

## Conférence sur « L'entreprise et les droits fondamentaux »

26 novembre 2009

---

Emmanuel PIWNICA (E.P.) : La conférence qui va suivre ouvre le cycle des « Jeudis de la Société de législation comparée » dont le thème est « l'entreprise et les droits fondamentaux ». Je tiens à remercier très chaleureusement le président du Conseil constitutionnel qui nous accueille ce soir puisque sans le concours du Conseil constitutionnel cette conférence, ce cycle ne pourrait avoir lieu. Je suis également très heureux d'accueillir une assistance aussi nombreuse, composée de membres du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, à commencer par son vice-président, de magistrats de la Cour de cassation, de professeurs d'université, d'avocats aux conseils, d'avocats : bref, je ne sais pas si c'est le lieu, le sujet ou les orateurs mais il y a un attrait certain ce soir pour la rue de Montpensier.

« L'entreprise et les droits fondamentaux » : tel est donc le thème choisi par la section « droit des affaires » de la Société de législation comparée pour ce cycle. Thème ambitieux, complexe, voire irréaliste diront certains. Pourquoi choisir l'entreprise : toutes les personnes, physiques, morales, de droit public ou privé ont des droits ; a fortiori des droits susceptibles d'être fondamentaux – et on acceptera même en cette enceinte cette qualification préférée à celle de droits garantis par la Constitution... législation comparée oblige ! Sujet de droit, l'entreprise a donc des droits fondamentaux mais elle est également susceptible de méconnaître ceux d'autrui. Ce sont ces particularités qui vont nous servir de fil directeur dans ce cycle ; mais à ce stade, il ne m'appartient pas d'en dire davantage puisque c'est le thème de la conférence de ce soir.

Conférence qui regroupe 3 intervenants.

Christophe Jamin présidera la séance ; civiliste de son état, ce professeur de droit est directeur de l'école de droit de Sciences Po. Mais ce n'est pas par goût du paradoxe qu'a été choisi un civiliste pour introduire ce cycle, en ce lieu. Vous pourrez le constater. Le Conseil constitutionnel est ouvert, notamment au droit civil ; le président Debré le rappelait encore, il y a quelques instants : la présence du professeur Jamin en est une illustration. Et non des moindres.

À ses côtés, le professeur Denys de Béchillon, professeur à l'université de Pau, constitutionnaliste émérite, a notamment siégé au sein du Comité Ballardur, puis du comité Veil. Et le professeur Jean-Pierre Marguénaud, professeur à la faculté de droit de Limoges, spécialiste de la Convention européenne des droits de l'homme en particulier et des droits fondamentaux en général.

Mais je donne immédiatement la parole à notre président de séance, le professeur Jamin.

**Christophe JAMIN (C.J.) :** Monsieur le président, je vous remercie de votre invitation. Je remercie aussi le président du Conseil constitutionnel de nous accueillir en ces lieux à la fois prestigieux et magnifiques, mais je tiens tout de suite à vous dire que ma présence ce soir est à la fois incongrue et instructive.

Ma présence est d'abord incongrue car, vous l'avez dit, je suis civiliste, du moins de formation, et il faut bien reconnaître que les civilistes ne sont guère férus de droits fondamentaux. Je les lis très régulièrement et je sais que beaucoup d'entre eux sont absolument convaincus que ces droits, au mieux, ne servent à rien...

Prenons un exemple qui nous permettra d'emblée d'entrer dans le vif du sujet. Pourquoi, ai-je lu sous la plume d'une de mes collègues, fallait-il recourir à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, comme ce fut le cas dans un arrêt de la Cour de cassation du 12 juin 2003, pour annuler la clause d'un bail commercial qui faisait obligation au preneur d'adhérer à une association de commerçants – dont l'objet était de promouvoir un centre commercial dans lequel exerçait le commerçant en question – et de maintenir son adhésion pendant la durée du bail, alors que la Cour de cassation aurait pu se borner à viser l'article 4 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet de 1901, tel qu'interprété par cette même Cour ? Bien plus, puisqu'il s'agissait d'un montage contractuel à la base, pourquoi, ai-je encore lu, ne pas avoir eu recours à la bonne vieille théorie de la cause, illicite ou absente, voire à la violation de l'ordre public, en visant le seul article 6 du code civil ?

Voilà donc le genre de propos qu'on peut lire assez régulièrement sous la plume des civilistes.

Mais il y a pire. Le recours à la logique des droits fondamentaux, qui nous fait raisonner en termes de balance des intérêts et de contrôle de proportionnalité, rendrait le droit- je cite ici un civiliste de grand renom, Philippe Rémy-, purement rhétorique, favoriserait les décisions d'espèce et diluerait la règle de droit... La méthode serait – je cite Philippe Malaurie dans un article publié en 2002 – « celle du cas par cas, circonstance par circonstance, appréciée de façon

minutieuse, ce qui [ferait] un droit compliqué, fragmenté et éclaté, une poussière de nombreux droits subjectifs, sans véritable règle générale ». Et nous nous souvenons encore du mot fameux du doyen Carbonnier parlant, dans son essai « Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République » publié en 1996, de « la pulvérisation du droit en droits subjectifs », pulvérisation due à l'exaltation permanente des droits de l'homme !

En d'autres termes, la logique des droits fondamentaux remettrait en cause l'ordonnancement du droit civil, un droit civil de professeurs qui, depuis les premières années du xx<sup>e</sup> siècle, se déclinerait en autant de théories générales, dont on sait que l'une des vertus est la cohérence. Bref, les droits fondamentaux seraient non seulement inutiles, mais encore nuisibles et néfastes, ce qui fait toujours sourire mon voisin de droite, Jean-Pierre Marguénaud, qui dénonce ce travers des civilistes au fil des chroniques régulières qu'il consacre à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans la Revue trimestrielle de droit civil, dont je salue ce soir le directeur en la personne de Philippe Jestaz.

Parce que je suis un civiliste, ma présence serait donc incongrue... Elle est néanmoins – vous disais-je en introduction – instructive, parce que je suis tout de même là !

Je dois cette présidence, me semble-t-il, à un long article consacré au droit des contrats saisi par les droits fondamentaux, que j'ai publié en 2009 dans un ouvrage collectif intitulé « Repenser le contrat », article qui a eu l'heur d'intéresser le président Piwnica. Qu'ai-je constaté en rédigeant ce trop long article ? Qu'un spécialiste de droit des contrats – qui fait le quotidien des avocats et des juristes d'entreprise – ne pouvait plus faire l'impasse sur les droits fondamentaux, leur substance et la méthode d'analyse qu'ils charrient.

Il y a maintenant près de quinze ans, en 1996, Jean-Pierre Marguénaud, lors d'un colloque consacré au renouvellement des sources du droit des obligations, avait tenu un propos très prospectif. Il avait parlé, plus spécialement à propos de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme, d'une influence potentiellement considérable mais difficilement évaluable.

Le temps a changé depuis quinze ans. Si l'on regarde, par exemple, la jurisprudence de la Cour de cassation, on s'aperçoit que les hauts magistrats qui la composent font parfois application de la Convention, en particulier lorsqu'il s'agit d'éradiquer certaines clauses contractuelles. Les civilistes se souviennent ainsi d'un arrêt précurseur de 1996 par lequel la Cour de cassation avait jugé qu'une clause d'un bail d'habitation ne pouvait avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches, le tout sur le fondement de l'article 8-1 de la Convention européenne relatif au droit au respect de la vie privée et familiale.

Il arrive aussi que la Cour de cassation se montre tout à fait rétive à la logique même de la Convention européenne, surtout quand il s'agit de mettre à charge des contractants des obligations qu'ils n'avaient pas envisagées au moment de la conclusion du contrat, ce qui nous a valu en particulier un célèbre arrêt de 2006 dont la motivation continue à me plonger dans des abîmes de perplexité : « la liberté religieuse, pour aussi fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licite la violation des dispositions d'un règlement de copropriété ».

Mais nous avons eu un exemple tout à fait emblématique de cette résistance avec plusieurs arrêts du 8 juillet 2008 rendus à propos de l'article L. 442-6-III du code de commerce, article qui intéresse directement notre sujet puisqu'il permet au ministre de l'Économie d'agir en nullité de certaines clauses contractuelles et de demander la répétition de l'indu. Le tout à propos de contrats dits de coopération commerciale conclus entre fournisseurs et grands distributeurs. À la suite d'une action exercée par le ministre de l'Économie, certains fournisseurs s'étaient prévalus d'une violation de l'article 6 de la Convention en soutenant, en substance, que le droit d'agir en justice avait pour corollaire celui de ne pas agir et que l'action menée par le ministre heurterait ce droit fondamental puisque ces fournisseurs allaient – contre leur gré – subir les effets de son action, les clauses de leur contrat étant potentiellement annulables. La Cour de cassation a retenu que l'action du ministre était autonome et destinée à garantir l'ordre public de direction, en l'occurrence la protection du marché, et que donc l'invocation de l'article 6 était hors de propos.

Je ne suis pas certain que cette manière de raisonner fasse grand cas de la logique propre à la Convention, qui s'intéresse de près aux effets concrets produits par tel ou tel comportement. En effet, même si l'action exercée par le ministre est qualifiée d'autonome, même si elle relève de l'ordre public de direction, elle produit ses effets très concrètement dans le patrimoine des fournisseurs et, pour cette raison même, je ne vois pas que l'article 6 soit hors jeu. Je pense au contraire que la prise en compte de la logique charriée par la Convention – qu'on peut résumer à un triptyque : l'atteinte au droit fondamental qui a été repérée s'appuie-t-elle sur une loi, cette loi poursuit-elle un but d'intérêt général et existe-t-il un rapport de proportionnalité entre les moyens utilisés et la fin recherchée ? – ne permet plus d'utiliser l'ordre public économique comme un couteau suisse qui offrirait aux États toute une gamme d'instruments propres à leur permettre de mener la politique qu'ils entendent.

