



HAL
open science

L'économie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Olivier Baillet

► **To cite this version:**

Olivier Baillet. L'économie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2019. Français. NNT : 2019PA01D071 . tel-04079619

HAL Id: tel-04079619

<https://hal.science/tel-04079619>

Submitted on 4 Dec 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



ÉCOLE DE DROIT DE LA SORBONNE

THÈSE

pour l'obtention du grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON-SORBONNE

Discipline : Droit public

Spécialité : Droit international & européen

**L'ÉCONOMIE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR
EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**

Présentée et soutenue publiquement par

Olivier BAILLET

le 3 décembre 2019

JURY

M. Jean-Marc SOREL (Directeur de la recherche)

Professeur de droit public à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

M. Régis BISMUTH (Co-directeur de la recherche)

Professeur de droit public à l'École de Droit de Sciences Po Paris

Mme Laurence BURGORGUE-LARSEN (Présidente)

Professeure de droit public à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

M. Francesco MARTUCCI (Rapporteur)

Professeur de droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas

M. Dean SPIELMANN

Ancien Juge et Président de la Cour européenne des droits de l'homme

Juge au Tribunal de l'Union européenne

Mme Hélène TIGROUDJA (Rapporteur)

Professeure de droit public à l'Université d'Aix-Marseille

Membre du Comité des droits de l'homme des Nations Unies

À mes grands-parents.

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont naturellement aux Professeurs Régis Bismuth et Jean-Marc Sorel, pour leurs conseils précieux, scientifiques ou littéraires, leurs (trop) patientes relectures et leur constante bienveillance. Je tiens à leur adresser l'expression de ma sincère gratitude pour m'avoir ainsi mené jusqu'au bout dans ce travail de thèse et avoir écouté et lu mes infatigables doutes.

Je remercie également Mme Burgogue-Larsen, MM. Martucci et Spielmann et Mme Tigroudja de m'avoir fait l'honneur de consacrer un temps que je sais très rare à lire ma thèse et siéger dans mon jury.

Je voudrais également remercier très chaleureusement et avec l'expression de ma sincère gratitude, Daniel Ventura, Julie Ferrero, Hélène Maigne, Marion Larché, Edoardo Stoppioni et Charlotte Collin d'avoir accepté de relire, dans des conditions difficiles, des pages de ce travail. Ils m'ont parfois soutenu bien, bien au-delà de ce qu'ils auraient dû faire. Cette thèse est en partie la leur.

L'une des difficultés de la thèse tient à la nature solitaire de ce travail. J'ai eu la chance de ne jamais me sentir seul et d'être entouré de collègues qui m'ont honoré de leur amitié. Que Charlotte, Edoardo, Marion, Daniel, Lena, Aurélie, Tatum, Hélène, Amaël, Julie, Inès, Louise, Camille, Marianna et Catherine trouvent ici un hommage imparfait aux moments de joie, de doute et parfois de grâce qui ont fait de ces années un long fleuve chaleureux, à défaut d'avoir été toujours tranquille.

Je tiens également à adresser mes remerciements sincères à Lena Chercheneff, Julie Ferrero et tout spécialement Catherine Botoko, pour leurs encouragements, leur écoute patiente et pour m'avoir insufflé la force et la joie qui m'ont parfois fait défaut lors des quelques semaines que nous avons partagées à l'IREDIÉS. Je suis rassuré de vous avoir quittées sous le haut patronage de *George*.

Je voudrais également remercier toutes les personnes sans l'amour desquelles je n'aurais pas accompli ce travail et que je me réjouis de retrouver libéré de la thèse : Nadia, Estelle, Lara, Tianès, Élodie, Martin, Anelore, Claire et ma sœur Laëtitia, dont les conseils et les idées m'ont aidé plus qu'elle ne le sait depuis le début de ma vie.

À l'heure d'achever cette part de ma vie, je ne peux que penser à Guillaume, qui aura sans doute subi cette thèse encore davantage que moi. Qu'il puisse trouver ici le témoignage de ce qu'il représente pour moi.

Je souhaite enfin exprimer à mes parents, Josiane et Jean-François, une gratitude profonde qui ne rendra justice ni à ce que je leur dois, ni à l'amour et à l'admiration que je leur porte.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1 : L'INTÉGRATION DE LA MATIÈRE ÉCONOMIQUE DANS LE CHAMP CONVENTIONNEL

TITRE 1 : L'INTÉGRATION DU FAIT

Chapitre 1 : Le rôle du fait économique dans l'exercice du recours individuel

Chapitre 2 : Le fait économique dans la réparation

TITRE 2 : L'INTÉGRATION DE L'OBJET

Chapitre 3 : L'élargissement du champ d'application des droits

Chapitre 4 : L'approfondissement du contenu des droits

PARTIE 2 : L'ADAPTATION DES GARANTIES CONVENTIONNELLES FACE À LA MATIÈRE ÉCONOMIQUE

TITRE 3 : LA PROCÉDURALISATION DU CONTRÔLE

Chapitre 5 : La transformation des droits procéduraux

Chapitre 6 : La procéduralisation des droits substantiels

TITRE 4 : LA HIÉRARCHISATION DES OBJETS

Chapitre 7 : Le contrôle restreint de l'action de l'État en matière économique

Chapitre 8 : L'absence d'un ordre public économique européen

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

SIGLES ET ABBRÉVIATIONS

1. Revues et publications

AFDI	Annuaire français de droit international
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
D.	Recueil Dalloz
EJIL	European Journal of International Law
JCP E	La Semaine juridique – Entreprises et affaires
JCP G	La Semaine juridique – Édition générale
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
ICSID Review	International Center for the Settlement of Investment Disputes Review
ICLQ	International Constitutional Law Quarterly
JDI	Journal du droit international
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
PUF	PUF
OUP	Oxford University Press
R.C.A.D.I.	Recueil des cours de l'Académie de droit international
RDFL	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP	Revue du droit public
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial

RTD eur Revue trimestrielle de droit européen

RTDH Revue trimestrielle des droits de l'homme

2. Instruments, institutions, et juridictions

CDFUE Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

CDI Commission du droit international

CE Conseil d'État (français)

CIJ Cour internationale de Justice

Civ. Chambre civile de la Cour de cassation

CPJI Cour permanente de justice internationale

CIRDI Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

CJCE Cour de justice des communautés européennes

CJUE Cour de justice de l'Union européenne

CNUDCI Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International

Com. EDH Commission européenne des droits de l'homme

Cons. const. Conseil constitutionnel

Conv. EDH Convention européenne des droits de l'homme

Cour EDH Cour européenne des droits de l'homme

Cour IADH Cour interaméricaine des droits de l'homme

CPA Cour permanente d'arbitrage

Déc. Décision de recevabilité ou de la Commission

FMI Fonds monétaire international

GC Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne

OCDE Organisation de coopération et de développement économique

OMC Organisation mondiale du commerce

Plén.	Formation plénière des anciennes Cour et Commission européennes des droits de l'homme
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
TA	Tribunal arbitral
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Écrire que « la diffusion de tels propos pouvait avoir un effet négatif sur les ventes des fours [à micro-ondes] en Suisse » peut paraître insolite, voire trivial, mais en tout cas pas vraiment déconcertant. De même, affirmer « qu'un investissement en obligations ne peut être exempt de risques » et que, dès lors, « entre l'émission d'un tel titre et son arrivée à maturité, il s'écoule en principe un laps de temps assez long pendant lequel se produisent des événements imprévisibles pouvant avoir pour effet de réduire considérablement la solvabilité de leur émetteur », n'a a priori rien de très surprenant. Pourtant, dès que l'on remarque que l'auteur de ces propos n'est pas un économiste, ni même un juriste « d'affaires » ou un tribunal arbitral d'investissement, mais la Cour européenne des droits de l'Homme¹, ils prennent incontestablement une dimension différente.

2. Sans doute est-ce le contraste, d'aucuns penseront « antithèse », apparent entre leur teneur et leur auteur qui suscite l'interrogation du lecteur. La Cour de Strasbourg est naturellement assimilée au traité dont elle assure « l'interprétation et l'application »², et donc à l'objet de ce dernier : la protection des droits de l'Homme³. Ce qui surprend alors est la présence de termes économiques qui semblent faire irruption dans un univers philosophique et juridique qui ne serait pas le leur mais davantage celui de la protection de la dignité de l'individu, de la préservation de sa liberté, ou à ce « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques » auquel fait référence le Préambule de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

3. Pourtant, force est de constater que cette terminologie économique est omniprésente dans le raisonnement⁴ de la Cour. Sans prétendre, loin s'en faut, à l'exhaustivité, on pensera

¹ Respectivement Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, n° 25181/94, CEDH 1998-VI, § 49 ; Cour EDH, 21 juillet 2016, *Mamatas et autres c. Grèce*, n°s 63066/14, 64297/14 et 66106/14, § 117.

² Art. 32 Conv. EDH.

³ D'un point de vue terminologique, les critiques à l'encontre du choix lexical du terme « Homme » selon lesquelles il conviendrait d'y substituer celui de « droits humains » sont légitimes, mais ne sont pas toujours consacrées par les instruments et le droit en vigueur, notamment par la Convention européenne, et pas davantage par la doctrine francophone ; par conséquent, le terme sera repris tel qu'il est employé selon les cas, même alors que la majuscule *H* est souvent omise, sans que cela reflète l'opinion de l'auteur.

⁴ Ne sont pas prises en considération, à ce stade, les occurrences qui se situent uniquement dans le rappel des faits effectués par la Cour, ou dans les allégations des parties à l'instance.

ainsi aux prestations sociales contributives et non-contributives⁵, aux crises économiques⁶ et financières⁷, à l'aléa moral⁸, à la balance commerciale⁹ comme à la répartition des dettes dans le cadre de successions d'États¹⁰, aux « forces du marché »¹¹ comme aux discours publicitaires et commerciaux¹², aux secteurs concurrentiels¹³ et à la « concurrence déloyale »¹⁴, ou bien encore à l'inflation¹⁵ et même à la libre circulation des capitaux¹⁶. Les arrêts de la Cour comportent également un fort enjeu financier, comme en témoigne l'arrêt octroyant aux actionnaires de l'entreprise *Yukos*, sur le fondement de l'article 41 de la Convention, une somme d'un montant de presque 2 milliards d'euros en réparation du préjudice découlant du constat de sa violation¹⁷. Si un tel montant fait probablement pâle figure au regard de celui résultant de la condamnation quasiment concomitante de la Russie dans la même affaire par un tribunal arbitral d'investissement¹⁸, il n'en constitue pas moins un chiffre sans précédent dans l'histoire de la Cour. Il interroge également sur la finalité du mécanisme conventionnel : serait-il devenu une alternative aux juridictions économiques, d'autant que, comme le relève U. Kriebaum, il ne s'agissait pas de la première affaire dans laquelle la Cour avait été saisie parallèlement à un ou plusieurs tribunaux arbitraux d'investissement¹⁹.

⁵ Cour EDH (GC), 6 juillet 2005, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n^{os} 65731/01 et 65900/01, CEDH 2006-VI, p. 19, § 54. (décision).

⁶ Voy. pour la première occurrence, à notre connaissance, dès Cour EDH, 10 juillet 1984, *Guincho c. Portugal*, n^o 8990/80, § 38.

⁷ Initialement à propos de la réparation Cour EDH (déc.), 4 septembre 2012, *Dumitru c. Roumanie*, n^o 57265/08, § 48 (décision).

⁸ Cour EDH (déc.), 10 juillet 2012, *Grainger c. Royaume-Uni*, n^o 34940/10, § 42.

⁹ Cour EDH (déc.), 27 juin 2002, *Federation of Offshore Workers' Trade Unions And Others*^[1]_{SÉP} c. Norvège, n^o 38190/97, CEDH 2002-VI, p. 17.

¹⁰ Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Lišić et Autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Sloveie Et Ex-Republique Yougoslave De Macedoine*, n^o 60642/08, CEDH 2014, § 118.

¹¹ Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, n^o 8793/79, Série A, n^o 98, § 47.

¹² Cour EDH, 24 février 1994, *Casado Coca c. Espagne*, n^o 15450/89, § 54.

¹³ Cour EDH (déc.), 23 septembre 2003, *Radio France et autres c. France*, n^o 53984/00, p. 23.

¹⁴ Cour EDH, 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, n^o 105572/93, § 33.

¹⁵ Au titre de la réparation : Cour EDH (plén.), 18 décembre 1984, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n^o 7151/75, 7152/75, § 30 ; pour une première occurrence au titre de la détermination de l'existence d'une violation : Cour EDH (plén.), 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, n^{os} 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81 9266/81, 9313/81, 9405/81, §§ 144-147.

¹⁶ Cour EDH, arrêt du 7 juin 2007, *Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale d'Iparralde c. France*, n^o 71251/01, § 48.

¹⁷ Cour EDH, arrêt du 31 juillet 2014, *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, n^o 14902/04, pt. 2 du dispositif, (satisfaction équitable).

¹⁸ Voir la sentence dans les affaires jointes : CPA, sentence du 18 juillet 2014, *Hulley Enterprises Ltd. (Cyprus) v. Russian Federation*, n^o A 226, p. 564, § 1827 : le Tribunal octroie ainsi aux requérants la somme de 50,020,867,798 USD.

¹⁹ U. KRIEBAUM, « Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration ? », in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, E.U. PETERSMANN (dir.), *Human Rights in International Investment Arbitration*, op. cit., note 17, p. 219 : Cour EDH (déc.), 4 septembre 2001, *Elektrouzhmontazh c. Ukraine*, n^o 655/05, qui a déclaré la requête irrecevable ; TA CNUDCI, sentence du 26 mars 2008, *Liability Co AMTO c. Ukraine*, CCS n^o 080/2005 ; voy. plus récemment : C. BROWN, « Investment Treaty Tribunals and Human

4. Afin d'énoncer la problématique de l'étude et la méthodologie retenue au regard de son champ particulier, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (II), il est nécessaire de la situer dans la perspective plus globale des interactions entre le droit des droits de l'Homme et la sphère économique (I).

§1. La relation entre les droits de l'homme et l'économie

5. Analyser la nature comme la spécificité des relations entre le système économique et celui des droits de l'Homme (B) suppose en premier lieu de pouvoir en délimiter les contours en définissant la notion « d'économie » (A).

A. Le choix nécessaire d'une définition de l'économie

6. L'économie est à ce point omniprésente dans nos sociétés contemporaines, en tout cas dans le discours politique et scientifique, qu'elle ne fait pas toujours l'objet d'une définition tant la notion peut sembler évidente²⁰. Pourtant, s'en référer ainsi à « l'imaginaire de l'économie »²¹ conduit à postuler, avec le risque de susciter des incompréhensions, qu'il s'agit d'une notion naturelle et univoque. Un tel écueil doit donc être évité afin de délimiter l'objet de cette étude et de ne pas biaiser la spécificité de l'analyse juridique de ses manifestations. Pour ce faire, il n'est pas inutile d'examiner comment la science économique appréhende son propre objet (1), ce qui permet de saisir pourquoi la science juridique a autant de difficultés à en fournir une définition, sinon uniforme, du moins homogène (2).

Rights Courts : Competitors or Collaborators ? », *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2016, vol. 15, n° 2, pp. 287-304 ; E. de BRABANDÈRE, « Complementarity of Conflict ? Contrasting the Yukos Case before the European Court of Human Rights and Investment Tribunals », *ICSID Review*, 2015, vol. 30, n° 2, pp. 345-355.

²⁰ Voy. ainsi la thèse de M.-L. DUSSART, *Constitution et économie*, Paris, Dalloz, 2015, XXI-379 p., spéc. « Introduction générale » pp. 1-18, dans laquelle l'auteure mentionne tour à tour « la vie économique » (p. 1), la « question économique » p. 2 ou le « droit économique » (pp. 8-9) mais sans réellement en proposer de définition.

²¹ L'expression est empruntée à S. LATOUCHE, *L'invention de l'économie*, Paris, Albin Michel, 2005, 263 p., p. 23.

1. L'économie appréhendée par la science économique

7. L'étymologie grecque du terme « économie » est, logiquement, souvent avancée comme point de départ de toute tentative d'identification. Le mot, présent chez les philosophes de la Grèce antique²², a été construit à partir de la juxtaposition du terme d'*οἶκος* - *oikos*, la maison, et de *νόμος* - *nomos*, qui est lui-même polysémique mais que l'on peut raisonnablement traduire par « administration »²³. L'économie serait donc, *stricto sensu*, l'art d'administrer le foyer familial, entendu comme l'une des cellules sociales existant dans la Cité. Toutefois, pour Platon, ce foyer familial représente la « base de l'organisation sociale »²⁴ et, à ce titre, l'étalon de répartition des richesses au sein de la Cité idéale. L'économie se confond alors selon lui avec le politique, et désigne déjà davantage une discipline prescriptive plutôt que descriptive.

8. Platon déduit de ces postulats que l'ordre économique idéal serait la communauté des biens, ce qu'Aristote dénoncera au contraire comme étant inadapté à la condition naturelle de l'être humain²⁵. Si cette position naturaliste semble ramener la notion d'économie à une finalité plus descriptive, quoique fondée elle aussi sur des postulats philosophiques par définition contestables, elle est en réalité très proche de son acceptation platonicienne. Il s'agit en effet chez l'un et l'autre de proposer les modalités de la vie économique de la Cité les plus aptes à permettre la réalisation d'objectif donné, que l'on pourrait qualifier, de manière certainement anachronique, de justice sociale au service de l'efficacité de l'organisation politique de la Cité. L'économie s'opposait d'ailleurs chez Aristote à la chrématistique, c'est-à-dire l'accumulation de richesses conçue comme une finalité, alors que les deux termes sont aujourd'hui souvent utilisés comme deux synonymes en raison de l'influence du système capitaliste. La production d'usage est nécessaire et souhaitable, quand la production pour le gain serait un dévoiement de la bonne administration²⁶

9. Après plusieurs siècles de relatif désintérêt dans la pensée occidentale, la question de l'économie ressurgit avec l'émergence du mouvement des physiocrates, à partir des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècle, sous la terminologie nouvelle « d'économie politique ». L'origine du terme est

²² H. DENIS, *Histoire de la pensée économique*, Paris, P.U.F., 2^{ème} éd., 2008, 725 p., pp. 19-34.

²³ Aristote, *Les Politiques*, Paris, GF Flammarion, 2015, 592 p., p. 113.

²⁴ H. DENIS, *Histoire de la pensée économique*., *op. cit.*, p. 31.

²⁵ V. ZENCKER, *Les rapports du droit et de l'économie : contribution à une analyse comparative des théories du droit sur l'économie*, thèse, Paris 5, 2012, p. 84.

²⁶ K. POLANYI, *La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, 1983, 463 p., pp. 100-101.

attribuée à A. de Montchrestien et à son *Traité d'économie politique*²⁷, et doit incontestablement une part importante de son succès à son utilisation par Adam Smith dans sa *Richesse des Nations*²⁸. L'expression désigne toujours un art ou une discipline intellectuelle ayant pour objet l'étude des faits économiques afin d'en identifier les lois naturelles. Néanmoins, sa finalité s'en trouve profondément modifiée, puisqu'il s'agit désormais d'expliquer comment permettre l'enrichissement maximum d'une nation. Cette révolution modifie profondément le sens de l'économie et ses fondations intellectuelles. Loin de condamner la poursuite du gain comme Aristote, Smith construit son raisonnement sur la prédisposition supposée de l'homme à l'échange économique et naturalise la poursuite de l'enrichissement. Ce faisant, l'économie se détache de la philosophie morale pour développer des méthodes propres et scientifiques²⁹ d'étude et de *description des faits économiques*. Ce glissement permet en réalité de saisir le second sens du terme « économie » : par extension, il désigne donc l'objet même de cette discipline et est donc entendu classiquement par Say ou Walras comme « la formation, la distribution et la consommation des richesses »³⁰.

10. Si cette difficulté conceptuelle se trouve accentuée par la polysémie du terme en langue française, qui renvoie à ces deux acceptions pourtant *a priori* distinctes, cette « confusion » ne lui est pas propre. Ainsi, alors qu'elle paraît de prime abord évitée en langue anglaise, qui permet de distinguer entre « *economy* » et « *economics* », elle ne l'est pas toujours puisque l'expression *economics* est également employée au sens premier de *economy*. A l'exception de l'allemand³¹, beaucoup d'autres langues connaissent cette même pluralité³², qui conduit souvent à confondre l'économie entendue comme le système productif, qui est l'objet d'une science relativement récente qui repose elle-même sur un certain nombre de postulats.

²⁷ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de philosophie politique*, Paris, P.U.F., 2010, 3^{ème} éd., XXIV-1323 p., p. 263.

²⁸ A. SMITH, *Recherches sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations – Livre V*, trad. J.-M. SERVET (dir.), Paris, Economica, 2005, 989 p.

²⁹ Il s'agit en tout cas de l'ambition de ces avocats, et qui fait toujours débat tant parmi les économistes que parmi les membres des autres disciplines dites « sociales ».

³⁰ Tel que le rappellent A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, pp. 261 et 263, et B. OPPETIT, « Droit et économie », in *Archives philosophiques du droit. Droit et économie*, 1992, t. 31, pp. 17-26, p. 18.

³¹ La langue allemande distingue en effet entre *Volkswirtschaft* (entendu comme la science économique) et *Wirtschaft* (l'activité économique).

³² « *Economia* » pour les deux acceptions en italien et en portugais, « *economía* » en espagnol.

11. La confusion est également entretenue entre l'économie comme phénomène inhérent à toute société³³, et la manière dont elle s'organise dans une société donnée. Pour Hayek, l'économie doit être un « ordre spontané », c'est-à-dire un « ordre qui ne soit pas fabriqué délibérément »³⁴. Cette appréhension de l'économie poursuit cependant une visée normative, c'est-à-dire qu'elle vise à délégitimer l'idée qu'une action rationnelle d'organisation de l'économie soit possible. L'économie décrite par Hayek est donc, comme chez Smith, une construction idéale fondée sur des postulats idéologiques qui a pour ambition non seulement d'assurer la meilleure allocation des ressources, mais également de déterminer le fonctionnement de la société et des institutions³⁵.

12. Indépendamment de la question de savoir s'il s'agit d'une situation économiquement efficace, il est en revanche impossible de constater aujourd'hui que l'économie est également un « ordre construit » ou « structuré », dont les caractéristiques comme la fonction sont définies – ou tentent de l'être – par un agent « extérieur » : l'État³⁶. Cet ordre structuré est la régulation de l'économie, non par des « lois » qui lui seraient intrinsèques au sens des théories économiques – surtout classiques – mais celle, entre autres, d'un système exogène : le droit.

L'économie est donc un système structuré mais aussi évolutif, de production des richesses. Dit autrement, si « toute société (...) ne peut exister sans qu'un système d'un type ou d'un autre assure l'ordre dans la production et la distribution des biens »³⁷, l'ordre économique aujourd'hui dominant est avant tout un produit historique et non naturel. L'économie est donc l'analyse de ce système historique et le discours, nécessairement idéologique lui aussi, produit sur ce système. Si ces brefs détours par l'histoire de la pensée économique et considérations linguistiques ne forment évidemment pas l'objet de cette étude, ils permettent en réalité de mieux comprendre la difficulté que peut poser la délimitation de « l'objet économie », notamment lorsqu'il constitue l'objet d'étude du juriste.

³³ K. POLANYI, *La Grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, op. cit., pp. 87-102.

³⁴ F. HAYEK, *Droit législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, Paris, P.U.F., 947 p., pp. 123 et 126 ; Y. NOUVEL, « L'État néolibéral au cœur de la mondialisation économique », *S.F.D.I., Colloque de Nancy, L'État dans la mondialisation*, Paris, Pedone, 2012, 587 p., pp. 133-149.

³⁵ P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Paris, Éditions du Seuil, 3^{ème} éd., 251 p., spéc. pp. 143. et s.

³⁶ *Ibid.*, p. 128.

³⁷ K. POLANYI, *La Grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, op. cit., p. 121.

2. L'économie appréhendée par la science juridique

13. La difficulté d'identification de l'économie pour le juriste est palpable et a suscité de vives controverses lorsque se sont développées les constructions doctrinales du droit dit « économique ». Deux types de critiques principales portées à l'encontre de l'existence même d'un tel droit en ressortent. Tout d'abord, on a pu reprocher au droit économique son absence d'« originalité », c'est-à-dire d'autonomie vis-à-vis des autres branches du droit auxquelles il emprunte³⁸. Ensuite, et c'est là l'objet de notre propos, a été avancée l'idée selon laquelle il constituerait une matière « apparemment désordonnée »³⁹, dont la multiplication des différentes acceptions aurait abouti à un « arc-en-ciel »⁴⁰. De manière symptomatique, on peut relever qu'il est en effet souvent défini par « énumération »⁴¹. Or, ces hésitations sont la conséquence du caractère insaisissable de la définition classique du champ économique telle qu'on a pu l'identifier précédemment.

14. Comme le relève Bruno Oppetit, le recours à la notion d'économie ne permet en effet d'en dégager que des frontières incertaines du droit économique, avec pour conséquence une tendance à l'identifier « comme le droit applicable à toutes les matières entrant dans le champ économique et réunirait toutes les branches du droit privé comme du droit public qui ont trait à l'économie »⁴². La plupart des juristes internationalistes – publicistes – ont résolu la question en puisant dans la science économique, quoique de leur propre aveu et nécessairement de manière « simple, voire simpliste », la distinction entre phénomènes macro et microéconomiques⁴³. Ceci permet de faire appel à la définition classique de l'économie, en n'en retenant semble-t-il que la question de la « circulation des facteurs de production »⁴⁴, voire même, dans une conception plus restrictive, des « *economic exchanges between the subjects of*

³⁸ Voy. entre autres, en ce qui concerne le pr. P. WEIL, « Le droit international économique : mythe ou réalité ? », in SFDI, *Aspects du droit international économique. Élaboration-contrôle-sanction*, Paris, Pedone, 1972, pp. 3-34, spéc. pp. 4-13 ; voy. par exemple en droit français, G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, 1981, pp. 767-783.

³⁹ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, P.U.F., 2004, 209 p., p. 18.

⁴⁰ Cf. CHAMPAUD, cité par B. OPPETIT, « Droit et économie », in *Archives philosophiques du droit. Droit et économique*, 1992, t. 31, pp. 17-26, p. 20.

⁴¹ *Idem*.

⁴² B. OPPETIT, « Droit et économie », *op. cit.*, note n° 37, 1992, t. 31, pp.17-26, spéc. pp. 19-20.

⁴³ D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMMAN, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2017, XIII-941 p., p. 3. ; M. CASTILLO, « Chapitre 1. Les grandes étapes de l'évolution de l'ordre économique international », in P. DAILLIER, G. de LA PRADELLE, H. GHÉRARI (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, XVI-1119 p., pp. 9-18, spéc. p. 9.

⁴⁴ D D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMMAN, *Droit international économique, op. cit.*, p. 6

international law »⁴⁵. Celle-ci s’opposerait dès lors au versant micro-économique des échanges internationaux, qui concerneraient les opérateurs économiques, par opposition aux États conçus comme régulateurs.

15. Le recours à cette distinction ne semble toutefois pertinent que dans la mesure où elle est le fruit d’une double nécessité fonctionnelle. Elle devait tout d’abord permettre de rattacher, voire d’intégrer, le droit international économique au droit international public, et donc à la prédominance du sujet étatique en son sein. Elle devait ensuite restreindre le champ de la discipline, qui risquait sans cela de connaître une « extension illimitée »⁴⁶, de telle sorte que « *[i]f one were to extend the notion of international economic law even to all those aspects of international law as are indirectly affected by economic activities, this new discipline would swallow-up the old discipline altogether* »⁴⁷. Il y a donc deux manières de délimiter la notion d’économie en droit : soit on l’étudie en tant qu’objet d’édiction et d’application du droit, soit plus généralement en tant qu’elle en constitue le contexte. Ainsi appréhendée, elle constitue un objet qui lui est *stricto sensu* exogène mais qui n’en demeure pas moins susceptible de l’affecter d’une quelconque manière. Si l’intégration de cette seconde catégorie constitue effectivement un risque de dénaturer dans la systématisation d’un droit économique, il en va différemment lorsque l’analyse porte, comme dans le cadre de cette étude, sur l’intégralité des manifestations économiques au sein d’un système juridique.

16. Certes, comme le relevait P. Sargos, dans la mesure où « la notion d’économie est *a priori* complexe et difficile tant elle peut recouvrir des situations et des concepts différents », les juristes préfèrent souvent s’en tenir à « l’essentiel et à l’indispensable simplification » pour la résumer à « la production et la circulation de biens »⁴⁸. Cette approche semble fréquente⁴⁹, mais elle peut conduire à entretenir des confusions entre les ordres dits « spontané » et « construit ». Ainsi, L. Bornhauser-Mitrani, après avoir pourtant retenu cette définition, semble

⁴⁵ I. SEIDL-HOHENVELDERN, « *International Economic Law* », *R.C.A.D.I.*, 1986-III, t. 186, 400 p., p. 21.

⁴⁶ D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMMAN, *Droit international économique, op. cit.*, p. 3 ; voy. dans le même sens I. SEIDL-HOHENVELDERN, *International Economic Law, op. cit.*, p. 22.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 22 (nous soulignons).

⁴⁸ P. SARGOS, « La dimension économique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme », in P. TAVERNIER (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l’homme. La jurisprudence de 1993 (présentation, commentaires et débats)*, Rouen, Université de Rouen, Cahiers du CREDHO, 1994, n° 2, 157 p., pp. 19-35, spéc. p. 20.

⁴⁹ Voir ainsi P. ORIANNE, « Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux, et culturels », in *Présence du droit public et des droits de l’Homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. III, p. 1878, dont la définition est par ailleurs reprise par V. LECHEVALLIER, *La Convention européenne des droits de l’Homme et les droits économiques*, thèse Strasbourg III, 2003, microfiches, pp. 11-12.

réduire la « vie économique » aux disciplines juridiques qui ont pour objet sa régulation⁵⁰. En outre, cela peut aussi entraîner certaines exclusions qui, si elles peuvent paraître fondées pour le juriste, n'ont pas de sens pour l'économiste⁵¹ et ne permettent pas non plus au juriste d'analyser l'intégralité des phénomènes envisagés. Or, ces deux versants seront intégrés au champ de l'analyse, dans la mesure où les normes et décisions ayant pour objet l'activité économique, dont le juge européen pourrait avoir à connaître, sont en réalité les plus susceptibles, par capillarité, de confronter le juge à l'ordre économique. En résumé donc, l'économie sera ici entendue comme le phénomène spontané de création, de circulation et de distribution des richesses résultant de l'activité des opérateurs économiques, publics ou privés, tel qu'il se produit au sein de l'ordre construit par l'action des régulateurs de cette activité, qui sont eux principalement publics⁵².

17. Étudier ces interactions ne signifie toutefois pas nécessairement conduire une analyse économique du droit au sens de la discipline issue du mouvement « *Law & Economics* ». La présente étude ne s'inscrit pas dans cette perspective pour deux raisons. D'une part, l'analyse économique du droit est avant tout une analyse conduite par la science économique qui prend le phénomène juridique comme objet d'analyse. Procédant dès lors à une « endogénéisation du droit par le code économique »⁵³, elle soumet le droit à un critère d'analyse qui lui est exogène, à savoir l'efficacité économique. Ce critère est d'ailleurs lui-même défini par la science économique au moyen de postulats qui lui sont propres, comme ceux de la rationalité de l'agent économique⁵⁴ ou l'objectif de maximisation des richesses. S'ils ne sont pas sans rappeler ceux sur lesquels reposent les droits de l'Homme⁵⁵, ces derniers ne sauraient y être réduits. Ainsi, comme le conclut R. Lanneau dans sa thèse, « l'analyse économique du droit est avant tout une

⁵⁰ L. BORNHAUSER-MITRANI, *Droits fondamentaux et vie économique*, thèse, Paris II, 1997, 489 p., p. 18 : l'économie y est définie comme la « production, distribution, consommation des richesses », mais le restreint par la suite au droit économique, ou au droit des affaires.

⁵¹ *Ibidem.*, p. 19 : le droit immobilier est exclu de l'étude dans la mesure où le marché de l'immobilier ferait « (...) intervenir des particuliers qui agissent en tant que tels et non en tant qu'opérateurs économiques. Pourtant, si le droit immobilier met en mouvement des mécanismes économiques, il ne nous paraît pas pouvoir être qualifié de discipline, à proprement parler, économique ».

⁵² Le domaine particulier de l'étude, à savoir la Convention européenne des droits de l'Homme, ne conduira en effet pratiquement pas à s'attacher à la régulation économique de source privée, à l'exception du pouvoir réglementaire dont semblent bénéficier certaines catégories d'entreprises

⁵³ R. LANNEAU, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Paris, LGDJ, 2010, XVI-638 p., p. 45.

⁵⁴ Encore que les apports des « *behavioral economics* » contribuent de ce point de vue au renouvellement des théories économiques.

⁵⁵ P. MEYER-BISCH, « L'écoéthique. Interférence entre logiques économiques et logiques des droits de l'homme », in *Ethique économique et droits de l'homme, la responsabilité commune*, Fribourg, éd. Universitaires De Fribourg, 1998, XVII-441 p., pp. 3-60.

analyse économique »⁵⁶. Sans nier les éclairages que ce mouvement apporte à la compréhension et la connaissance des phénomènes juridiques⁵⁷, il a surtout pour objet de déterminer si une norme, un ensemble de normes ou système juridique sont économiquement justifiés. Le droit n'est alors plus perçu que comme « un système économique »⁵⁸, et même les comportements « hors marché » devraient être soumis à l'analyse économique⁵⁹. L'objet de cette étude n'est donc pas de déterminer le contenu conventionnel qui permettrait d'atteindre la meilleure allocation des ressources, mais d'examiner comment il intègre juridiquement la question de la circulation des ressources. Il s'agit en effet d'examiner l'interaction entre le système économique et système européen des droits de l'homme du point de vue de ce dernier, et éventuellement de déterminer si ces interactions sont susceptibles d'influencer la garantie des droits. En d'autres termes, l'étude se propose de déterminer dans quelle mesure le droit européen des droits de l'homme est matériellement⁶⁰ déterminé par des considérations économiques.

B. La spécificité de l'analyse : l'ambivalence des relations

18. Bien que nécessairement situé dans cette perspective plus globale de la difficulté de penser les interactions entre le droit et l'économie, le rapport entre le droit des droits de l'Homme et le système économique présente plusieurs caractéristiques spécifiques. Plus précisément, il est dans la majeure partie des cas appréhendé en termes d'opposition et de conflit entre ces deux systèmes. Un conflit interne, tout d'abord, au sein des droits entre les droits civils et politiques d'une part et les droits économiques et sociaux d'autre part (1). Un conflit externe ensuite, entre les deux systèmes du fait des atteintes aux droits de l'Homme que le système économique est susceptible de générer (2).

⁵⁶ R. LANNEAU, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Clermont-Ferrand – Paris, Fondation Varenne – LGDJ, 2009, XVI-638 p., p.573.

⁵⁷ R. LANNEAU, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, *op. cit.*, spéc. pp. 509-522 ; E. MAACKAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz 2^{ème} éd., 2008, XXIII-710 p., pp. 4-5.

⁵⁸ E. KRECKE, « De l'autonomie du droit à l'impérialisme économique : une réflexion sur le statut normatif des sciences juridiques modernes », in A. BERTHOUD (dir.), *Y-a-t-il des lois en économie ?*, Villeneuve d'Ascq, Presse Universitaire du Septentrion, 2007, p. 519.

⁵⁹ S HARNAY, A MARCIANO, *Posner*, Paris, Michalon, 2003, 128 p., spéc. pp. 39-54.

⁶⁰ La terminologie est empruntée qui distingue entre un droit « formel » qui obéirait à une rationalité strictement juridique, tandis que le droit matériel prendrait en considération « des éléments extra-juridiques et notamment des impératifs de nature économique ou utilitaire » ; M. WEBER, *Économie et société, Tome 2*, Paris, Pocket, 2003, 424 p., pp.23 et 29.

1. L'économie comme objet de projection : les droits économiques et sociaux

19. Cette distinction est ancienne, et semble avoir très tôt cristallisé une partie des débats politiques relatifs au libéralisme politique et au développement de l'État providence⁶¹. L'opposition sur laquelle elle repose doit cependant être relativisée. Comme le soulignait K. Vasak, elle n'est valable qu'« aussi longtemps que la typologie ne représente qu'un moyen pédagogique »⁶². Pourtant, elle permet de refléter les divergences tenant à la pluralité des conceptions philosophiques que l'on peut se faire du fondement des droits de l'Homme, de leur objet et de leur finalité (a). En tout état de cause, même à supposer possible l'identification d'un objet commun, la clarification d'un contenu systématiquement identifiable demeure délicate (b).

a. Le fondement de la distinction : la fonction des droits de l'Homme

20. Le droit des droits de l'homme est nécessairement « idéologique », en ce sens qu'il est « déduit d'une certaine conception de l'homme sans ses rapports avec les autres hommes et la société »⁶³. Or, si c'est précisément l'affirmation philosophique de l'individualisme qui a permis le développement de l'idée des droits de l'Homme, c'est symétriquement l'absence de consensus concernant ce qui constitue à proprement parler cette individualité qui a entraîné la construction de ces différentes « catégories ». Si l'on reprend la distinction opérée par G. Haarscher entre la finalité « formelle » de ces droits, qui serait la « lutte contre l'arbitraire », et leur finalité « matérielle »⁶⁴, il apparaît clair que ces oppositions proviennent avant tout de l'objet que l'on assigne aux droits de l'Homme, et à travers eux à la société en général.

21. Symptomatique de ces hésitations, la critique « marxienne »⁶⁵ s'est concentrée dès ses plus jeunes œuvres sur le contenu même des droits de l'Homme. À travers le prisme de ceux

⁶¹ Voy. déjà en France le discours de Tocqueville prononcé devant l'Assemblée constituante de 1848, reproduit in F. WORMS, *Philosophie et droits de l'homme*, 1993, Presses Pocket, rééd. CNRS Éditions, 2009, 444 p., pp. 324-332.

⁶² K. VASAK, « Les différentes typologies des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA, L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 398 p., pp. 11-23.

⁶³ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., 12^{ème} éd., 2015, 967 p., p. 34.

⁶⁴ G. HAARSCHER, *Philosophie des droits de l'Homme*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1987, 187 p., pp. 23 et 32.

⁶⁵ L'expression est empruntée à B. BOURGEOIS, *Philosophie et droits de l'Homme. De Kant à Marx*, Paris, P.U.F., 1990, 132 p., spéc. pp. 99 à 132, et permet de distinguer entre la pensée de Marx et celles d'auteurs se réclamant du marxisme mais dont les propositions sont parfois très différentes ; par ailleurs, si Marx est généralement présenté comme le point de départ de cette critique, on notera avec Y. MADIOT qu'elle existait déjà

consacrés par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen française de 1789, c'est-à-dire ceux que l'on désigne habituellement sous le vocable des droits « civils et politiques », Marx affirme tout d'abord que les droits « civils » ne serviraient que les désirs égoïstes de l'Homme, c'est-à-dire ceux de la classe bourgeoise dont l'objectif est l'établissement et le maintien du système capitaliste⁶⁶. Les droits du Citoyen, assimilables eux aux « droits politiques », ne seraient certes pas intrinsèquement égoïstes, mais le deviendraient en tant qu'ils ne seraient que des instruments permettant *in fine* la poursuite de ces mêmes intérêts. C'est l'ensemble de ces critiques qui conduira Marx à affirmer dans *Le Capital* que les droits de l'Homme, comme le droit en général, ne forment qu'une superstructure économiquement déterminée⁶⁷. À cet égard, ils n'auraient donc d'autre objet que de permettre le développement du rapport d'échange et de production propre au capitalisme et à l'exploitation de l'être humain par le capital⁶⁸. Cette critique a dépassé les seules théories marxistes, d'autres auteurs ayant critiqué la filiation entre un libéralisme politique, produit des droits civils et politiques, et un libéralisme économique qui serait permis par ce libéralisme politique⁶⁹, Saint-Simon ayant même réduit les droits de l'homme « *as merely the legal incarnation of the economic war of all against all and commercial exploitation* »⁷⁰.

22. Loin de constituer un simple phénomène épistémologique, cette vision acerbe de la fonction des droits de l'Homme conduira à une scission tant doctrinale⁷¹ que positive dès la proclamation de la Constitution de l'URSS en 1936, et qui se prolongera de manière plus éclatante encore entre les pays du « bloc de l'Ouest » et ceux du « bloc de l'Est » pendant la Guerre Froide. Les seconds en effet ont âprement défendu la thèse de la primauté des droits économiques et sociaux sur leurs parents dits civils et politiques. Ces oppositions se traduiront

avant lui, notamment les écrits des « Niveleurs » anglais ou bien encore de Jacques Roux et Gracchus Babeuf ; Y. MADIOT, *Droits de l'Homme*, Paris, Masson, 2nd éd., 1991, Paris, Masson, 2^{ème} éd., 1991, X-230 p., p. 60.

⁶⁶ *Idem*, spéc. pp 104-108 ; Voy. sur ce point K. MARX, *A propos de la question juive*, trad. M. SIMON, Paris, Aubier-Montaigne, 1971, 154 p.

⁶⁷ K. MARX, *Le Capital : Critique de l'économie politique. Livre premier. Le développement de la production capitaliste*, Paris, Mayenne – Paris, Floch Bureau d'éditions, 1938, 333 p.

⁶⁸ B. BOURGEOIS, *Philosophie et droits de l'Homme. De Kant à Marx*, *op. cit.*, p. 129.

⁶⁹ M. BIZIOU, « Libéralisme politique et libéralisme économique », in G. KÉROVKIAN (dir.), *La pensée libérale. Histoire et controverses*, Paris, Ellipses, 2010, 380 p., pp. 9-17, spéc. p. 11, qui évoque une « société libre et commerçante, faite de citoyens qui sont en même temps des marchands » ;

⁷⁰ J. LACROIX, J.-Y. PRANCHÈRE, « From the Rights of Man to Human Rights ? Two Critical Remarks on The Last Utopia », *JEDH*, 2016, n° 2, pp. 179-196, spéc. p. 186.

⁷¹ Voy. K. VASAK, « Les différentes typologies des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 13 qui rappelle que « l'idéologie n'est pas absente de ce débat encore aujourd'hui, loin de là : les États à économie de marché préfèrent toujours les droits civils et politiques, mieux à même de fournir les bases d'un marché libéré de toutes les contraintes ; les États socialistes, ou simplement, d'inspiration sociale et humaniste, mettent en avant ou, au moins, sur le même plan, les droits économiques, sociaux et culturels, seuls susceptibles de préparer l'instauration d'un régime de justice et la naissance d'un homme libéré de toute ses chaînes ».

par l'adoption d'instruments internes radicalement différents entre les divers pays des deux blocs⁷², même si le constat doit certainement être nuancé à la lecture de certaines constitutions « de l'Ouest », comme la Constitution italienne ou la Constitution française de 1946. Ces divergences se cristalliseront, au sein de l'ordre juridique international, par l'adoption concomitante mais séparée, en raison de l'impossibilité de réconcilier ces visions antagonistes, des deux Pactes internationaux au sein des instances onusiennes⁷³.

b. Les insuffisances de la distinction

23. Cette division des droits de l'Homme en différents corps a longtemps focalisé l'attention de la majeure partie de la doctrine juridique, d'une part en raison de l'impossibilité d'identifier de manière univoque le contenu des droits économiques et sociaux (i), et d'autre part en raison des interrogations relatives à leur juridicité, même si l'état du droit positif milite pour le dépassement de cette question (ii)

i. Le problème indépassable : le contenu équivoque des droits

24. L'origine de la terminologie est incertaine, de même que leurs premières manifestations matérielles. Certains les font remonter à la Déclaration française de 1793, et plus particulièrement à ses articles 21 à 23⁷⁴. Pour d'autres, elle proviendrait, dans l'ordre juridique international, de la création de l'Organisation internationale du Travail et aurait été confirmée par la Déclaration de Philadelphie du 10 mai 1944 et son intégration dans la Constitution de l'OIT⁷⁵.

⁷² Sur ces questions, voy. V. KARTASHKIN, « Les pays socialistes et les droits de l'homme », in K. VASAK, UNESCO (dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Michigan, Bernan Associates, 1978, 780 p., pp. 680-701.

⁷³ Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques d'une part, et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels d'autre part, adoptés 16 décembre 1966 ; voy. sur ce point F. PRZETACZNIK, « L'attitude des États socialistes à l'égard de la protection internationale des droits de l'homme », *RDH*, 1974, vol. 7, pp. 175-206.

⁷⁴ Voir par exemple G. T. CHATTON, *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques sociaux et culturels*, Genève, Schulthess Éditions Romandes, 2013, LXII-645 p., p. 20, même s'il parle à cet égard d'« apparition éphémère » d'une part, et uniquement des « droits sociaux » d'autre part.

⁷⁵ Cette incorporation fut décidée par la 29^{ème} Conférence internationale du Travail le 9 octobre 1946 ; voy. par exemple L. LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruxelles, Éditions Bruylant – Éditions de l'Université de Bruxelles, 1995, XIV-511 p., spéc. pp. 43-58.

25. La lecture de ces instruments, appartenant pourtant à des ordres juridiques - et donc politiques - différents et n'ayant pas tous la même valeur normative, fait apparaître une première méthode de délimitation des droits par leur *objet*. Les droits économiques et sociaux auraient, selon certains, pour vocation de protéger « l'homme situé »⁷⁶ par opposition à « l'homme abstrait », d'assurer la liberté et l'égalité réelles plutôt que formelles. Ils répondraient en ce sens aux critiques marxistes adressées aux droits en offrant à l'individu les conditions matérielles qui lui permettent de jouir effectivement des autres droits et libertés dont il est le titulaire. Dans une acception tout aussi large, il s'agirait de droits qui ont, de la même manière que leurs parents civils et politiques, pour finalité la protection de la dignité de l'être humain, qui suppose à son tour « l'accès aux prestations économiques, sociales et culturelles nécessaires à la jouissance d'un niveau de vie digne »⁷⁷. Il s'agirait alors de permettre « la naissance d'un homme libéré de toutes chaînes », plutôt que de « fournir les bases d'un marché libéré de toute contrainte »⁷⁸.

26. Pourtant, cette approche matérielle laisse de côté, la plupart du temps⁷⁹, la question de la distinction entre les droits « économiques » d'un côté et les droits « sociaux » de l'autre et facilite l'utilisation presque systématique de l'expression consacrée des « droits économiques et sociaux ». De fait, la distinction entre les deux est malaisée. Une première approche consisterait à isoler les droits économiques des droits sociaux en assimilant les premiers à « la contrepartie de la production d'une ressource sur le marché », tandis que les seconds « tireraient leur existence de la reconnaissance d'un besoin social défini par un État » et seraient en cela « conditionnels »⁸⁰. Une telle définition semble toutefois trop limitée dans son objet. En effet, elle revient à limiter ces droits aux prestations sociales contributives, en vertu d'une distinction qui n'est d'ailleurs plus retenue par le juge européen⁸¹. En outre, le critère tiré de l'existence

⁷⁶ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 1972, p.19, cité par C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, XX-807 p., p. 17.

⁷⁷ R. MAYORGA LOCA, *Natureleza juridica de los derechos economicos, sociales y culturales*, Ed. Juridica de Chile, 2^e éd, 1990, p.183, traduit et cité par C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen, op. cit.*, p. 19.

⁷⁸ K. VASAK, « Les différentes typologies des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 13.

⁷⁹ Voir ainsi L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2016, pp. 1197-1275, qui incluent sous la catégorie « Droits économiques et sociaux » plusieurs droits, comme le droit de propriété, le droit d'accès à l'éducation, le droit à la santé, etc. ; voy. *contra* J. DUFFAR, « La protection des droits économiques par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Gazette du Palais*, 1995, doct., p. 1105 ; J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2012, XII-1297 p., spéc. pp. 597-647, qui distingue entre les deux, en cantonnant les droits économiques au droit de propriété garanti par l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel, mais qui y intègre dès lors des droits au moins hybrides, en matière de sécurité sociale notamment ;

⁸⁰ V. LECHEVALLIER, *La Convention européenne des droits de l'Homme et les droits économiques*, thèse Strasbourg III, 2003, microfiches, p. 24.

⁸¹ Voir déjà Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90 (arrêt), § 41 ; voir plus particulièrement Cour EDH (GC), 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, nos 65731/01 et 65900/01 (arrêt),

d'une « contrepartie » de la production d'une richesse sur le marché ne rend qu'imparfaitement compte du développement de certaines libertés économiques⁸² reconnues par la plupart des ordres juridiques nationaux des États parties à la Convention européenne. En effet, la liberté d'entreprendre ou bien encore celle du commerce de l'industrie contiennent plusieurs aspects, et notamment la faculté pour un acteur économique d'accéder au marché et non seulement à la préservation d'une activité déjà existante⁸³. Finalement, les droits économiques, plutôt qu'une contrepartie, semblent avoir pour objet de permettre au titulaire des droits, personne physique ou morale⁸⁴, l'accès à la production de richesses. Non forcément destinés à corriger les excès du système économique contemporain, les droits économiques en constitueraient l'un des fondements⁸⁵.

27. De la même manière, une partie de ce qui est traditionnellement analysé comme relevant du « social » est nécessairement économique. Soit en effet ces droits sont la contrepartie – même indirecte – d'une richesse produite par leur créancier, soit ils n'en sont pas la contrepartie et ne se traduisent alors que par la mobilisation des ressources budgétaires de leur débiteur. Dans ce dernier cas au moins, ils constituent en réalité un droit d'accès à la richesse créée par l'économie au sein de laquelle leur bénéficiaire évolue ou bien encore, dit autrement, l'exercice d'un droit à la redistribution de ces richesses. Quoi qu'il en soit, aborder les manifestations économiques dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg amène nécessairement à connaître

§§ 54 et s ; A. SIMON, *Les prestations sociales non contributives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, À propos de l'arrêt Stec et autres le 12 avril 2006*, RTDH 2006, n° 67, pp. 647- 653 ; I. E. KOCH, *Human Rights as Indivisible Rights. The protection of socio-economic demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 347 p.

⁸² La nature de ces libertés et la question de savoir si elles relèvent ou non du corpus des droits de l'homme a fait l'objet de nombreuses études, sans qu'une réponse uniforme semble pouvoir être apportée ; voir pour une réponse sceptique, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de droit du travail*, 2007, n° 1, p. 19 ; « Droits de l'homme et libertés économiques : éléments de problématique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, 293 p., pp. 21-33, spéc. qui relève toutefois p. 24 que « les libertés économiques peuvent partiellement recouper le concept de 'droit de l'homme' ».

⁸³ Voy. par exemple G. DRAGO, « Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre », in G. DRAGO, M. LOMBARD (dir.), *Les libertés économiques*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002, 169 p., pp. 29-38.

⁸⁴ La liberté d'entreprendre ne doit en effet pas occulter, à l'endroit des personnes physiques, la question du « droit de gagner sa vie par le travail » comme le caractérisent J.-P. MARGUÉNARUD ET J. MOULY, « Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.*, 2006, n°7, pp. 447-480.

⁸⁵ En ce sens, les analyses marxistes et néolibérales se rejoignent, même s'il s'agit pour les unes de le critiquer, et pour les autres de le soutenir. Voy. dans une perspective marxiste : S. MARKS, « Four Human Rights Myths », in D. KIBLEY, W. SADURSKI, K. WALTON (dir.), *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, 272 p., pp. 217-236, spéc. p. 226 : « *human rights cannot be told in isolation from developments in the history of capitalism* » ; *contra* F. Hayek, pour qui seuls les droits de l'homme qui protègent la liberté économique ou en assurent l'exercice doivent être protégés afin d'empêcher toute tentative du législateur d'orienter le système économique ; F. von HAYEK, *The Constitution of Liberty*, London, Routledge, 2011, XII-583 p.

de l'une et l'autre de ces hypothèses, et c'est dans cette mesure qu'ils relèvent tous les deux du sujet de l'étude.

28. Comme l'écrit G. Peces-Barba, les droits économiques et sociaux, pris ensemble seraient donc des droits dont le contenu serait lui-même à caractère « économique et culturel », ou bien encore qui serviraient à « créer des conditions relatives à des secteurs d'activité »⁸⁶. En outre, et de manière plus originale, il note que « ce qui distingue ces droits des droits antérieurs, c'est le fait qu'ils sont inséparables des dimensions économiques de la rareté qui les conditionnent et qui peuvent même les faire disparaître »⁸⁷.

29. En réalité, une telle analyse semble rejoindre celle de leur définition par la nature de la garantie du droit. Longtemps en effet ces droits ont été distingués des droits civils et politiques en ce qu'ils imposaient à l'État une obligation positive, c'est-à-dire de prestation, à l'égard de l'individu qui en est le titulaire. On a ainsi parlé de « droits-créances » ou *freedoms to* qui se distingueraient des « droits-libertés », ou *freedoms from*⁸⁸. Cette différence dans la modalité de garantie du droit consacré semblait alors expliquer le rôle que jouaient les dimensions économiques de la rareté. Les droits économiques et sociaux impliquant une prestation de l'État, ils représentaient alors nécessairement, à la différence des droits civils et politiques, un coût financier qui leur conférerait alors une nature relative. Même si la frontière entre le régime juridique des deux types d'obligations ne semble plus aussi étanche⁸⁹, il résulterait de ce coût, nécessairement inscrit dans le cadre de la rareté des richesses – et donc celle des ressources budgétaires – que leur mise en œuvre impliquerait alors à son tour des choix d'allocation de nature politique, invalidant par là leur caractère « juridique ».

⁸⁶ G. PECES-BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, trad. Ilié Antonio Pelé, 497 p., p. 413.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ M. BOSSUYT, « La distinction entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », *Revue des droits de l'homme*, 1975, pp. 783-820 ; voy. E. BRIBOSIA, L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 398 p ; voy. C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, Bruxelles, 2012, XX- 807 p., pp. 17-19, qui rappelle notamment la distinction entre « pouvoirs d'agir » et « pouvoirs d'exiger » établie par J. RIVERO.

⁸⁹ Voy. C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 2014, XVI-572 p., qui estime que la distinction est « majoritairement non pertinent[e] », pp. 201 et s.

ii. Le problème dépassé : la juridicité variable des droits

30. Cette opposition notionnelle a suscité des interrogations quant à la juridicité des instruments relatifs aux droits économiques et sociaux⁹⁰. De manière quasi-tautologique, la notion de juridicité d'une règle renvoie à la question de savoir « si cette règle peut être qualifiée de juridique », et y répondre implique donc « la référence à un concept de droit auquel on confronte un objet »⁹¹. Sans rouvrir un débat qui a déjà donné lieu à de nombreuses études, on notera avec V. Champeil-Desplats, que même leur consécration dans un ordre juridique donné ne suffit à pas éteindre les doutes et qu'il continue ensuite d'être affirmé que ces droits revêtiraient un caractère « programmatique »⁹² incompatible avec la qualité de norme juridique. On notera également que ce type de critique semble tenir à la nature même des normes juridiques consacrant des droits de l'Homme, quels qu'ils soient. Des critiques similaires avaient déjà été formulées – et aujourd'hui dépassées – à l'encontre d'instruments consacrant des droits « civils et politiques »⁹³.

31. En revanche, la question de leur juridicité s'est prolongée et affinée dans la question de leur « justiciabilité ». Emprunté à la langue anglaise, le terme de justiciabilité renvoie, comme le note C. Nivard⁹⁴, à « la qualité de ce qui est propre à être examiné par les juges ». La réponse apportée à cette question dépend avant tout de l'objet du contrôle juridictionnel effectué⁹⁵, mais elle dépend aussi des réponses apportées aux deux critiques précédentes. Si l'on admet en effet que les droits économiques et sociaux ont un caractère programmatique, que la nature de leur garantie implique une obligation positive de l'État qui est, à ce titre, incompatible avec la notion de droits subjectifs, ces droits sont difficilement « justiciables ». A l'inverse, si l'on estime que ces droits ne sont pas de nature programmatique, mais que leur protection constitue au contraire une condition nécessaire quoiqu'insuffisante de l'exercice des droits « de première génération », la différence de nature qui conduisait à leur « injusticiabilité » s'efface.

⁹⁰ Voy. par exemple M. BOSSUYT, « La distinction entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », *Revue des droits de l'homme*, 1975, pp. 783-820.

⁹¹ « Juridicité », in J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, XXX-1198 p., p. 624.

⁹² V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits sociaux : éléments de définition », in D. ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, 460 p., pp. 15-27, p. 18.

⁹³ Voy. par exemple en France, à propos de la DDHC, les vifs débats doctrinaux entre Esmain et Carré, in Y. MADIOT, *Droits de l'Homme, op. cit.*, p. 113 ; voy. la critique demeurée célèbre de J. BENTHAM, qui avait qualifié les droits déclarés aux États-Unis et en France de « pestilential nonsense » ; J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996, CXII- 343 p.

⁹⁴ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen, op. cit.*, p. 21.

⁹⁵ Voy. notamment la distinction très éclairante à ce sujet de G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux*, Éditions du Seuil, 2001, 329 p., qui distingue entre justiciabilité normative et justiciabilité subjective.

