique. En outre, son adoption par le pays qui est encore largement reconnu comme le berceau des Droits de l'homme aurait probablement un grand effet d'entraînement. Peut-être pour franchir ce pas décisif ne manque-t-il plus que de connaître les modalités de la réforme.

B - Les modalités de la procédure de révision à instaurer

Pour mieux pouvoir adapter le droit français aux nécessités de la révision destinée à faire disparaître une violation des Droits de l'homme (1) il n'est pas inutile de se référer aux exemples des pays voisins qui se sont plus avancés dans cette voie (2).

⁷⁵⁰ Sur l'actuelle tierce intervention et son utilisation limitée à l'affaire *Hokkanen c. Finlande* du 23 septembre 1994 V.O. de SCHUTTER, op.cit. p. 33 note 39

⁷⁵¹ Cf supra

1 – Les exemples donnés par les pays voisins

Parmi les pays européens ayant consenti quelques efforts pour rejuger de manière plus respectueuse de la C.E.D.H. les affaires qui leur ont valu des condamnations par la Cour de Strasbourg, on peut opérer une distinction entre ceux qui s'en tiennent à une application des procédures de révisions classiques et ceux qui ont courageusement institué une procédure de révision spécifique.

a - Exemples d'utilisation des procédures de révisions classiques

La plupart, sinon tous les pays européens, ont prévu la possibilité de remettre en cause l'autorité de la chose jugée grâce à une procédure de révision lorsque de graves faits nouveaux surviennent ou sont découverts, après que la décision est devenue définitive. Quelques uns ont explicitement affirmé qu'un arrêt de condamnation de la Cour E.D.H. ne saurait en aucune façon être considéré comme un fait nouveau au sens des règles présidant à cette réouverture traditionnelle. Tel a été le cas des Pays-Bas à la suite de l'affaire *Kostovski* jugée à Strasbourg le 20 novembre 1989. D'autres ont au contraire réussi à faire entrer l'hypothèse de la censure par les instances européennes dans le champ d'application de leurs procédures classiques de révision. Ainsi la condamnation du Danemark dans l'affaire *Jersild* par l'arrêt du 23 septembre 1994 a-t-elle été qualifiée de « circonstance spéciale » au sens de l'article 977 § 3 du Code de procédure pénale par la Cour d'appel spéciale de révision qui, en conséquence, a ordonné la réouverture de la procédure; laquelle s'est achevée par une décision d'acquiescement du journaliste requérant le 4 juin 1996. De même, la condamnation de la Finlande le 25 février 1997 dans l'affaire *Z* relative à la publication de données médicales a-t-elle permis de considérer que le jugement interne procédait d'une « interprétation erronée de la loi » énumérée par l'article 8 § 4 du chapitre 31 du Code de procédure judiciaire et qu'il y avait donc lieu de rouvrir la procédure. Dans l'affaire *Maria Samakova*, un règlement amiable a pu être adopté parce que les autorités slovaques ont admis qu'un simple avis de la Commission pouvait être considéré comme un fait nouveau justifiant la réouverture de la procédure. D'autres illustrations de cette adaptabilité des procédures classiques de réouverture aux exigences de la construction de l'ordre public européen pourraient être relevés dans d'autres pays en particulier en Suède. Il ne semble pas pour autant que cette méthode indirecte puisse donner partout des résultats satisfaisants. Ses limites sont parfaitement mises en lumière par l'expérience de la Belgique.

Dans ce pays, l'article 441 du Code d'instruction criminelle permet au Procureur général près la Cour de cassation, agissant sur ordre du Ministre de la justice de dénoncer à la chambre criminelle les décisions « contraires à la loi » de manière à les faire annuler et à faire rejuger la cause par une nouvelle juridiction. Cette procédure a été mise en œuvre à la suite de l'arrêt *Piersack* du 1^{er} octobre 1982 qui avait constaté une violation de l'article 6 § 1 parce qu'un accusé avait été condamné par la Cour d'assises du Brabant au mépris des exigences d'impartialité. Ce verdict fut effectivement annulé et l'affaire fut renvoyée devant la Cour d'assises du Hainaut plus impartialement constituée qui condamna à nouveau *Piersack*. Si la Cour de cassation belge a accepté, par son arrêt du 18 mai 1983⁷⁵² de suivre le réquisitoire du Procureur général E. Krings pour permettre d'effacer complètement les conséquences de la violation constatée par la Cour de Strasbourg, c'est essentiellement parce que les faits d'où ce manquement découlait constituaient des éléments extrinsèques auxquels elle n'avait pu avoir égard et à la lumière desquels elle n'avait pu statuer quand elle avait rejeté le pourvoi en cassation que *Piersack* avait introduit avant de saisir la Commission européenne des Droits de l'homme⁷⁵³. Autrement dit, la question essentielle de savoir si un arrêt de la Cour de Strasbourg constatant une violation découlant d'un point de droit sur lequel la Cour de cassation avait déjà statué suffirait à caractériser la contrariété à la loi qui permet

⁷⁵² Pas. 1983.I.1046, R.W.1984-1995, col. 801 note H. GILLIAMS

⁷⁵³ Cf. O. de SCHUTTER, op.cit. p. 34

l'annulation et la réouverture de la procédure restait entière. Elle a été résolue par la négative à la suite d'une nouvelle condamnation de la Belgique le 26 octobre 1984 dans une affaire *De Cubber* concernant également l'impartialité d'un tribunal. Par un arrêt du 27 janvier 1987⁷⁵⁴ elle a en effet refusé de suivre l'Avocat général J. Velu qui l'invitait à considérer que constituent par elles-mêmes des éléments de droit dont elle ne pouvait connaître lors de l'examen du pourvoi en cassation antérieur à la saisine des instances de Strasbourg, les obligations juridiques spécifiques découlant pour l'Etat belge d'un arrêt rendu par la Cour E.D.H.. Il faut donc considérer que la procédure instituée par l'article 441 du Code d'instruction criminelle pourra seulement être efficace dans les rares cas où l'arrêt de la Cour de Strasbourg fondera son constat de violation sur des circonstances de fait ignorés de la Cour de cassation lors du premier rejet de pourvoi⁷⁵⁵.

Il ne faut donc pas fonder beaucoup d'espoir sur les facultés d'adaptation des procédures de révision traditionnelles aux exigences de la construction de l'ordre public européen. D'ailleurs, même dans les quelques pays où elles ont été efficacement mises en œuvre, il est difficile de préciser si elles peuvent être transposées aussi bien aux affaires civiles qu'aux affaires pénales. La voie de l'instauration de procédures de révision spécifiques semble donc préférable car elle apporte plus de fermeté et de clarté.

b- Exemples de création de procédures de révision spécifiques

Il faut mettre ici en exergue le cas de l'Espagne dont le Tribunal constitutionnel, par son arrêt (précité) du 16 décembre 1991 rendu dans l'affaire *Barbera, Messegué et Jabardo*, a estimé qu'il était contraire à l'ordre constitutionnel espagnol d'exécuter une décision jugée attentatoire à la C.E.D.H. par la Cour de Strasbourg et a par conséquent imposé une procédure de réouverture spécifique qui semble devoir s'appliquer en matière civile (et en matière administrative) aussi bien qu'en matière pénale.

Dans quatre autres Etats précurseurs, c'est le législateur qui a institué des procédures spéciales de réouverture.

