

Johannes Masing

Droits fondamentaux et privatisations Une perspective allemande*

L'Europe fait pression sur la Grèce pour qu'elle privatise le port de Pirée et même – à en croire certaines rumeurs – l'Acropole. Quoi qu'il en soit, nous pouvons constater que l'Europe fait pression sur la Grèce pour qu'elle privatise de larges pans des infrastructures grecques. En Allemagne et en France, les infrastructures ont été privatisées depuis longtemps : les chemins de fer, l'énergie, les télécommunications, les hôpitaux, les autoroutes... Le marché européen ainsi que l'évolution technique poussent l'État à se retirer de ses domaines classiques d'intervention. Ce développement peut-il toucher également la protection des droits fondamentaux ? Ces droits sont, par essence, des promesses de protéger les libertés publiques vis-à-vis de l'État, et non vis-à-vis des acteurs privés. Faut-il en conclure que le démantèlement de l'État conduira aussi au démantèlement des droits fondamentaux ?

Cette problématique sera étudiée à travers de six parties. Il semble judicieux, pour commencer (I), de rappeler que les droits fondamentaux constituent avant tout des garanties de liberté à l'encontre de l'État et qu'ils n'ont qu'un effet indirect et relatif dans les relations entre particuliers. Ensuite sera présentée une typologie des activités privées qui peuvent résulter d'une privatisation (II). Une troisième partie sera consacrée à la protection des droits fondamentaux vis-à-vis des sociétés qui ne sont privatisées que pour la forme, à savoir celles qui appartiennent toujours au secteur public (III). Suivront quelques réflexions méthodologiques sur la manière dont les libertés publiques doivent être interprétées pour qu'elles soient effectives dans le domaine du droit privé (IV). L'avant-dernier chapitre traitera la protection des droits fondamentaux vis-à-vis des entreprises véritablement privées, comme celles qui découlent d'une privatisation matérielle

* Ce texte est issu d'une conférence de l'auteur à l'Université de Paris II en avril 2012. Une version légèrement modifiée de cet article paraîtra en allemand, en 2013, dans un *liber amicorum* en l'honneur de Brun-Otto Bryde.

(V). Pour terminer, la façon dont cette discussion s'intègre dans un contexte international sera brièvement esquissée(VI).

I. Droits fondamentaux – la liberté individuelle face à un pouvoir étatique auquel incombe une obligation de rendre des comptes tous azimuts

Les droits fondamentaux sont les droits du citoyen vis-à-vis des pouvoirs publics. Leur naissance coïncide avec celle de l'État constitutionnel moderne à la fin du 18^e siècle.¹ Ils sont le pendant de la constitutionnalisation du pouvoir étatique en tant qu'unique instance légitime à s'exprimer, prendre des décisions et user de la force au nom de tous. Les droits fondamentaux obligent tout pouvoir d'État, émanant des citoyens et régi par le droit constitutionnel, à respecter la liberté individuelle, en tant que limite et fin ultime de l'intervention publique. Titulaire de ces droits, le citoyen est reconnu en tant qu'individu qui se construit et s'épanouit selon sa propre volonté. Sur le plan moral, le citoyen n'est responsable que devant les instances qu'il a lui-même choisies. Il n'est pas tenu par une obligation générale de rendre des comptes, ni par un devoir d'agir dans l'intérêt général.² L'individu est *titulaire* et non *destinataire* des droits fondamentaux. C'est la fameuse asymétrie de l'État de droit³ – le nerf provocant de l'ordre libéral qui n'est souvent que difficilement toléré, comme le démontre, notamment, l'évolution de l'ordre constitutionnel en Hongrie.⁴ Les catalogues modernes des droits fonda-

¹ Klaus Stern, *Die Idee der Menschen- und Grundrechte*, Handbuch der Grundrechte, Vol. I, 2004, Heidelberg, C. F. Müller, § 1 point 14 sq.

² BVerfGE 128, 226, 244 sq. ;pour plus de références doctrinales, voir Uwe Volkmann, *Freiheit und Gemeinschaft*, Handbuch der Grundrechte, Vol. II, 2006, Heidelberg, C. F. Müller, § 32 point 24 sq.

³ Hasso Hofmann, *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, VVDStRL 41 (1983), p. 42 (44, 49 sq., en particulier 54) ;Christian Calliess, *Schutzpflichten*, HGR II [2], § 44 point 10 sq. ;Detlef Merten, *Freiheit im Gefüge der Staatsfundamentalbestimmungen*, HGR II [2], § 27 point 22 ;Hans Nawiasky, *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 1950, Stuttgart, Kohlhammer, p. 33 ;Carl Schmitt, *Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung*, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Vol. II, 1ère édition 1932, Tübingen, Mohr Siebeck, § 101, p. 597 ; concernant le „rechtsstaatliches Verteilungsprinzip“, voir aussi Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, Staat, Verfassung, Demokratie, 2ème édition 1992, Frankfurt a.M., Suhrkamp, p. 115 (119-123).

⁴ Cf. Commission de Venise, *avis sur la nouvelle constitution de la Hongrie*, 17.-18. juin

mentaux reconnaissent une telle liberté non seulement à chaque citoyen, mais aussi aux organisations privées, à savoir les entreprises à caractère économique.

Il est vrai que les droits fondamentaux peuvent être restreints. Une telle opération doit cependant être prévue par la loi et soumise à des limites strictes. Ces restrictions ne peuvent être justifiées que dans le but d'organiser le vivre-ensemble de façon ordonnée et non pour garantir une sorte de bienséance correspondant à la morale de la majorité. Un citoyen (et par conséquent aussi une entreprise privée) doit obéissance à la loi, et rien de plus.

Les droits fondamentaux garantissent la liberté individuelle vis-à-vis de l'État. Ils protègent le citoyen en tant que personne privée.⁵ Le pouvoir ne jouit pas des droits fondamentaux, mais est au contraire lié par eux. Ainsi, l'État ne peut pas invoquer ces droits pour lui-même. Par État, il faut entendre ici les pouvoirs publics dans leur ensemble, à savoir l'administration centrale, les « Länder », les communes ou encore les établissements publics. Les pouvoirs publics, c'est-à-dire les agents de l'État, ne sont donc pas libres.⁶ Ils sont, par principe, tenus par leur responsabilité démocratique et plus particulièrement par une obligation de rendre des comptes tous azimuts aux citoyens. Ils ne disposent pas de droits fondamentaux – ni de la liberté d'expression ou du libre choix de la profession, ni de la liberté de religion ou d'un droit à la protection juridique ; ils agissent conformément à une mission démocratique. Dans l'exercice de ses fonctions, un ministre ou un agent public ne peut pas invoquer le droit à la liberté d'action ; il remplit simplement la charge qui lui a été confiée pour un certain laps de temps. Selon la jurisprudence allemande, cela vaut aussi pour la propriété : une commune peut, par exemple, invoquer la propriété du droit privé pour certaines opérations juridiques, mais non le droit de propriété au sens du droit constitutionnel. L'action étatique est l'accomplissement de tâches au nom des citoyens, avec l'obligation de rendre des comptes de façon étendue. Les pouvoirs publics doivent non seulement démontrer la légalité formelle de leurs actes, mais aussi motiver l'opportunité de ces derniers à l'attention du parlement et du public. Il incombe également à l'État de justifier strictement toute atteinte aux droits fondamentaux : toute ingérence

2011, CDL-AD(2011)016 (consultable sur : [http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)016-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)016-e.pdf)).

⁵ Peter M. Huber, *Natürliche Personen als Grundrechtsträger*, HGR II [2], § 49 point 1, 4.