32. Dans un *obiter dictum* resté célèbre, le juge européen a affirmé que « nulle cloison étanche »⁹⁶ ne séparait les droits économiques et sociaux des droits civils et politiques, et que cela ne constituait pas un obstacle par nature à sa compétence, mettant ainsi en œuvre le principe « d’indivisibilité »⁹⁷ des droits de l’homme. Depuis, tant l’abondante jurisprudence de la Cour que la multiplication des études doctrinales⁹⁸ témoignent de ce que ces questions ne relèvent plus de la « jurisprudence fiction »⁹⁹, même si certains regrettent l’approche encore trop « rétrograde et conservatrice » de la Cour en la matière¹⁰⁰.

2. Les droits de l’Homme comme objet économiquement déterminé

33. La polarisation sur la question de ces distinctions ne doit toutefois pas avoir pour conséquence d’oublier que les droits de l’Homme sont eux aussi objet d’une certaine détermination économique. L’appartenance à l’une ou l’autre de ces catégories ne saurait occulter que même les droits, indifféremment « civils et politiques » ou « économiques et sociaux », peuvent revêtir une dimension économique, soit qu’ils permettent la poursuite d’intérêts économiques (a), soit que la conjoncture et le système économique conditionnent leur effectivité (b).

⁹⁶ Cour. EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, Série A, n° 32, § 26.

⁹⁷ Entendu comme simplement comme « l’impossibilité d’interpréter un droit de l’homme sans considérer les autres droits du système », ce qui suppose d’admettre que les droits économiques et sociaux font partie du « système » ; P. MEYER-BISCH, « Indivisibilité des droits de l’Homme », in J. ANDRIANTSIMBAZONIVA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, Paris, P.U.F., 2008, XIX-864 p., pp. 412-416, spéc. p. 412.

⁹⁸ Voy. pour l’étude la plus exhaustive en la matière la thèse de C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.* ; voy. également J.-P. COSTA, « Vers une protection jurisprudentielle des droits économiques et sociaux en Europe ? », *Mélanges en l’honneur P. Lambert*, Bruxelles, Bruylant, p. 141 et s. ; « La Cour européenne des droits de l’homme et la protection des droits sociaux », RTDH, 2010, p. 207 et s. ; A DE SALAS, « Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l’homme », *Liberté, justice, tolérance : mélanges en hommage au Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. 1., pp. 579 et s. ; Ch. PETTITI, « La protection des droits sociaux fondamentaux », *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, XXXI- 1072 p., pp. 155-170 ; F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l’homme », in *Les nouveaux droits de l’homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1999, XXIX- 375p., pp. 103 et s. ; F. TULKENS, « Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l’homme », in C. GREWE, F. BENOÎT-ROHMER (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, 182 p., pp. 119-143.

⁹⁹ F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme. Un exercice de ‘jurisprudence fiction’ », RTDH, 2003, n° 55, pp. 755-779.

¹⁰⁰ L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des Droits de l’homme*, *op. cit.*, p. 1275.

a. L'indifférence de la qualification dans la poursuite d'intérêts économiques

34. On l'a vu, les rapports entre les droits de l'Homme et l'économie peuvent et sont souvent appréhendés à travers la question de ceux d'entre eux qui ont pour *objet* la protection de l'individu dans sa dimension sociale et économique. Cette première question renvoie en réalité à celle de la *finalité* qui leur est assignée, et à travers elle, à la conception que l'on se fait de la dignité et de la liberté, qui en sont les fondements philosophiques généralement admis – du moins au sens de la pensée occidentale. Toutefois, en se focalisant ainsi sur la qualité intrinsèquement économique de *certaines* droits de l'Homme, elle tend à occulter la dimension économique que peuvent revêtir la *majorité* des droits de l'Homme.

35. Parfois, des règles à vocation économique et des droits pensés comme civils et politiques se recourent matériellement. Si l'exemple ne tient pas lieu de preuve, on pensera par exemple au principe de non-discrimination. Principe directeur du droit international économique comme du droit de l'Union européenne, il consiste à interdire aux États de discriminer entre les acteurs, biens et services économiques selon leur nationalité ou État d'origine¹⁰¹. Or, les principes de non-discrimination et parfois d'égalité de traitement¹⁰² sont des principes que l'on retrouve aussi fréquemment dans les instruments relatifs aux droits de l'Homme¹⁰³.

36. Ces principes peuvent être de nature interne ou internationale de l'instrument. On le retrouve ainsi dans des instruments internes datant du XVIIIème siècle, comme l'art. 1^{er} de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen¹⁰⁴, le Quatorzième Amendement de la Constitution des États-Unis d'Amérique¹⁰⁵, mais aussi au sein de textes plus récents, comme la

¹⁰¹ Voy. en ce sens les clauses de la nation la plus favorisée ou de traitement national en droit international du commerce ou des investissements, et l'ensemble des libertés de circulation au sein de l'ordre juridique de l'Union.

¹⁰² L'identité de ces deux notions n'est pas toujours absolue, et même certainement inexacte selon l'ordre juridique considéré ; ainsi le principe français d'égalité d'origine constitutionnelle diffère-t-il par exemple du principe de non-discrimination issu du droit de l'Union européenne dans la mesure où il n'implique pas d'obligation de traiter différemment deux situations différentes.

¹⁰³ I. Seidl-Hohenveldern l'incluait déjà parmi les « *human rights of economic value* » ; « International Economic Law », *op. cit.*, pp. 168-170.

¹⁰⁴ « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » ; voy. également ses prolongements dans les articles 6 et 13.

¹⁰⁵ Art. XIV § 1 : « *No State shall (...) deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* ».

Constitution italienne de 1947¹⁰⁶, la Loi fondamentale allemande¹⁰⁷ ou bien encore la Constitution espagnole de 1978¹⁰⁸. Les principaux instruments internationaux ne dérogent pas à cette affirmation, qu'il s'agisse d'instruments à vocation générale et universelle comme la Déclaration Universelle de 1948¹⁰⁹, et qu'ils aient pour objet les « droits civils et politiques »¹¹⁰ ou bien au contraire les « droits économiques et sociaux »¹¹¹. On les retrouve également au sein d'instruments régionaux, notamment au sein de la Convention européenne¹¹².

37. Le principe d'égalité est détachable de la question de la finalité économique intrinsèque des droits de l'Homme. Pourtant, l'interdiction de la discrimination, même conçue comme droits de l'Homme, peut être invoquée par son bénéficiaire afin de satisfaire ou de protéger des intérêts économiques qui lui sont propres. C'est ainsi qu'on a pu parler à cet égard de « principes généraux à effet économique »¹¹³ ou bien encore de « droits et libertés traditionnels au service de l'activité économique »¹¹⁴. Au-delà de cet exemple particulier, c'est pratiquement l'intégralité des droits pourtant « civils et politiques » qui peuvent ainsi être octroyés d'abord sans visée économique et pourtant exercés ensuite dans le domaine économique. Un certain nombre d'études ont d'ailleurs été consacrées à ce sujet, mais principalement sous l'angle des

¹⁰⁶ Art. 3 : « *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua di religione di opinioni politiche di condizioni personali e sociali* ».

¹⁰⁷ Article 3 §§ 1 et 3 : « *Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. (...) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden* ».

¹⁰⁸ Voir ainsi l'art. 14 : « *Los españoles son igualmente la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social* », situé dans le Titre Premier relatif aux « droits et devoirs fondamentaux », encore qu'il réserve ce principe aux citoyens espagnols.

¹⁰⁹ Voy. surtout l'art. 2 : « 1. Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

2. De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté.

¹¹⁰ Voir l'art. 2 § 1 du PIDCP.

¹¹¹ Voir l'art. 2 § 2 du PIDESC.

¹¹² Art. 14 Conv. EDH ; le contenu de ce principe a même été étendu par le Protocole additionnel n° 12, entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, qui consacre une obligation générale de non-discrimination au-delà du seul exercice des autres droits garantis par la Convention ; voy. sur ce point G. DE BECO, « Le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2010, n° 83, pp. 591-615..

¹¹³ Voy. par exemple S. BRACONNIER, *Droit public de l'économie*, Paris, P.U.F., 2015, xvii-484 p., p. 37.

¹¹⁴ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 2016, 780 p., p. 68.

droits qui seraient ainsi conférés à l'entreprise¹¹⁵, ou bien alors plus largement à propos de l'influence des droits fondamentaux sur le droit des affaires¹¹⁶.

38. De la même manière, les garanties relatives au droit au procès équitable et à l'exécution des décisions de justice servent elles aussi régulièrement des intérêts économiques particuliers. Le droit au respect de la vie privée et du domicile, la liberté d'expression ou la liberté d'association peuvent tous, et notamment selon la nature des personnes auxquelles ils sont accordés et le contenu qui leur est conféré, poursuivre de tels intérêts. Cette dimension ambivalente des droits de l'Homme est généralement moins étudiée¹¹⁷ et, quand elle l'est, c'est le plus souvent afin de dénoncer soit, d'un point de vue structurel la protection du système économique néo-libéral par les droits de l'Homme¹¹⁸, soit plus conjoncturellement le phénomène d'« instrumentalisation galopante » dont les droits de l'Homme feraient l'objet¹¹⁹. Non seulement les droits de l'homme ne corrigeraient donc pas les défaillances ou les dommages causés par le système économique, mais ils seraient même susceptibles de constituer

¹¹⁵ Voy., entre autres, L. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Bruxelles, Anthémis-Éditions Nemesis, 2016, 356 p. ; P. DE FONTBESSIN, *L'entreprise et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 91 p. ; M. EMBERLAND, *The Human Rights of Companies. Exploring the Structure of the ECHR Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 239 p. ; voy. également la publication d'une « fiche thématique » par les services de la Cour, *Sociétés : victimes ou coupables*, Juillet 2013, 12 p., disponible à <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=fire> (consulté pour la dernière fois le 21 décembre 2016).

¹¹⁶ Notamment C. LECLERE, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit des affaires*, thèse, Nice, 2000, microfiches ; J. DHOMMEAUX, « Les droits fondamentaux de l'entreprise (Contribution à l'étude des droits fondamentaux) », in J. JUGAULT (dir.), *L'entreprise, nouveaux apports*, Paris, Economica, 1987, 277 p., pp. 191 ; J.-F. FLAUSS, « La Convention européenne des droits de l'homme : une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires », *RJDA*, 1995, vol. 95, n° 6, pp. 524-545 ; J.-F. RENUCCI, « Le droit des affaires, domaine nouveau du droit européen de l'Homme », *Droit et patrimoine*, 1999, n° 74, pp. 64-66 ; D. SZAFRAND, « L'incidence des droits de l'homme en droit économique et financier », *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert, op. cit.*, pp. 841-858.

¹¹⁷ Voy. néanmoins C. HARDING, U. KOHL, N. SALMON, *Human Rights in the Market Place : The Exploitation of Rights Protection by Economic Actors*, Aldershot (Royaume-Uni) et Burlington – (États-Unis), Ashgate, 2008, xii-252 p., spéc. les chap. n° 2 (« The Sun, Liverpoolians and 'The Truth' : A Corporate Human Rights ? »), n° 5 (« Antitrust Recidivists as Rights Crusaders : Fashioning Producer Rights in Europe »), et n° 8 (« Freedom of Expression in the Market Place ») ; voir également, à propos de l'Union européenne, certains développements de A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre-circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2009, 731 p., spéc. pp. 340-439.

¹¹⁸ Si l'on en croit B. EDELMAN, « [c]e que nous fabrique la Cour européenne c'est l'homme rêvé par le marché », qui permet ainsi « la réduction de l'humain à l'économie », in « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D.*, 2011, n° 13, pp. 897-904, pp. 897 et 901.

¹¹⁹ J.-B. RACINE, « Droit économique et droits de l'homme : introduction générale », in L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, 710 p., pp. 7-21, p. 16 ; voy. également l'étude citée par l'auteur précédent, E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.*, 2006, p. 748 ; comp. à ce sujet J.-F. FLAUSS, qui qualifiait en 1995 la Conv. EDH de « nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires et qui en arrivera ensuite à dénoncer à 'mercantilisation' du mécanisme juridictionnel européen : J.-F. FLAUSS, « La Convention européenne des droits de l'homme : une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires », *op. cit.*, spéc. pp. 524-525 et J.-F. FLAUSS, « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 2003, n° 4, pp. 227-230.

des « obstacles » à la régulation de l'activité économique et à l'engagement de la responsabilité des entreprises¹²⁰. Les droits de l'homme seraient entrés en « osmose »¹²¹ avec le marché.

39. Les similitudes matérielles entre les règles des droits de l'Homme et les règles à visée économique font l'objet d'un nombre croissant d'études, notamment en matière de droit international de l'investissement¹²². La perspective semble d'ailleurs se renouveler du point de vue des droits de l'Homme, avec le développement depuis un certain temps déjà¹²³, de la question de la titularité de droits fondamentaux des personnes morales¹²⁴, dont on sait qu'elles constituent le véhicule privilégié de la conduite d'activités économiques résultant de l'initiative privée comme de l'initiative publique¹²⁵. L'inclusion des personnes morales comme titulaires de droits fondamentaux est une question juridique relativement récente, dans la mesure où les premiers instruments de consécration des droits de l'Homme n'en faisaient pas expressément mention, que l'on pense à la Déclaration américaine de 1776, aux amendements de la Constitution américaine¹²⁶ ou à la Déclaration française de 1789. Elle semble être apparue, au niveau national, au sein de la Loi Fondamentale pour la République Fédérale du 23 mai 1949¹²⁷,

¹²⁰ E. SCHWALER, « Les droits fondamentaux des entreprises : outils ou obstacles à l'imputation de la responsabilité ? », in K. MARTIN-CHENU, R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016, XVI-717 p., spéc. pp. 193-206.

¹²¹ B. EDELAMN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *op. cit.*, p. 899.

¹²² Voy. par exemple C. REINER, C. SCHREUER, « Human Rights and International Investment Arbitration », in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, E.U. PETERSMANN (dir.), *Human Rights in International Investment Arbitration*, *op. cit.* note 17, pp. 82-96 ; U. KRIEBAUM, « Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights », in A. REINISCH, U. KRIEBAUM (dir.), *The Law of International Relations – Liber amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International Publication, 2007, XLII-505 p., pp. 165-189.

¹²³ Voir pour des études déjà anciennes : *Les droits de l'homme et les personnes morales*, Bruxelles, Bruylant, Centre d'études européenne de l'université catholique de Louvain, 1970, 166 p. ; A.-M. LUCIANI, *Les droits de la personnalité. Du droit interne au droit international*, thèse, Paris I, 1996, 292-XIV p. ; Y. GUYON, « Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé », *AJDA*, 1998, n° 7, pp. 136-142.

¹²⁴ O de SCHUTTER, « L'accès des personnes morales à la Cour européenne des droits de l'homme », in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus*, Bruxelles, Bruylant, 2003, XXVI-397 p., pp. 83-108 ; M. EMBERLAND, *The Human Rights of Companies. Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford, O.U.P., 2006, XXVIII-239 p.

¹²⁵ Voy. notamment R. DRAGO, « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA*, 1998, n° 7 pp. 130-135 ; B. FAURE, « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDP*, 2008, n° 1, pp. 233-246 ; V. WESTER-OUISSE, « La jurisprudence et les personnes morales : du propre de l'homme aux droits de l'homme », *JCP G*, I, n° 121, pp. 15-19.

¹²⁶ Malgré le développement assez rapide au XIX^{ème} siècle du contentieux constitutionnel des personnes morales ; voy. *infra*, Chapitre IV.

¹²⁷ Art. 19 al. 3 de la Loi fondamentale, toujours en vigueur : « Les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet ; trad. réalisée par le Deutscher Bundestag, disponible », https://www.bundestag.de/blob/189762/.../loi_fondamentale-data.pdf (consulté pour la dernière fois le 13 décembre 2016).

et depuis dans la majeure partie des ordres juridiques nationaux européens¹²⁸ comme au sein du droit constitutionnel des États-Unis d'Amérique¹²⁹. Évidemment, la catégorie juridique des personnes morales ne se limite pas aux entreprises, qui n'en sont qu'une déclinaison particulière, mais elle interroge plus particulièrement les juristes du fait de l'apparente antithèse entre la titularité des droits humains et la recherche du profit qui caractérise l'idée d'entreprise. Une fois de plus est alors mise en lumière la pluralité des conceptions attachées aux notions d'individu, de dignité ou de liberté, qui peuvent varier dans le temps, l'espace ou encore selon les opinions morales et philosophiques de chacun. Comme l'écrivait J.-F. Flauss, il pourra être considéré que, bien qu'un instrument juridique soit « fondamentalement destiné (...) à garantir les droits fondamentaux des personnes physiques, et non à servir la défense des intérêts pécuniaires des entreprises commerciales (...) », « la prise en compte de la protection des droits des opérateurs économiques est susceptible d'avoir des effets induits profitables à la garantie des droits de la personne humaine »¹³⁰.

40. Révélatrices des divergences quant à l'idée d'un individu sujet des droits fondamentaux et opérateur économique, ces hésitations ont à l'inverse parfois engendré l'exclusion des personnes morales de la protection offerte. C'est notamment le cas du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui n'en fait pas mention. Là encore, le texte de la Convention ne permet pas à lui seul de répondre à toutes ces questions. Ainsi, comme le relève Pierre Romuald, la Convention est à la fois « ambivalente » et « inclusive »¹³¹. Ambivalente, car les personnes morales ne sont visées expressément que par l'article 1^{er} du Protocole n° 1¹³² et quasiment expressément par l'article 34 qui inclut « toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers ». Les autres dispositions conventionnelles n'en font pas mention, sans nécessairement les en exclure pour autant : ainsi de l'article 1^{er} de la Convention, qui renvoie à la notion de « personne » qui, dans son acception juridique, englobe depuis le XIX^{ème} siècle de manière certaine les personnes morales. La solution retenue par le texte conventionnel, limitée à l'article 1P1, est loin d'atteindre la clarté de la loi fondamentale

¹²⁸ Voy. H. KOUAMÉ KOKI, *Les droits fondamentaux des personnes dans la Convention européenne des droits de l'Homme. Tome 1 : De l'impensable à l'indispensable*, Paris, L'Harmattan, 2014, 288 p., spéc. pp. 27-31.

¹²⁹ Voy. le célèbre article de C. LUGOSI, « If I were a Corporation, I'd be a Constitutional Person, too », *Texas Review of Law and Politics*, 2006, vol. 10, n° 2, pp. 272 et s.

¹³⁰ J.-F. FLAUSS, « La Convention européenne des droits de l'Homme : une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires », *RJDA*, 1995, vol. 6, pp. 524-545, p. 525.

¹³¹ P. ROMUALD, *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé. Contribution à l'étude de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Sarbruck, Éditions Universitaires européennes, 2011, XVI-604 p., pp. 55 et 58.

¹³² La première phrase du premier alinéa stipule ainsi que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ».

allemande par exemple. À nouveau, c'est donc la Cour de Strasbourg qui a dû, progressivement, interpréter – certains diront créer – le droit conventionnel face aux personnes morales à but lucratif qui se sont pressées devant le prétoire européen¹³³.

41. Il serait pourtant excessif de circonscrire l'instrumentalisation des droits de l'Homme à des fins économiques, à la question de leur octroi à des personnes morales et l'exercice subséquent qu'elles peuvent en faire. Celles-ci ne sont, sociologiquement, que des « fictions » dépourvues de volonté propre, quand bien même il en est différemment en droit. Elles ne répondent en effet qu'aux aspirations des individus légalement habilités à commander leur volonté. En outre, la figure de l'agent économique ne se confond pas avec celle de l'entreprise – personne morale. Ce raccourci repose à nouveau sur une conception idéalisée ou partielle de l'Homme tel qu'il est visé par certains instruments juridiques, ou par certains discours doctrinaux sur ces instruments. De fait, une observation même rapide de la jurisprudence de la Cour permet d'affirmer que la « mercantilisation » que dénonçait J.-F. Flauss concerne tout aussi bien les personnes morales que les personnes physiques¹³⁴. Toutefois, symptomatiques des effets du capitalisme sur le système juridique¹³⁵ et différant des personnes physiques par leur ampleur économique, elles incarnent d'une manière éclatante l'interpénétration du système économique et du mécanisme européen.

42. Il paraît donc fondamental de ne pas occulter la « réversibilité des droits de l'Homme en matière économique »¹³⁶, qui à son tour invalide de ce fait, en partie, la thèse d'une séparation stricte entre les différentes « générations de droit ». En effet, selon les définitions retenues, cela reviendrait à accepter qu'un droit donné change de nature – du civil et politique à l'économique et social – selon la finalité poursuivie dans une situation donnée.

¹³³ Voir la liste établie par H. KOUAME KOKI, *Les droits fondamentaux des personnes dans la Convention européenne des droits de l'Homme. Tome 1 : De l'impensable à l'indispensable*, op. cit., pp. 22-23, qui mentionne à la fois la diversité des types juridiques de personnes morales de droit privé ayant été admises à saisir la Cour tout comme celle des activités économiques qu'elles exercent.

¹³⁴ On peut ainsi prendre pour exemple l'affaire Cour EDH, 28 mai 2002, *Beyeler c. Italie*, n° 33202/96, p. 3, § 11 et p. 7, pt 1 du dispositif (satisfaction équitable), dans laquelle le requérant avait présenté une demande d'indemnisation s'élevant à plus de 8 millions de dollars américains au titre du dommage matériel, ainsi qu'un million au seul titre du préjudice moral porté du fait de l'atteinte portée « à sa réputation de marchand d'art international » ; la Cour ne lui octroiera finalement qu'une somme globale de 1 300 000 euros.

¹³⁵ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1951, 354 p., spéc pp. 73-82.

¹³⁶ L'expression est empruntée à E. DEYER, « La réversibilité des droits de l'homme dans le domaine économique », in L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, 710 p., pp. 205-245.

b. Le caractère économiquement contingent des droits de l'homme

43. En outre, la critique dite « tiers-mondiste »¹³⁷ à l'encontre du mouvement de reconnaissance internationale des droits de l'Homme a depuis longtemps souligné leur caractère économiquement contingent. Malgré leur fondement universaliste et abstrait, la réalité de leur mise en œuvre s'inscrit en effet nécessairement dans un contexte économique donné. Pour certains, les droits de l'Homme ne peuvent et ne doivent être protégés que dans la mesure où le niveau de développement économique d'un État le permet¹³⁸. Cette corrélation a été à nouveau mise en lumière par la crise financière de 2008. Prolongée par une crise de la dette souveraine particulièrement marquée au sein du continent européen, elle a rappelé avec force cette dimension des droits de l'Homme, qui ont été accusés de préserver « *l'homo budgeticus* » plutôt que l'individu, pour reprendre la formulation de P. Martens¹³⁹. Ainsi que l'ont relevé à plusieurs occasions les juges de Strasbourg¹⁴⁰, la crise économique et financière produit un effet tant sur la situation des titulaires des droits que sur l'État-débiteur. Cette situation s'apparente à un « effet ciseau » bien connu des théories économiques et qui trouve à s'appliquer en matière de droits de l'Homme comme ailleurs. D'un côté, la dégradation de la conjoncture conduit à la multiplication des situations de violations potentielles des droits consacrés, du fait notamment de la détérioration des situations particulières des individus et des tensions sociales qu'elle génère. De l'autre, la crise a également pour conséquence d'obérer les ressources financières des États, en réduisant le flux de leurs ressources à un moment où le montant des dépenses augmente¹⁴¹.

¹³⁷ L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'Homme*, op. cit., pp. 59-60.

¹³⁸ Voir pour l'approche contraire le contenu de: *Déclaration et programme d'action de Vienne*, 25 juin 1993 : « Si le développement facilite la jouissance de tous les droits de l'homme, l'insuffisance de développement ne peut être invoquée pour justifier une limitation des droits de l'homme internationalement reconnus », I, § 10.

¹³⁹ P. MARTENS, « La nouvelle controverse de Valladolid », *RTDH*, 2014, n° 98, pp. 307-331, spéc. p. 312.

¹⁴⁰ Voy., entre autres, Cour EDH (GC), 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, § 223 ; (déc.) 7 février 2012, *Frimu et autres c. Roumanie*, n°s 45312/11, 45581/11, 45583/11, 45587/11 et 45588/11, § 40 ; (déc.), 7 mai 2013, *Koufaki et ADEDY c. Grèce* n°s 57665/12 et 57657/12 ; (déc.), 1er septembre 2015, *Da Silva Carvalho Rico c. PortuGal* n° 13341/14 ; 21 juillet 2016, *Mamatas et autres c. Grèce*, précitée, § 88 qui mentionne « le contexte de la crise économique qui sévit en Europe depuis 2008 et plus particulièrement (...) les mesures d'austérité prises ».

¹⁴¹ Voir, hors contexte de crise *stricto sensu*, E. FAURA, « Droits humains et monde économique : liaisons dangereuses », *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, XXVI-710 p., pp. 263-269 ; voy. autrement : M. E. FOOTER, « Righting Socio-Economic Wrongs in Times of Financial and Economic Crises », in M. CREMONA et al. (dir.), *Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law. Liber amicorum for Ernst-Ulrich Petersmann*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, XIV-622 p., pp. 527-542 ; N. FRANGAKIS, « A State's Exceptional Economic Measures under The European Convention on Human Rights. The Case of the 'Greek Memorandum' », in *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, IX-762 p., pp. 181-198 ; I. SAIZ, « Rights in Recession ? Challenges for Economic and Social Rights Enforcement in Times of Crisis », *Journal of Human Rights Practice*, 2009, n° 2, pp. 277-293 ; P. WAUTELET, « The Greek

44. Cette approche, finalement l'une des plus instinctives, consiste à penser les droits de l'Homme à la fois comme un moyen et une finalité qui doivent conduire à encadrer l'activité économique et à corriger les excès, dysfonctionnements et externalités négatives dont elle peut être la source. On la retrouve notamment, tant dans les études de droit international qui y sont consacrées¹⁴², que dans celles qui ont plus spécifiquement pour objet le cadre régional de l'Union européenne¹⁴³.

45. Plusieurs facteurs peuvent expliquer la prédominance de cette dernière approche. Tout d'abord, le phénomène de mondialisation économique¹⁴⁴, certainement inédit dans son ampleur à défaut de l'être dans sa nature, multiplie à la fois quantitativement et qualitativement les sources de conflits entre les produits et conséquences de l'activité économique et la protection des droits de l'Homme. Cela est notamment lié à l'accroissement du nombre, de la taille et du poids économique de certaines entités privées multinationales, qui constituent des pouvoirs économiques privés significatifs et dont les actions sont parfois même attentatoires à la souveraineté de certains États¹⁴⁵. Ensuite, ce phénomène économique a été facilité, sinon permis, par la mise en place de règles juridiques particulières, et notamment de celles relevant du droit international économique. Cette mondialisation par le droit, distincte de l'idée de mondialisation du droit, constitue un objet d'étude privilégié pour le juriste par rapport au phénomène économique *per se*. Dès lors, la question de la réintégration des droits de l'Homme au sein de la mondialisation a souvent été soulevée au regard de leur protection, ou plus

debt restructuring, a Greek Tragedy for investors ? », in A. ALEN, V. JOOTSEN, V. LEYSEN et W. VERRIDJT (dir.), *Liberæ Cogitationes Liber Amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge, Intersentia, 2013, 974 p., pp. 903-927.

¹⁴² Voir ainsi *Commerce mondial et protection des droits de l'Homme. Les droits de l'Homme à l'épreuve de la globalisation des échanges économiques*, Publication de l'Institut International des droits de l'Homme, Bruxelles, Bruylant, 2001, X-270 p. ; voy. également les contributions de F. van HOOFF, D. TÜRK, P. de WAART, « Second topic : Restructuring the International Economic Legal Order : The Issue of Human Rights », in P. van DIJK *et al.*, *Restructuring the International Economic Order : The Role of Law and Lawyers*, Deventer, Kluwer Law, 1987, viii-269 p., pp. 85-131 ; M. M. SALAH, *L'irruption des droits de l'Homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?*, Paris, LGDJ, 2012, 305 p.

¹⁴³ Voy. par exemple : O. DE SCHUTTER, P. DEMIRE, « The Two Constitutions of Europe : Integrating Social Rights in the New Economic Architecture of the Union », *Journal européen des droits de l'homme*, 2017, vol. 108, n° 2, pp. 108-156.

¹⁴⁴ Entendu comme « le développement des échanges commerciaux, l'explosion des mouvements de capitaux, l'internationalisation des entreprises, et l'extension du champ de la concurrence », J.-F. FLAUSS, « Le droit international des droits de l'Homme face à la globalisation économique », *LPA*, 2002, n° 104, pp. 4-20, p. 4, note n° 4.

¹⁴⁵ Voy. notamment les études de la prise en considération au sens d'un ordre juridique – le plus souvent conventionnel - donné, par exemple celui de l'OMC : S. GROSBON, « La primauté du commerce sur les droits de l'Homme dans le cadre de l'OMC », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 177-193.

exactement de celle des intérêts qu'ils incarnent, au sein de ces règles ayant initialement un objet économique¹⁴⁶.

46. L'objet même de l'analyse induit alors certains postulats relatifs au droit des droits de l'Homme qui sont contestables. Tout d'abord, elle consiste à leur attacher, en raison de leur finalité affichée, la protection de la dignité humaine ainsi que sa liberté¹⁴⁷, une qualité intrinsèquement positive. Celle-ci génère un jugement de valeur moral sur les droits de l'Homme qui s'accompagne, par un jeu de miroir, d'un jugement de valeur cette fois négatif sur ces règles à objet économique. Il ne s'agit pas, en le rappelant ici, de critiquer la valeur morale de ces assertions, mais seulement de souligner que de tels postulats conduisent à ne penser ces interactions qu'en termes conflictuels ou hégémoniques¹⁴⁸ alors qu'elles ne s'y réduisent pas. Il s'agit dès lors dans le cadre de cette étude de renverser la perspective de l'analyse conduite.

47. En outre, si l'analyse de ces conflits est nécessaire, elle se traduit également sous une forme dont ne peut pas connaître – du moins directement – une étude ayant pour objet le mécanisme européen. Ainsi, les développements normatifs, généraux ou jurisprudentiels, relatifs au développement de la responsabilité d'entités privées pour violation des droits de l'Homme se sont multipliés ces dernières années¹⁴⁹, de même que les études doctrinales s'y rapportant¹⁵⁰. Ce phénomène ne peut en effet être étudié que de manière marginale au sein de la jurisprudence du juge européen, ce dernier ne pouvant connaître que des requêtes dirigées à l'encontre des États parties. Les personnes privées ne disposent donc, en son sein, que d'une capacité juridique active, sans même que semblent recevables des demandes reconventionnelles comme cela a pu être admis au sein d'autres organes juridictionnels internationaux¹⁵¹. Seule

¹⁴⁶ Voy. pour une étude transversale K. HEELING, *Regime Accomodation in International Law : Human Rights in International Economic Law and Policy*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016, XX-361 p.

¹⁴⁷ La nature des relations entre les deux paraît incertain : pour certains, la liberté participe de la dignité de l'être humain, tandis qu'il s'agit de deux fins distinctes pour d'autres :

¹⁴⁸ Entendus, dans une perspective gramscienne, au sens que lui donne par exemple A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2016, XIX-584 p., spéc. pp. 337-387.

¹⁴⁹ Voir Comité des Droits de l'Homme, *Report of the Special Representative of the Secretary- General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises.*, 21 mars 2011, A/HRC/17/3, 27 p.

¹⁵⁰ Voy. pour une étude récente et transversale K. MARTIN-CHENUT, R. QUENAUDON, M. DELMAS-MARTY (dir.), *La RSE saisie par le droit : perspectives interne et internationales*, Paris, Pedone, 2016 717 p.

¹⁵¹ Voy. par exemple en droit des investissements et sans que cela ne suffise à rétablir un équilibre parfait, H. HELLIO, « L'État, un justiciable de second ordre ? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *RGDIP*, 2009, vol. 113, n° 3, pp. 589-620.

pourra donc relever de l'analyse, l'éventuelle contribution matérielle au développement de ce droit de la responsabilité internationale des entités privées.

48. En définitive, plusieurs postulats peuvent être dégagés des développements précédents concernant les relations nécessaires entre le sous-système économique et le sous-système des droits de l'Homme. Tout d'abord, ces derniers peuvent poursuivre *une* finalité économique, qui peut être soit structurelle et structurante, soit individuelle et conjoncturelle. Ensuite, ils peuvent poursuivre une finalité économique *donnée*, et tant leur contenu que leurs modalités d'exercice peuvent varier en fonction du choix ainsi effectué. Enfin, la réalisation et l'exercice des droits de l'Homme s'inscrivent en tout état de cause dans un ordre et une situation économique elle aussi donnée.

§2. Le domaine de l'étude : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

49. La présente étude de ces interactions aura pour champ la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui est l'organe juridictionnel permanent auquel les rédacteurs de la Convention ont entendu, non d'ailleurs sans difficultés, confier le soin « d'assurer le respect des engagements »¹⁵² des États parties. Elle dispose à cette fin d'une compétence qui « s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles »¹⁵³. Ce choix implique nécessairement l'étude préliminaire de la Convention en elle-même, notamment afin d'en rappeler les conditions d'élaboration et d'adoption, à l'aune de la question de ses rapports avec la question économique (A). Toutefois, l'étude portera principalement sur le corpus de décisions émanant formellement de la Cour et le cas échéant, de l'ancienne Commission, ainsi que des opinions individuelles de ses juges (B) et non pas de l'intégralité du droit matériel de la Convention tel qu'il est appliqué dans l'ensemble des ordres juridiques des États qui y sont parties. En revanche, l'approche comparatiste permettra d'éclairer, le cas échéant, les raisonnements et solutions adoptés par le juge européen (C).

¹⁵² Art. 19 Conv. EDH.

¹⁵³ Art. 32 § 1 Conv. EDH.

A. Le cadre : la Convention européenne des droits de l'Homme

La Convention européenne, en tant qu'instrument juridique, est un cadre intéressant d'analyse des rapports entre système économique et droits de l'homme. En effet, malgré la volonté initiale d'exclusion des questions économiques (1), qui se traduit par des manifestations marginales au sein du texte conventionnel (2), la prise de conscience d'une normativité économique de la Convention par les États (3) montre que les interactions existent et ont dû être appréhendées par le juge (4).

1. La volonté initiale d'exclusion des questions économiques

50. Élaborée en un « temps record »¹⁵⁴ si on la compare au temps d'élaboration des conventions internationales en général, et en particulier de celles en matière de droits de l'Homme¹⁵⁵, la gestation de la Convention ne s'est pourtant pas déroulée sans encombre. On sait que l'un des principaux objectifs poursuivis à travers elle, et ce dès l'initiative du « Mouvement européen », était d'empêcher la répétition des atrocités commises pendant la Seconde Guerre Mondiale par le régime du III^{ème} Reich et ses alliés. On rappelle ainsi la plupart du temps que l'objet de la Convention, dans l'esprit de ses rédacteurs, n'était pas de « coordonner les économies » des États européens, mais au contraire de « commencer par le commencement » en garantissant « la démocratie politique »¹⁵⁶. Il pourrait alors être tentant de s'en tenir à ce constat pour en déduire que, la Convention ne consacrant dès lors que des droits dits « civils et politiques », seuls nécessaires pour prévenir l'émergence de nouveaux totalitarismes, toute préoccupation économique était absente de ce travail d'élaboration.

51. Pourtant, plusieurs éléments témoignent de ce que les considérations économiques ont joué un rôle dans ce travail d'élaboration, et notamment la question de l'inclusion du droit de

¹⁵⁴ M.-A. ESSEIN, in « Débats », pp. 717-718, sous F. BATAILLER-DEMICHEL, « Y a-t-il des 'vices cachés' dans la Convention ? », *Revue des droits de l'Homme*, 1970, vol. III, n° 4, pp. 687-717, p. 718.

¹⁵⁵ À titre de comparaison, 18 ans se sont écoulés entre l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'Homme en 1948 et celle des deux Pactes internationaux ; cette rapidité ne semble pas pouvoir être intégralement attribuable au caractère régional de la Convention européenne, puisque 21 ans après la proclamation de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme -en 1948 par les États membres de l'Organisation des États américains pour parvenir à l'adoption de la Convention américaine des droits de l'homme en 1969.

¹⁵⁶ Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la CEDH, vol. I*, La Haye-Boston, Éditions du Conseil de l'Europe, Nijhoff, 1975, XVII-311 p., p. 267.

propriété en son sein. Abondamment commentée par la doctrine¹⁵⁷, l'absence de sa consécration dans le texte initial entraînera même le boycott de la cérémonie de signature du texte par certains membres de l'Assemblée¹⁵⁸ et à la réaction de certains représentants d'États signataires « exprimant le regret que la Convention soit encore incomplète et l'espoir qu'elle pourra être complétée bientôt »¹⁵⁹. Même si l'on sait que cet « espoir » sera comblé deux ans plus tard par la signature d'un protocole additionnel, l'analyse des travaux préparatoires montre – dans la mesure où leur lecteur garde à l'esprit qu'ils sont incomplets¹⁶⁰ – que cela est la conséquence des divergences de conception politique et économique des droits de l'Homme. Ces divergences étaient très fortes au sein de chacun des organes impliqués, qu'il s'agisse de l'Assemblée consultative, de sa Commission de juristes ou bien encore du Conseil des Ministres. S'il est évidemment impossible de rendre compte ici de tous les objets et motifs de divergences survenus entre tous les membres de ces différents organes, certains points méritent d'être notés.

52. Tout d'abord, ainsi que le relève le représentant irlandais auprès d'une réunion du Comité des Ministres la veille de la signature de la Convention¹⁶¹, l'article proposé par l'Assemblée et qui sera exclu du texte signé le lendemain était déjà le fruit d'un difficile compromis entre les membres de celle-ci. Plusieurs d'entre eux avaient en effet, à l'occasion de ses différentes sessions, affirmé que le droit de propriété était indéfinissable en raison des multiples fonctions sociales qui pouvaient y être attachées, c'est-à-dire qu'il dépendait trop de la conception économique pouvant prévaloir au sein de chaque société pour être érigé en droit subjectif sanctionné par le droit positif. Certains parlementaires craignaient en effet que « de nombreux procès entre les particuliers et les gouvernements ne s'inspirent pas exclusivement

¹⁵⁷ Voy. par exemple H. ADAM, « Le droit de propriété dans la Convention européenne des droits de l'Homme », *Revue du droit public et de la science politique*, 1953, n° 59, p. 317 ; E. BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford, O.U.P., 2010, XXVII- 569 p., spéc. pp. 54 et s. ; L. CONDORELLI, « La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo », *Rivista di diritto internazionale*, 1970, vol. LIII, pp. 170-232 ; P. MODINOS, « La Convention européenne des droits de l'Homme : ses origines, ses objectifs, ses réalisations », *Annuaire Européen*, 1955, vol. I, p. 141 et s.

¹⁵⁸ Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, La Haye-Boston, Nijhoff, vol. VI, 1985, XXXI-354 p., p. 47

¹⁵⁹ *Idem*, voy. la déclaration orale de Schuman, MacBride et Stikker « exprimant le regret que la Convention soit encore incomplète et l'espoir qu'elle pourra être complétée bientôt ».

¹⁶⁰ Voir ainsi M.-A. ESSEIN in « Débats », sous F. BATAILLER-DEMICHÉL, « Y a-t-il des 'vices cachés' dans la Convention ? », *Revue des droits de l'Homme*, 1970, vol. III, n° 4, pp. 687-717, pp. 717-718, *op. cit.*, p. 718, rappelant que, lors de la constitution des recueils, ses auteurs ont « dû constater une certaine pauvreté des sources écrites », et qu'en conséquence « les documents de l'époque nous laissent-ils souvent sur notre faim »,

¹⁶¹ Séance du Comité des Ministres du 3 novembre 1950, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Haye-Boston, Éditions du Conseil de l'Europe, Nijhoff, vol. VII, 1985, XXXI-354 p., p. 29.

des principes du *libéralisme orthodoxe* »¹⁶². D'autres, à l'inverse, soulignaient que le droit de propriété devait être garanti, non pas en tant que moyen de protection de valeur économique, mais en tant que protection nécessaire face à l'instrument que sa violation constituait pour les régimes autoritaires et totalitaires¹⁶³. Pour d'autres enfin, sa protection était nécessaire au motif que la possession de richesses constituait bel et bien un attribut de la personnalité individuelle qui méritait, à ce titre, d'être sanctionné par le droit face aux risques que faisaient peser sur lui les différentes politiques étatiques notamment économiques. Pierre-Henri Teitgen déclarait au début des travaux que la « liberté [était] en danger (...) en raison des conditions économiques et sociales du monde moderne », et que sa préservation impliquait de protéger « le libéralisme économique, la libre entreprise, la liberté de la concurrence, du profit et de l'argent »¹⁶⁴. En outre, on notera que d'autres arguments avancés tenaient, non pas au principe même de la consécration juridique d'un tel droit, mais à la question de la forme de sa sanction juridique, et dès lors à l'impossibilité d'octroyer par ce biais à une juridiction, internationale de surcroît, la compétence de statuer sur de telles questions¹⁶⁵.

53. Toutefois, on sait que l'Assemblée était parvenue à surmonter ces divergences et à formuler une proposition qu'elle avait transmise au Comité des Ministres¹⁶⁶, et que c'est cette instance, par ailleurs seule autorité habilitée à adopter le texte, qui a refusé *in extremis* son incorporation. Or, la retranscription des débats en son sein, bien que lacunaire, montre que c'est le Royaume-Uni – à cette époque dirigé par un gouvernement travailliste¹⁶⁷ – qui s'était opposé à la consécration du droit de propriété par peur que cela ne constituât un empêchement à sa politique économique de nationalisation d'un certain nombre d'industries britanniques¹⁶⁸. C'est

¹⁶² Italiques ajoutés ; le Secrétariat mentionnait ce risque pour plaider en faveur du retrait du droit de propriété du projet d'accord ; Documents de travail préparés par le SG à l'intention du Comité d'experts (non datés), *Recueil de travaux préparatoires CEDH*, vol. III, Comité d'experts 2 février 1950-10 mars 1950, XVII-339 p., p. 11.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 263 ; le Comité d'experts souhaitait souligner « l'importance », notamment, du droit de propriété, au Comité des Ministres dans la mesure où « les régimes totalitaires ont une tendance à user des atteintes au droit de propriété comme des moyens de pression légitime ».

¹⁶⁴ Il s'agit de l'une des premières déclarations, le 19 août 1949 ; Conseil de l'Europe, *Recueil des Travaux Préparatoires de la CEDH, Volume I., 11 mai – 8 septembre 1949*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1975, XXXIII-327 p., p. 41.

¹⁶⁵ Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, vol. I, *op. cit.*, p. 199.

¹⁶⁶ Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Haye-Boston, Éditions du Conseil de l'Europe, Nijhoff, vol. VII, 1985, XXXI-354 p., pp. 37-39.

¹⁶⁷ Il est en effet intéressant de noter que le Royaume-Uni ratifiera à la fois la Convention et son Premier protocole additionnel, mais seulement en 1956 et après que la majorité travailliste ait perdu les élections.

¹⁶⁸ Lors de la dernière réunion du Comité le 3 novembre 1950, la veille de la signature de la Convention, les représentants allemand, belge, français, irlandais, italien, néerlandais et norvégien sont unanimes pour regretter l'absence du droit de propriété, mais préfèrent ne pas retarder davantage l'entrée en vigueur de la Convention, et décident donc de renvoyer à plus tard cette question face au refus britannique, in Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la CEDH*, vol. VII, *op. cit.*, p. 27.

donc bien l'importance de la fonction économique du droit de propriété privée qui a conduit à cette exclusion initiale. La question du rapport entre le contenu de la Convention et la sphère économique s'était par ailleurs prolongée dans celle de la consécration des droits économiques et sociaux, rejetée en raison des arguments traditionnels liés à leur caractère vague ou à leur injusticiabilité, particulièrement par un juge international¹⁶⁹. L'approche « social-libérale » des droits de l'homme, que S. Audier définit comme celle qui consiste à éviter la socialisation complète de l'économie tout dépassant les « limites de l'individualisme libéral » et en assurant « l'indépendance économique » de chacun, avait ainsi été rejetée, ou ajournée¹⁷⁰. L'élaboration de la Convention semble donc avoir bel et bien reposé d'une part sur le postulat selon lequel une séparation entre les différents types de droits était possible, et d'autre part sur la conviction selon laquelle elle était, au moins temporairement, souhaitable¹⁷¹.

2. Les manifestations économiques marginales au sein du texte conventionnel

54. Cette séparation souhaitée explique que les mots ou expressions renvoyant directement à la sphère économique sont rares, voire quasi-absents du texte conventionnel. On retrouve un indice de la conscience qu'avaient les rédacteurs du caractère économiquement contingent de certains droits au sein de la clause permettant d'apporter des restrictions au droit au respect de la vie privée et familiale. Cette dernière stipule que de telles restrictions pourront y être apportées en vertu de mesures qui seraient « nécessaires (...) au bien-être économique du pays »¹⁷², c'est-à-dire la conjoncture macro-économique de l'économie nationale. Ce motif particulier ne se retrouve dans aucune autre des clauses de restriction des articles 9 à 12. Cette absence s'explique par le caractère presque anecdotique du renvoi au « bien-être économique ». Cette référence a, en effet, été tardivement ajoutée, à la demande du Royaume-Uni et sans que cela suscite d'opposition particulière, afin de préserver l'efficacité des règles du contrôle des

¹⁶⁹ Sur ces questions, voy. le rapport de P.-H. Teitgen du 5 septembre 1949, *Recueil des travaux préparatoires de la CEDH*, vol. I, *op. cit.*, pp. 199-201.

¹⁷⁰ S. AUDIER, *Le socialisme libéral*, Paris, La Découverte, 2014, 125 p., spéc. p. 75.

¹⁷¹ Cette volonté semble perdurer chez les États parties à la Convention, si l'on se souvient que les initiatives de l'Assemblée visant à l'enrichir explicitement des droits économiques et sociaux sont restées lettre morte ; voy. Assemblée Parlementaire, *Recommandation n° 838*, 27 septembre 1978, « Élargissement du champ d'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme » (disponible sur <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fil>, consulté pour la dernière fois le 26/11/2016) ; *Recommandation n° 1415*, 23 juin 1999, « Protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme relatif aux droits sociaux fondamentaux » (disponible <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fil>, consulté pour la dernière fois le 26/11/2016).

¹⁷² Art. 8 § 2 ; dans la version anglaise : « *the economic wellbeing of the country* ».

changes face au risque d'exportation illégale de devises¹⁷³. La seconde occurrence directe du lexique économique figurant dans le texte initial se situe à l'article 10 § 1 de la Convention, et réserve aux États le droit de « soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma et de télévision à un régime d'autorisation ». Référence relativement substantielle à un régime économique, quoi que bien inférieure à ce que certains rédacteurs avaient souhaité¹⁷⁴, elle avait cependant pour vocation de soustraire la question à l'emprise conventionnelle.

55. Parmi les protocoles additionnels, l'article 1^{er} du Premier Protocole Additionnel occupe une place particulière en raison de la nature intrinsèquement économique du droit qu'il consacre. Ce dernier fait en effet référence tant aux richesses privées des individus qu'à la fonction régulatrice de l'État. Sont ainsi mentionnés la « propriété » - privée et « le respect des biens » uniquement en son aliéna premier¹⁷⁵, ainsi que la « réglementation des biens » et le « paiement des impôts, d'autres contributions ou d'autres amendes » en son alinéa second. Les mentions restantes sont plus indirectes, comme l'interdiction de l'emprisonnement pour dettes consacré par l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 4¹⁷⁶, le droit à une indemnisation en cas d'erreur judiciaire ou bien encore, de manière indirecte cette fois, le renvoi par l'article 1^{er} du Premier Protocole à la personne « morale » comme incluant les personnes morales poursuivant un but lucratif.

3. La conscience incontestable des États de la portée économique de la Convention

56. Malgré cette intention originelle et la rareté des références économiques, la Convention aurait aujourd'hui une portée normative en matière économique. L'examen, même sommaire de la pratique des réserves et déclarations formulées par les États à l'encontre des dispositions de la Convention, témoigne d'une prise de conscience, à travers le temps, de cette normativité. Les réserves contenues dans les instruments de ratification du texte initial déposés par les États

¹⁷³ Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, La Haye, Martinus Nijhoff, 1979, vol. V, XIX-356 p., p. 69.

¹⁷⁴ Commission européenne des droits de l'homme, « Travaux préparatoires à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », DH 56 (15), Annexe, p. 24, § 137 : certains rédacteurs avaient en effet souhaité inclure que la restriction de la liberté d'expression pour la préservation de la balance des paiements était possible, tandis que d'autres avaient au contraire jugé qu'il fallait inscrire le principe de suppression des « obstacles économiques » à la liberté d'expression. Ces éléments ont été rejetés comme ne relevant pas d'un « instrument international » et en tout état de cause pas un instrument ayant pour vocation les droits de l'homme.

¹⁷⁵ Cette différence de terminologie n'existe pas dans la version anglaise, qui renvoie simplement aux « *possessions* » ; sur l'importance de cette distinction, voyez. *Infra* et (rajouter référence doctrinale)

¹⁷⁶ « Nul ne peut être privé de sa liberté pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle ».

parties faisaient en effet rarement mention de préoccupations à teneur économique. On y retrouve ainsi, en marge des déclarations temporaires d'acceptation de la juridiction de la Cour, des questions d'application territoriale du champ conventionnel¹⁷⁷, d'applicabilité des garanties en matière de procédures administratives¹⁷⁸, de statut disciplinaire de certains corps de l'État comme les militaires¹⁷⁹ ou bien encore relatives à l'organisation des pouvoirs exceptionnels octroyés en période de crise au chef de l'État français¹⁸⁰. De même, les réserves déposées par les premiers États à propos du Premier protocole portent dans une large mesure sur la question de son article 2¹⁸¹ et non de l'article 1^{er}¹⁸².

57. À l'inverse, la vague d'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale – communément dénommés PECO – qui a suivi l'effondrement du bloc soviétique montre que les préoccupations liées à la licéité conventionnelle des modalités de privatisation et de restauration de l'économie de marché étaient importantes. La majorité d'entre eux¹⁸³ a en effet réservé la conventionnalité des lois relatives à la restitution des biens, à la suppression progressive du système agricole communiste, et plus généralement comme l'indique la réserve estonienne les « réformes économiques et sociales à grande échelle »¹⁸⁴. Plus encore, les réserves récentes déposées dans le cadre du texte conventionnel initial explicitent cette prise de conscience. On notera par exemple que l'Azerbaïdjan a réservé la question des restrictions imposées aux ressortissants étrangers concernant la possession d'entreprises de presse¹⁸⁵, mais également que Monaco a réservé tout un ensemble de ses dispositions législatives relatives à l'emploi public et privé, à la création de sociétés et succursales sur le territoire monégasque notamment¹⁸⁶. De même, la déclaration jointe par la République de Saint-Marin à son

¹⁷⁷ Voir la « déclaration » française consignée dans l'instrument de ratification déposé le 3 mai 1974.

¹⁷⁸ Voir la réserve autrichienne consignée dans l'instrument de ratification (3 septembre 1959) qui sera à l'occasion pour la Cour de s'estimer compétente pour contrôler la validité des réserves émises par les États : Cour EDH, 20 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, n° 10328/33, Série A, n° 132.

¹⁷⁹ Voir la réserve espagnole remise lors du dépôt de l'instrument de ratification, le 4 octobre 1979.

¹⁸⁰ Voir la seconde réserve consignée dans l'instrument français du 3 mai 1974.

¹⁸¹ Voyez en ce sens les réserves allemande (13 février 1957), irlandaise (25 février 1953), maltaise (12 décembre 1966), néerlandaise (31 août 1954), du Royaume-Uni (réserve émise lors de la signature le 20 mars 1952) et turque (18 mai 1954).

¹⁸² Voir *contra* les réserve autrichienne (3 septembre 1958), qui porte sur les dispositions relatives rétablissement des biens du « Traité d'État portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique », et luxembourgeoise, qui porte sur la compatibilité d'une loi procédurale relative au mécanisme civil et pénal du séquestre avec l'article 1^{er}.

¹⁸³ À l'exception notable de l'Ex-Yougoslavie et de la République moldave et de la Roumaine, dont les réserves ne portent que l'article 2 du Premier Protocole.

¹⁸⁴ Réserve consignée dans l'instrument de ratification du 16 avril 1996.

¹⁸⁵ Réserve consignée dans l'instrument de ratification (15 avril 2002) ; ce qui est original est que cette réserve concerne l'article 10 de la Convention, à l'inverse par exemple de la réserve bulgare qui concerne l'acquisition de la propriété par les étrangers de manière générale mais porte sur l'article 1^{er} du Protocole n° 1.

¹⁸⁶ Réserve consignée dans l'instrument de ratification du 30 novembre 2005

instrument de ratification mentionne-t-elle « l'attention particulière en ce qui concerne les matières de résidence, de travail et de mesures sociales pour les étrangers »¹⁸⁷.

58. Enfin, s'il n'est pas toujours possible de connaître les motivations qui poussent un État à se lier par un traité international, il n'est pas inintéressant de constater que Monaco et la Suisse sont les deux seuls membres du Conseil de l'Europe à ne pas avoir ratifié le Premier Protocole additionnel. Le gouvernement de Monaco avance les « avantages dont bénéficient les Monégasques en matière d'aides sociales et de droit au logement »¹⁸⁸ pour expliquer que sa signature n'a pas été suivie de la ratification, tandis que le Conseil fédéral de Suisse a ainsi admis que cette réticence découlait de l'extension réalisée par la Cour de l'application de l'article 1^{er} aux « prestations sociales »¹⁸⁹. Quoiqu'il en soit, il semble indéniable que la portée économique de la Convention telle qu'interprétée par la Cour est un facteur déterminant de ces refus.

4. La conséquence : la résolution jurisprudentielle de l'équation

59. Si l'intention originelle des rédacteurs était donc de tenir la Convention à l'écart des questions économiques, c'est à la Cour que le texte a institué qu'est revenue la tâche de résoudre la question de leur (rê)conciliation. Or, cet organe est un organe juridictionnel d'une part, et un organe juridictionnel international d'autre part, ce qui emporte une série de conséquences. De par sa nature juridictionnelle, il est confronté à la question de la délimitation de l'existence et de l'étendue de sa compétence à trancher les questions qui lui sont soumises, ainsi qu'à celle de sa légitimité à connaître, notamment, des choix de régulation économique effectués par les autorités étatiques. Ces craintes ne sont pas inédites : le gouvernement des juges décrit par E. Lambert concernait précisément la jurisprudence américaine en la matière économique¹⁹⁰. Elles sont cependant accentuées en raison de la nature internationale de la Cour de Strasbourg. Certes, le mécanisme européen distingue à plusieurs égards des problématiques historiques du contentieux international, comme le droit de saisine directe par les personnes privées¹⁹¹ ou le

¹⁸⁷ Instrument déposé le 22 mars 1989.

¹⁸⁸ Rapport de la Commission pour le respect des obligations et engagements des États membres du Conseil de l'Europe, AS/Mon(2009)01 du 9 juin 2009, 17 p., pt. 5, § 24.

¹⁸⁹ Rapport Conseil Fédéral, *40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH, Bilan et perspectives*, 19 novembre 2014, 2014-2519, pp. 353-424 (72 p.), p. 374.

¹⁹⁰ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. Paris, Dalloz, 2005, XIX-276 p.

¹⁹¹ Art. 34 Conv. EDH.

caractère obligatoire de sa compétence lors de toute ratification de la Convention¹⁹². Néanmoins, les principales avancées sur la voie de son autonomisation sont davantage le fruit de ses propres développements jurisprudentiels, notamment en matière d'interprétation¹⁹³. On le sait, la Cour a établi un certain nombre de principes directeurs de sa jurisprudence, comme l'effectivité des droits, l'analyse dynamique et autonome des dispositions, le recours au consensus, ou bien encore la marge d'appréciation, qui ont au moins « précisé » le champ conventionnel, voire l'ont « développé » au-delà de son contenu normatif initial.

60. Si ces avancées étaient sans doute nécessaires, elles constituent parfois une source de tensions. Comme tout juge, la Cour doit en effet ménager un équilibre des pouvoirs entre elle et les autres pouvoirs avec qui elle interagit. Du fait de la nature internationale, ces autorités sont ici des États souverains. Les spécificités de l'ordre juridique international rendent certains risques, comme le « bris de jurisprudence », moins immédiats en raison de la difficulté pour les États d'atteindre le consensus nécessaire à toute révision du texte conventionnel. Cela ne doit pas occulter le caractère facultatif de l'adhésion à la Convention¹⁹⁴ ni ne faire oublier que plusieurs États menacent de manière plus ou moins récurrente de dénoncer la Convention. Bien que, jusqu'à présent, les décisions ayant suscité l'ire des États ont généralement concerné des questions non-économiques, comme le droit de vote des détenus¹⁹⁵ la situation pourrait être amenée à changer. La Russie a entrepris en 2015 de limiter drastiquement la portée des décisions de la Cour dans son ordre juridique afin, notamment, de légitimer son refus d'exécuter l'arrêt *Yukos*¹⁹⁶. Dans ces conditions, tant le contenu du Protocole n° 15, dont certaines dispositions sonnent comme un « rappel à l'ordre » adressé aux juges européens¹⁹⁷, que

¹⁹² La juridiction de la Cour était initialement facultative, mais le Protocole n° 11 a entraîné la disparition de la clause facultative figurant à l'ancien art. 46 § 1.