Nous en avons un exemple tout à fait extraordinaire avec l'arrêt pilote, rendu en 2006 par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Hutten-Czapska c. Pologne*, à propos de la législation polonaise en matière de baux d'habitation. En substance, la Grande chambre de la Cour a remis en cause la législation polonaise,

en considérant que la charge financière pesant sur les bailleurs au regard du profit qu'ils tiraient de la location de leurs biens, portait atteinte au fameux article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 de la Convention.

Avec cet exemple, nous pouvons penser que l'utilisation des droits fondamentaux par certains acteurs est potentiellement susceptible de remettre en cause des pans entiers de politiques publiques qui intéressent plus spécialement les entreprises. Et cela d'autant plus que celles-ci sont ce qu'on appelle des *repeat players*, autrement dit des acteurs qui ont les moyens de revenir plusieurs fois devant les mêmes juridictions, ce qui finit inmanquablement par faire bouger les lignes...

Je crois que les entreprises commencent à en prendre conscience. Il ne s'agit pas seulement pour elles de respecter les droits fondamentaux de leurs partenaires, de leurs salariés ou encore de leurs fournisseurs. Il s'agit aussi pour elles de se prévaloir de droits fondamentaux à leur bénéfice, étant entendu que les personnes morales sont titulaires de tels droits, thème sur lequel nous reviendrons dans quelques instants.

Il me semble en outre que l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en droit français peut accentuer ce phénomène et produire des effets que je ne suis pas loin de qualifier d'absolument dévastateurs.

Je ne sais pas, néanmoins, s'il s'agit là du bon terme car, en employant celui-ci, j'ai l'impression d'être le civiliste classique attaché à ses théories générales. Je crois qu'au lieu de parler d'effets dévastateurs, qui présuppose un état stable actuel, il faut plutôt se dire que nous entrons dans un autre monde, auquel beaucoup de juristes ne sont pas encore acclimatés, spécialement quand ils ont été formés au droit privé. Et cela aussi bien dans les rapports horizontaux, c'est-à-dire entre partenaires commerciaux, que dans les rapports verticaux, qui touchent aux relations entre les entreprises et l'État.

C'est pour débattre de cette hypothèse, que certains considéreront comme étant fort classique et déjà dépassée, que, Monsieur le président, vous avez décidé de nous convier à un débat avec mes deux collègues et grands amis, Jean-Pierre Marguénaud et Denys de Béchillon, qui sont effectivement les deux vrais spécialistes de la matière.

Jean-Pierre Marguénaud devrait parler essentiellement de la Convention européenne des droits de l'homme et Denys de Béchillon de cette nouveauté qu'est l'introduction dans notre droit de la question prioritaire de constitutionnalité, de sa coordination avec la Convention européenne des droits de l'homme, de la manière dont les acteurs vont pouvoir modifier, orienter, développer leurs stratégies en fonction de cette nouveauté...

Jean-Pierre MARGUÉNAUD (J.-P. M.) : Bonsoir à tous et à chacun. Merci à mon ami Christophe Jamin de m'avoir invité après avoir supporté depuis 12 ans avec beaucoup d'indulgence, en même temps que Philippe Jestaz dont je salue à mon tour la présence, mes interventions un petit peu provocatrices à la Revue trimestrielle de droit civil. Je remercie le président Piwnica de m'avoir invité et de me permettre de rencontrer Denys de Béchillon à qui je suis reconnaissant d'avoir bien voulu accepter de s'embarquer sur le même navire que moi, navire qui sera peut-être une galère.

Je me souviens avec beaucoup d'émotion qu'à l'issue d'un colloque organisé il y a quelques années, un collègue mi-pénaliste, mi-civiliste, était venu me présenter ses confraternelles salutations en me disant : « cher collègue, c'était déjà une épreuve de vous lire, ce fut un supplice de vous entendre ». Ce n'était pas dit méchamment, mais avec beaucoup d'élégance, parce que le droit de la Convention européenne des droits de l'homme est agaçant, déconcertant, mal perçu, mal connu. Un exemple très récent de cette méconnaissance du droit de la Convention date de quelques jours : dans l'édition datée du 19 novembre d'un journal qui paraît en début d'après-midi, il y avait en première page une réaction aux affirmations de monsieur le bâtonnier Charrière-Bournazel suivant lequel la garde à vue à la française était contraire à la Convention et qui avait invoqué au soutien de sa démonstration des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme contre la Turquie. Il y était affirmé que, contrairement à la Cour de justice des communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme n'est qu'un organe consultatif dont la jurisprudence ne s'impose pas aux États. Il a fallu que le président de cette véritable juridiction internationale, Jean-Paul Costa, fasse publier une correspondance trois ou quatre jours après, pour rectifier cette affirmation erronée. Alors que nous sommes pratiquement en 2010 et que la France est soumise à la juridiction de la Cour de Strasbourg depuis bientôt 30 ans, il est quand même effarant de lire de telles inepties en première page d'un journal de si haute tenue. C'est dire s'il y a du travail à faire pour que les Français et pas seulement les civilistes qui nourrissent une aversion particulière envers la Convention européenne des droits de l'homme, cessent d'être étrangers au droit qui s'applique dans leur propre pays. Je crois que cette méconnaissance du droit de la Convention européenne des droits de l'homme est un phénomène culturel qui concerne un petit peu tout le monde.

On a généralement l'impression que la Convention européenne des droits de l'homme, quand on en parle, n'est pas grand-chose, que l'on peut trouver dans nos codes à peu près l'équivalent de ce qu'il y a dans le texte et que s'il n'existait pas, on pourrait se satisfaire de ce qui figure déjà dans le code civil, dans le code pénal et ailleurs. Or la Convention européenne des droits de l'homme, ce n'est pas que le texte : c'est aussi et désormais surtout l'imposante interprétation évolutive dont

elle a fait l'objet par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a tendance à changer le sens des mots et des concepts qu'on utilise traditionnellement. Aussi les justiciables ont-ils intérêt à se reporter à l'interprétation de la Convention par la Cour pour faire déplacer un petit peu les lignes.

Dans ces conditions d'amplification et d'enrichissement continuels de son sens, je pense plutôt du bien de la Convention européenne des droits de l'homme. Certains ont dit que c'était un peu un fonds de commerce pour quelques-uns : j'ai tendance à croire que c'est surtout une sorte d'aiguillon, d'éveilleur de conscience juridique dont nous avons besoin pour nous débarrasser de nos archaïsmes et rester fidèles à nos vraies valeurs. Cela suppose l'apprentissage d'une technique qui passe par des concepts, des mécanismes un petit peu déroutants, par exemple, le principe de proportionnalité, les obligations positives, l'effet horizontal. Cela ne s'improvise pas, ça doit s'apprendre un petit peu en droit civil déjà, mais dans toutes les matières aussi, parce que, sauf à dénoncer la Convention européenne des droits de l'homme, comme l'avait instamment demandé dans l'effervescence du bicentenaire du code civil le regretté Jean Foyer dont la proposition ne semble plus rencontrer beaucoup d'écho, il va bien falloir que tous les juristes apprennent à vivre avec.

Les civilistes, comme les spécialistes du droit de l'entreprise, ont mis un petit peu de temps à se mettre au droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Il me semble même avoir remarqué que c'était un publiciste, le professeur Jean-François Flauss qui, dans un article publié en 1995, avait été le premier à soulever l'hypothèse suivant laquelle la Convention européenne des droits de l'homme serait une nouvelle interlocutrice pour le juriste de l'entreprise. Il y a donc du travail à faire. À ce stade, Denys de Béchillon veut-il réagir ?

**Denys de BÉCHILLON (D.B.) :** Non, tout est dit ! Autant que je m'en souviennne, certains étaient un peu fâchés de cette perspective. Leur idée était que, au départ, la Convention européenne des droits de l'homme avait surtout été construite pour empêcher que l'on torture les gens dans les arrière-cours des commissariats et que, finalement, l'entrée en scène de personnes morales, qui plus est à but lucratif, était une espèce de dérivation un peu perverse de l'objet de la Convention. Mais enfin, il a bien fallu s'y faire parce que cela a été la réalité de l'évolution.

**C.J. :** Je crois que très récemment, il y a 2 ou 3 ans, les éditions Francis Lefebvre ont publié un livre sur la Convention européenne des droits de l'homme et son utilisation en droit des affaires.

Mais peut-être peut-on s'interroger sur les personnes morales et la Convention européenne des droits de l'homme, parce que l'un des points de départ de nos interrogations tient à l'usage que font les personnes morales de la Convention européenne des droits de l'homme.

J.-P. M. : J'étais venu pour cela... La première question est donc de savoir si les droits fondamentaux sont applicables aux personnes morales. Cela ne fait pas l'ombre d'un doute puisque l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme, consacrant le droit de recours individuel, qui est l'originalité du système, nous dit que la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation d'un des droits garantis par la Convention. C'est donc par l'appartenance à la catégorie « organisation non gouvernementale » que toutes les personnes morales, à l'exception de celles qui participent à l'exercice de la puissance publique, peuvent saisir la Cour européenne des droits de l'homme et invoquer tous les droits garantis par la Convention. Le droit au respect des biens, garanti par l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1, est même expressément reconnu aux personnes morales : toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens, indique en effet le texte. C'est une originalité de la Convention européenne des droits de l'homme parce que peu d'instruments protecteurs des droits de l'homme consacrent un droit économique comme le droit au respect des biens et par cette entrée-là, les personnes morales, les entreprises, ont accès à l'un des droits les plus souvent appliqués par la Cour européenne des droits de l'homme.