⁶ BVerfGE 128, 226, 254 ;voir aussi Johannes Masing, *Politische Verantwortlichkeit und rechtliche Verantwortlichkeit*, ZRP 2001, p. 36, 37 ;pour plus de références, voir Johannes Masing, *Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte*, 1998, Tübingen, Mohr Siebeck, p. 234 sq. ; Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, Vol. I, 6ème édition 2010, München, Vahlen, art. 1 al. 3, point 221 sq., en particulier 227 ; Bodo Pieth/Bernhard Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 27ème édition 2011, Heidelberg, C. F. Müller, point 181 ; Bernhard Kempen, *Grundrechtsverpflichtete*, HGR II [2], § 54 point 24.

doit respecter le principe de proportionnalité et poursuivre un but légitime, elle doit aussi s'avérer appropriée, nécessaire et mesurée. La liberté de l'individu est la règle, la restriction l'exception, et une exception qui doit être expressément prévue – en Allemagne toujours sur la base d'une loi au sens formel – et rester aussi réduite que possible.

Quid des droits fondamentaux entre particuliers – ainsi qu'entre individus et entreprises privées ? Dans ce cas, il n'existe pas d'obligation directe de respecter les droits fondamentaux.⁷ Les deux parties peuvent faire valoir leur liberté : il n'existe ni répartition catégorique des obligations de justification, ni devoir de rendre les comptes ou de respecter une quelconque neutralité morale ou idéologique.⁸ Une personne privée a le droit d'appeler à un boycott par conviction partisane ou de décider de conclure ou non un contrat avec un partenaire sur la base d'un jugement moral, politique ou religieux. Elle peut également critiquer le comportement d'autrui de façon polémique et simpliste sans fondamentalement avoir à se justifier. Un effet directement contraignant des droits fondamentaux ne se justifie pas plus pour des raisons objectives : il n'existe aucun pouvoir unilatéral de décision et les rapports de force peuvent donc, par principe, se répartir en toute liberté et égalité.⁹

Cependant, selon la doctrine allemande, les droits fondamentaux s'appliquent tout de même entre personnes privées de façon indirecte. Sur ce point, l'Allemagne suit une autre voie que les États-Unis dont la doctrine de la « state action » rejette par principe l'application des libertés publiques entre individus. Or, cet effet horizontal est plus relatif que la protection stricte des droits fondamentaux à l'égard de l'État. Elle exige en effet un processus de contrebalancement en compensation de la liberté individuelle. L'usage de la liberté nécessite des règles applicables entre particuliers, pour résoudre des conflits et faire disparaître les déséquilibres de fait, de telle sorte que l'exercice des droits fondamentaux soit réellement possible pour chacun.¹⁰ Avec le droit privé, le législateur contribue à ce que les libertés deviennent également effectives entre personnes

⁷ Bernhard Kempen [6], § 54 points 69 ; Horst Dreier, *Grundgesetz-Kommentar*, Vol. I, 2ème édition 2004, Tübingen, Mohr Siebeck, avant-propos de l'art. 1 point 98 ; Matthias Herdegen, *Grundgesetz-Kommentar*, 4/2012, München, C. H. Beck, art. 1 al. 3 point 59 ; Wolfram Höfling, *Grundgesetz-Kommentar*, 5ème édition 2009, München, C. H. Beck, art. 1 point 111 ; Christian Starck [6], art. 1 al. 3 point 303 sq.

⁸ BVerfGE 128, 226, 244 sq. ; pour plus de références doctrinales, voir Uwe Volkmann, *Freiheit und Gemeinschaft*, HRG II [2], § 32 point 24 sq.

⁹ Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. III/1, 1988, München, C. H. Beck, p. 1553 sq. ; voir aussi Ernst-Wolfgang Böckenförde [3], p. 115, 123 ; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 17ème édition 1990, Heidelberg, C. F. Müller, point 354.

¹⁰ Hans-Jürgen Papier, *Drittwirkung der Grundrechte*, HGR II [2], § 55 point 23 ; Matthias Herdegen [7], art. 1 al. 3 point 64 sq. ; Klaus Stern [9], p. 1259 sq. ; voir aussi Konrad Hesse [9], point 356.

privées.¹¹ Nous concevons dans ce cas les droits fondamentaux comme des principes objectifs.¹² Il ne s'agit pas de droits de défense contre les ingérences – limitées par leur nature – de l'État, mais de normes fondatrices qui fixent, dans l'absolu, des principes directeurs pour l'ensemble de l'ordre juridique. Le législateur est tenu de les mettre en œuvre et le juge doit également en tenir compte dans l'application des lois : il lui incombe de proposer une interprétation conforme à ces principes directeurs, notamment en ce qui concerne les clauses générales. Il en découle des règles de comportement qui aboutissent à ce que les individus soient finalement tenus de respecter, jusqu'à un certain point, les droits fondamentaux de leurs semblables – par le truchement de l'ordre juridique. Cet effet horizontal indirect des droits fondamentaux débouche sur une certaine protection des libertés, entre particuliers également. Cependant, cette protection n'est pas du même genre que le respect strict des droits fondamentaux auquel l'État est tenu. Elle vise uniquement l'équilibre entre les libertés de personnes égales¹³, et laisse une large marge de manœuvre au droit ordinaire.¹⁴

Laissez-moi faire un récapitulatif de ce qui a été dit jusqu'à maintenant : à l'égard de l'État, les droits fondamentaux s'appliquent de manière directe et stricte ; les ingérences doivent être raisonnablement justifiées par un intérêt public. Entre particuliers, la protection des droits fondamentaux ne vaut que de manière indirecte ; elle est une conciliation entre différentes sphères de liberté. Les personnes privées ne sont soumises à aucune obligation d'exercer leur liberté d'une manière ou d'une autre.

¹¹ Horst Dreier[7], avant-propos de l'art. 1 point 98 ; Bernhard Kempen [6], § 54 point 69 ; Klaus Stern [9], p. 1577 sq. ; Konrad Hesse [9], point 354 sq.

¹² L'arrêt fondateur de cette doctrine: BVerfGE 7, 198 sq. (en particulier 203) – Lüth. Il en découle que chaque liberté fondamentale a un double caractère, elle est tant garantie subjective envers l'État que principe objectif applicable à l'ordre juridique entier, voir Ernst-Wolfgang Böckenförde, *GrundrechtealsGrundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsnormen*, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2006, Frankfurt a. M., Suhrkamp, p. 189, 196.

¹³ Le principe de proportionnalité n'est pas applicable pour faire prévaloir le droit fondamental d'une personne privée sur celui d'une autre, il régit uniquement la relation entre des personnes privées d'un côté et l'État de l'autre.

¹⁴ BVerfGE 81, 242 (255) ; Mathias Herdegen [7], art. 1 al. 3 point 63 ; Klaus Stern [9], p. 1579 sq.

II. Privatisation – un instrument flexible

Toute la question est de savoir si une activité est exercée à titre étatique ou à titre privé. Mais que signifient exactement les concepts « privé » ou « étatique » ? Comment sait-on si une tâche doit être considérée comme privée ou étatique ? Contrairement à ce qu'on aurait pu penser, la réponse ne découle pas de l'importance qu'a une activité pour l'intérêt général. Les personnes privées peuvent prendre en charge des missions élémentaires pour l'intérêt public (nous nous en apercevons actuellement avec la crise financière) – et ce tout en agissant de manière parfaitement autonome. Dans une large mesure, le législateur peut choisir librement de confier ou non une activité qu'il estime d'intérêt public au secteur privé. L'administration peut procéder de la même manière – elle peut choisir librement de confier ou non une tâche qu'elle estime d'intérêt public au secteur privé. Cette décision n'est dictée ni par le droit constitutionnel, ni par le droit administratif et la marge d'appréciation politique est large. Les privatisations sont certes soumises à certaines limites constitutionnelles, notamment lorsqu'elles impliquent l'exercice de pouvoirs coercitifs. C'est ce qu'a récemment mis en évidence notre Cour avec le régime pénitentiaire.¹⁵ Ces limites sont cependant très larges. Il n'en reste pas moins que le secteur privé n'a cessé de croître, à la suite de l'eupéanisation et de la globalisation. Aujourd'hui, des infrastructures fondamentales, de l'énergie aux télécommunications et au trafic aérien en passant par la poste, sont aujourd'hui privatisées – de même qu'une partie de la distribution de l'eau et des hôpitaux. La fondation d'universités privées, l'importance croissante des services de sécurité privés, ainsi que l'organisation sous le régime du droit privé de l'ensemble des structures de l'internet ont étendu le secteur privé à des domaines traditionnellement perçus comme étant de nature publique.¹⁶ Il y a d'autres tâches organisées ou gérées par l'État, qui relèvent toujours du moins formellement, du droit privé.¹⁷ Dans ce cas, ce sont des acteurs publics qui organi-

¹⁵ Cf. BVerfGE, arrêt du 18 janvier 2012 - 2 BvR133/10 (privatisation du régime pénitentiaire).