Deux Etats ont instauré cette révision spécifique en matière pénale seulement. Il s'agit de l'Autriche dont l'article 363 a du Code de procédure pénale dispose : « si la Cour E.D.H. constate, par un arrêt, l'existence d'une violation de la Convention ou de l'un de ses Protocoles résultant d'une décision d'une juridiction pénale, la procédure en cause doit être réouverte dans la mesure où l'on ne peut exclure qu'une violation pourrait avoir une incidence négative sur la décision prise par la juridiction pénale pour la personne concernée » et du Luxembourg dont l'article 443 § 5 du Code de procédure pénale énonce "une demande de révision d'un jugement prononcé par une juridiction quelconque peut être introduite par toute personne condamnée pour un acte criminel par une décision exécutoire rendue en première ou en dernière instance... lorsqu'une décision du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ou un arrêt de la Cour E.D.H. rendu conformément à la C.E.D.H. établit qu'une condamnation dans une procédure pénale a été prononcée dans des conditions contraires à la Convention".

Deux autres Etats l'ont instituée aussi bien dans le domaine civil que dans le domaine pénal. Il s'agit de la Norvège et de la Suisse.

En Norvège, l'article 391 du Code de procédure pénale et l'article 407 § 7 du Code de procédure civile prévoient que la réouverture des procédures peut être demandée « si la décision est estimée être fondée directement ou indirectement sur une interprétation d'une loi ou d'un traité international qui s'écarte de l'interprétation qu'une juridiction internationale, dans les mêmes circonstances qu'en l'espèce, a déclarée contraignante pour la Norvège ». Les termes « traité international » et « juridiction internationale » permettent bien évidemment de prendre en considération la Convention et la jurisprudence de la Cour E.D.H..

⁷⁵⁴ J.T. 1987 p. 440

⁷⁵⁵ Cf. O. de SCHUTTER, op. cit. p. 35

En Suisse, l'introduction d'un nouveau motif de révision à raison de la violation de la C.E.D.H. a été très tôt préconisée par la doctrine⁷⁵⁶. Son vœu a été exaucé le 15 février 1992 par l'adjonction à la loi fédérale d'organisation judiciaire d'un article 139a qui introduit l'innovation suivante : « La demande de révision d'un arrêt du Tribunal fédéral ou d'une décision d'une autorité inférieure est recevable lorsque la Cour E.D.H. ou le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a admis le bien-fondé d'une requête individuelle pour violation de la Convention... et que réparation ne peut être obtenue que par la voie de la révision ». L'article 139a est complété par des dispositions destinées à permettre au Tribunal fédéral d'obliger les autorités cantonales à entrer en matière sur les demandes de cette nouvelle révision⁷⁵⁷.

Pour compléter cette présentation il faut apporter une précision et formuler trois observations.

La précision est relative aux titulaires du droit de demander la révision à objet européen. Les cinq Etats précurseurs ont adopté sur ce point des solutions très contrastées. Ainsi en Espagne, en Autriche et au Luxembourg la demande peut émaner aussi bien du justiciable victime de la violation que du Parquet alors qu'en Norvège et en Suisse elle est réservée au justiciable.

La première observation se rapporte aux instances européennes dont les décisions peuvent ouvrir droit à la révision spéciale. En Autriche, en Norvège et, apparemment, en Espagne, seuls les arrêts de la Cour, sont, directement ou indirectement, visés. Au Luxembourg et en Suisse, les décisions du Comité des Ministres sont également mentionnées ; ce qui n'a plus beaucoup d'incidences depuis le 1^{er} novembre 1998 puisque le Protocole n° 11 réduit le rôle de cette instance à une mission de surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour.

La deuxième observation concerne l'avenir de la distinction entre litiges privés et litiges publics parfois avancée pour limiter le champ de l'application de la procédure de révision spécifique. On s'aperçoit que l'Espagne, la Norvège et la Suisse, qui conçoivent très largement le domaine de la réforme, n'y font aucune allusion.

On observe aussi, en troisième lieu, que si les 5 Etats n'ont pas tous étendu la nouvelle révision au-delà de la matière pénale, aucun n'a introduit, dans le domaine retenu, de distinction en fonction de la gravité de la violation constatée.

On remarque enfin que la Suisse se distingue des 4 autres Etats en exigeant, au mépris du principe de subsidiarité de la réparation par équivalent⁷⁵⁸, que la révision soit le seul moyen d'assurer une réparation tandis que la Norvège se singularise d'une manière diamétralement opposée en permettant, grâce à un heureux mélange de l'autorité de la chose jugée et de l'autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg, de demander la révision non seulement dans les affaires ayant donné lieu à une condamnation mais également dans les affaires analogues.

Ces données de droit comparé européen des Droits de l'homme aideront à résoudre le cas français.

2 – Le cas français

En France, il existe plusieurs dispositions prévoyant la possibilité de réviser une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée : l'article 622 du Code de procédure pénale réserve, en son alinéa 4, l'hypothèse de la révélation d'un fait nouveau ou d'un élément inconnu de la juridiction au jour du procès, de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné ; l'article 620 du

⁷⁵⁶ Cf. B.F. JUNOD, *La Suisse et la C.E.D.H.* thèse Neuchâtel 1969 p. 163-164 ; D. SCHINDLER, *Die innerstaatlichen Wirkungen der Entscheidungen der europäischen Menschen rechtsorgane* Festschrift Max Guldener Zurich 1973 p. 275-276 ; G. MALINVERNI, *L'application de la C.E.D.H. en Suisse* Quinzième journée juridique, Mémoires Faculté de droit, Genève n° 49 Genève 1976 p. 42-45

⁷⁵⁷ Sur l'ensemble de la réforme V.J.F. POUDRET, *Le nouveau motif de révision prévu dans la loi fédérale d'organisation judiciaire à raison de la violation de la C.E.D.H.* Festschrift Oscar Vogel, Fribourg 1991 p. 201-216 ; J.F. POUDRET et S. SANDOZ-MONOD, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire* ed. Staempfli 1993 p. 43-53

⁷⁵⁸ J.F. POUDRET, *op.cit.* p. 212.

Code de procédure pénale permet au Procureur général près la Cour de cassation, agissant sur ordre du Ministre de la justice, de dénoncer à la chambre criminelle des actes judiciaires, arrêts ou jugements contraires à la loi afin de les faire annuler ; l'article 595 du nouveau Code de procédure civile admet un recours en révision dans un certain nombre de cas limitativement énumérés de découverte, après le jugement, de fraude, fausses pièces, pièces nouvelles, faux témoignages... Ces dispositions ne conduisent pas très souvent, en pratique, à annuler une décision définitive. Il est particulièrement douteux qu'elles puissent être d'une quelconque utilité après la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg. Deux raisons majeures justifient ce pronostic pessimiste. La première tient à l'impossibilité d'attribuer la qualification « de fait nouveau » à un arrêt de la Cour de Strasbourg. Déjà, en effet, la chambre criminelle a jugé qu'une interprétation nouvelle donnée par le juge administratif à des circonstances nouvelles ne constitue pas un tel fait⁷⁵⁹. La seconde, plus inquiétante, tient à l'hostilité hautement affirmée par la chambre criminelle dans ses arrêts *Kemmache* du 3 février 1993⁷⁶⁰ et *Saïdi* du 4 mai 1994⁷⁶¹ à toute influence d'un arrêt de condamnation de la Cour de Strasbourg sur la validité d'une procédure qui n'a même pas encore reçu l'onction du principe de l'autorité de la chose jugée.

Il ne faut donc pas beaucoup compter sur les juridictions judiciaires pour adapter les procédures de révision classiques aux exigences de la construction de l'ordre public européen. Comme le Conseil constitutionnel, qui se refuse à contrôler la conventionnalité des lois, devrait accomplir une véritable révolution copernicienne pour pouvoir affirmer comme le Tribunal constitutionnel espagnol que l'exécution d'une décision déclarée contraire à la C.E.D.H. par la Cour de Strasbourg est contraire à l'ordre constitutionnel, il faut bien se résoudre à s'en remettre à une intervention du législateur. Il pourrait ajouter au Code de procédure pénale un article inspiré de l'article 443 du Code de procédure pénale luxembourgeois, ayant à peu près cette tournure :

« Une demande de révision d'un jugement rendu par une juridiction répressive quelconque peut être introduite devant la chambre criminelle de la Cour de cassation par toute personne condamnée par une décision exécutoire, lorsqu'un arrêt de la Cour E.D.H. a établi que cette condamnation a été prononcée dans des conditions contraires à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales ou à ses Protocoles additionnels ».