¹⁹³ Voy. par exemple sur ce point F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle : les méthodes d'interprétation de la Convention Européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 354 p., pp. 15-40, qui souligne une certaine « émancipation » de la Cour vis-à-vis des règles d'interprétation codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁹⁴ Elle est contraignante pour les membres de l'UE comme pour ceux du Conseil de l'Europe, mais l'adhésion à ces organisations internationales n'est elle pas – juridiquement – obligatoire ; L. Burgorgue-Larsen rappelle en ce sens que « l'acceptation du système de garantie n'est pas un fait sociologiquement acquis » ; L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ-Lextenso Éditions, 2^{ème} éd., 2015, 302 p., p. 28.

¹⁹⁵ Un réel "contentieux" politique existe depuis longtemps entre le Royaume-Uni et la Cour depuis l'arrêt *Hirst*; Theresa May, en qualité de « *home secretary* » avant sa nomination comme Première Ministre, promouvait encore en 2016 le départ du Royaume-Uni, voy. A. MERRIS, « The Value of the European Court of Human Rights to the United Kingdom », *EJIL*, vol. 28, n° 3, pp. 763-785.

¹⁹⁶ Ph. LEACH, A. DONALD, « Russia Defies Strasbourg: Is Contagion Spreading », *EJIL Talk!*, 19. Déc. 2015, <https://www.ejiltalk.org/russia-defies-strasbourg-is-contagion-spreading/>

¹⁹⁷ L'article 1^{er} de ce Protocole prévoit en effet l'ajout d'un nouveau considérant au Préambule de la Convention ainsi rédigé : « Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au

l'absence de ratifications suffisantes à son entrée en vigueur sont autant d'éléments qui influent sur la jurisprudence de la Cour. Comme le note L. Hennebel et H. Tigroudja, ces considérations conduisent parfois la Cour à œuvrer « davantage en diplomate qu'en juge »¹⁹⁸. Cela est particulièrement le cas en matière économique et sociale afin d'assurer « l'acceptabilité »¹⁹⁹ de ses décisions.

61. Malgré cela, le succès de la Convention européenne est à la fois indéniable et double. Son aspect le plus immédiat est d'abord le succès incontestable de son mécanisme juridictionnel, dont la survie a même été menacée par l'accroissement aussi spectaculaire qu'inattendu des requêtes individuelles²⁰⁰. C'est peut-être ensuite le rayonnement normatif de la Convention au sein des ordres juridiques des États qui y sont parties qui attire l'attention. En dépit de rangs normatifs divers au sein des systèmes nationaux²⁰¹, la Convention et la jurisprudence de la Cour irriguent désormais l'ensemble des contentieux internes, qu'ils soient constitutionnels, civils, administratifs, pénaux, et s'étendent même aux procédures menées en dehors des juridictions *stricto sensu*, et notamment devant les désormais nombreuses autorités de régulations. Ainsi, l'enjeu relatif à la manière dont la Cour se saisit de la matière économique dépasse de loin son seul prétoire et concerne avant tout le justiciable « ordinaire », c'est-à-dire celui qui invoque la Convention devant le juge national, qui en est le « juge de droit commun »²⁰². Malgré l'existence de « pôles de résistance sur certains sujets »²⁰³, les juges internes, et même constitutionnels, s'inscrivent dans un processus de dialogue, d'intégration, voire même « d'anticipation »²⁰⁴.

principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention ».

¹⁹⁸ L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 1275.

¹⁹⁹ D. SZYMCZAK, « La question de l'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme par les États parties », in S. TOUZÉ (dir.), *La Cour européenne des droits de l'Homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Paris, Pedone, 2015, 248 p., pp. 123-139.

²⁰⁰ Entre 1959 et 2015, 741 014 requêtes ont été attribuées à une formation de jugement de la Cour, qui ont donné lieu au prononcé de 645 481 décisions d'irrecevabilité et 28 674 arrêts ; Aperçu 1959-2015, *Publications de la Cour EDH*, 2016, 12 p., p. 5 ; au 10 octobre 2019, la Cour et l'ancienne Commission avaient rendu 120 336 décisions et arrêts.

²⁰¹ Voy. J.-F. FLAUSS, « La condition spécifique des traités relatifs aux droits de l'homme dans les constitutions contemporaines », *Mélanges Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 163 et s.

²⁰² F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 191, § 122.

²⁰³ Ainsi que le relevait déjà G. COHEN-JONATHAN, « Les lignes de force de l'évolution du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et du contrôle de son application », *Revue québécoise de droit international*, 2000, vol. 1, pp. 63-107, p. 99.

²⁰⁴ M. GUYOMAR, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation » in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de J.-P. Costa*, Paris, Dalloz, 2011, XXVI-710 p., pp. 311-320.

B. Les données : les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme

L'étude sera menée à partir des décisions et arrêts adoptés par la majorité de la Cour (1), mais également au moyen de l'étude des décisions et rapports de l'ancienne Commission ainsi que des opinions individuelles (2).

1. Les décisions *stricto sensu* de la Cour

62. Le terme de « jurisprudence » est ici entendu dans une acception descriptive c'est-à-dire comme « l'ensemble des décisions rendues par une juridiction déterminée »²⁰⁵, et non en référence à la question du précédent jurisprudentiel et de la *stare decisis* qu'elle revêt au sein des systèmes juridiques de *common law*. Le renvoi à la *seule* Cour procède cependant d'un raccourci terminologique trompeur. Certes, la Cour, avec l'entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1998 du Protocole n° 11²⁰⁶, est en effet désormais l'unique²⁰⁷ organe permanent de contrôle juridictionnel, encore qu'elle soit composée de plusieurs formations de jugement. Dès lors, l'étude aura pour objet les décisions de l'ensemble des formations de jugement²⁰⁸, passées ou présentes²⁰⁹. Le choix de ne pas limiter l'analyse aux décisions et arrêts rendus en Grande Chambre s'explique quant à la – relative – rareté des décisions. Une telle réduction quantitative serait en effet susceptible de créer un biais et d'empêcher d'examiner l'étendue de la pénétration de l'économie au sein de la jurisprudence conventionnelle.

2. Les décisions de la Commission et les opinions individuelles

63. Les décisions de l'ancienne Commission, qui a disparu avec les modifications apportées par le Protocole n° 11, seront également incluses dans l'analyse pour deux raisons. Tout d'abord,

²⁰⁵ « Jurisprudence », in J. SALMON (dir), *Droit international public, op. cit.*, pp. 629-630, spéc. p. 630.

²⁰⁶ Il avait été adopté le 11 mai 1994.

²⁰⁷ En plus d'en être l'organe exclusif aux termes de l'article, alors que certains rédacteurs de la Convention avaient envisagé de confier la question de l'interprétation et de l'application de la Convention à la Cour Internationale de Justice.

²⁰⁸ Le terme de formation de « jugement » est également entendu dans un sens large, puisqu'il englobe à la fois le juge unique, qui ne peut prononcer que l'irrecevabilité, et ainsi que les formations en comité, chambre et Grande Chambre qui peuvent elles se prononcer tant sur la recevabilité que sur le fond ;

²⁰⁹ Cela inclut tant les « comités », les « collèges de cinq juges » et les formations de Grande Chambre qui ont existé sous l'empire du Protocole n°11 – soit du 1^{er} novembre 1998 au 31 mai 2010 – que celles qui existent désormais sous celui du Protocole n° 14 qui, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, ainsi que les décisions rendues à juge unique, les « nouveaux » comités, les chambres et les Grande chambre.

cette dernière, qui a débuté son activité quelques années avant que la Cour ne soit réellement instituée en 1959, avait pour fonction de « filtrer » les requêtes présentées, la Cour ne pouvait être saisie que si la Commission la déclarait recevable. Par conséquent, même si ses rapports étaient formellement dépourvus de force obligatoire, ses décisions d'irrecevabilité présentent donc un intérêt majeur, ne serait-ce qu'en termes quantitatifs à une époque où la Cour était en réalité saisie de peu d'affaires et parce que cette dernière n'hésite pas à s'y référer. Enfin, tous les types de décisions pourront être examinés, tant au regard de leur objet - recevabilité, fond, ou satisfaction équitable – que de l'auteur de la requête qui en est la source – « individu » ou « État ».

64. Courantes au sein des juridictions internationales comme au sein des systèmes de *common law*, on sait que les opinions individuelles sont étrangères à certains systèmes juridiques de droit civil. Permisses par l'article 45 § 2 de la Convention, l'étude des opinions individuelles, qu'elles soient concordantes ou dissidentes, peut utilement servir l'analyse. En effet, ainsi que l'a noté la plupart des auteurs²¹⁰, ces opinions permettent d'une part d'éclairer le raisonnement et la solution adoptés par la majorité, et d'autre part de soulever des questions qui ne peuvent pas y être abordées directement précisément en raison de sa nature juridictionnelle. En outre, il arrive que la lecture *a posteriori* d'opinions permettent d'éclairer certains revirements de jurisprudence, même si leur influence ne doit pas être exagérée²¹¹. Si elles sont dépourvues de force obligatoire et ne constituent par conséquent pas des décisions juridictionnelles, elles apportent souvent un éclairage bienvenu à mi-chemin entre la décision juridictionnelle et le commentaire de doctrine au sens de l'article 38 § 1 d) du Statut de la Cour Internationale de Justice.

§3. Méthodologie et problématique

Afin de répondre à la problématique soulevée (C), l'étude a été menée en recourant à l'analyse comparative (A), sans toutefois adopter une approche nominaliste de l'économie (B).

²¹⁰ C. KESSEDJAN, « Les opinions séparées des juges et arbitres comme précédent », *S.F.D.I., colloque de Strasbourg, Le précédent en droit international*, Paris, Pedone, 2016, 497 p., pp. 134-147, spéc. pp. 138-141.

²¹¹ Voy. en ce sens la position très forte de L. WILDHABER, pour qui l'influence de l'opinion séparée relevait du « mythe juridique » ; L. WILDHABER, « Precedent in the European Court of Human Rights », in *Mélanges Rysdhal. Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000*, pp. 1529-1545, p. 1536 ; voir la position plus modérée de F. RIVIERE, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, ix-464 p., p. 434.

A. Le recours au droit comparé

65. Même si l'on peut certainement admettre que, dans une certaine mesure, « toute comparaison des droits est une fiction »²¹², elle n'en demeure pas moins une source pertinente de mise en perspective pour le juriste. Ainsi, deux types de comparaison peuvent s'avérer utiles dans le cadre de cette étude : celle avec d'autres systèmes internationaux de protection juridictionnelle de droits subjectifs d'une part (1), et, d'autre part, celle avec la protection juridictionnelle - généralement constitutionnelle - de ces droits au sein des ordres juridiques internes (2).

1. La comparaison internationale

66. L'ordre juridique de l'Union européenne apparaît comme un point de comparaison pertinent, tant en raison de sa proximité – spatiale et juridique – que de sa profonde altérité vis-à-vis de l'ordre conventionnel de Strasbourg. Les deux Cours, on le sait, dialoguent depuis longtemps²¹³ et généralement de manière harmonieuse²¹⁴, du fait de la reconnaissance par les juges de Luxembourg du caractère particulier qu'occupe la Convention dans l'ordre juridique de l'Union. Cette intégration est d'autant plus intéressante qu'elle résulte en partie d'une stratégie judiciaire visant à asseoir l'indépendance normative et juridictionnelle de l'Union comme à préserver la construction économique²¹⁵. En outre, la comparaison est d'autant plus naturelle que l'intégralité de ses Membres sont parties à la Convention européenne, et que le Traité sur l'Union européenne prévoit depuis le Traité de Lisbonne que « [l']Union adhère à la Convention européenne des droits de l'Homme »²¹⁶.

²¹² R. BERCEA, « Toute comparaison des droits est une fiction », in P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolution*, Paris, P.U.F., 2009, 630 p., pp. 41-68.

²¹³ La première référence explicite à la Conv. EDH par le juge de Luxembourg date de CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili c. Ministère de l'Intérieur*, aff. 36/75, Rec. p. 1219.

²¹⁴ D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : 'je t'aime, moi non plus ?' », in *Pouvoirs. Dossier Spécial : « Les Cours européennes, Luxembourg et Strasbourg »*, 2001, n° 96, pp. 31-49.

²¹⁵ A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre-circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, op. cit., pp. 20 et s.

²¹⁶ L'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne stipule en effet que « [l']Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités » ; la Conv. EDH est en revanche visée dès le Traité de Maastricht.

67. Le célèbre avis « 2/13 » de la Cour de justice de l'Union²¹⁷, abondamment commenté²¹⁸, est toutefois venu rappeler avec fracas l'autonomie des deux ordres juridiques. Au-delà de sa conséquence immédiate, à savoir l'éloignement de la perspective de cette adhésion, il remet en lumière le sens dans lequel le rapport entre le sous-système des droits de l'homme et celui de l'économie s'est développé au sein de l'UE. Outre qu'ils ont fait initialement l'objet d'une instrumentalisation comme on le rappelait précédemment, ils ont été intégrés dans une perspective inverse à celle de la Convention, au titre d'encadrement ou de limite à des règles juridiques ayant pour objet direct une construction économique donnée. Par ailleurs, l'élaboration et l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'amenuise en aucun cas l'intérêt de la comparaison, dans la mesure où les liens substantiels avec la Convention EDH y sont reconnus explicitement²¹⁹, et que, réciproquement, la Cour de Strasbourg n'hésite pas à s'y référer²²⁰.

68. La comparaison pourra également être menée au regard de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme comme au regard des tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissement. Cette double comparaison permet à nouveau de situer les décisions de la Cour européenne par rapport à une autre juridiction ayant un objet similaire – la protection des droits de l'Homme²²¹, mais aussi par rapport à des juridictions qui ont été pensées comme ayant une vocation *a priori* purement économique. L'intérêt croissant²²² pour l'étude des

²¹⁷ CJUE (Ass. Plénière), avis du 18 décembre 2014, C-2/13, Rec. 2014, p. 2454.

²¹⁸ F. BENOIT-ROHMER, « L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope ? A propos de l'avis 2/13 de la Cour de Justice », *R.T.D.E.*, 2015, n° 3, pp. 593-611 ; J. MALENOVSKY, « Comment tirer parti de l'avis 2/13 de la Cour de l'Union européenne sur l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *RGDIP*, 2015, n° 4, pp. 705-742.

²¹⁹ Art. 52 § 3 CFDUE : « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

²²⁰ Même le constat doit être relativisé, voy. N. HERVIEU, « Droits de l'homme et libertés économiques devant les juges européens : l'illusion d'une harmonie », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 215-228 ; *contra* Ph. LÉGER, « Les rapports entre le système de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », in G. COHEN-JONATHAN, J. DUTEIL DE LA ROCHEDIÈRE (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 312 p., pp. 85-109.

²²¹ Malgré les différences normatives entre les deux textes, il semble que le particularisme américain découle en grande partie de l'interprétation et des raisonnements produits par la Cour IADH, ce qui rend d'autant plus pertinente la comparaison ; voy. A. GARAPON, L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40^{ème} anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, 413 p.

²²² *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : une approche contentieuse*, Paris, Pedone, 2017, 368 p. ; la Cour européenne des droits de l'homme est de même souvent référencée dans les ouvrages ayant trait au droit international des investissements ; voy. E. DECAUX, M. KUČERA, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de protection des investissements », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage international*, Paris, Pedone, 2015, XVII-1141 p., pp. 501-529 ; A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*,

convergences et dissonances entre le droit international des investissements témoigne d'ailleurs des interrogations quant aux relations ambiguës entre libéralismes économique et politique.

2. La comparaison nationale

69. Outre qu'il fait historiquement figure de précurseur, le droit constitutionnel américain sera ainsi privilégié pour plusieurs raisons. Tout d'abord, ses normes constitutionnelles textuelles relatives aux droits de l'Homme sont elles aussi supposément cantonnées aux droits civils et politiques. Ensuite, la question de l'intégration des droits de l'Homme au sein de la sphère économique par le juge des droits fondamentaux s'est significativement posée pour la première fois, et durablement, devant la Cour Suprême. Désignée comme l'ère *Lochner*, du fait de l'arrêt²²³ qui a inauguré une longue période de lutte menée par les juges des politiques socio-économiques des États fédérés et de l'État fédéral, cette période a inspiré à Lambert sa célèbre crainte du « gouvernement des juges »²²⁴. Celle-ci n'a cessé depuis d'être agitée lorsqu'un juge est confronté à la conformité de certaines politiques économiques et sociales au regard des droits fondamentaux, y compris par les rédacteurs de la Convention. M. Ungood-Thomas avait par exemple averti qu'ils autorisaient « les individus à adresser des pétitions à la Cour », les rédacteurs ne devaient :

« pas oublier ce qui est arrivé aux États-Unis. Il existe dans ce pays une loi aux termes de laquelle personne ne peut être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans l'intervention de la justice. Or (...) on a fait usage de cette disposition inoffensive pour empêcher les États d'intenter des procès aux trusts. Étant donné que ce débat sur l'article 2 a révélé des divergences d'opinion et des intérêts contraires (...) Elle est donc source d'inspiration à la fois quant à la place du juge dans l'aménagement de ces relations, ainsi qu'un témoignage éclatant de l'ambivalence plus générale des rapports entre ces deux sous-systèmes »²²⁵.

Paris, Pedone, 2014, 431 p., pp. 108-110, où la Convention est décrite comme une « source » du droit international applicable aux investissements ; en langue anglaise, voy. les travaux d'U. KRIEBAUM, et notamment : « Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration ? », *op. cit.*, et « Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights », in A. REINISCH, U. KRIEBAUM (dir.), *The Law of International Relations – Liber amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International Publication, 2007, XLII-505 p., pp. 165-189.

²²³ Cour suprême, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (17 avril 2005) ; Voy. notamment en ce sens E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, XVI-922 p., pp.140-158.

²²⁴ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, *op. cit.*

²²⁵ Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la CEDH, vol. II, op. cit.*, p. 167 ; voy. déjà l'une de ses précédentes interventions : Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la CEDH, vol. I, op. cit.*, p. 81.

70. Le droit constitutionnel français servira également d'élément de comparaison, en ce qu'il est incontestablement un champ de recherche pertinent au regard des relations entre les droits de l'Homme et l'économie. La problématique y est en effet déjà ancienne, si l'on s'en réfère – de manière très réductrice – à la célèbre controverse entre R. Savy et J.-B. Mestre²²⁶ relative aux non moins célèbres décisions « Nationalisations »²²⁷ et « Nationalisations II ». En effet, depuis la consécration du bloc de constitutionnalité en 1971²²⁸, c'est l'ensemble des droits contenus dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen qui ont acquis une valeur constitutionnelle. En outre, le fait que la France soit partie à la Convention et donc à ce titre liée par elle ne réduit en rien la pertinence de la comparaison, dans la mesure où l'on sait que des divergences ont existé ou existent encore entre les deux juridictions²²⁹. Ce dialogue est par ailleurs d'autant plus nécessaire que, si la Convention n'occupe formellement du moins qu'une place supra-législative dans l'ordre juridique français, les juges de Strasbourg s'inscrivent dans une perspective « internationaliste » classique en considérant qu'aucune norme interne, fut-elle de nature constitutionnelle, ne saurait soustraire l'État défendeur au constat d'une violation des obligations contenues par le texte européen. En outre, il convient de ne pas oublier que le « dialogue des juges » auquel il est souvent fait référence est, ou devrait être, de nature circulaire²³⁰.

71. Par conséquent, on retrouve dans l'ordre constitutionnel des problématiques similaires à celles que soulève cette étude à commencer par le lien entre l'instrument de consécration des droits de l'Homme et l'économie²³¹. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est d'ailleurs parfois accusée d'avoir permis l'avènement du système capitaliste²³². Il est par ailleurs incontestable que ces droits fonctionnent désormais comme une norme contrôle de

²²⁶ Comp. R. SAVY, « La Constitution des juges », *D.*, 1983, chron. XIX, pp. 105-110 et J.-L. MESTRE, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D.*, 1984, chron. 1, pp. 2-8.

²²⁷ Cons. const., déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisations*, Rec. p. 18.

²²⁸ Cons. const., déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Rec. p. 29.

²²⁹ On mentionnera à ce stade la question de la rétroactivité des lois pour motifs budgétaires, ou l'application du principe « *non bis in idem* » en matière fiscale et de régulation économique.

²³⁰ J.-L. SAURON, « La jurisprudence de la CEDH : vers une responsabilité partagée avec les États parties ? », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 43, pp. 18-21.

²³¹ Voir sur ce point l'étude de J.-J. SUEUR, « Les conceptions économiques des membres de la Constituante », *RDP*, 1989, n° 3, pp. 785-812.

²³² G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 354 p., p. 11, pour qui la révolution a permis le « triomphe » du capitalisme », ajoutant qu'il « il importe peu qu'elle ne l'ait pas voulu » et que « c'est souvent longtemps après mes événements qu'apparaissent les effets d'une révolution ».

l'action régulatrice de l'État²³³ et qui sont d'ailleurs fortement instrumentalisés par les opérateurs économiques depuis l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité²³⁴. En outre, s'il faut avoir à l'esprit que le Conseil exerce un contrôle d'une nature qui diffère certainement de celui du juge européen, force est de constater que l'introduction en 2010 de la question prioritaire de constitutionnalité les a considérablement rapprochés²³⁵.

72. De manière plus marginale, d'autres juridictions nationales pourront être prises en considération, dans la mesure où elles permettent également d'éclairer la démonstration. Ce sera le cas d'autres juridictions constitutionnelles nationales comme le Tribunal constitutionnel espagnol, la Cour constitutionnelle italienne ou bien encore la Cour fédérale allemande, mais aussi d'autres juges internes qui opèrent un contrôle de conventionnalité, comme la Cour de cassation et le Conseil d'État français. Toutefois, l'objet de l'étude n'étant pas *per se* de nature comparative, ces comparaisons auront pour seule vocation de mettre en relief, à travers l'analyse d'éventuelles convergences ou divergences, le raisonnement et les solutions dégagés par le juge européen. Le recours à ce type d'analyse ne sera dès lors pas systématique.

B. Une approche substantielle et inductive

73. Comme le notait S. van Drooghenbroeck dans sa thèse, adopter une approche « nominaliste » d'un sujet permet certes d'éviter toute forme de précompréhension du sujet, mais certains des écueils qui lui sont inhérents militent parfois pour son éviction²³⁶. Appliquée à l'étude, cela reviendrait en effet à n'étudier que des décisions, partielles ou complètes, dans lesquelles le juge se réfère explicitement à la notion d'économie, ce qui semble à la fois

²³³ Voy. ainsi M.-L. DUSSART, *Constitution et économie*, Paris, Dalloz, 2015, XXI-379 p., spéc. pp. 191-250 ; J. GARCIA, « Le juge constitutionnel est-il un juge de l'économie ? », *Constitutions*, 2015, n° 4, pp. 485 et s. ; V. entre autres D. de BECHILLON, J. FOURVEL, M. GUYOMAR, « L'entreprise et les droits fondamentaux », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37, pp. 157-180. ; X ; M.-L. DUSSART, *Constitution et économie*, Dalloz, 2015, 379p. ; R. GARNIER, « La pénétration des exigences économiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 2004, n° 2, pp. 457-480, spéc. pp. 477 et s. ; F. MARTUCCI, C. MONGOUACHON (dir.), *La Constitution économique : en hommage au Professeur Guy Carcassonne*, Paris, Ed. La mémoire du droit, 2015, 212 p. ; J.-J. SUEUR, « Droit constitutionnel économique et droits de l'homme », in L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, op. cit., pp. 106.-137.

²³⁴ X. DUPRE-DE BOULOIS, « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits », *R.D.L.F.*, 2014, chron. n° 2 ; S. HENNETTE VAUCHEZ, « « ...les droits et libertés que la constitution garantit » : *quiproquo* sur la QPC ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 11 juillet 2016, consulté le 10 juin 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2481>.

²³⁵ J. BONNET, « La QPC et l'intérêt du justiciable », in J. ARLETTAZ et J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Paris, Pedone, 2015, 200 p., pp. 23-42.

²³⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, V- 786p., p. 58.

impossible et indésirable. Impossible d'une part car, comme il l'a été évoqué dans les développements précédents et probablement à la différence de notions d'origine purement juridique, l'idée d'économie englobe à la fois à des phénomènes spontanés et construits auxquels on peut se référer sans recourir systématiquement au mot « économie ». Ainsi, et pour s'en tenir aux occurrences du lexique de l'économie au sein du texte conventionnel précédemment évoqués, les mots « entreprise » ou « impôts » relèvent tout autant du champ de l'analyse que la notion de « bien-être économique », alors qu'ils sont deux « signifiants » radicalement différents et insusceptibles d'être identifiés au moyen d'une approche nominaliste.

74. Une telle approche est ensuite indésirable non seulement parce qu'elle conduirait à exclure du champ d'analyse la majeure partie des données pourtant pertinentes, mais également et peut-être surtout parce qu'elle conduirait à faire dépendre cette dernière de la seule conscience que le juge européen a d'appréhender « de l'économie », alors que l'un des objectifs de l'étude est en partie de révéler comment de telles manifestations peuvent passer inaperçues. Par conséquent, il s'agira, à partir de la définition précédemment élaborée, d'adopter une approche matérielle qui permet de saisir ces manifestations, de recourir à une approche nominaliste « élargie », c'est-à-dire dans un premier temps de faire appel à l'ensemble du champ lexical se rapportant à l'économie telle qu'elle est ici entendue.

75. En revanche, l'approche retenue est résolument inductive. Il s'agit en effet de déterminer, à partir des décisions sélectionnées, s'il existe ou non une cohérence dans les réactions du juge européen face à l'économie et le cas échéant laquelle. L'ambivalence des rapports entre normes de protection des droits de l'homme et économie n'est donc pas postulée, mais constitue une hypothèse que la confrontation empirique avec la jurisprudence de la Cour doit permettre de confirmer ou d'infirmier.

C. Énoncé de la problématique

76. Les liens qu'entretiennent les droits de l'homme et l'économie semblent on l'a vu, à la fois ambivalents mais inévitables. Leurs rationalités, *a priori* antinomiques, peuvent parfois s'analyser plutôt comme des « alliances »²³⁷. Critiqués comme des droits bourgeois et égoïstes par Marx, acceptés uniquement s'ils permettent de protéger l'ordre de marché et le libéralisme économique de l'intervention politique par Hayek, les droits semblent remplir ou pouvoir

²³⁷ L'expression est empruntée à A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre-circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, op. cit., pp. 340 et s.

remplir une fonction de protection de l'ordre économique contemporain et de sa prétention à régir, et non à dépendre, de l'ordre social²³⁸. Comme le rappelait F. Riem, « les concepts de marché et de droits de l'homme ne sont pas antithétiques »²³⁹ et en ce sens, les droits instituant le libéralisme politique permettraient l'avènement du libéralisme économique²⁴⁰. Inversement, les droits de l'homme en général sont plébiscités par d'autres s'ils permettent le développement de droits dits « économiques et sociaux » qui auraient pour *objet* la correction des inégalités économiques entre les Hommes. Si la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé depuis longtemps déjà que « nulle cloison étanche » ne séparerait ces droits des droits civils et politiques, il semble que la plupart des droits, quelle que soit leur catégorisation, ont de toute façon des « prolongements d'ordre économique et social »²⁴¹. Instrumentalisés par l'*homo economicus* autant qu'ils apparaissent dépendants du système économique, la question des rapports entre le système économique et droits conventionnels avec le système économique n'est pas, ou très peu, résolue par un texte conventionnel qui a été pensé comme n'ayant aucun objet économique. Pourtant, contrairement, aux anticipations de ses rédacteurs, les questions économiques irriguent la jurisprudence de la Cour bien au-delà de la protection de la propriété, et semblent dorénavant concerner l'ensemble du contenu normatif conventionnel. Certaines études ont mis en lumière une partie de ces interactions, mais souvent dans un format court qui ne permet pas de rendre entièrement compte de ce phénomène²⁴².

77. Dans une perspective interne au mécanisme européen, il s'agira donc de déterminer comment se manifeste et se déploie l'économie au sein du système juridique conventionnel

²³⁸ K. POLANYI, *La Grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, op. cit., p. 132.

²³⁹ A.-J. ARNAUD, « En guise de synthèse », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Nanterre, Presses Universitaires Paris Ouest, 2011, 293 p., pp. 287-293, p. 294 ; F. RIEM, « Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques. Introduction », in F. COLLART DUTILLEUL et F. RIEM (dir.), *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, Institut Universitaire Varenne, 2013, 306 p., pp. 13-30, p. 15, qui relève « la nature trouble de certains droits fondamentaux qui protègent la personne humaine autant qu'ils fondent le marché ».

²⁴⁰ Même si d'autres distinguent plusieurs acceptions du libéralisme politique. Pour P. Rosanvallon, par exemple, il y aurait d'abord un libéralisme politique « positif », dont l'objet serait « la défense et l'extension des droits de l'homme », qui n'entreprendrait pas de « lien » avec le libéralisme économique et serait souvent sacrifié pour la protection de celui-ci. Il y aurait d'autre part un « libéralisme politique utopique », qui serait la transposition en matière politique du libéralisme économique et se donnerait comme « objectif de réaliser une société de marché représentant l'âge adulte du bonheur de l'humanité » ; P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Paris, Éditions du Seuil, 3^{ème} éd., 251 p. pp. 158-159.

²⁴¹ Cour. EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, op. cit., § 26.

²⁴² Voy. entre autres M.-L. NIBOYET, « De la spécificité de la protection internationale des droits de l'homme », *RTD Com.*, 1999, n° 2, pp. 351-362 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « La Convention européenne des droits de l'homme et la matière économique », in *Droit économique et droits de l'homme*, in L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, op. cit., pp. 25-70. Dans d'autres cas, et sans qu'il soit possible de procéder ici à un inventaire, l'analyse est restreinte thématiquement, et concerne alternativement le droit de la concurrence, le droit des sociétés, le droit fiscal, le droit des contrats.

dans le raisonnement et les solutions dégagées par le juge. Affirmer à cet égard qu'une telle cohabitation est inévitable est un point de départ insuffisant, puisque cela ne répond qu'imparfaitement à la question posée. Comme toute cohabitation peut être plus ou moins heureuse, l'observation de ces manifestations amène à interroger la nature, les modalités et la portée de ces interactions. En somme, cette intégration de la matière économique par le juge a-t-elle pour conséquence l'émergence d'un droit économique européen des droits de l'homme²⁴³, c'est-à-dire un ensemble de principes systématiques, coordonnés et spécifiques qui seraient applicables à la matière économique ? Ce faisant, la jurisprudence de la Cour aurait-elle conventionnalisé un ordre économique particulier ?

78. En réalité, les influences semblent réciproques et les modalités d'intégration de l'économie peu homogènes. D'un côté, le contenu normatif de la Convention se déploie dans le champ économique qui se retrouve alors aspiré en son sein. Le contenu normatif de la Convention trouve alors à s'appliquer dans une sphère économique finalement « banalisée » par le juge européen (PARTIE I). Cette banalisation trouve ses limites dans une irréductible spécificité de la matière économique vis-à-vis de l'objet initial du champ conventionnel, qui conduit la Cour à en adapter les garanties. L'intégration large de l'économie n'a donc pas pour effet d'ériger un ordre économique conventionnel (PARTIE II).

²⁴³ Comme d'autres ont pu parler d'un « droit économique européen » ; voir la chronique de L. AYRAULT, « Droit fiscal européen des droits de l'homme », in *Revue de droit fiscal*.

PARTIE 1 : L'INTÉGRATION DE LA MATIÈRE ÉCONOMIQUE DANS LE CHAMP CONVENTIONNEL

79. Le phénomène intégratif est par essence pluriel, et parfois antinomique. Issu des sciences mathématiques et de la physique, le terme d' « intégration » peut désigner par extension soit « l'établissement d'une interdépendance plus étroite entre les parties d'un être vivant, ou entre les membres d'une société », soit « l'incorporation d'un élément nouveau au sein d'un système psychologique antérieurement constitué »²⁴⁴. La Convention n'avait, on l'a vu, ni une finalité économique, ni d'ailleurs une finalité intégrative *stricto sensu*²⁴⁵. Son objet n'était pas de « coordonner les économies » des États européens »²⁴⁶. Il n'était pas non plus d'assurer une interdépendance entre ces États, mais de contribuer à « l'union plus étroite » entre les membres du Conseil de l'Europe en garantissant le « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit » invoqué en préambule. Cette « base politique commune » était perçue par certains comme le « préalable » à une intégration économique²⁴⁷, celle-ci est donc demeurée élément extérieur à l'ordre conventionnel, rattaché à lui uniquement par la consécration douloureuse du droit de propriété dans un protocole additionnel et par la mention du « bien-être économique » des États à l'article 8.

80. Pivot de ces interactions, le juge européen reproduit cette « psychologie » de l'ordre conventionnel vis-à-vis de l'économie. Conscients de ne pas évoluer au sein d'un ordre à

²⁴⁴ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 3^{ème} éd., 2010, XXIV-1291 p., pp. 520-521.

²⁴⁵ Comme objectif, celle-ci vise en matière économique au rapprochement les systèmes économiques nationaux et à assurer leur interdépendance. Comme moyen, elle vise généralement l'interdiction des discriminations, mais pas uniquement ; voy. D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMMAN, *Droit international économique*, op. cit., p. 36 pour qui « la logique de l'intégration est le fédéralisme économique » et qui distinguent les divers degrés d'intégration. Elle ne doit cependant pas être confondue avec le libéralisme économique. Si ce dernier est aujourd'hui l'instrument dominant de l'intégration économique, celle-ci peut au contraire être conçue comme impliquant une politique dirigiste ; B. BALASSA, *The Theory of Economic Integration*, New-York-Routledge, 2011, XIII-304 p., pp. 7-8. En revanche, il ne semble pas que cela ait été la finalité du texte conventionnel, l'élaboration de bases communes n'impliquant pas l'idée de non-discrimination, mais plutôt celle d'harmonisation.

²⁴⁶ Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. I, op. cit., p. 267.

²⁴⁷ Voy. Lord Layton pour qui « certains liens politiques doivent s'établir pour que les pays d'Europe puissent progresser sensiblement sur la voie de l'intégration économique. La condition préalable à cette réalisation me paraît être de définir et de garantir une base politique commune » (Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la CEDH*, vol. II, op. cit., p. 53).

finalité économique, davantage ancrés dans le cadre particulier des droits de l'homme, les membres de la Cour ne pensent ni leur rôle, ni le texte dont il a la charge comme une question économique. D'ailleurs, même si aucun critère ne permet de le vérifier, la sociologie des juges européens est probablement, au moins en partie, différente de celles des juges internationaux qui évoluent dans les juridictions économiques²⁴⁸. Sans pouvoir ici mesurer l'existence ou l'incidence de ces facteurs extra-juridiques, il est certain que le postulat de la séparation de la Convention avec la sphère économique est susceptible de produire des effets sur le juge au moment où il manipule des questions ou outils économiques. En ce sens, il s'agit donc de déterminer comment se réalise ce phénomène d'intégration dans le système « psychologique » conventionnel à travers les solutions et le discours produits par le juge européen.

81. En instituant une juridiction internationale, dotée de prérogatives et dont la compétence a été étendue à la saisine par les personnes privées, les rédacteurs de la Convention ont créé un organe juridictionnel qui est susceptible de se saisir de l'économie comme simple fait. Ces règles qui instituent et organisent la Cour européenne contribuent à la garantie des droits, mais en sont distinctes. L'intégration de l'économie qui peut y être observée n'aurait pas donc pas pour conséquence de déployer la normativité de la Convention en matière économique, mais relèverait des interactions traditionnelles de tout juge avec son environnement social. En revanche, parce que ces règles participent indirectement à la garantie des droits, la conscience de l'objet conventionnel par le juge est susceptible d'influer sur sens de ces interactions, ce qui en justifie l'étude (Titre 1).

82. En instituant un catalogue de droits garantis, on l'a vu, les rédacteurs n'ont pas entendu coordonner leurs économies, ce qui aurait été souhaitable pour certains mais impossible pour la majorité. Pour autant, la Convention a dès le départ été entreprise avec la conscience à la fois que la liberté de l'individu dépendait des conditions économiques et sociales, et qu'elle aurait dû s'étendre à la sphère économique²⁴⁹. Pourtant, en l'absence de consensus, la Convention

²⁴⁸ Même si les travaux de N. Kauppi et M. R. Madsen font par exemple d'une catégorie relativement homogène de « *transnational power elite* », N. KAUPPI, M. R. MADSEN, *Fields of Global Governance. How Transnational Power Elites Can Make Global Governance Intelligible*, International Political Sociology, 2014, vol. 8, pp.324-330; une pluralité de facteurs échappent à l'analyse juridique, et la réalité sociologique parfois contre-intuitive ; voy. les travaux de E. Voeten, qui a montré comment le biais de nationalité pour les juges d'Europe de l'Est joue en sens inverse, et les conduit à statuer davantage contre leur propre État plutôt que moins qu'un juge non national ; E. VOETEN, « The Impartiality of International Judges : Evidence from the European Court of Human Rights », *American Political Science Review*, 2008, vol. 102, n° 4, pp. 417-433.

²⁴⁹ P. -H. Teitgen, dans son discours du 19 août 1949, affirmait que « la liberté est en danger dans nos pays – nous aurons le courage de le reconnaître – en raison des conditions économiques et sociales du monde moderne » et qu'il revenait aux membres de l'assemblée de poursuivre « en même temps la liberté et la justice sociale » ; Conseil

consacra une sphère de liberté individuelle principalement restreinte à la sphère civile et politique. Comme instrument normatif, la Convention ne devait pas s'étendre à l'objet économique²⁵⁰. L'intégration de la matière économique par le juge européen signifierait alors que l'économie devienne l'un des objets conventionnels et que les droits garantis s'étendraient à l'individu comme sujet économique et transformerait la Convention en une « base économique commune » (Titre 2).

de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. I, *op. cit.*, pp. 41-43.

²⁵⁰ Voy. la note de la Commission juridique de l'Assemblée consultative qui, dès le 5 septembre 1949, rappela que « certes les libertés 'professionnelles' et les droits 'sociaux, d'une valeur capitale, devront eux aussi être, dans l'avenir, définis et protégés », mais que cela n'avait pas été possible ; Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. II, *op. cit.*, p. 219.

TITRE 1 : L'INTÉGRATION DU FAIT

83. La Convention a été construite sur le postulat selon lequel elle n'avait ni ne devait avoir pour objet la coordination et régulation de l'économie et des droits y afférents. Néanmoins, rien ne semble avoir été spécifiquement envisagé lors de l'élaboration de la Convention au regard des relations entre la matière économique d'une part, et l'ensemble des règles encadrant en amont et en aval l'action devant la Cour²⁵¹. En amont tout d'abord, c'est-à-dire au sein du *corpus* jurisprudentiel très dense qui encadre la détermination de la compétence de la Cour et la recevabilité des requêtes. En aval, ensuite, c'est-à-dire au regard de l'appréhension par la Cour des conséquences juridiques de la responsabilité internationale pour violation des obligations matérielles conventionnelles.

84. La Cour résulte en effet d'un mécanisme juridictionnel propre qui, s'il a été établi pour « assurer le respect des engagements » résultant de la Convention, comporte un certain nombre de contraintes inhérentes à sa nature de juridiction. Il ne s'agit pas de nier que, d'une part, l'existence et le fonctionnement d'une juridiction permanente contribuent significativement à l'effectivité et à l'efficacité des obligations conventionnelles matérielles²⁵² ni, d'autre part, d'établir une cloison étanche entre la valeur axiologique des unes et des autres. Au contraire, les règles procédurales sont généralement interprétées à la lumière des règles matérielles dont elles constituent le reflet et bénéficient même parfois d'un régime juridique identique²⁵³.

85. En effet, si l'on retient l'affirmation de L. Boy selon laquelle « [l']aménagement de l'action en justice est le point de contact entre l'idéologie juridique et les données matérielles historiques, économiques et sociales d'une société »²⁵⁴, on peut légitimement s'interroger sur la place et le rôle des considérations économiques dans la jurisprudence de la Cour relative à

²⁵¹ Même si certaines des préoccupations portaient sur le caractère mixte du contentieux, et notamment en ce qu'il permettrait justement aux individus de contester la politique économique et sociale des États, c'est-à-dire l'exercice par eux des droits substantiels ; voy. la controverse à ce sujet entre MM. UNGOES-THOMAS et TEITGEN in *Travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*. vol. II, *op. cit.*, respectivement pp. 169 et 179-181.

²⁵² E. JEULAND estime que la « procédure » est « une consolidation provisoire du lien au fond » ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2014, 734 p., p. 96.

²⁵³ On sait par exemple que la Cour sanctionne les atteintes portées par l'État à l'article 34 : voy., par exemple, en matière de mesures provisoires : Cour EHD (GC), 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99, CEDH 2005-I.

²⁵⁴ L. BOY, « Réflexions sur l'action en justice », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1979, p. 498, citée in S. MENÉTREY, « L'action en justice entre intérêts privés et intérêt général », E. BALATE, J. DREXL, S. MÉNETREY, H. ULLRICH, *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général. Hommage à Laurence Boy*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires Aix-Marseille, 374p., pp. 91-104, spéc. p. 103.

l'application des règles de compétence, de recevabilité des requêtes ou des règles régissant le dénouement de la procédure, c'est-à-dire la réparation octroyée au titre de l'article 41. Cette étude se justifie d'autant plus que l'absence de tensions à ce sujet lors de l'élaboration du texte conventionnel constitue un facteur de liberté supplémentaire pour la Cour et que la plupart des études portant sur la hiérarchisation des droits et la conciliation entre intérêts divergents ne traitent que peu de ce *corpus* de règles²⁵⁵.

86. S'il est impossible de réaliser une étude portant sur l'intégralité de ces règles dites « procédurales », deux catégories ont retenu notre attention. D'une part, les règles qui encadrent l'exercice du recours individuel instituées par l'article 34 et qui ont trait à la fois à la qualité et à l'intérêt à agir, (CHAPITRE 1). D'autre part, ensuite, celles qui encadrent les conséquences de l'établissement par la Cour de la responsabilité internationale de l'État pour violation des droits conventionnels, c'est-à-dire le contentieux relatif à la « satisfaction équitable » au sens de l'article 41 (CHAPITRE 2).

²⁵⁵ Voy. par exemple A. MUSTAPHA, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, XXIV-622 p.

CHAPITRE 1 : LE RÔLE DU FAIT ÉCONOMIQUE DANS L'EXERCICE DU RECOURS INDIVIDUEL

88. « Clé de voute du mécanisme de sauvegarde des droits »²⁵⁶ par la Convention, le droit de recours individuel établi par l'article 34 est, depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, un droit de saisine directe de la Cour par les requérants. Il se distingue, à deux égards, du recours dit « interétatique » ouvert à l'article 33.

89. D'une part, il s'en distingue en termes de champ d'application *ratione personae*, puisqu'il est ouvert à « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers »²⁵⁷. Le recours revêt donc indubitablement une nature *privée* et s'oppose un contentieux étatique, même si le contentieux interétatique n'est pas imperméable aux intérêts économiques²⁵⁸. Pourtant, alors que les modalités et les finalités de l'action étatique évoluent, on peut se demander dans quelle mesure les activités économiques des organisations gouvernementales, ou les « autorités publiques »²⁵⁹ sont susceptibles d'influer sur l'établissement de leur capacité à agir devant la Cour et, symétriquement, à fonder la compétence *ratione personae* passive de la Cour (SECTION 1).

90. D'autre part, il s'en distingue en termes d'intérêt à agir. En effet, dans le cadre de l'article 33, l'intérêt à agir découle de la qualité à agir puisque les États sont présumés agir dans « l'intérêt général »²⁶⁰. À l'inverse, la qualité à agir n'implique pas nécessairement l'intérêt à agir chez les personnes privées puisqu'elles ne sont pas présumées agir dans un tel intérêt général et doivent par conséquent établir un intérêt *particulier* à agir. On peut dès lors se demander légitimement dans quelle mesure la nature économique d'un intérêt à agir est susceptible d'affecter l'appréhension de cet intérêt (SECTION 2).

²⁵⁶ Cour EDH (GC), 4 février 2005, *Mamatkulov et autres c. Turquie*, n° 46827/99, CEDH 2005-I, § 122.

²⁵⁷ Article 34 Conv. EDH.

²⁵⁸ Voy en ce sens Cour EDH (GC), 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, n° 25781/94, CEDH 2001-IV, ainsi que l'arrêt portant sur la satisfaction équitable, : (GC) (satisfaction équitable), 12 mai 2014, *Chypre c. Turquie*, n° 2578/94, CEDH 2014. La Cour a constaté l'existence de violations de l'article 1P1 attribuables à la Turquie, mais uniquement à raison des dommages moraux.

²⁵⁹ Le terme d'organisation non gouvernementale est en effet celui de l'article 34 uniquement, tandis que les droits matériels se réfèrent eux aux « autorités publiques » ; voy. les articles 8 § 2, 10 § 1 et 1 § 2 du Protocole 12.

²⁶⁰ L'expression est empruntée à C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 260.

SECTION 1 : LE FAIT ÉCONOMIQUE, CRITÈRE DE DÉLIMITATION DE L'AUTORITÉ GOUVERNEMENTALE

92. La détermination du champ organique ou matériel de l'autorité gouvernementale conditionne doublement la recevabilité²⁶¹ *ratione personae* de la Cour. D'une part, le bénéfice du recours individuel de l'article 34 de la Convention est réservé aux « entités non gouvernementales ». D'autre part, la Cour est incompétente pour connaître d'actes qui ne seraient pas attribuables à l'État, le requérant ne relevant alors pas de sa « juridiction » au sens de l'article 1^{er}. Traductions directes de la nature internationale du mécanisme européen, les critères de détermination de ces deux éléments ont été harmonisés dans la jurisprudence de la Cour²⁶². Le poids des facteurs économiques au sein de ces critères varie considérablement selon l'entité considérée. En effet, en vertu du principe de l'unité juridique de l'État au sein de l'ordre international, l'assimilation des organes de l'État *stricto sensu* à celui-ci est systématique et indépendante de tout facteur économique (§ 1). Inversement, ils constituent un ensemble d'indices omniprésents dans la qualification d'entités qui entretiennent des relations plus complexes avec la conception traditionnelle de l'État (§ 2).

§1. Le rejet de l'exception *de jure gestionis* pour les organes de l'État

93. La notion d'« organisation non gouvernementale », récemment qualifiée de notion autonome par la Cour²⁶³, est analysée de manière très traditionnelle par la Cour s'agissant des « organes de l'État » au sens de l'article 4 des Articles de la CID, l'article 34 de la Convention EDH traduisant alors le principe de l'unité juridique de l'État (A). Cela conduit dès lors la Cour à rejeter l'invocation d'une exception *de jure gestionis* au profit de l'État défendeur (B).

²⁶¹ Malgré les difficultés liées à la distinction entre les deux notions, il semble probable que la question de la titularité du recours individuel et de l'attribution des actes à l'État relèverait davantage de la compétence de la Cour, tandis que l'intérêt à agir relève bien lui de la recevabilité des requêtes. La Convention ne distinguant toutefois pas explicitement et, surtout, la Cour visant alternativement l'un et l'autre fondement des notions, il ne sera pas distingué ici entre les deux, puisqu'il ne s'agit pas de l'objet de l'étude.

²⁶² Cour EDH, 9 octobre 2014, *Liseytseva et Maslov c. Russie*, n° 39483/05, § 186.

²⁶³ Cour EDH (déc.), 16 septembre 2014, *Samsonov c. Russie*, n° 2880/10, § 63.

A. Le principe international de l'unité juridique de la personne de l'État

94. D'inspiration internationaliste, le principe d'unité juridique de la personne de l'État est intégré dans son essence par la Cour (1), mais selon des modalités qui traduisent une certaine autonomisation du mécanisme conventionnel vis-à-vis du droit international (2).

1. L'inspiration internationaliste

95. Le principe de l'unité de la personne juridique de l'État envisagé du point de vue de l'ordre juridique international est consubstantiel à l'existence même de cet ordre juridique. En effet, un État ne peut se prévaloir de normes internes pour justifier l'inexécution de ses obligations dans l'ordre juridique international, principe sans lequel il ne serait lié par aucune puisqu'il en maîtriserait systématiquement le contenu. Or, parmi ces normes internes figurent également l'ensemble des normes relatives à son organisation politique et institutionnelle, comme celles qui organisent la division verticale et horizontale des différents pouvoirs. Par conséquent, le degré d'autonomie ou de séparation entre eux ne saurait permettre à l'État de se soustraire à ses obligations internationales²⁶⁴. Or, au sein du mécanisme juridictionnel européen, cette unité conditionne doublement la compétence de la Cour, de manière active et passive.

96. Ce principe n'est certes pas explicitement visé par le texte conventionnel, mais la Cour l'a très tôt incorporé à la notion de « juridiction » au sens de l'article 1^{er}²⁶⁵, qui définit et donc délimite la compétence *ratione personae* passive de la Cour. Par conséquent, seul un État partie à la Convention peut être attiré devant elle. Cela signifie qu'aucun autre sujet de droit international ne répondant pas à ces conditions n'est susceptible de l'être²⁶⁷. Inversement,

²⁶⁴ La Cour internationale de Justice l'a rappelé récemment dans l'affaire *LaGrand* à propos du système fédéral américain : CIJ, ordonnance sur les mesures conservatoires, 3 mars 1999, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis)*, Rec. CIJ, p. 9, § 28 ; arrêt, 27 juin 2001, Rec. CIJ, p. 466, § 81.

²⁶⁵ Voy. déjà Cour EDH, 13 juillet 1987, *Zimmermann et autres c. Suisse*, n° 8737/79, § 32, dans lequel la Cour rappelle que la Cour n'a pas à préciser à quelle autorité nationale ce manquement est imputable » car « seule se trouve en jeu la responsabilité internationale de l'État » (nous soulignons).

²⁶⁷ C'est ce qui explique par exemple qu'une requête dirigée contre les Communautés européennes ne relève pas de sa compétence *ratione personae* : voy. ainsi Com. (plén.) (déc.), 10 juillet 1978, *CFDT c. Les Communautés européennes*, n° 8030/77.

puisque aucun État tiers ne peut saisir la Cour, une entreprise publique sous le contrôle d'un tel ne peut davantage saisir la Cour²⁶⁸.

97. Les rédacteurs de la Convention ont toutefois tiré²⁶⁹ une conséquence supplémentaire de ce principe de l'unité de l'État. En effet, alors que le bénéfice du recours individuel avait été initialement envisagé comme octroyé à « toute personne physique ou morale » la version finale permettra la saisine de la Commission par « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers »²⁷⁰. Le changement de formulation, pensé un facteur d'élargissement²⁷¹ a surtout suscité de nombreuses interrogations jurisprudentielles. Les organisations non gouvernementales étant admises à introduire une requête, il revenait alors aux organes de la Convention de définir ce que constituaient des « organisations gouvernementales », dépourvues elles de qualité à agir.

98. Ces deux délimitations de la compétence personnelle de la Cour sont certes distinctes, mais les critères qui permettent leur établissement sont communs dans leur principe et dans leur application. Même si elle affirme que les questions relatives aux « volet actif » et « volet passif » de la compétence personnelle constituent « deux catégories » distinctes d'affaires, la Cour semble, depuis l'affaire *Mikhailenki et autres c. Ukraine*, appliquer les critères dégagés sur le fondement de l'article 34 à la question de l'attribution d'un acte à l'État fondant sa juridiction au sens de l'article 1^{er}²⁷². Depuis, elle a systématiquement réaffirmé que « [m]algré les différences entre les notions d' 'organisation gouvernementale' et d' 'autorité publique', la Cour a retenu un mode de raisonnement similaire dans un cas comme dans l'autre »²⁷³.

²⁶⁸ Cour EDH, 13 décembre 2007, *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, n° 40998/98, § 81, *a contrario*.

²⁶⁹ Cette exclusion relève en effet davantage d'un choix que d'une conséquence inévitable de l'unité juridique de l'État du point de vue de l'ordre juridique international ; voy. ainsi en matière d'arbitrage d'investissement, l'article 25 § 1 de la Convention CIRDI, dont les rédacteurs ont au contraire visiblement souhaité que des investisseurs publics et/ou liés à la sphère étatique puissent saisir le Centre : Y. NOUVEL, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Louvain, Anthémis, 2006, 396 p., pp. 25-51, spéc. p. 9 ; TA CIRDI, 1^{er} décembre 2000, *CSOB A.S. c. République Slovaque*, décision sur la compétence, n° ARB/97/4.

²⁷⁰ Article 34 Conv. EDH (ex. Art. 25 § 1).

²⁷¹ La disparition de la formule « personne morale » avait en effet pour objectif de permettre la saisine de la Commission par des groupements formellement dépourvus de personnalité morale en droit interne. Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. II, La Haye, Martinus Nijhoff, 1976, XIII-339 p. 271 ; les membres du comité d'experts ont souhaité donner « une définition plus large des personnes autres que les personnes physiques qui auraient qualité pour saisir la Commission, afin de n'exclure personne ni aucun groupe de personnes du droit d'accès à la Commission

²⁷² Cour EDH, 30 novembre 2004, *Mikhailenki et autres c. Ukraine*, CEDH 2004-XII, § 44, p. 12.

²⁷³ Voy. entre autres, Cour EDH (GC), 3 avril 2012, *Kotov c. Russie*, n° 54522/00, § 95, p. 26.

99. L'unité du régime applicable explique que le cadre général d'interprétation de la Cour soit fondé, dans les deux cas, sur la logique du droit international coutumier en matière d'attribution des actes à l'État. Cette inspiration, quoique de plus en plus lointaine du fait de l'autonomisation désormais revendiquée de la notion par la Cour²⁷⁴, se traduit par deux grandes catégories d'entités auxquelles sont attachées deux régimes distincts.

2. L'autonomisation vis-à-vis du droit international

100. L'état du droit international coutumier en matière d'attribution des actes à l'État est reflété, globalement du moins, par les articles 4 à 11 des Articles de la CDI. Ceux constituent, malgré le caractère mixte du contentieux dont a à connaître la Cour, une source de droit pertinente. Outre les cas particuliers des organes mis à disposition ou de la question de l'excès de pouvoir, trois grandes catégories de relations existent de manière concentrique. Au sein du premier cercle, sont naturellement présents les organes mêmes de l'État, dont le comportement est alors systématiquement attribuable ce dernier²⁷⁵. Au sein du second, le rattachement organique disparaît mais le lien subsiste matériellement puisque l'entité considérée est alors juridiquement habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique²⁷⁶. Au sein du troisième enfin, l'entité n'appartient pas à l'État ni n'exerce des prérogatives étatiques, mais agit en fait « sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État »²⁷⁷.

101. Quoique ces catégories fassent l'objet d'une application plus ou moins rigoureuse selon les juridictions concernées²⁷⁸, ils demeurent en général une grille d'analyse pertinente de la jurisprudence internationale. De fait, devant la Cour, une première catégorie correspond à la

²⁷⁴ L'autonomisation des notions joue d'abord et surtout, au sein du mécanisme européen, vis-à-vis des notions issues des droits internes des États parties ; toutefois, elle peut également jouer vis-à-vis des règles du droit international général.

²⁷⁵ Article 4 §§ 1 et 2 : « Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.

Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État ».

²⁷⁶ Article 5 : « Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international ».

²⁷⁷ Article 8 CDI : « Le comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve, est considéré comme un fait du premier État d'après le droit international ».

²⁷⁸ L. SHICHO, *State Entities in International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, 249 p., spéc. pp. 227-230.

celle visée par l'article 4 des Articles, c'est-à-dire que l'entité considérée est un organe de l'État et qu'elle engage la responsabilité de l'État autant qu'elle est insusceptible de saisir la Cour sur le fondement de l'article 34 de la Convention. En outre, la Cour ne distingue pas vraiment entre les hypothèses visées par les articles 5 et 8 des Articles, et les critères qu'elle applique semblent le fruit d'une confusion des hypothèses.

102. Le champ d'attribution semble également plus étendu que l'hypothèse visée par l'article 5 des Articles, puisque la Cour a affirmé que les entités concernées étaient non seulement celles qui « participent à l'exercice de prérogatives de puissance publique », mais également celles « qui gèrent un service public »²⁷⁹. D'autre part, ces deux situations entraîneraient l'attribution de leurs actes à l'État ou la qualification d'organisation gouvernementale dans la mesure où elles sont exercées ou menées « sous le contrôle des autorités »²⁸⁰. Or, cette qualification unique est appréciée par rapport à un faisceau d'indices : le « statut juridique, et le cas échéant, les prérogatives qu'il lui donne », « la nature de l'activité qu'elle exerce », « le contexte dans lequel s'inscrit celle-ci », et « son degré d'indépendance »²⁸¹, qui est désormais évalué d'un point de « institutionnel » et « opérationnel »²⁸².