¹⁶ Bernhard Kempen [6], § 54 point 48 sq. ; Andreas Voßkuhle, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Vol. I, 2ème édition 2012, München, C. H. Beck, § 1 point 58 ; Rolf Stober, *Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Phantomdiskussion oder Gestaltungsoption in einer verantwortungsgeteilten, offenen Wirtschafts-, Sozial- und Sicherheitsverfassung?*, NJW 2008, 2301 (2302).

¹⁷ Dirk Ehlers, *Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14ème édition 2010, Berlin, de Gruyter, § 3 point 78 sq. ; Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18ème édition 2011, C. H. Beck, § 3 point 25 ; Johannes Masing, *Die Verfolgung öffentlicher Interessen durch Teilnahme des Staates am Wirtschaftsverkehr – Eine deutsche Perspektive*, EuGRZ 2004, p. 395 sq.

sent l'activité en question, mais ils utilisent les formes du droit privé : de la caisse d'épargne publique à la salle polyvalente et au traitement des eaux usées, en passant par la piscine communale, nous avons affaire à des entités privées, qui revêtent la forme de GmbH (= SARL) ou d'Aktiengesellschaft (= SA). En Allemagne, ces types de sociétés de droit civil sont utilisés à tous les niveaux de l'État, sans spécificités particulières. La notion française de service public et les régimes spéciaux y afférents n'est, à cet égard, pas connue de notre droit administratif.

Ainsi, en Allemagne, la notion d'« action privée » et donc également celle de « privatisation » est associée à tout un arsenal de formes d'organisation qui offre à l'État une grande flexibilité pour développer des incitations à l'action et des logiques de décision dans des domaines variés. Curieusement, il n'y a que peu de dispositions légales prévues à cet effet : qu'une collectivité (l'État fédéral, un Land ou une commune) compte fournir des prestations de service public sous le régime du droit privé ou choisisse de le faire dans le cadre du droit public, cela relève de son libre choix – qui est, par nature, non écrit.¹⁸ Selon ces principes, une collectivité peut choisir librement entre droit public et droit privé, et cela vaut aussi bien pour le mode d'action que pour l'organisation.¹⁹ Ainsi, une municipalité peut organiser son centre commercial selon le droit public, tout en développant des relations économiques sous le régime du droit privé ; cependant, elle peut organiser son centre comme une GmbH et le soumettre ainsi dans sa totalité au droit privé. Si elle n'aspire qu'à une participation financière des investisseurs privés, elle peut les intégrer en tant qu'associés. Tant que la commune reste propriétaire et que la privatisation ne porte que sur la forme, l'on parle de privatisation d'organisation.²⁰ La municipalité peut également céder le centre commercial dans sa totalité à un propriétaire privé et se retirer ainsi complètement de l'affaire. Cela constitue une privatisation matérielle.²¹ Une autre forme encore de privatisation consiste en la délégation de tâches publiques à des acteurs privés²² – que ce soit pour l'élaboration d'un programme de construction ou pour mettre une voiture à la

¹⁸ Dirk Ehlers [15], § 3 point 35 ; Hartmut Maurer [15], § 3 point 25 ; Johannes Masing [15], p. 396 sq. ; Reiner Schmidt, *Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen*, ZGR 1996, p. 345 (349, 358 sq.) ; Christian Pestalozza, *Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht*, DÖV 1974, p. 188 (188).

¹⁹ Christian Pestalozza [16], p. 188 ; Helmuth Schulze-Fielitz, *Grundmodi der Aufgabewahrnehmung*, GVwR I, §12 point 130 ; Reiner Schmidt, *Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts*, Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, 1994, Stuttgart, Boorberg, p. 210 sq. ; Friedrich Schoch, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, DVBl. 1994, p. 962 sq.

²⁰ Voir uniquement Hartmut Maurer [15], § 23 point 61 ; Helmuth Schulze-Fielitz [17], § 12 point 109.

²¹ Hartmut Maurer [15], § 23 point 63 ; Helmuth Schulze-Fielitz [17], § 12 point 112.

²² Hartmut Maurer [15], § 23 point 62 ; Helmuth Schulze-Fielitz [17], § 12 point 110.

fourrière. Ces variantes d'organisation sont valables pour tous les échelons de l'État.

La seule limite à ces principes est la « fuite dans le droit privé » selon le regret de *Fleiner*.²³ Malgré sa force suggestive, cette formule n'est guère utilisable dans sa généralité. Car évidemment le droit civil est censé ouvrir des alternatives. L'administration ne se réfugie pas dans le droit privé, mais, au contraire, elle en franchit consciemment le seuil lorsqu'elle élude la responsabilité de l'État, la forme de l'acte administratif ou les conditions du contrat de droit public – et surtout la législation sur la fonction publique avec ses structures de rémunération limitées. La doctrine du libre choix donne volontairement accès à des instruments susceptibles d'écartier les principes du droit public.²⁴ Mais cela entraîne-t-il aussi une fuite de l'obligation de respecter les libertés publiques ?

Revenons ainsi aux droits fondamentaux : que signifie pour eux la privatisation ? Cette question suscite depuis longtemps de nombreuses controverses.²⁵ L'année dernière, la Cour constitutionnelle allemande a pris une décision de principe à ce sujet.²⁶ Le litige portait sur le fait de savoir si une manifestation pouvait avoir lieu dans l'aéroport de Francfort, et donc si la liberté de réunion était applicable. L'aéroport de Francfort est exploité par la société Fraport AG, une société anonyme privée, dont l'État détient 52 % des actions, partagées entre le Land de Hesse et la ville de Francfort. Les 48 % restants appartiennent à des investisseurs privés.²⁷ Pour mémoire : des règles spécifiques, qui qualifieraient l'aéroport de service public, sont inconnues en droit allemand ; le droit applicable est le droit des sociétés, même s'il est vrai que les contrats ainsi qu'une ordonnance prévoient des obligations particulières.

²³ *Fritz Fleiner*, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8ème édition 1928, Tübingen, Mohr, p. 326.

²⁴ Johannes Masing [15] ; Dreier [7], art. 1 al. 3 point 68 ; Konrad Hesse [6], point 347 ; Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, *Verwaltungsrecht*, Vol. I, 12ème édition 2007, München, C. H. Beck, § 23 point 8.

²⁵ Dreier [7], art. 1 al. 3 point 65 ; voir aussi Udo Di Fabio, *Privatisierung und Staatsvorbehalt*, 1999, p. 585 (590) ; Dirk Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984, Berlin, Duncker & Humblot, p. 121 sq.

²⁶ BVerfGE 128, 226 (251 sq.).

²⁷ BVerfGE 128, 226 (228).

III. La protection des droits fondamentaux et les privatisations d'organisation

Dans cette affaire, la première question qui se posait était : la société Fraport AG est-elle « l'État » et par conséquent directement et strictement liée par les droits fondamentaux ? Ou bien faut-il la considérer comme « privée », ce qui impliquerait qu'elle puisse invoquer à discrétion le droit de propriété vis-à-vis de ses usagers et décider, sans autre motif, comme un propriétaire de grand magasin, qui a le droit de manifester et de diffuser des tracts, quand et dans quel but ?