Il serait dangereux de retenir les mêmes dispositions en matière civile car ce serait donner au requérant victime de la violation constatée par la Cour de Strasbourg un moyen trop énergique de porter atteinte à la sécurité juridique de son adversaire initial qui est le plus souvent un particulier privé de représentation dans la procédure européenne. En ce domaine, il vaudrait mieux réserver l'initiative de la demande de révision au Ministère public qui pourrait apprécier la situation en fonction de la gravité de la violation et de l'éventuelle tierce intervention de l'adversaire et qui par ailleurs pourrait demander la révision dans les litiges de droit privé opposant un particulier à l'Etat comme en matière d'état-civil. Le législateur pourrait donc ajouter au Nouveau Code de Procédure Civile un article susceptible d'être libellé comme suit :

« Le procureur général près la Cour de cassation peut demander la révision d'un jugement rendu par une juridiction civile quelconque lorsqu'un arrêt de la Cour E.D.H. a établi que cette décision a été prononcée dans des conditions contraires à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales ou à ses Protocoles additionnels ».

*

* *

⁷⁵⁹ Crim. 4 juin 1970 Bull. Crim. n° 186

⁷⁶⁰ Bull. Crim. n° 109.

⁷⁶¹ J.C.P. 1994.II.22349.

Addendum

A l'initiative de M. Jack LANG, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes vient d'ajouter au Code de procédure pénale un nouveau titre consacré au réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (articles 626-1 à 629-7 CPP). Cette innovation marque un progrès considérable pour assurer une diffusion plus efficace de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il convient donc de la saluer chaleureusement sans même prendre le temps d'ajuster les critiques techniques que sa formulation pourrait appeler. Décidemment, les choses changent très vite dans le bon sens et il n'est pas désagréable de paraître jouer les mouches du coche quand on avait cru au départ provoquer une pluie de quolibets et d'objurgations. Au demeurant, les propositions avancées dans cette étude conservent toute leur actualité puisque "l'amendement Lang" limité à une modification du Code de procédure pénale, néglige le volet civil de la révision qui était au cœur du sujet de cette recherche collective. Autrement dit, la réforme a eu l'immense mérite de nous amener au milieu du gué, mais il reste à fournir l'effort de passer de l'autre côté de la rivière qui fait obstacle à l'influence de la jurisprudence européenne sur le sort individuel des requérants qui ont victorieusement saisi la Cour de Strasbourg.

CONCLUSION

Entre le début et la fin de cette recherche, deux ans se sont écoulés. Pendant cette brève période plusieurs signes sont venus conforter l'hypothèse suivant laquelle la jurisprudence de la Cour E.D.H. est appelée à exercer une profonde influence sur le droit privé français.

Il faut tout d'abord souligner que, indépendamment de son interprétation par la Cour de Strasbourg, la C.E.D.H. elle-même est devenue, pour l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, le moyen de justifier les solutions les plus audacieuses de nature à bouleverser le fonctionnement des juridictions judiciaires statuant en référé⁷⁶² et celui des autorités administratives indépendantes⁷⁶³. Cette audace dans l'application de la convention par la formation la plus solennelle de la juridiction chargée d'assurer l'application uniforme du droit privé laisse augurer d'une attitude aussi progressiste à l'égard des arrêts de la Cour de Strasbourg ; attitude progressiste déjà adoptée d'ailleurs quand il s'agit, comme en matière de transsexualisme, d'arrêts condamnant la France⁷⁶⁴.

Il faut signaler aussi que la prise en compte de la jurisprudence de la Cour E.D.H. a fait des progrès spectaculaires grâce à une chambre de la Cour de cassation sur laquelle on fondait si peu d'espoir qu'elle avait été écartée du champ de notre recherche : la chambre sociale. Elle a commencé à emprunter "l'effet horizontal" de la C.E.D.H. pour diffuser l'article 8 dans les relations individuelles du travail par l'arrêt *Spileers* du 12 janvier 1999⁷⁶⁵. Deux jours plus tard, le 14 janvier, par un arrêt *Bozkurt*⁷⁶⁶, elle a reconnu l'autorité interprétative de ses arrêts puisque, pour casser une décision qui avait refusé à un étranger l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité, elle a spectaculairement appliqué d'office l'article 14 de la C.E.D.H. et l'article 1^{er} du Protocole n° 1 "**tels qu'interprétés par la Cour E.D.H.**".

Si les trois Chambres civiles et la Chambre commerciale faisaient, comme la Chambre sociale, leur "révolution de janvier" l'influence de la jurisprudence de la Cour E.D.H. sur le droit privé français serait décidément à compter parmi les mutations juridiques et institutionnelles les plus marquantes de ces cinquante dernières années. Tout laisse donc à penser que nous ne sommes pas arrivés à une conclusion mais à la fin de l'introduction d'un nouveau et passionnant chapitre du droit privé français.

⁷⁶² 4 novembre 1998 D.1999.1 rapport BURGELIN. A propos de cet arrêt V. l'importante chronique de M.A. FRISON-ROCHE, L'impartialité du juge D.1999.53.

⁷⁶³ 5 février 1999 J.C.P. 1999 éd. II.957 note E. GARAUD.

⁷⁶⁴ Cass. Ass. plén. 11 décembre 1992, JCP 1993, II, concl. JEOL, note G. MEMETEAU.

⁷⁶⁵ Précité.

⁷⁶⁶ D.1999.334 note Jean MOULY et Jean-Pierre MARGUENAUD.

BIBLIOGRAPHIE

R. ABRAHAM : Le juge administratif français et la Cour de Strasbourg, *in* P. Tavernier (Dir.) *Quelle Europe pour les Droits de l'homme ?*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1996.

E. AGOSTINI : La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom, D. 1973, Chr., p. 313.

T. AFSCHRIFT et A. ROMBOUITS : Le contribuable et les Droits de l'homme, *in* La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des Droits de l'homme, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994.

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA : L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français, Bib. Dr. Pub., LGDJ, Paris, 1998.

J. ARRIGHI DE CASANOVA : Conclusions sous CE, Ass 24 octobre 1997, Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom, RFDA 1998, p 61.

B. AUDIT : Droit international privé, Economica, Paris, 2^{ème} éd., 1997.

C. AUTEXIER : Introduction au droit allemand, PUF Coll. Droit fondamental, Paris, 1997.

J-L AUTIN et F. SUDRE : La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour E.D.H., RFDA, 1996, p. 777.

H. BATIFFOL et P. LAGARDE : Traité de droit international privé, Tome II, LGDJ 7^{ème} éd., Paris, 1983.

O. BEAUD : Les derniers jours de Weimar, Descartes, 1997.

J. BEGUIN : Un texte à abroger : la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères, Mélanges Champaud, Dalloz, Paris, 1997, p. 1.

V. BERGER : Jurisprudence de la Cour E.D.H., 6^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1998.

BERTRAM : Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und ihre Auswirkung auf die deutsche Rechtsprechung, Rapport présenté au 5^o congrès de la "Deutschen Richterakademie", 1969 p. 9.

Th. BONNEAU : Communication de pièces et secret bancaire, Rev. dr. banc. 1995, p. 94.