B. La conséquence : l'absence d'une exception *de jure gestionis*

103. Alors que la nature commerciale d'un acte, voire sa similarité avec celui d'un acteur privé, peut valablement – du point de vue de l'ordre juridique international - conduire à la levée des immunités étatiques devant les juridictions nationales²⁸³, celle-ci est sans incidence sur l'étendue et l'exercice de la compétence de la Cour de Strasbourg. L'État est bien une « figure à géométrie variable » en droit international »²⁸⁴. Certes, une première explication tient à l'absence de distinction au sein du texte conventionnel. En effet, l'article 34 mentionne simplement les « organisations non gouvernementales », tandis que l'article 1^{er}, à partir duquel

²⁷⁹ Cour EDH (déc.), 30 mars 2004, *Radio France et autres c. France*, n° 53984/00, CEDH 2004-II, § 26 ; dans son arrêt *Les Saints Monastères*, la Cour avait initié cette extension en mentionnant les « objectifs d'administration publique » ; Cour EDH, 9 décembre 1994, *Les Saints Monastères c. Grèce*, n° 13092/87 et 13984/88, § 49.

²⁸⁰ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Les Saints Monastères c. Grèce*, n°s 13092/87 et 13984/88, § 49.

²⁸¹ *Idem*.

²⁸² Ce raffinement du critère de l'indépendance semble être apparu dans l'affaire Cour EDH, 30 novembre 2004, *Mykhaylenky et autres c. Ukraine*, n°s 35091/02 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02, 42814/02, § 42.

²⁸³ Même si le champ de la responsabilité et celui des immunités ne sont pas identiques ; voy. M. FORTEAU, « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? » *RGDIP*, 2007, vol. 111, pp. 737-770.

²⁸⁴ *Idem*.

est fondée la condition relative à la juridiction de l'État défendeur, mentionne uniquement les « Hautes Parties contractantes ». D'ailleurs, la Cour s'est elle-même appuyée sur le constat de ce que « [l]a Convention ne distingue nulle part expressément entre les attributions de puissance publique des États contractants et à leurs responsabilités d'employeur »²⁸⁵ pour relever que les actes de l'État envisagé comme un simple employeur n'en fondaient pas moins la compétence personnelle de la Cour, bien que la Cour semble parfois douter elle-même de l'existence de cette règle²⁸⁶.

104. Si aucune exception *de jure gestionis* ne permet à l'État de se soustraire à la compétence de la Cour, aucune exception ne permet non plus d'établir la compétence active de la Cour. Dans son volet actif, une entité étatique ne saurait se fonder sur le caractère *de jure gestionis* de ses prétentions pour bénéficier du recours individuel. Cette hypothèse concerne plus particulièrement les collectivités territoriales, c'est-à-dire les démembrements politiques territoriaux des États. Ainsi, dans l'affaire *Hatzitakis et les Mairies de Thermaikos et Mikra*, les communes requérantes faisaient valoir que, dans le cadre de la procédure d'expropriation menée par l'État central à leur encontre et dont elles alléguaient la contrariété avec les articles 6 § 1 et 1P1, les biens expropriés relevaient de leur « propriété privée », et qu'elles avaient été traitées par l'État « à l'instar d'un simple particulier »²⁸⁷. Fondé sur la distinction entre la personne publique agissant pour son intérêt propre et selon des modalités identiques à celle d'un particulier, le critère proposé avait donc trait au caractère purement économique de l'objet du litige. La Cour rejeta sans ambages cette prétention en se contentant de relever que les collectivités territoriales sont « selon sa jurisprudence constante (...) d[es] organisation gouvernementales (*sic*) ». Cette solution traduit la volonté pour la Cour de ne pas, en appliquant l'instrument conventionnel, intervenir dans l'organisation politique interne des États et de donner effet à ce principe d'unité de la personne juridique de l'État.

²⁸⁵ Cour EDH, 6 février 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, n° 5614/72, série A, vol. 20, § 37 : « [l]a Convention ne distingue nulle part expressément entre les attributions de puissance publique des États contractants et à leurs responsabilités d'employeur » ; 6 février 1976, *Schmidt et Sahlström c. Suède*, n° 5589/72, série A, vol. 21, § 33.

²⁸⁶ Voy. Cour EDH (plén.), 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, n° 7601/7, Série A, n° 55, § 49 : « la Cour était saisie de requérants qui alléguaient l'illégalité de leur licenciement par la Société des chemins de fer britannique (« *British Railways* ») ; la Cour établit la responsabilité de l'État en relevant que « [l]a responsabilité de l'État défendeur pour toute infraction à la Convention qui en aurait découlé se trouve donc engagée sur cette base ; il n'y a pas lieu de déterminer si elle l'est aussi, comme le soutiennent les requérants, en raison de la qualité d'employeur qu'aurait l'État ou du contrôle exercé par lui sur *British Rail* » (nous soulignons).

²⁸⁷ Ici encore, ce type de distinction entraîne parfois au sein des ordres juridiques nationaux des différences de régime matériel et procédural ; en droit administratif des biens français par exemple, les personnes publiques disposent d'un domaine privé dont elles assurent la gestion sous l'empire du droit privé et comme n'importe quel propriétaire, et qui relève de la compétence du juge judiciaire.

105. Cette solution sera confirmée et explicitée dans l'affaire *Ayuntamiento de Mula*. La commune requérante alléguait cette fois la contrariété d'un recours d'*amparo* en revendication de la propriété d'un château devant le Tribunal constitutionnel espagnol à l'article 6 § 1. Vraisemblablement consciente de la « jurisprudence constante » de la Cour sur cette question, la commune requérante tente de faire valoir que, pour les actes accomplis par ces collectivités « comme simples organisations non gouvernementales », c'est-à-dire en vertu de « fonctions d'ordre privé » et notamment avec pour objet « la défense de [leurs] biens patrimoniaux », elles devraient s'analyser en tant « que groupe de particuliers ou comme une organisation non gouvernementale »²⁸⁸. La Cour va toutefois rejeter cette argumentation, qui conduirait à accepter le caractère relatif de la notion d'organisation non gouvernementale, en affirmant clairement que « le fait que les communes peuvent agir en justice dans la défense de leurs droits patrimoniaux au même titre qu'une personne physique ou une organisation non gouvernementale ne saurait les assimiler à ces dernières aux fins de l'article 34 de la Convention »²⁸⁹.

106. Ce rejet de la nature de l'acte litigieux s'inscrit là encore dans l'état général du droit international en la matière²⁹⁰. En effet, comme le soulève J. Crawford dans ses commentaires sur les articles de C.D.I., l'absence d'attribution du « comportement purement privé » d'une personne qui est l'organe de l'État est un principe établi de longue date en droit international²⁹¹. Toutefois, cette exclusion ne doit pas être comprise comme excluant l'attribution d'un fait d'une personne publique qui agirait comme pourrait le faire une personne privée²⁹², mais simplement comme excluant l'attribution de l'acte d'une personne qui agit à titre privé. En d'autres termes, la nature *de jure imperii* ou *de jure gestionis* n'est pas pertinente pour déterminer si l'acte est ou non attribuable : une personne publique peut agir selon des modalités et une finalité similaires à celles qui peuvent animer une personne privée, mais cela n'implique

²⁸⁸ Cour EDH (déc.), 1^{er} février 2001, *Ayuntamiento de Mula c. Espagne*, n° 55346/00, CEDH 2001-I, p. 3.

²⁸⁹ *Idem*, pp. 3-4.

²⁹⁰ Cour EDH (déc.) 18 mai 2000, *Hatzitakis et les Mairies de Thessalonique et Mikra c. Grèce*, n° 48391/99, § 1.

²⁹¹ C.D.I., « Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite et commentaires y relatif », comm. sous art. 4, § 13, p. 118. Le rapport cite pour conforter son analyse deux sentences de 1927 et 1929, respectivement rendues par la Commission mixte des réclamations États-Unis d'Amérique / Mexique dans l'affaire *Mallén*, Nations-Unies, *RSA*, 1927, vol. IV, p. 175, et par la Commission des réclamations France/Mexique dans l'affaire Caire, dans laquelle cette dernière a affirmé que l'acte ne saurait être attribué « dans le seul cas où l'acte n'a eu aucun rapport avec la fonction officielle et n'a été, en réalité, qu'un acte de particulier » ; *Rec. des sentence arbitrales*, 1929, vol. V, p. 531.

²⁹² Voy. en ce sens L. CONDORELLI, « Imputation à l'État d'un fait internationalement illicite », *R.C.A.D.I.* 1984-VI, vol. 189, p. 75 ; L. SCHICHO, *State entities in International Investment Arbitration*, *op. cit.*, p. 100.

pas que ladite personne publique ait alors agi en dehors²⁹³ de cette qualité. En décidant que la nature patrimoniale et économique de l'objet d'une requête est indifférente à la qualification d'organisation non-gouvernementale au sens de l'article 34, la Cour fait donc preuve d'orthodoxie, comme d'ailleurs la plupart des autres juridictions internationales²⁹⁴ et dont rend compte la doctrine²⁹⁵.

§2. La diversification de l'État, cause d'intégration du fait économique

107. Deux mouvements, qui ne coïncident pas nécessairement sans pour autant s'exclure mutuellement, rendent moins aisée l'identification des organisations gouvernementales et la délimitation du périmètre étatique. Comme le note J. Crawford, « *the situation has grown more complex with the assumption by governments of functions of an economic and social character* » et tout particulièrement lorsque de telles fonctions sont assurées « *not by agents of the State but by delegating governmental functions to para-statal entities* »²⁹⁶. État-providence ou « capitalisme d'État », ces phénomènes d'externalisation et la théorie du « *new public management* » ont donc conduit à l'intensification et la diversification d'entités juridiques plus ou moins distinctes gravitant au sein et autour de la sphère gouvernementale. Or, plusieurs décisions de la Cour témoignent de sa volonté d'empêcher l'État de délimiter lui-même, à travers l'invocation de ces délégations, l'étendue de sa responsabilité *ratione personae*. Comme elle l'a affirmé dans l'affaire *Costello-Robert*, « l'État ne saurait se soustraire à sa responsabilité

²⁹³ L'idée de l'acte adopté « en dehors » de cette qualité est distincte de celle de l'acte *ultra vires*. Un tel acte est toujours apparemment adopté en cette qualité, mais va au-delà de ce que permet cette dernière, et demeure quoi qu'il en soit attribuable à l'État selon l'article 7 des Articles de la C.D.I.

²⁹⁴ Voy. par exemple les sentences rendues par les tribunaux arbitraux en matière de droit international des investissements : *Eureko c. Pologne*, sentence partielle, 19 août 2005, § 125 : à propos du pouvoir d'acheter et de vendre des actions, le tribunal déclare qu'admettre une telle distinction serait « *flying in the face of well recognized rules and principles international law* » ; sur l'analyse des principales sentences arbitrales en la matière, voy. L. SCHICHO, *State Entities in International Investment Law*, *op. cit.*, spéc. pp. 100-102 ; la CIJ ne s'est, à notre connaissance, pas prononcée la question de la distinction entre ces actes en dehors du cadre particulier des immunités de l'État, dont les solutions ne sont pas comparables avec celles de l'attribution et, *a fortiori*, avec celle de la qualification d'organisation non gouvernementale au sens de l'art. 34 de la Conv. EDH.

²⁹⁵ Voy. ainsi la CDI, qui dans ses commentaires sous les articles relatifs à la responsabilité l'État pour fait internationalement illicite, affirme que « [p]eu importe, aux fins de l'attribution, que le comportement d'un organe de l'État soit qualifié de 'commercial' ou de 'acte *jure gestionis*' », in J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, xvi-461 p., comm. Sous l'article 4, § 6, p. 115 ; il est d'ailleurs rappelé sous la note 118 que « [t]ous les membres de la Sixième Commission qui ont répondu (...) sur ce point ont déclaré que la distinction entre *acta jure gestionis* et *acta jure imperii* n'était pas pertinente en la matière », *idem* ; L. CONDORELLI, « Imputation à l'État d'un fait internationalement illicite », *op. cit.*, p. 75.

²⁹⁶ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of International Law*, Oxford, O.U.P., 8^{ème} éd., 2012, LXXX-803 p., p. 544.

en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers »²⁹⁷. Les critères établis par la Cour répondent à cet objectif en diversifiant le type de fait susceptibles de caractériser le lien les unissant à l'État, la qualification par le droit interne étant peu adaptée à cet objectif.

108. En effet, à l'instar du droit international qui renvoie lui-même aux qualifications opérées par le droit interne, le premier critère sur lequel se fonde la Cour est le statut juridique octroyé par le droit interne à l'entité considérée. Ce statut juridique est lié à l'existence d'une personnalité juridique distincte de l'État et le cas échéant à sa qualification de droit public ou de privé. Comme la Cour l'a rappelé à de nombreuses reprises, cet élément de qualification est certes « important », mais il ne saurait être « décisif »²⁹⁸ pour deux raisons. D'une part, il ne permet pas toujours de rendre compte de la réalité des liens entretenus entre l'entité en question et l'État. D'autre part, il permettrait de surcroît à cet État de déterminer lui-même la portée des engagements qu'il a pris au titre de la Convention, ce qui justifie « l'autonomisation » de la notion²⁹⁹. Pour illustrer cette portée relative de la qualification opérée par le droit interne dans la jurisprudence de la Cour, on relèvera par exemple le cas d'attribution à l'État de faits d'entreprises pourtant organisées sous le statut de société de droit privé. Par exemple, le fait d'entreprises « unitaires » russes ou ukrainiennes³⁰⁰ n'est ni systématiquement attribué, ni systématiquement détaché de l'État³⁰¹.

109. Cette volonté de préserver l'effectivité du recours individuel en établissant la compétence de la Cour de manière autonome vis-à-vis de l'ordre juridique interne a conduit à l'intégration de divers critères d'origine ou de nature économique dans la qualification de « gouvernemental ». D'une part, et de manière finalement assez traditionnelle, cette qualité peut découler du contrôle qu'exerce l'État sur l'entité considérée (A). De manière plus novatrice en revanche, le caractère non gouvernemental d'une entité peut découler de la comparaison de ses prérogatives avec un opérateur privé (B).

²⁹⁷ Cour EDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, n° 13134/87, § 27.

²⁹⁸ *Idem*, § 64.

²⁹⁹ La similarité de ce problème avec ceux rencontrés par le juge européen au regard du sens et du contenu autonomes à donner à certaines notions conventionnelles est en effet frappant ; la Cour l'a d'ailleurs qualifiée pour la première fois de notion « autonome » dans l'arrêt *Samsonov c. Russie*, *op. cit.*, p. 17, § 63.

³⁰⁰ Ce type d'entreprises a donné lieu à un abondant contentieux devant la Cour, du fait de leur nature « hybride » : personnes morales indépendantes, régies par des dispositions des Codes civils de ces deux États et non par les dispositions applicables aux entreprises d'État.

³⁰¹ La solution dépend grandement des faits de l'espèce et de la responsabilité directe de l'État dans la survenance de la situation litigieuse, ce qui ne relève selon nous pas de l'attribution d'un acte d'un organe à l'État, mais de l'invocation de sa responsabilité directe.

A. Le contrôle exercé par l'État

110. Si la Cour s'est attachée à définir un certain nombre de critères de nature économique permettant de déterminer l'existence d'un contrôle par l'État sur l'entité considérée (1), la portée de ces différents critères doit être relativisée (2).

1. La détermination de l'existence d'un contrôle

111. SI le contrôle est principalement caractérisé au moyen d'un critère capitalistique (a), il découle parfois de l'analyse du secteur économique dans lequel opère l'entité considérée (b).

a. Le critère capitalistique, critère principal

112. Pour apprécier la réalité de l'indépendance institutionnelle³⁰² de la personne requérante ou dont l'attribution à l'État fait débat, la Cour commence systématiquement par relever le mode de création de la société, c'est-à-dire un indice de nature juridique. Ainsi, vont contribuer à assimiler l'entreprise à l'État la création par une loi ou par un acte réglementaire des autorités centrales, des autorités locales ou encore lorsqu'elle est le fruit d'une « *joint venture* » entre plusieurs entreprises, dont certaines constituaient des entreprises publiques, initiée par un accord international³⁰³. De même, une société qui a été nationalisée par un État est susceptible d'engager la responsabilité de ce dernier³⁰⁴. Pour autant, il apparaît que la réalité et l'étendue du contrôle exercé par les organes de l'État est systématiquement analysée par la Cour. Ainsi, le recours à la propriété du capital de la personne morale lorsqu'il s'agit d'une entreprise est fréquent. Ce critère peut avoir un rôle confirmatif, c'est-à-dire d'indice concordant avec le mode de création, mais peut également appuyer une conclusion contraire.

³⁰² C'est du moins le rapprochement opéré par la Grande Chambre de la Cour dans l'affaire *Alisic*, dans laquelle elle affirme que cette indépendance institutionnelle est « mesurée à l'aune du niveau de participation de l'État au capital social », tandis que l'indépendance opérationnelle serait-elle « appréciée au regard de l'étendue de la surveillance et du contrôle exercés sur elle par l'État » : Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovaquie et Ex-République Yougoslave de Macédoine*, n° 60642/08, CEDH 2014, § 114.

³⁰³ Cour EDH, 22 novembre 2007, *Ukraine-Tyumen c. Ukraine*, n° 22603/02, § 25, p. 9 : il s'agissait en l'espèce d'une entreprise créée par une « entreprise État », à laquelle s'est associé ce qui semble être un fonds souverain.

³⁰⁴ Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovaquie et ex-République yougoslave de Macédoine*, *op. cit.*, § 116.

113. Le critère de la détention du capital peut en effet aussi avoir un rôle infirmatif. Ainsi, la circonstance qu'une entreprise ait été créée par une ou plusieurs entités elles-mêmes publiques, organes d'État *de jure* ou *de facto*, ne saurait faire obstacle à la réalité de l'emprise de ce dernier sur l'entreprise telle qu'elle ressort, notamment, de la part du capital qu'il détient. Dans l'affaire *Ukraine-Tyumen*, le gouvernement défendeur affirmait qu'en raison de la part significative du capital – 28.56% précisément – qu'il détenait indirectement au sein de l'entreprise requérante, celle-ci ne pouvait se prévaloir de la qualité d'organisation non gouvernementale au sens de l'article 34. Même si la Cour rejette l'exception préliminaire, il ressort des motifs retenus que ce n'est pas la détention d'une fraction donnée du capital *per se* qui fonde la solution, mais le rôle qu'elle permet à son propriétaire de jouer au sein de l'activité de l'entreprise. Ainsi, en l'espèce, elle relève que « *no evidence has been submitted which could indicate that the State is entitled to a greater role in managing the company than the other shareholders* »³⁰⁵. En ce sens, la Cour confirme la volonté de qualifier un contrôle « effectif »³⁰⁶ qui se rapproche davantage de l'hypothèse de l'article 8 des articles de la CDI que de l'article 5.

114. Cette affirmation répond en réalité aux arguments soulevés par le Gouvernement, qui affirmait que le caractère gouvernemental de la société requérante devait être reconnu dès lors que la Cour avait admis, dans une autre affaire, la responsabilité *ratione personae* de l'État central pour les faits d'une entreprise dont il possédait une fraction sensiblement similaire du capital³⁰⁷. La raison de cette divergence de solution³⁰⁸ s'explique par les conséquences effectives de la part ainsi détenue. Dans l'arrêt auquel se référait le défendeur, le fait que l'État détienne plus de 25% de capital avait pour conséquence l'application d'un moratoire légal ayant affecté le requérant³⁰⁹. Par conséquent, confirmant d'ailleurs en cela la tendance du droit international général³¹⁰, l'élément décisif ne se situe pas tant dans le caractère minoritaire ou majoritaire du capital détenu que dans le contrôle que cela permet d'exercer sur la société en question.

³⁰⁵ Cour EDH, 22 novembre 2007, *Ukraine-Tyumen c. Ukraine*, *op. cit.*, § 27, pp. 9-10.

³⁰⁶ Voy. pour une approche similaires les « Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques », Éditions OCDE, 2015, 88 p., spéc. pp. 15-16.

³⁰⁷ À savoir 32.67% ; *idem*, § 21, pp. 8-9.

³⁰⁸ Ainsi qu'il a été exprimé plus tôt, et en tout cas au regard de la vision que la Cour elle-même a développé de la question de la titularité du recours individuel pour les organisations dont le statut gouvernemental ou non pose problème, il n'est pas possible de l'attribuer à une différence de régime entre les conséquences actives ou passives de cette qualification.

³⁰⁹ Cour EDH, 6 décembre 2005, *Kosarevskaya et autres c. Ukraine*, nos 9459/03, 4935/04 et 26996/04, § 24.

³¹⁰ Voy. L. SCHICHO, *State Entities in International Investment Law*, *op. cit.*, pp. 205-209.

115. Cet attachement à la réalité des prérogatives offertes par la détention du capital social a pour conséquence que sa détention intégrale par l'État n'entraîne pas nécessairement la qualification d'organisation gouvernementale, tant que l'indépendance de la société en question vis-à-vis de l'État semble garantie. C'est en partie ce qui explique que la société Radio France ait été reconnue titulaire d'un recours individuel. Bien que l'État détînt en effet « la totalité du capital de la société Radio France », le juge européen relève néanmoins qu'elle n'était pas pour autant « placée sous [s]a tutelle » et qu'elle bénéficiait d'un « régime dont l'objectif est sans aucun doute de garantir son indépendance éditoriale et son autonomie institutionnelle »³¹¹. Cette approche est de nature dynamique, en ce sens qu'elle implique une mise en balance des différents critères établis. Tout comme la Cour s'attache à examiner la réalité des prérogatives attachées à la détention du capital social, elle s'attache également à déterminer qui décide *in fine* de leur exercice et confirme à nouveau une analyse proche de celle d'un organe *de facto* au sens de l'article 8 des articles de la CDI.

116. Ces règles en matière de qualification d'organisation gouvernementale, qu'elles soient envisagées sous leur volet passif ou sous leur volet actif, sont évidemment applicables en abymes à des montages juridiques et économiques plus complexes³¹². Ainsi, lorsque le fait d'une société ne paraît pas attribuable à l'État dans la mesure où celui-ci n'en est pas un actionnaire direct, le juge européen peut examiner la nature de ces actionnaires, et la source du contrôle auquel ils sont dès lors eux-mêmes soumis. Tout d'abord, pour attribuer le fait à l'État, il est nécessaire mais suffisant que le détenteur du capital soit lui-même une entité qui se qualifie comme une organisation gouvernementale, qu'il s'agisse de l'État – « central » – au sens du droit interne pertinent ou non. Sera donc considérée comme une organisation gouvernementale, insusceptible à ce titre de saisir la Cour, ou à l'inverse une entité susceptible d'engager la

³¹¹ Cour EDH (déc.), 23 septembre 2003, *Radio France c. France*, *op. cit.*, § 26 ; le raisonnement de la Cour dans cette affaire fondatrice manque toutefois de rigueur, puisqu'elle rappelle que la société est « sous le contrôle du CSA », qui est lui assurément une organisation gouvernementale au sens de la jurisprudence de la Cour, laquelle se contente, formellement cette fois, de relever qu'il est « qualifié d' 'autorité indépendante' par la loi ».

³¹² La nature de l'analyse ainsi rendue nécessaire ressemble alors fortement à celle à laquelle procède parfois les tribunaux arbitraux en matière d'investissements, quoi qu'elle soit moins complexe.

responsabilité de l'État, une société dont le capital est possédé par une collectivité territoriale³¹³ et même par une entité fédérée³¹⁴.

117. De la même manière, afin de déterminer la réalité du contrôle exercé, le juge européen peut examiner les actionnaires de rangs ultérieurs, et non pas seulement les actionnaires immédiats de l'entité considérée. Par exemple, une société à responsabilité limitée dont le capital n'est certes pas détenu par l'État, mais qui l'est néanmoins par une société de « *holding* », elle-même détenue à plus de 87% par du « capital social »³¹⁵, et à ce titre contrôlée par une « agence de privatisation » qui constitue, elle, un organe d'État, pourra engager la responsabilité *ratione personae* de l'État central³¹⁶. La source du contrôle exercé est alors séparée de l'entité considérée, formellement, par l'écran de deux personnalités juridiques. Le capital social, ou propriété collective, n'est en effet pas assimilé par la Cour à des fonds publics *stricto sensu*, à tout le moins ces fonds ne sont pas étatiques ou « gouvernementaux »³¹⁷. C'est en raison du régime juridique attaché à cette propriété collective, à savoir d'une part la soumission de ces entités au contrôle d'un organe de privatisation, et d'autre part la réaffectation des fonds ainsi obtenus au budget étatique³¹⁸, que la Cour est à même de caractériser la nature publique du contrôle exercé.

118. Les effets concrets de la détention du capital peuvent aussi se traduire par la faculté de nomination et de contrôle des différents de organes de direction de l'entité considérée. Ainsi,

³¹³ Cour EDH, 8 avril 2010, *Yershova c. Russie*, n° 1387/04, § 62 : « Accordingly, notwithstanding the company's status as a separate legal entity, the municipal authority, and hence the State, is to be held responsible under the Convention for its acts and omissions » ; 17 janvier 2017, *Kim et Ryndina c. Russie*, n°s 22094/05 et 20813/03, § 25, p. 5.

³¹⁴ Cour EDH (déc.), 16 septembre 2014, *Samsonov c. Russie*, *op. cit.*, § 53 : l'entreprise unitaire en question, bien que qualifiée de « nationale » par le Code civil russe, avait été créée par l'un des ministères de la République d'Oudmourtie.

³¹⁵ Sur le régime particulier de ces entreprises au capital « social », voy. le résumé des dispositions pertinentes effectué par la Cour elle-même : Cour EDH, 15 janvier 2008, *R. Kačapor et autres c. Serbie*, n°s 2269/06 et 3041/06, §§ 71-76 ; ce type d'organisation capitaliste, qualifiée par elle de « *relict of the former Yugoslav brand of communism and 'selfmanagement'* », consiste en la détention et la gestion de l'entreprise par ses propres salariés.

³¹⁶ *Idem*, § 97, p. 12 ; le contrôle exercé par cette agence de privatisation est la conséquence de ce capital social majoritaire qui devait, en vertu d'une disposition interne, être privatisé, les fonds réalisés étant alors reversés à l'État et non aux salariés de l'entreprise ; voy. Cour EDH, 31 mai 2011, *Raskovic et Milunovic c. Serbie*, n° 1789/07 et 28058/07, spéc. § 71, p. 10.

³¹⁷ Cour EDH, 13 janvier 2009, *Crnisanin et autres c. Serbie*, n°s 35835/05, 43548/05, 43569/05 and 36986/06, spéc. § 110.

³¹⁸ Cour EDH, 15 janvier 2008, *R. Kačapor et autres c. Serbie*, *op. cit.*, §§ 73-75, p. 9.

la Cour s'attache à identifier la part des membres de ces organes, par exemple l'organe délibératif d'une société, qui représentent des autorités gouvernementales³¹⁹.

b. Le contrôle du fait du secteur économique, critère marginal

119. Dans l'affaire *RENFE c. Espagne*, la Commission s'était déjà appuyée sur le fait que la société requérante « [était] pour l'instant la seule compagnie exploitant cette concession de gestion » pour conforter sa qualification d'organisation gouvernementale³²⁰. L'importance de ce critère sera soulignée par la Cour dans l'affaire *Radio France* lorsque, résumant la jurisprudence antérieure de la Commission, elle rappellera que cette qualification avait en effet été retenue « aux motifs, essentiellement, qu'elle était sous la tutelle du gouvernement et bénéficiait d'un monopole d'exploitation »³²¹. Si la structure du marché considéré semble *a priori* davantage un indice de l'importance accordée par l'État à l'activité en question, et donc à sa nature de mission de service public ou de participation à l'exercice de la puissance publique, elle semble également constituer occasionnellement un élément de détermination de l'existence d'un contrôle étatique. Ainsi, le caractère hautement réglementé, ou « *highly regulated* », du secteur peut se traduire par le pouvoir de l'État de déterminer « *the amount and terms of payment of employees' salaries and benefits* »³²² ; il s'agissait en l'espèce du secteur de l'extraction minière du charbon, mais ce fait a également été relevé par la Cour dans le secteur du nucléaire³²³.

2. La portée de l'existence d'un contrôle

120. Certaines décisions de la Cour à cet égard peuvent surprendre dès lors qu'elles semblent davantage fondées sur un formalisme qui la conduit à relativiser la réalité du contrôle que la détention du capital permet d'exercer sur une société. Ainsi, après avoir noté qu'à l'époque des faits, « la société requérante ait été entièrement propriété de l'État (...) et que la majorité des

³¹⁹ Cour EDH (déc.), 30 mars 2004, *Radio France et autres c. France*, *op. cit.*, § 26 : alors qu'il détient la totalité du capital de la société considérée, « seulement quatre des douze membres de son conseil d'administration représentent l'État et que le président de celui-ci est désigné par le CSA ».

³²⁰ Com. EDH (déc.), 8 septembre 1997, *RENFE c. Espagne*, n° 35216/97.

³²¹ Cour EDH (déc.), 23 septembre 2003, *Radio France c. France*, *op. cit.*, § 26, p. 22.

³²² Cour EDH, 4 octobre 2005, *Chernobryvko c. Ukraine*, n° 11324/02, § 23 ; 4 avril 2006, *Lisyanskiy c. Ukraine*, *op. cit.*, § 19.

³²³ Voy. Cour EDH, 30 novembre 2004, *Mikhailenki et autres c. Ukraine*, *op. cit.*, § 45 : « [l]a société débitrice opérait dans le secteur hautement régulé de l'énergie nucléaire (...). Ce contrôle s'étendait même aux conditions d'emploi des requérants de la société, y compris à leurs salaires ».

membres du conseil d'administration soient nommés par l'État », la Cour va affirmer que ladite société « est légalement et financièrement indépendante, *comme cela ressort de l'article 3 de ses statuts* »³²⁴. La solution *per se* n'est pas nécessairement excessivement formelle dans la mesure où, comme elle le relève d'ailleurs, elle était parvenue à la même solution dans l'affaire *Radio France*. En revanche, la motivation sur ce point est, elle, soit elliptique, soit excessivement formelle. Soit en effet, des éléments permettent effectivement d'établir l'indépendance de la société malgré la détention du capital par l'État et la nomination des membres de l'organe délibératif – dans le cas de *Radio France*, la Cour avait relevé un certain nombre de dispositions législatives qui assuraient cette indépendance³²⁵ mais ils ne figurent pas dans la décision de la Cour. Soit, au contraire, les seuls éléments lui permettant de conclure ainsi sont effectivement les statuts de la société, auquel cas la motivation de la décision est insuffisante puisque l'on sait que l'indépendance ne se décrète pas, fut-ce par une norme juridique. Pourtant, malgré ce degré de formalisme, il ressort de ces deux affaires que la détention du capital n'est pas un critère suffisant pour apprécier la dépendance d'une entité à l'égard des autorités étatiques, ce qui ne semble guère surprenant dans la mesure où l'analyse par la Cour des différents indices est de nature dynamique.

B. L'approche matérielle : l'activité économique exercée

121. La Cour s'attache également à l'analyse de l'activité menée par l'entité considérée, et il ressort de sa jurisprudence que la nature économique d'une activité n'est pas incompatible avec son caractère « gouvernemental » (1), et que la structure économique du secteur dans lequel cette activité est opérée constitue également un indice de son caractère « étatique » (2).

1. Le caractère gouvernemental compatible avec des activités économiques

122. Dans la mesure où la puissance publique a pour fonction traditionnelle la poursuite de l'intérêt général, la question de la compatibilité de son exercice avec la poursuite d'activités économiques semble légitime, quoi qu'elle ne soit ni inédite, ni limitée au droit européen

³²⁴ Cour EDH, 13 décembre 2007, *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, *op. cit.*, § 80 (nous soulignons).

³²⁵ Cour EDH (déc.), 23 septembre 2003, *Radio France et autres c. France*, *op. cit.*, spéc. § 26 ; la teneur même de ces justifications prête toutefois elle aussi à discussion ; cf *infra*.

européen des droits de l'homme³²⁶. En outre, au-delà de cette première question de compatibilité entre autorité publique et activité économique, certains principes juridiques peuvent conduire à écarter l'application de règles – et surtout de privilèges – liées à la nature étatique d'un organe pour les actes qu'il effectuerait comme un opérateur privé ordinaire. Au sens de l'ordre juridique international, cette exception se traduit comme nous l'avons vu précédemment par la levée de l'immunité³²⁷. En l'espèce, la Cour adopte une position plus libérale.

123. En effet, alors qu'une activité économique *per se* peut sembler *prima facie* relever d'activités « *purely commercial* », tant l'objectif poursuivi que les modalités particulières de son exercice peuvent permettre de rattacher l'entité qui les fournit à la sphère gouvernementale. Dans l'affaire *Liseytseva*, par exemple, la société considérée « *provided various passenger transportation services in the region on a commercial basis* »³²⁸. Néanmoins, la Cour notera que « *the debtor company (...) undertook to provide public transport free to several groups free of charge, conditional on the cost of those services reimbursed from public funds later* »³²⁹. Elle a déduit que ces éléments étaient « *sufficient for the Court to conclude that the company's assets and activities were, as a matter of fact, controlled and managed by the State to a decisive extent at the relevant time* » et rejeté l'exception *ratione personae* soulevée par l'État défendeur³³⁰. Dans plusieurs autres affaires « russes », la Cour admettra que la fourniture de services de distribution d'eau³³¹, ou de chauffage³³² sont des activités qui ont pour conséquence, non d'occulter le caractère gouvernemental des missions confiées aux entités considérées, mais au contraire que « *such company's institutional links with public [are] particularly strengthened by the special nature of their activities* »³³³.

³²⁶ On pensera par exemple à la question des services publics industriels et commerciaux en droit administratif français, ou plus généralement le développement d'entreprises dites « publiques ».

³²⁷ Même si la comparaison trouve à nouveau certaines limites ; voy. M. FORTEAU, « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *op. cit.*

³²⁸ Cour EDH, 9 octobre 2014, *Liseytseva et Maslov c. Russie*, n^{os} 39483/05 et 40527/10, § 215.

³²⁹ *Idem*, § 216.

³³⁰ *Idem*, § 218.

³³¹ Cour EDH, 28 juin 2016, *Sirotenko et autres c. Russie*, n^o 9550/03, § 18.

³³² Cour EDH, 8 avril 2010, *Yershova c. Russie*, n^o 1387/04, § 58 ; 17 janvier 2017, *Kim et Ryndina c. Russie*, n^o 2209/05, § 23.

³³³ Parmi d'autres, Cour EDH, 8 avril 2010, *Yerhova c. Russie*, *op. cit.*, § 58 ; 4 octobre 2014, *Liseytseva et Maslov c. Russie*, *op. cit.*, § 209.

2. Le caractère gouvernemental révélé par la structure du secteur économique

124. L'exploitation par une société d'un monopole économique conféré par l'État, en droit ou en fait, est selon la Cour un indice du caractère gouvernemental de l'activité exercée. La Commission s'était déjà appuyée sur ce fait pour estimer que la société nationale de chemins de fer espagnole était une organisation gouvernementale dénuée de qualité à agir devant elle en raison de la structure monopolistique du secteur au sein duquel elle opère³³⁴. À l'inverse, l'absence de position monopolistique conduit à privilégier la qualité non gouvernementale de l'entité considérée³³⁵.

125. La portée de cet indice est importante aux yeux de la Cour, puisque l'exercice d'une activité au sein d'un secteur concurrentiel peut même permettre de rejeter le caractère gouvernemental d'une entité alors même que celle-ci est dotée de prérogatives exorbitantes. Dans l'affaire *Österreichischer Rundfunk*, le gouvernement défendeur arguait que la société requérante disposait d'un système de financement dont ne disposaient pas des opérateurs privés³³⁶. En effet, la société requérante était l'unique propriétaire d'une autre société qui était autorisée par la loi à recouvrer une redevance audiovisuelle³³⁷. La Cour, dans son analyse, ne contestera pas ce caractère exorbitant, mais en relativisera l'importance en estimant que :

*« even where a public broadcaster is largely dependent on public resources for the financing of its activities, this is not considered to be a decisive criterion, while the fact that a public broadcaster is placed in a competitive environment is an important factor »*³³⁸.

126. Plusieurs constats peuvent être ici effectués. D'une part, la nature concurrentielle d'un secteur est assimilée à un retrait de l'action étatique. La Cour envisage donc ici l'État comme opérateur économique par nature exorbitant, alors qu'il est tout à fait possible de concevoir

³³⁴ Com. EDH (déc.), 8 septembre 1997, *RENFE c. Espagne*, op. cit. : « [l]a Commission note que son conseil d'administration est responsable devant le Gouvernement et que la requérante est pour l'instant la seule compagnie exploitant cette concession de gestion, direction et administration des chemins de fer de l'État ».

³³⁵ Cour EDH (déc.), 23 septembre 2003, *Radio France et autres c. France*, op. cit., Cour EDH, 13 décembre 2007, *Compagnie de Navigation de la République Islamique d'Iran c. Turquie*, op. cit., § 80, p. 20 : « la Cour estime que ne saurait être qualifiée d'organisation gouvernementale une société qui « ne participe pas à l'exercice de la puissance publique et n'a pas non plus un rôle de service public ni ne détient un monopole dans un secteur concurrentiel » (nous soulignons).

³³⁶ Cour EDH (déc.), 7 décembre 2006, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, n° 35841/02, § 40.

³³⁷ *Idem*.

³³⁸ *Idem*, § 52. (nous soulignons).

qu'une entreprise publique opère sur un secteur concurrentiel – ce que d'ailleurs prouvait la situation de Radio France à laquelle elle avait été confrontée.

127. En outre, l'analyse conduite par la Cour, qui semble *prima facie* de nature économique, est en réalité contradictoire à cet égard. En effet, elle consiste à relativiser l'importance d'instruments exorbitants à la disposition d'un opérateur économique au motif que le secteur dans lequel il exerce est ouvert à la concurrence alors même que, d'un point de vue économique, cela constitue, et sans considération de sa légitimité, une distorsion de concurrence. Dans cette affaire, le gouvernement se prévalait d'ailleurs de la qualification que donnerait par le droit communautaire de la concurrence à cette entité. Il alléguait, sans que la Cour lui réponde, que :

« *Consequently, the public authorities were in a position to exercise a direct or indirect dominant influence on the applicant company, which therefore qualified as a public undertaking under EU-law (Commission Directive 2000/52/EC of 26 July 2000 amending Directive 80/723/EEC on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings directive)* »³³⁹.

128. Le contenu du critère de la structure du secteur économique reste toutefois incertain. Si une position monopolistique est indéniablement un critère d'établissement de la qualification de « gouvernemental »³⁴⁰, il est permis de se demander si l'ouverture de ce secteur à la concurrence suffit à contrebalancer les prérogatives particulières dont peut disposer un opérateur public et la position économique qu'il peut en retirer. Outre que les formules employées par la Cour semblent parfois contradictoires³⁴¹, elle avait semblé indiquer que son analyse des effets d'une loi régissant les activités d'une société et lui octroyant des prérogatives dont ne disposerait pas un acteur privé ordinaire devait s'attacher à déterminer si une telle loi conférerait à cet acteur une « *position dominante* » dans le secteur considéré³⁴². La Cour n'hésite

³³⁹ *Idem*, § 38.

³⁴⁰ Voy. Com. EDH, 8 septembre 1997, *RENFE c. Espagne*, *op. cit.*, : « La Commission note que son conseil d'administration est responsable devant le Gouvernement et que la requérante est pour l'instant la seule compagnie exploitant cette concession de gestion, direction et administration des chemins de fer de l'État ».

³⁴¹ Voy. ainsi Cour EDH, 13 décembre 2007, *Compagnie de Navigation de la République Islamique d'Iran c. Turquie*, *op. cit.*, § 80 : la Cour estime que ne saurait être qualifiée d'organisation gouvernementale une société qui « ne participe pas à l'exercice de la puissance publique et n'a pas non plus un rôle de service public *ni ne détient un monopole dans un secteur concurrentiel* » (nous soulignons) ; outre qu'elle semble alors établir trois conditions alternatives et mutuellement exclusives, et donc d'une importance égale, entre l'exercice de prérogatives de puissance publique, d'un service public ou d'un monopole, il est *a priori* antinomique de considérer qu'un monopole puisse exister dans un secteur concurrentiel.

³⁴² Cour EDH (déc.), 23 septembre 2003, *Radio France et autres*, *op. cit.*, § 26, p. 23 : « [s]ur ce point, la société Radio France diffère peu des sociétés exploitant des radios dites privées – lesquelles sont d'ailleurs également soumises à diverses contraintes légales et réglementaires (paragraphe 17-18 ci-dessus). Par ailleurs, la loi, qui

donc pas à recourir à des critères économiques, mais qui sont mobilisés de manière souvent rapide et sans postulats clairement identifiables. De la même

129. Que l'activité soit exercée dans un secteur concurrentiel ou monopolistique, une troisième catégorie de critère permet toutefois à la Cour de préciser son analyse : la comparaison des activités de l'entité concernée avec celles d'un opérateur économique privé.

C. L'approche fonctionnelle : la comparaison avec l'opérateur économique privé

130. La Cour retient enfin une dernière catégorie d'indices de nature économique qui lui permettent de déterminer si un organe ou, plus largement, une personne morale, constitue une « organisation gouvernementale » insusceptible de bénéficier du recours individuel ou dont les actes sont symétriquement attribuables à l'État défendeur. Il s'agit d'une approche comparative entre l'entité considérée et un opérateur économique privé « standard ». Si la comparaison tend à montrer que l'entité considérée agit de manière similaire à un opérateur privé, la qualification d'organisation non-gouvernementale sera favorisée, et inversement. Or, il apparaît que cette comparaison s'appuie sur deux critères principaux : lorsque l'activité exercée par un opérateur, bien que formellement privé, a pour objet la régulation d'un secteur économique, il agit en réalité comme une organisation gouvernementale (1). Cette qualification sera en revanche favorisée s'il poursuit au contraire un simple but lucratif (2), le critère du mode de financement ne semblant jouer qu'un rôle subsidiaire (3).

1. La régulation de secteurs économiques

131. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que les organismes qui ont une fonction de régulation de certains secteurs professionnels et économiques sont susceptibles d'engager la responsabilité internationale de l'État, indépendamment de leur nature privée ou publique au regard du droit interne, la jurisprudence de la Cour semblant d'ailleurs fortement inspirée du droit administratif français sur ce point³⁴³, comme de l'hypothèse envisagée par l'article 5 de la CDI. Dans l'affaire *Van der Mussel*, un avocat avait saisi la Cour de la contrariété supposée

inscrit clairement la radiodiffusion sonore dans un contexte concurrentiel, ne confère pas à la société Radio France une position dominante dans ce secteur » (nous soulignons).

³⁴³ Voy. les arrêts CE, 31 juillet 1942, *Monpeurt*, n° 71398, cons. 1, et CE, ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, n° 72210. Cons. 1.

avec l'article 4 de la Convention des obligations de fourniture gratuite de ses services à ses clients indigents en matière pénale. L'État belge estimait que sa responsabilité ne pouvait être engagée dans la mesure où les obligations imposées au requérant résultaient de « simples règles professionnelles adoptées par les barreaux eux-mêmes » et non directement par lui³⁴⁴. Or, la Cour va relever que, outre que l'obligation était issue d'une loi, les organismes représentant les divers barreaux belges « ne jouiss[aient] d'aucune latitude quant au principe même », et que, dès lors, « [p]areille solution ne saurait soustraire l'État (...) aux responsabilités qui auraient été les siennes sur le terrain de la Convention s'il avait décidé d'assumer par ses propres moyens la gestion du système »³⁴⁵. Cette solution sera confirmée et précisée dans l'arrêt *Cosaco Coca*, dans lequel la Cour estimera qu'une interférence dans le bénéfice de l'article 10 est qualifiée dès lors qu'elle émane d'une association professionnelle d'avocats qui, en plus d'être des « corporations de droit public », poursuivent un « but d'intérêt général : un contrôle public de l'exercice de la profession et du respect de la déontologie professionnelle »³⁴⁶. En réalité, la comparaison permet ici d'exclure la qualité d'opérateur économique au profit de celle de régulateur économique, et d'exclure à ce titre la qualité d'organisation non gouvernementale.

132. La *ratio decidendi* de ces critères a été explicitée clairement dans l'affaire *Costello-Roberts*, dans laquelle la Cour rappelle que « l'État ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers »³⁴⁷. Cette décision a été rendue à propos d'une école mais le raisonnement a été confirmé par la Cour s'agissant par exemple des organisations de régulation professionnels³⁴⁸. Ce raisonnement, qui ne concerne pas que la régulation d'activités économiques, éclaire néanmoins l'approche conséquentialiste de la Cour en la matière et a pour effet que l'État ne peut pas, soit par privatisation *stricto sensu*, soit par délégation de missions de service public³⁴⁹, moduler l'étendue *ratione personae* de la compétence de la Cour³⁵⁰. Cette approche volontariste se traduit d'ailleurs par le recours à la technique des obligations positives afin d'assurer l'attribution à l'État défendeur lorsque les

³⁴⁴ Cour EDH (plén.), 23 novembre 1983, *Van der Musselle c. Belgique*, n° 8919/80, Série A, n° 70, § 28.

³⁴⁵ *Idem*, § 29.

³⁴⁶ Cour EDH, 24 février 1994, *Casado Coca c. Espagne*, n° 15450/89, Série A285-A, § 39.

³⁴⁷ Cour EDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, n° 13134/87, Série A247-C, § 27.

³⁴⁸ Cour EDH, 24 mai 2005, *Buzescu c. Roumanie*, n° 61302/00, § 78.

³⁴⁹ Voy. A. HALLO DE WOLF, *Reconciling Privatisation with Human Rights*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, XVII-750 p., spéc. pp. 248-257.

³⁵⁰ Et à ce titre, au regard de la réception de la jurisprudence de la Cour en matière de compétence par la plupart des juridictions internes, l'étendue matérielle des obligations contenues dans la Convention ; voy. *supra*.

circonstances factuelles et juridiques propres à l'affaire font que celle sur le fondement de la compétence *ratione personae* est trop délicate³⁵¹.

133. L'approche fonctionnelle se double toutefois de la prise en compte de la nature lucrative ou non de l'activité exercée par l'entité considérée.

2. L'appréciation relative du critère tenant à la poursuite d'un lut lucratif

134. L'approche fonctionnelle de l'activité exercée par l'entité considérée conduit également la Cour à examiner sa finalité économique. Il ne s'agit pas ici non plus d'une contradiction de principe perçue entre l'objet du mécanisme européen, à savoir la protection des droits de l'homme, et l'objet commercial d'une personne, ni en termes de droit matériels³⁵², ni en termes de réparation³⁵³. Il s'agit au contraire de l'exclusion mutuelle, quoique relative, de l'activité à caractère gouvernemental et de la poursuite du lucre. En effet, au titre de l'un des critères d'examen de la nature de l'entreprise considérée, la Cour estime qu'il faut examiner « *the nature of its activity, that is, whether the legal entity exercises a public function or is a typical business* »³⁵⁴.

135. Dans l'affaire *Samsonov*, le gouvernement défendeur avait soulevé une exception préliminaire tendant à ce l'inexécution par l'entité considérée ne lui soit pas attribuée. Il affirmait à l'appui de ses prétentions que la société en question avait été créée par arrêté pour « exercer une activité financière et commerciale » et que, « en tant que société à vocation commerciale, l'entreprise débitrice n'avait ni exercé des fonctions publiques ni géré des services publics sous le contrôle des autorités »³⁵⁵. La Cour va admettre qu'il s'agissait en l'espèce d'une organisation commerciale « à but lucratif », mais qu'il résultait du statut juridique interne de l'entité considérée qu'elle avait été « créée pour mettre en œuvre les

³⁵¹ Cour EDH, 13 février 2007, *Evaldsson et autres c. Suède*, n° 75252/01, § 63 : « Moreover, while the respondent State has to be given a wide margin of appreciation in the organisation of its labour market, a system which, as in the present case, in reality delegates the power to legislate, or regulate, important labour issues to independent organisations acting on that market requires that these organisations are held accountable for their activities. This requirement was particularly significant in the present case, where the relevant labour market organisations had concluded a collective agreement whose effects also extended to unorganised workers, obliging them to contribute financially to a particular activity carried out by a trade union. In these circumstances, the Court finds that the State had a positive obligation to protect the applicants' interests » (nous soulignons) ; sur ce point, voy. Chap. 4.

³⁵² Voy. *infra*, Chapitre 2.

³⁵³ Voy. *infra*, Chapitre 3.

³⁵⁴ Cour EDH, 9 octobre 2014, *Liseytseva et Maslov c. Russie*, *op. cit.*, § 189 ; voy. aussi le § 187.

³⁵⁵ Cour EDH (déc.), 16 septembre 2014, *Samsonov c. Russie*, *op. cit.* § 53.

objectifs de l'État qui ne peuvent être confiés à des entreprises de droit privé, notamment dans le domaine de la sécurité de l'État ou de la politique sociale de celui-ci³⁵⁶. Or, c'est uniquement dans la mesure où les activités de l'entreprise unitaire n'étaient pas « d'utilité publique » qu'elle « différait donc peu d'autres sociétés dites privées »³⁵⁷. Par conséquent, la comparaison avec le fonctionnement et le but poursuivi par un opérateur privé n'est pas satisfaite du seul fait de l'existence d'un but lucratif.

3. La subsidiarité du mode de financement de l'opérateur

136. Le mode de financement est un troisième objet de comparaison entre les opérateurs privés et les opérateurs publics figurant parmi les éléments pris en considération par la Cour, bien qu'elle y attache une importance très limitée. Déjà, dans l'affaire *Radio France*, la Cour avait rejeté les allégations du gouvernement défendeur en ce sens en relevant d'une part que « la société Radio France s'est vue assigner des missions de service public et si elle dépend pour beaucoup de l'État pour son financement, le législateur a mis en place un régime dont l'objectif est sans aucun doute de garantir son indépendance éditoriale et son autonomie institutionnelle »³⁵⁸ et que, par conséquent, « [s]ur ce point, la société Radio France diffère peu des sociétés exploitant des radios dites privées »³⁵⁹. Ainsi, le mode de financement principalement public ne suffisait pas à exclure la similarité de la situation de l'opérateur public avec celui de l'opérateur privé.

137. La Cour va toutefois franchir une nouvelle étape dans la relativisation de ce critère. Dans l'affaire *Osterreichischer Rundfunk*, le gouvernement défendeur alléguait que la société requérante fixait ses redevances unilatéralement, disposait d'une filiale habilitée par la loi à prélever ces redevances, alors que « *private broadcasters did not have such a system of financing at their disposal* »³⁶⁰. Or, la Cour, comme d'ailleurs antérieurement dans l'affaire *Radio France*, va, sans rejeter la réalité de l'argument tiré du financement public de l'opérateur, en diminuer sa portée juridique au regard d'autres critères économiques. En effet, selon elle « *even where a public broadcaster is largely dependent on public resources for the financing of its activities, this is not considered to be a decisive criterion, while the fact that a public broadcaster*

³⁵⁶ *Idem*, § 70.

³⁵⁷ *Idem*, § 74.

³⁵⁸ Cour EDH (déc.), 23 septembre 2003, *Radio France et autres c. France*, *op. cit.*, § 26.

³⁵⁹ *Idem* (nous soulignons).

³⁶⁰ Cour EDH, 7 décembre 2006, *Osterreichischer Rundfunk c. Autriche*, *op. cit.*, § 40.

is place in a competitive environment is an important factor »³⁶¹. En d'autres termes, tant que l'opérateur agit dans un cadre concurrentiel, il est considéré comme agissant comme un opérateur privé malgré les spécificités publiques de son financement. La place accordée à la nature concurrentielle du secteur économique considéré apparaît donc décisive, au détriment de critères plus « traditionnels » comme le mode de financement.

138. Ces éléments économiques représentent des facteurs de modulation et peuvent être suffisants, mais ils ne sont pas forcément nécessaires, tout particulièrement en matière de détermination de la compétence *ratione persone* passive. En effet, la Cour dispose de plusieurs autres fondements de rattachement qui lui permettent d'éviter d'avoir à appliquer les critères susmentionnés. Le premier d'entre eux consiste à estimer que c'est le droit interne en vigueur qui a permis le traitement litigieux des individus. Ainsi, un salarié peut contester la compatibilité de son licenciement par une société nationale de chemins de fer du fait de son refus d'adhérer à syndicat sans que la Cour ait déterminé si ce licenciement est attribuable à l'État défendeur, dans la mesure où il était permis par la loi alors en vigueur. Dès lors en effet, « il n'y a pas à déterminer si [la responsabilité est engagée] aussi, comme le soutiennent les requérants, en raison de la qualité d'employeur qu'aurait l'État ou du contrôle exercé par lui sur British Rail »³⁶². De la même manière, la Cour a tendance à s'appuyer sur la technique des obligations positives pour permettre, en modifiant le contenu matériel d'une obligation, de déplacer la question de l'attribution *ratione personae*. Dans l'affaire *Fuentes Bobo*, la Cour s'est ainsi dispensée de rechercher si le licenciement du requérant par une chaîne de télévision publique était attribuable à l'État défendeur en s'appuyant sur « l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes provenant même de personne privées »³⁶³. Ce faisant, le critère de compétence *ratione personae* se retrouve en quelque sorte absorbé par l'applicabilité *ratione materiae* de la Cour. Dans ces deux situations, en déplaçant l'objet du contrôle et le contenu de l'obligation, l'auteur de l'acte litigieux devient donc l'État défendeur.

³⁶¹ *Idem*, § 52 (nous soulignons).

³⁶² Cour EDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, § 49, p. 16.

³⁶³ Cour EDH, 29 mai 2000, *Fuentes Bobo c. Espagne*, n° 39293/98, § 38, p. 10 ; cette affaire est certes antérieure à Radio France mais, si cela pourrait expliquer l'absence de formalisation et du raffinement atteint par les critères dégagés par la Cour dans sa jurisprudence plus récente, cela ne peut en revanche pas fonder l'absence totale de détermination de l'attribution de l'acte à l'État.

139. Il est donc indéniable que l'économie joue un rôle significatif dans la détermination de la sphère « gouvernementale », et donc à ce titre dans la détermination de la compétence *ratione personae* de la Cour. Instruments d'autonomisation et de maîtrise par la Cour de sa propre compétence, les critères de nature économique permettent de dépasser des éléments formels d'identifications souvent peu en phase avec les nouvelles modalités de l'action étatique, et en effectivité. L'autonomie de ces critères lui permet d'asseoir sa propre compétence en contenant la possibilité pour l'État défendeur de manipuler ces critères. Néanmoins, si la Cour gagne en autonomie, elle semble parfois perdre en clarté et en cohérence. En effet, cette volonté de maîtrise et d'adaptabilité du champ de sa compétence personnelle se traduit par une profusion de critères économiques dont le poids relatif de chacun est incertain, cette incertitude profitant certainement à la Cour en lui octroyant une marge d'appréciation en la matière. Enfin, ils préservent la faculté pour l'État de décider de son organisation politique et économique, mais que sans que ses choix ne conditionnent en retour l'application des garanties conventionnelles.

SECTION 2 : LE FAIT ÉCONOMIQUE, VECTEUR DE MODULATION DE L'INTÉRÊT À AGIR

140. Condition traditionnelle de recevabilité des actions juridictionnelles, qu'elles soient de nature interne ou internationale, l'exigence d'un intérêt à agir par la Cour découle naturellement de l'article 34 de la Convention qui stipule 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* » de la Convention ³⁶⁴. Traduction de la nature éminemment subjective du recours individuel³⁶⁵, l'intérêt à agir détermine dans une large mesure l'accès au juge européen et interroge sur la nature de ce mécanisme juridictionnel en cristallisant les débats autour de la fonction – subjective ou constitutionnelle de la Cour.

³⁶⁴ Art. 34 Conv. EDH, dont la formulation est demeurée parfaitement identique depuis 1950 malgré les diverses refontes, plus ou moins significatives, du texte conventionnel.

³⁶⁵ La nécessité de démonstration d'un intérêt à agir est, dans le mécanisme européen, strictement limité au recours individuel, les États parties constituant ce qu'on pourrait qualifier, par analogie avec le droit de l'Union européenne, des « requérants privilégiés » puisqu'ils ont « qualité pour combattre *in abstracto* une législation sur le terrain de la Convention » ; Cour EDH (plén.), 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, Série A, vol. 25, § 240 ; ils pourraient dès lors parfaitement faire valoir des intérêts de nature économique à ce titre, sans que cela ne constitue même une exception préliminaire que la Cour aurait à examiner.

141. La notion d'intérêt à agir oscille entre deux aspects : le « but » de l'action en justice d'une part, c'est-à-dire le fait d'en « tirer un avantage », et son « origine » d'autre part, ou en d'autres termes, « le fait qui conduit à agir en justice »³⁶⁶. Dès lors, est-il nécessaire ou suffisant pour un requérant individuel de chercher à retirer un avantage économique, ou à arguer d'une lésion de ses intérêts économiques pour saisir valablement la Cour ? En d'autres termes, avoir un intérêt économique à saisir la Cour suffit-il à fonder un intérêt juridique valable pour ce faire ?