A) En choisissant la forme de droit civil, l'État devient-il titulaire des droits fondamentaux ?

Selon certaines voix, l'obligation directe de respecter les droits fondamentaux disparaît dès que l'État agit sur le terrain du droit civil.²⁸ Lorsque le secteur public utilise la forme du droit privé, il devrait, en principe, être traité comme un acteur privé.²⁹ Selon cette thèse, même une société détenue en totalité par l'État serait une personne morale du droit privé, titulaire de droits fondamentaux propres sans être elle-même liée directement par les libertés publiques.³⁰

²⁸ Günter Püttner, *Die öffentlichen Unternehmen*, 2^eme édition 1985, Stuttgart, Boorberg, p. 119 sq. ; du point de vue de la prévalence des libertés publiques (art. 19 al. 3 GG), voir Bodo Pieroth, *Die Grundrechtsberechtigung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen*, NWVBl. 1992, p. 85 (87 sq.) ; différemment cependant Bodo Pieroth/Bernhard Schlink [6], point 187 (sur la question de savoir qui est tenu de respecter les droits fondamentaux).

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

À l'instar de la majorité de la doctrine,³¹ la Cour constitutionnelle³² s'y est opposée : elle a fait référence à l'article 1, alinéa 3 de la loi fondamentale, l'une des pierres angulaires de la constitution allemande. Selon cette règle, « les droits fondamentaux [...] lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ». Elle stipule aussi que cela recouvre toutes « les décisions, déclarations et actions, qui [...] pourraient valablement prétendre avoir été prises au nom de tous les citoyens ».³³ Cela ne peut pas dépendre de la forme juridique choisie pour l'accomplissement des tâches étatiques. Que l'administration opte pour un régime de droit public ou de droit privé, ses activités restent soumises à l'obligation de rendre des comptes, tenues à la neutralité constitutionnelle, ainsi que directement liées aux droits fondamentaux. L'État ne peut pas se transformer en une personne privée et échanger son obligation de respecter les libertés publiques contre le droit à en jouir.

Par ce biais, ce n'est pas seulement l'État en tant qu'actionnaire qui est lié, mais aussi l'entreprise elle-même.³⁴ Cela correspond au statut d'unités administratives indépendantes de telles sociétés.³⁵ Cela permet aussi de garantir une obligation effective de respect des droits fondamentaux, et ce indépendamment de

³¹ Concernant les entreprises qui appartiennent entièrement au secteur public, la décision de la Cour fédérale constitutionnelle correspond à l'opinion unanime de la doctrine forgée préalablement ; voir par exemple Wolfram Höfling [7], art. 1 point 104 ; Horst Dreier [7], art. 1 al. 3 point 69 sq. ; Wolfgang Rübner, *Grundrechtsadressaten*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Vol. V, 2ème édition 2000, Heidelberg, C. F. Müller, § 117 point 49 ; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 25ème édition 2009, Heidelberg, C. F. Müller, point 187 ; Willy Spannowsky, *Öffentlich-rechtliche Bindungen gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen*, ZHR 160 (1996), p. 560 (571 sq.) ; Dirk Ehlers, *Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002*, Vol. I: Gutachten/Teil E – Abteilung Öffentliches Recht: Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftlich neu zu regeln?, p. E 39 sq. ; Eberhard Schmidt-Aßmann, *Der Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen nach Art. 19 Abs. 3 GG*, BB 1990, supplément n°. 34, p. 1 (10 sq.) ; Eberhard Schmidt-Aßmann, *Zur Bedeutung der Privatrechtsform für den Grundrechtsstatus gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen*, Festschrift für Hubert Niederländer, 1991, Heidelberg, Winter, p. 383 (393) ; Rupert Scholz, *Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen*, Festschrift für Werner Lorenz, 1991, Tübingen, Mohr, p. 213 (224) ; Andreas von Arnould, *Grundrechtsfragen im Bereich von Postwesen und Telekommunikation*, DÖV 1998, p. 437 (444 sq.) ; Christian Starck [6], art. 1 al. 3 point 231 ; Klaus Stern [9], p. 1421. Ceci fut aussi reconnu pour les sociétés d'économie mixte, voir par exemple Horst Dreier [7], art. 1 al. 3 point 69.

³² BVerfGE 128, 226 (244 sq.).

³³ BVerfGE 128, 226 (244).

³⁴ Vgl. BVerfGE 128, 226 (246) ; pour l'opinion inverse, voir par exemple Wolfgang Rübner [29], point 47 sq.

³⁵ Évidemment, un établissement public doté de la personnalité morale ou un syndicat intercommunal doit, de façon directe, respecter les droits fondamentaux, sans qu'il soit nécessaire d'en référer, au cas par cas, à l'autorité compétente.

l'influence que les propriétaires peuvent avoir, au niveau du droit des sociétés, sur la gestion des affaires, ainsi que de la mesure et de la forme dans lesquelles cette influence s'exerce : le respect des libertés incombe ici aux gérants eux-mêmes, sans que les actionnaires aient besoin de se mettre d'accord au préalable.³⁶

Inversement, l'obligation de respecter les droits fondamentaux implique aussi l'absence du droit à en jouir. Les entreprises publiques ne peuvent pas plus se prévaloir des libertés publiques que l'État ou une commune – bien que certaines questions restent ouvertes pour des circonstances bien spécifiques.³⁷ Dans tous les cas, la forme du droit privé ne change rien au fait que les sociétés publiques agissent au nom des citoyens et non pas sur la base de la liberté individuelle ; elles restent donc tenues à l'obligation de rendre des comptes et de respecter les droits fondamentaux. Une société publique qui disposerait de toutes les libertés d'un citoyen ordinaire est d'ailleurs difficilement imaginable : de la liberté personnelle et de l'autodétermination de qui s'agirait-il ? De celles des représentants de la société ? Ou bien de celles des collectivités qui se cacheraient derrière eux – et qui, justement, ne sont pas titulaires de ces droits ?

B) Sociétés d'économie mixte

Le cas de l'aéroport de Francfort est cependant toujours loin d'être résolu : Fraport AG est une société d'économie mixte en droit allemand, ce qui signifie qu'une grande partie de ses actionnaires sont des personnes privées. La question des droits fondamentaux dans le cas d'entreprises de ce type est vivement controversée.³⁸ Une opinion répandue veut que ces sociétés ne soient pas soumises aux

³⁶ Cf. BVerfGE 128, 226 (247) ; autrement l'opinion dissidente, p. 269 (270 sq.).

³⁷ Les entreprises publiques ne peuvent pas se prévaloir de droits fondamentaux propres, dans la mesure où il s'agit de contentieux qui les opposent aux particuliers (BVerfGE 128, 226 (244, 247 sq., 248 sq.)). Quant à savoir si dans d'autres circonstances – par exemple face à des décisions administratives dans le cadre du droit d'urbanisme et de l'aménagement du territoire – des entreprises publiques pourraient se prévaloir des droits fondamentaux, la question reste ouverte. En règle générale, les choses ne dépendront pas de cela. Car en ayant recours à la propriété de droit privé, l'assimilation intéressante *sur le plan administratif* avec des sociétés privées devrait être possible au moyen de l'interprétation du droit applicable dans le domaine en question (cf. Johannes Masing, *Post und Telekommunikation*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Vol. IV, 3ème édition 2006, Heidelberg, C. F. Müller, § 90 point 35.). Cependant, ceci peut devenir pertinent dans le cadre de la qualité pour agir devant le tribunal constitutionnel fédéral.

³⁸ Horst Dreier [7], art. 1 a. 3 point 70 ; Stefan Storr, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, Tübingen, Mohr Siebeck, p. 238 sq. ; Hubertus Gersdorf, *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip*, 2000, Berlin, Duncker &

mêmes conditions que l'État. Au contraire, elles devraient être titulaires des libertés publiques³⁹ : l'obligation de respecter les droits fondamentaux serait dans ce cas limitée aux actionnaires publics qui contrôlèrent la société. Seuls ces derniers seraient liés par les droits fondamentaux, et ils ne pourraient et ne devraient les mettre en œuvre que dans les limites des possibilités d'action qui leur sont offertes par le droit des sociétés.