L. BORNHAUSER-MITRANI : Droits fondamentaux et vie économique, Thèse Paris II, 1997.

J. BOULOUIS : A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés Européennes, Mélanges Waline, p 149.

M. BOUTET : La liberté d'expression publicitaire selon l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : D. 2000, p. 26.

S. BRACONNIER : Droit administratif et Convention européenne des Droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1997.

P. BRAUD : La notion de liberté publique en droit français, Thèse, LGDJ, Paris, 1968.

F. BUCHER : Vers un progrès des droits de la défense devant la COB, Rev. sociétés 1997, p. 481.

J.F. BURGELIN et A. LALARDRIE : L'application de la Convention par le juge judiciaire français : Mélanges Pettiti, Bruylant 1998, p. 145.

M. CAPELLETTI : Le pouvoir des juges, *Economica*, PUAM, 1990, p.30.

J. CARBONNIER :

- La question du divorce, Mémoire à consulter, D. 1975, Chron. 115.

- "Droit civil. La famille, PUF Coll. Thémis, Paris, 17^{ème} ed. 1997.

R. CARRE de MALBERG : Théorie générale de l'Etat, Sirey, 1922.

J. CASEY : Droits successoraux de l'enfant adultérin : condamnation de la France par la Cour E.D.H., R.J.P.F. 2000, p. 24.

R. CASSIN : Y a-t-il des vices cachés dans la Convention ?, Revue des Droits de l'homme 1970, p. 719.

A. CHAMOULAUD-TRAPIERS : La possession du nom patronymique, D. 1998, Chr., p. 39.

M.P. et G. CHAMPENOIS : La preuve judiciaire de la maternité : quelques aspects de son évolution depuis la loi du 3 janvier 1972, in *L'avenir du droit*, Mélanges à l'honneur de F. TERRE, op. cit., p. 493 et 494.

R. CHAPUS : Droit administratif général, 11^{ème} éd, Montchrestien, Paris, 1997.

M. CLIQUENNOIS et alii : La Convention européenne des Droits de l'homme et le juge français : Vademecum de pratique professionnelle, L'Harmattan, 1997.

G. COHEN-JONATHAN :

- Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour E.D.H., *Liber Amicorum* Marc-André Eissen, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, p 48.

- La Convention Européenne des Droits de l'homme, *Economica*, Paris, 1989.

- La place de la Convention européenne des Droits de l'homme dans l'ordre juridique français, in *Le droit français et la Convention européenne des Droits de l'homme* op. cit. p. 1.

COMITE DIRECTEUR POUR LES DROITS DE L'HOMME : La convention européenne des Droits de l'homme : instauration d'une procédure de révision au niveau national pour faciliter la conformité avec les décisions de Strasbourg, Doc H-92-1.

L. CONDORELLI : Article premier du premier protocole additionnel, in L.-E Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, (Dir.), *La convention européenne des Droits de l'homme*, *Economica* 1995.

A. DECOCQ : Le désordre juridique français, in *Mélanges J. Foyer*, P.U.F. 1997, p. 162.

R. DE GOUTTES :

- Le juge français et la Conv. E.D.H., R.T.D.H. 1995, p. 605.
- La Convention Européenne des Droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge? *in* F. Sudre (Dir.) Le droit français et la Convention européenne des Droits de l'homme - 1974-1992, Actes du Colloque de Montpellier, Engel 1993, p. 49.
- Le juge judiciaire français et la Convention européenne des Droits de l'homme : avancées et réticences, *in* P. Tavernier (dir.), Quelle Europe pour les Droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 217

F. DEKEUWER-DEFOSSEZ : Rénover le droit de la famille, Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, La documentation française, 1999.

M. DELMAS-MARTY : Le rôle du juge européen dans la renaissance du *jus commune*, Mélanges Ryssdal, Editions Carl Heymanns Verlag 1999.

Y. DESDEVISES : L'abus du droit d'agir en justice avec succès, D. 1979, chr. 21.

E. DEZEUZE : La réforme de la procédure de sanction administrative de la Commission des opérations de bourse, JCP 1997, éd. E, I, 709.

H. DIPLA : La responsabilité de l'Etat pour violation des Droits de l'homme, Paris, Pédone, 1994.

P. DOURNEAU-JOSETTE : Les acteurs économiques, le juriste d'affaires et la Convention européenne des Droits de l'homme, Dalloz affaires 1998, p. 610.

G. DRAGO : L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois, PUAM Economica, 1991.

A. DRZEMCZEWSKI :

- Commentaire *in* L-E Pettiti, E. Decaux, Ph. Imbert (Dir.) La Convention européenne des Droits de l'homme, Economica, 1995.
- L'exécution des décisions dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'homme *in* La protection des Droits de l'homme dans le cadre international, Strasbourg 29-31 mai 1997, p 42.
- Aspects de la mise en oeuvre d'une sauvegarde collective des Droits de l'homme en droit international *in* La Convention européenne, Mélanges Fernand Dehousse, Paris-Bruxelles, 1979 p 193.

B. du GRANRUT : Faut-il accorder aux citoyens le droit de saisir le Conseil Constitutionnel ? RDP 1990 n° 2, p 309 et s.

P. DUFOUR : Nouveau statut des magistrats : indépendance et responsabilité, LPA 17 décembre 1999, p. 3-4, LPA 14 mars 2000, p. 15.

L. DUGUIT : Traité de droit constitutionnel, Broccard, 3^{ème} éd., 1928, t 2.

O. DUPEYROUX : La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit, Mélanges Marty, p. 463.

P-M. DUPUY : Droit international public, Précis Dalloz, 1995.

M-A. EISSEN :

- L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et la jurisprudence de la Cour E.D.H." in Conseil constitutionnel et C.E.D.H. 1990.
- La Convention européenne des Droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour in René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber III, Paris, Pédone, 1971 p. 155-156.

C. EMERI, C BIDEGARAY : La Constitution en France de 1789 à nos jours, Armand Colin 1997.

R. ERGEC : De la communication du dossier de l'instruction à la doctrine de la chose interprétée, J.T 1989, p 397.

P. ESTOUP : La convention européenne des Droits de l'homme et le juge français, Gaz. Pal. 1990, 1, Doct. 110.

M. FABRE : L'application de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juges nationaux, Petites Affiches 2 août 1996, p. 4.

M. FABRE et A. GOURON-MAZEL : C. E. D. H., Application par le juge français, 10 ans de jurisprudence, Paris, Litec, 1998.

F. FERRAND : La convention européenne des Droits de l'homme et la Cour de cassation française, Rev. int. dr. comp. 1995, p. 691.

G. FLATTET : Le nouveau droit suisse de la filiation, RIDC 1977, 675.

J.-F. FLAUSS :

- De la renonciation à la publicité des débats judiciaires dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'homme, Petites Affiches n° 130/1991, p. 20.
- La Convention européenne des Droits de l'homme, une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires, R.J.D.A. 1995, p. 524, n° 14 et s.
- Les questions préjudicielles et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, Thèse Strasbourg 1976.

P. de FONTBRESSIN : L'effet horizontal de la Convention européenne des Droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations, in Liber amicorum Marc-André Eissen, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1995, p. 157.

C. FRANCK : Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel, LGDJ 1974.

M.A. FRISON-ROCHE : L'impartialité du juge D.1999.53.

F. FURKEL :

- Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne, RTD Civ. 1998, p. 818.
- La réforme du nom, RTD Civ. 1995, p. 697.

W. GANSHOF VAN DER MEERSCH :

- La garantie des Droits de l'homme et la Cour européenne de Strasbourg, JT 1982, p 107.

-Aspects de la mise en oeuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'homme en droit international, La Convention européenne, Mélanges Fernand Dehousse, Paris-Bruxelles, 1979 p. 193 et s.