142. En principe, une réponse négative paraît s'imposer. L'intérêt juridique ne saurait être déduit uniquement de ce seul intérêt « économique » dans le chef du requérant. Toutefois, l'inextricabilité des rapports entre dommage et illicéité dont parlait E. Wyler³⁶⁷ entraîne une réponse plus nuancée. Ainsi, la prise en considération des préjudices économiques au stade de la recevabilité s'impose très souvent à la Cour, même si le dommage n'est pas *stricto sensu* une condition de l'engagement de la responsabilité en droit international.

143. En effet, la prise en considération de ces dommages économiques demeure l'un des critères tant de la détermination de la qualité de victime (§1) que de son attribution entre plusieurs victimes économiques potentielles, notamment entre les sociétés et leurs actionnaires (§2).

§1. L'existence de la qualité de victime

144. Jusqu'à l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 en 2010, la qualité de victime au sens de l'article 34 désignait seulement « la personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux »³⁶⁸ sans qu'il soit besoin de démontrer l'existence d'un préjudice. Pourtant, la jurisprudence de la Cour montre que, malgré l'indifférence de principe initiale, la question de l'intérêt économique lésé qui permet d'identifier l'intérêt juridique est ancienne (A).

³⁶⁶ E. JEULAND, *Droit processuel général*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 2014, 874 p., p. 350.

³⁶⁷ E. WYLER, *L'illicite et la condition des personnes privées : la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1995, 361 p., p. 131.

³⁶⁸ Cour EDH (plén.), 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, Série A31, § 27.

145. La problématique a néanmoins été profondément renouvelée par l'entrée en vigueur du Protocole n°14, qui a ajouté une nouvelle condition de recevabilité des requêtes individuelles tenant à la l'existence d'un « préjudice important » dans le chef des requérants (B).

A. L'intégration ancienne de l'intérêt économique

146. L'indifférence de principe issue de la conception internationaliste de l'intérêt à agir que s'est appropriée la Cour (1) lui a permis d'étendre la notion de « victime » aux « victimes potentielles ». Des requêtes provenant de requérants dont la situation économique personnelle ne serait que potentiellement affectée dans le futur par la mesure litigieuse ont ainsi pu être admises. Malgré cela, l'existence d'un intérêt économique à agir, est un critère admis depuis longtemps en matière de circulation personnelle et temporelle de l'intérêt à agir (2).

1. La dissociation de principe entre préjudice économique et qualité de victime

147. La dissociation entre préjudice économique et la qualité économique découle de l'indifférence au préjudice subi en général dans la détermination de cette dernière (a), laquelle permet d'ailleurs que le requérant ne soit affecté que potentiellement par un acte national (b).

a. L'indifférence de principe au préjudice subi

148. La qualité de victime d'une violation des droits garantis par la Convention est en principe conditionnée par une lésion de ces seuls droits, indépendamment de l'existence d'un préjudice. Cette dissociation est le fruit d'une longue évolution en droit international de la responsabilité³⁶⁹ et de la distinction – en principe – très tôt établie par les juridictions internationales entre l'existence d'un intérêt économique à introduire une réclamation et l'intérêt juridique à le faire, seul valable³⁷⁰.

³⁶⁹ Alors que le dommage était une condition d'engagement de la responsabilité internationale de l'État ; sous l'influence du rapport de Roberto Ago, cette condition va disparaître du projet d'articles de la CDI, celle-ci étant engagée du seul fait de l'existence de la violation attribuable à l'État d'une obligation internationale ; voy. les articles 1 et 2 des Articles de la CDI sur ce point.

³⁷⁰ Voy. déjà par exemple CPJI, 12 décembre 1934, *Affaire Oscar Chinn*, Série A/B, n° 63, p. 65, spéc. 88 ; sur ces questions, voy. également B. STERN, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, 382 p.

149. En l'absence d'un mécanisme assimilable à *l'actio popularis*, tout requérant doit « pouvoir démontrer qu'[il] est directement affecté par la mesure incriminée »³⁷¹. Pourtant, le fait de subir les effets d'une mesure ou d'un acte n'est pas, au sens de la jurisprudence de la Cour, conditionné par le fait de subir un préjudice en tant que tel. La Cour de Strasbourg, contrairement à ce que la Commission avait pu laisser entrevoir³⁷² a en effet dissocié ces deux notions, en affirmant que « la question de l'existence d'un préjudice ne relève pas de l'article 25 qui, par « victime », désigne la personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux »³⁷³. Cette solution se conçoit d'autant plus que, même lorsqu'elle statue au fond sur l'existence d'une telle violation, la Cour rappelle que celle-ci est caractérisée sans qu'il soit nécessaire de caractériser la survenance d'un tel préjudice³⁷⁴.

150. La seule démonstration d'un préjudice, y compris de nature économique, ne peut au contraire pas suffire à établir la qualité de victime, et la Cour rejettera la requête, soit sur le fondement de l'irrecevabilité *ratione materiae* – si les intérêts lésés ne sont couverts matériellement par aucun droit conventionnel – soit de l'irrecevabilité *ratione personae* – si les intérêts lésés sont couverts matériellement par des droits conventionnels, mais dont les titulaires ne sont pas la personne qui a saisi la Cour. En effet, comme l'avait très tôt affirmé la Commission, « la Convention ne garantit aucun droit à la réparation d'un dommage dont le fait générateur ne constitue pas une violation de la Convention »³⁷⁵.

³⁷¹ Cour EDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992, série A n° 246-A, p. 22, § 44 ; la formule est depuis constante : voy. par exemple Cour EDH (GC), 22 juin 2000, *Ilhan c. Turquie*, 27 juin 2000, n° 22277/93, § 52.

³⁷² Com. EDH (plén.), 7 décembre 1978, *Preikshas c. Allemagne*, n° 6504/74, D.R., vol. 16, pp. 29-30 : « La réponse à cette question dépend beaucoup de l'intérêt juridique du requérant à faire constater par les organes de la Convention que les droits que lui reconnaît la Convention ont été enfreints. À cet égard, la Commission doit prendre en considération le préjudice matériel ou moral éventuellement subi ».

³⁷³ Cour EDH, 23 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, *op. cit.* (l'article 25 a été remplacé par l'article 34 à la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11)

³⁷⁴ Voy. par exemple Cour EDH (plén.), 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n°s 7151/75, 7152/75, Série A, n° 88, § 73, s'agissant du constat de violation de l'art. 1P1 : « Aux yeux de la cour il n'y a pas lieu, à ce stade, de rechercher si les requérants ont réellement subi un préjudice : c'est dans leur situation juridique même que l'équilibre a été détruit ».

³⁷⁵ Voy. déjà Com. EDH (déc.), 4 juillet 1978, *A.D. et société A.S. c. Allemagne*, n° 7742/76, p. 158, § 6 :

b. L'acceptation de l'affectation potentielle de la situation économique requérant

151. La dissociation entre victime et préjudice présentée ci-dessus a été étendue au cas de l'affectation potentielle. Cette dissociation explique par exemple qu'un particulier puisse saisir la Cour de la violation alléguée de la Convention par une loi en l'absence même de tout acte individuel d'exécution et donc sans qu'il ait eu à en subir les effets. Cette hypothèse, initiée par l'arrêt *Klass* dans le domaine des surveillances téléphoniques³⁷⁶ correspond au développement par la Cour de la notion de victime potentielle et constitue une extension de la portée de la dissociation entre préjudice et qualité de victime³⁷⁷. Non seulement il n'est pas nécessaire que le requérant ait subi un préjudice, mais il n'est même pas toujours nécessaire que le requérant ait subi les effets concrets sur sa propre situation d'une norme juridique abstraite – généralement³⁷⁸ de nature législative. Cette solution a été naturellement transposée par la Cour aux situations dans lesquelles une loi affectait la situation économique du requérant. Ainsi, un individu qui risque de subir les effets patrimoniaux d'une loi successorale défavorable aux enfants non « légitimes » en raison de son appartenance à une catégorie d'individus déterminés a un intérêt non seulement à saisir la Cour, mais également à voir la violation constatée³⁷⁹.

152. Pourtant, et malgré le scepticisme d'une partie de la doctrine qui y voit la consécration d'un véritable mécanisme d'*actio popularis*³⁸⁰ et accuse la Cour de « sauvegarder les apparences »³⁸¹, le risque doit être suffisamment « réel »³⁸². Or, la réalité du risque peut résulter

³⁷⁶ Cour EDH (plén.), 6 septembre 1979, *Klass et autres c. Allemagne*, Série A28, n° 502971.

³⁷⁷ C'est également l'avis de L. Burgorgue-Larsen, qui voit « là assurément la manifestation la plus emblématique de la déconnexion opérée par la Cour entre la réalité et l'effectivité d'un préjudice et l'intérêt à agir » ; L. BURGORGUE-LARSEN, « L'intérêt à agir devant la Cour européenne des droits de l'homme », in C. TEITGEN-COLLY (dir.), *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, Paris, LGDJ, 2016, vii-197, pp. 91-107, spéc. p.98.

³⁷⁸ Les normes législatives constituent en effet en principe l'exemple le plus typique des normes juridiques à caractère abstrait et général, mais il n'y a aucun obstacle logique à ce que la solution puisse être transposée dans une situation mettant en œuvre une norme réglementaire générale.

³⁷⁹ Voy. Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, § 27 : « [l]e Gouvernement paraît en somme considérer que cette situation ne leur cause pas ou guère de de dommage. A ce sujet, la Cour rappelle que la question de l'existence d'un préjudice ne relève pas de l'article 25 (art. 25) qui, par "victime", désigne "la personne directement concernée par l'acte ou omission litigieux » (références omises) ; Cour EDH (GC), 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, n° 13378/05, CEDH 2008, § 34.

³⁸⁰ Voy. par exemple J.-R. RENUCCI, « Qualité pour agir en violation de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2003, n°8, p. 523 ; l'auteur évoque un risque de « dénaturaion » du recours individuel.

³⁸¹ F. MARCHADIER, « Obs. sous Open Door », in *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., pp. 833-844, spéc. p. 842.

³⁸² Cour EDH (GC), 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, op. cit., § 35.

soit de sanctions pénales qui l'obligent à « changer de comportement sous peine de poursuites »³⁸³, soit du seul fait que le requérant appartient à une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation »³⁸⁴. S'agissant de ce second cas, il faut que le risque ne soit pas « hypothétique » et que l'application de la loi soit suffisamment certaine. Si cela est plutôt évident lorsque la loi s'applique à une catégorie légale de personnes, comme les enfants dits « naturels » ou les couples homosexuels, il en va plus difficilement ainsi lorsqu'il s'agit de situations économiques. Lorsque la loi litigieuse concerne l'octroi de prestations sociales, celles-ci peuvent par exemple être, en partie, conditionnées au sexe des bénéficiaire mais elles dépendent également d'autres facteurs qui rendent l'octroi trop incertain pour rendre le risque suffisamment probable³⁸⁵.

153. Plus encore, lorsque la loi litigieuse est de nature fiscale et que ses critères d'application sont de nature économique, le caractère aléatoire de l'affectation est encore plus saillant. Ainsi, dans l'affaire *Burden*, la Cour était confrontée à l'allégation par deux sœurs toujours en vie du caractère discriminatoire de la loi successorale britannique qui appliquait des droits de successions plus importants aux successions entre frères et sœurs qu'à celles intervenant au bénéfice du membre survivant d'un couple marié ou d'un partenariat civil. Le gouvernement défendeur estimait, d'une part, que « l'obligation de verser des droits de successions n'[était] pas encore survenue », et qu'elle ne s'appliquait pas « de façon automatique » puisqu'elle dépendait, entre autres, de la valeur des biens dont serait composée la succession. Or, la Chambre, confirmée en cela par la Grande Chambre saisie par les requérantes, va estimer, au regard de la valeur du patrimoine des requérantes estimée lors de la procédure, que, « les biens dont chacune est propriétaire dépassent de loin la tranche actuellement exonérée de droits de succession »³⁸⁶. Dès lors, même si, de l'aveu de la Chambre, « [i]l est vrai qu'à l'heure aucune des requérantes n'est assujettie à des droit de succession (...) si l'on se place au moment présent, il apparaît pratiquement certain que l'une d'elles, dans un futur qui n'est guère éloigné, devra

³⁸³ Cour EDH (GC), 19 février 1998, *Bowman c. Royaume-Uni*, n° 24839/94, CEDH 1998-I.

³⁸⁴ Voy., pour une situation analogue à celle de l'affaire *Marckx*, Cour EDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, série A, n° 112.

³⁸⁵ Cour EDH, 11 juin 2002, *Willis c. Royaume-Uni*, n° 36042/97, n° CEDH 2002-IV, § 49 : « en l'espèce, même si le requérant était une femme et que la discrimination

dont il se plaint se trouvait donc supprimée, il ne remplirait pas actuellement les conditions requises pour pouvoir prétendre à une pension de veuve en vertu de la loi de 1992. En effet, une veuve dans la situation de l'intéressé n'aurait pas droit à la pension avant 2006 au plus tôt et n'y aurait peut-être jamais droit en raison de l'effet d'autres conditions légales exigeant, par exemple, que la demanderesse ne se remarie pas avant la date à laquelle son droit est censé se concrétiser » ; le fondement – personnel ou matériel – du rejet de cette partie de la requête est toutefois peu clair, puisque l'arrêt ne le mentionne pas *expressis verbis*.

³⁸⁶ Cour EDH, 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, n° 13378/05, § 28.

acquitter des droits de succession considérables sur les biens hérités de sa sœur »³⁸⁷. Si l'affectation n'est, à notre connaissance, pas évaluée au moyen d'instruments économiques, elle est donc appliquée en matière économique.

154. Il ressort de l'exemple précité sur les droits de succession que le caractère seulement probable de l'affectation est suffisant pour la Cour. En effet, outre que la loi pourrait avoir évolué sur le principe litigieux ou sur le montant du plafond d'exonération desdits droits, il n'est pas davantage certain que la valeur du patrimoine des requérantes au moment de l'ouverture de la succession entraîne alors l'application de la loi litigieuse. Dès lors, la dissociation entre préjudice et intérêt à agir est non seulement érigée dans son principe, mais approfondie dans son application, et il paraît dès lors difficilement contestable d'y voir la consécration d'un contrôle *in abstracto*. C'est certainement la conscience de se livrer à un tel contrôle dudit régime fiscal qui conduit la chambre comme la Grande chambre à insister sur le fait que, les requérantes étant âgées, la violation alléguée est susceptible de se produire prochainement – et l'on conviendra que le risque qu'elle ne survienne pas du fait des évolutions législatives ou de la situation personnelle des requérantes est alors plus limité. Il est en tout cas indéniable que l'intérêt à agir des requérantes est alors admis sur la base d'effets économiques qu'elles pourraient subir à l'avenir sur le fondement de leur situation personnelle et économique actuelle.

155. Enfin, il semble résulter de la jurisprudence de la Cour que la seule circonstance qu'un individu puisse obtenir, via d'autres dispositifs, des bénéfices économiques équivalents à ceux découlant d'un régime fiscal duquel il ne peut prétendre bénéficier ne suffit pas à écarter son intérêt à agir à l'encontre du dispositif l'excluant. C'est pourtant ce qu'avait tenté de faire valoir le gouvernement défendeur dans l'affaire *Vallianatos*, dans laquelle était en cause l'exclusion des couples homosexuels du bénéfice d'un « pacte de vie commune » qui octroyait notamment certains avantages fiscaux aux contractants, au moyen de l'instauration d'un droit de succession *ad intestat*³⁸⁸ et organisait leurs relations pécuniaires respectives. Le gouvernement défendeur fit alors valoir que les requérants, s'agissant de leurs obligations pécuniaires respectives et même de l'organisation de leur succession, étaient en mesure « de régler les questions afférentes

³⁸⁷ *Idem* ; la Grande Chambre estimera « comme la chambre que, compte tenu de leur âge, des testaments rédigés par elles et de la valeur des biens possédés par chacune, les requérantes ont établi l'existence d'un risque réel de voir, dans un futur qui n'est guère lointain, l'une d'elles obligée d'acquitter d'importants droits de succession sur les biens hérités de sa sœur » ; (GC), 29 avril 2008, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 35.

³⁸⁸ Cour EDH (GC), 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, n^{os} 29381/09 et 32684/09, § 16.

à leur succession ou, en général, au statut patrimonial de chacun, y compris la réglementation des relations pécuniaires, par la voie testamentaire ou contractuelle »³⁸⁹. La Cour ne tiendra toutefois aucunement compte de cet argument, dans la mesure où le seul fait d'être exclu du champ d'application de ce partenariat civil suffit à fonder « un intérêt personnel à ce qu'il y soit mis fin »³⁹⁰.

156. Comme le notait déjà E. Wyler et contrairement aux affirmations de la Cour et de la majeure partie de la doctrine qui s'en fait l'écho³⁹¹, le raisonnement de la Cour et sa pétition de principe sur la déconnexion de la notion de préjudice et de celle de qualité de victime est contradictoire lorsqu'il est poussé jusqu'à son paroxysme. En effet, la qualité de victime résulterait de la seule violation alléguée des droits consacrés, laquelle dépend à son tour d'une ingérence – tout court s'il s'agit des droits d'application inconditionnelle, ou qui ne respecte par le juste équilibre pour les autres. Or, la caractérisation d'une ingérence est elle-même le résultat de l'analyse d'un préjudice, entendu comme une lésion des intérêts, dans le chef du requérant, ce préjudice pouvant tout à fait être de nature économique. Évidemment, le préjudice économique joue un rôle particulièrement important³⁹² en matière d'ingérence dans le droit au respect des biens, le préjudice économique caractérisant alors une atteinte à un droit de nature économique.

157. Toutefois, si le préjudice économique peut permettre de caractériser l'existence d'une ingérence dans de nombreux droits dont ni la nature ni l'objet ne sont *a priori* économiques³⁹³ ; il doit quand même atteindre une ampleur suffisante pour réellement constituer une ingérence,

³⁸⁹ *Idem*, § 37.

³⁹⁰ *Idem*, § 49 ; comme le souligne L. Burgogue-Larsen, la terminologie employée par la Cour est source de confusion, puisqu'il s'agit de celle habituellement employée pour les victimes indirectes (L. BURGOGUE-LARSEN, « L'intérêt à agir devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 99). La Cour l'intègre dans la catégorie des victimes indirectes ou F. Lafaille (« L'arrêt Vallianatos contre Grèce et la protection des couples homosexuels. Du contrôle de constitutionnalité des lois in abstracto opéré par la Cour constitutionnelle européenne des droits de l'homme », *D.*, 2013, n° 43, pp. 2888-2891), qui estime que « ces dernières sont les personnes subissant un préjudice ou ayant un intérêt personnel valable à obtenir qu'il y soit mis fin », tandis que d'autres (voy. par exemple J.-F. RENUCCI, « Droit européen des droits de l'homme », *D.*, 2014, p. 238, § 22) et le juge Pinto de Albuquerque l'assimile dans son opinion séparée à la qualification de « victime potentielle » (pp. 41-44). Il paraît toutefois difficile de considérer qu'il s'agit de victimes indirectes, cette notion s'analysant comme des victimes par ricochet d'actes constitutifs de la violation des droits d'autres individus ; or, en l'espèce, ce sont bien les droits propres des requérants qui étaient en jeu.

³⁹¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, spéc. p. 211 ; L. BURGOGUE-LARSEN, « L'intérêt à agir devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p.98.

³⁹² Important dans la mesure où il permet dans une grande partie des affaires soumises à la Cour de caractériser l'existence d'une ingérence, mais important seulement – et non systématique – dans la mesure où la seule privation *juridique* du droit de propriété suffit à entraîner l'application de l'art. 1P1 (troisième norme), indépendamment de l'existence d'un préjudice économique.

³⁹³ Voy. Chap. 2, Sect.1 et Chap. 3.

même *prima facie*³⁹⁴. Davantage encore, en lien avec le refus de la Cour de procéder à un examen *in abstracto*³⁹⁵, l'absence de préjudice économique résultant du prononcé d'une amende avec sursis et qui ne se matérialise pas³⁹⁶ ou qui a été annulée entre temps³⁹⁷ peut conduire la Cour à estimer qu'il n'y a dès lors pas eu d'ingérence, à ce titre et même au stade de la recevabilité, au sens de l'article 10³⁹⁸. En revanche, les coûts imposés à une partie perdante dans la même procédure en diffamation entamée à son encontre, préjudice qui s'est lui matérialisé, constituent une telle ingérence et entraînent la recevabilité de la requête³⁹⁹.

158. Le préjudice économique est donc avant tout régi par les règles générales à la prise en (non) considération du préjudice dans la détermination de l'intérêt à agir. En revanche, la Cour a très tôt admis que la poursuite d'un intérêt à agir de nature économique puisse jouer un rôle dans le cas des tiers à la requête initiale.

2. La réintégration ancienne de l'intérêt économique à agir

159. Pourtant, la notion de préjudice, et *a fortiori* de préjudice économique, joue un rôle dans la détermination de l'intérêt à agir des tiers à la violation initiale, c'est-à-dire des personnes qui, si elles ne constituent pas la victime dite 'directe' de la violation initiale, sont néanmoins admises à saisir la Cour. Ainsi, le fait pour un individu de subir un préjudice économique en

³⁹⁴ Voy. par exemple Cour EDH, 31 janvier 2013, *Association des chevaliers du Lotus d'or c. France*, n° 50615/07 : il s'agissait en l'espèce d'une association à objet cultuel, qui alléguait notamment de la contrariété de procédures de taxation sur les dons manuels perçus par elle avec l'article 9 ; la Cour affirme que si en principe, « les dons manuels sont une source de financement importante d'une association et, qu'à ce titre, leur taxation peut avoir un impact sur sa capacité à mener son activité religieuse », il faut déterminer « si les conséquences de la taxation sont suffisantes pour considérer qu'il y a eu ingérence » (respectivement §§33 et 34). Les dons ne représentaient en effet que 2% des sources de revenus de l'association, mais la Cour va admettre l'existence d'une ingérence en ce que l'action paulienne exercée par l'administration fiscale a eu pour conséquence d'empêcher le transfert du patrimoine à une nouvelle association qui aurait permis la continuité du culte.

³⁹⁵ C'est du moins le motif avancé par la Cour elle-même, sans que cela soit admis par l'intégralité des auteurs comme d'une partie des juges et même des décisions de la majorité ; voy. par exemple l'opinion dissidente du juge Pinto sous l'arrêt Cour EDH (GC), 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, n°s 29381/09, 32684/09, CEDH 2013, pour qui l'appartenance à une catégorie affectée en tant que telle par un acte interne suffit à fonder la qualité de victime doit suffire.

³⁹⁶ Cour EDH (déc.), 9 novembre 2006, *Krone verlags Gmbh & Co KG c. Autriche (n° 4)*, n° 72331/01.

³⁹⁷ Cour EDH (déc.) (GC), 10 mars 2004, *Senator Lines GmbH c. 15 États membres de l'Union européenne*, CEDH n° 56672/00, CEDH 2004-IV.

³⁹⁸ Cour EDH (déc.), 9 novembre 2006, *Krone verlags Gmbh & Co KG c. Autriche (n° 4)*, *op. cit.*, § 26: « However, the applicant company's liability for the fine actually did not eventuate, as the fine, subsequently suspended by the second-instance court for a three-year probationary period, never fell due. The Court, therefore, does not find it necessary to pursue the applicant company's complaint about the fine itself ».

³⁹⁹ *Idem.* : « [i]t will, however, examine under Article 10 of the Convention the applicant company's complaint about liability for the costs of the defamation proceedings. In this connection the Court will take account of the fact that the applicant company was actually called upon to pay the full costs and, in subsequent proceedings for reimbursement brought against the defamer, granted reimbursement of only half of the amount ».

raison de la violation dont il n'est pas la victime conduit la Cour à déclarer recevable sa requête en tant que victime indirecte (a). Inversement, la satisfaction de l'intérêt économique à la saisine de la Cour au niveau national entraîne, à certaines conditions, la perte de la qualité de victime (b).

- a. L'intérêt économique du tiers à l'introduction et à la poursuite d'une requête

160. Lorsque la victime supposée d'une violation de la Convention décède alors que sa requête devant la Cour est toujours pendante, certaines personnes peuvent poursuivre⁴⁰⁰ la requête au nom du *de cuius*. Plusieurs conditions encadrent néanmoins cette possibilité, certaines tenant à la qualité de la personne qui entend poursuivre la requête, et d'autres tenant au droit invoqué.

161. S'agissant des ayants droit, et dans la mesure où la notion d'héritier ne figure même pas dans la Convention, et que les règles du droit international ne la définissent d'ailleurs pas davantage⁴⁰¹, la notion est entendue par la Cour de manière autonome et, généralement, plus souple qu'en droit interne, par lequel elle n'est pas liée. D'ailleurs, il semble qu'un lien familial soit exigé, indépendamment semble-t-il de la seule qualité de légataire et malgré toute proximité affective, qui seule ne suffit pas à fonder ce lien particulier⁴⁰². Cette exigence semble témoigner d'une certaine retenue vis-à-vis d'une logique purement successorale⁴⁰³ qui accentuerait le caractère purement indemnitaire du mécanisme européen.

⁴⁰⁰ La Cour peut même décider de poursuivre la requête en l'absence d'héritiers ou de volonté de leur part, au nom « de la dimension morale » des requêtes qui lui sont présentées que de l'objet du mécanisme conventionnel (voy. déjà Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, série A n° 25, p. 62, § 154 : « ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes » ; voy. également Cour EDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, *op. cit.*

⁴⁰¹ I. PIACENTINI, *La réparation dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, thèse, Paris 2, 2013, 368 p., pp. 179-183.

⁴⁰² Cour EDH (déc.), 28 février 2006, *Thévenond c. France*, n° 2476/02, Rec. 2006-III : « [e]n effet, si nul ne conteste que le requérant a laissé un testament désignant Mlle Yahi comme sa légataire universelle, il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce ce n'est pas l'un des proches parents du requérant qui souhaite maintenir la requête devant la Cour. En fait, Mlle Yahi était une amie de M. Thévenon avec qui elle ne soutient pas avoir eu un quelconque lien de parenté, étroit ou lointain ».

⁴⁰³ Le juge interaméricain semble désormais retenir une conception similaire à la Cour EDH, ce qui témoigne de l'influence du rôle perçu par les juridictions elles-mêmes sur le choix de ces critères, choix dans lequel peut de restrictions juridiques pèsent ; voy. I. PIACENTINI, *La réparation dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 181.

162. En outre⁴⁰⁴, l'ayant droit supposé doit pouvoir démontrer d'un intérêt à la résolution de l'affaire. Or, l'examen de la jurisprudence de la Cour montre que cet intérêt peut être de nature économique même si c'est rarement le cas et qu'il ne se suffit généralement pas à lui-même. Ainsi, dans l'affaire *Malhous*, le neveu du requérant décédé – qui l'avait institué par testament comme son légataire universel au détriment de ses propres enfants, sans que cette qualité ait toutefois été reconnue de manière définitive au moment où la Cour statue – est admis à poursuivre la requête devant la Cour au nom, en premier lieu, de l'intérêt patrimonial. En effet, si sa qualité d'héritier devait être confirmée, il en résulterait qu'une « partie au moins des biens du requérant, et notamment les droits à restitution qui sont au centre de la présente espèce, lui échoiraient »⁴⁰⁵.

163. Toutefois, la Cour ne réduit pas l'intérêt à la poursuite d'une requête aux intérêts économiques, et conforte ce faisant la conception qu'elle se fait de la nature et de l'objet du mécanisme juridictionnel dont elle est l'organe. D'une part, si l'intérêt économique peut fonder un intérêt valable à la poursuite de la requête, ce dernier ne s'y réduit pas car « le successeur d'un requérant décédé peut poursuivre autre chose que des intérêts matériels en déclarant vouloir maintenir la requête »⁴⁰⁶. Or, si l'intérêt est plus large, c'est en raison du caractère intrinsèquement moral des requêtes dont la Cour est saisie. En effet, « [l]es affaires portées devant la Cour *présentent généralement aussi une dimension morale*, et les proches d'un requérant peuvent donc avoir un intérêt légitime à veiller à ce que justice soit rendue, même après le décès du requérant »⁴⁰⁷. Cet intérêt moral peut ainsi par exemple consister en la reconnaissance des traitements inhumains ou dégradants subis par la personne décédée du rôle des autorités dans la disparition ou le décès du requérant⁴⁰⁸, la restauration de sa réputation⁴⁰⁹ ou plus généralement de toute condamnation qui aurait été infligée en violation du droit au procès équitable⁴¹⁰.

⁴⁰⁴ La substance de cet intérêt laisse subsister un doute quant au caractère cumulatif de ces conditions, dans la mesure où il peut être caractérisé du seul fait du lien qui unit le *de cuius* à celui ou celle qui entend poursuivre la requête ; néanmoins, la plupart des auteurs s'accordent à reconnaître que ces deux conditions sont bien cumulatives ; voy. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 317.

⁴⁰⁵ Cour EDH (GC) (déc.), 13 décembre 2000, *Malhous c. République tchèque*, n° 33071/96, p. 11

⁴⁰⁶ *Idem*.

⁴⁰⁷ *Idem* ; pourtant, dans cette affaire, la Cour choisit d'autoriser le neveu à maintenir la requête non pas en raison de l'intérêt moral qu'aurait le requérant à sa résolution, mais au nom au contraire d'un intérêt général : « Tel est *a fortiori* le cas lorsque, comme en l'espèce, la question centrale soulevée par la cause dépasse la personne et les intérêts du requérant et de ses héritiers, dans la mesure où elle peut toucher d'autres personnes »

⁴⁰⁸ Cour EDH, 12 janvier 2016, *Morgoci c. République De Moldova*, n° 13421/06, §§ 39-42.

⁴⁰⁹ Cour EDH (déc.), 7 juillet 2001, *Beljanski c. France*, n° 44070/08.

⁴¹⁰ Cour EDH (GC), 15 octobre 2009, *Micaleff c. Malte*, n° 17056/06, CEDH 2009, §§ 45-51.

164. Enfin, la fonction de cet intérêt moral vis-à-vis de l'intérêt économique est double. Il peut, comme dans l'affaire *Malhous*, conforter la recevabilité de la requête par ailleurs établie du fait d'un intérêt matériel⁴¹¹. D'ailleurs, dans la majeure partie des affaires en ce domaine, la Cour parvient à la conclusion qu'il existe un intérêt tant moral qu'économique des héritiers à poursuivre la requête, ce qui laisse supposer que l'intérêt économique seul passe pour une justification malaisée aux yeux de la Cour⁴¹². En définitive, il semble que l'autonomie finalement très relative accordée par la Cour au seul intérêt économique est confirmée par le fait que l'existence d'un seul intérêt moral ou même général à la résolution de la requête suffit à établir la recevabilité de la requête – y compris d'ailleurs lorsqu'il n'existe aucun héritier qui entend maintenir la requête⁴¹³ et que la Cour se saisit donc de l'intérêt moral conçu comme un intérêt général pour maintenir l'examen.

165. La Cour a également élargi l'accès à son prétoire au point de permettre à des personnes d'initier une procédure devant elle au nom d'une victime alléguée qui a disparu avant l'introduction de toute requête. Aux termes d'une jurisprudence désormais constante, le régime applicable à ces requêtes diffère de celui qui est appliqué à celles dans lesquelles la victime est disparue après avoir introduit une requête⁴¹⁴. Hormis les requêtes qui portent précisément sur les causes de la disparition ou de l'empêchement de la victime⁴¹⁵, l'approche de la Cour est plus restrictive s'agissant des recours intentés au nom de la personne disparue avant l'introduction de toute requête. Il semble que cette approche restrictive soit davantage liée au seuil d'analyse des critères qu'aux critères eux-mêmes ou de leur mise en balance les uns avec les autres. En

⁴¹¹ Voy. par exemple Cour EDH, 15 novembre 1996, *Ahmet Sadik c. Grèce*, n° 18877/91 : le requérant défunt avait été condamné pour diffamation, sa peine ayant été commuée en une amende dont il s'était acquitté ; la Cour considère qu'ils avaient certes « aussi un intérêt matériel certain au titre de l'article 50 » (§ 26 nous soulignons), c'est-à-dire caractérisé par la chance de indemnisation du dommage matériel correspondant à l'amende versée, mais après avoir constaté qu'ils disposaient quoi qu'il en soit d'un intérêt moral à « faire constater que la condamnation de ce dernier avait eu lieu en méconnaissance du droit à la liberté d'expression » (§ 26).

⁴¹² Cour EDH, 13 juillet 2006, *Ressegatti c. Suisse, op. cit.*, § 26 : après avoir noté l'intérêt patrimonial des requérants à l'introduction de la requête, la Cour ajoute que « [d]e surcroît, dans la mesure où une question centrale soulevée par la cause dépasse les intérêts du cas d'espèce, les requérants peuvent avoir un intérêt légitime à veiller à ce que justice soit rendue ».

⁴¹³ Cour EDH, 24 octobre 2003, *Karner c. Autriche, op. cit.*, §§ 27-28, au sujet d'une différence de traitement, en droit autrichien, à l'égard des couples homosexuels dans la transmission des baux d'habitation.

⁴¹⁴ Cour EDH (déc.) 8 mars 2005, *Fairfield et autres c. Royaume-Uni*, n° 24790/04, CEDH 2005-VI ; Cour EDH (GC), 17 avril 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, n° 47848/08, CEDH 2014, § 98

⁴¹⁵ La recevabilité de ces requêtes répond alors selon nous à une logique différente des autres, l'objet même de la requête – la disparition ou l'empêchement – coïncidant en effet avec la cause de la saisine de la Cour par d'autres que le requérant. Cette concentration d'hypothèses pourtant différentes au sein d'une « thématique » unique n'est pas sans rappeler celle qui concerne le droit d'action de l'associé ou actionnaire lorsqu'il a pour objet ses relations avec l'entreprise en question.

effet, comme lorsqu'il s'agit de déterminer si les héritiers ont un intérêt au maintien d'une requête, soit les requérants ont un intérêt particulier à l'introduction de la requête, cet intérêt pouvant alors être de nature morale ou économique, soit il existe un intérêt général que les requérants souhaitent alors « faire valoir »⁴¹⁶. Pourtant, et contrairement à son affirmation selon laquelle l'approche retenue serait « plus stricte », il apparaît que l'intérêt économique est alors plus facile à établir que l'intérêt moral.

166. D'une part en effet, l'existence d'un intérêt particulier est affectée⁴¹⁷ par le caractère « transférable » des droits du *de cuius* à ses proches parents héritiers. Or, les droits de nature purement patrimoniale – et donc au moins en partie, sinon parfois totalement, de nature économique – sont par là même *a priori* systématiquement transférables⁴¹⁸, la transférabilité n'étant d'ailleurs pas affectée par la nature physique ou morale des personnes concernées⁴¹⁹.

167. A l'inverse, lorsque les questions soulevées par la requête touchent des droits dont la dimension éminemment morale, voire éthique, surpasse la dimension économique – quand celle-ci existe – la Cour est plus réticente à admettre que les héritiers puissent poursuivre la requête. Ainsi, la question de l'existence d'un droit au suicide, *a priori* déconnectée de tout intérêt économique *per se* est considérée, par la Cour comme trop « éminemment personnelle » pour être transmise⁴²⁰. Dès lors, la belle-sœur et héritière du défunt, « bien que touchée de près » par les circonstances de sa mort⁴²¹, n'est pas fondée à saisir la Cour dans la mesure où « les droits réclamés par [elle] au titre des articles 2, 3, 5, 8, 9 et 14 de la Convention appartiennent à la catégorie des droits non transférables »⁴²². De la même manière, la fille et héritière ainsi que les exécuteurs testamentaires ne peuvent alléguer de la contrariété d'une arrestation et d'une

⁴¹⁶ Cela n'est d'ailleurs pas sans rappeler les « clause de sauvegarde » qui figurent tant à l'article 35 § 3 b) qu'à l'article 37 § 1 *in fine* de la Convention.

⁴¹⁷ La Cour ne confère en effet vraisemblablement pas un caractère absolu à ce critère : Cour EDH, 24 octobre 2003, *Karner c. Autriche, op. cit.*, § 25 : « [e]n règle générale (...), l'existence d'autres personnes à qui une créance peut être transmissible constitue un critère important, mais il ne saurait être le seul à considérer ».

⁴¹⁸ *Idem*, § 25 : « [e]n règle générale, et en particulier dans les affaires dans lesquelles les créances sont avant tout de nature patrimoniale, et par là même transmissibles » (nous soulignons).

⁴¹⁹ *Voy. mutatis mutandis*, Cour EDH, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, n°49429/99, CEDH 2005-XII, § 78.

⁴²⁰ Cour EDH (déc.), 26 octobre 2000, *Sanles Sanles c. Espagne*, n° 48335/99, CEDH 2000-XI.

⁴²¹ Cette mention semble relever du registre « compassionnel » qui « vise à rendre plus acceptable la décision par les requérants déboutés » et comme le relève A. Schahmaneche à propos de certaines motivations au fond, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 671-673.

⁴²² *Idem*.

condamnation à une amende pour l’affichage de panneaux à caractère homophobe dans l’espace public⁴²³.

168. D’autre part, l’intérêt économique peut à nouveau ne revêtir qu’une nature incertaine, et marque en cela une différence fondamentale avec la question de la réparation du préjudice matériel au sens de l’article 41. Ainsi, dans l’affaire *Ressegatti*, les requérants, héritiers de la défunte, alléguaient de la contrariété d’un jugement devenu définitif avec l’article 6 § 1, qui avait été rendu alors que la défunte n’avait pas été en mesure de réagir au mémoire en défense de la partie adverse. En matière de satisfaction équitable, la Cour reconnaît systématiquement qu’il est impossible de prévoir l’issue qu’aurait eue la procédure interne en l’absence de la violation⁴²⁴. Rien n’indiquait davantage dans l’affaire *Ressegatti* qu’une procédure licite aurait conduit à la reconnaissance de la créance litigieuse au profit de la défunte. Pourtant, puisqu’il s’agit ici de recevabilité, la Cour s’est contentée de relever que « la violation alléguée du droit à un procès équitable a eu un effet sur les droits patrimoniaux des requérants, étant donné qu’en vertu de leur qualité d’héritiers le jugement est devenu obligatoire pour eux et qu’en vue du principe de la *res judicata* ils ne pourront obtenir d’autres décisions dans la même affaire »⁴²⁵.

169. De nature incertaine, l’intérêt économique est alors tout bonnement insusceptible d’être réparé, sauf au titre de la perte de chances, même par la Cour. En effet, en application de sa jurisprudence constante selon laquelle elle « refuse de spéculer sur l’issue de la procédure si la violation ne s’était pas produite »⁴²⁶, la Cour ne peut par définition pas déterminer si, en l’absence de violation de la Convention, la créance aurait été reconnue au profit du défunt – et donc transmise par voie de succession à ses héritiers. Elle ne peut donc établir d’un lien de causalité entre la violation caractérisée et le dommage allégué, ce dernier ne pouvait dès lors faire l’objet d’une indemnisation⁴²⁷.

⁴²³ La motivation dans la décision *Fairfield* est assez elliptique ; toutefois, si l’on en croit l’explication qu’en a donnée la Grande Chambre dans l’affaire *Valentin Câmpeanu*, § 100, il s’agissait principalement du caractère « non transférable » des droits ; Cour EDH (GC), 17 juillet 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, *op. cit.* § 100.

⁴²⁴ Voy. par exemple Cour EDH, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 144.

⁴²⁵ Cour EDH, 13 juin 2006, *Ressegatti c. Suisse*, *op. cit.*, § 23.

⁴²⁶ Voy. déjà Cour EDH, 23 novembre 1993, *Poitrimol c. France*, Série A277-A, n° 14032/88 ; (GC), 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, n° 19187/91, CEDH 1996-VI, § 86 ; sur cette question voy. *infra*.

⁴²⁷ On notera d’ailleurs que, dans l’affaire *Ressegatti* précitée, les requérants n’avaient même pas présenté de demande de satisfaction équitable au titre du préjudice matériel.

170. Dans d'autres affaires au contraire, c'est la potentialité d'obtenir une satisfaction équitable sous forme d'indemnisation sur le fondement de l'article 41 qui permet de caractériser l'intérêt à maintenir la requête devant la Cour. Dans l'affaire *Micallef* par exemple, la Cour relève que l'héritier de la défunte, qui a poursuivi les multiples procédures à propos d'un conflit de voisinage qu'elle avait engagées devant les juridictions internes avant son décès « a dû payer les frais de procédure engagée par sa sœur et peut donc passer pour avoir un intérêt patrimonial à se voir rembourser cette somme »⁴²⁸.

b. La perte de la qualité de victime

171. La difficulté de la qualification de victime sans avoir recours à l'examen du préjudice est également patente dans la jurisprudence de la Cour relative à la disparition de la qualité de victime. En effet, la Cour peut à tout moment rejeter ou radier la requête si le requérant a perdu la qualité de victime, soit sur le fondement de l'article 35 § 4⁴²⁹ si aucune décision d'irrecevabilité définitive n'a encore été prononcée, soit sur le fondement du pouvoir de radiation qu'elle détient en vertu de l'article 37⁴³⁰. Initialement, et malgré une approche moins constante de la Commission⁴³¹, la Cour déduisait de la dissociation entre le préjudice et la qualité de victime « qu'une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit en principe à lui retirer la qualité de victime que si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention »⁴³². Le mouvement de « durcissement »⁴³³ des conditions de la perte de la qualité de victime reposait donc sur l'introduction d'un critère purement juridique - la reconnaissance de la violation – au détriment du seul volet indemnitaire, qui seul ne suffisait pas à assurer la subsidiarité du mécanisme européen. La Cour contrôle alors le niveau de l'indemnisation octroyée au niveau interne (i), l'auteur de cette réparation (ii)

⁴²⁸ Cour EDH (GC), 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, n° 17056/06, CEDH 2009, § 49.

⁴²⁹ Art. 35 § 4 : « La Cour rejette toute requête qu'elle considère comme irrecevable par application du présent article. Elle peut procéder à tout stade de la procédure »

⁴³⁰ Art. 37 § 1 : « À tout moment de la procédure, la Cour peut décider de rayer une requête du rôle lorsque les circonstances permettent de conclure a) que le requérant n'entend plus la maintenir b) que le litige a été résolu c) que, pour tout autre motif dont la Cour constate

⁴³¹ Com. EDH (rapport), 13 décembre 1978, *Preikhsas c. Allemagne*, n° 650474, § 84 : « La réponse à cette question dépend pour beaucoup de l'intérêt juridique du requérant à faire constater par les organes de la Convention que les droits qui lui reconnaît la Convention ont été enfreints. A cet égard, la Commission doit prendre en considération le préjudice matériel ou moral éventuellement subi par le requérant du fait de la violation alléguée » (nous soulignons).

⁴³² Cour EDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, n° 19776/92, § 36 ; voy. déjà Cour EDH, 15 juin 1992, *Lüli c. Suisse*, nos 64480/09, 64482/09, 12874/10, 56935/10, 3129/12, série A, n° 238, p. 18, § 34 ; Cour EDH, 15 juillet 1982, *Eckle . Allemagne*, n° 8130/78, § 66.

⁴³³ E. WYLER, *L'illicite et la condition des personnes privées*, op. cit., pp. 162-163.

comme son caractère insuffisant lorsque sont en cause certaines violations « graves » des dispositions conventionnelles (iii).

i. Le contrôle du niveau économique de l'indemnisation octroyée au niveau interne

172. Deux éléments cumulatifs doivent être réunis pour que le requérant ne subisse plus la violation : celle-ci doit avoir fait l'objet tant d'une reconnaissance par l'État défendeur que d'une réparation. L'appréciation de cette réparation fonctionne sur une logique très similaire à la notion internationaliste de *restitutio in integrum*, et peut donc prendre la forme d'une réparation en nature⁴³⁴ et/ou d'une indemnisation. Ces deux formes peuvent en effet être alternatives ou cumulatives, selon l'espèce en cause et la nature de la violation, notamment dans le cas où la réparation en nature n'emporte en réalité que cessation de l'illicite et non réparation pour le dommage subi⁴³⁵. Or, même si certaines formes de restitution offrent la possibilité de l'effacement rétroactif des conséquences dommageables d'une violation, le préjudice moral est lui rarement réparé *ipso facto*. Dès lors, l'indemnisation est désormais pratiquement incontournable dans la jurisprudence de la Cour à cet égard⁴³⁶.

173. La Cour ne se contente toutefois pas d'ériger en principe la réparation préalable qui revêt souvent une forme d'indemnisation⁴³⁷, mais elle en contrôle également les modalités. En effet, s'appuyant sur sa jurisprudence pertinente en matière de satisfaction équitable, elle affirme que le montant de l'indemnisation – indépendamment de la nature du préjudice, moral ou matériel – doit être compatible avec le standard dégagé par la Cour dans des affaires similaires. En d'autres termes, si les montants doivent en principe correspondre à ceux qu'octroierait la Cour si elle venait à statuer sur la réparation, ils peuvent y être inférieurs mais

⁴³⁴ La réparation peut ainsi résulter d'une réduction de peine, de l'ouverture d'une nouvelle procédure, ou du paiement d'une somme d'argent si c'est l'absence de paiement qui constitue la violation, ou bien encore de la restitution matérielle du bien à condition que celui-ci soit entier et encore utilisable : à propos d'un aéronef restitué sous forme de pièces détachées : Cour EDH, 23 janvier 2014, *East West Alliance Limited c. Ukraine*, n° 19336/04, §§ 149-153.

⁴³⁵ C'est à notre sens ainsi que s'analyse la solution dégagée par la Cour dans l'affaire Cour EDH (GC), 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, n° 38433/09, CEDH 2012, § 83 : « en l'espèce, la requérante a obtenu les radiofréquences d'émission en décembre 2008 et elle a été en mesure de diffuser à partir du 30 juin 2009 (paragraphe 16 ci-dessus). La délivrance des radiofréquences a mis fin à la situation dont la requérante se plaignait dans sa requête. Cependant, aux yeux de la Cour, elle n'a constitué ni une reconnaissance implicite de l'existence d'une violation de la Convention, ni un dédommagement pour la période durant laquelle Centro Europa 7 S.r.l. a été empêchée de diffuser ».

⁴³⁶ Voy. *infra*, Chap. 2.

⁴³⁷ La portée de cette obligation doit certainement nuancée au regard de la jurisprudence de la Cour qui permet, conformément au sens qu'elle attribue à la notion de subsidiarité, que l'indemnisation n'ait pas encore été octroyée au moment où elle statue à partir du moment il existe un recours indemnitaire suffisamment efficace ; voy. ainsi.

leur niveau est alors doublement encadré. Tout d'abord, ils ne doivent pas être déraisonnables⁴³⁸, c'est-à-dire résulter d'un écart manifestement démesuré avec la jurisprudence de la Cour. Ainsi, dans le cadre de ce qu'il est désormais convenu d'appeler « les affaires italiennes » relatives aux violations structurelles des article 6 § 1 et 1P1 du fait des dysfonctionnements du système juridictionnel italien, la Cour a jugé comme déraisonnables des montants représentant 8%⁴³⁹, 10%⁴⁴⁰, 14%⁴⁴¹ mais également 27%⁴⁴² du standard européen qu'elle estime appliquer en la matière. De la même manière, en matière des droits consacrés par les articles 3 et 8, la Cour refuse de considérer que la violation a été suffisamment réparée dès lors que l'écart entre sa propre jurisprudence et l'indemnisation octroyée au niveau interne est de un à trois⁴⁴³, voire de quasiment un à trente⁴⁴⁴. Ensuite, le montant de la réparation doit respecter tant la « tradition juridique » de l'État défendeur que « le niveau de vie du pays concerné »⁴⁴⁵ et « dépend des caractéristiques et de l'effectivité du recours interne »⁴⁴⁶. Cette dernière condition, qui consacre en quelque sorte une prime à la célérité – qui paie vite paie moins – peut à nouveau s'expliquer par le caractère subsidiaire du mécanisme européen, le préjudice étant moins important en raison du moindre écoulement du temps s'il a été réparé avant que la Cour ne statue.

174. Traduction de la subsidiarité du mécanisme européen qui assigne en premier lieu aux autorités nationales le soin de remédier aux violations, les deux conditions de reconnaissance de la violation et de réparation sont de surcroît interdépendantes. En effet, l'indemnisation doit avoir spécifiquement pour objet de réparer le préjudice subi en raison de la violation alléguée

⁴³⁸ Cour EDH, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie (n° 1)*, n° 36813/97, CEDH 2006-V, § 206 ; ce seul constat suffit à disqualifier la perte de la qualité de victime alléguée (Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Musci c. Italie*, n° 64699/01, § 107).

⁴³⁹ Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Giuseppe Mostacciuolo c. Italie (n° 1)*, n° 64705/01, § 105.

⁴⁴⁰ Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Scordino c. Italie (n° 1)*, *op. cit.*, § 214.

⁴⁴¹ Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Cocchiarella c. Italie*, n° 64886/01, § 106.

⁴⁴² Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Musci c. Italie*, n° 64699/01, § 107.

⁴⁴³ Cour EDH, 26 mai 2011, *R.R. c. Pologne*, n° 27617/04, § 108 ; l'affaire concernait l'exercice et l'effectivité du droit à l'avortement par la requérante.

⁴⁴⁴ Cour EDH, 12 septembre 2012, *N.B. c. Slovaquie*, n° 29518/10, § 63 ; l'affaire concernait la stérilisation forcée d'une femme issue de la minorité rom, au titre de laquelle les juridictions internes lui avaient octroyé 1,593 euros, tandis que la cour avait octroyé pour des faits similaires 31 000 euros dans une affaire antérieure ; on s'étonnera d'ailleurs que la Cour, sans justification particulière, n'octroiera que 25 000 euros au titre de l'article 41 (§ 127) ; cf *infra*, Chapitre 2.

⁴⁴⁵ *Idem*, § 206 ; il n'existe pas, à notre connaissance, de décision dans laquelle la Cour aurait estimé le montant octroyé insuffisant au regard de ces éléments, la Cour préférant visiblement se fonder sur les standards issus de sa propre jurisprudence, peut-être en raison de leur caractère plus identifiable et en vue de conserver une motivation efficace.

⁴⁴⁶ Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Musci c. Italie*, n° 64699/01, § 97 ; voy. également Cour EDH (déc.), 19 octobre 2004, *Dubjakova c. Slovaquie*, n° 67299/01.

de la Convention⁴⁴⁷, c'est-à-dire être la conséquence de la reconnaissance de la violation par l'État défendeur et le remède à celle-ci.

175. Toute indemnisation ne permet pas nécessairement de réparer ladite violation. Ainsi, l'octroi d'une indemnisation même conséquente – plus d'un million d'euros – par le Conseil d'État suisse ne constitue pas un dédommagement pertinent au regard de la qualité de victime devant la Cour dans la mesure où elle a été octroyée sur le fondement d'un régime de responsabilité extracontractuelle de l'État sans lien avec les violations alléguées des articles 10 et 1P1⁴⁴⁸. De la même manière, lorsqu'une juridiction interne octroie différentes indemnités au titre de divers préjudices, la Cour n'hésite pas à isoler ceux d'entre eux qui sont alloués pour des motifs sans lien avec les griefs et les droits invoqués devant la Cour⁴⁴⁹. Enfin, si l'octroi d'une indemnité est liée à une particularité du statut de la victime – comme le décès d'un policier en service⁴⁵⁰, cette indemnité n'est pas davantage réputée avoir pour objet la réparation pécuniaire d'une violation subie.

176. Si cette solution découle d'une perspective fonctionnelle, elle conduit à certaines incohérences structurelles dans la jurisprudence de la Cour qui sont très bien révélées dans l'opinion en partie dissidente des juges Popović et Mijović sous l'arrêt *Centro Europa*. Ces derniers estiment en effet que la société requérante avait saisi la Cour « dans l'unique but de faire rectifier le montant de l'indemnisation qui lui avait été octroyée au niveau national » alors qu'elle aurait été « indemnisée pour la perte éprouvée »⁴⁵¹ au niveau interne. S'ils omettent – de manière critiquable selon nous – que l'indemnisation a été octroyée sans qu'aucune reconnaissance de la violation de la Convention n'ait eu lieu de la part de l'État défendeur, ils estiment que la Cour a admis la qualité de victime au nom du seul écart entre l'indemnité octroyée et le standard européen. Ils rappellent en outre, à juste titre et comme nous l'avons vu *supra*, que si la Cour a admis dans l'arrêt *Scordino (n° 1)* que l'indemnisation pouvait être inférieure au standard européen, cela découlait des règles applicables aux compensations

⁴⁴⁷ Et donc pas seulement de satisfaire l'intérêt du requérant pour l'avenir à travers la cessation de l'illicite.

⁴⁴⁸ Cour EDH (GC), 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, n° 38433/09, §§ 85 et surtout 86.

⁴⁴⁹ Voy. par exemple : Cour EDH, 2 novembre 2011, *R.R. c. Pologne, op. cit.*, § 106, dans laquelle la Cour procède au « tri » des différentes sommes allouées à la requérante, excluant par exemple 30 000/50 000 zlotys polonais au motif qu'il avaient été octroyés au titre de la condamnation en diffamation de l'un des médecins, sans lien avec les griefs invoqués par la requérante au titre des articles 3 et 8 devant elle, la requête étant *in fine* précisément admise en raison de l'insuffisance du montant de l'indemnisation (voy. *supra*).

⁴⁵⁰ Cour EDH, 15 novembre 2007, *Kukayev c. Russie*, n° 29361/02, § 72 : « (...) in any event, the compensation in question was paid to the applicant on the basis that his son had been a police officer and had died on duty and not on the basis of any alleged violations of his Convention rights ».

⁴⁵¹ Opinion dissidente Popović et Mijović sous l'arrêt *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, p. 68.

attendues des États sur le fondement de l'article 1P1, c'est-à-dire au regard des règles matérielles de la Convention. Or, il est incontestable que la Cour laisse à l'État la faculté d'octroyer une indemnisation inférieure à la valeur de marché pour des atteintes aux dispositions de l'article 1P1, voire de ne pas indemniser du tout le propriétaire⁴⁵². Le raisonnement entend ainsi aligner les standards appliqués en matière de réparation. Les critères d'applications doivent ainsi être les mêmes qu'il s'agisse d'apprécier la qualité de victime, l'existence d'une violation de la Convention ou le montant de la réparation par la Cour d'une telle violation⁴⁵³. Standard à géométrie variable, le niveau d'indemnisation est en outre d'autant plus malmené dans l'arrêt *Centro Europa* qu'il est certain qu'elle a été prise en considération dans le calcul de la somme allouée au titre de la satisfaction équitable par le Cour⁴⁵⁴, même si la brièveté de la motivation rend impossible de déterminer dans quelle mesure.

177. Au-delà de ces questions s'agissant du *niveau* adéquat d'indemnisation octroyée et s'agissant de certaines violations de « valeurs fondamentales », c'est en réalité le caractère inadéquat de l'indemnisation qui va être retenu en tant que telle par la Cour.

- ii. L'insuffisance de la réparation indemnitaires pour la violation de certaines « valeurs fondamentales »

178. Le phénomène de hiérarchisation des valeurs et des droits conventionnels à travers l'approche des divers intérêts à agir se prolonge également dans les obligations supplémentaires qu'impose la Cour lorsque certains droits sont en cause. En effet, puisque la question de la réparation dépend de la « nature » de la violation en cause⁴⁵⁵, la Cour impose un standard plus élevé en matière de droits d'application absolue, dits « inconditionnels ». Dans l'affaire *Gäfgen*, la Grande chambre a tenu à réaffirmer qu'« [e]n cas de mauvais traitement délibéré, l'octroi d'une indemnité à la victime ne suffit pas à réparer la violation de l'article 3 »⁴⁵⁶. Ce rappel est

⁴⁵² Voy. *infra*, Chap. 2 et 8.

⁴⁵³ Opinion dissidente Popović et Mijović, p. 68 : « Il est donc claire que la règle dans l'affaire *Scordino* n'a fait que suivre la jurisprudence précédente, c'est-à-dire la règle édictée dans l'arrêt *Lithgow* (...). L'appréciation des faits dans l'affaire *Scordino* différerait de celle qui a été effectuée dans l'affaire *Lithgow* et autres, mais la règle n'a pas changé » (nous soulignons.)

⁴⁵⁴ Cour EDH (GC), 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, *op. cit.*, § 220 : « [e]lle doit également tenir compte du fait que la requérante a obtenu une indemnisation au niveau interne pour une partie de la période concernée (paragraphe 48 ci-dessus) ». La Cour, « statuant en équité », allouera 10 000 000 d'euros.

⁴⁵⁵ Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Scordino c. Italie (n° 1)*, *op. cit.*, § 247.