La Cour constitutionnelle n'a cependant pas suivi cette thèse,⁴⁰ qui n'est pas convaincante pour le simple fait qu'il n'est possible de répondre à une obligation de respecter les droits fondamentaux que de façon homogène. Il est inimaginable d'y appliquer des quotas (– une obligation de respect des droits fondamentaux à 52 %, qu'est-ce que cela pourrait signifier ?) De surcroît, l'influence des actionnaires sur la gestion courante de la société est limitée de multiples manières par le droit des sociétés, et plus précisément par le droit de la société anonyme. En outre, cette manière de faire valoir les droits fondamentaux par le biais des actionnaires n'est pas applicable de manière effective pour les citoyens.⁴¹

La bonne solution consiste à procéder à une appréciation de la société en question dans sa totalité : lorsqu'une vue d'ensemble la fait apparaître comme un acteur étatique avec participation de personnes privées, elle sera considérée comme une société publique et sera liée, en tant que telle, par les obligations qui pèsent sur les pouvoirs étatiques. Lorsque, au contraire, il s'agit d'une activité privée avec participation étatique, la société bénéficiera de toutes les libertés d'un citoyen ordinaire.⁴²

Dans ce contexte, la question de savoir qui détient la participation majoritaire est en règle générale déterminante. Si c'est le secteur public, la société est liée par les droits fondamentaux – dans le cas contraire, elle est titulaire de ces mêmes droits.⁴³ De cette façon, les investisseurs privés ne sont pas non plus privés de leurs droits. Ils sont libres de choisir s'ils veulent détenir des parts d'une société

Humblot, p. 134 sq. ; Markus Möstl, *Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit*, 1999, München, C. H. Beck, p. 137 sq. ; Wolfgang Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002, Tübingen, Mohr Siebeck, p. 265 sq.

³⁹ Voir par exemple Wolfram Höfling [7], art. 1 point 104 ; Horst Dreier [7], art. 1 al. 3 point 69 f. ; Wolfgang Rübner [29], § 117 point 49 ; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink [29], point 187 ; Willy Spannowsky [29], p. 560 (571 f.) ; Dirk Ehlers [29], p. E 39 sq. ; Eberhard Schmidt-Aßmann, *Grundrechtsschutz* [29], p. 1 (10 sq.) ; Eberhard Schmidt-Aßmann., *Privatrechtsform* [29], p. 383 (393) ; Rupert Scholz [29], p. 213 (224).

⁴⁰ Cf. BVerfGE 128, 226 (246).

⁴¹ Cf. BVerfGE 128, 226 (246).

⁴² Cf. BVerfGE 128, 226 (247).

⁴³ Dans des cas particuliers, il peut y avoir des exceptions, tel est le cas, par exemple lorsque l'État, actionnaire minoritaire, se voit accorder des droits préférentiels qui le placent dans la position d'un actionnaire majoritaire. (cf. BVerfGE 128, 226 (246 sq.)).

publique. S'ils décident d'y participer, ils doivent également partager les opportunités et les risques qui découlent des conditions d'action du secteur public.⁴⁴

C) L'obligation de respecter les droits fondamentaux des sociétés publiques : son implication dans la pratique

Nous pouvons donc conclure que le secteur public est lié de manière directe par les droits fondamentaux, même s'il soumet son action au droit privé. Mais, en pratique, qu'est-ce que cela signifie ? Cela implique-t-il que l'État ne soit plus en mesure de participer en tant qu'acteur ordinaire à la vie économique ?

Si, il le peut toujours. Car les droits fondamentaux n'engagent pas au-delà de ce qui est dicté par leur contenu, et celui-ci porte avant tout sur la protection contre les atteintes à la liberté infligée unilatéralement. L'État ne peut donc pas décréter d'impératifs et d'interdictions de manière unilatérale, tant qu'il agit sous le régime du droit privé. Ainsi, la société de chemin de fer allemande, la Deutsche Bahn, qui est toujours propriété de l'État, est liée par les droits fondamentaux. Cependant, cette obligation ne l'empêche pas de développer ses relations client autour du principe « prestation/contre-prestation ». La commercialisation de services ou de marchandises selon des critères économiques ne représente pas une limitation des droits fondamentaux. Le principe d'égalité n'empêche pas non plus les entreprises de se différencier sur le marché, notamment au niveau de la qualité des produits, de la solvabilité ou de la fiabilité.⁴⁵

Le fait d'être lié directement par les droits fondamentaux n'est toutefois pas non plus sans conséquence pour les sociétés publiques. Cela leur interdit surtout de faire valoir une liberté arbitraire et de prendre des décisions simplement à leur guise.⁴⁶ Ceci est particulièrement vrai pour l'usage des droits absolus qui autorisent des décisions unilatérales. Ainsi, le secteur public peut tirer parti des privilèges civils des propriétaires – tels que la liberté de domicile. Il n'est cependant pas libéré de l'obligation de justifier ses décisions par l'intérêt public, dans le respect des libertés publiques et du principe de proportionnalité.⁴⁷ Le droit civil permet aux acteurs privés de prendre librement des décisions selon leurs convictions subjectives dont ils n'ont à justifier que vis-à-vis d'eux-mêmes. Utilisé par l'État, il devient un instrument de l'exécution des tâches d'intérêt général. Les acteurs publics restent strictement liés par leur fonction. Ceci est particulièrement vrai pour

⁴⁴ Cf. BVerfGE 128, 226 (247).

⁴⁵ Cf. BVerfGE 128, 226 (248).

⁴⁶ Cf. BVerfGE 128, 226 (249).

⁴⁷ BVerfGE 128, 226 (249).

le respect de la neutralité constitutionnelle en matière de liberté d'opinion et de culte. Bien évidemment, une société publique peut prendre pour base des critères de marché. Elle ne peut cependant pas les associer à sa guise à des préférences ou des objectifs subjectivement marqués par une quelconque idéologie. Ainsi, une caisse d'épargne publique ne peut pas – contrairement sans doute à une banque privée – refuser l'ouverture d'un compte à certains clients sur des fondements politiques, par exemple, parce que ces personnes appartiendraient à l'extrême droite ou seraient particulièrement critiques à l'égard des banques. Il ne pourrait pas plus y avoir, à notre époque, un conflit comme celui qui opposa autrefois la *Bahnhofsmmission* et la *Deutsche Bahn*⁴⁸ : La *Bahnhofsmmission* est une ONG, présente dans de nombreuses gares allemandes pour venir en aide aux voyageurs en détresse. La compagnie de chemin de fer avait refusé de conclure un contrat d'affichage, pour la simple raison que les affiches s'élevaient contre l'expulsion de la *Bahnhofsmmission* des gares. Suite à l'arrêt *Fraport* c'est la liberté d'expression qui fait autorité. Conformément à cela, la Cour constitutionnelle a explicitement établi que, dans le cas de l'aéroport de Francfort, l'interdiction de la diffusion de tracts ne pouvait pas être basée sur le désir de créer une « *«atmosphère de bien-être»* dans un beau monde de consommation pure ». ⁴⁹ « L'âme d'un citoyen insouciant et épargné de la misère du monde ne justifie pas que l'État limite les droits fondamentaux ». ⁵⁰ Est exclue *a fortiori* la censure de certaines opinions, parce que l'on en « désapprouve le contenu ou qu'elles sont jugées préjudiciables aux affaires du fait de remarques critiques à l'égard des entreprises en question ». ⁵¹

Il n'est pas encore tout à fait possible de prévoir toutes les conséquences de l'obligation faite aux entreprises publiques de respecter les libertés publiques. Il n'est pas exclu que cela se répercute aussi dans le domaine de la protection sociale ou sur l'article 6 de la loi fondamentale (mariage et famille, enfants naturels). Dans tous les cas, il apparaît désormais clairement que l'examen de ces conséquences doit avoir lieu sur le plan de l'interprétation des droits fondamentaux, et non sur la question de principe de leur application.