Mais il y a plus et mieux, ou plus inquiétant, dans la perspective de Jean-François Flauss rappelée à l'instant par Denys de Béchillon. Il y a toute une série de droits auxquels les personnes morales peuvent aussi prétendre, mais qui sont plus adaptés aux personnes physiques. Or, au fil du temps toute une série d'arrêts ont étendu aux personnes morales, aux *entreprises*, ces droits que l'on pensait plutôt réservés aux personnes physiques.

Il y a, à ce titre, un arrêt que l'on pourrait presque qualifier d'emblématique, c'est l'arrêt *Comingersoll SA c. Portugal* du 6 avril 2000. C'était une affaire un petit peu complexe, comme beaucoup, à propos d'une société qui, en possession de huit lettres de change, n'était toujours pas arrivée à se faire payer au bout de 17 ans ½. Elle avait alors saisi la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant une violation de l'article 6 qui exige que l'on soit jugé dans un délai raisonnable. Sur cette question du délai raisonnable, la Cour n'a pas hésité à constater qu'il y avait une violation, ce qui n'est pas d'une grande originalité. L'arrêt est particulièrement intéressant, en revanche, sur le plan de la réparation, de la satisfaction équitable sanctionnant ce constat de violation. En effet, à ce titre,



la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas hésité à réparer le préjudice moral d'une personne morale. On relève dans l'arrêt des formules qui sont tout à fait étonnantes, par exemple celles qui affirment que dans une certaine mesure, l'angoisse et les désagréments soufferts par les membres des organes de direction de la société avaient constitué un préjudice moral. Pour une personne morale, pourtant caractérisée par son insensibilité, le préjudice moral cela peut donc exister aux yeux des juges européens sous forme d'atteinte à la réputation mais aussi d'angoisse. Il y a effectivement de quoi avoir peur.

Dans le prolongement de cet arrêt *Comingersoll*, il y en a beaucoup d'autres mais il y en a un particulièrement important et intéressant ; il concerne la France : *Sociétés Colas Est et autres* du 16 avril 2002. Il s'agit d'une affaire qui se rapportait aux entreprises de travaux publics. On s'était rendu compte que, dans ce secteur, peut-être des pratiques n'étaient pas tout à fait convenables du point de vue de l'attribution des marchés publics. La Direction générale de la concurrence et de la répression des fraudes avait, par conséquent, diligenté une enquête massive et s'était présentée dans je ne sais plus combien d'entreprises de travaux publics, à leur siège social, pour saisir des milliers et des milliers de documents sans y avoir été autorisée par le juge, ce qui n'était pas encore prévu à l'époque, et, bien entendu sans l'autorisation des dirigeants de la société. La question s'est posée de savoir si les personnes morales, les entreprises en question, pouvaient se plaindre d'une atteinte au droit au respect de leur domicile, tel qu'il est garanti par l'article 8 de la Convention. La question était particulièrement intéressante, parce qu'elle avait déjà été posée à la Cour de justice des communautés européennes quelques années auparavant, dans un arrêt *Hoechst* le 21 septembre 1989 et plus directement encore au TPI dans une affaire *Limburgse* le 20 avril 1999. Or les juridictions communautaires avaient dit non, on ne peut pas étendre la protection du domicile à la protection du siège social des personnes morales.

La Cour européenne des droits de l'homme s'est écartée de cette position-là en faisant valoir que la notion de « domicile » suivant la version française de la Convention européenne des droits de l'homme, était beaucoup plus large que celle du *home* de la version anglaise. Ce point est peut-être un peu anecdotique, mais il mérite sans doute quelques secondes d'attention dans la mesure où, en France, on a une petite tendance à dire que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sait faire toujours la part belle aux anglo-saxons. Vous savez sans doute que les deux versions officielles de la Convention sont le français et l'anglais. Il serait intéressant de faire une étude très approfondie des premiers arrêts qui ont donné les premières interprétations des articles de la Convention. On s'apercevrait sans doute alors que lorsqu'il y a eu hésitation entre le sens français et le sens anglais, presque deux fois sur trois la Cour a retenu le sens français. C'est particulièrement exact pour le domicile qui est beaucoup plus large que *home* et

c'est la raison pour laquelle la Cour a considéré qu'on pouvait consacrer, au titre de l'article 8, le droit au respect du domicile des personnes morales, au nom d'une conception évolutive du droit de la Convention qui doit s'adapter aux conditions d'aujourd'hui.

D.B. : J'ai peu à dire à ce sujet, sauf peut-être dans cette maison pour rappeler un point : la reconnaissance de la latitude que les personnes morales ont de pouvoir invoquer les droits fondamentaux n'est pas une invention de la Cour européenne des droits de l'homme – qui l'a formalisée, si je ne m'abuse, dans son arrêt Sténuit en 1992. Le Conseil constitutionnel avait dit en gros la même chose, au moins depuis 1982, puisque c'est l'un des fondements de la décision relative aux nationalisations que d'avoir reconnu l'applicabilité naturelle des droits fondamentaux aux entreprises. D'une certaine façon, il n'eut pas été concevable qu'il en aille autrement. Même sans reconnaissance formelle, grâce à l'interprétation adroite qui a été donnée de dispositions expresses de la Convention européenne des droits de l'homme, on n'aurait pas pu imaginer de ne pas reconnaître de droits fondamentaux aux personnes morales, tout simplement parce que cela aurait privé les personnes physiques de droits médiats qu'elles détiennent à partir du moment où elles sont propriétaires ou maîtresses des personnes morales : leur droit aux biens, leur liberté d'entreprendre et surtout leur liberté de s'associer. Ce sont des personnes physiques que l'on protège d'abord lorsque l'on protège les personnes morales qu'elles ont constituées.

J.-P. M. : Nous sommes tout à fait d'accord ! Nous le serons peut-être un peu moins à propos de la question sur laquelle on reviendra tout à l'heure : pour faire respecter leur droit de propriété, les entreprises peuvent-elles saisir le Conseil constitutionnel ?

D.B. : ... Aujourd'hui ? Enfin, dans trois mois ? La réponse est oui... Une fois passés les épisodes du filtrage sur lesquels je reviendrai probablement, il n'y a aucun doute...

C.J. : Les personnes morales peuvent incontestablement se prévaloir de la Convention européenne des droits de l'homme, mais vous m'avez dit vouloir aussi aborder immédiatement un sujet, qui tient à l'importance de la procédure et au rôle que celle-ci peut jouer en la matière. Peut-être faut-il suivre l'ordre que nous nous étions fixés ?

J.-P. M. : Oui, il faut s'y résoudre. Les questions de procédure : c'est par là que tout commence, car combien de requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme échouent-elles pour des questions de procédure ? Juste quelques chiffres : il y a devant la Cour chaque année, 45 000 à 50 000 nouvelles requêtes individuelles par an ce qui donne actuellement un arriéré de 100 000.

D.B. : Et des délais de jugement incompatibles avec les exigences que la Cour inflige à toutes les autres juridictions.

J.-P. M. : C'est problématique, il est vrai. Sauf à faire observer qu'il existe une sélection entre les affaires plus importantes et les autres. Par exemple, dans les années 1990, il y avait des affaires extrêmement douloureuses concernant la contamination par le VIH que la Cour avait jugé définitivement en dix ou onze mois parfois moins comme dans l'affaire *Karakaya* où, saisie le 13 avril, elle s'était prononcée le 26 août 1994. Elle sait quand même faire le tri pour identifier les affaires prioritaires qui seront examinées dans des délais compatibles avec leur gravité. Il faudrait dire aussi, mais on ne peut pas entrer maintenant dans les détails, que nous sommes en pleine phase de réaménagement du système par le protocole additionnel n° 14, qui, à partir du 1<sup>er</sup> juin 2010, date de son entrée en vigueur enfin rendue possible par la ratification de la Russie, permettra de mettre en place de nouvelles règles de fonctionnement de nature à accélérer la procédure européenne. Peut-être des questions viendront-elles sur ce point d'actualité, parce qu'il n'y a pas que l'introduction tonitruante d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, il y a aussi la modification en cours du système de la Cour européenne des droits de l'homme...

S'agissant de l'actuelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme, il y a un certain nombre de conditions qui sont, comme vous le savez, l'épuisement des voies de recours internes et le respect du délai de six mois. L'autre condition est que l'affaire ne soit pas manifestement mal fondée, c'est-à-dire qu'elle ait quelque rapport avec un des droits garantis par la Convention. Avec ces conditions auxquelles le Protocole n° 14 va ajouter celle d'existence d'un préjudice important, environ 92 % des requêtes sont déclarées irrecevables chaque année. Aussi, pour tout justiciable, pour tout requérant et à commencer par les entreprises, y a-t-il intérêt à bien savoir comment le système fonctionne.

Deux points à préciser peut-être. Le premier, tout à fait original, permet à tout requérant, y compris aux entreprises, d'utiliser la procédure dite de la tierce intervention, prévue par l'article 36 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette procédure permet à tout intéressé, qui n'est pas partie au litige, de

demander au président de la Cour européenne des droits de l'homme de se faire inviter dans une affaire qui l'intéresse pour faire valoir ses observations écrites et même pour participer au débat, s'il y a un débat, ce qui n'est pas toujours le cas, dans les affaires qui vont devant la Cour. C'est assez original, parce que tout le monde peut, *a priori*, se faire inviter pour donner son point de vue et pour essayer d'influencer l'arrêt de la Cour.