⁴⁵⁶ Cour EDH (GC), 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05, CEDH 2010, § 119 ; voy. au sujet de l'article 4, Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, n° 73316/01, CEDH 2005-VII, spéc. §§ 135-149 : la question de la qualité de victime ayant été jointe au fond par la Cour, celle-ci constate que le seul octroi de dommages-intérêts

expressément justifié par le souhait d'empêcher toute gestion économique⁴⁵⁷ de ce type de violation ou, dit autrement et dans les mots de la juge Kalaydjieva, de « politique du 'je-paie-et-je-torture' dans les affaires 'importantes' »⁴⁵⁸. En effet, la Cour fonde cette solution sur le fait que « si les autorités pouvaient se borner à réagir en cas de mauvais traitement délibéré infligé par des agents de l'État en accordant une simple indemnité, sans s'employer à poursuivre et punir les responsables, les agents de l'État pourraient dans certains cas enfreindre les droits des personnes soumises à leur contrôle pratiquement en toute impunité, et l'interdiction légale absolue de la torture et des traitements inhumains ou dégradants serait dépourvue d'effet utile en dépit de son importance fondamentale »⁴⁵⁹.

179. En l'espèce, le requérant alléguait avoir subi des actes de torture lors d'un interrogatoire. Or, la chambre avait estimé, à l'instar du défendeur, que l'existence d'une procédure pendante et la condamnation pénale des auteurs de l'acte de torture « représent[ait] un moyen substantiel d'offrir une réparation autrement que par le versement d'une somme d'argent »⁴⁶⁰. Au nom tant de l'effectivité de l'interdiction édictée par l'article que de son « importance fondamentale »⁴⁶¹, la Cour affirme que la réparation doit également prendre la forme de poursuites et, le cas échéant, de sanctions infligées à l'encontre des agents de l'État qui sont les auteurs de ladite violation. En outre, dans la mesure où il lui appartient de contrôler l'existence « d'une disproportion manifeste entre la gravité de l'acte et la sanction infligée », la Cour peut être amenée à apprécier elle-même le caractère proportionné des amendes infligées aux agents de l'État. Dans l'affaire *Gäfgen*, des peines « de 60 et 90 versements journaliers de 60 et 120 euros »⁴⁶² assorties de sursis seront considérées comme insuffisantes, même si elles se situent « dans la pratique de l'État défendeur en matière de condamnation »⁴⁶³.

de nature civile ne suffit pas à assurer une « protection concrète et effective contre les actes dont [la requérante] a été victime » et conclut dès lors à la violation de la Convention ; au sujet des obligations procédurales découlant de l'article 2 : Cour EDH, 20 janvier 2011, *Skendžić and Krznarić c. Croatie*, n° 16212/08, § 66.

⁴⁵⁷ Cour EDH (GC), 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, CEDH 2010, n° 22978/05, § 119 :

⁴⁵⁸ Opinion dissidente de la juge Kalaydjieva sous l'arrêt Cour EDH, 30 juin 2008, *Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05 ; comme le souligne la juge, le requérant était l'auteur de divers crimes et d'homicide sur un enfant. Se posait alors la question de l'intangibilité de l'interdiction de la torture dans un cas d'une particulière cruauté et face à « la tentation d'extorquer des éléments de preuve au mépris de l'article 3, et de juger acceptable le prix que constituent la sanction d'un fonctionnaire et le versement d'une indemnité, si on le compare au bénéfice à retirer – je veux parler de la condamnation du suspect dans une affaire difficile ».

⁴⁵⁹ *Idem*.

⁴⁶⁰ Cour EDH, 30 juin 2008, *Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05, § 80.

⁴⁶¹ Cour EDH (GC), 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, *op. cit.*, § 119.

⁴⁶² *Idem*, § 124 ; soit respectivement 3600 et 10 800 euros.

⁴⁶³ *Idem*.

180. La portée du caractère insuffisant de la réparation indemnitaire n'est pas limitée à l'article 3 mais concerne également l'article 2 en matière de traitements délibérés⁴⁶⁴. Cette solution demeure néanmoins conditionnée soit par le caractère intentionnel du traitement infligé, soit par le caractère permissif d'une loi ou d'une pratique administrative qui en constitue la cause. Dans le cas contraire, « la possibilité d'obtenir une indemnisation peut en général, dans des circonstances normales, représenter un recours adéquat et suffisant pour l'individu qui se plaint d'un recours injustifié à la force meurtrière de la part d'un agent de l'État, au mépris de l'article 2 de la Convention »⁴⁶⁵, même pour des montants plutôt faibles⁴⁶⁶ dans la mesure où « rien n'indique que l'État ait tenté de se soustraire aux obligations que lui impose la Convention en se bornant à verser une indemnité »⁴⁶⁷.

iii. L'auteur de la réparation

181. Outre la cause, il semble évident que le désintéressement des victimes sous la forme indemnitaire devrait, en principe, émaner de l'auteur de violation alléguée, à savoir l'État défendeur. Toutefois, en raison du désistement de la société requérante – qui confirme d'ailleurs la poursuite d'un intérêt purement pécuniaire en l'espèce, l'affaire *NML* n'a pu offrir à la Cour l'occasion d'éclaircir de point. En effet, dans cette affaire, le gouvernement défendeur demandait la radiation du rôle dès lors que, si la requérante alléguait que le rejet de l'exécution forcée d'une créance par les juridictions de l'État défendeur méconnaissait l'article 6, un accord entre la société requérante et son débiteur, un État tiers à la Convention avait pu être trouvé par ailleurs⁴⁶⁸. Néanmoins, à la suite de transmission à la Cour par les sociétés requérantes de leur souhait de ne plus « maintenir la requête », la Cour a procédé à la radiation de l'affaire sans motiver précisément sa décision⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ Cour EDH, 18 juillet 2019, *Vazagashvili et Shanava c. Georgie*, n° 50375/07, § 74.

⁴⁶⁵ Voy. Cour EDH, 17 octobre 2000, *Hay c. Royaume-Uni*, n° 41894/98, CEDH 2000-XI.

⁴⁶⁶ Dans l'affaire, par exemple, *Hay c. Royaume-Uni*, le décès du requérant du fait de l'action des forces de l'ordre a été réparé par voie transactionnelle à hauteur de 10 000 livres sterling, la Cour estimant que cette indemnisation, accompagnée de la reconnaissance en substance de la violation dans la transaction, suffit à faire disparaître la qualité de victime ; voy. l'écart avec l'affaire *Murillos Saldias*, dans laquelle le premier requérant avait obtenu 210 354, 24 euros pour chacun des membres de sa famille décédé d'une fait d'une coulée de boue s'étant déversée dans un camping municipal ; Cour EDH (déc.), 28 décembre 2006, *Murillo Saldias et autres c. Espagne*, 76973/01, *op. cit.*

⁴⁶⁷ Cour EDH, 17 octobre 2000, *Hay c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁴⁶⁸ Cour EDH, 13 septembre 2016, *NML Capital LTD et EM Limited c. Suisse*, n° 7633/11, § 5.

⁴⁶⁹ *Idem*, § 9.

182. Bien que l'existence d'un intérêt ou d'un préjudice économique jouait donc déjà un rôle significatif en matière de détermination de la qualité de victime, l'introduction d'une condition nouvelle de recevabilité relative au « préjudice important » en 2010 a grandement contribué à ancrer l'importance de ce critère dans l'accès au prétoire européen.

B. L'intégration nouvelle : un vecteur de restriction de la recevabilité

183. Le Protocole n° 14, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, a introduit au sein de l'article 35 de la Convention un critère relatif à l'importance du préjudice subi par le requérant qui, en plus d'introduire clairement le préjudice comme condition de recevabilité, lui attache un aspect quantitatif. La Cour a alors dû déterminer dans quelle mesure l'importance de ce préjudice devait être évaluée en termes économiques. Or, s'il ressort que la Cour a dans un premier temps érigé le poids économique du préjudice subi par le requérant en condition principale de l'importance de ce préjudice (1), elle a par la suite diversifié ses critères d'appréciation de l'« importance » du préjudice de telle sorte que le poids économique ne constitue qu'un critère alternatif (2).

1. Le préjudice important assimilé à l'intérêt économique subjectif

184. En conséquence de l'explosion du nombre de requêtes, le Protocole n° 11 puis le Protocole n° 14 ont réformé le fonctionnement du mécanisme européen. Face à cette « augmentation continue de la charge de travail de la Cour »⁴⁷⁰, la solution retenue a consisté à limiter l'afflux des affaires examinées⁴⁷¹ par la Cour en introduisant une nouvelle condition de recevabilité à l'article 35 § 3 b), qui stipule désormais que :

185. « [l]a Cour déclare irrecevable toute requête introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime (...) que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention exige un examen de la requête au fond et à

⁴⁷⁰ Cinquième alinéa du Préambule du Protocole n° 14 : « [c]onsidérant qu'il est nécessaire et urgent d'amender certaines dispositions de la Convention afin de maintenir et de renforcer l'efficacité à long terme du système de contrôle en raison principalement de l'augmentation continue de la charge de travail de la Cour européenne des Droits de l'Homme et du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ».

⁴⁷¹ « Déclaration d'Interlaken », *Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme*, 19 février 2010, pt. 6 : « [l]a Conférence (...) souligne la nécessité d'adopter des mesures susceptibles de réduire le nombre de requêtes manifestement irrecevables, la nécessité d'un filtrage efficace de ces requêtes (...) ».

condition de ne pas rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'aura pas été dûment examinée par un tribunal interne ».

186. Traduction du principe *de minimis curat praetor*, il paraît peu probable – et même contradictoire – que l'introduction de ce nouveau critère ait eu pour véritable objectif de permettre de « trancher plus rapidement les affaires ne méritant pas d'être examinées au fond » et non de déclarer irrecevables des affaires qui « auraient pu donner lieu à un arrêt auparavant »⁴⁷². En réalité, il s'agit bien d'opposer les affaires concernant « des violations graves des droits de l'homme »⁴⁷³ et les autres affaires. D'ailleurs, la Cour notera elle-même que cette nouvelle condition de recevabilité « repose sur l'idée que la violation d'un droit, même réelle d'un point de vue purement juridique, doit atteindre un minimum de gravité pour mériter d'être examinée par une juridiction internationale »⁴⁷⁴.

187. Or, l'introduction par voie conventionnelle d'une telle forme de hiérarchisation des requêtes dont est saisie la Cour est venue contredire explicitement sa jurisprudence antérieure sur ce point. Dans l'affaire *Koumoutsea* par exemple, le litige porté à l'attention de la Cour portait sur le défaut de versement d'une indemnité à un magistrat pour un montant de 52,82 euros. L'État défendeur avait alors tenté de fonder l'incompétence de la Cour sur le fait que « à la différence de l'État, pour qui l'affaire revêtait un caractère important en raison du nombre total de juges revendiquant la somme en question, l'objet financier du litige pour les requérants était totalement insignifiant et dérisoire ». La Cour avait alors clairement exclu de rejeter la requête au nom du principe *de minimis*, affirmant qu'elle « ne saurait admettre l'argument du Gouvernement selon lequel la requête échapperait à sa compétence *au vu du faible enjeu financier du litige* »⁴⁷⁵.

⁴⁷² *Rapport explicatif du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, 13 mai 2004, STCE 194, Droits de l'Homme (Protocole n° 14), § 79 : « le nouveau critère peut conduire à ce que certaines affaires soient déclarées irrecevables alors qu'elles auraient pu donner lieu à un arrêt auparavant. Cependant, son principal effet sera probablement qu'à long terme il permettra de trancher plus rapidement les affaires ne méritant pas d'être examinées au fond »

⁴⁷³ « Déclaration d'Interlaken », *op. cit.*, préambule, al. 9.

⁴⁷⁴ Cour EDH, 1^{er} juillet 2010, *Korolev c. Russie*, n° 25551/05, CEDH-2010. La formule est régulièrement employée par la Cour, encore récemment, voy. par exemple Cour EDH (déc.), 23 mai 2017, *Negassi c. Royaume-Uni*, n° 64337/14, § 43.

⁴⁷⁵ Cour EDH (déc.), 13 décembre 2001, *Koumoutsea et autres c. Grèce*, n° 56625/00 (nous soulignons) ; voy. déjà Com. EDH (déc.), 19 décembre 1972, *X c. Royaume-Uni*, n° 4933/71, § 43.

188. D'autre part, et comme le note le rapport explicatif⁴⁷⁶, les nouvelles conditions de recevabilité, et en particulier la condition du préjudice important, « demandent à être interprétées ». Ces nouvelles conditions et leur possible interprétation ont même été présentées comme un « élément de souplesse qui a été introduit » volontairement afin de préserver la maîtrise par la Cour du contentieux⁴⁷⁷. Or, tout l'enjeu résidait précisément dans les critères adoptés par la Cour à ce sujet, puisqu'ils structureraient la hiérarchisation des requêtes. Afin d'anticiper l'entrée en vigueur dudit protocole⁴⁷⁸ et de répondre aux incitations pressantes des États parties⁴⁷⁹, la Cour va développer, sur le fondement de l'irrecevabilité des requêtes abusives prévus à l'article 35 § 3 a), un premier corpus jurisprudentiel qui laissait une place importante à l'analyse économique du caractère « important » du préjudice subi. Cette première tendance jurisprudentielle a été initiée dans l'affaire *Bock*.

189. Cette décision constitue en effet la première dans laquelle la Cour prononce l'irrecevabilité d'une requête au motif qu'elle serait abusive au regard du faible montant en jeu pour le requérant. La solution retenue a probablement été facilitée par les faits de l'espèce. Le litige portait sur l'absence de remboursement d'un complément alimentaire – une tablette de magnésium – acquis pour la somme de 7,99 euros par le requérant, un fonctionnaire allemand recevant un traitement mensuel de plus de 4500 euros nets. Ce dernier avait mené de multiples procédures devant diverses juridictions allemandes aux fins d'en obtenir le remboursement et alléguait devant la Cour que les décisions obtenues étaient contraires aux articles 6 et 13. La Cour va rejeter la requête en s'appuyant à titre « d'élément décisif »⁴⁸⁰ sur la « *disproportion between the triviality of the facts, namely the pettiness of the amount involved* » et le « *extensive use of court proceedings – including the appeal to an international court – against the background of that Court's overload and the fact that a large number of applications raising serious issues on human rights are pending* »⁴⁸¹. Dès cette première décision, la Cour avait donc

⁴⁷⁶ *Rapport explicatif, op. cit.*, § 80 : « Le principal élément de ce nouveau critère est la question de savoir si le requérant n'a subi aucun préjudice important. Il faut reconnaître que ces termes demandent à être interprétés ».

⁴⁷⁷ *Idem*.

⁴⁷⁸ Cette « anticipation », que certains juges avaient appelée de leurs vœux dans des opinions séparées a certainement été rendue possible par l'adoption, par le Parlement russe, le 15 janvier 2010, de l'instrument de ratification du Protocole n° 14, dont l'entrée en vigueur ne dépendait plus que de celle-ci depuis le dépôt de l'instrument turc en octobre 2007 ; l'instrument ayant été déposé auprès du Secrétaire général du Conseil de l'Europe.

⁴⁷⁹ Les États exerceront d'ailleurs une pression constante sur la Cour à ce sujet ; voy. par exemple la « Déclaration d'Interlaken », pt. 9 c) : « [I]a Conférence, prenant acte du partage des responsabilités entre les États parties et la Cour, invite la Cour à : (...) c) donner plein effet au nouveau critère de recevabilité qui figure dans le Protocole n° 14 et à considérer d'autres possibilités d'appliquer le principe *de minimis non curat praetor* ».

1^{er} juin 2010, *Ionescu c. Roumanie*, n° 36659/04).

⁴⁸¹ Cour EDH (déc.), 19 janvier 2010, *Bock c. Allemagne*, n° 22501 (nous soulignons).

laissé entendre que l'importance financière du préjudice subi s'appréciait d'une part subjectivement, c'est-à-dire au regard de la « situation financière confortable du requérant »⁴⁸², et objectivement d'autre part, au regard de sa gravité au regard de la nature et de l'objet du mécanisme de protection des droits de l'homme. Cette jurisprudence fait toujours partie du droit positif de la Convention malgré l'entrée en vigueur du Protocole n° 14⁴⁸³. Néanmoins, on voit mal pourquoi le fondement de la requête abusive conserverait une utilité particulière à cet égard, d'autant qu'il a clairement inspiré les premières décisions rendues sur le fondement de l'article 35 3 b).

190. Dans une première décision – très commentée et adoptée seulement à la majorité – relative au nouveau critère de l'importance du préjudice, la Cour va affirmer que « l'analyse d'un tel préjudice renvoie à des critères tels que l'impact monétaire de la question litigieuse ou l'enjeu de l'affaire pour le requérant »⁴⁸⁴. Bien que semblant ouvrir la notion sur des considérations non pécuniaires – « l'enjeu de l'affaire » –, la Cour s'est contentée de relever que le préjudice monétaire « était réduit » – 90 euros en l'espèce – et « qu'aucun élément du dossier n'indique qu'il se trouvait dans une situation économique telle que l'issue du litige aurait eu des répercussions importantes sur sa vie personnelle »⁴⁸⁵. La Cour retient que le requérant n'avait dès lors subi aucun préjudice important. Inversement, l'effet sur la situation économique personnelle du requérant ne résulte pas nécessairement d'une amende ou du manque à gagner résultant de l'absence de reconnaissance ou de l'inexécution d'une créance à son profit. Ainsi, une condamnation pénale qui n'est pas assortie d'une d'amende peut constituer un préjudice financier important dans le cas où elle sert par la suite de motif de licenciement d'un individu et au rejet de sa demande subséquente de réintégration au sein de l'entreprise⁴⁸⁶. À l'inverse, le manque de preuves apportées par le requérant à propos de sa propre situation financière alors que le montant – même actualisé – de la dette dont l'exécution est litigieuse est peu conséquent peut conduire la Cour à conclure à l'absence de préjudice important⁴⁸⁷.

⁴⁸² *Idem.*

⁴⁸³ Cour EDH (déc.), 1^{er} juillet 2010, *Korolev c. Russie*, n° 25551/05, CEDH-2010, n° 2551/05.

⁴⁸⁴ Cour EDH (déc.), 1^{er} juin 2010, *Ionescu c. Roumanie*, n° 36659/04, § 34.

⁴⁸⁵ *Idem*, § 35.

⁴⁸⁶ Cour EDH, 9 juin 2011, *Luchaninova c. Ukraine*, n° 16347/02, §§ 48-49.

⁴⁸⁷ Cour EDH, 13 mars 2012, *Shefer c. Russie*, n° 45175/04, §§ 22 et 26 : « *Considering the present case, the Court at the outset notes that the judicial award in question is of relatively insignificant amount of RUB 1,193.60 (EUR 34). Even indexation of the award to RUB 2,417.60 (EUR 61) in 2011 does not warrant an alternative conclusion (...). Furthermore, in the present case the applicant's relevant submissions are limited to the general references to her "modest salary" and subsistence minimum in the Russian Federation. Considering the fact that no specific arguments relevant to her personal circumstances were presented, the Court concludes that the applicant did not*

191. Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour précisera qu'elle est « consciente que l'incidence d'une perte pécuniaire ne doit pas se mesurer de façon abstraite » et introduit deux éléments de d'évaluation de l'importance financière, à savoir que le « préjudice matériel même modeste peut être important eu égard à la situation particulière de l'individu concerné et à la conjoncture économique du pays ou de la région où il vit »⁴⁸⁸. Ainsi, sont pris en compte la situation particulière de l'individu et la conjoncture économique. S'agissant d'éléments de comparaison intrinsèques, c'est-à-dire tenant uniquement à la situation personnelle du requérant, la Cour effectue principalement une comparaison entre le montant de la somme objet de la violation prétendue et le montant des revenus du requérant⁴⁸⁹. En outre, lorsque la Cour est saisie d'une affaire portant sur une prestation sociale, elle rejette l'existence de tout préjudice important lorsque « il n'est pas allégué que les prestations en question constituaient le principal revenu des intéressés ou que leur principe même a été remis en cause » (seulement la méthode de calcul avait été modifiée)⁴⁹⁰.

192. S'agissant ensuite de l'élément extrinsèque de comparaison, c'est-à-dire au regard du niveau de vie du pays, il constitue bel et bien un indice d'évaluation de l'enjeu pécuniaire d'une affaire. Il peut notamment permettre d'apprécier l'enjeu économique subjectif de l'affaire pour le requérant lorsqu'aucune des parties à l'instance n'a fourni d'éléments concernant la situation économique personnelle du requérant. La Cour n'hésite en effet pas dans ce cas à se référer aux

reasonably substantiate that her financial situation was such that the outcome of the case would have been subjectively significant for her » (nous soulignons).

⁴⁸⁸ Cour EDH (déc.), 1^{er} juillet 2010, *Korolev c. Russie*, n° 25551/05, *op. cit.*; voy. également Cour EDH (déc.), 24 mai 2011, *Fedotov c. Moldavie*, n° 51838/07, §§18-19 : le requérant invoquait les articles 6 et 1P1 au regard de l'échec du paiement par l'État de la somme de 12 euros octroyée par les juridictions internes ; la Cour va estimer que la somme est de prime abord peu importante, et que « *is conscious that the impact of a pecuniary loss must not be measured in abstract terms: even modest pecuniary damage may be significant in the light of the person's individual circumstances and the economic situation of the country or region in which he or she lives. However, while taking into account such varying economic circumstances, the Court considers it to be beyond doubt that the petty amount at stake in the present case was of minimal significance to the applicant* ».

⁴⁸⁹ Voy. par exemple Cour EDH, 17 décembre 2013, *Jenița Mocanu c. Roumanie*, n° 11770/08 : l'affaire portait sur une procédure civile entamée par un tiers en annulation d'un testament qui avait été établi au bénéfice de la requérante et lui avait permis d'hériter d'un bien immobilier d'une valeur de 9000 euros, alors que, comme le relève la Cour, la requérante était une retraitée avec une pension mensuelle de 90 euros. La Cour va relever, § 23, que « *in this context, the Court does not consider that the financial impact of the matter on the applicant could be considered small or insignificant* » et que, § 24, « *under these circumstances, and in spite of any other arguments raised by the Government on the applicant could be considered small or insignificant* » (nous soulignons).

⁴⁹⁰ Cour EDH, 28 mars 2017, *Magomedov et autres c. Russie*, n°s 33636/09 et suivants, § 50

données économiques nationales auxquelles elle peut avoir accès⁴⁹¹ pour établir l'importance du préjudice, comme d'ailleurs l'État défendeur lui-même⁴⁹².

193. En appréciant l'importance du litige de manière subjective, la Cour introduit une logique de justice distributive dans la recevabilité des requêtes. Celle-ci est confortée par l'intégration de facteurs non économiques.

2. Le préjudice important au-delà de l'intérêt économique significatif

194. Dans certains cas, la Cour estime que le « préjudice au sens de l'article 35 § 3 b) » ne saurait être assimilé « à la somme financière qui était à l'origine de la procédure civile interne et que les tribunaux inférieurs n'avaient pas adjugée au requérant »⁴⁹³. Cela est notamment le cas dans les affaires où sont invoqués des droits procéduraux en lien avec des procédures internes qui n'avaient pas pour objet de déterminer l'existence de la créance dont se prévalait initialement le requérant. Il peut ainsi s'agir, comme dans l'affaire *Holub*, d'un recours constitutionnel dans le cadre duquel l'organe constitutionnel saisi n'avait pas compétence pour déterminer l'existence d'une dette que les tribunaux inférieurs avaient rejetée. Il en va de même dans le cas de l'allégation de la violation du principe du contradictoire en cas de communication de l'avis de l'agent du ministère public dans le cadre d'une procédure fiscale⁴⁹⁴.

195. Les premières décisions et les premiers arrêts de la Cour avaient ainsi mis l'accent sur le caractère économique du préjudice, et la patrimonialisation initiale de la notion de « préjudice important » qui en résultait avait fait l'objet de critiques de la part de la doctrine⁴⁹⁵, malgré les

⁴⁹¹ Voy. par exemple Cour EDH (déc.), 21 juin 2011, *Giuran c. Roumanie*, n° 24360/04, § 21 : malgré le fait « « [e]lle observe néanmoins que ce dernier est retraité et que, selon le département roumain des retraites et la sécurité sociale, le montant mensuel moyen des pensions en Roumanie en 2003, à la date où le requérant a perdu tout droit sur les sommes fixées par jugement définitif du 14 janvier 2002, équivalait à environ 50 euros ».

⁴⁹² Cour EDH (déc.), 23 octobre 2012, *Migalska c. Pologne*, n° 10368/05, § 60 : « They [the defendant government] stressed that the applicant's family income in 2002 (during the time she had received the EWK pension) amounted to 110 % of the average gross salary and in 2005 (after the EWK pension had been suspended) it amounted to 136 % of the average gross salary » ; s'agissant d'un recours sur le fondement de l'article 1P1, la Cour renverra toutefois au fond cette question, l'examen de l'existence d'un préjudice important se confondant alors avec l'obligation de maintenir un « juste équilibre ».

⁴⁹³ Cour EDH (déc.), 14 décembre 2010, *Holub c. République tchèque*, n° 24880/05 ; cette solution a été confirmée dans la jurisprudence postérieure de la Cour : Cour EDH (déc.), 8 février 2011, *Bratri Zatková AS c. République tchèque*, n° 20862/06.

⁴⁹⁴ Cour EDH (déc.), 3 avril 2012, *Ilga Portuguesa de Futbol Profissional c. Portugal*, n° 49639/09, § 39.

⁴⁹⁵ Voy. par exemple J.-P. Marguénaud, qui critique tant les sources mobilisées que les solutions. Il note, s'agissant des premières et notamment du phénomène découlant de la tendance de la Cour à s'approprier des opinions dissidentes ou minoritaires, que « présenté à des philosophes leur permettrait peut-être d'affirmer que la Cour est

– timides – inflexions apportées par la Cour. Toutefois, le critère économique va être considérablement relativisé dans la systématisation des éléments à prendre en considération par la Cour dans l'arrêt *Giusti*. Le « préjudice important » y est assimilé à un « seuil minimum de gravité » que doit atteindre la violation qui fait l'objet du recours individuel et il doit être caractérisé au regard de « la nature du droit prétendument violé, la gravité de l'incidence de la violation alléguée dans l'exercice d'un droit et/ou les conséquences éventuelles de la violation sur la situation personnelle du requérant »⁴⁹⁶. Ces « éléments » doivent précisément permettre de pallier l'absence de valeur économique de l'affaire, puisque « l'enjeu [qui s'oppose à la question économique, que la Cour assimile à l'*issue* de l'affaire] comme de l'affaire devant les juges nationaux ne saurait être déterminant que dans l'hypothèse où la valeur serait faible ou dérisoire »⁴⁹⁷. Dès lors, le seul préjudice financier peut suffire à caractériser un préjudice important, mais un tel préjudice n'est pas exclu en l'absence de celui-là.

196. D'ailleurs, et contrairement à l'analyse retenue au regard de la qualité de victime *stricto sensu* – c'est-à-dire au sens de l'article 34 – l'octroi d'une indemnisation en conséquence de la reconnaissance de la violation de la Convention au niveau interne ne permet pas de conclure à l'absence de tout préjudice important dans le chef de la victime. Comme l'a affirmé la Cour, « il ne découle pas automatiquement du fait que les juridictions internes auraient reconnu, puis accordé une réparation pour violation de la Convention, qu'il n'y aurait pas de préjudice (...). En effet, l'évaluation au sujet de l'absence d'un tel 'préjudice' ne se réduit pas une estimation purement économique »⁴⁹⁸. Au contraire même, le montant de l'indemnisation accordée au niveau interne peut même permettre de caractériser l'importance économique du litige pour les requérants au regard de l'article 35 § 3 b)⁴⁹⁹.

Cour est autopoïétique ; à des zoologues, qu'elle relève de l'ordre des ruminants ». Il dénonce principalement les effets de la logique économique en jugeant qu'elle « chassera » les « petits contrats » du prétoire européen ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Le contrat, terrain d'expérimentation de la nouvelle condition de recevabilité de « préjudice important » instituée par le Protocole n° 14 », *RTD Civ.*, 2010, n°4, pp. 741-743, spéc. p. 743.

⁴⁹⁶ Cour EDH, 18 octobre 2011, *Giusti c. Italie*, n° 13175/03, § 34.

⁴⁹⁷ *Idem*, § 35 ; en l'espèce, au regard de la nature du droit – un important contrat de vente – ayant fait l'objet des procédures judiciaires dont la contrariété avec les articles 6 et 13 était alléguée, il n'est pas besoin d'examiner l'existence d'une question de principe pour les requérants ou d'une gravité particulière du droit conventionnel en cause. Cela était d'autant plus important qu'il s'agit en l'espèce d'une affaire assez répétitive, relative aux défaillances du système juridictionnel italien et des recours « Pinto ».

⁴⁹⁸ Cour EDH, 24 avril 2012, *De Ieso c. Italie*, n° 34383/032, § 34.

⁴⁹⁹ Voy. ainsi par exemple Cour EDH, 18 janvier 2011, *Sancho Cruz et autres c. Portugal*, n°s 8851/07 et autres, §§ 33-35 : la Cour, après avoir noté les montants octroyés à deux des requérants, invoqués par le gouvernement défendeur au titre de l'absence de préjudice important, « en déduit que dans les deux cas d'espèces, le préjudice subi par les requérants suite à l'expropriation de leurs propriétés était important » (nous soulignons). Elle précise par ailleurs que « la question de savoir si les intéressés ont finalement reçu des sommes éventuellement supérieures à celles qu'ils auraient reçues au titre du préjudice matériel dans le contexte de la procédure devant la Cour ne

197. L'intérêt économique joue un rôle indéniable, bien que variable et relatif, en matière de détermination de l'existence de la qualité de victime au sens large. La Cour l'intègre également de manière maîtrisée lorsqu'elle doit répartir qui, entre une pluralité de personnes subissant un préjudice, peut être ou non qualifiée de victime.

§2. La répartition de la qualité de victime

198. Parfois, plusieurs personnes sont matériellement affectées par la même violation alléguée, et voient leurs intérêts économiques lésés du fait de celle-ci. Elles auraient donc *a priori* un certain intérêt à saisir la Cour. C'est par exemple le cas lorsqu'a été constituée une personne morale sous forme de société et que les atteintes économiques portées à la première se répercutent au moins sur les détenteurs de son capital social. La Cour est donc amenée à déterminer qui, malgré la lésion des intérêts économiques de l'ensemble des sujets, est fondé juridiquement à la saisir.

199. Or, en la matière, si la Cour semble à première vue faire preuve d'un formalisme hétérodoxe en érigeant la personnalité morale en écran faisant obstacle à la reconnaissance de la qualité de victime des actionnaires (A), les exceptions dégagées témoignent au contraire d'une approche économique matérielle plus développée que le droit international général (B).

A. La dissociation entre les intérêts économiques et juridiques des sociétés et actionnaires

200. Dans l'analyse de la qualité de victime d'une société et de ses actionnaires, comme le montre D. Müller, le recours au droit interne est nécessaire dans la mesure où le droit international « n'a pas développé ses propres règles concernant les droits de la société »⁵⁰⁰. Ainsi, la séparation juridique entre la personne morale et les personnes, physiques ou morales, qui détiennent son capital est inconnue en tant que telle de l'ordre juridique international, qui est donc contraint de renvoyer aux règles de droit interne qui l'instituent⁵⁰¹. De fait, alors que

saurait être prise en considération aux fins de l'article 35 § 3 b) de la Convention, lequel appelle à un examen portant sur l'enjeu, et non uniquement l'issue, de l'affaire » (§ 35).

⁵⁰⁰ D. Müller, *La protection de l'actionnaire en droit international*, *op. cit.*, § 102, p. 51.

⁵⁰¹ CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, CIJ Recueil 1970, § 38, p. 34 : « Cette reconnaissance (de l'institution de la société anonyme) nécessite que le droit international se réfère aux

la Commission a parfois semblé statuer au regard de sa seule jurisprudence⁵⁰² la Cour s'est référée explicitement à l'arrêt *Barcelona Traction* pour la première fois⁵⁰³ dans sa décision *Agrotexim*.

201. Or, le recours au droit interne, qui institue la personnalité morale, a en principe pour conséquence que, bien que les intérêts économiques de la personne morale et des détenteurs de son capital sont interdépendants, les intérêts juridiquement recevables demeurent séparés (1). Pourtant, cela peut paradoxalement conduire à relativiser les actions ouvertes par ce même droit interne (2).

1. L'effet recherché du recours au droit interne : la dissociation des intérêts

202. La prise en considération du droit interne implique de reconnaître que la séparation de la personne de la société et de ses actionnaires entraîne une dissociation des intérêts juridiques respectifs de celle-ci vis-à-vis de ceux-là. Dénommée 'voile social', cette autonomie accordée par le droit interne rejaillit en quelque sorte au sein de la sphère conventionnelle, au sein de laquelle la société est dès lors titulaire de droits propres et distincts de ceux qui sont conférés aux détenteurs de son capital social. Partant, il ne devient « justifié de lever le 'voile social' ou de faire abstraction de la personnalité juridique que dans des circonstances exceptionnelles »⁵⁰⁴, circonstances en l'absence desquelles l'actionnaire ne saurait être qualifié de « victime » au sens de l'article 34 du fait de mesures prises à l'encontre de « sa » société.

203. Cette position de principe, directement inspirée du droit international général et de la jurisprudence de la Cour de la Haye a été fortement critiquée en raison de son formalisme juridique. Dans la lignée du juge Tanaka dans l'affaire *Barcelona Traction*, le juge Walsh fustige, dans son opinion dissidente sous la décision *Agrotexim*, le raisonnement de la majorité qui n'aurait pas suffisamment tenu compte de ce qu'une « société par actions est un simple

règles pertinentes du droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droits des États qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international a fixé ses propres règles » ; dans le même sens , CIJ, 24 mai 2007, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil 2007*, p. 582, § 61, p. 605.

⁵⁰² Com. EDH, 12 février 1992, *Agrotexim et autres c. Grèce*, n° 14807/89, spéc. pp. 164-165.

⁵⁰³ Signe d'autonomisation de la règle édictée par la Cour de Strasbourg la référence directe à cet arrêt à propos de cette question a quasiment disparu de sa jurisprudence depuis ; voy. pour l'unique, à notre connaissance, exception : Cour EDH (déc.), 7 novembre 2002, *Olczak c. Pologne*, CEDH 2002-X, n° 30417/96, § 59.

⁵⁰⁴ Cour EDH (déc.), 24 octobre 1995, *Agrotexim et autres c. Grèce*, n° 14807/99, série A, n° 102, § 66,

artifice commercial » et que, « en cas d'échec, ce sont les actionnaires individuels qui sont finalement les perdants » comme « les bénéficiaires des actifs » en cas de « réussite »⁵⁰⁵. Ce scepticisme face à ce qu'il considère comme la négation de la communauté d'intérêts économiques qui unit une société à ses actionnaires a été partagé par certains commentateurs de la jurisprudence de la Cour⁵⁰⁶. Les mêmes critiques se retrouvent d'ailleurs à l'encontre de la position de la cour de La Haye, qui a choisi d'en maintenir le principe⁵⁰⁷. Ce scepticisme ne doit toutefois pas conduire à considérer que la Cour nie l'existence d'une telle communauté.

204. En réalité, le raisonnement de la Cour est fondé sur une approche conséquentialiste qui a pour mérite de ne pas occulter, à l'inverse de la position militant en faveur de la levée systématique du voile social, la réalité des relations entre les intérêts économiques des sociétés et de leurs actionnaires. La Cour rappelle tout d'abord :

« [q]u'il existe des divergences d'opinion entre actionnaires d'une société anonyme ou entre eux et son conseil d'administration à propos de la réalité d'une atteinte au droit au respect des biens de celle-ci ou sur la meilleure façon d'y réagir est chose courante dans la vie d'une telle société »⁵⁰⁸.

205. Cette dissociation des intérêts entre détenteurs du capital et société n'est pas propre pas à une forme donnée de société. La Cour peut ainsi justifier le maintien du voile social pour toutes les formes sociales. Ainsi, la solution se justifie-t-elle alors *a fortiori* dans le cadre d'une « *public company (...) founded on a firm distinction between the rights of the company and those of its shareholders* »⁵⁰⁹. Il s'agit donc, comme le rappelle la Cour, de donner effet à la dissociation par le droit d'intérêts économiques même quand ils convergent à nouveau. Ainsi, « [l]orsque la société subit un préjudice, cela peut causer indirectement du tort à ses actionnaires,

⁵⁰⁵ Opinion dissidente du Juge Walsh, sous Cour EDH, 24 octobre 1995, *Agrotexim et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 1.

⁵⁰⁶ Voy. notamment J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif. Juillet-décembre 1995 », *A.J.D.A.*, p. 376 ; J.-P. TAVERNIER, « Chronique de jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *J.D.I.*, 1996, n° 1, pp. 255-258.

⁵⁰⁷ CIJ, 24 mai 2007, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, *exceptions préliminaires*, arrêt, CIJ Recueil 2007, p. 582, spéc. § 89. ; certaines critiques tiennent non seulement à la pertinence d'un tel formalisme, mais également à l'absence de son fondement en droit international contemporain : voy. la plaidoirie d'A. Pellet dans l'affaire *Diallo* ; voy. *contra* D. Müller, *La protection de l'actionnaire en droit international*, *op. cit.*

⁵⁰⁸ Cour EDH, 24 octobre 1995, *Agrotexim et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 65.

⁵⁰⁹ Cour EDH (déc.), 7 novembre 2002, *Olczak c. Pologne*, *op. cit.*, n° 30417/96, § 59.

mais cela n'implique pas que la société ainsi que les actionnaires soient habilités à demander réparation »⁵¹⁰.

206. L'hypothèse est tout autre lorsque la requête n'a pas pour objet les violations qu'auraient subies l'actionnaire du fait d'actes dirigés à l'encontre de la société, mais au contraire les violations subies par lui en raison de mesures visant à préserver les intérêts économiques de ladite société. Les intérêts économiques de la société et de ses actionnaires peuvent alors ne pas être convergents. Est ainsi recevable une requête introduite par l'actionnaire d'un établissement bancaire ayant pour objet les décisions d'un comité d'administration provisoire nommé par la Banque centrale afin de sauver de la banqueroute l'établissement. Le conseil d'administration provisoire avait pour ce faire, adopté une décision emportant réduction de la part du capital social détenue par le requérant de 45% à 0,4%⁵¹¹. Dans ce cas, la requête ne vise plus nécessairement à la préservation des intérêts économiques communs aux actionnaires et à la société, mais au contraire à la préservation des intérêts économiques propres des premiers, qui sont recevables à agir à ce titre. Elle met en œuvre la dissociation de la société et de ses associés. De la même manière que le droit interne reconnaît – généralement de manière – un intérêt à agir de l'associé en nullité des délibérations sociales, notamment en cas d'abus de majorité⁵¹²

207. La dissociation des intérêts de la société et de ses actionnaires a également pour conséquence, en principe, que la proportion des parts détenues dans une société est indifférente à la qualité de victime. Dans l'affaire *Agrotexim*, la Commission avait déjà relativisé l'importance de ce critère en estimant que la question « ne p[ouvait] pas être tranchée à partir du seul point de savoir si l'actionnaire détient la majorité des parts de la société » et que, s'il s'agissait d'une « indication objective et importante », d'autres « éléments p[ouvaient] aussi être utiles compte tenu des circonstances de chaque affaire »⁵¹³. Ainsi, la Commission avait par exemple estimé qu'un actionnaire pouvait se prétendre victime d'actes dirigés contre la société dans la mesure où il était majoritaire et qu'il « gérai[t] [sa] propre affaire par

⁵¹⁰ *Idem*, § 59.

⁵¹¹ Cour EDH (déc.), 7 novembre 2002, *Olczak c. Pologne*, *op. cit.*, spéc. §§ 55-62, pp. 11-13, voy. également Cour EDH (déc.), 16 janvier 2001, *Offerhaus and Offerhaus c. Pays-Bas*, n° 35730/97, dans laquelle la Cour admet la qualité de victime d'un actionnaire du fait de la fusion contrainte de la société avec une société tierce, en conséquence de laquelle les actionnaires avaient été contraints d'échanger leurs actions à un taux peu favorable.

⁵¹² En droit français par exemple, il semble que la jurisprudence présume l'intérêt à agir du seul fait de la qualité à agir de l'associé. les associés minoritaires sont recevables en tant que tels à agir contre les « abus de majorité ». Même si la décision avait été édictée par les organes liquidateurs, le raisonnement reste, *mutatis mutandis*, transposable ; J.-J. ANSAULT, « Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité des délibérations sociales », *Revue des sociétés*, 2012, n° 1, pp. 7-21.

⁵¹³ Com. EDH (déc.), 12 février 1992, *Agrotexim et autres c. Grèce*, n° 14807/89, p. 165.

l'intermédiaire de la société »⁵¹⁴. La Commission n'avait pas admis la qualité de victime des requérants dans l'affaire *Agrotexim* sur le fondement de la détention majoritaire du capital. Certes, elle avait relevé la détention par les requérants de 51.35% des parts sociales et de l'intérêt direct qu'ils y possèderaient donc, mais elle avait en réalité rejeté l'exception préliminaire au motif de l'impossibilité pour la société d'agir elle-même du fait de sa mise en liquidation et de la nomination finale d'un liquidateur unique représentant la Banque nationale grecque et, à travers elle, l'État⁵¹⁵. La Cour n'a donc fait que clarifier une exception dont la Commission avait fait application, retenant seulement l'analyse inverse des faits de l'espèce⁵¹⁶. Elle a refusé de considérer que les requérants comme victimes indirectes d'une violation de la Convention malgré la détention par eux de 51.35% des actions de la société dont ils alléguaient qu'elle avait subi une ingérence dans son droit au respect des biens.

2. Les effets inattendus du recours au droit interne

208. Le fondement international de ce formalisme signifie même qu'il peut être maintenu alors même que le droit interne autorise la levée du voile social. Le droit interne peut ainsi ouvrir *in abstracto* et dans certaines circonstances définies un droit d'action en représentation de l'actionnaire. Néanmoins, la Cour a affirmé, à propos du droit français qui autorisait l'actionnaire en agir en réparation du préjudice subi par la société du fait des agissements des dirigeants sociaux, qu'un actionnaire ne saurait s'en prévaloir, « cette possibilité offerte par le droit interne n'étant pas de nature à lier la Cour quant à la qualité de victime du requérant au regard de la Convention »⁵¹⁷. Cette affirmation était certes confortée en l'espèce par le rejet par les juridictions nationales de l'action intentée dans l'ordre interne, mais elle n'était pas pour autant fondée sur cette circonstance particulière⁵¹⁸. La Cour rejette donc classiquement le grief,

⁵¹⁴ Com. EDH, 28 janvier 1983, *Yarrow P.L.C. et autres c. Royaume-Uni*, nos 9266/81 et s., p. 221 : la Commission reformule ainsi notamment la solution dégagée dans son rapport, 17 juillet 1980, *Kaplan c. Royaume-Uni*, N° 7598/76, § 13, p. 42 : la Commission ne précise toutefois pas la part exacte détenue par le requérant dans la société à l'encontre de laquelle une déclaration d'inaptitude avait été édictée.

⁵¹⁵ Com. EDH (déc.), 12 février 1992, *Agrotexim et autres c. Grèce*, *op. cit.*, p. 165.

⁵¹⁶ Cour EDH, 24 octobre 1995, *Agrotexim et autres c. Grèce*, *op. cit.*, §§ 70 et 71 : la Cour rejette en effet la conclusion selon laquelle la saisine par la société à travers ses liquidateurs aurait été impossible, dans la mesure où il n'y aurait aucune « raison de penser que les liquidateurs avaient failli à leur devoir » puisqu'ils avaient pris « toutes les mesures qu'ils estimaient dans l'intérêt de la masse », et que « s'il en avait été autrement, les requérants auraient pu (...) solliciter le remplacement des liquidateurs ».

⁵¹⁷ Cour EDH, 8 novembre 2005, *Géniteau c. France* (n°2), n° 4069/02, § 24.

⁵¹⁸ *Idem*, § 24 : après avoir rappelé que l'ouverture d'une telle action en droit interne ne saurait lier la Cour, celle-ci relève qu'« [e]n outre, les juridictions internes ont rejeté l'action du requérant, écartant de manière motivée son argumentation fondée sur l'existence d'une fraude dont les dirigeants sociaux de la société Valeo auraient été à l'origine ».

fondé en réalité sur la violation du droit au respect aux biens qui « résulterait de la baisse de valeur de ses actions du fait d'une atteinte au patrimoine de la société »⁵¹⁹ pour défaut de qualité de victime de l'actionnaire requérant. Le défaut de qualité s'étend également au dirigeant social d'une société, alors même qu'il représente valablement la société qu'il dirige devant la Cour dans le cadre de la même requête et qu'il était partie aux procédures internes qui forment l'objet de cette requête⁵²⁰.

209. En principe, les actionnaires se voient opposer par l'État défendeur et la Cour la personnalité morale de la société dont ils détiennent le capital, ce qui rend irrecevable celles de leurs requêtes qui sont fondées sur les intérêts de la société⁵²¹. Le corollaire de ce principe est qu'un État ne saurait en revanche se prévaloir du caractère économiquement fictionnel d'une société pour faire obstacle à la saisine par elle de la Cour. Dans l'affaire *Faugyr Finance S.A.*, l'État défendeur alléguait que la société ne pouvait se prétendre victime au motif qu'il s'agissait en réalité « d'une société écran », caractérisée par l'absence de toute activité et d'intérêts économiques propres⁵²² et par un objet essentiellement frauduleux⁵²³. La Cour rejette l'exception soulevée pour deux raisons. Tout d'abord, sans exclure réellement qu'une société écran puisse dans l'absolu soulever certaines difficultés juridiques, elle renvoie le soin à l'ordre juridique interne de la résolution de ces difficultés. Elle constate en effet qu'aucune circonstance exceptionnelle justifiant la levée du voile social n'était présente en l'espèce dans la mesure où la société était régulièrement constituée et incorporée par l'État défendeur, et que les juridictions nationales n'avaient à aucun moment remis en cause son « existence ou [s]a qualité à agir »⁵²⁴. Dès lors, il a suffi à la Cour de constater que la société avait bien été

⁵¹⁹ *Idem*, § 22.

⁵²⁰ Cour EDH (déc.), 27 mai 2004, *Roseltrans, Finlease et Myshkin c. Russie*, n° 60974/00, p. 7 : se référant à sa décision Ag rotexim, la Cour « notes that Mr Myshkin was one of the plaintiffs in the proceedings in question concerning the decision to liquidate Roseltrans which, perhaps, one could view as encroaching on Mr Myshkin's power to manage the company and his interests as an employee. However, the Court finds that such link between the decision to liquidate the company and Mr Myshkin's interests is not direct enough to conclude that the proceedings in question affected him personally. The mere fact that the domestic courts considered Mr Myshkin as a legitimate plaintiff does not endow him with the victim status under the Convention » (nous soulignons).

⁵²¹ Et non celles qui sont fondées sur la lésion des propres intérêts économiques des actionnaires du fait d'actions entreprises en faveur des intérêts de la société ; voy. *infra*.

⁵²² Cour EDH (déc.), 23 mars 2000, *Faugyr Finance S.A. c. Luxembourg*, n° 38788/97 : « l'absence de toute activité industrielle ou commerciale autonome ».

⁵²³ *Idem* : « par la volonté des personnes physiques ou morales qui la contrôlent de l'utiliser tantôt pour cacher leur identité, tantôt pour mettre une partie de leur patrimoine à l'abri des créanciers, tantôt pour contourner des normes impératives qui s'appliquent à elles ».

⁵²⁴ *Idem* : « [o]r la Cour estime que de telles circonstances ne sont pas présentes en l'espèce, la requérante étant une société constituée conformément au droit luxembourgeois, inscrite au registre du commerce de Luxembourg, et dont l'existence ou la qualité pour agir n'ont à aucun moment été mises en cause devant les juridictions nationales. Dans son ordonnance du 31 mai 1998, la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de

destinataire des mesures susceptibles de constituer une violation de la Convention pour rejeter l'exception soulevée par l'État défendeur.

210. Enfin, on notera que la portée du maintien du principe de l'écran de la personnalité morale ne se limite pas à la question de la recevabilité des requêtes au regard de l'article 34. Le voile social est en effet maintenu pour rejeter l'exception litispendance de l'article 35 § 2 (b) lorsque la requête parallèle a été introduite par des actionnaires, qu'ils soient minoritaires ou majoritaires d'actionnaires⁵²⁵.

B. L'examen des intérêts économiques convergents

211. Au delà de la position de principe qui vient d'être exposée, il doit être noté que la Cour se montre beaucoup plus sensible que la Cour internationale de Justice à l'ouverture de son prétoire aux actionnaires. Par exemple, la Cour s'attache à la confusion des intérêts économiques entre actionnaires ou associés et personnes morales, puisque, au-delà de la théorie « classique » des circonstances exceptionnelles qui veut que l'actionnaire puisse, dans certaines situations, représenter les intérêts de la société (1), elle a également admis que la confusion entre leurs intérêts respectifs puisse, dans certaines circonstances, fonder cet intérêt à agir (2).

1. La consécration de l'exception classique de la théorie des circonstances exceptionnelles : la représentation des intérêts de la société par l'actionnaire

212. Dans sa décision *Agrotexim* et dans la lignée de Cour internationale de Justice qui avait retenu l'hypothèse d'une société disparue⁵²⁶, la Cour avait réservé la possibilité de procéder à la levée du voile social uniquement « dans des circonstances exceptionnelles ». Elle avait alors retenu que de telles circonstances seraient réunies « lorsqu'il est clairement établi que [la société] se trouve dans l'impossibilité de saisir par elle-même ou – en cas de liquidation – par ses liquidateurs les organes de la Convention »⁵²⁷. Il s'agit donc bien formellement d'une action en représentation, c'est-à-dire que les actionnaires endossent, non pas leur propre intérêt qui

Luxembourg a expressément retenu que la requérante avait qualité pour réclamer la restitution des pièces, qui la concernaient directement ».

⁵²⁵ Voy. Cour EDH, 20 septembre 2011, *OAO Neftyanaya Kompanyia Yukos c. Russie*, 14902/04, § 517.

⁵²⁶ La CIJ avait en effet, dans l'affaire *Barcelona Traction*, réservé l'hypothèse dans laquelle la société qui aurait subi le préjudice considéré aurait disparu ; CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction*, *op. cit.*, p. 40, § 64.

⁵²⁷ Cour EDH (déc.), 24 octobre 1995, *Agrotexim et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 66.

serait alors de nature directe, mais uniquement celui de la société dont ils détiennent les parts sociales. En outre, il serait erroné de déceler dans cet assouplissement la création d'un régime de recevabilité particulièrement favorable aux sociétés commerciales et leurs actionnaires. Il participe davantage du mouvement général d'élargissement du prétoire européen et de l'assouplissement de l'obstacle posé par la personnalité morale, comme en témoigne les assouplissements accordés également en matière de saisie de la Cour par des associations indiquant représenter les intérêts économiques de ses membres⁵²⁸.

213. L'impossibilité pour la société de saisir la Cour est caractérisée lorsque la requête vise l'action des organes, statutaires ou légalement nommés, seuls habilités par ailleurs à initier l'action sociale. La Cour a donné effet pour la première fois à cette circonstance exceptionnelle faisant exception au principe d'irrecevabilité de l'action introduite par les actionnaires dans l'affaire *G.J. Luxembourg*. Le requérant était une personne physique détenant 90% du capital social d'une société, et alléguait que les procédures de liquidation n'avaient pas été conduites dans un « délai raisonnable » au sens de l'article 6 § 1. La Cour conclut alors que, dans la mesure où la requête « concernait les actes de ses liquidateurs », « il n'était pas possible pour l'entreprise, en tant que personne morale, à l'époque, de saisir l'ancienne Commission »⁵²⁹. *A fortiori*, est qualifiée également de circonstance exceptionnelle la situation dans laquelle la requête porte sur la responsabilité d'administrateurs spéciaux nommés à la direction d'un établissement bancaire par une autorité de régulation étatique dans le cadre d'une procédure de retrait de l'agrément bancaire et de la banqueroute⁵³⁰. En effet, dans un cas comme dans l'autre, l'objet de la requête ne « concerne pas un sujet à propos desquels on peut s'attendre à ce que les liquidateurs aient agi pour la protection des intérêts de la banque », ce qui induit un « conflit d'intérêts manifeste entre la banque et ses liquidateurs, rendant impossible une saisine de la Cour par ladite banque »⁵³¹.

⁵²⁸ En effet, si initialement une association ne pouvait fonder son *locus standi* sur les pertes économiques subies par ses membres, et réciproquement, il semble que ce soit désormais possible, sous certaines conditions tenant notamment à son objet et sa participation aux procédures internes ; comp. Com. EDH (déc.), 5 avril 1995, Fédération grecque des officiers de douanes et autres c. Grèce, n° 24581/94, p. 127 : « [h]ere, it is not the Federation itself which under threat of its income diminishing, but rather each of the customs officers who belong to it, taken individually » ; à l'inverse, des membres d'une association peuvent être requérant pour des griefs qui, formellement, la concerne uniquement : Cour EDH, 15 octobre 2009, 15 octobre 2009, *Union des cliniques privées de Grèce et autres. c. Grèce*, n° 6036/07, §§ 33-38.

⁵²⁹ Cour EDH, 26 octobre 2000, *G.J. c. Luxembourg*, n° 21156/93, § 24, p. 5.

⁵³⁰ Voy. Cour EDH (déc.), 1^{er} avril 2004, *Camberrow MM5 AD c. Bulgarie*, n° 50357/99, spéc. pp. 13-15.

⁵³¹ Cour EDH (déc.), 9 septembre 2004, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, n° 49429/99, p. 15 : « In the present case, in contrast to the situation obtaining in *Agrotexim and Others*, the application does not concern a matter in respect of which the trustees could be expected to act in protection of the bank's interests. (...) There is therefore a clear

214. Si l'autonomie et la portée réelles de cette exception ont pu un temps paraître limitées, la Cour a au contraire procédé à l'extension des titulaires admis à introduire une telle action en représentation. En effet, la Cour avait pu sembler restreindre la recevabilité de l'action à des situations où elle était introduite par des actionnaires ultra-majoritaires⁵³² en le mentionnant systématiquement dans les motifs de sa décision⁵³³. Toutefois, ce motif particulier a disparu de son raisonnement dans l'affaire *Capital Bank AD*, dans laquelle elle a par ailleurs admis que les anciens président et vice-président de la personne morale représentée étaient recevables, au même titre que les actionnaires, à introduire une requête au nom de la société⁵³⁴.

2. La consécration volontariste de la théorie de la « société-relai » : la confusion des intérêts de la société et de l'actionnaire

215. Alors que la décision *Agrotexim* ne se référait qu'à la théorie des circonstances exceptionnelles, la Cour va ajouter une nouvelle exception justifiant la levée du voile social : le cas de la société dite « société-relai » ou de « *l'alter ego doctrine* » du droit anglo-saxon. Des juridictions américaines ont en effet accepté de lever le voile social lorsque « *there must be such a unity of interest and ownership that the separate personalities of the corporation and the individual [or other corporation] no longer exist* » et que « *circumstances must be such that adherence to the fiction of separate corporate existence would sanction a fraud or promote injustice* »⁵³⁵.

conflict of interests between the bank and the trustees, making it unfeasible for the bank to apply to the Court through them » (notre traduction).

⁵³² Dans l'affaire *G.J.*, le requérant détenait 90% des parts sociales et son épouse les 10% restants, tandis qu'il en détenait 98% dans l'affaire *Camberrow* ; Cour EDH, 26 octobre 2000, *G.J. c. Luxembourg*, *op. cit.*, § 6, et 1^{er} avril 2004, *Camberrow MM5 AD c. Bulgarie*, *op. cit.*, p. 2

⁵³³ Respectivement § 24 et p. 5.

⁵³⁴ Cour EDH, 9 septembre 2004, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, *op. cit.*, p. 15 : « *there existed exceptional circumstances which entitled Mr Anguel Parvanov and Mr Mancho Markov, chairman and vice-chairman of the bank's board of directors, as well as the bank's shareholders (...) to lodge a valid application on the bank's behalf* ».

⁵³⁵ *Van Dorn Co. v. Future Chemical & Oil Corp.*, 753 F.2d 569–70 (7th Cir. 1985), cité in P. FERRARIO, « The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist? », *Journal of International Arbitration*, 2009, vol. 5, n° 6, pp. 647-673, spéc. 660-661.

216. La Cour a adopté une position similaire et accepté de prendre en compte le fait que cette société-relai serait l'« *alter ego* de son actionnaire »⁵³⁶ en établissant une⁵³⁷ nouvelle exception. Celle-ci tient à la nature du lien entretenu entre l'actionnaire et la société et à la confusion de leurs intérêts. L'exception s'applique lorsque le requérant constitue « l'actionnaire unique de la société ou dirige en fait ses propres affaires par l'intermédiaire de celle-ci »⁵³⁸.