⁴⁸ LG Kassel, arrêt du 31 février 2002 – 8 O 428/02, BeckRS 2002, 30852898.

⁴⁹ BVerfGE 128, 226 (266).

⁵⁰ BVerfGE 102, 347 (364).

⁵¹ Cf. BVerfGE 128, 226 (266).

IV. L'interprétation des droits fondamentaux : pas de primauté du droit civil

Cela nous amène à la réflexion suivante : l'étendue des libertés publiques dépend aussi du contenu et de l'interprétation des différents droits. C'est ce que montre de manière frappante la décision pour le droit à la liberté de réunion dans le cas Fraport. Le seul fait que la société Fraport AG soit directement liée par les droits fondamentaux n'apporterait rien, si l'on interprétait le contenu de la liberté de réunion de manière à ce qu'il n'englobe que des réunions sur la voie publique ou dans des locaux spécialement prévus à cet effet. L'application de la liberté de réunion n'implique pas *ipso facto* l'autorisation de rassemblement dans un bâtiment de fonction, tel qu'un aéroport.

Il importe d'approfondir ce point. En Allemagne, dans l'application des droits fondamentaux, l'on fait la distinction entre champ d'application et ingérence. Sous l'angle du champ d'application, on se demande d'abord quel est le contenu protégé par le droit ; ensuite, lorsqu'une mesure s'inscrit dans le champ d'application, l'on vérifie si l'ingérence peut être justifiée. Dans le cas Fraport, il fallait décider si le domaine de protection de la liberté de réunion ne se limitait pas par principe à la voie publique, la question étant pour le reste à résoudre selon les règles du droit privé. La Cour constitutionnelle n'a pas reconnu une telle primauté générale du droit civil. Elle n'a cependant pas non plus suivi la thèse selon laquelle la liberté de réunion autoriserait par principe des manifestations partout.

Nous avons, au contraire, limité la liberté de réunion de manière générale déjà : en principe, ce droit fondamental autorise les rassemblements dans les lieux publics seulement⁵² (y compris ceux pour lesquels il y a un droit d'accès privé).⁵³ Un principe de délimitation entre pouvoir de décision privé et liberté de réunion a, ainsi, été adopté au niveau du domaine de protection des droits fondamentaux déjà. Dans le cas de l'aéroport, cela veut dire que la liberté de réunion ne vaut en général ni pour la zone de sécurité ni dans les espaces monofonctionnels tels que le retrait des bagages. Cela étant, il est important que l'ordre juridique privé ne bénéficie pas d'une priorité de principe, comme la Cour fédérale de justice⁵⁴ –

⁵² BVerfGE 128, 226 (252 sq.).

⁵³ La tenue d'une réunion dans des lieux qui appartiennent à l'organisateur lui-même ou dont la mise à disposition est assurée selon les règles du droit privé (par exemple une réunion dans une arrière-salle ou un hall loué) tombent bien évidemment dans le champ d'application de la liberté de réunion, voir uniquement Max-Emanuel Geis, *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, 5/2012, Berlin, Erich Schmidt, art. 8 point 86 ; Christoph Gusy [6], art. 8 point 43 ; BVerwGE 91, 135 (138 sq.).

⁵⁴ BGH, arrêt du 20 janvier 2006 - V ZR 134/05, NJW 2006, 1054.

l'équivalent de la Cour de cassation en France – le considérait auparavant. La Cour constitutionnelle s'inspire de critères réels⁵⁵ et applique ainsi la liberté de réunion à tous les endroits qui présentent le caractère d'un forum public.⁵⁶ Il est vrai que c'est d'abord par le biais du pouvoir décisionnel privé que l'existence d'un tel forum est décidée. Mais lorsque et tant que celui-ci existe, la primauté de l'ordre juridique privé prend fin : le domaine de protection de la liberté de réunion est alors ouvert. Partant, l'arrêt considère comme fondamentalement légales les réunions dans les espaces de l'aéroport construits comme des centres commerciaux. Des interdictions peuvent évidemment être prononcées, conformément à la législation ordinaire, lorsqu'un danger menace l'exploitation de l'aéroport. Une telle infrastructure étant un site sensible, certaines contraintes sont plus facilement admissibles que sur la voie publique. Ces ingérences doivent cependant être justifiées, au cas par cas, par des risques concrets et toujours se limiter au strict nécessaire.⁵⁷

Cette interprétation a permis de poser une base importante dans la lutte contre la privatisation de l'espace public. Cette décision a en effet une portée considérable, bien au-delà des aéroports : elle vaut pour un nombre croissant de passages commerçants dans les gares et les stations de métro, pour les centres commerciaux communaux, les galeries marchandes, les ports de plaisance ou encore les stations thermales, ainsi que pour les places publiques et de nombreux lieux de loisirs. Bref : la liberté de réunion et la liberté d'expression s'appliquent aux forums de communication publique, et ce indépendamment du fait qu'ils soient soumis au régime du droit public ou à celui du droit privé.

V. La protection des droits fondamentaux et la privatisation matérielle

Jusqu'ici, notre discussion a porté sur la protection des droits fondamentaux dans le cadre de privatisations d'organisation. Nous n'avons donc examiné que les cas de figure dans lesquels les pouvoirs publics étaient encore au moins majoritairement propriétaires, et ainsi soumis à l'obligation directe de respecter les droits

⁵⁵ Quant à la jurisprudence antérieure de la Cour fédérale constitutionnelle, voir BVerfG, arrêt du 19 mars 1984, 2 BvR 1/84 (tagueur de Zurich), NJW 1984, 1293 (1294).

⁵⁶ BVerfGE 128, 226 (253).

⁵⁷ BVerfGE 128, 226 (258 sq.).

fondamentaux. Il n'est cependant pas rare que l'État se désengage complètement de certaines activités. On parle dans ce cas de privatisation matérielle.⁵⁸ En Allemagne, il n'y a plus de participation majoritaire de l'État dans les secteurs de la poste et des télécommunications. Une partie des hôpitaux universitaires est déjà entièrement en mains privées. À Berlin, par exemple, la Potsdamer Platz appartient au secteur privé. Qu'en est-il alors de la protection des droits fondamentaux ? Une manifestation peut-elle avoir lieu dans ces endroits ?

L'arrêt *Fraport* n'apporte pas de réponses définitives à ces questions. Cependant, on y trouve quelques pistes qui suggèrent tout de même une flexibilité suffisante de la doctrine des droits fondamentaux pour ce genre de cas également. Il est vrai que le point de départ est ici inversé : une privatisation matérielle signifie la reconnaissance de la liberté individuelle en tant que principe de l'exécution de la prestation.⁵⁹ La situation des libertés publiques après une privatisation matérielle pose les mêmes questions que la protection des droits fondamentaux entre acteurs privés de manière générale. Un hôpital universitaire privé peut aussi bien invoquer les libertés individuelles protégées par la loi fondamentale qu'une clinique ou un médecin et ce constat vaut également pour les sociétés d'approvisionnement en eau, les exploitants autoroutiers ou les services de sécurité privés. La question de savoir qui sont les meilleurs prestataires pour ce type de services, des titulaires de la liberté individuelle ou des acteurs publics, appelle une réponse d'ordre politique qui ne peut pas être contrecarrée par les droits fondamentaux. Le « sens public » ou une doctrine des missions publiques ne sont pas des critères appropriés au moyen desquels la justice pourrait disposer du statut de la liberté individuelle et soumettre des actions de droit privé à des contraintes étatiques. Il faut aussi savoir que, en Allemagne, un privilège, au sens de la doctrine française du service public, ne découle pas automatiquement de l'exécution de tâches d'intérêt public.