Pour le droit de l'entreprise, l'affaire *Hatton c. Royaume Uni*, relative aux nuisances sonores de l'aéroport d'Heathrow, est un exemple assez intéressant d'utilisation de cette technique. Il y a eu deux arrêts, un arrêt de chambre du 2 octobre 2002, par lequel le Royaume-Uni avait été condamné avec cette considération suivant laquelle en matière de droit de l'environnement, la marge d'appréciation des États doit être particulièrement restreinte. Il y a eu renvoi devant la Grande Chambre et la *British Airways*, qui n'était pas partie au litige mais était singulièrement intéressée par ce qui allait être décidé, s'était fait inviter au titre de la procédure de tierce intervention. L'arrêt de Grande Chambre, cela arrive rarement mais c'est arrivé cette fois-là, a, au moins sur le terrain de l'article 8, complètement inversé la solution de la chambre en précisant que la marge d'appréciation des États en matière d'environnement n'était pas étroite comme l'avait dit la chambre mais devait, au contraire, être considérée comme particulièrement large.

Je ne serai pas du tout étonné que la tierce intervention de la *British Airways* ait pesé dans cette inversion de solution et je pense que beaucoup d'entreprises, beaucoup de sociétés, comme de l'autre côté beaucoup d'associations, au courant de cette procédure tout à fait originale et particulière, pourraient avoir leur mot à dire dans des affaires qui ne les intéressent pas directement mais qui pourraient avoir des retentissements sur leur activité.

D.B. : Il me semble que vient d'être soulevée l'une des questions les plus intéressantes derrière son aspect technique. C'est celle de l'intérêt que peuvent avoir à participer à la discussion une entreprise ou une série d'entreprises lorsque la décision que prendra le juge va commander le sort d'une règle de portée générale. À partir du moment où vous avez la possibilité de faire abroger une loi, à partir du moment où vous êtes en situation de faire annuler un décret de portée générale, à partir du moment où vous êtes en situation de stimuler le revirement d'une jurisprudence – c'est-à-dire toutes les hypothèses dans lesquelles la règle a un potentiel d'application *erga omnes*, et où le jugement de cette règle a exactement le même potentiel et le même périmètre d'application que la règle elle-même, il faut se demander qui sont les intéressés à la discussion contentieuse. Et réfléchir aux conséquences qu'il convient d'en tirer.

Il est évident que l'on pourrait adopter une lecture formaliste de ce problème en disant que, à partir du moment où les acteurs, quels qu'ils soient, n'ont pas le statut d'une partie au procès, il faut les ignorer souverainement. Cela a été longtemps pratiqué un peu partout de cette manière là. Mais il n'est pas interdit de faire un petit effort de réalisme et de se dire que le tissu économique et peut-être, quelquefois, le tissu social, ont une sorte de vocation naturelle à participer à une discussion qui, au sens large du terme, les intéresse parce qu'elle commande la vie ou la mort des normes qui s'appliquent à eux.

Ce point fait l'objet d'un assaut d'inventivité de la part des entreprises. Cette maison est très souvent assaillie du côté de ce qu'on appelle les portes étroites c'est-à-dire qu'elle est rendue destinataire de mémoires d'intervention généralement rédigés à l'initiative de grandes entreprises – et quelquefois même par des professeurs de droit – pour défendre les intérêts qui sont les leurs, c'est-à-dire exposer la perception qu'elles ont du problème juridique posé devant le Conseil constitutionnel.

Les choses se présentent parfois un peu de la même façon devant les cours supérieures, comme la Cour de cassation. Peut-être un peu moins devant le Conseil d'État ? Le président Sauvé pourra peut-être nous en dire un mot tout à l'heure... Quoi qu'il en soit, il existe une tentation très forte, lorsque par exemple un revirement de jurisprudence est devenu concevable, que des acteurs divers souhaitent intervenir dans le débat. Je crois savoir, par exemple, que les éditeurs de cartes postales avaient inondé les magistrats de la Cour de cassation de dossiers extrêmement précis, pour expliquer leur point de vue sur le thème de l'image des immeubles.

Il faut considérer ce problème avec un certain pragmatisme. Cela me paraît extrêmement vertueux que les acteurs économiques puissent faire valoir leur point de vue à partir du moment où d'une part, cela se fait dans des conditions de relative lisibilité, de relative transparence et où cela ne se réalise pas dans une asymétrie trop épouvantable. L'asymétrie pourrait être celle, par exemple, des moyens financiers des grandes entreprises auxquels on opposerait l'absence de moyens financiers des personnes physiques ordinaires devant une seule et même loi, surtout si ces dernières n'ont aucun support collectif auquel s'adosser.

Dans le cadre du groupe de travail Molfessis sur les revirements de jurisprudence, nous avons commencé à élaborer des stratégies un peu ambitieuses, mais riches, qui auraient pu consister par exemple en ce que la Cour, s'interrogeant sur la vraisemblance d'un revirement de jurisprudence, avant même de statuer, dise, par exemple sur son site internet, qu'elle est effectivement en situation de réflexion sur l'opportunité d'un revirement. Cela permettrait que la Cour se rende disponible à recevoir la contribution au débat de qui voudra, c'est-à-dire dans des conditions d'égalité statutaire absolue entre les intéressés de tous ordres. Pourquoi pas ?

Vous me direz peut-être que, procéduralement, cela pose un problème de protection des droits des « vraies » parties au procès, qui peuvent se sentir submergées. Il faudrait y réfléchir et chercher un point d'équilibre. Peut-être d'ailleurs que l'équilibre peut se trouver tout seul si la juridiction se décide à ne pas lire (tous) les mémoires extérieurs dont elle se trouverait bombardée de part et d'autre, ce qui suppose de ne pas les interdire mais de ne pas leur donner de statut « officiel » non plus...

Sérieusement, pourquoi ne pas considérer que le jugement sur la validité des règles générales intéresse le tissu social et économique au même titre que l'existence même des règles en cause ? Et si l'on admet cela, pourquoi refuser de voir que le juge est exposé à devoir s'interroger en conscience sur la légitimité et la pertinence de ces messages qu'il peut recevoir d'autres « intéressés » que les requérants eux-mêmes ?

Je trouve, pour ma part, légitimes et intéressantes, les interventions des tiers dans les litiges de droit objectif. Nous pestons tous les jours devant le fait que le législateur est mal informé sur l'impact de ce qu'il décide. Vous savez que l'on a quand même consenti quelques efforts en ce sens dans le cadre de la révision constitutionnelle. Mais on n'a pu aller très loin. Je crois d'ailleurs que l'on a bien fait parce qu'il y a des impacts qu'on ne sait pas évaluer. L'impact de la rétention de sûreté, par hypothèse, on ne peut pas l'évaluer sérieusement à titre préalable. La fabrication de la loi est un peu améliorée, mais on ne doit pas attendre de miracle sous ce rapport. Nous sommes et serons toujours opposés à l'impréparation de certaines lois et à la mauvaise appréciation de leurs effets collatéraux. Paradoxalement, un juge supérieur est placé devant le même problème lorsqu'il juge une règle générale. Et, pour cette raison, je trouve bon que l'on alimente sa réflexion : qu'on lui permette d'apprécier les choses au mieux. Je ne sais pas exactement sous quelle forme il convient de le faire. Mais mon sentiment est que ce débat devrait être rouvert.

C.J. : Puis-je intervenir ? Cela me fait penser à une discussion que j'ai eue un jour avec un juge de la Cour suprême des États-Unis qui me disait que sa Cour était envahie d'une littérature extraordinairement volumineuse, sophistiquée, intelligente, etc., mais qu'en définitive les juges n'en lisaient pas plus de 2 %... Mais... Jean-Pierre veut peut-être rebondir sur cette question ?

J.-P. M. : Sur cette question procédurale peut-être, parce qu'il y a un arrêt récent qui semble apporter des choses tout à fait novatrices. C'est un arrêt tellement récent, du 15 octobre 2009, qu'il n'est pas encore définitif. Je précise à nouveau que depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 11 en 1998, il existe une sorte

d'appel interne de chambres à grande chambre et il arrive quelquefois que l'on prenne pour définitif un arrêt qui n'est qu'un arrêt de chambre, qui dans un délai de trois mois peut faire l'objet d'une demande de renvoi devant une grande chambre. Je crois même que dans cette maison il y avait eu une petite « mal-interprétation » des règles de la procédure de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait conduit à prendre pour définitif un certain arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* relatif au foulard islamique, je n'insiste pas.

Donc cet arrêt-là n'est toujours pas définitif, mais ce qu'il énonce est déjà important. C'est l'arrêt *Union des cliniques privées de Grèce et a. c. Grèce* du 15 octobre 2009, qui, du point de vue de la procédure apporte un élément tout à fait important au regard de la condition d'épuisement des voies de recours internes. Il s'agissait d'une clinique privée ayant réussi à faire annuler une décision ministérielle qui plafonnait le tarif des actes des cliniques privées sans la moindre prise en compte du point de savoir si le tarif fixé assurait un minimum de rentabilité. Pour des raisons techniques et politiques, cet arrêt du Conseil d'État grec n'avait jamais été exécuté, ce qui fait que la clinique en question avait saisi la Cour européenne des droits de l'homme pour faire constater la violation de l'article 6 qui consacre le droit à l'exécution des décisions de justice. aux termes du célèbre arrêt *Hornsby c. Grèce* du 19 mars 1997.