E. GARAUD :

- Clause de mobilité assortie d'une contrainte domiciliaire : la Cour de cassation se réfère à la C.E.D.H. pour définir les critères de validité de la stipulation, Revue juridique Personnes et Famille, 1999-3.

- Bien utiliser les articles 6 et 7 de la C.E.D.H. devant les tribunaux : Themexpress, ed. F. Lefebvre 2000.

- La violation d'un droit fondamental, in Lamy Droit du contrat 1999, sous la direction de B. FAGES, Etude n° 245.

E. GARCIA de ENTERRIA : Valeur de la jurisprudence de la Cour E.D.H. en droit espagnol, protection des Droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. Wiarda 1988.

Y. GAUDEMET : Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction, RFDA 1990 n° spécial : La dualité des juridictions en France et à l'étranger, bicentenaire de la loi des 16 24 août 1790, p. 78.

B. GAVALDA : La doctrine éclatée, in Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin, éd. Dalloz, 1999, p. 45.

F. GENY : Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, LGDJ 1919.

P. GEORGIN : La liberté du choix du nom de famille des deux époux, RTDH 1995, p. 57.

Ph. GERBAY : Les clauses de remboursement forfaitaire des frais de recouvrement judiciaire, D. 1978, Chr. p. 93.

J. GHESTIN : Rapport de synthèse in Le rôle de la pratique dans la formation du droit, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome XXXIV, Economica 1983, p. 4.

J. GHESTIN et B. DESCHE : Traité des contrats : la vente, LGDJ 1990.

J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN : Traité de droit civil : introduction générale, 4^{ème} éd. LGDJ 1994.

H. GILLIAMS : note sous l'arrêt de la Cour de Cassation belge du 18 mai 1983. R.W. 1984-1985 col 801.

M. GOBERT :

- Le nom ou la redécouverte d'un masque, JCP 1980, I, 2966.

- Préface à la thèse de N. MOLFESSIS, Le conseil constitutionnel et le droit privé. LGDJ 1997, p. XIX.

H. GOLSONG : Das Rechtssystem der EMRK, Karlsruhe 1958.

G. GOUBEAUX : Les Personnes, L.G.D.J., 1989.

A. GOURON MAZEL : La Cour de cassation face à la Convention européenne des Droits de l'homme, JCP 1996, I, 3937.

B. Du GRANRUT : Faut-il accorder aux citoyens le droit de saisir le Conseil Constitutionnel?, RDP 1990 p 309.

C. GREWE : La question de l'effet direct de la Convention et les résistances nationales, la situation dans les autres pays *in* P. Tavernier (Dir.) Quelle Europe pour les Droits de l'homme?, Bruylant 1996, p 149.

M. GRIMALDI :

- Droit civil Successions, 5^{ème} éd. Litec 1998.

- Patronyme et famille : l'attribution du nom, Defrénois 1987, art. 34117.

S. GUINCHARD : Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? *in* Mélanges Farjat Credéco, Nice 1999.

Y. GUYON :

- Droit des affaires, Tome 2 (Entreprises en difficultés - Redressement judiciaire - Faillite), Economica, 6^{ème} éd. 1997.

- L'inaliénabilité en droit commercial, *in* Mélanges Sayag, Litec 1997, p. 267.

- La transparence dans les procédures collectives : Petites Affiches 21 avril 1999, p. 8.

J. HAUSER :

- obs. RTD Civ. 1996, p. 580.

- obs. RTD Civ. 1994, p. 563

M. HUYETTE : Le contradictoire en assistance éducative : l'indispensable réforme de l'article 1187 du NCPC, D. 1998, Chron. p. 218.

G. ISAAC : Droit communautaire général, 5^{ème} édition, A. Colin, 1996.

P.-H. IMBERT : L'application de la C.E.D.H. par les juridictions supérieures, Réunion sous l'égide du Conseil de l'Europe, Paris les 19-20 décembre 1996, inédit.

M.-L. IZORCHE : Réflexions sur la distinction, *in* Mélanges MOULY, Tome 1, Litec 1998, p. 53.

F. G. JACOBS : The European Convention on Human Rights, Oxford 1975.

O. JACOT-GUILLARMOD : Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la C.E.D.H., L-E Pettiti, E. Decaux, Ph. Imbert (Dir.) La Convention européenne des Droits de l'homme, Economica, 1995.

B. JADAUD : Le droit de préemption du Trésor est-il mort ?, JCP 1994, éd. N, Doc. p. 825.

Ch. JAMIN : Chronique de droit des obligations, JCP 1995-I 3958.

L. JAUME : L'individu effacé, Fayard, 1997.

M. JEOL : Conclusions sur Ass. Plén 11 décembre 1992, JCP 1993 II 21991.

Ph. JESTAZ :

- A propos du nom patronymique : diagnostic et pronostics, RTD Civ. 1989, p. 269.

- L'égalité et l'avenir du droit de la famille, in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRE, Dalloz 1999, p. 417.

O. JOUANJAN : La théorie allemande des droits fondamentaux, AJDA 1998, n° spécial Les droits fondamentaux.

B.F. JUNOD : La Suisse et la C.E.D.H., Thèse Neuchâtel 1969.

E. KASTANAS : Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour E.D.H., Bruxelles, Bruylant, 1996.

A. KISS : Préface de l'ouvrage Droits de l'homme en France : dix ans d'application de la Convention européenne des Droits de l'homme devant les juridictions judiciaires françaises, Engel 1985.

G. KOUMANTOS : Le nouveau droit de la famille en Grèce, Rev. Hell. Dt. Int. 1982-1983, p. 14.

R. KOVAR : L'autorité des arrêts et des résolutions des organes de protection, Revue des Droits de l'homme 1973, p 685.

E. KRINGS : Le pouvoir judiciaire et la procédure de faillite, Journal des tribunaux, 1986, p. 465, n° 15.

H. LABAYLE : L'éloignement des étrangers devant la Cour E.D.H., RFDA 1997 p. 977.

E. LAFERRIERE : Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 1, 2^{ème} éd., Berger-Levrault, 1896.

C. LALAUT : Le contrat et la Convention européenne des Droits de l'homme, Gaz. Pal. 1999, 1, Doc. 554.

E. LAMBERT : Les effets des arrêts de la Cour E.D.H., thèse, Strasbourg 1998.

P. LAMBERT : Préface à l'ouvrage de D. Spielmann : L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'homme entre personnes privées, éd. Nemesis 1995.

H. Le BERRE : Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'Etat et Tribunal des Conflits) BDP, Tome 204, LGDJ, 1999.

G. LEBRETON : Libertés publiques et Droits de l'homme, A. Colin, 3^{ème} éd. 1997.

P. LE CANNU : Le principe de contradiction et la protection des dirigeants : Bull. Joly 1996, p. 11.

C. LECLERE : Réflexions sur l'incidence de la C.E.D.H. sur le droit des affaires, Dr. Et Patrimoine, sept. 1999, p. 67.

A. LEFEBVRE-TEILLARD : Introduction historique au droit des personnes et de la famille, P.U.F, 1996.

Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET : Droit de la responsabilité, Dalloz action, 2^{ème} éd. 1998.

R. LINDON : La nouvelle disposition législative relative à la transmission du nom, D. 1986, p. 267.

R. LINDON et D. AMSON : Une gestation difficile du nom d'usage, D. 1986, Chr., p. 82.

Cl. LOMBOIS : Introduction au droit civil, Droit des personnes et des biens, Les cours de droit 1996-1997.

E. LOQUIN : Clauses dissuasives des litiges, J. Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 135.

Ph. MALAURIE : La jurisprudence combattue par la loi, Mélanges R. Savatier, Dalloz 1965, p. 603.