Les entreprises privées jouissent par conséquent de la pleine protection des droits fondamentaux même lorsqu'elles sont actives dans des secteurs qui étaient autrefois réservés à l'État, ou qui relèvent de l'intérêt public. Cependant, elles ne sont pas pour autant à l'abri de recours. Leur liberté est à concilier avec la liberté des autres, c'est-à-dire les clients et les consommateurs. L'État peut assurer cela par le biais du droit administratif, mais aussi au moyen du droit civil. Ainsi qu'il a été mentionné, les pouvoirs publics sont, selon la doctrine allemande, liés par les droits fondamentaux en tant que principes objectifs, et ces droits peuvent également impliquer une obligation de protéger. Ainsi, dans le cadre des relations de droit privé, les libertés publiques se réalisent en tant que principes objectifs, via ce que l'on appelle « l'effet horizontal indirect », c'est-à-dire à une interprétation du

⁵⁸ Cf. uniquement Hartmut Maurer[15], § 23 point 63.

⁵⁹ *Ibid.*

droit ordinaire dictée par le droit constitutionnel.⁶⁰ Ceci est particulièrement vrai pour notions indéterminées et les clauses générales. Matériellement, une obligation de respecter les droits fondamentaux pour les entreprises privées ne possède, dans tous les cas, qu'une portée relative, qui découle d'une mise en balance de leur liberté avec celle des tiers.⁶¹

Pourtant, l'arrêt Fraport énonce pour la première fois explicitement qu'une telle mise en balance peut, dans certaines circonstances, conduire à des obligations qui « se rapprochent ou même égalent » les contraintes strictes auxquelles l'État est soumis.⁶² Pour les droits fondamentaux liés à la communication (article 5 de la loi fondamentale), la Cour admet l'existence de telles obligations lorsque des entreprises privées « fournissent les conditions cadres de la communication », dans ce cas, elles ne sont donc pas de simples acteurs sur le marché des opinions, mais elles rendent elles-mêmes ce marché possible.⁶³ Le domaine de la poste et des télécommunications en est une parfaite illustration. Dans ce cas, les enjeux de la privatisation pour la protection des droits fondamentaux sont particulièrement visibles. Le secret de la correspondance ou des télécommunications ne peut pas être considéré comme moins strict à l'égard des opérateurs privés qu'il ne l'était par le passé pour la poste classique, encore aux mains de l'État.⁶⁴ La Cour prend en considération le fait que, dans ce contexte, des acteurs privés « occupent désormais des fonctions qui [...] étaient autrefois assignées à l'État. »⁶⁵ On peut s'interroger sur la pertinence de l'argument tiré de la tradition. Cette approche semble plutôt faire état d'une grande flexibilité qui a toujours été au cœur de la doctrine des droits fondamentaux en tant que principes objectifs et de la théorie de l'effet horizontal indirect. En termes plus abstraits, cette doctrine a toujours été un instrument destiné à empêcher que, dans les rapports entre acteurs privés, des déséquilibres structurels n'en viennent à annihiler une jouissance réelle et égale des libertés publiques.⁶⁶ Fondamentalement, on en revient toujours à la relation entre liberté et égalité, un champ de tensions dont le législateur a toujours dû assurer l'équilibre en matière civile. Aujourd'hui cette tâche est, au moins en partie, sous le contrôle de la justice constitutionnelle. Les garanties concernant l'égalité de traitement, qui sont considérables au niveau européen, y compris à l'égard des acteurs privés, constituent le symbole de ce rapprochement. Dans ce cadre, les acteurs privés sont aujourd'hui soumis à des exigences d'égalité de traitement qui rejoignent souvent le niveau des revendications formulées à l'égard de l'État.

⁶⁰ Friedrich Schoch, *Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft*, NVwZ 2008, 240 (244).

⁶¹ BVerfGE 128, 226 (249).

⁶² *Ibid.*

⁶³ BVerfGE 128, 226 (249).

⁶⁴ Cf. par exemple Georg Hermes, Dreier [7], art. 10 point 44 sq.

⁶⁵ BVerfGE 128, 226 (249 sq.).

⁶⁶ BVerfGE 25, 256. ; 81, 242 ; 89, 214.

En Allemagne, on discute parfois de savoir si, dans certains cas, au-delà de l'effet indirect des droits fondamentaux, une obligation directe de respecter ces droits ne devrait pas aussi entrer en ligne de compte.⁶⁷ À mon sens, cette question est essentiellement théorique : il y aura toujours débat sur le degré de précision nécessaire des règles de conciliation adoptées par le législateur et sur l'influence des droits fondamentaux dans le cadre de l'interprétation du droit civil. Il reste à savoir si, un jour, l'absence de porte ouverte à l'obligation indirecte de respecter les droits fondamentaux nous forcera à postuler que les particuliers peuvent être liés directement par les droits fondamentaux.

VI. Comparabilité avec les développements internationaux

Il reste à savoir comment nos doctrines sur les droits fondamentaux sont perçues au niveau international – un point auquel nous devons porter une attention accrue. Aux États-Unis, la question de la privatisation de l'espace public s'est posée en 1946 déjà.⁶⁸ Des adeptes des Témoins de Jéhovah furent sanctionnés pour avoir distribué des tracts religieux dans une ville privée construite par une entreprise pour ses employés. Dans cette affaire, la Cour suprême a confirmé l'application des libertés, y compris dans des lieux publics appartenant au secteur privé,⁶⁹ et elle les a même étendues, dans un premier temps, aux centres commerciaux.⁷⁰ Elle a cependant relativisé cette jurisprudence par la suite⁷¹ et la question a finalement été renvoyée à l'appréciation des États.⁷² Toujours est-il que, à cette occasion, la soumission des acteurs privés aux libertés publiques californiennes a été confirmée. Dans l'ensemble, le droit américain est cependant beaucoup moins flexible que le droit allemand en ce qui concerne l'ajustement de la protection des

⁶⁷ Concernant les risques d'une telle approche, voir uniquement Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsnormen*, Staat, Verfassung, Demokratie [3], p. 159 (189 sq., 195 sq.) ; Werner Heun, *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1999, Baden-Baden, Nomos, p. 76 sq.

⁶⁸ Cf. le vue d'ensemble : Annegret Rohloff, *Grundrechtsschranken in Deutschland und den USA*, 2008, Berlin, LIT, p. 172 sq.

⁶⁹ *Marsh v. State of Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).

⁷⁰ *Food Employees v. LoganValley*, 391 U.S. 308 (1968).

⁷¹ Cf. *Lloyd Corp v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972) ; *Hudgens v. National Labour Relations Board*, 424 U.S. 507 (1976).

⁷² Cf. *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980).

droits fondamentaux à des menaces provenant du secteur privé : une obligation générale de respecter les libertés publiques pour les particuliers, même indirectement, est inconnue en droit américain.⁷³ Le principe très général du « ou bien/ou bien » n'est couvert que ponctuellement par des cas de figure. La Cour suprême n'en a pas moins elle aussi explicitement reconnu la liberté d'expression dans les aéroports étatiques.⁷⁴ Le critère déterminant a été celui du « public forum ». Avant cela, la Cour suprême canadienne avait de manière encore plus unanime qualifié l'aéroport de Montréal de « public arena ».⁷⁵ Dans ce cas, l'État n'a pas pu interdire la distribution de tracts en invoquant son droit à la propriété privée.