Jusque-là, il n'y a rien de bien original. Ce qu'il y a de tout à fait particulier, en revanche, c'est que toutes les autres cliniques privées, également intéressées par l'exécution de l'arrêt qui commandait une modification de la tarification, ont saisi aussi la Cour européenne des droits de l'homme. La question était de savoir si elles pouvaient être considérées comme des victimes dans la mesure où elles n'avaient pas épuisé les conditions de voies de recours internes, n'ayant jamais été parties à l'instance nationale. Or, la Cour européenne des droits de l'homme, pour la première fois s'agissant de personnes morales de droit privé à but lucratif, a considéré que peu importait qu'elles aient été parties ou non au cours de la phase interne de la procédure puisque la solution et l'exécution de l'arrêt rendu en faveur d'une seule d'entre elles les intéressaient toutes dans leur activité quotidienne, si bien qu'elles pouvaient obtenir un constat de violation de l'article 6, elles aussi.

Il y a une morale dans cette affaire qui prouve bien que les entreprises doivent connaître les règles procédurales. Que demandaient, en définitive, ces cliniques privées ? Qu'on leur rembourse l'équivalent de la différence entre la réglementation et ce qui aurait dû être décidé pour leur permettre d'assurer la rentabilité. Or, sur ce point, la Cour ne leur a pas donné raison. Pourquoi ? Parce qu'elles avaient négligé de demander aux juridictions internes de chiffrer cette différence. Il faut donc être assez prudent devant les juridictions nationales et ne pas oublier que la condition d'épuisement des voies de recours interne commande d'invoquer

devant elles au moins en substance, les griefs que l'on pourrait invoquer un jour à Strasbourg.

D.B. : Oui, oui, prudent... Je voudrais réagir à ce que vient de dire Christophe Jamin : peu importe qu'il n'y ait que 2 % de lecture. Ce ne sera pas toujours le cas, et, surtout, l'important est que le juge puisse lire s'il veut, ce qui lui paraît mériter d'être lu. Il importe de savoir s'il se percevra comme plus légitime car ayant été mieux informé. Somme toute, il lui appartient de faire un peu son tri. Si certains documents présentent un intérêt aigu pour le sens de sa réflexion, il est bon qu'il en prenne connaissance. L'idée qu'il y ait une espèce de brouhaha de discussions juridiques autour des grands problèmes de validité des lois est plutôt une assez bonne vision d'une démocratie qui se juridicise et qui se civilise par la même occasion. Mais c'est un point de vue que vous pourrez qualifier d'abusivement angélique.

C.J. : Nous allons peut-être rester dans les questions procédurales, parce que tu voulais dire un mot plus particulièrement sur la modification de la stratégie des acteurs avec l'évolution possible du droit positif.

D.B. : Si Jean-Pierre m'autorise à prendre un peu la parole sur ce point, j'insisterais volontiers sur un thème précis. Nous sommes aujourd'hui à deux jours du vote de la loi organique qui vient enfin terminer le processus de mise en place de la question désormais dite « prioritaire » de constitutionnalité. Si le Conseil constitutionnel considère que cette loi organique est conforme à la Constitution, et que, dans trois mois, elle entre en application dans des conditions normales, nous aurons enfin dans ce pays une possibilité d'invoquer par voie d'exception la constitutionnalité d'une disposition législative.

Cela va poser une question intéressante de stratégie juridique pour l'ensemble des acteurs et peut-être singulièrement pour les entreprises. Elles auront, si j'ose dire, peut-être un peu plus de moyens que les autres de s'interroger. Je voudrais assez brièvement essayer de vous dire en quoi.

Un des problèmes que règle la loi organique est celui de l'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité internationale des lois. Il a été décidé, après des discussions longues et difficiles, qu'une priorité serait donnée à la question de constitutionnalité sur la question de conventionnalité. « Priorité » veut dire plusieurs choses dans l'économie générale de la loi organique, mais je vous fais grâce du détail. Pour ce qui nous concerne ici, priorité signifie que lorsqu'une



requête comporte la formulation d'un grief d'inconventionnalité internationale et un grief d'inconstitutionnalité, le grief d'inconstitutionnalité doit être obligatoirement examiné en premier. C'est seulement si le droit constitutionnel n'est pas invoqué que le droit international garde un régime d'utilisation identique à celui que l'on connaît depuis les arrêts *Jacques Vabre* et *Nicolo*.

Pour simplifier à l'extrême, cela ouvre une alternative. Soit on reste sur le (seul) terrain de la conventionnalité, soit on se situe d'abord sur le terrain de la constitutionnalité et, ensuite, le cas échéant, si l'on a échoué, sur celui de la conventionnalité. Étant observé que la transmutation de la question par le juge est *a priori* impossible et qu'il est judicieusement décidé dans la loi organique que la question de constitutionnalité n'est pas une question d'ordre public, l'alternative en est vraiment une. Les requérants ont deux groupes d'options entre les mains.

Quels sont les déterminants du choix ? Deux d'entre eux vont peut-être jouer plus que les autres.

Le premier a trait à l'effet de la décision. Une des innovations très intéressantes du système français de contrôle de constitutionnalité par voie d'exception tient en ceci que la décision d'inconstitutionnalité va aboutir à l'abrogation de la disposition législative censurée. Par ailleurs, l'effet dans le temps de cette abrogation sera modulé par le Conseil constitutionnel, bien évidemment après discussion par les parties. Lorsque nous manions les conventions internationales, nous n'en sommes pas là du tout. Nous sommes dans un contexte de contrôle par voie d'exception tout à fait classique, où l'effet de la décision est simplement de mettre à l'écart la disposition législative inconventionnelle au cas d'espèce.

Donc, la première question que vont devoir se poser les entreprises et leurs conseils est de savoir s'il vaut mieux poursuivre en direction d'une abrogation de la loi avec un effet potentiellement modulé, ou s'il vaut mieux ne pas poursuivre cet objectif. Et là, s'ouvre un horizon possible assez subtil. Vous avez certainement des entreprises pour qui l'obtention d'une solution radicale et définitive est, j'allais dire, naturellement intéressante. Une compagnie d'assurance par exemple, vit dans un univers où le futur gagne à être borné au mieux, où l'incertitude est considérée *a priori* comme ce contre quoi il faut lutter. Et dans cette perspective, l'abrogation définitive d'une disposition embêtante est évidemment perçue comme un élément de sécurité attractif.

Vous pouvez avoir aussi des considérations de nature symbolique à l'origine des choix stratégiques des plaideurs. Quand je parle du symbole, je ne parle pas seulement de Monsieur Tartampion qui aimerait beaucoup être au principe d'une belle décision du Conseil constitutionnel ayant fait triompher son bon droit contre la

nation toute entière. Je parle aussi de l'intérêt d'un industriel qui considère avoir un point de vue très objectif, très politique à faire valoir, et qui lui aussi peut se montrer désireux de voir le Conseil constitutionnel prononcer définitivement l'annulation proprement dite de la loi inconstitutionnelle.

Deuxième élément, la question du temps. Pour les entreprises, comme pour les personnes privées, la question de la durée de la discussion juridique au sujet de la constitutionnalité ou de la conventionnalité de la loi peut se vérifier un paramètre stratégique de décision très sérieux.

Un des éléments constamment mis en scène dans le débat sur la loi organique relative à l'article 61 de la Constitution a été celui de l'accélération, de la vitesse. On a même à un certain moment du processus d'élaboration, voulu en faire trop et enserrer notamment le travail du juge de première instance dans un délai de deux mois, ce qui était déraisonnable. À ce stade, nous sommes à bref délai (mais non défini) pour le juge du fond, à trois mois pour le juge du filtre et à trois mois pour le Conseil constitutionnel. C'est équilibré.

*Mutatis mutandis*, on peut estimer qu'en l'espace maximal d'un an, la plupart des questions d'inconstitutionnalité seront tranchées si elles vont bien évidemment jusqu'au terme de leur trajet. Un an, c'est extrêmement peu, si on rapporte ce délai, non pas à l'obtention d'une décision de première instance articulée sur le terrain de la conventionnalité internationale de la loi, mais à l'ensemble du *tractus* d'une discussion qui peut supposer un appel, une cassation et le cas échéant un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. C'est souvent comme cela aussi que les entreprises raisonnent. Elles peuvent, par exemple, avoir envie de profiter, lorsque c'est nécessaire et possible, de leur taille et de leur poids lorsque l'adversaire est de beaucoup plus petit. Un des éléments du choix stratégique peut ainsi être le nerf de la guerre et l'essoufflement de l'adversaire par déperdition de ses moyens financiers et énergétiques. En pareil cas, il est évident que, lorsqu'une entreprise est dans la situation objective de pouvoir faire durer, à son avantage, une instance pendant dix ans et bien, elle le fait. Voilà, par exemple, une configuration dans laquelle le contrôle de conventionnalité de la loi peut présenter un avantage comparatif réel sur le contrôle de constitutionnalité.

J'en termine sur ce point. Quand je parle de discussion stratégique, je pars du principe que cette discussion va exister. Je pense qu'elle est un des apports les plus vertueux de la réforme pour la vie d'une démocratie juridique qui se civilise. L'existence de ces alternatives va rendre tout le monde plus intelligent. Les entreprises, les avocats... Cela participe d'une vraie juridicisation du débat, cela élargit l'empire du droit, dans les meilleures conditions. Plus les entreprises, plus les justiciables et leurs conseils réfléchissent autour des voies de droit, mieux c'est.