G. MALINVERNI : L'application de la C.E.D.H. en Suisse, 15^{ème} journée juridique. Mémoires de la Faculté de droit de Genève n°49 Genève 1976.

J-P. MARGUENAUD :

- La C.E.D.H., Dalloz coll. Connaissance du droit 1997.

- Le juge judiciaire et l'interprétation européenne, *in* L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'homme, Actes du colloque organisé par l'I.D.E.D.H. à Montpellier du 13 au 14 mars 1998, éditions Bruylant, 1998.

- L'influence de la Convention européenne des Droits de l'homme sur le droit français des obligations, *in* Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées nationales de l'Association Henri Capitant (Lille 1996), LGDJ 1997.

- Observations à la RTD Civ. depuis 1996.

G. MARTY et P. RAYNAUD : Droit Civil , Introduction générale à l'histoire du droit, Sirey 1972

B. MAURER : De quelques questions posées par les handicapés physiques à la Convention européenne des Droits de l'homme, RTDH 1999, p. 600.

P. MAYER :

- L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux Droits de l'homme, *in* M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac (dir.) Libertés et droits fondamentaux, Introduction, textes et commentaires, Paris, Seuil, 1996, p. 260.

- Droit international privé, Montchrestien, 6^{ème} ed. 1998.

M. MAYMON-GOUTALOY : De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des Droits de l'homme, D. 1985, Chron. 211.

J. MESTRE :

- L'influence de la Convention européenne des Droits de l'homme sur le droit français des obligations, European Review of private law, 1994, p. 31 à 45.

- L'abus du droit de recouvrer sa créance, Mélanges P. Raynaud, éd. Dalloz 1985, p. 439.

- M.C. MEYZEAUD-GARAUD** : Un principe de la C.E.D.H. pour neutraliser les répudiations marocaines : l'égalité entre époux, Revue Droit de la famille, septembre 1998.
- M. MIAILLE** : Une introduction critique au droit, PUG Maspéro.
- N. MOLFESSIS** : Le Conseil constitutionnel et le droit privé, L.G.D.J. 1997.
- J. MOULY et J.-P. MARGUENAUD** : Du bon usage du principe européen de proportionnalité, note au Dalloz 1999, p. 334.
- J. MORANGE** : Droits de l'homme et libertés publiques, PUF Coll. Droit fondamental, 5^{ème} éd. 2000.
- M.L. NIBOYET** : De la spécificité de la protection internationale des droits de l'homme en matière économique, RTD com. 1999, p. 351.
- NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, A. PELLET** : Droit international public, 6^{ème} éd. 1989, LGDJ.
- H. PAULIAT** : Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour E.D.H., RDP 1995 p. 1445.
- S. PERRAKIS** : Le juge grec et la Cour de Strasbourg *in* P. Tavernier (Dir.) Quelle Europe pour les Droits de l'homme?, Bruylant 1996, p 171.
- L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT** (sous la direction de) : La Convention européenne des Droits de l'homme, commentaire article par article, Economica, 2^{ème} éd. 1999.
- Ch. PETTITI** : L'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'homme et la protection du domicile du salarié, Travail et protection sociale, 1999, Chronique 6.
- E. PICARD** : La Convention européenne des Droits de l'homme, commentaire article par article op cit p. 592.
- M. PIRET** : Egalité et non discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Cassation, *in* Egalité et non-discrimination, Anvers 1991, p. 117-133
- M. PIVET** : Les principales réformes modifiant les droits patrimoniaux des enfants illégitimes en droit anglais, RIDC 1986.
- J. POLAKIEWICZ** : La mise en oeuvre de la C.E.D.H. en Europe de l'ouest : aperçu du droit et de la pratique nationaux, RUDH 1992 p. 359.
- J-F POUURET** : Le nouveau motif de révision prévu dans la loi fédérale d'organisation judiciaire à raison de la violation de la C.E.D.H., Festschrift Oscar Vogel Fribourg 1991.
- J-F POUURET et S. SANDOZ-MONOD** : Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, éd Staempfli 1993.

C. PRINCE : La condition juridique de l'enfant adultérin en Europe, Mémoire de DEA de droit privé général et européen, 1999, Limoges.

E PUTMAN : L'incidence du droit communautaire en droit privé français, RRJ 1997, p. 445.

J. RAYMOND : L'article 1 du Protocole additionnel et les rapports entre particuliers, Mélanges G. Wiarda, Cologne 1988, p. 531.

Th. RENOUX : Le droit au recours juridictionnel, JCP éd. G 1993, I, 3675.

J.F. RENUCCI :

- Droit européen des Droits de l'homme, LGDJ, Paris, 1999.

- Le droit des affaires, domaine nouveau du droit européen de l'homme, Dr. et Patrimoine, sept. 1999, p. 64.

G. RESS : Effets des arrêts de la C.E.D.H. en droit interne et pour les tribunaux nationaux, Actes du 5^{ème} colloque international sur la Convention européenne des Droits de l'homme Francfort 9-12 avril 1980, Paris 1982 p 235-313.

J. RICHARD de la TOUR : Le libre choix du domicile du salarié et le contrat de travail, RJS 2/1999.

F. RIGAUX :

- L'interprétation judiciaire d'une norme empruntée à un autre ordre juridique. A propos des arrêts du 21 janvier 1982 *in Liber Amicorum Frederic Dumon*, Anvers 1983 p 1203-1216.

- La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Bruylant LGDJ 1990.

- Le nouveau droit de la filiation à l'épreuve des Droits de l'homme, RTD belge, Tome XLVII 1987, p. 379.

- Interprétation consensuelle et interprétation évolutive, *in* L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'homme, Actes du Colloque organisé par l'IEDH à Montpellier du 13 au 14 mars 1998, éd. Bruylant, 1998.

- La jurisprudence belge après l'arrêt *Marckx*, Revue critique de jurisprudence belge, 1984, p. 11.

- Le droit successoral des enfants naturels devant le juge international et le juge constitutionnel, RT.D.H. 1992, p. 215 et s.

G. RIPERT : Les forces créatrices du droit, LGDJ, 2^{ème} éd. 1955.

J. RIVERO :

- Les libertés publiques, Tome I, Les Droits de l'homme, PUF, Thémis, 3^{ème} éd. 1981

- La protection des Droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, Mélanges Cassin, Pedone 1972

J.-H. ROBERT : La dépenalisation. Arch. philo. dr., Tome 41, Sirey 1997, p. 191.

J. RODEVILLE-HERMANN : L'évolution des fonctions du principe d'autorité de chose jugée dans les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice des Communautés Européennes, RDP 1989 p. 1735.

H. ROLAND ET BOYER : Adages du droit français, Paris, Litec, 3^{ème} éd..

H. ROLIN : L'autorité des arrêts et des décisions des organes de la Convention européenne des Droits de l'homme, *Revue des Droits de l'homme*, 1973 p 729-746.

J.R. ROSSEL : L'effet horizontal des droits fondamentaux et son application en droit médical, publication de l'Association suisse de droit médical, 1988.

R. RYSSDAL : Le système de mise en oeuvre instauré par la Convention européenne des Droits de l'homme, intervention au cours du symposium en l'honneur du Pr Schermers, Leyde, 7 octobre 1994.

C. SAINT-ALARY-HOUIN : Le droit de préemption. LGDJ 1979.

F. SARDA : Les responsabilités des juridictions, PUF, *Que Sais-je ?* 1999.

A. SAUVIAT-CANIN : L'autorité judiciaire et les décisions du Conseil constitutionnel, Thèse Limoges, 1993.

A. SAYAG et J. HILAIRE : Conclusion, *in* *Quel droit des affaires pour demain ?* Essai de prospective juridique, Litec 1984.