En Europe, il existe peu de jurisprudence sur la question des espaces publics privatisés. En droit communautaire, un réajustement fonctionnel des conditions d'intervention de l'État et du secteur privé est dans la droite ligne de la jurisprudence⁷⁶ – et ici, de façon par trop simpliste : le marché libre est le principe suprême et ses règles font foi pour tous et de manière identique – qu'il s'agisse d'acteurs privés ou étatiques. Pour les espaces publics, cela peut représenter une solution fondamentalement viable. Cependant il semble judicieux de mettre expressément en garde contre un nivellement général de la différence entre le secteur privé et l'État. La focalisation sur le marché crée le risque d'une perte de différenciation : il ne faut pas oublier que les États assurent un mandat démocratique, et ce dans des conditions spécifiques. La protection des données fournit un exemple particulièrement clair. Dans ce cas, le droit de l'Union européenne ne fait pas de distinction fondamentale entre les domaines public et privé.⁷⁷ La différence de principe entre le traitement des données effectué en toute liberté et celui soumis à des obligations étatiques est ainsi trop facilement oubliée.⁷⁸ Les projets enragés et

⁷³ Nancy C. Johnson, *Vereinigte Staaten von Amerika*, Grundrechte in Europa und USA, Vol. I : Strukturen nationaler Systeme, 1986, Kehl, Engel, p. 885, 936.

⁷⁴ Board of Airport Commissioners of Los Angeles v. Jews for Jesus, 482 U.S. 569 (1987); International Society for Krishna Consciousness (ISKCON) v. Lee, 505 U.S. 672 (1992), S. 699 sq.

⁷⁵ Supreme Court of Canada, Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada, (1991), 1 S. C. R. 139, p. 86 sq.

⁷⁶ Cf. Cour de justice, arrêt du 12 juillet 2012, C-171/11 (Fra.bo SpA/Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfachese. V. (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein), pas encore publié au recueil, ainsi que les conclusions de l'avocate générale Verica Trstenjak du 28 mars 2012 ; pour la jurisprudence antérieure de la Cour de justice, voir arrêt du 15 décembre 1995, C-415/93 (Bosman), recueil 1995, I-4921 ; arrêt du 11 décembre 2007, C-438/05 (Viking Line), recueil 2007, I-10779 ; arrêt du 6 juin 2000, C-281/98 (Angonese), recueil 2000, I-4139 ; arrêt du 17 juillet 2008, C-94/07 (Raccanelli), recueil 2008, I-5939.

⁷⁷ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ; Jürgen Kühling et autres, *Datenschutzrecht*, 2ème édition 2011, Heidelberg, C. F. Müller, p. 23 sq.

⁷⁸ Cf. aussi Johannes Masing, *Herausforderungen des Datenschutzes*, NJW 2012, 2305.

inquiétants d'un nouveau règlement concernant la protection des données, qui vise notamment à soumettre l'expression d'opinions à caractère personnel à la régulation de préposés ne font que perpétuer de vieilles fautes.

L'attitude de la Cour européenne des droits de l'homme est proche de celle des juridictions allemandes – et elle s'en inspire même peut-être. Elle prend naturellement comme point de départ les obligations de protection de l'État, ainsi qu'une sorte d'effet horizontal indirect des droits fondamentaux.⁷⁹ La jurisprudence qui en découle reste cependant ouverte. D'une part, dans un litige portant sur des nuisances sonores provoquées par l'aéroport d'Heathrow, la Cour n'a accordé aucune importance au fait que cette infrastructure était dans les mains d'un exploitant privé.⁸⁰ D'autre part, les juges ont considéré, dans l'affaire Appelby⁸¹, qu'une limitation drastique de la liberté d'expression dans un centre commercial était justifiée, car ce dernier appartenait au secteur privé. Quoi qu'il en soit de l'appréciation de ces décisions, le parallélisme des enjeux et la proximité dogmatique ne doivent pas forcément inciter la Cour européenne des droits de l'homme à reproduire la jurisprudence allemande, qui sera brièvement résumée par la suite. En effet, la Cour européenne intervient à un niveau différent. Elle ne doit garantir qu'un standard minimum de protection des droits de l'homme et, pour leur concrétisation, laisser la porte ouverte aux solutions adaptées aux structures juridiques concernées. Peut-être est-ce d'ailleurs en ce sens qu'il faut interpréter l'arrêt Appelby. *A contrario*, ce standard minimum ne doit pas être réinterprété par les juridictions nationales comme un standard maximum : le dialogue entre juges n'implique pas forcément une synchronisation parfaite, mais souvent, plutôt, le développement par la différence. Il est vrai que, en fin de compte, il incombe à la Cour européenne des droits de l'homme de préserver de manière effective les promesses faites de protéger la liberté. Et le point fondamental devrait être ici aussi : il faut soigneusement faire la distinction entre liberté individuelle et contraintes étatiques ; mais, dans le même temps, il doit y avoir une obligation des États de protéger les citoyens, lorsque les acteurs privés portent atteinte à leur liberté. Au niveau interne déjà, tracer la limite entre responsabilité politique et contrôle juridictionnel constitue un défi immense – alors imaginez la situation lorsqu'il faut composer avec les traditions juridiques de 47 États membres ! Une des missions les plus importantes de la protection des droits fondamentaux dans les décennies à venir sera de définir les points de jonction entre les différents niveaux (– et si cela réussit, la Grèce aura surmonté la privatisation de Pirée).

⁷⁹ Rainer J. Schweizer, *Allgemeine Grundsätze*, Handbuch der Grundrechte, Vol. VI/1, 2010, Heidelberg, C. F. Müller, § 138 point 65.

⁸⁰ CEDH (Grande Chambre), arrêt du 8 juillet 2003, Hatton et autres v. UK, n° 36022/97, ECHR 2003-VIII, EuGRZ 2005, 584.

⁸¹ CEDH, arrêt du 6 mai 2003, Appelby v. UK, n° 44306/98, ECHR 2003-VI.

VII. Conclusions

Notre étude nous amène aux conclusions suivantes : les privatisations ne minimisent pas la protection des droits fondamentaux. Les privatisations d'organisation ne permettent pas aux organismes concernés d'échapper à l'obligation directe et stricte de respecter les libertés en tant que droits de défense. Une entreprise publique, même lorsqu'elle agit dans les formes du droit civil, reste directement liée par les droits fondamentaux et ne peut pas elle-même s'en prévaloir. En revanche, en cas de privatisation matérielle, la société privée en question devient titulaire des libertés publiques. Elle n'est donc soumise qu'aux règles du droit ordinaire, sans oublier bien sûr les effets des droits fondamentaux en tant que normes de principe et idées directrices – chargées de concilier les différentes libertés. Lorsque des atteintes aux libertés se produisent, par exemple, suite à une privatisation de l'espace public ou lorsqu'il y a des écarts de pouvoir, il convient d'en tenir compte par le biais de l'interprétation indirecte des droits fondamentaux concernés, i.e. il faut chercher un juste équilibre qui tient compte des droits fondamentaux en tant qu'idées directrices – sachant qu'en fonction du domaine, l'implication des acteurs privés peut aller aussi loin que celle de l'État.

Étant arrivé au terme de l'étude, il convient d'ajouter une dernière réflexion méthodologique : la Cour constitutionnelle n'a pas statué sur la question de savoir si les droits fondamentaux liaient également les entreprises publiques, en se demandant si et dans quelle mesure celles-ci servaient la logique de fonctionnement du marché. Elle a plutôt pris sa décision en s'appuyant sur l'idée normative des droits fondamentaux en tant que promesses de liberté : littéralement, l'obligation de respecter ces droits « n'est pas soumise à une réserve d'utilité ou de fonction ».⁸² Dans une perspective juridictionnelle, ceci semble central : le droit en tant que domaine scientifique est très large ; il englobe la critique du pouvoir, ainsi que la recherche de solutions fonctionnelles et adéquates aux difficultés qui se présentent. Cela passe aussi par le biais de propositions au niveau de la politique judiciaire. Il n'en reste pas moins que, dans l'interprétation de la constitution – ainsi que de toute norme – c'est à la fonctionnalité de prendre la mesure du droit, et non au droit de prendre la mesure de la fonctionnalité.

Johannes Masing

Professeur de droit public à l'Université de Fribourg-en-Brisgau (Allemagne) et, depuis avril 2008, juge à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (premier Sénat).

⁸² BVerfGE 128, 226 (245).