Mais tout cela repose sur une hypothèse dont j'espère qu'elle sera vérifiée, qui est que la Cour européenne des droits de l'homme ne va pas casser la possibilité de cette alternative en décidant, par exemple, que l'épuisement des voies de recours interne nécessaire à sa propre saisine, pour discuter de la validité d'une loi, ne peut être véritablement réalisé qu'à partir du moment où la contestation de la constitutionnalité de cette loi aura été menée jusqu'à son terme. Je trouverais cela tout à fait catastrophique.

La Cour européenne des droits de l'homme ne statue pas sur la loi. Sa singularité est de statuer sur des situations juridiques subjectives. Elle ne connaît donc de la validité de la loi que par le biais d'un petit détour intellectuel consistant à dire que la situation du requérant n'a pu exister que parce que la règle nationale l'a rendue possible. C'est (facialement) pour cela qu'elle la juge.

L'effet de son jugement n'est pas la destruction de la règle, mais la mise en évidence de son inconventionnalité, à la suite de quoi l'État est dans l'obligation juridique de résoudre cette inconventionnalité, et donc, le cas échéant, de refaire la loi. Vous savez que c'est par exemple ce qui a été fait sur les écoutes téléphoniques après les arrêts *Kruslin* et *Huvig c. France*.

Mais j'espère que, justement, la Cour européenne des droits de l'homme ne viendra pas dire, quelle que soit la différence de nature des deux contrôles, qu'il serait indispensable pour pouvoir discuter la conventionnalité internationale de la loi, le cas échéant jusque devant elle, d'avoir préalablement épuisé cette voie de recours qu'est la question prioritaire de constitutionnalité. Cela me paraîtrait dommageable, notamment parce que cela couperait la possibilité d'alternative dont je parlais à l'instant : cette possibilité de choix et donc cet enrichissement de l'État de droit par ouverture d'une large palette de moyens d'action. Il est satisfaisant que les acteurs choisissent les armes le mieux adaptées à la défense de leurs intérêts. C'est ce que disait Max Weber de la vie du contentieux. La vie du contentieux, c'est le choix de la bonne carte dans le cadre d'une stratégie de jeu, comme le bridge, où l'on décide de prendre la meilleure carte au meilleur moment. Je trouverais donc triste et périlleux qu'on se lance sur ce terrain. Je crois d'ailleurs qu'il y a de bons arguments techniques pour s'y opposer. On pourra y revenir dans la discussion si vous le voulez.

C.J. : Justement, Jean Pierre, tu voulais réagir.

J.-P. M. : La stratégie qu'il faudra adopter en fonction de la question prioritaire de constitutionnalité, dépendra du point de savoir si la Cour européenne des droits de

l'homme décidera que c'est une nouvelle voie de recours interne à épuiser préalablement. Il est possible que, compte tenu de l'encombrement de son rôle et des 100 000 requêtes arriérées, toute occasion de se donner un peu d'oxygène grâce à une nouvelle procédure interne, soit saisie. Surtout, il faudrait voir ce qu'elle a déjà décidé dans des hypothèses voisines. Or, sur ce point, je n'ai pas les éléments techniques pour vous répondre car je ne suis pas suffisamment constitutionnaliste pour vous dire dans quelle mesure les différents recours constitutionnels ou le recours d'*amparo* espagnol auquel la Cour de Strasbourg a déjà pu être confrontée sont comparables à notre future exception d'inconstitutionnalité : je risquerais de vous envoyer sur une mauvaise piste. Bien sûr, il y a le célèbre arrêt *Ruiz Mateos c. Espagne* du 23 juin 1993 qui concernait plutôt la conformité de la procédure constitutionnelle aux exigences du droit à un procès équitable et l'arrêt *Spadea et Scalabrino c. Italie* du 28 septembre 1995 qui se rapporte plus directement à notre question, mais je ne veux pas entrer dans les détails techniques et je vous renvoie prudemment à l'article que F. Sudre a consacré à la question préjudicielle d'inconstitutionnalité et la Convention européenne des droits de l'homme, à la *Revue de Droit Public* 2009.671.

S'agissant du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme, théoriquement elle ne juge que les situations particulières que la loi a rendues possibles. Mais c'est de plus en plus théorique. Dans de nombreux cas, c'est la conformité de la loi elle-même à la Convention qui est prise en considération. L'arrêt *Hutten-Czapska*, déjà évoqué par Christophe Jamin, en est un exemple parfait.

Bien sûr, le facteur temps joue en faveur du choix de la question prioritaire de constitutionnalité. Du point de vue des détails, la Cour européenne des droits de l'homme pour les raisons qui viennent déjà d'être évoquées n'est pas la plus rapide, c'est indiscutable. Cependant, une fois que la Cour a constaté une violation pour l'application d'une loi générale dans un cas particulier, elle peut conduire elle aussi à son abrogation, grâce à l'amplification régulière de la portée de ses arrêts. Il n'y a pas, en effet, qu'en matière d'écoutes téléphoniques que la loi française a été modifiée à la suite d'un arrêt de la cour de Strasbourg. Depuis un certain nombre d'années, tous les gouvernements, toutes majorités politiques confondues, ont pratiquement à cœur de modifier le plus vite possible la loi dont une application particulière a valu une condamnation dans telle ou telle affaire. Certes, on n'aboutit pas une abrogation de la loi par l'arrêt lui-même, loin de là, mais au bout du compte, on arrive tout aussi sûrement à retirer tout effet à une loi jugée défectueuse.

D.B. : Je trouverais désastreux que la Cour utilise l'inclusion du contrôle de constitutionnalité dans la règle d'épuisement des voies de recours internes comme une variable d'ajustement de ses propres flux. Cela signifierait (ce que je ne veux pas croire, à ce stade) qu'elle ferait prévaloir son propre intérêt pratique (celui de n'être

pas engorgée) non seulement sur l'intérêt des justiciables, mais même sur la cohérence de sa propre position. La Cour européenne des droits de l'homme a toujours dit que le juge ordinaire, naturel, de premier exercice, du droit européen, c'était le juge national – tous les juges nationaux – et non pas elle. Si l'on veut faire vivre la Convention européenne des droits de l'homme sérieusement dans l'ensemble de l'espace européen, il faut que les juges ordinaires soient en situation de la manier *largam manu*, et donc, encore une fois, que les requérants aient le choix de pouvoir le faire indépendamment d'une mise en jeu de la question d'inconstitutionnalité.

On examinera tout à l'heure un certain nombre de points de distinction de fond entre le droit européen et le droit constitutionnel. On sent confusément qu'il y a des domaines dans lesquels il est plus intéressant pour le requérant d'aller sur le terrain de la Convention européenne des droits de l'homme ou sur le terrain du droit constitutionnel. Qu'on laisse ce choix-là au requérant ! Que l'on conserve au juge ordinaire son statut de juge européen de premier rideau lorsque le justiciable veut situer le débat devant lui. C'est l'esprit de la construction européenne ! C'est comme cela que marche le droit communautaire... Je ne peux pas imaginer que la Cour européenne des droits de l'homme détruise l'édifice même de ce contrôle national de l'application du droit européen (qu'elle a magnifiquement réussi à généraliser), et donc la dilution de ce contrôle dans l'ensemble du tissu juridique, uniquement pour gérer les flux de ses affaires. Cela étant, je serais très étonné qu'elle se lance dans ce genre de choses.

C.J. : Nous avons commencé avec la possibilité pour les personnes morales de se prévaloir de la Convention. Nous sommes passés aux aspects procéduraux et aux stratégies d'acteurs. Je voudrais que nous en venions progressivement aux aspects de droit substantiel en s'arrêtant peut-être à ces fameux effets horizontaux parfois difficiles à saisir. Jean-Pierre ?

J.-P. M. : Pour simplifier et schématiser la question, on pourrait dire que la Convention européenne des droits de l'homme comprenait initialement des droits prévus pour protéger l'individu contre l'État dans un rapport vertical. Ce qui a accrédité l'idée suivant laquelle la Convention européenne des droits de l'homme est le triomphe de l'individualisme forcené : à cause du recours individuel qui la rend d'application toujours plus concrète et effective, elle entraînerait une désagrégation de la société par pulvérisation des droits subjectifs. Il est vrai qu'au départ le système était conçu de cette manière et qu'il y avait beaucoup de questions à se poser.

Seulement, la Cour européenne des droits de l'homme, dans le prolongement de la théorie des obligations positives, a reconnu à la plupart des articles de la

Convention les uns à la suite des autres ce qu'on appelle un effet horizontal. Les États qui ont ratifié la Convention ont l'obligation positive de faire respecter les droits garantis par la Convention dans les relations des particuliers entre eux et c'est une responsabilité internationale absolument surprenante compte tenu de l'esprit du texte de 1950.

À partir de cette idée-là, il me semble que tout le système a changé. Ce n'est plus de l'individualisme forcené, puisque l'individu ne peut jouir des droits garantis par la Convention que dans la mesure où il respecte les droits de l'homme des autres sous la responsabilité de l'État. Cela entraîne des conséquences majeures dans un tout autre domaine que celui du droit des entreprises, mais c'est tellement d'actualité qu'il faut en dire deux mots.

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu plusieurs arrêts, notamment en matière de violence conjugale, où – comme dans l'essentiel arrêt *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003 ou le récent arrêt *Opuz c. Turquie* du 9 juin 2009 – elle fait obligation aux États d'incriminer et de sanctionner pénalement certains comportements. C'est en rupture totale avec l'idée classique que l'on se fait des droits de l'homme qui sont toujours là pour permettre aux pires assassins d'échapper à la justice pénale.

La Cour européenne des droits de l'homme, en fonction de cet effet horizontal et de l'obligation faite aux États de faire respecter les droits de l'homme dans les relations des particuliers entre eux, les oblige à incriminer et à punir.