D. SCHINDLER : Die innestaatlichen Wirkungen der Entscheidungen der europäischen Menschenrechtsorgane". *Festschrift Max Guldener* Zurich 1973.

O. De SCHUTTER :

- La coopération entre la C.E.D.H. et le juge national, *Revue belge de droit international*, 1997-1
- La cause significative de la C.E.D.H." *Annales de la Faculté de droit de Louvain* 1994-4.

A. SOUPHAR-ASHWORTH : Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987, *RDP* 1990, p 1439.

J.-Cl. SOYER : La loi nationale et la Convention européenne des Droits de l'homme *in* *Mélanges J. Foyer* PUF 1997, p. 125.

D. SPIELMANN :

- Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention, *in* *L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'homme*, Actes du colloque organisé par l'I.D.E.D.H. à Montpellier des 13 et 14 mars 1998, éditions Bruylant 1998
- L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'homme entre personnes privées, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 49.

F. SUDRE :

- Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des Droits de l'homme, *R.T.D.H.*, 1995, p. 363.
- L'influence de la Convention européenne des Droits de l'homme sur l'ordre juridique interne, *R.U.D.H.* 1991, p. 259.
- Les grands arrêts de la Cour E.D.H., PUF, *Que Sais-je ?* 1997.
- De quelques interrogations sur l'évolution du mécanisme européen de garantie des Droits de l'homme, *in* *Perspectives de droit international et européen*, Recueil à la mémoire de G. Apollis, Paris, Pédone, 1992, p. 113.
- Droit international et européen des Droits de l'homme, 3^{ème} et 4^{ème} éd. PUF 1997 et 1999.

- L'onde de choc de l'article 6 de la C.E.D.H. en matière fiscale, sous cass com 29 avril 1997, JCP 1997, II 22935.

F. SUNDBERG et de C. GREWE : Quelle Europe pour les droits de l'homme ?, p. 109, p. 149-157.

F. TERRE et Y. LEQUETTE : Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 10ème éd.

I. THERY : Couple, parenté et filiation, édit. O. Jacob, La documentation française, 1998.

A. TISSERAND : L'enfant adultérin : Chronique d'une mort annoncée, J.C.P. 1993, N. 53

M. TROPER :

- L'interprétation de la Déclaration des droits, l'exemple de l'article 16, Droits , n° 8 1988 p. 111.

- Pour une théorie juridique de l'Etat, Léviathan, PUF 1994.

D. TURPIN : Contentieux constitutionnel, PUF collection Droit fondamental, 2° éd. 1994.

J. VAILHE : L'application de la Convention européenne des Droits de l'homme et de sa jurisprudence par les juridictions judiciaires françaises, R.T.D.H.. 1999, p. 325.

J.-L. VALLENS :

- Droit de la faillite et Droits de l'homme, RTD Com. 1997, p. 567.

- La réforme des procédures collectives : du bon usage du droit comparé, Petites Affiches 18 septembre 1998, p. 14.

J. VAN COMPERNOLLE : Considérations sur la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux de la justice en droit belge, Justices n°5 Janvier-mars 1997 p 49.

F. VANGEEBERGHE : La Convention européenne des Droits de l'homme, *in* La protection internationale des Droits de l'homme, Presses universitaires de Lyon, 1981, p. 17.

B. VAREILLE : Etude critique de l'article 760 du Code civil, R.T.D.Civ. 1991 p.475

C.

Ph. VEGLERIS : Préliminaires à la méthodologie des Droits de l'homme, *in* René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber – III, Méthodologie des Droits de l'homme, Paris, Pédone, 1969.

J. VELU :

- A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la C.E.D.H. : vues de droit comparé sur des évolutions en cours *in* Nouveaux itinéraires en droit, mélanges Rigaux, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 527

- Conclusions sur l'arrêt de la Cour de Cassation belge du 27 janvier 1987 J.T. 1987 p. 440.

- La Convention européenne des Droits de l'homme, Bruylant 1990, n° 89.

J. VELU, R. ERGEC : La Convention européenne des Droits de l'homme, Bruylant Bruxelles 1990.

M. VERDUSSEN : La Convention européenne des Droits de l'homme et le juge constitutionnel, *in* La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des Droits de l'homme, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles 1994, p. 17, p. 59.

M. VERDUSSEN et DEPRE S. : Le dénouement européen de l'affaire du pilotage des bâtiments de mer dans l'estuaire de l'Escaut, *Rev trim. drh.* 1996 p. 587.

Ch.-L. VIER : Les risques de dévalorisation de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme, *in* Convention européenne des Droits de l'homme et droit communautaire, Actes du colloque du 18 juin 1987, Paris, La documentation française, 1988, p. 59.

J. VIGUIER :

- La participation des citoyens au processus de contrôle de la constitutionnalité de la loi dans les projets français de 1990 et de 1993, *RDP* 1994 p 965.

- L'influence de la Convention européenne des Droits de l'homme sur l'ordre juridique interne, *Revue universelle des Droits de l'homme*, 1991, p 259-274.

J. VOYAME : Nul n'est censé ignorer la jurisprudence, quelques considérations sur la publication des décisions de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l'homme, *in* La protection des Droits de l'homme : la dimension européenne, Carl Heymanns, Verlag, 1988, p. 677.

Ph. WAQUET : Perspectives ouvertes par la Convention *in* Convention européenne des Droits de l'homme et droit communautaire, Documentation française 1988, p. 65.

M. WALINE : Vers un reclassement des recours du contentieux administratif?, *RDP* 1935 p 205.

G.J. WIARDA : Quelques réflexions sur le caractère spécifique de la jurisprudence relative à la Convention européenne des Droits de l'homme, *in* Remise des Mélanges, Protection des Droits de l'homme : la dimension européenne, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1988.

G. WIEDERKERH : L'application des dispositions de la Convention intéressant le droit privé, *in* Droits de l'homme en France : Dix ans d'application de la Convention européenne des Droits de l'homme devant les juridictions judiciaires françaises. Engel 1985, p. 139.

A. ZANGHI : La protection des Droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, Mélanges Cassin Pedone 1972.

INDEX ALPHABETIQUE

Abus du droit d'ester en justice, 111
Accusation en matière pénale, 85, 89
Anthropomorphisme juridique, 84, 109
Assistance éducative, 72
Associations, 23, 59, 99
Astreinte, 135, 136
Autorité de chose interprétée, 6, 7, 10 à 25, 33, 34, 36 à 44, 81
Autorité de chose jugée, 7, 8, 21, 25, 108, 131, 132, 136, 137, 138, 140, 142, 143
Autorité jurisprudentielle, 7, 8, 11, 12, 13, 15, 16, 21
Autorité politique, 18, 22, 23
Auto-saisine d'une juridiction, 111
Bail, 99, 103, 104, 114
Baux commerciaux, 99, 114
Cautionnement, 90, 114
Clause de mobilité, 104
Clause pénale, 115
Comité des Ministres, 11, 12, 21, 36, 37, 42, 67, 131, 132, 137, 141, 142
Commerçant étranger, 114
Commissaire aux comptes, 85
Commission des opérations de bourse, 85, 92, 93, 97, 98
Conseil de la concurrence, 85
Conseil d'Etat, 10, 13, 14, 15, 29, 32, 33, 34, 38, 84, 146, 149
Contentieux objectif – contentieux subjectif, 18,
Contrôle politique, 20
Convention européenne des droits de l'homme, trop souvent citée pour être répertoriée
Cour de cassation, 2, 10, 14, 17, 32, 42, 64 à 105, 109, 112, 115, 117, 125, 138, 140, 141, 143, 145, 149, 150
Cour européenne des droits de l'homme, trop souvent citée pour être répertoriée
Décision déclaratoire, 7, 17, 26, 131, 136
Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, 133
Déclaration universelle des droits de l'homme, 28
DéTECTIVES privés, 116
Déni de justice, 24, 115
Diffamation, 74
Discrimination, 59, 84, 92, 114, 118, 119, 122, 126, 127, 130
Divorce, 78, 79, 123, 124, 147
Domicile, 84, 99, 104
Drittwirkung, 51, 102
Droit à la vie, 50, 56, 74, 109, 110, 114
Droit au respect des biens, 71, 83, 97, 112, 116, 126
Droit au respect de la vie privée et familiale, 50, 54, 55, 56, 60, 70, 71, 78, 79, 84, 99, 101, 102, 103, 104, 116, 122, 124
Droit communautaire, 16, 18, 58, 150, 153, 156
Droit de disposer à titre gratuit, 125, 126, 127
Droit de préemption, 80, 97
Droit de prélèvement, 125, 129 et s.
Droit de recevoir à titre gratuit, 117, 125, 126, 127, 129