217. La requête sera admise facilement s'agissant des cas d'actionnariat unique⁵³⁹. À l'inverse, une courte majorité, comme dans l'affaire *Agrotexim*, semble insuffisante. En tout état de cause, l'application de la première hypothèse ne repose pas sur un critère mathématique qui permettrait de déterminer à partir de quel seuil de détention du capital les intérêts de l'actionnaire ultra-majoritaire sont présumés confondus avec ceux de la société. On sait néanmoins que la Cour a admis qu'un actionnaire détenant 90% d'une société possédait un tel « intérêt direct »⁵⁴⁰. De la même manière, si l'actionnaire unique bénéficie *a priori* d'un statut privilégié, il n'est pas exclu que, dans certaines circonstances, la Cour accepte que la pluralité d'associés ne soit pas un obstacle à la confusion concrète des intérêts⁵⁴¹. Néanmoins, il convient de noter que la détention ultra-majoritaire du capital est souvent admise comme fondement de la levée du voile social lorsque l'hypothèse de l'impossibilité pour la société d'agir est également caractérisée⁵⁴². Cela ne signifie pas pour autant que l'exception s'en trouve relativisée, la Cour lui donnant parfois une portée très large. Ainsi, la Cour accepte des requêtes introduites par l'actionnaire minoritaire de la société cessionnaire auprès de l'actionnaire unique des droits et intérêts financiers de celle-ci⁵⁴³, et même lorsque la cession a été consentie

⁵³⁶ D. MÜLLER, *La protection de l'actionnaire en droit international. L'héritage de la Barcelona Traction*, *op. cit.* p. 141.

⁵³⁷ La Cour vise deux hypothèses distinctes, mais la seconde ne nous paraît constituer une exception à proprement parler. Elle porte sur l'objet des mesures litigieuses, et rejoint le cas où l'actionnaire conteste une mesure adoptée pour le compte de la société. Voy. l'affaire *Olczak*, dans laquelle se plaignait que la proportion des parts sociales qu'il détenait dans le capital de la société-victime avait chuté de 45% à 0,4% ; cf. Cour EDH (déc.), 7 novembre 2002, *Olczak c. Pologne*, CEDH 2002-X, § 61.

⁵³⁸ Cour EDH (déc.), 5 octobre 2006, *Pokis c. Lettonie*, n° 528/02, CEDH 2006-VI ; l'adjonction du « ou » nous semble confuse, et on voit mal comment ces deux cas de figure peuvent réellement être alternatifs.

⁵³⁹ Cour EDH, 27 juin 2000, *Anakarcrona c. Suède*, n° 35178/97, CEDH 2000-VI ; 11 octobre 2007, *Glas Nadejda EOOD et Anatoli Elenkov c. Bulagrie*, n° 14134/02, § 40 ; 28 mars 1990 ; *Groperra Radio et autres AG c. Suisse*, Série A, n° 173, p. 21, § 49.

⁵⁴⁰ Cour EDH, 26 octobre 2000, *GJ c. Luxembourg*, *op. cit.*, § 24 : « the Court recalls that the applicant held a substantial shareholding of 90% in the company. He was in effect carrying out his business through the company and has, therefore, a direct personal interest in the subject-matter of the complain ».

⁵⁴¹ Dans l'affaire *Khamidov*, par exemple, la société dont les intérêts étaient représentés par un seul des associés, la Cour admet la recevabilité de l'action dans la mesure où « les deux associés sont deux frères exploitant une entreprise familiale » ; Cour EDH, 15 novembre 2007, *Khamidov c. Russie*, n° 72118/01, § 124.

⁵⁴² *Idem* : la motivation commence en effet avec l'adverbe « *moreover* ».

⁵⁴³ Cour EDH (déc.), 20 avril 2010, *Kin-Stib et Majkic c. Serbie*, n° 121312/05.

à un tiers par le liquidateur de la société lorsqu'elle faisait déjà l'objet d'une procédure de liquidation⁵⁴⁴.

218. En réalité, cette exception constitue la conséquence logique de la *ratio decendi* qui conduit la Cour à conserver le principe de maintien du voile social. En effet, et de manière parfaitement symétrique avec sa décision *Agrotexim*, la Cour justifie dans ces hypothèses la levée du voile social parce qu'« il n'existe aucun risque de divergence d'opinion parmi les actionnaires ou entre les actionnaires et le conseil d'administration quant à la réalité des atteintes aux droits protégés par la Convention ou quant à la manière la plus adéquate d'y réagir »⁵⁴⁵. En outre, contrairement à M. Emberland qui analysait cette seconde exception comme une simple application de la théorie des circonstances exceptionnelles⁵⁴⁶, il semble qu'il faille y voir là une exception distincte et, par conséquent, supplémentaire⁵⁴⁷. Dès lors, c'est bien une approche particulièrement réaliste des imbrications et divergences qui existent entre les intérêts économiques des uns et autres qui est ici adoptée par la Cour.

219. Le poids des intérêts économiques dans la détermination de l'intérêt à agir des requérants individuels éclaire la conception que se fait la Cour de sa nature et de sa fonction. De son ancrage délibéré dans l'ordre juridique international, la Cour exclut en principe que sa saisine soit subordonnée à la démonstration d'un intérêt économique. La Cour étend même son prétoire, au nom de l'effectivité des droits jusqu'à permettre la saisine par des requérants dont la situation – économique notamment mais pas uniquement – n'a même pas été concrètement modifiée. Pourtant, le poids des intérêts économiques joue un rôle dans la circulation de l'intérêt à agir, notamment en cas de décès, avant ou après l'introduction de la requête, de la victime initiale.

⁵⁴⁴ Cour EDH, 18 novembre 2010, *Tunnel Report Limited c. France*, n° 27940/07, § 26.

⁵⁴⁵ Entre autres Cour EDH, 15 novembre 2007, *Khamidov c. Russie*, *op. cit.*, § 123.

⁵⁴⁶ M. EMBERLAND, *The Human Rights of Companies*, *op. cit.*, spéc. pp. 99-104.

⁵⁴⁷ Voy. Cour EDH (GC), 7 juin 2012, *Centro Europa SRL et Di Stefano c. Italie*, *op. cit.*, § 92 : « La Cour rappelle que par « victime », l'article 34 de la Convention désigne la personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux. Elle réitère en outre qu'une personne ne saurait se plaindre de la violation de ses droits dans le cadre d'une procédure à laquelle elle n'était pas partie, malgré sa qualité d'actionnaire et/ou de dirigeant d'une société qui était partie à la procédure. De plus, si dans certaines circonstances le propriétaire unique d'une société peut se prétendre « victime » au sens de l'article 34 de la Convention s'agissant des mesures litigieuses prises à l'égard de sa société, lorsque tel n'est pas le cas, faire abstraction de la personnalité juridique d'une société ne se justifie que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'il est clairement établi que la société se trouve dans l'impossibilité de saisir les organes de la Convention par l'intermédiaire de ses organes statutaires ou – en cas de liquidation – par ses liquidateurs » ; en ce sens également, D. MÜLLER, *La protection de l'actionnaire en droit international. L'héritage de la Barcelona Traction*, *op. cit.*

220. En revanche, en cas de coexistence de personnes affectées par les mêmes actes litigieux, et plus particulièrement dans le cas des sociétés à caractère commercial et de la question de la répartition du *locus standi* entre elles et leurs actionnaires ou associés la question de l'intérêt économique ne connaît pas de réponse uniforme. Certes, en principe, l'intérêt économique ne suffit pas à fonder l'intérêt à agir juridique des actionnaires, qui se heurte au maintien de la personnalité morale. Néanmoins, la Cour accepte soit de substituer à la société ses actionnaires lorsque la société n'est pas en mesure de porter son propre intérêt, soit d'admettre que le degré de confusion des intérêts économiques respectifs de la société et de leurs actionnaires est tel qu'il permet aux actionnaires de saisir la Cour. Par conséquent, la Cour accepte de faire primer la réalité économique qu'elle estime percevoir sur son appréhension formelle par la règle de droit.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

222. Loin de n'être qu'un élément de détermination des questions « de fond », c'est-à-dire de l'existence ou non d'une violation, le fait économique surgit dans la jurisprudence de la Cour dès le stade des questions procédurales dans le cadre de l'exercice du recours individuel, et plus précisément au regard de la qualité et de l'intérêt à agir.

223. *Mutatis mutandis*⁵⁴⁸, il apparaît que le *dictum* de la Cour internationale de la Justice dans l'affaire *Nicaragua* selon lequel l'État a « le droit fondamental de choisir et de mettre en œuvre comme il l'entend son système politique, économique et social »⁵⁴⁹ se vérifie dans la jurisprudence de la Cour EDH en matière de compétence *ratione personae*. Les actes des organes de l'État, qu'ils aient été accomplis *de jure gestionis* ou *de jure imperii*, lui sont attribuables et fondent la compétence passive de la Cour. Symétriquement, aucune entité *infraétatique* n'est admise à saisir la Cour contre son État, même lorsqu'elle agirait *de jure gestionis*.

224. En revanche, l'analyse des relations unissant l'État à certaines entités qui, tout en ne constituant pas des organes de l'État au sens strict, soit exercent des fonctions similaires qui leur auraient été déléguées, soit sont unies à lui par des liens économiques, sont rendues nécessaires par la multiplicité des formes, nouvelles ou non, d'action et de réalisation de l'intérêt général. La Cour a développé à cet égard un ensemble de faisceaux d'indices de nature économique qui lui permette d'empêcher que l'État défendeur ne puisse lui-même, au moyen de son droit interne notamment, délimiter la compétence de la Cour. Ces critères, qui tiennent à la fois à la caractérisation du lien et du degré de contrôle exercé par l'État sur l'entité en cause, à la nature de l'activité économique considérée ou à la structure dans laquelle elle est opérée, témoignent du développement d'un régime *ad hoc* d'attribution et de délimitation *ratione personae* du mécanisme conventionnel. Plus développés et parfois différents du droit international, ils montrent que le fait économique peut être un facteur d'autonomisation de la Cour. Vis-à-vis du droit international, tout d'abord, mais aussi et principalement vis-à-vis des États parties. Si ceux-ci conservent toute latitude pour organiser leur système politique et économique, ils ne peuvent s'en prévaloir pour déterminer eux-mêmes le champ de leurs

⁵⁴⁸ Puisqu'il ne s'agit pas ici, contrairement à l'arrêt suscit, de déterminer la portée d'une obligation matérielle.

⁵⁴⁹ CIJ, 27 juin 1986, *Activités paramilitaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, CIJ Rec.1986, p. 131, § 258.

obligations. L'analyse du fait économique permet alors à la Cour, non d'en apprécier la légitimité, mais de conserver la maîtrise de sa propre compétence.

225. De la même manière, il apparaît que, si l'intérêt juridique à agir des requérants n'est pas entièrement soluble dans la seule question de leur éventuel intérêt économique à agir, force est de constater que ce dernier constitue, parmi d'autres, un facteur de qualification du premier. Bien qu'en principe, il n'est nul besoin de démontrer l'existence d'un préjudice, et *a fortiori* d'un préjudice économique, l'existence d'un intérêt, ou d'un préjudice incertain, permet notamment la transmission de l'intérêt à agir en cas de décès de la victime.

226. Néanmoins, la Cour circonscrit le poids qui y est accordé au regard de la perception qu'elle se fait de l'objet et de la nature du contrôle européen. Ainsi, si l'intérêt économique à agir au nom d'une victime décédée permet le maintien de la requête, il ne s'agit que d'une condition suffisante et non d'une condition nécessaire. D'autres intérêts, de nature morale ou dépassant même le chef de la victime et ses descendants, peuvent suffire à maintenir la requête. D'ailleurs, même si l'intérêt économique au maintien de la requête est suffisant, la Cour a tendance à caractériser l'existence simultanée d'un intérêt économique et d'un intérêt moral pour ce faire.

227. De la même manière, et malgré une jurisprudence initiale plus déséquilibrée, la Cour n'a pas réduit la condition de recevabilité relative au « préjudice important » introduite par le Protocole n° 14 au seul préjudice économique. Certes, il s'agit là encore d'une condition *a priori* suffisante, établie de manière concrète et relative, c'est-à-dire au regard de la situation économique personnelle du requérant et de celle du pays dans lequel il réside. Néanmoins, il ne s'agit pas davantage d'une condition nécessaire, l'importance du préjudice pouvant résulter de la perception que s'en fait la victime ou de facteurs non économiques. Évitant la tentation de réduire le préjudice important au seul préjudice économiquement important, la Cour introduit certains correctifs tenant à une logique de justice distributive, soit en resituant l'enjeu économique dans la situation du requérant et de celle son état, soit en s'appuyant sur des éléments non économiques mais tout aussi susceptibles de justifier de son « importance ». En outre, les clauses de sauvegarde que contient l'article 35§ 3 induisent par nature que des facteurs

non économiques soient pris en compte, notamment « si le respect des droits de l’homme garantis par la Convention et ses protocoles »⁵⁵⁰ l’exige.

228. Lorsque plusieurs intérêts économiques ont été lésés et qu’il faut répartir l’intérêt juridique à saisir la Cour, la position de principe de cette dernière consiste à faire primer l’intérêt juridique. C’est ce qui explique que les actionnaires, même majoritaires, ne peuvent en principe saisir la Cour de mesures dirigées à l’encontre de la société, quoi que ces mesures affectent leurs intérêts économiques. Loin de résulter d’une approche excessivement formaliste, cette solution vise au contraire à éviter que les actionnaires fassent valoir leurs intérêts économiques propres au détriment des intérêts réels de la société. C’est ce qui explique que des actionnaires soient néanmoins admis à saisir la Cour lorsque tout risque de divergence a disparu, soit que la société est dans l’incapacité de saisir elle-même la Cour, soit parce que la confusion de leurs intérêts économiques est telle que l’altérité juridique qui résulte de la personnalité morale en devient sans objet. Ce faisant, dès le stade de la recevabilité, la Cour a développé une série de règles qui sont similaires aux mécanismes développés par les droits internes des sociétés, comme la préservation des droits de l’actionnaire à contester les décisions de la société, ou la théorie de l’« alter-ego » américaine qui permet la levée du voile social. Les caractéristiques du mécanisme juridictionnel européen conduisent en ce sens à une interpénétration de corpus juridiques souvent pensés comme étanches.

229. La Cour se réfère de manière aussi variée qu’extensive aux faits économiques dans l’exercice du recours individuel, mais uniquement dans la mesure où cela ne contrevient pas à la nature et à l’objet de celui-ci, mais contribue au contraire à son efficacité. En tant que juridiction supranationale, le fait économique lui permet de s’émanciper et de s’adapter aux diverses manifestations et fonctions de la « sphère publique » pour empêcher l’État de déterminer lui-même la portée de son engagement, mais aussi des catégories plus rigides issues du droit de la responsabilité internationale de l’État. En tant que juridiction ayant à connaître d’un contentieux mixte, le fait économique permet à la Cour d’étendre la notion d’intérêt à agir des requérants individuels. L’intérêt économique à agir est en effet souvent admis comme condition suffisante de l’intérêt à agir, sauf exception – notamment en matière de saisine par les actionnaires de sociétés commerciales - mais non requis comme condition nécessaire, afin de s’assurer que l’accès à la Cour ne soit pas limité à la seule poursuite d’intérêts économiques.

⁵⁵⁰ Art. 35 § 3 b).

230. Or, et certaines décisions relatives à la qualité de victime l'ont montré, la saisine de la Cour peut constituer en soi l'espérance d'un gain économique. Ce gain espéré serait celui de la réparation octroyée par la Cour sous forme indemnitaire. Terrain naturel *a priori* naturel de déploiement des faits et outils économique dans l'office de tout juge, leur intégration par le juge de Strasbourg traduit à plusieurs égards une certaine gêne. Celle-ci découle d'une antinomie perçue entre l'office particulier du juge européen – la garantie de droits de l'homme civils et politiques – et le contexte ou la motivation économique des requêtes. Facteur d'autonomie pour la Cour dans la détermination de sa propre compétence ou de la recevabilité des requête, l'intégration du fait économique est large et protéiforme, mais pas toujours banalisée.

231. Une tension similaire est perceptible dans la mobilisation du fait économique dans le cadre de la réparation.

CHAPITRE 2 : LE FAIT ÉCONOMIQUE DANS LA RÉPARATION

232. Curieusement, l’octroi par la Cour d’une indemnité d’un montant record de près de deux milliards d’euros dans l’affaire *Yukos* n’a pas suscité tant de réactions parmi la doctrine, pas plus d’ailleurs que parmi les juges de la Cour⁵⁵¹. D’ailleurs, les arrêts portant sur la satisfaction équitable sont rarement publiés au Recueil de la Cour, y compris lorsque l’arrêt au fond l’était⁵⁵² et que le montant de l’indemnisation était significatif⁵⁵³.

233. Deux hypothèses peuvent être formulées à partir de ce simple constat. D’une part, l’ampleur économique des intérêts qui font l’objet d’une réparation n’implique pas nécessairement aux yeux de la Cour que soient soulevées des questions juridiques d’une envergure équivalente. D’autre part, il existe probablement désormais une certaine accoutumance à ces montants exceptionnels. Pourtant, la « vocation indemnitaire » de la Cour a souvent été longuement débattue. Pour F. Sudre, par exemple, « l’allocation d’une indemnité quelles que soient la nature, la gravité et la durée des violations des droits de l’homme, cadre mal avec la vocation de la Convention d’instaurer un ordre public européen »⁵⁵⁴. Pour les tenants d’une position plus modérée, il n’existe pas de contradiction de principe entre l’objet du mécanisme juridictionnel européen et cette vocation indemnitaire, mais c’est l’absence apparente de limite imposée aux montants octroyés qui viendrait écorner tant « le rôle » que « l’image de marque » de la Cour⁵⁵⁵.

234. Il est acquis depuis longtemps que « c’est un principe de droit international que la violation d’un engagement entraîne l’obligation de réparer dans une forme adéquate »⁵⁵⁶, et même que la Cour européenne rattache au caractère obligatoire de ses arrêts⁵⁵⁷. La Convention étant une source d’obligations internationales comme une autre, toute violation entraîne donc

⁵⁵¹ Seul le juge national Bushev a exprimé une opinion dissidente, à laquelle s’est en partie rallié le juge Hajiyev.

⁵⁵² Voy. par exemple Cour EDH (satisfaction équitable), 30 octobre 2003, *Belvedere Alberghiera SRL c. Italie*, n° 31524/96

⁵⁵³ Cour EDH (satisfaction équitable), 31 juillet 2014, *OAO Neftyanaya Kompanyia Yukos c. Russie*, n° 14902/04 ; 25 juillet 2013, *Agrokompleks c. Ukraine*, n° 23465/03 (23 millions d’euros).

⁵⁵⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, op. cit., p. 376.

⁵⁵⁵ J.-F. FLAUSS, « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l’homme », *D.*, 2003, n° 4, pp. 227-230.

⁵⁵⁶ CPJI, (compétence), 26 juillet 1927, *Usine de Chorzów*, Série A, n° 9, p. 21

⁵⁵⁷ Art. 46 Conv. EDH : « [l]es Hautes Parties contractantes s’engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ».

en principe pour l'État qui en est l'auteur l'obligation de la réparer. En revanche, contrairement à de nombreux traités, le système européen bénéficie d'une juridiction permanente qui est habilitée, dans une approche internationaliste nécessaire, de prérogatives en la matière. L'article 41 stipule en effet que :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».

235. Porteur d'une « tension inhérente »⁵⁵⁸ en raison de sa terminologie confuse, puisque la satisfaction est généralement entendue comme un mode de réparation particulier, il ne donnait donc qu'une indication limitée quant aux compétences et à l'objet de la Cour en matière de réparation. En outre, bien qu'il ne consacre pas un « droit » à la réparation dans le chef des requérants⁵⁵⁹, sauf exception particulière⁵⁶⁰, et qu'il est construit sur une logique de subsidiarité, le caractère mixte du contentieux européen multiplie mécaniquement le nombre de requêtes tendant à obtenir une réparation, d'autant que, comme il en était question dans le chapitre précédent au regard de l'intérêt à agir, un certain nombre d'entre elles sont fondées sur des intérêts économiques lésés.

236. Contentieux complexe et chronophage⁵⁶¹, il constitue dès lors à première vue un terrain naturel de manipulation par la Cour de faits économiques. Bien qu'il ne soit pas possible de procéder à une analyse systématique de la jurisprudence de la Cour tant elle est abondante, casuistique et de manière récurrente insuffisamment motivée, il s'agira donc de déterminer pourquoi et dans quelle mesure la Cour manipule le fait économique au stade particulier de la

⁵⁵⁸ O. ICHIM, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁵⁹ La question est encore débattue, mais la majorité des auteurs s'accordent pour affirmer que ça n'est pas le cas, et les conditions édictées par la Cour tant dans son Règlement que dans sa jurisprudence nous paraissent confirmer cette position ; voy. ainsi l'art. 60 § 1 du Règlement : « [t]out requérant qui souhaite que la Cour lui accorde une satisfaction équitable au titre de l'article 41 de la Convention en cas de constat d'une violation de ses droits découlant de celle-ci doit formuler une demande spécifique à cet effet » ; la Cour ne procède d'ailleurs pas, sauf circonstances exceptionnelles, à un octroi d'office ; Cour EDH (GC), 30 mars 2017, *Nagmetov c. Russie*, n° 35589/08.

⁵⁶⁰ Art. 5 § 5 Conv. EDH : « [t]oute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation ».

⁵⁶¹ Voy. le rapport dit « WOOLF », « Étude des méthodes de travail. Cour européenne des droits de l'homme », 2005, 66p., spéc. p. 38 : « les juges passent souvent beaucoup plus de temps à déterminer quelle somme ils doivent accorder aux plaignants ayant gain de cause qu'ils n'en passent à adopter l'arrêt proprement dit » ; ce rapport avait proposé la création d'une « unité 41 », qui n'a pas été formellement créée.

réparation, ce qui contribuera peut-être à éclairer pourquoi il conduit à l'octroi d'indemnités *a priori* inattendues s'agissant d'une Cour spécialisée en matière de droits de l'homme.

237. En réalité, il est naturel que l'économie irrigue les décisions de la Cour en la matière, puisque la réparation remplit une fonction de nature économique (SECTION 1), que l'instrumentalisation du fait économique par la Cour contribue en retour à renforcer (SECTION 2).

SECTION 1 : LA FONCTION ÉCONOMIQUE DE LA RÉPARATION, FACTEUR D'INTRODUCTION DU FAIT ÉCONOMIQUE

238. La nature économique de la réparation accordée par la Convention découle tout d'abord de la forme dans laquelle elle est octroyée. On sait que le droit international général connaît trois formes de réparation : la restitution en nature⁵⁶², l'indemnisation et la satisfaction. Or, si l'article 41 a pour objet « la satisfaction équitable », elle recouvre en réalité les trois acceptions au sein de la jurisprudence de la Cour. Or, dès lors qu'elle décide d'octroyer une réparation qui prend une forme différente du seul constat de violation, la Cour privilégie fortement la forme économique de la réparation, c'est-à-dire l'indemnisation, au détriment de la restitution en nature, bien qu'elle demeure en principe guidée par le principe de réparation intégrale (§ 1). Cette nature économique se manifeste également lors de l'appréciation par la Cour de son objet, à savoir la réparation des dommages causés par les violations (§2).

§1. La préférence accordée au mode de réparation indemnitaire

239. Cette préférence résulte avant tout de la marginalité de la *naturalis restitutio* au sein de la jurisprudence de la Cour (A), et traduit une fonction compensatoire encadrée par le principe de réparation intégrale (B).

⁵⁶² Loin de constituer une simple question stylistique, la polysémie de l'expression « *restitutio in integrum* » repose sur une confusion notionnelle entre l'objet de l'obligation de réparation, à savoir le rétablissement du *statu quo ante*, et l'une de ses modalités, à savoir la restitution en nature plutôt que par équivalent. Par souci de clarté, nous nous référons à cette seconde acception soit par sa dénomination française, soit par celle de « *naturalis restitutio* ».

A. La marginalité pratique de la *naturalis restitutio*

240. Si le contentieux économique relatif à l'article 1P1 a été l'occasion pour la Cour d'affirmer la primauté de principe, quoique très limitée, de la *naturalis restitutio* (1), il en constitue pratiquement le seul champ d'application effectif (2).

1. La primauté de principe de la *naturalis restitutio*

241. Le contentieux économique a contribué à la réaffirmation de la primauté de principe de la *naturalis restitutio* sur les autres formes de réparation (a). Il a cependant également mis en lumière comment certains facteurs économiques peuvent faire échec à la réparation en nature (b), et qu'elle reste de portée limitée (c).

a. La réaffirmation du principe

242. Si la Cour a, dès son premier arrêt rendu au titre de l'ex-article 50, affirmé que le principe de la *restitutio in integrum* s'appliquait naturellement en matière de « satisfaction équitable », il s'agissait en réalité de la *restitutio* entendue comme principe de réparation intégrale, et non comme principe de réparation en nature, ou *naturalis restitutio*. Au contraire, jusqu'à l'arrêt *Papamichalopoulos*, la Cour n'avait jamais ordonné une restitution en nature, s'inscrivant ainsi dans sa perception traditionnelle, celle d'un moyen particulièrement attentatoire à la souveraineté des États. Comme le note E. Stoppioni s'agissant du contentieux de l'investissement, ce caractère attentatoire relève dans une certaine mesure d'un « mythe »⁵⁶³, et repose en tout cas sur une conception uniquement formelle de la souveraineté de l'État. En effet, les montants de certaines indemnisations sont tels – y compris aux dépens d'États parfois dans des situations politiques et économiques difficiles – qu'ils constituent très certainement des mesures matériellement attentatoires à la souveraineté de l'État défendeur⁵⁶⁴.

243. Avec l'arrêt *Papamichalopoulos* et vingt-trois ans après son premier arrêt rendu sur la question de la satisfaction équitable, la Cour va réaffirmer la primauté de principe de la

⁵⁶³ E. STOPPIONI, *La réparation dans le contentieux international de l'investissement. Contribution à l'étude de la restitutio in integrum*, Paris, Pedone, 2016, 147 p., spéc. p. 103.

⁵⁶⁴ Certes, la *naturalis restitutio* n'est pas toujours possible dans les affaires ayant entraîné l'octroi de montants faramineux, comme dans l'affaire *Yukos*.

naturalis restitutio vis-à-vis de la réparation par équivalent. En l'espèce, la Cour avait reconnu dans un premier arrêt que l'État grec avait violé l'article 1P1 en raison de l'expropriation *de facto* qui avait été imposée aux requérants. Ces derniers sollicitaient à titre principal la restitution litigieuse. La Cour va se fonder sur l'obligation de *restitutio in integrum* – en tant que principe de réparation intégrale – ainsi que sur le *dictum* de la CPJI dans l'affaire *Usine de Chorzów* pour décider que, malgré la liberté de moyens dont bénéficient en principe les États pour se conformer à un arrêt, « la restitution des terrains litigieux (...) placerait les requérants, le plus possible, dans une situation équivalente à celle où ils se trouveraient s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences » de l'article 1P1⁵⁶⁵. La nature économique du contentieux a probablement facilité cette redécouverte, puisqu'il impliquait un cas de restitution matérielle.

244. Si l'on met de côté le développement de la jurisprudence de la Cour au regard de l'obligation de cessation de l'illicite fondée sur l'article 46, laquelle se confond parfois avec la *restitutio in integrum* et ne saurait être réduite à la seule hypothèse des « faits illicites continus », force est de constater qu'en pratique, la réparation en nature est subsidiaire. Ce constat vaut même dans les contentieux économiques qui l'ont pourtant vue émerger.

b. L'impossibilité de procéder à la *naturalis restitutio*

245. Que ce soit dans l'ordre international, ou dans la plupart des ordres internes, le principe de restitution en nature n'est pas toujours possible. Or, cette impossibilité peut résulter de la protection de certains intérêts économiques extérieurs aux requérants. Classiquement en effet, et comme l'envisagent d'ailleurs l'article 35 a) des Articles de la CDI⁵⁶⁶ et la plupart des droits internes, la restitution peut être *matériellement* ou *juridiquement* impossible. L'impossibilité matérielle résulte généralement de la disparition du bien en question, mais peut aussi être la conséquence d'une altération qui en affecte tant sa valeur économique qu'une restitution ne rétablirait pas le *statu quo ante*⁵⁶⁷. L'impossibilité juridique, quant à elle, peut résulter par

⁵⁶⁵ Cour EDH, 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, n° 14556/89, Série A, n° 330-B, §§ 34-38 ; la Cour, en citant l'arrêt *Usine de Chorzów*, prend d'ailleurs soin de noter que « *quoiqu'elle concerne plus spécialement l'expropriation d'entreprises industrielles et commerciales*, les principes qu'elle dégage en ce domaine restent valables pour des situations comme celle en l'espèce » (nous soulignons).

⁵⁶⁶ L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution a) N'est pas matériellement impossible ».

⁵⁶⁷ Voy. par exemple Cour EDH, 24 novembre 2016, *Ünsped Paket Servisi San. Ve Tic. A.Ş. c. Bulgarie*, n° 3503/08, § 14 : « [a]ccordingly, in the present case the Court finds that the return of the lorry to the applicant company would put it, as far as possible, in a situation equivalent (...). However, the Court observes that *restitutio*

exemple de l'acquisition de bonne foi par des tiers d'intérêts économiques sur le bien. Ainsi, le requérant exproprié ne pourra obtenir restitution de son bien lorsque l'État les a revendus à des tiers⁵⁶⁸. Enfin, l'impossibilité peut résulter de la « charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation »⁵⁶⁹, hypothèse qui pourrait tout à fait recouvrir les situations dans lesquelles le coût économique, ou budgétaire, pour l'État défendeur serait trop important⁵⁷⁰. Toutefois, la Cour n'a, à notre connaissance, jamais eu recours à ce motif de rejet d'une réparation.

246. En plus de ces limites, la Cour a considérablement réduit la portée réelle de l'obligation de restitution, qui est systématiquement présentée comme une simple alternative à la forme indemnitaire.

c. La portée limitée de l'obligation

247. Bien qu'elle ordonne la restitution en nature dans une partie des affaires ayant trait aux expropriations ou à certaines questions procédurales, cette obligation de restitution est systématiquement présentée comme la première d'une branche d'une alternative avec la restitution par équivalent. Ainsi, lorsqu'elle a rétabli la primauté de principe de la *naturalis restitutio* dans l'affaire *Papamichalopoulos*, la Cour a tout d'abord relevé que « [s]i la nature de la violation permet une *restitutio in integrum*, il incombe à l'État défendeur de la réaliser, la Cour n'ayant ni la compétence ni la possibilité pratique de *l'accomplir* elle-même »⁵⁷¹. Elle a semblé ensuite confirmer cette solution, insistant sur ce que « la restitution des terrains litigieux (...) placerait les requérants, le plus possible, dans une situation équivalant à celle où ils se trouveraient s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences »⁵⁷² conventionnelles. D'ailleurs,

in integrum is not possible because (...) in any event, would have deteriorated significantly in view of the passage of time » (nous soulignons).

⁵⁶⁸ Voy. par exemple Cour EDH, 26 juin 2012, *Decheva et autres c. Bulagrie*, n° 43071/06, § 68 : « [t]he Court, having regard to the fact that the disputed buildings are no longer owned by the State and that two of the buildings apparently were destroyed in a fire (see paragraphs 26-27 above), considers that in the circumstances of the present case the most appropriate form of redress would be the payment of a sum of money reasonably related to the value of the propertie ».

⁵⁶⁹ Article 35 b) des Articles de la CDI.

⁵⁷⁰ En ce sens, J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, op. cit., p. 260 : « la non-restitution risque de mettre en danger son indépendance politique ou sa stabilité économique ».

⁵⁷¹ Cour EDH (satisfaction équitable), 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, op. cit., § 34.

⁵⁷² *Idem*, § 38 (nous soulignons) ; il nous semble que la Cour confond la question du pouvoir *d'accomplir* elle-même la restitution, dont elle est effectivement dépourvue, avec celui *d'ordonner* une telle restitution, qui découlerait à la fois de l'obligation secondaire de réparation et des prérogatives qui lui sont conférées par l'article 41.

la stricte égalité avec laquelle la restitution en nature est placée au regard de la restitution par équivalent est évidente dans le régime des intérêts moratoires attachés à cette dernière. En effet, la Cour ordonne généralement dans son dispositif que « l'État défendeur doit restituer aux requérants, dans les six mois, les terrains litigieux », mais ajoute ensuite que « faute d'une telle restitution, l'État défendeur doit verser »⁵⁷³ la restitution par équivalent.

248. Or, les intérêts moratoires qui sont ordonnés en cas d'exécution tardive sont simples et ne commencent à courir qu'à compter de l'expiration dudit délai de prestation de la restitution en nature, ce en quoi ils ne diffèrent pas des intérêts octroyés en l'absence de *naturalis restitutio*. Par conséquent, le fait pour l'État de ne pas procéder à la restitution en nature, volontairement ou non, n'entraîne donc aucun alourdissement de la charge financière résultant d'une restitution par équivalent. Il n'y a donc pas de préférence accordée à la restitution en nature au moyen de la charge économique pesant sur l'État défendeur. S'il est possible de soutenir qu'une telle alternative stricte contribue à l'efficacité du principe de réparation il n'en demeure pas moins que cela conduit à privilégier la forme de la réparation indemnitaire, avec les risques qui y sont inhérents au premier rang desquels figurent la réduction des violations à une analyse coût-bénéfices⁵⁷⁴ ainsi que les difficultés d'évaluation financière⁵⁷⁵.

249. À notre connaissance, la Cour ordonne quasiment systématiquement la restitution en nature sous la forme de cette alternative⁵⁷⁶. Pire encore, si elle continue à en rappeler le principe dans les motifs, il est de plus en plus fréquent qu'elle ne l'ordonne même plus au sein du dispositif⁵⁷⁷, ce que déplorent d'ailleurs ouvertement certains juges⁵⁷⁸. Elle instrumentalise en outre doublement le principe de subsidiarité, en refusant d'une part aux requérants qui

⁵⁷³ *Idem*, pts. 2 et 3 du dispositif ; voy. également les motifs, § 39.

⁵⁷⁴ Similaire dans l'esprit au « je paie et je torture » souligné par la juge Kalaydjieva dans son opinion dissidente sous l'arrêt Cour EDH, 30 juin 2008, *Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05 ; voy. *supra*, Chapitre 1.

⁵⁷⁵ Celles-ci ne découlent toutefois pas uniquement de la faible portée concrète de la primauté de la *naturalis restitutio* car cette dernière n'est pas toujours suffisante pour effacer les dommages survenus. On prendra comme exemple le manque à gagner subi par un propriétaire illicitement exproprié ; Voy. V. BAILLY, *La cessation de l'illicite en droit international, op. cit.*

⁵⁷⁶ Voy. Cour EDH (satisfaction équitable), 23 janvier 2001, *Brumarescu c. Roumanie*, n° 28342/95, pts. 1 et 2.

⁵⁷⁷ Cour EDH (satisfaction équitable), 11 décembre 2003, *Carbonara et Ventura c. Italie*, n° 24638/94 : alors qu'elle affirme au § 39 que « [c]ompte tenu des considérations qui précèdent, la Cour estime que dans la présente affaire la nature de la violation constatée dans l'arrêt au principal lui permet de partir du principe d'une *restitutio in integrum*. A défaut de restitution du terrain (...) », le pt 1 b) dispose que « l'État défendeur doit verser aux requérants, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif » l'indemnité calculée par la Cour ; voy. dans le même sens Cour EDH (satisfaction équitable), 6 mars 2007, *Scordino c. Italie (n° 3)*, n° 43662/98, §§ 37-38.

⁵⁷⁸ Voy. l'opinion concordante des juges Spielmann et Malinverni sous Cour EDH, 14 novembre 2008, *Fakiridou et Schina c. Grèce*, n° 6789/06, § 2.; voy. *contra* l'opinion concordante de la juge Vajić sous le même arrêt.

n'auraient pas sollicité une telle restitution devant les juridictions nationales⁵⁷⁹, et en refusant d'autre part paradoxalement la restitution dans les cas où le gouvernement établit que les requérants devraient entamer une nouvelle procédure pour l'obtenir⁵⁸⁰.

2. Le contentieux économique, champ d'application principal de la *naturalis restitutio*

250. Le seul champ d'application de la *naturalis restitutio* que la Cour admet relativement facilement concerne l'exécution de décisions juridictionnelles internes devenues définitives portant constatation d'une créance pécuniaire à la charge de l'État et au profit du requérant. Ainsi, dans les cas où c'est un tel défaut d'exécution qui constitue la violation d'un droit conventionnel, généralement l'article 1P1 ou 6 et 13, la Cour n'hésite pas à en ordonner l'exécution⁵⁸¹. Si le versement de ces sommes s'apparente matériellement à une indemnisation, il s'analyse pourtant juridiquement comme une restitution en nature puisqu'il consiste précisément dans l'exécution de l'obligation primaire. Toutefois, il est probable que c'est cette parenté matérielle entre les deux formes de réparation qui explique la facilité – relative – avec laquelle la Cour y procède. Pour s'en convaincre, il suffit de constater le caractère très exceptionnel avec lequel elle ordonne l'exécution forcée d'un contrat le liant au requérant⁵⁸², là encore sous la forme d'une alternative⁵⁸³

251. De la même manière, le versement d'indemnités dans les cas d'expropriations dites « régulières » constitue des cas de restitution en nature sous forme pécuniaire. Dans le cadre de

⁵⁷⁹ Voy. Cour EDH (GC) (satisfaction équitable), 22 décembre 2009, *Guiso-Gallisay c. Italie*, *op. cit.*, § 96 : « [I]a Cour note qu'en principe la restitution des terrains placerait les requérants, autant que possible, dans une situation équivalant à celle où ils se trouveraient si les exigences de l'article 1 du Protocole n° 1 n'avaient pas été méconnues. Toutefois, en l'espèce, compte tenu de ce que les requérants n'ont jamais demandé la restitution des terrains devant les juridictions nationales et du fait que pareille restitution n'est d'ailleurs pas possible, la Cour estime devoir allouer aux intéressés une indemnité correspondant à la valeur pleine et entière des terrains » (nous soulignons) ; cette appréciation nous paraît peu cohérente avec l'exclusion par la Cour de la règle de l'épuisement des voies de recours internes en matière de satisfaction équitable, et davantage compliquée quand les requérants savent qu'une telle demande est vouée à l'échec en raison de l'état du droit en vigueur au sein de l'ordre de l'État concerné.

⁵⁸⁰ Voy. récemment Cour EDH (satisfaction équitable), 20 décembre 2016, *Sociedad Anónima del Ucieza c. Espagne*, n° 38963/08, § 16 : « [I]a Cour ne peut obliger l'intéressée à engager, soit une nouvelle procédure afin d'obtenir que l'inscription foncière soit déclarée nulle et, au cas où elle obtiendrait gain de cause, à engager encore d'autres procédures en revendication de propriété ».

⁵⁸¹ Voy. parmi tant d'autres : Cour EDH, 4 juin 2013, *Çakir et autres c. Turquie*, n° 25747/09, § 37 ; 4 avril 2017, *Ellis c. Turquie*, n° 1065/06, § 38.

⁵⁸² Voy. un arrêt isolé Cour EDH, 17 février 2009, *Dumbrava c. Roumanie*, n° 25234/03, § 41 des motifs et pt. 3 a) du dispositif : la Cour ordonne la vente du bien immobilier au requérant dont l'inexécution constituait la violation de l'article 1P1.

⁵⁸³ *Idem*.

telles expropriations, seul le versement d'une juste compensation faisait défaut et caractérise la violation. Toute somme octroyée par la Cour à ce titre n'est donc pas une restitution par équivalent, mais bel et bien l'exécution en nature de l'obligation primaire. De la même manière, le remboursement d'une somme d'argent illicitement saisie constitue une forme de *naturalis restitutio*⁵⁸⁴. En outre, les expropriations dites « régulières », c'est-à-dire celles auxquelles ne font défaut qu'une juste indemnisation, relèvent probablement d'une catégorie intermédiaire, qui justifie qu'elles constituent la seule véritable exception au principe de réparation intégrale⁵⁸⁵.

252. Le quasi-renversement du principe de la primauté de la restitution en nature est contradictoire avec le référentiel du droit international général invoqué par la Cour elle-même⁵⁸⁶ et s'éloigne de celui dégagé par la Cour interaméricaine⁵⁸⁷. Plus proche de la « *'logic' (...) of the homo oeconomicus* » que dénonçait le Juge Cançado Trindade⁵⁸⁸, la jurisprudence de la Cour la rapproche plutôt de la pratique arbitrale issue du contentieux de l'investissement, c'est-à-dire d'un contentieux en grande partie construit autour d'une vocation indemnitaire⁵⁸⁹. D'ailleurs, la stricte égalité avec laquelle la restitution en nature est placée au regard de la restitution par équivalent est évidente dans le régime des intérêts moratoires attachés à cette dernière. En effet, la Cour ordonne généralement dans son dispositif que « l'État défendeur doit restituer aux requérants, dans les six mois, les terrains litigieux », mais ajoute ensuite que « faute d'une telle restitution, l'État défendeur doit verser »⁵⁹⁰ la restitution par équivalent.

253. En outre, cette primauté accordée à l'indemnisation conduit parfois la Cour à se priver d'un outil permettant d'empêcher la survenance d'un dommage économique difficile à

⁵⁸⁴ Voy. pour un exemple Cour EDH, 6 novembre 2008, *Ismayilov c. Russie*, n° 30352/03.

⁵⁸⁵ Voy. *infra*, §§ 260 et.

⁵⁸⁶ Encore récemment, Cour EDH, 23 octobre 2012, *Süzer et Eksen Holding A.Ş. c. Turquie*, n° 6334/05, §§ 170-171.

⁵⁸⁷ Celle-ci, après avoir initialement suivi la Cour européenne sur la voie indemnitaire, a développé une jurisprudence plus originale et diversifié les mesures de *restitutio in integrum* : F. SALVIOLI, « Que veulent les victimes de violations graves des droits de l'homme », in E. LAMBERT ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT (dir.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour Interaméricaine, pionnière et modèle ?*, Société de législation comparée, 2010, 334 p., pp. 31-67, spéc.p. 31 *in fine* et p. 32 ; voy. l'exemple de Cour IADH, 27 novembre 1998, *Affaire Loayza Tamayo c. Pérou, Réparations et dépend*, Série C, n° 42.

⁵⁸⁸ Opinion concordante du juge A. A. Cançado Trindade, § 35, sous Cour IADH, 26 mai 2001, *Villagran Morales et autres c. Guatemala*.

⁵⁸⁹ M. RAUX parle « d'omniprésence de l'indemnisation » en droit international de l'investissement ; M. RAUX, *La responsabilité de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, *op. cit.*, p. 468. La restitution en nature est de la même manière rarement accordée : E. Stoppioni, *La réparation dans le contentieux international de l'investissement. Contribution à l'étude de la restitutio in integrum*, *op. cit.*, pp. 99-103.

⁵⁹⁰ *Idem*, pts. 2 et 3 du dispositif ; voy. également les motifs, § 39.

indemniser – outil d’autant plus utile que la Cour refuse également d’octroyer des mesures provisoires fondées notamment sur l’article 1P1⁵⁹¹. Cantonnant ce qu’il reste de la restitution en nature aux affaires dans lesquelles elle consiste en la restitution d’un bien immobilier, la Cour ordonne en effet rarement la restitution de biens mobiliers⁵⁹², pas davantage qu’elle n’ordonne le rétablissement d’une victime dans un simple droit réel sur un bien immobilier⁵⁹³. De la même manière, la Cour refuse d’ordonner la restitution d’une licence bancaire dont la révocation a été jugée contraire à l’article 6⁵⁹⁴, et parfois même la réouverture d’un procès⁵⁹⁵, alors même que la restitution en nature permettrait d’éviter un certain nombre de difficultés liées à l’existence d’un dommage matériel comme à son évaluation en termes économiques. En effet, lorsque la violation constatée est de nature procédurale, la Cour se retrouve confrontée soit à un dommage incertain qu’elle choisit alors arbitrairement de réparer ou non au titre de la perte de chance, soit un dommage certain qu’il faut alors calculer quand bien même il est intrinsèquement aléatoire.

⁵⁹¹ Il n’est pas possible de connaître les motivations de la Cour à ce sujet, puisque les décisions de refus ne sont pas publiées, et on ne doit la connaissance de cette solution qu’aux fiches pratiques élaborées par les services de la Cour.

⁵⁹² La Cour rejette la plupart du temps d’ordonner la restitution de biens mobiliers, notamment en se fondant sur l’impossibilité matérielle : Cour EDH, 23 janvier 2014, *East West Alliance Limited c. Ukraine*, n° 19336/04, § 256 : « [h]owever, restitutio in integrum is not possible because the aircraft in question have either been seriously damaged, or have been sold to third parties, or have gone missing » ; rien n’aurait pourtant empêché la Cour d’ordonner la restitution d’un aéronef équivalent ; parfois, notamment lorsque le requérant demande une réparation sous forme d’indemnisation, la question n’est même pas discutée par la Cour ; Cour EDH, 17 janvier 2017, *B.K.M. Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi c. Slovénie*, n° 42079/12, §§ 55-65.

⁵⁹³ Cour EDH (GC), 19 octobre 2000, *Iatridis c. Grèce*, *op. cit.*, §§ 35-37 : « [e]n effet, seule la restitution de l’usage du cinéma au requérant placerait celui-ci, le plus possible, dans une situation équivalente (...). La Cour rappelle que le requérant n’était pas propriétaire du terrain sur lequel est situé le cinéma qu’il exploitait (...). Dans ces circonstances, la Cour estime devoir accorder au requérant seulement une indemnité pour couvrir le manque à gagner sur l’exploitation du cinéma (...) ».

⁵⁹⁴ Cour EDH, 21 octobre 2003, *Credit and Industrial Bank c. République tchèque*, n° 29010/95, CEDH 2003-XI, § 87 : « [t]he Court recalls at the outset that it has no jurisdiction under the Convention to make consequential orders requiring the respondent State to restore to the applicant bank its banking licence ».

⁵⁹⁵ La pratique de la Cour sur ce point est particulièrement inconstante : comp. Cour EDH (GC), 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie*, n° 15869/02, CEDH 2010, §§ 77-79. dans lesquelles la Cour préfère réparer une perte de chances que d’ordonner la réouverture d’une procédure ; dans d’autres situations, en revanche, la réouverture est suggérée dans les motifs des arrêts : voy. par exemple Cour EDH, 1^{er} avril 2010, *Vrbica c. Croatie*, n° 32540/05, § 84.

B. La fonction compensatoire de l'indemnisation encadrée par le principe de réparation intégrale

254. Le principe de réparation intégrale, réaffirmé systématiquement par la Cour, implique au moins que seul le dommage doit être réparé, et que l'indemnité octroyée ne doit pas conduire à l'enrichissement sans cause de la victime (1). Elle implique également qu'en principe la réparation n'a pas de vocation punitive (2). Toutefois, il semble que certaines exceptions existent, et empêchent d'affirmer que la fonction compensatoire est toujours entendue dans son sens strict et qu'elle aurait systématiquement pour objet de compenser *tout le dommage* (3).

1. L'interdiction de l'enrichissement sans cause

255. Plaidé un certain temps par l'État turc afin d'obtenir le rejet ou la diminution des montants octroyés par la Cour en matière de dommage moral notamment⁵⁹⁶, le recours à la théorie de l'enrichissement sans cause pour circonscrire l'objet de la réparation par la Cour n'est en général pas explicité par celle-ci⁵⁹⁷. Pourtant, c'est ce principe qui sous-tend la réduction du dommage réparable par les éventuelles indemnités déjà octroyées au niveau interne, et qui traduit le principe de subsidiarité sur lequel est fondé l'article 41. Il implique de ne cantonner la réparation qu'à la part du dommage qui subsiste effectivement, quelle que soit la nature de ce dernier. La forme privilégiée par la Cour étant la réparation par compensation monétaire, cela revient à devoir vérifier si une telle compensation a déjà été octroyée par l'État défendeur, et à l'imputer le cas échéant à concurrence du montant que la Cour aurait alloué. Ainsi, l'indemnisation octroyée au titre d'une expropriation mais jugée insuffisante doit être déduite du montant accordé au titre de l'article 41⁵⁹⁸ en compensation du dommage matériel subi. Plus encore, de la même manière, toute somme octroyée au titre du préjudice moral doit être déduite du montant envisagé par la Cour à ce titre⁵⁹⁹. En revanche, comme en matière de

⁵⁹⁶ Voy. par exemple Cour EDH, 27 juin 2000, *Ilhan c. Turquie*, n° 22277/93, CEDH 2000-VII, §§ 108-111 ; (GC), 30 novembre 2004, *Öneriyildiz c. Turquie*, *op. cit.*, § 163.

⁵⁹⁷ Sauf, paradoxalement, en matière de dommage moral : Cour EDH, 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie*, *op. cit.*, § 224 : « Elles ne visent pas et ne doivent pas viser à fournir au requérant, à titre compassionnel, un confort financier ou un enrichissement aux dépens de la Partie contractante concernée ». ; la Cour IADH affirme au contraire clairement que « [l]es réparations ne peuvent impliquer ni l'enrichissement ni l'appauvrissement de la victime ou de ses successeurs » ; Cour IADH, 27 août 1998, *Garrido y Baigorria c. Argentine*, § 43.

⁵⁹⁸ Voy. par exemple Cour EDH (GC), 25 mars 2014, *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie*, *op. cit.*, § 40.

⁵⁹⁹ Même si le *quantum* exact n'est pas toujours explicité ; Cour EDH, 28 janvier 2014, *O'Keefe c. Irlande*, n° 35810/09, CEDH 2014, § 203.

recevabilité des requêtes⁶⁰⁰, il nous semble que cette imputation ne devrait être effectuée que dans la mesure où la somme octroyée au niveau national a pour objet le même dommage et pour cause la responsabilité au moins en substance identique à la violation constatée par la Cour. Cela contribue par ailleurs à expliquer l'attitude de la Cour dans l'affaire *Trévalec*.

256. En l'espèce, le requérant était un journaliste de nationalité française travaillant en Belgique lorsqu'il avait été blessé par des tirs des forces de police belges, tirs jugés constitutifs d'une violation du volet matériel de l'article 2⁶⁰¹. Il avait sollicité et obtenu diverses indemnités auprès de la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI), un organisme français, à raison de sa nationalité et en dépit du caractère extraterritorial de l'incident. Ces indemnités avaient été allouées au titre des préjudices matériels et moraux qui en résultaient directement, mais également des séquelles dont souffrait le requérant et de leurs conséquences professionnelles. La Cour a alors procédé à un contrôle des montants déjà octroyés au regard de ses propres standards⁶⁰² et en a déduit que ceux qui l'avaient été au titre du dommage matériel étaient « raisonnable[s] », et décide de ne rien octroyer à ce titre⁶⁰³. Or, la CIVI étant un organisme étatique français, le dommage n'avait pas été réparé par l'État auteur de la violation qui l'avait provoqué, mais l'État de nationalité du requérant qui n'était pas responsable de la violation incriminée. Pourtant, cette difficulté est complètement occultée par la Cour, qui ne le mentionne même pas⁶⁰⁴.

257. Cette solution s'agissant du dommage matériel illustre la vocation compensatoire de la satisfaction, et non afflictive, sans quoi l'État défendeur aurait été à nouveau condamné. En revanche, la décision de la Cour d'octroyer une compensation supplémentaire d'un montant particulièrement élevé – 50 000 euros – a elle été interprétée comme la volonté pour la Cour de punir l'État défendeur.

⁶⁰⁰ Voy. *supra*, §§ 176 et s., à propos notamment de Cour EDH (GC), 7 juin 2012, *Centro Europa et Di Stefano c. Italie* ; *op. cit.*

⁶⁰¹ Cour EDH, 14 juin 2011, *Trévalec c. Belgique*, n° 30812/07.

⁶⁰² Suivant exactement le même raisonnement qu'en matière de recevabilité ; voy. *supra*, §§ 172 et s.

⁶⁰³ Cour EDH (satisfaction équitable), 25 juin 2013, *Trévalec c. Belgique*, n° 30812/07, §§ 23-25.

⁶⁰⁴ Il ne l'est que dans l'opinion dissidente commune aux juges Oçienè et Raimondi sous l'arrêt, qui justifient la solution de la Cour sur ce point : « [n]ous considérons qu'il en va de même lorsque, comme en l'espèce, ce n'est pas l'État défendeur qui supporte la charge de cette réparation, dès lors que le but de l'article 41 n'est pas de sanctionner les États responsables de violations de la Convention mais d'allouer une réparation aux victimes ».

2. Le rejet incertain des dommages-intérêts punitifs

258. En principe, ne réparer que le dommage implique que les montants octroyés ne devraient pas excéder la quantification monétaire qui en est faite par la Cour. Celle-ci a rejeté à plusieurs reprises les demandes de dommages-intérêts punitifs⁶⁰⁵. Lorsque le dommage est de nature économique, il se prête, en apparence du moins, à une évaluation plus aisée. Le choix d'accorder une indemnité importante malgré le caractère spéculatif de la méthode d'évaluation relève, selon certains juges dissidents, d'une volonté de conférer un caractère punitif aux indemnités allouées⁶⁰⁶ plutôt que d'assurer la fonction compensatoire de la réparation.

259. En matière de dommage moral, en revanche, la difficulté intrinsèque d'évaluation rend compliquée l'interprétation de certains montants octroyés et obscurcit la finalité à laquelle les destine réellement la Cour. Si tant la jurisprudence de la Cour que les « instructions pratiques » distribuées aux juges semblent indiquer que la Cour refuse d'octroyer des dommages intérêts dits « punitifs »⁶⁰⁷, l'évaluation de certains dommages moraux ont aussi suscité plusieurs opinions dissidentes⁶⁰⁸. Pour le juge Pinto de Albuquerque, qui soutient que de tels dommages sont octroyés et devraient en réalité continuer à l'être, il est évident que certaines évaluations sont augmentées à concurrence de l'attitude de l'État défendeur, de la gravité de la violation constatée, et même que l'absence d'évaluation sur des éléments objectifs constitue un indice du caractère punitif desdits dommages⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ En motivant faiblement cette solution d'ailleurs ; Cour EDH (GC), 18 février 1999, *Cable et autres c. Royaume-Uni*, n^{os} 24436/94 *et al.*, dans laquelle la Cour se contente de relever que « dans les circonstances de l'espèce, la Cour ne voit aucune base permettant d'accueillir cette demande » (§ 30), avec Cour EDH, 18 juin 2002, *Orhan c. Turquie*, n^o 25656/94, § 448 : « *the Court notes that it has rejected on a number of occasions, recently and in Grand Chamber, requests by applicants for exemplary and punitive damages* ».

⁶⁰⁶ Voy. l'opinion dissidente du juge Matscher sous l'arrêt *Gaygusuz c. Autriche* : « or, la somme de 200 000 ATS que la Cour lui a allouée, dépasse au moins le double du montant du dommage matériel qu'il aurait pu avoir souffert, ce qui est manifestement contraire à tous les principes de la compensation d'un dommage matériel, à moins qu'on ne se prononce en faveur de l'allocation de punitive damages du droit américain, ce que le droit européen décline à juste titre ».

⁶⁰⁷ Instructions pratiques, pt. 9 : [l]orsqu'elle accorde une indemnité pour dommage, la Cour tend à indemniser le requérant des conséquences préjudiciables réelles d'une violation. Elle n'entend pas punir la Partie contractante responsable. Jusqu'ici, la Cour n'a donc pas jugé bon d'accueillir des demandes de dommages-intérêts catalogués comme 'punitifs', 'aggravés' ou 'exemplaires' ».

⁶⁰⁸ VOy. par exemple l'opinion des juges Lorenzen et Vajic sous Cour EDH, 20 octobre 2005, *Ouranio Toxo et autres c. Grèce*, n^o 74989/01, CEDH 2005-X, selon lesquels « accorder un montant de 30 000 EUR dans une affaire telle que l'espèce ne saurait se justifier que si l'article 41 était utilisé pour octroyer des dommages-intérêts punitifs. Or la jurisprudence de la Cour ne prévoit rien de tel ».

⁶⁰⁹ Opinion du juge Pinto de Albuquerque à laquelle de rallie la juge Vučinić sous l'arrêt Cour EDH (GC) (satisfaction équitable), 12 mai 2014, *Chypre c. Turquie*, n^o 25781/94, Rec. 2014, , pt. 12 : le juge relève en effet que « [l]a Grande Chambre a jugé qu'il n'était pas nécessaire d'établir le nombre exact d'individus victimes de

3. L'exception isolée : les expropriations régulières

260. Toutefois, la Cour s'écarte parfois du principe de réparation intégrale. Les motifs invoqués ne sont pas nécessairement de nature économique, et découlent la plupart du temps de l'interprétation que donne la Cour à la nature « équitable » de la satisfaction octroyée au titre de l'article 41. Étirant le raisonnement davantage et de manière éminemment contestable, la Cour déroge également à ce principe au motif de la nature des agissements des requérants, sans même qu'ils soient à l'origine, en tout ou partie, du dommage survenu⁶¹⁰. La décision de ne pas octroyer une indemnisation devient alors une manière de sanctionner les actes des requérants individuels.