Cet effet horizontal se diffuse petit à petit vers tous les droits et a fini par atteindre l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 qui garantit le droit au respect des biens. L'arrêt qui a reconnu, de l'avis unanime, l'effet horizontal de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1, concerne directement le droit des sociétés, le droit des personnes morales : c'est l'arrêt *Sovtransavto Holding c. Ukraine* du 25 juillet 2002.

Il est, lui aussi un peu complexe, mais je vais essayer de vous résumer les faits. Une société de droit ukrainien dont une holding russe détenait 49 % des parts a fait l'objet d'une modification de statuts contraire à la loi ukrainienne. À la suite de cette modification des statuts, le conseil d'administration ou le PDG, avait procédé à des augmentations successives de capital de sorte que la holding russe qui avait 49 % au départ s'était retrouvée avec 20 % des parts à l'arrivée et avait perdu le contrôle de la société. Alors ont surgi de redoutables difficultés techniques. D'abord, celle de savoir si on était en présence d'une atteinte au droit au respect des biens, dans la mesure où la société holding, qui n'avait pas perdu ses actions, avait été dépouillée du pouvoir qui allait avec.

Or, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que les actions des sociétés, étaient des biens d'une nature complexe, mais constituaient des biens, au sens de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 et que l'État, dans le cadre de ses obligations positives de faire respecter le droit au respect des biens dans les relations de particulier à particulier, avait violé son obligation positive de ne pas entériner les décisions du conseil d'administration ayant entraîné ce dépouillement, non de la propriété mais du pouvoir.

Je crois que cet arrêt, qui n'est peut-être pas très connu, c'est le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, au cœur du droit de l'entreprise, au cœur du droit des sociétés.

D.B. : Peut-être un mot sur les effets horizontaux, l'un des thèmes les plus délicats de la théorie des droits de l'homme. Certains ont dit - c'est une thèse qui m'a toujours assez séduit - que l'effet horizontal n'était finalement que le résultat de la carence de l'État. L'État est dans une situation d'obligation vis-à-vis des personnes privées et c'est lorsqu'il manque à couvrir suffisamment la situation de ces personnes que les droits fondamentaux, qui lui sont en principe opposables, trouvent un potentiel d'applicabilité dans les relations entre les personnes privées.

Cela met en scène le thème de la carence de l'État. À partir de quel moment les citoyens et les entreprises, disposent-ils d'une voie pour dénoncer l'inertie, la carence, l'absence de l'État, son défaut à régir ce qu'il devrait régir ?

Dans le devenir du droit constitutionnel, cadré par la question prioritaire de constitutionnalité, cela aura probablement une traduction assez intéressante. Je ne veux pas entrer dans le détail, mais il y a plusieurs registres dans lesquels on peut penser que curieusement, dans un système de contrôle où il faut agir très directement contre la loi, on arrivera quand même à dénoncer la carence du législateur.

Le cas classique est l'incompétence négative, c'est-à-dire le fait pour le législateur de ne pas avoir suffisamment régi une situation et d'avoir par là même laissé à d'autres acteurs, et essentiellement au gouvernement dans le cadre de son pouvoir d'exécution des lois, une liberté excessive. C'est une véritable inconstitutionnalité qui, selon toute vraisemblance, sera censurée par le Conseil constitutionnel, au moins dans certains cas, contrairement à la configuration inverse, qui est celle d'une entrée abusive du législateur dans le domaine du règlement, en laquelle le Conseil constitutionnel n'identifie pas d'inconstitutionnalité depuis sa remarquable et sage décision *Blocage des prix et des revenus*.

Il y a peut-être aussi d'autres ressources. Par exemple l'idée que, lorsque vous abrogez une loi et que, ce faisant, vous privez de sa garantie légale une exigence de nature constitutionnelle, vous commettez aussi une inconstitutionnalité. Peut-être que cela pourra ouvrir la porte un jour à quelque chose d'un tout petit peu plus large qui serait la dénonciation de l'insuffisance de la loi à apporter une protection suffisante à ces mêmes garanties constitutionnelles ; les droits constitutionnels, surtout de 2<sup>e</sup> ou 3<sup>e</sup> génération n'ont pas d'existence véritable s'ils ne sont pas suffisamment traduits par la loi. Le droit à la santé n'est pas le droit de ne pas être malade, c'est le droit d'exiger qu'on mette des hôpitaux à disposition des malades. Il faut bien que le législateur fasse quelque chose et c'est donc dans l'hypothèse où cette garantie se vérifie insuffisamment, que l'on peut retrouver une voie de discussion sur le terrain de la constitutionnalité.

Et puis, il y a un terrain qui sera très riche, dans le cadre du contrôle *a posteriori*. C'est celui de savoir si l'objectif à valeur constitutionnelle de qualité, de normativité, de lisibilité, d'intelligibilité de la loi, va pouvoir faire l'objet d'une discussion.

J'ai entendu des avocats fiscalistes questionner sur ce point avec un certain intérêt, parce qu'ils sont habitués par profession à ne lire que des textes totalement illisibles. Ils se sont tout à coup demandés si ce qui était leur boulet n'allait pas tout à coup devenir la source de leur richesse. Pourront-ils enfin dire véritablement que cette loi fiscale n'avait aucun sens, qu'elle était incompréhensible, qu'elle n'avait aucune valeur normative, etc. ? Nous verrons tout cela à l'usage.

J.-P. M. : Oui, ce qui va être passionnant dans la période qui s'ouvre, c'est de voir si le Conseil constitutionnel va s'approprier la théorie des obligations positives que la Cour européenne des droits de l'homme met en place avec audace et efficacité depuis déjà pas mal d'années. Du point de vue procédural, la Convention et la Cour européenne des droits de l'homme sont en retard, mais du point de vue des obligations positives, il semble qu'elles aient 30 ans d'avance parce que depuis 1979 et le considérable arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979 prévaut cet objectif, ce *leitmotiv* : les droits garantis par la Convention doivent être concrets et effectifs et non théoriques et illusoire. Or, pour qu'ils soient concrets et effectifs, elle met en place cette technique des obligations positives destinée à combler, chaque fois que le besoin s'en fait sentir, les carences de l'État dans des domaines les plus inattendus.

C.J. : Nous avons maintenant abordé les questions de droit substantiel. Nous avons parlé des baux commerciaux, du droit de la concurrence, du droit fiscal et du droit des sociétés. Nous pourrions essayer d'approfondir une question d'actualité – avant



de passer à un débat avec la salle – en l'occurrence celle du droit social, du rôle que peuvent y jouer les droits fondamentaux.

D.B. : ... Je reste dans le droit substantiel, avant d'entrer dans le droit social qui est un exemple...

Juste un point, toujours dans le débat sur « comment manier d'un côté, la Convention européenne des droits de l'homme et de l'autre, le droit constitutionnel ? ». Il y a quand même une vraie question qui est celle de savoir s'il existe une différence substantielle entre les deux *corpus* et si oui, jusqu'où. La question a été effleurée tout à l'heure. On sent bien qu'ici ou là, il y a des différences subtiles, par exemple dans le maniement possible du principe d'égalité. Et cela entre aussi dans le cadre de la discussion des conseils. Mais, au-delà, je voudrais souligner un point.

D'une part, nous avons la mise en scène de l'opposition plus ou moins significative entre les deux *corpus*. Dans cette maison, on fait vivre l'idée qu'il y a des règles révélatrices de l'identité constitutionnelle de la France, que celles-là et celles-là seulement sont présumées ne pas avoir d'équivalent international et qu'elles ont donc une vocation singulière à prévaloir en cas de conflit avec les normes internationales. Vous voyez bien que l'on présuppose la possibilité que les deux *corpus* ne soient pas complètement identiques. Ce qu'on met dans le panier du strictement national est, à dire vrai, difficile à caractériser. Il y a probablement la laïcité, mais peut-être aussi, la conception française du service public, le fait que certains services publics doivent être gérés par des personnes publiques, etc. Quoi qu'il en soit, nous sommes incités à avoir le sentiment qu'il y a des différences ici et là, qu'elles sont quelquefois fortes, même si elles sont parfois très subtiles.

Mais d'autre part, je me dis que, jusqu'à un certain point, les systèmes ont plutôt tendance à converger. Peut-être par l'effet d'une prise de conscience sur ce que serait le standard européen souhaitable des droits fondamentaux pour tout le monde, mais peut-être aussi sous le poids de la nécessité.

Nous avons aujourd'hui dans le processus de la censure des droits fondamentaux, notamment contre le législateur, plusieurs acteurs en situation d'interaction très forte. Les juges internes, administratifs et judiciaires, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice, le Conseil constitutionnel... Tous ces acteurs sont dans une situation d'observation réciproque et, j'allais dire, de contrôle réciproque, et ce contrôle prend une vivacité piquante lorsque l'un de ces acteurs est placé en situation de pouvoir juger les autres. Or celui qui détient toujours cette position, c'est bien évidemment celui qui a le dernier mot, celui qui statue en dernier. En pratique, aujourd'hui, c'est la Cour européenne des droits de l'homme.

Or, qu'observe-t-on ? Que les juridictions nationales, administratives, judiciaires et constitutionnelles ont significativement fait évoluer des pans entiers de leurs jurisprudences, lorsqu'ils étaient peu compatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme, dans le sens de l'harmonisation.