Effectivité, 17, 19, 31, 42, 44, 46, 47, 48, 52, 53, 55, 59, 61, 102, 105, 110
 Effet direct, 50, 51, 54, 56, 60, 96, 102, 103
 Effet horizontal, 48, 50, 51, 54, 56, 60, 96, 102, 103
 Enfant adultérin, 70, 71, 125 à 129
 Faillite personnelle, 80, 88, 89, 95, 98, 111
 Filiation naturelle, 117
 Fiscalité, 80, 86, 100, 113
 Garantie à première demande, 116
 Impartialité, 10, 15, 38, 44, 74, 76, 93, 95, 96, 98, 111, 140
 Impôts directs et indirects, 86, 100
 Inaliénabilité, 116
 Indivision, 113
 Inéligibilité, 95
 Ingérence passive, 88
 Interprétation évolutive, 27, 35, 82, 102
 Jurisprudence civile, 66, 104
 Jurisprudence commerciale, 79 et s., 86
 Légalité des délits et des peines, 89
 Libéralités, 71, 111, 117, 124, 125, 130
 Liberté d'association, 23, 33, 50, 51, 59, 99, 105, 113, 136
 Liberté contractuelle, 96, 103
 Liberté d'expression, 33, 50, 88
 Matière civile (notion), 86, 108, 129, 141, 143
 Marge d'appréciation, 60, 61, 106, 127, 132
 Monisme, 7
 Motivation des décisions de justice, 112
 Nationalité des sociétés, 84, 109
 Nom patronymique, 120 à 123
 Nom d'usage, 121, 122
 Obligations positives, 48, 50, 51, 54, 55, 58, 60, 61, 96, 102, 103, 115
 Ordre public européen, 22, 105, 114, 132, 133, 134; 136, 137, 138, 139, 140, 141, 143
 Personnalité des peines, 98
 Personnes morales, 23, 37, 48, 83, 84, 98, 109
 Pouvoir d'injonction, 44
 Pouvoir prétorien, 24, 29, 30, 31, 76, 88, 102
 Présomption d'innocence, 41, 59, 97, 98
 Principe de non discrimination, 14, 71, 123
 Procédures collectives, 90, 92, 111
 Procès équitable, 23, 50, 57, 58, 59, 65, 73, 84, 85, 87, 89, 92, 93, 100, 111, 112, 131
 Prospective juridique, 108 et s.
 Proportionnalité, 60, 61, 78, 106, 112, 116, 132
 Publicité commerciale, 88
 Publicité des débats, 14, 67, 76, 79, 86, 88, 100, 112, 113
 Renvoi préjudiciel ou question préjudicielle, 25, 38, 40, 133
 Répudiation, 73, 79,
 Responsabilité de l'Etat du fait des magistrats, 42, 44
 Responsabilité internationale de l'Etat, 42, 43, 57 à 60, 102, 136
 Restitutio in integrum, 131, 134, 135
 Révision ou réouverture, 8, 37, 40, 41, 42, 47, 89, 108, 109, 116, 131 à 144
 Révocation ad nutum des dirigeants sociaux, 87

Sanctions administratives, 97
Sanction disciplinaire, 74
Sanctions fiscales, 86, 113
Satisfaction équitable, 22, 26, 36, 43, 131, 135, 136
Secret bancaire, 100
Sécurité juridique, 30, 41, 57, 138, 139, 143
Sida, 72, 140
Sociétés commerciales, 84, 87, 88, 94, 98, 109
Syllogisme judiciaire, 82
Théorie de l'inhérence, 55
Théorie de l'inprévision, 116
Transsexualisme, 20, 32, 77, 117, 145
Tribunal (notion), 87
Vente, 90, 92, 97, 113
Vie privée, 50, 54, 55, 56, 60, 70, 71, 78, 79, 84, 99, 101 à 104, 116, 122, 124, 155

Liste des principales ABREVIATIONS

A.C.C.I.J.	Avis consultatif de la Cour Internationale de Justice
A.I.J.C.	Annuaire international de justice constitutionnelle
A.J.D.A	Actualité juridique de droit administratif
B.G.B.	BürgerlichesGesetzBuch
Bull.	Bulletin
C.A.	Cour d'arbitrage ou Cour d'appel
C.A.A.	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation belge
Cass. Ass. plén.	Cour de cassation (française), Assemblée plénière
Cass. civ.	Cour de cassation (française), Chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation (française), Chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation (française), Chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation (française), Chambre sociale
C.C.	Conseil constitutionnel
C. civ.	Code civil
C.D.E.	Cahiers de droit européen
CE	Conseil d'Etat
CE Ass	Assemblée du Conseil d'Etat
C.E.D.H.	Convention européenne des droits de l'homme
Chr.	Chronique
C.I.J.	Cour internationale de Justice
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
C.O.B.	Commission des opérations de bourses
Coll.	Collection
Com. E.D.H.	Commission européenne des droits de l'homme
Concl.	Conclusions
Cour E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
C.P.I.J.	Cour permanente internationale de justice
D.	Dalloz
D.A.	Droit administratif
Doc.	Doctrine
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
G.D.J.D.A..	Grandes décisions de la jurisprudence, Droit administratif
I.R.	Informations rapides
J. Cl.	Jurisclasseur
J.C.P.	Jurisclasseur périodique, édition générale
J.C.P. Ed. E.	Jurisclasseur périodique, édition entreprise
J.C.P. Ed. N.	Jurisclasseur périodique, édition notariale
J.D.I.	Journal de droit international
J.O.A.N. (C.R.)	Journal officiel Assemblée Nationale (Comptes-Rendus)
J.T.	Journal des tribunaux
J.T.D.E.	Journal des tribunaux, Droit européen
L.P.A.	Les Petites Affiches
N.C.P.C.	Nouveau Code de procédure civile
Ord.	Ordonnance
Pas.	Pasicrisie

Quot. Jur.	Quotidien juridique
R.A.	Revue administrative
R.C.D.I.P.	Revue critique de droit international privé
R.D.P.	Revue de droit public et de science politique
Rec.	Recueil Lebon
Res. D.H.	Résolution, droit de l'homme
Rev. Dr. Banc	Revue de droit bancaire
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.J.D.A.	Revue jurisprudentielle de droit des affaires
R.J.F.	Revue de jurisprudence fiscale
R.J.P.F	Revue juridique Personne et famille
R.R.J.	Droit prospectif, Revue de la recherche juridique
R.T.D. belge	Revue trimestrielle de droit belge
R.T.D. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen
R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
R.U.D.H.	Revue universelle des droits de l'homme
Somm.	Sommaires commentés
T.A.N.U.	Tribunal administratif des Nations Unies
T.G.I.	Tribunal de Grande Instance