Ils l'ont jugé bon par un effet de prise de conscience, mais aussi et peut-être surtout parce qu'ils n'ont pas aimé du tout se faire déjuger. Cette maison a connu un épisode symptomatique, l'affaire *Zienliski/Pradal*. Il avait été jugé qu'une loi de validation était parfaitement conforme à la Constitution. La loi était entrée en vigueur. La Cour européenne des droits de l'homme, maniant la Convention, a considéré que cette loi était épouvantable et qu'elle était contraire à la convention. Qu'a fait le Conseil constitutionnel ? Il a fait évoluer sa jurisprudence et donc ses critères d'appréciation de la loi de validation. Et nous sommes à peu près parvenus aujourd'hui au même standard de protection ici et là.

*Idem*, le Conseil d'État, dans son arrêt *Bitouzet*, a de façon préventive incorporé un raisonnement typique de la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'interprétée par la Cour, pour s'éviter à lui-même d'avoir à supporter une franche censure de la position qui était anciennement la sienne sur le terrain du caractère non indemnisable des servitudes d'urbanisme... Vous le voyez, l'harmonie se crée progressivement sous le poids des nécessités.

Je veux dire que le jeu de nos acteurs est un peu une image de la mondialisation générale. Tout est en interaction, tout le monde se surveille, tout le monde tire la ficelle à laquelle il est plus ou moins pendu. Cela ne peut que tendre à un certain degré standardisation générale du droit. Et cela rend encore plus subtil le raisonnement stratégique dont je vous parlais tout à l'heure, celui de savoir sur quelle corde je vais préférer jouer pour défendre les intérêts de l'entreprise dont j'ai à m'occuper.

J.-P. M. : Juste deux remarques pour les relations entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme. Comme elle est saisie la dernière, elle a le dernier mot et a peut-être tendance quelquefois à en abuser. Cela ne se passe pas toujours très bien avec toutes les Cours constitutionnelles. Je crois qu'il y a, depuis l'arrêt *Von Hanover c. Allemagne* du 24 juin 2004 relatif à la protection du droit à l'image d'une princesse de Monaco, comme une guerre entre la Cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour européenne des droits de l'homme. Les relations ne sont donc pas encore tout à fait pacifiées avec toutes les Cours...

Un autre point me paraît important dans le sens de ce que tu viens d'indiquer. L'un des événements attendu et qui pourra déterminer beaucoup, beaucoup

de choses, c'est de savoir si, avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'Union Européenne va adhérer en tant que telle à la Convention européenne des droits de l'homme ; ce qui changerait les relations entre le droit de l'Union et la Convention européenne des droits de l'homme actuellement organisées, du point de vue de Strasbourg par l'arrêt *Bosphorus c. Irlande* du 30 juin 2005.

D.B. : Et peut-être quelques craintes... Je ne suis pas de ceux qui considèrent que la Charte européenne des droits fondamentaux soit le plus beau texte de la création, et donc, je me vois gérer ça avec inquiétude.

C.J. : Messieurs, souhaitez-vous que nous parlions durant les quelques minutes qui restent de droit social ?

J.-P. M. : Mais avec plaisir !

Donc, le droit social qui, évidemment, concerne directement l'entreprise, est la parfaite illustration de ce que rien n'arrête la Cour européenne des droits de l'homme, même lorsqu'il y a des questions qui échappent à sa compétence laquelle échappe au texte de la Convention lui-même.

Il n'y a rien sur le droit social dans les articles de la Convention européenne des droits de l'homme et pour cause : il existe un autre instrument qui s'appelle la Charte sociale européenne, signée à Turin en 1961, je crois, et modifiée le 3 mai 1996 à Strasbourg, qui est un autre instrument du Conseil de l'Europe. Pendant longtemps, la Cour européenne des droits de l'homme, saisie des questions de droit de grève, de droit à négociation collective, disait – comme dans deux arrêts du 6 février 1976 – que, dans la mesure où existait la Charte sociale européenne, aucun des droits qu'elle énonçait ne pouvait être rattaché à la Convention. Puis, petit à petit, on a vu la Cour européenne des droits de l'homme voler d'audace en audace pour rattacher à l'article 11, pas mal de droits sociaux, notamment le droit à négociation collective et plus récemment, même si cela ne s'est guère su, le droit de grève. Il y a deux arrêts majeurs sur ce sujet : un, que beaucoup d'entre vous connaissent, l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008. C'est un arrêt de Grande Chambre qui concernait la négociation d'une convention collective conclue entre le syndicat des fonctionnaires communaux et les communes qui les employaient. Or, en Turquie, les fonctionnaires, même municipaux, ne pouvaient pas se syndiquer, de sorte qu'un abondant contentieux européen en avait déjà été discrètement nourri. Cette fois, la Cour européenne des droits de l'homme a fait sursauter à peu près tout le monde puisque, pour pouvoir constater

une violation de l'article 11 de la CEDH – relatif au droit à la liberté syndicale – en raison d'un déni du droit à négociation collective, elle a utilisé contre l'État défendeur certains articles de la Charte sociale européenne qu'il n'avait pas ratifié ou même des conventions, comme la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne non encore entrée en vigueur et dont la Turquie n'est pas à la veille d'être partie, qu'elle n'avait même pas signées. Or, la Cour européenne des droits de l'homme a fait masse de toutes les sources qui consacraient quelque part le droit à négociation collective pour condamner la Turquie sur le fondement de textes que celle-ci n'avait ni ratifiés ni signés. C'est une amplification considérable du principe d'interprétation évolutive de la Convention.

Vous voyez comment la Cour a élargi l'article 11 qui consacre le droit à la liberté d'association et de fonder des syndicats, pour y rattacher, en s'appuyant sur des textes extérieurs au Conseil de l'Europe ou extérieurs à la Convention, que l'État n'avait même pas ratifiés, le droit à négociation collective. C'est d'ailleurs une manière de consacrer une certaine forme de liberté contractuelle puisque la convention collective, dans sa phase de conclusion est un contrat. Ainsi, un État a-t-il été condamné pour ne pas avoir laissé conclure ce type de contrat.

J'ai l'impression que cet arrêt aura des conséquences un peu dans tous les domaines et pas seulement celui du droit social, qui concerne l'entreprise. Une de ses premières conséquences a été l'arrêt *Enerji Yapi Yol Sen c. Turquie* du 21 avril 2009, devenu récemment définitif. Il s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt *Demir et Baykara* et des principes d'interprétation ultra évolutive que cet arrêt a consacrés, pour condamner un cas de violation du droit de grève, sans dire qu'il y avait lieu de reconnaître que le droit de grève est consacré par l'article 11, mais en tirant exactement toutes les conséquences.

J.-P. M. : Cette consécration mécanique, sinon expresse du droit de grève, est tout à fait révélatrice de ce que le droit de la Convention européenne des droits de l'homme peut entraîner dans le droit social, parce que les droits qui sont consacrés par la Convention et interprétés par la Cour sont généralement réversibles. En effet, comme l'a dit Christophe Jamin, ils servent plusieurs maîtres. L'article 6 peut être invoqué par l'employeur et par le salarié, de même pour l'article 11. Ainsi, dans la mesure où l'article 11 accueille désormais le droit de grève, au titre de la réversibilité, on ne voit pas comment la Cour pourrait se refuser à reconnaître le droit au *lock out* ; ce qui serait une sorte de révolution pour le droit social français.

De même, l'arrêt *Enerji Yapi Yol Sen* consacre ce qu'en Allemagne on appelle la conception organique du droit de grève. Le droit de grève y est en effet accordé d'abord aux syndicats et pas nécessairement aux salariés ; ce qui pourrait poser un

jour la question de savoir si un syndicat pourrait infliger des sanctions disciplinaires à des salariés qui en sont membres parce qu'ils n'auraient pas suivi le mouvement de grève qu'il avait décidé.

D.B. : C'est un très bon exemple de l'extraordinaire expansion des droits fondamentaux et du fait que – c'était l'introduction du propos de Christophe Jamin – son importance ne pourra que croître.

Le problème de la place des conventions collectives dans la hiérarchie des normes est très illustratif parce que, ce que tu viens de dire pour la Convention montre que la Cour a cherché dans divers lieux normatifs de quoi asseoir ce droit. Le Conseil constitutionnel a un peu fait pareil. Il a donné un statut aux conventions collectives en puisant dans le préambule de 1946 le principe de participation. Et c'est allé loin, puisque, aujourd'hui, par exemple, il est clairement entendu dans la jurisprudence constitutionnelle que le législateur peut laisser à la négociation collective une latitude plus grande que celle qu'il laisserait au Gouvernement dans le cadre de son pouvoir réglementaire d'exécution des lois. C'est ce qui a été décidé dans les décisions relatives aux lois Aubry et cela joue un rôle important en termes d'incitation à la négociation et aussi de constitution d'un droit nouveau.

Encore une fois, nous sommes dans un univers naturellement expansif. Quand on n'a pas la ressource, j'allais dire benoîtement qu'on la fabrique. Cela ne veut pas dire qu'on la fabrique sauvagement par de grands gestes prétoriens, discutables sur le terrain de la légitimité politique. Cela veut dire que l'on va faire des efforts pour faire comme si ces outils étaient déjà là, disponibles dans la grande boîte des normes de référence « officielles ». Regardez la manière dont le Conseil constitutionnel a fini par donner une existence à la liberté contractuelle après des années de tergiversation. Il l'a fait d'abord parce qu'il y était très sérieusement poussé, mais aussi, parce que la liberté individuelle ne pouvait pas ne pas comporter un jour ou l'autre la liberté contractuelle. Au minimum, il n'était pas très difficile d'avancer que celle-ci comportait celle-là.

Donc, à la question de savoir est-ce que les droits fondamentaux sont un outil possible pour les entreprises, la réponse est nécessairement : oui. Un outil qui sera de plus en plus important et surtout de plus en plus large, périmétriquement parlant. Je pense qu'il ne peut pas en aller autrement.