261. Toutefois, la nature de certaines obligations permet en effet à la Cour d'affirmer que « l'indemnisation à fixer en l'espèce n'aura pas (...) à refléter l'idée d'un effacement total des conséquences de l'ingérence litigieuse »⁶¹¹. Il s'agit principalement de l'hypothèse des expropriations dites « licites », en raison de l'irrigation de la question de la réparation par le principe de proportionnalité. Dans ce cas en effet, la violation résulte simplement de la disproportion entre l'indemnité allouée aux requérants dans l'ordre interne et la valeur des biens expropriés. Incorporant alors les critères de qualification d'une violation des obligations matérielles de l'article 1P1⁶¹², la Cour affirme alors que « l'indemnisation à fixer en l'espèce ne doit refléter ni l'idée d'un effacement total des conséquences de l'ingérence litigieuse, ni la valeur pleine et entière des terrains litigieux »⁶¹³. Elle en déduit que le principe de réparation intégrale « n'est pas sans exception », et que « des objectifs légitimes 'd'utilité publique', tels

violations des droits de l'homme, et a fixé deux sommes forfaitaires destinées à chacun de ces groupes de personnes, à charge pour l'État requérant de distribuer les sommes aux victimes ou à leurs ayants droit", ni même un critère, disposition pratique ou barème pour régir la répartition de l'indemnité entre les victimes ou leurs ayants droit en fonction de la situation propre à chacun (par exemple épouses, mères, enfants) ».

⁶¹⁰ Ce qui relève d'une hypothèse différente et ne constitue, dès lors, pas une exception au principe de réparation intégrale ; voy. *infra*. Pour une illustration, voy. Cour EDH (GC), 27 septembre 1995, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, § 219 : « [q]uoi qu'il en soit, eu égard au fait que les trois terroristes suspects abattus avaient l'intention de déposer une bombe à Gibraltar, la Cour n'estime pas qu'il convienne d'accorder une réparation à ce titre » (nous soulignons).

⁶¹¹ Cour EDH (GC) (satisfaction équitable), 28 novembre 2002, *Ex-Roi de Grèce et autres c. Grèce*, n° 25701/94, CEDH 2000-XII, § 78.

⁶¹² Le raisonnement suivi par la Cour est on ne peut plus clair à ce sujet ; voy. Cour EDH (GC) (satisfaction équitable), 28 novembre 2002, *Ex-Roi de Grèce et autres c. Grèce*, n° 25701/94, § 78 : « [p]our déterminer la réparation adéquate, la Cout doit s'inspirer des critères généraux énoncés dans sa jurisprudence relativement à l'article 1 du Protocole n° 1 ».

⁶¹³ Voy. Cour EDH (GC) (satisfaction équitable), 25 mars 2014, *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie*, n° 71243/01, CEDH 2014, § 36.

qu'en poursuivent des mesures de réforme économique ou de justice sociale, peuvent militer pour un remboursement inférieur à la valeur marchande »⁶¹⁴.

262. Toutefois, d'importants bouleversements de nature politique ou sociale peuvent suffire à fonder une exception au principe de réparation intégrale⁶¹⁵. La portée réelle de cette exception ne saurait être sous-estimée pour les requérants : on sait en effet que la Cour a parfois admis, certes dans des « circonstances exceptionnelles » qu'aucune indemnisation ne soit versée sans pour autant que cela entraîne une violation de l'art. 1P1⁶¹⁶. Néanmoins, à ce jour, le fondement de cette exception constitue également sa propre limite. Étant le fruit de l'incorporation des règles applicables au fond s'agissant de l'indemnisation nécessaire en cas d'expropriation licite, cette exception demeure cantonnée à ce type d'hypothèse.

263. Elle se matérialise en outre, à notre connaissance, sous une forme quasiment unique : le versement d'un capital, même lorsqu'elle est allouée au bénéfice de victimes indirectes représentant un défunt et au titre de la perte de revenus futurs, ce qui génère un certain nombre de difficultés. La Cour IADH, à l'inverse, tend à octroyer la réparation par équivalent sous forme de rente, facilitant ainsi grandement la question de l'actualisation de la somme. Plus encore, lorsque figurent parmi les victimes indirectes les descendants mineurs de la victime, la Cour ordonne généralement la constitution d'un « *trust* » à leur profit⁶¹⁷, ce qui non seulement permet d'éviter les mêmes problèmes liés à l'actualisation des sommes octroyées, mais également ceux découlant de la distribution de la somme entre les différents bénéficiaires⁶¹⁸. Certes, la Cour EDH a accepté d'ordonner à l'État d'offrir à la victime la vente d'un bien « *of equivalent surface and value* »⁶¹⁹. Il n'en s'agit pas moins d'une solution très

⁶¹⁴ *Idem*. La terminologie confuse (« remboursement ») tient au contenu même des obligations énoncées par l'article 1 P1 : si une expropriation suppose une juste compensation, qui peut être évaluée en deçà de la valeur marchande, c'est bien de l'étendue de l'indemnisation, et donc de la réparation, dont il s'agit ici.

⁶¹⁵ Cour EDH (satisfaction équitable), 28 novembre 2002, *Ex-Roi de Grèce et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 78 : « [I]a Cour estime qu'une indemnisation inférieure à une réparation totale peut s'imposer également, sinon a fortiori, lorsqu'il y a mainmise sur des biens afin d'opérer « des changements du système constitutionnel d'un pays aussi radicaux que la transition de la monarchie à la république » (paragraphe 87 de l'arrêt au principal) ».

⁶¹⁶ Voy. Cour EDH (GC), 30 juin 2005, *Jahn et autres c. Allemagne*, n^{os} 46720/99 72203/01 72552/01, CEDH 2005-VI, § 94.

⁶¹⁷ Cour IADH, 17 août 1990, *Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, Série C, n^o 9, 31

⁶¹⁸ Voy. par exemple Cour EDH, 28 juillet 1998, *Ergi c. Turquie*, n^o 23818/94, § 110 : « *it awards the applicant GBP 1,000 and Havva Ergi's daughter GBP 5,000, which amount is to be paid to the applicant's niece or her guardian to be held on her behalf* ».

⁶¹⁹ Cour EDH, 17 février 2009, *Dumbrava c. Roumanie*, *op. cit.*, § 41 et pt. 3 b) du dispositif : « *the respondent State is to offer the applicant, within the same three months, the sale of an apartment of equivalent surface and value, or if the applicant does not find the offer acceptable, a sum of compensation for loss of opportunity of EUR 10,000 (ten thousand euros), plus any tax that may be chargeable* » (nous soulignons).

marginale, uniquement appliquée en matière immobilière, et toujours selon le modèle d'une obligation alternative établie cette fois au profit du requérant.

264. Ce privilège accordé par la Cour à l'indemnisation n'est ni naturel, ni sans conséquences. Il n'est pas naturel, puisque d'autres formes lui sont offertes, comme la satisfaction, qui n'a pas à être réduite au seul constat de violation comme le montre la pratique de la Cour IADH. D'ailleurs, comme le notait le juge Cançado Trindade dans une opinion séparée sous l'arrêt *Villagran Morales* de Cour IADH, la réduction de la réparation au « *fixing of compensation of amounts of indemnizations* » ne permet pas réellement d'atteindre le but affiché de la réparation intégrale⁶²⁰. Or, l'indemnisation, sous-tendue par ce principe, a pour objet de réparer les dommages qui sont les conséquences des violations constatées par elle.

§2. La consistance économique du dommage comme objet de la réparation

265. Par ailleurs, l'objet de la réparation éventuellement octroyée au titre de l'article 41 concerne uniquement le dommage résultant de la violation constatée par la Cour. Dans la mesure où le dommage doit être la conséquence d'une violation, il est donc nécessaire de pouvoir établir un lien de causalité entre celle-ci et celui-là (B). L'obtention d'une réparation sous forme indemnitaire est cependant facilitée par l'acceptation large du dommage retenue par la Cour (A).

A. L'acceptation large de l'étendue du dommage

266. La Cour retient une acceptation large de l'étendue des dommages économiques, dont la survenance n'est pas corrélée à la nature économique ou non du droit violé (1). Plus encore, elle retient une acceptation large de l'étendue personnelle des dommages, en admettant sans difficulté que des sociétés commerciales à but lucratif puissent être indemnisées au titre du dommage moral (2).

⁶²⁰ Opinion séparée du juge Cançado Trindade sous l'arrêt Cour IADH, 26 mai 2001, *Villagran Morales et autres c. Guatemala*.

1. L'étendue matérielle : l'absence de corrélation entre la nature du dommage et la nature du droit violé

267. L'hypothèse la plus évidente de dommage économique est celle qui résulte des atteintes aux biens jugées illicites sur le fondement de l'article 1P1, qui sont de loin les plus visibles et sur lesquelles il n'est pas nécessaire de revenir dans le détail à ce stade⁶²¹. En revanche, il est intéressant de constater que, contrairement d'ailleurs aux hésitations des arbitres statuant en matière d'investissement, la Cour admet sans difficulté qu'une atteinte à des intérêts purement économiques soit également génératrice de dommages moraux, ces intérêts formant dès lors partie de l'intégrité et de l'intimité des requérants. À l'inverse, l'atteinte à des droits *a priori* dénués de caractère économique est pourtant susceptible de générer des dommages de nature économique. S'il n'est pas possible, ni d'ailleurs souhaitable, de dresser un panorama complet de ce type d'hypothèses, on distinguera néanmoins entre deux cas de figure.

268. Dans une première situation, et qui recoupe d'ailleurs le dommage résultant de ce lien causal « pur » dont parle B. Stern dans sa thèse⁶²², le dommage est de nature économique dans la mesure où l'atteinte qui lui est portée est elle-même de nature économique. Il s'agit généralement d'un *damnum emergens*, comme dans l'affaire *Lopez-Ostra*⁶²³ et dans toutes celles dans lesquelles l'atteinte portée au domicile de la victime se traduit par une diminution de sa valeur. Le préjudice économique peut également être constitutif, entièrement ou partiellement, de la violation, ce qui advient fréquemment en matière de condamnations fondées sur l'article 10. En effet, la plupart des condamnations en diffamation, ou prononcées sur le fondement de certaines législations particulières relatives au « négationnisme » ou au « terrorisme » jugées contraire à l'article 10 entraînent le paiement soit d'amendes, soit de condamnations au versement de dommages-intérêts, soit les deux. Or, la Cour ordonne à la fois le remboursement de l'amende⁶²⁴ – sous réserve que la perte soit réelle, c'est-à-dire que l'amende ait été effectivement versée⁶²⁵, et l'octroi de dommages-intérêts. Il en va de même

⁶²¹ Voy. *infra*, Chapitre 3.

⁶²² B. STERN, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, 382 p., spéc. p. 186.

⁶²³ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Lopez-Ostra c. Espagne*, n° 16798/90, Série A, n° 303-C, §§ 62-65.

⁶²⁴ Par exemple Cour EDH, 29 septembre 1999, *Öztürk c. Turquie*, n° 22479/93, CEDH 1999-VI, §80.

⁶²⁵ Encore que la Cour semble présumer que le paiement a été effectué, même en l'absence de preuve, quand le gouvernement défendeur n'en conteste pas l'existence : voy. Cour EDH, 26 avril 2005, *Falakaoglu c. Turquie*, n° 77365/01, § 41 : La Cour note que le requérant n'a pas produit de document attestant le paiement de l'amende.

pour toute autre condamnation dont le prononcé et les sanctions assorties emportent la violation d'une disposition substantielle de la Convention⁶²⁶. Ce type d'hypothèse ne se réduit toutefois pas à l'article 10, et peut être constaté dans les affaires impliquant l'article 9 par exemple⁶²⁷.

269. Dans un second cas de figure, le dommage économique est causé, certes indépendamment de la nature du droit exercé, mais également sans que l'atteinte causée aux victimes soit non plus de nature économique. Il s'agit alors en réalité de préjudices transitifs, dont les exemples les plus marquants se trouvent certainement dans la jurisprudence relative aux articles 2 et 3. La Cour octroie, sous réserve de l'établissement d'un lien de causalité suffisant⁶²⁸, des sommes en réparation des frais médicaux exposés par le requérant en raison des « blessures infligées (...) en violation de l'article 3 »⁶²⁹, ou des conditions de détentions et de l'absence de traitement médical adéquat⁶³⁰. Ces frais peuvent également, en principe, englober les frais futurs – sous réserve de l'établissement par la victime ou, le cas échéant, des requérants, de l'établissement suffisant de leur nécessité et de leur montant⁶³¹. Plus encore, lorsque le requérant est un proche de la victime dont le décès a été jugé contraire à l'article 2, les dépenses exposées pour l'organisation de son enterrement peuvent être prises en considération⁶³². Ils ne sont toutefois pas limités à ces deux articles, l'acceptation de ce type de préjudice ne pouvant dès lors pas être attribuée à leur « caractère fondamental » et à leur importance particulière au sein du droit conventionnel. En effet, les répercussions transitives de condamnations infligées de manière contradictoire avec certaines obligations substantielles de la Convention sont, elles aussi, susceptibles d'entraîner des préjudices économiques indirects. Par exemple, une condamnation à une peine de prison jugée contraire à l'article 10 qui entraîne

Toutefois, considérant que le Gouvernement n'a jamais prétendu l'absence d'un tel paiement et que cette peine est la conséquence directe de la violation de l'article 10 de la Convention, il y a lieu d'ordonner son remboursement.

⁶²⁶ Voy. par exemple en matière de liberté de réunion et d'association : Cour EDH, 14 septembre 2009, *Hyde Park et autres c. Moldavie*, (n° 5 et 6), n° 6991/08 et 5084/08, § 58 ; en matière de liberté de conscience religieuse :

⁶²⁷ Voy. par exemple : Cour EDH, 30 juin 2011, *Association Les Témoins de Jéhovah c. France*, n° 8916/05 : l'ingérence illicite constitutive du dommage résultait en l'espèce de la taxation par l'État français des dons manuels, principale source de financement de la requérante.

⁶²⁸ Voy. *contra*, s'agissant de frais médicaux engendrés par la nécessité de soigner les traumatismes psychologiques infligés au requérant : Cour EDH, 1^{er} mars 2001, *Berktaş c. Turquie*, n° 22493/93 ; il ne s'agit toutefois pas d'un rejet de principe, puisque le remboursement de tels frais a été octroyé par exemple dans l'affaire *Z et autres c. Royaume-Uni*.

⁶²⁹ Cour EDH (GC), 27 juin 2000, *Ilhan c. Turquie*, n° 22277/93, CEDH 2000-VII, § 109.

⁶³⁰ Cour EDH, 5 avril 2005, *Nevmerjitski c. Ukraine*, n° 54825/00, CEDH 2005-II, § 142.

⁶³¹ Cour EDH (GC), 27 juin 2000, *Ilhan c. Turquie*, *op. cit.*, § 109 : « Elle n'accorde aucune somme pour les frais médicaux futurs allégués, cette prétention n'ayant été étayée par aucune précision et revêtant ainsi un caractère largement spéculatif » (nous soulignons) ; pour une affaire où la Cour a accueilli la demande, voy. Cour EDH, 26 janvier 2006, *Mikheyev c. Russie*, n° 77617/01.

⁶³² Cour EDH, 14 février 2002, *Abdurrahman Orak c. Turquie*, n° 31889/96, § 106 : 457 euros octroyés.

le licenciement de la victime emporte *ipso facto* la perte des revenus professionnels pendant toute la durée de la détention⁶³³.

270. Il en va de même pour la dépréciation de la valeur du domicile des requérants qui serait causée par une action ou l'inaction de l'État en matière environnementale, sans qu'il soit besoin que la requête soit fondée sur l'article 1P1⁶³⁴. Ces externalités négatives peuvent en outre également se traduire par la détérioration de l'état de santé des requérants et les exposer à certains frais de santé qui constituent un dommage économique susceptible d'être indemnisé⁶³⁵.

271. Toute violation peut aussi – en principe – causer une perte de « *lucrum cessans* », c'est-à-dire une perte de revenus. C'est tout d'abord le cas des pertes de revenus potentiels découlant du décès illicite de la victime directe dans le chef de la victime indirecte qui présente ou maintient la requête devant la Cour⁶³⁶. *A fortiori*, cela inclut également la perte de revenus provoquée par l'incapacité de travailler, elle-même la conséquence de dommages corporels infligés en contrariété avec l'article 3, qui est elle aussi susceptible d'être indemnisée⁶³⁷. Plus encore, l'interdiction pour une station de radio d'émettre ses programmes en raison de la diffusion de chansons évoquant des affrontements entre la police et des militants indépendantistes peut entraîner la perte de revenus publicitaires⁶³⁸, ou pour un éditeur condamné à la destruction des livres illicitement jugés attentatoires à la « sureté de l'État »⁶³⁹. La perte de revenus peut également comprendre, non pas la différence entre des revenus potentiels et des revenus inexistant, mais la différence entre les revenus potentiels et des

⁶³³ Voy., avec un lecture *a contrario*, Cour EDH, 17 décembre 2004, *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, n° 3348/96, CEDH 2004-XI, § 128.

⁶³⁴ Voy. Cour EDH, 9 décembre 1994, *López Ostra c. Espagne*, n° 16798/90, § 65 : « [l]a Cour admet que Mme López Ostra a subi un certain dommage en raison de la violation de l'article 8 (art. 8) (paragraphe 58 ci-dessus) : la valeur de l'ancien appartement a dû diminuer et l'obligation de déménager a dû entraîner des frais et inconvénients » ; il n'est toutefois pas possible de déterminer dans quelle proportion a admis ce chef de dommage, puisqu'elle a recouru à la pratique de la « somme globale » en l'espèce.

⁶³⁵ Voy., bien que non retenu en l'espèce pour d'établissement du lien de causalité, Cour EDH, 27 janvier 2009, *Tătar c. Roumanie*, n° 67021/01, § 131.

⁶³⁶ Cour EDH, 24 avril 2003, *Aktas c. Turquie*, n° 24351/94, CEDH 2003-V, § 354 : la Cour octroie à la veuve du défunt, belle-sœur du requérant, une somme conséquente – 226 065 euros - au titre de la « perte de revenus ».

⁶³⁷

⁶³⁸ Bien que cela soit, étonnamment, rejeté en l'espèce ; Cour EDH, 30 mars 2006, *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yayın Ve Tanıtım AS c. Turquie (n°2)*, n° 11369/03, § 33 ; cette affaire se distingue selon nous de l'affaire *Centro Europa Srl et Di Stefano*, dans laquelle l'article 10 était invoqué – en sus de l'article 1P1 – pour défendre un droit de nature économique ; voy. *infra*.

⁶³⁹ Voy. Cour EDH, 16 mars 2000, *Ozgur Gundem c. Turquie*, n° 23144/93, § 80 ; la Cour rejette toutefois souvent ce type de prétention pour défaut de lien de causalité ou le caractère spéculatif de l'évaluation ; par exemple Cour EDH, 20 septembre 1999, *Öztürk c. Turquie*, n° 22479/93, CEDH 1999-VI, § 80.

revenus qui existent mais qui sont inférieurs à ce qu'ils auraient pu être en l'absence de violation⁶⁴⁰.

272. De la même manière, la Cour admet dans son principe que la violation d'une disposition de la Convention, pourtant *a priori* dénuée de toute portée économique, peut entraîner une perte de revenus. Il en va tout d'abord ainsi de la perte des revenus professionnels qu'aurait pu dégager la victime si elle n'était pas décédée⁶⁴¹. Néanmoins, le niveau du standard de preuve longtemps exigé par la Cour quant à l'existence *in concreto* du dommage a longtemps paralysé le jeu de la réparation. Ainsi, on comprend mal qu'en 2006, la Cour ait rejeté une demande de réparation portant sur les pertes découlant d'investissements déjà engagés par une société de radio empêchée d'émettre, autant que sur la perte de contrats publicitaires. Or, la société requérante avait fourni, s'agissant notamment des contrats publicitaires, les déclarations qu'elle avait effectuées auprès de l'organisme public turc compétent. La Cour, pourtant, comme dans l'ensemble des affaires liées à la violation de l'article 10 par l'État turc en matière d'expression politique, va rejeter la demande au motif que « les preuves soumises *ne permettent pas de parvenir à une quantification précise du manque à gagner* »⁶⁴². Le standard exigé ne semblait en outre pas tenir à la nature commerciale des activités de la société requérante, la Cour ayant tenu un raisonnement en tout point similaire s'agissant de personnes physiques sollicitant la réparation au titre des salaires perdus en raison de leur emprisonnement jugé contraire notamment à l'article 10⁶⁴³. Pourtant, le standard de preuve a été nettement assoupli par la suite, et tant la différence de motivation que la solution adoptée par la Cour dans l'affaire *Centro Europa et Di Stefano* sont frappantes. Relevant en effet que « les circonstances de la cause ne se prêtent pas à une évaluation précise du dommage matériel, le type de préjudice dont il est

⁶⁴⁰ Voy. ainsi Cour EDH, 22 mars 1983, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, nos 7511/76 et 774376, Série A, n° 60, § 26 : en l'espèce, le second requérant avait été exclu de son école en raison du non-respect par lui des règles de discipline, mais que la Cour avait néanmoins jugée comme contraire à l'article 2P1.

⁶⁴¹ Cour EDH (GC), 27 juin 2000, *Salman c. Turquie*, n° 21986/93, CEDH 2000-VII, §§ 135-137.

⁶⁴² Cour EDH, 30 mars 2006, *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayin Yayin Ve Tanitim AS c. Turquie (n°1)*, n° 64178/00, § 100 (nous soulignons) ; voy. déjà Cour (GC) 29 septembre 1999, *Öztürk c. Turquie*, n° 22479/93, CEDH 1999-VI, § 80 ; Cour EDH, 4 décembre 2007, *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayin Yayin Ve Tanitim AS c. Turquie (n°2)*, n° 11369/03, qui rejette une demande similaire avec des éléments de preuve détaillés, les juges Tulkens et Mularoni critiqueront le standard de preuve trop élevé imposé par la Cour.

⁶⁴³ Cour EDH, 15 octobre 2002, *Karakoc et autres c. Turquie*, n° 27692/95, § 69 : les preuves soumises ne permettent pas de parvenir à une quantification précise du manque à gagner résultant pour les requérants du constat de la violation de la Convention. En l'espèce, le requérant avait pourtant fourni « un certificat signé par le secrétaire général du syndicat Türk Harb-İş établissant que celui-ci n'a pas perçu son salaire de 43 788 541 TRL pendant sept mois en raison de sa détention » et qu'un « document signé par son employeur [stipulant] que le contrat de travail [du requérant] a été résilié unilatéralement en date du 1^{er} juin 1995 ».

question présentant de nombreux aléas et rendant impossible un calcul précis des sommes susceptibles de constituer une juste réparation »⁶⁴⁴, elle fera pourtant droit à la demande.

2. L'étendue personnelle : l'absence de corrélation entre la nature du dommage et l'objet statutaire des victimes

273. La Convention n'est ni muette ni vraiment éloquente au sujet des personnes morales : on sait qu'elles sont titulaires du droit au recours individuel à travers la formulation alambiquée d'« organisations non gouvernementales »⁶⁴⁵, et que, à l'exception de l'article 1P1, ses dispositions matérielles ne distinguent pas entre personnes physiques et morales⁶⁴⁶. Dès lors, la Cour a progressivement reconnu que les personnes morales étaient bénéficiaires d'un certain nombre de droits matériels garantis par la Convention⁶⁴⁷. Si l'octroi d'une satisfaction est une faculté attribuée à la Cour et non un droit conféré aux requérants il n'en demeure pas moins que la question pouvait dès lors être soulevée devant la Cour en cas de constat de violation. Or, il existe généralement deux grandes catégories de personnes morales dites « de droit privé » au sein des ordres juridiques nationaux : les associations et les sociétés, les premières se distinguant principalement des secondes par le caractère non lucratif de leur objet social⁶⁴⁸. Dans l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, une association requérante – aux côtés d'une société à responsabilité limitée qui ne revendiquait, elle, aucun dommage matériel – sollicitait l'octroi d'une indemnité « pour manque à gagner (...) à raison de la suspension des services de conseil en matière de grossesse »⁶⁴⁹. Cette association avait en effet pour objet la fourniture d'informations et de conseils sur l'interruption volontaire de grossesse, à l'époque prohibée par l'Irlande, mais aussi de consultations de santé⁶⁵⁰.

274. Face au gouvernement défendeur selon lequel cette prétention était « incompatible avec le statut de [la requérante], association sans but lucratif », la Cour estimera de manière

⁶⁴⁴ Cour EDH (GC), 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, *op. cit.*, § 218.

⁶⁴⁵ Art. 34 Conv. EDH.

⁶⁴⁶ Voy. l'article 1^{er} de la Conv. EDH, mais aussi les dispositions 2 à 14. Le fait que seul l'article 1P1 inclut expressément les personnes morales résulte d'ailleurs de la vocation au moins partiellement économique à laquelle le destinaient ses rédacteurs ; sur ce point, voy. *infra* Chapitre 3.

⁶⁴⁷ Voy. *infra*, Chapitre 4.

⁶⁴⁸ Cette distinction n'est évidemment pas uniforme, ni dans l'espace, ni dans le temps ; on pensera par exemple aux groupements d'intérêts économiques en droit français, ou à la récente volonté de supprimer le critère relatif au partage des bénéfices dans la définition légale des sociétés dans le Code civil français.

⁶⁴⁹ Cour EDH (plén.), 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, n° 14234/88 14235/88, Série A, n° 246-A, § 85.

⁶⁵⁰ *Idem*, § 9.

laconique que « même une association sans but lucratif, telle la requérante, peut subir un dommage matériel appelant une compensation ». Ne tenant pas compte de la particularité du dommage matériel allégué en l'espèce – sur lequel se fonde à l'inverse précisément le juge Matscher dans son opinion dissidente, la Cour a en réalité édicté dans cette affaire une compatibilité de principe entre un objet statutaire non lucratif et une demande d'indemnisation de tout dommage matériel qui n'a plus été depuis, à notre connaissance, contestée⁶⁵¹.

275. À l'inverse, et répondant ainsi aux inquiétudes soulevées par certains arrêts de la Cour⁶⁵², cette dernière a également admis qu'une société commerciale, c'est-à-dire poursuivant un but lucratif, puisse souffrir un dommage moral. Étonnamment, les parties à l'instance avaient construit leurs argumentations respectives sur l'unique question de savoir si une personne morale, indépendamment de son objet ou de sa nature, était susceptible d'éprouver un tel dommage⁶⁵³, alors que la Cour avait déjà admis une telle possibilité. Expliquant son silence dans l'affaire *Immobiliare Saffi* en raison des seules « circonstances de la cause », et sans même pouvoir constater l'existence d'un consensus en la matière au sein des États parties⁶⁵⁴, elle en conclut donc timidement qu'elle « ne peut donc exclure, au vu de sa propre jurisprudence et à la lumière de cette pratique, qu'il puisse y avoir, pour une société commerciale, un dommage autre que matériel appelant une réparation pécuniaire »⁶⁵⁵ et octroie, sans que l'on puisse déterminer dans quelles proportions, une indemnité au titre de « la situation d'incertitude » résultant de la violation en l'espèce⁶⁵⁶.

⁶⁵¹ Voy. les prétentions liées au manque à gagner résultant de l'interdiction de vente d'un ouvrage de la requérante dans Cour EDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, n° 39288/98, CEDH 2001-VIII §§ 78-80 : la question n'est pas soulevée par le gouvernement défendeur, et pas davantage *ex officio* par la Cour.

⁶⁵² La majeure partie des auteurs et la Cour elle-même mentionnent l'arrêt rendu en Grande Chambre dans l'affaire *Immobiliare Saffi*, duquel on ne pouvait pourtant induire un principe général : « la Cour ne juge pas nécessaire de se pencher sur la question de savoir si une société commerciale peut alléguer avoir subi un préjudice moral résultant d'un quelconque sentiment d'angoisse, puisque, eu égard aux circonstances de l'espèce, elle décide de ne rien allouer à ce titre » ; voy. en revanche Cour EDH, 27 février 1992, *Manifattura FL c. Italie*, n° 12407/86, Série A230-B, § 22 : « quant au tort moral allégué, à supposer que *Manifattura FL*, société commerciale, ait pu en éprouver un, le constat de violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) lui fournit en soi une satisfaction équitable suffisante aux fins de l'article 50 » (nous soulignons).

⁶⁵³ Cour EDH (GC), 6 avril 2000, *Comingersoll S.A. c. Portugal*, CEDH 2000-IV, n° 35382/97, §§ 27-28 : la requérante alléguait de la nécessité d'interpréter de manière cohérente l'ensemble des dispositions du mécanisme européen et de « tirer les conséquences, s'agissant de la réparation des dommages causés » par la violation de droits autrement reconnus aux personnes morales ; cette argumentation est étonnant dans la mesure où cette possibilité avait déjà été consacrée dans la jurisprudence de la Cour : voy. Cour EDH, *Vereinigung Demokratischer Österreicher et autres c. Autriche*, 19 décembre 1994 et *Parti de la liberté et de la démocratie c/ Turquie*, 9 décembre 1999.

⁶⁵⁴ Elle se contente de relever que « [m]ême s'il est difficile de déceler une norme commune précise, la pratique juridictionnelle dans plusieurs de ces États démontre que la possibilité de réparer l'éventuel dommage autre que matériel subi par une personne morale ne peut pas être écartée » (*idem* ; § 34).

⁶⁵⁵ *Idem*, § 35.

⁶⁵⁶ *Idem*, § 36.

276. Cette « banalisation »⁶⁵⁷ n'a depuis plus été contestée, et la Cour rappelle désormais que « selon sa jurisprudence, une personne morale, même une société commerciale, peut subir un dommage autre que matériel appelant une réparation pécuniaire »⁶⁵⁸. La pratique s'est d'ailleurs généralisée, la somme octroyée atteignant même parfois des montants importants⁶⁵⁹, y compris lorsque l'indemnité est octroyée au titre de l'ensemble des chefs de dommage⁶⁶⁰, ce qui laisse interrogatif quant à l'affirmation de la Cour selon laquelle ce dommage moral est susceptible d'être indemnisé quoique « dans une moindre mesure »⁶⁶¹. D'ailleurs, ce standard en principe moins élevé tient vraisemblablement uniquement à leur condition de personnes morales, et non à leur objet statutaire à proprement parler⁶⁶². Certes, les demandes des sociétés requérantes sont parfois rejetées, mais pour des motifs tenant aux circonstances de la cause et/ou de la procédure, c'est-à-dire au même titre que celles de personnes physiques ou de personnes morales dépourvues de but lucratif. De fait, s'il n'est pas question ici de surestimer les interrogations qu'entraîne la banalisation de cette pratique, force est de constater qu'elle contraste notamment avec la jurisprudence arbitrale majoritaire, puisque seul le tribunal dans l'affaire *Desert Line a*, à ce jour, accepté de réparer un tel dommage⁶⁶³. De plus, cette hypothèse a été limitée aux « circonstances exceptionnelles »⁶⁶⁴, ce qui traduit la perception d'une certaine contradiction entre l'objet des instruments de protection des investissements et le dommage moral⁶⁶⁵. D'autres sentences ont par la suite accepté d'examiner des demandes similaires, mais ont

⁶⁵⁷ L'expression est empruntée à J.-F. FLAUSS, « Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et droit des affaires », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2004, n° 5, pp. 408 et s., spéc. p. 416.

⁶⁵⁸ Voy. immédiatement après, Cour EDH, 2 août 2001, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie*, n° 35972/9, la Cour semble tenir ce fait pour acquis puisque la Cour ne prend plus systématiquement la peine de le rappeler.

⁶⁵⁹ Voy. Cour EDH, 30 octobre 2003, *Belvedere Alberghiera SRL c. Italie*, n° 31524/96 : 25 000 euros (763 691 euros au titre du dommage matériel) ; Cour EDH (satisfaction équitable), 2 octobre 2003, *Sovtransavto c. Ukraine*, n° 48553/99, § 82 : 75 000 euros (pour 500 000 euros de dommage matériel) ; Cour EDH, 10 février 2011, *Société anonyme Thaleia Karydi Axte c. Grèce*, 44769/07 : 25 000 euros (0 euros au titre du dommage matériel pour manque probatoire, alors que la société requérante sollicitait 11 000 000 euros).

⁶⁶⁰ Cour EDH (satisfaction équitable), 25 juillet 2013, *Agrokompleks c. Ukraine*, n° 23465/03 : 27 millions d'euros octroyés au titre de l'intégralité des dommages.

⁶⁶¹ Cour EDH, 6 avril 2000, *Comingersoll SA c. Portugal*, *op. cit.*, § 35 ; pour F. EDEL, s'agissant des violations de l'article 10, la « pratique demeure toutefois assez parcimonieuse » et la Cour serait « réticente à se placer sur le terrain préjudice moral » ; F. EDEL, « L'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme des victimes de la liberté d'expression », in J.-F. FLAUSS, E. LAMBERT ABDELGAWAD, *La pratique de l'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 229-257, spéc. pp. 248 et 253.

⁶⁶² La Cour applique en effet ce même standard aux autres personnes morales ; voy., s'agissant d'une paroisse, un diocèse et un archevêché constitués sous forme de personnes morales : Cour EDH (GC), 29 novembre 2016, *Paroisse Gréco-catholique Lupeni et autres c. Grèce*, n° 76943/11, *Rec.* 2016, § 182.

⁶⁶³ À notre connaissance, seule la sentence *Desert Line a* conduit à l'octroi de tels dommages : TA, CIRDI, 6 février 2008, *Desert Line Projects LLC contre République du Yémen*, n° ARB/05/17, § 286.

⁶⁶⁴ *Idem*, § 289

⁶⁶⁵ *Idem* : « Even if investment treaties primarily aim at protecting property and economic values, they do not exclude, as such, that a party may, in exceptional circumstances, ask for compensation for moral damages ».

continué à appliquer le standard des circonstances exceptionnelles et les ont rejetées sur ce fondement⁶⁶⁶.

277. La Cour ne perçoit donc pas de contradiction là où les acteurs d'un système à vocation économique en perçoivent. Dès lors que la Cour écarte l'incompatibilité par nature qui peut exister entre les deux, l'objet conventionnel – la protection des droits de l'homme – favorise la réparation du dommage moral. En ce sens, la Cour écarte la spécificité des personnes morales à but lucratif et ne semble les appréhender que comme des modalités juridiques d'organisation par des individus – directement ou non – d'une activité économique. Pourquoi ne pourraient-elles pas, dans cette perspective, subir un dommage moral alors qu'un individu envisagé dans sa dimension professionnelle et économique serait à même d'en ressentir ?⁶⁶⁷. D'ailleurs, parmi les nombreuses opinions séparées, seul le juge Matscher fut de l'avis qu'il existait une contradiction entre l'objet non lucratif et la revendication d'un dommage matériel constitué par un manque à gagner⁶⁶⁸.

B. L'appréciation variable du lien de causalité

278. La réparation, bien que casuistique par nature, n'en demeure pas moins une opération de qualification juridique. Outre qu'il doit exister matériellement, le dommage doit en effet être juridiquement réparable, c'est-à-dire résulter de la violation constatée. Cela a pour première conséquence d'exclure, en principe, la part des dommages dont la cause est extérieure à cette dernière, qu'elle réside dans le chef du requérant lui-même ou non (1). En revanche, alors qu'il est généralement admis que le lien de causalité, s'agissant du dommage économique et à l'inverse de la jurisprudence dominante en matière de dommage moral, n'est jamais présumé, il est très étonnant que la Cour ait recours à la notion de perte de chances pour indemniser des dommages incertains (2). L'appréciation pas toujours approfondie lien de causalité permet en outre une confusion contestable entre les dommages matériel et moral (3).

⁶⁶⁶ Voy. par exemple TA CIRDI, 13 août 2009, *Europa Cement Investment & Trade S.A. c. Turquie*, n° ARB(AF)07/2, § 181.

⁶⁶⁷ Dans l'affaire *Niemietz*, la Cour estime qu'en l'espèce le constat de satisfaction est suffisant pour réparer le préjudice moral « si et dans la mesure où [le requérant] a pu en éprouver un », mais elle rejette pas la possibilité ; Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, n° 13710/88, Série A, n° 250-B, § 43.

⁶⁶⁸ Opinion dissidente du juge Matscher sous l'arrêt *Open Door et Dublin Well Woman*, § 5 : « si cette requérante est une association idéaliste, sans but lucratif, comme elle a voulu le laisser entendre à la Cour, elle n'est pas en droit de réclamer une indemnité pour manque à gagner : si au contraire elle agit également en tant qu'entreprise commerciale - agence de voyages spécialisée - toute l'affaire devrait se présenter aussi à la majorité sous un éclairage bien différent ».

1. L'exclusion de la part du dommage externe à la violation

279. L'exigence d'un lien de causalité permet de sanctionner les contributions des victimes au dommage subi. Lorsque la victime se trouvait déjà dans une situation économique difficile, la Cour rejette généralement sur ce fondement les prétentions au titre du dommage matériel. Ainsi, une société requérante qui était déjà dans une situation économique difficile, situation qui a entraîné le déclenchement et l'aboutissement d'une procédure jugée contraire aux articles 1P1 et 6 § 1 ne saurait obtenir réparation du dommage matériel en raison d'un lien de causalité incertain⁶⁶⁹.

280. En revanche, s'il semble excessif d'affirmer qu'il existerait en droit européen une obligation d'atténuer son propre dommage comme il peut en exister par exemple en droit international de l'investissement⁶⁷⁰, la Cour sanctionne parfois la contribution du requérant à l'aggravation du dommage subi sur le fondement de l'exigence d'un lien de causalité. Ainsi, dans l'affaire *Campbell et Cosans*, le second requérant entendait obtenir réparation du dommage matériel résultant de son exclusion temporaire par un établissement scolaire, à cause de laquelle il n'aurait pas pu se présenter à ses examens, ce qui aurait amoindri « durablement ses chances et perspectives d'emploi »⁶⁷¹. La Cour va néanmoins relever que, d'une part, « même sans exclusion, la scolarité du requérant n'aurait sans doute conduit qu'à une qualification modeste » et qu'il était en outre « resté fort longtemps sans s'inscrire à l'agence locale pour l'emploi » et que, par conséquent, « si la mesure incriminée [l'exclusion, *ndlr*] a bien pu contribuer aux difficultés matérielles éprouvées par [le requérant], on ne saurait y voir

⁶⁶⁹ Cour EDH, 2 juin 2016, *International Bank for Commerce and Development AD et autres c. Bulgarie*, n° 7031/05, § 161 : « [t]he position in relation to the breach of Article 1 of Protocol No. 1 flowing from the prosecuting authorities' decisions with respect to the bank's management is somewhat more complicated. As shown from the steps taken by the BNB in the wake of those decisions, they gave rise to considerable uncertainty about which persons were entitled to manage and represent the bank, which in turn inhibited the efforts to remedy its already dire financial situation. However, it appears that the bank had serious financial problems even before those decisions. The Court is therefore not persuaded that, had it not been for the prosecuting authorities' decisions, the bank would have been able to overcome those problems and avoid insolvency. All of this leads to the conclusion that the requisite causal link between the breach and the alleged loss has not been sufficiently made out » (nous soulignons; références omises).

⁶⁷⁰ Le tribunal arbitral dans l'affaire *SAUR International* a même affirmé qu'il s'agissait là d'un « well-established principle in investment arbitration », TA CIRDI, 11 juin 2012, *EDF International SA, SAUR International SA & Leon Participaciones Argentinas SA c. Argentine*, n° ARB/03/23, § 1301 ; voy. *contra* en droit français, M. MEKKI, « L'exception française : non à l'obligation de minimiser le dommage ! », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 153, pp. 16-17, qui note que la Cour de cassation refuse de consacrer une telle obligation même en cas de « préjudice économique ».

⁶⁷¹ Cour EDH, 22 avril 1983, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, n° 7511/76, Série A, n° 60, § 23.

la principale cause »⁶⁷². De la même manière, la Cour n'hésite pas à rejeter ou tempérer les demandes formulées par des requérants qui ont contribué au dommage matériel en ne donnant pas suite à une offre de négociation⁶⁷³. La Cour apprécie d'ailleurs cette exigence plus sévèrement dans le cadre de la réparation que dans le cadre du constat de violation⁶⁷⁴.

281. Sur le même fondement, la causalité économique *externe* au requérant et à la violation d'un dommage matériel conduit en principe à l'exclusion, totale ou partielle, du dommage juridiquement réparable. Cette causalité externe peut résulter d'une situation économique générale. Ainsi, dans l'affaire *Campbell et Cosans* précitée, la Cour avait également motivé l'octroi d'une indemnité relativement faible en raison de « la situation économique actuelle », dans laquelle « beaucoup de ceux qui ont achevé leurs études et leur formation ont eux aussi du mal à trouver un emploi »⁶⁷⁵. Elle peut aussi résulter des agissements particuliers d'un tiers uniquement, ou d'un tiers et de l'État défendeur à la fois. Une telle coexistence de responsabilités partagées a même parfois conduit la Cour à rejeter en bloc les prétentions des requérants, sans qu'elle détermine réellement la part qui demeurerait pourtant imputable à l'État défendeur. Par exemple, dans les affaires *Lo Tufo* et *Mascolo*, la Cour avait reconnu l'existence d'une violation de l'article 1P1 en raison de l'impossibilité pour les requérants d'obtenir le concours de la force publique italienne pour assurer l'expulsion des occupants sans titre de leurs appartements. Dès lors, dans l'affaire *Lo Tufo*, les requérantes demandaient réparation du manque à gagner correspondant. Or, la Cour va relever que « [l]a violation du droit des requérantes au respect de leur bien est avant tout la conséquence du comportement illégal du locataire » et rejeter la demande⁶⁷⁶. Comme le relève le juge Spielmann dans une opinion concordante, la Cour n'a dès lors pas pleinement tiré les conséquences de cette responsabilité partagée, puisqu'elle a rejeté intégralement les prétentions matérielles⁶⁷⁷.

⁶⁷² *Idem*, § 26 ; la portée réelle de l'exclusion de la part du dommage n'est pas vérifiable en l'espèce en raison de l'octroi d'une indemnité *in globo*.

⁶⁷³ Cour EDH, 4 juillet 2019, *Svitlana Ilchenko c. Ukraine*, n° 47166/09, § 87 : « *in making this assessment the Court cannot overlook the fact that there were factors mitigating the seriousness of the interference with the applicant's right to peaceful enjoyment of her possessions. Firstly, while the applicant's failure to follow up on the offer to negotiate was not sufficient for the Court to find that there had been no violation of her rights it is still a relevant consideration* » (références omises).

⁶⁷⁴ *Idem*.

⁶⁷⁵ Cour EDH, 22 avril 1983, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 26.

⁶⁷⁶ Cour EDH, 21 avril 2005, *Lo Tufo c. Italie*, n° 64663/01, §§ 68-69.

⁶⁷⁷ Opinion concordante du juge Spielmann à laquelle se rallie le juge Loucaides sous Cour EDH, 21 avril 2005, *Lo Tufo c. Italie*, *idem*, spéc. pts. 10-19 ; cette question « à elle seule aurait justifié le dessaisissement en faveur de la Grande Chambre ».

282. La sévérité excessive de cette solution contraste alors d'autant plus avec la mobilisation par la Cour de la notion de perte de chances, qui confine à l'indemnisation d'un dommage économique entièrement spéculatif.

2. L'acceptation du dommage économique incertain : l'indemnisation de la perte de chances

283. Le contenu de la notion de perte de chances, indépendamment de l'ordre juridique considéré, est toujours difficile à cerner⁶⁷⁸. La Cour de cassation française l'a un temps définie comme « la perte de possibilité d'un évènement favorable »⁶⁷⁹. Or, malgré certaines hésitations doctrinales, elle semble bel et bien relever dans la jurisprudence de la Cour de la catégorie des dommages matériels. En effet, en dépit d'une formulation il est vrai ambiguë, l'observation des arrêts octroyant une réparation pour perte de chance permet de rendre compte que la Cour la dissocie du dommage moral. Après avoir relevé que « pareille perte de chances réelles justifie en l'espèce l'octroi d'une satisfaction équitable », elle poursuit : « [à] quoi s'ajoute le préjudice moral que la violation » a entraîné⁶⁸⁰. Plus encore, dans l'affaire *Sovtransavto Holding*, l'analyse au titre de la perte de la chance a été conduite par la Cour dans la subdivision de l'arrêt consacrée au dommage matériel⁶⁸¹. Il faut donc en déduire que la perte de chance vise à réparer partiellement le dommage matériel qui résulte de violations procédurales, sans qu'il puisse être tenu pour certain que le requérant aurait obtenu gain de cause en l'absence desdites violations.

284. Or, de cette définition de la perte de chances découle sa fonction principale au sens de la jurisprudence de la Cour. Comme l'a très tôt noté J.-F. Flauss⁶⁸², elle pallie en principe l'absence de possibilité de réouverture des procédures internes, puisque la réouverture suffirait

⁶⁷⁸ Voy. par exemple C. SINTEZ, « La perte de chance : une notion en quête d'unité », *LPA*, 2013, n° 218, pp. 9-14, qui note qu'en droit civil français, la définition, le domaine et la distinction avec d'autres chefs de préjudices restent incertains.

⁶⁷⁹ Cass. crim., 18 mars 1975, cité in C. SINTEZ, « La perte de chance : une notion en quête d'unité », op. cit., p. 12.

⁶⁸⁰ Cour EDH, 9 mars 1984, *Goddi c. Italie*, n° 8966/80, Série A, n° 76, § 35 : il s'agissait en l'espèce d'une violation de l'article 6 § 3 c) ; voy., la même formulation, s'agissant d'une violation de l'article 6 § 1 : Cour EDH, 12 février 1985, *Colozza c. Italie*, n° 9024/80, Série A 89, § 38.

⁶⁸¹ Cour EDH (satisfaction équitable), 2 octobre 2003, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, n° 48553/99, spéc. §§ 51-72.

⁶⁸² J.-F. FLAUSS, « Droit administratif et Convention européenne des Droits de l'homme », *AJDA*, 1993, p. 105 et s. : s'agissant de l'affaire *Geouffre de La Pradelle*, il note en effet que, « [à] bien des égards, la réparation de la perte d'une chance constitue, dans le présent cas de figure, un palliatif à l'absence de procédure de révision des jugements administratifs définitifs rendus en violation de la CEDH, à la suite de la constatation de cette violation par la Cour ».

alors à la réparation intégrale et la Cour n'aurait – théoriquement – pas à octroyer de satisfaction équitable en vertu du principe de subsidiarité. En effet, lorsque la Cour constate la violation de garanties procédurales, comme le manque d'impartialité des juridictions qui ont eu à connaître de l'affaire, l'absence de respect du contradictoire ou même la violation du droit d'accès à un tribunal, elle ne peut pas savoir si, en l'absence de telles violations, la requête initiale du requérant aurait abouti et s'il aurait obtenu la satisfaction de l'intérêt économique poursuivi. De fait, la pratique est très aléatoire : parfois la Cour rejette toute indemnisation sur ce motif⁶⁸³, parfois elle semble rattacher la perte de chance au dommage moral et matériel⁶⁸⁴ et parfois, enfin, au seul dommage matériel⁶⁸⁵.

285. C'est d'ailleurs ce qu'elle affirme quasiment systématiquement quand elle retient qu'« [e]lle ne saurait certes spéculer sur ce qu'eût été l'issue du procès dans le cas contraire »⁶⁸⁶. Lorsqu'elle décide néanmoins d'octroyer une certaine réparation à ce titre, elle ajoute qu'elle « n'estime pas déraisonnable de penser que l'intéressée a subi une perte de chances »⁶⁸⁷. Or, le montant octroyé semble systématiquement inférieur au montant du dommage matériel sollicité par les requérants, cette évaluation à la baisse traduisant la nature équitable et spéculative de l'indemnisation⁶⁸⁸. D'ailleurs, la Cour est consciente de cela puisqu'elle semble d'autant plus encline à octroyer une indemnisation à ce titre lorsqu'elle dispose d'indices sérieux, ou d'une

⁶⁸³ Au sujet du placement d'une banque sous liquidation judiciaire : Cour EDH, 21 octobre 2003, *Credit and Industrial Bank c République tchèque*, op. cit., § 88 : « While the placing of the applicant bank in compulsory administration might well have had adverse financial consequences for the bank, the Court cannot speculate as to what the result of proceedings might have been if the applicant bank had been able to bring the imposition of this measure before a court with full jurisdiction. No award can therefore be made in respect of pecuniary damage ».

⁶⁸⁴ Cour EDH, 2 mai 2013, *Kristiansen et Tyvik As c. Norvège*, n° 25498/08, § 62 : « The Court observes that an award of just satisfaction can only be based on the fact that the applicants did not have the benefit of all the guarantees of Article 6 § 1. It cannot speculate as to the outcome of any judicial review proceedings that they could have pursued had the position been otherwise. On the other hand, the first applicant must have suffered anguish and distress from the violation which this finding cannot adequately compensate. Deciding on an equitable basis, the Court awards the first applicant a total amount of EUR 15,000 under this head ».

⁶⁸⁵ Voy. par exemple : Cour EDH (GC), 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France*, n° 34869/05, §§70-72 : le requérant sollicitait, au titre du dommage matériel, le montant initialement octroyé par le conseil des prud'hommes (82 224,60 euros), jugement ensuite infirmé par la cour d'appel qui a déclaré la requête irrecevable, ce qu'a confirmé la Cour de cassation, au nom de l'immunité de juridiction des États, ainsi que 2000 euros au titre du dommage moral ; la Cour octroie 60 000 euros au titre de la perte de chances, soit 71% de ses prétentions totales et 75% de ses prétentions matérielles ; l'existence d'une première décision, même infirmée semble à cet égard déterminante, puisque dans l'affaire *Cudak*, pour une question de droit quasiment identique, la Cour n'octroiera que 10 000 euros, représentant 0,05% des prétentions, certes élevées, de la requérante : Cour EDH (GC), 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie*, Rec. 2010, n° 15869/02, §§ 77-79.

⁶⁸⁶ *Idem*.

⁶⁸⁷ Cour EDH (GC), 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie*, n° 15869/02, CEDH 2010, § 79.

⁶⁸⁸ *Idem*.

sorte d'intime conviction, qui lui permettent d'estimer que la victime aurait obtenu gain de cause.

286. Dans l'affaire *Cudak*, par exemple, dans laquelle la Grande Chambre constate que le droit d'accès à un tribunal a été violé parce que les juges nationaux s'étaient déclarés incompetents pour connaître de la légalité du licenciement par une ambassade sur le fondement de l'immunité de l'État employeur, la Cour dispose d'éléments particuliers⁶⁸⁹. Parfois, néanmoins, l'octroi apparaît beaucoup plus discrétionnaire⁶⁹⁰, alors même que les montants octroyés peuvent être conséquents⁶⁹¹. Dès lors, en substituant la perte de chance à l'exigence d'un lien de causalité, la Cour indemnise des préjudices économiques incertains, non sans créer une inégalité avec les cas dans lesquels elle décide de ne pas recourir à cette « quasi-fiction »⁶⁹². On comprend mal, par exemple, que les requérants dans les affaires *Cudak* et *Sabeh El Leil* aient été indemnisés au titre de la perte de chance alors qu'aucune somme n'a été octroyée à ce titre dans l'affaire *Credit and Industrial Bank* dans laquelle la société requérante n'avait pas bénéficié de l'accès à un tribunal pour contester la révocation de sa licence bancaire⁶⁹³.

⁶⁸⁹ Comme elle le note elle-même, en l'espèce, « il y avait des faits constitutifs d'un harcèlement sexuel constaté par le médiateur lituanien pour l'égalité des chances » (§ 72).

⁶⁹⁰ Voy. par exemple Cour EDH, 16 décembre 1992, *De Geouffre de La Pradelle c. France*, n° 12964, § 39 : rien n'indique en effet que, si un recours effectif devant le Conseil d'État avait été disponible, le requérant aurait obtenu l'annulation ou l'abrogation de la décision de classement qui l'avait empêché de mener à bien son projet de construire une « micro-centrale » électrique, et donc que le dommage résultant du manque à gagner résulte bien de la violation constatée ; la Cour octroie pourtant 100 000 francs français ; de la même manière, dans l'affaire *Sovtransavto Holding*, la Cour n'est pas à même d'établir que, si la procédure interne par laquelle la requérante avait contesté les décisions ayant conduit à la diminution de la part qu'elle détenait dans le capital d'une entreprise ainsi que leur dépréciation avait satisfait aux exigences d'impartialité et d'indépendance, elle aurait conservé un droit de vote décisif et les actions leur valeur ; la Cour se contente alors de relever qu'elle souligne toutefois un fait objectif : la diminution de la participation au capital, ramenée de 49 % à 20,7 %. Pareille diminution a eu lieu lors d'une procédure judiciaire qui, selon la Cour, ne répondait pas aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention et qui, surtout, a violé l'obligation positive découlant de l'article 1 du Protocole n° 1 » et que « [p]ar là même, la requérante a subi une importante perte de chances réelles qui doit donner lieu à indemnisation » (§§ 70-71).

⁶⁹¹ Voy. Cour EDH, 2 octobre 2003, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, *op. cit.*, § 72 : la Cour octroie 500 000 euros à ce seul titre.

⁶⁹² A. GARIN, « La perte de chance, un préjudice indemnisable : contribution à une problématique de l'indemnisation du dommage par la Cour européenne des droits de l'homme, in J.-F. FLAUSS, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, VIII-357 p., pp. 155-185, spéc. p. 173 ; comp. par exemple avec Cour EDH, 12 février 2003, *Chevrol c. France*, n° 49636/99, CEDH 2003-III, §§ 86-89 : la requérante sollicitait la réparation d'un manque à gagner résultant du rejet de sa requête par le Conseil d'État s'élevant à 3 338 494 euros ; la Cour notera simplement qu'elle « ne saurait spéculer sur les conclusions auxquelles le Conseil d'État aurait abouti » pour rejeter la demande.

⁶⁹³ Cour EDH, 21 octobre 2003, *Credit and Industrial Bank c. République tchèque*, *op. cit.*, § 88 : la Cour se contente de noter que : « [a]s to the applicant bank's claim in respect of pecuniary damage, the Court finds that no causal link has been established between the alleged pecuniary damage suffered and the violation of Article 6 of the Convention found by the Court in its judgment. While the placing of the applicant bank in compulsory administration might well have had adverse financial consequences for the bank, the Court cannot speculate as to what the result of proceedings might have been if the applicant bank had been able to bring the imposition of this measure before a court with full jurisdiction. No award can therefore be made in respect of pecuniary damage » (nous soulignons).

3. La porosité contestable entre le dommage moral et le dommage matériel.

287. La Cour admet qu'une ingérence illicite dans le droit au respect de biens puisse à la fois entraîner un préjudice matériel et un préjudice moral. Cette solution confirme l'absence de contradiction inhérente perçue par la Cour entre les dommages économiques et non économiques. Vraisemblablement admise par la CIJ⁶⁹⁴, mais généralement rejetée par les arbitres de l'investissement⁶⁹⁵, cette solution n'est pas non plus universelle parmi les juridictions statuant en matière de droits fondamentaux. Le Conseil constitutionnel français estime, au fond, « qu'aucune exigence constitutionnelle n'impose que la collectivité expropriante, poursuivant un but d'utilité publique, soit tenue de réparer la douleur morale éprouvée par le propriétaire »⁶⁹⁶.

288. Les chefs de dommage moraux sont multiples dans la jurisprudence de la Cour et, par nature, difficiles à circonscrire et à identifier abstraitement et *a priori*. Certains auteurs en concluent d'ailleurs qu'il faudrait définir le préjudice moral négativement, c'est-à-dire comme « préjudice non économique »⁶⁹⁷, position à laquelle a pu sembler se rallier épisodiquement la Cour EDH⁶⁹⁸. Or, une telle définition négative aurait pour intérêt majeur de permettre plus aisément la distinction entre les versants économiques et non économiques de dommages pourtant identiques. On sait en effet que, de manière générale, figurent notamment parmi les chefs de dommage moral l'angoisse ressentie par la victime, l'incertitude quant à sa propre

⁶⁹⁴ Du moins, les dommages matériels subis par M. Diallo sont-ils en considération au titre de facteur aggravant dans la détermination de la consistance du dommage ; voy. CIJ, *Ahmadou Sadou Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 19 juin 2012, *Rec.*, 2012, § 23.

⁶⁹⁵ Voy. *infra* l'affaire *Desert Line*.

⁶⁹⁶ Cons. const., 21 janvier 2011, n° 2010-87 QPC, *M. Jacques S [Préjudice résultant de l'expropriation]*, cons. 5.

⁶⁹⁷ Voy. L. HENNEBEL, et H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 1406 ; la question, inhérente à l'idée même de dommage moral, n'est pas limitée au droit européen des droits de l'homme.

⁶⁹⁸ La Cour parle parfois de « préjudice autre que matériel », mais principalement lorsque la distinction pose, dans l'affaire sur laquelle statue, une difficulté particulière : voy. par exemple Cour EDH (GC), 6 avril 2000, *Comingersoll SA c. Portugal*, § 36 ; voy. *contra* la position de la Cour IADH, 26 mai 2001, *Villagran et autre c. Guatemala*, *op. cit.*, § 84 qui définit le dommage « immatériel » comme « les effets nocifs des faits de l'affaire qui n'ont pas un caractère économique ou patrimonial » (nous soulignons).

Voy. par exemple, s'agissant du licenciement d'un célèbre journaliste et présentateur de télévision, Cour EDH, 29 février 2000, *Fuentes Bobo c. Espagne*, n° 39293/98, § 57 : « [e]nfin, il apparaît difficile de dissocier en l'espèce le préjudice matériel du préjudice moral compte tenu de la notoriété du requérant dans sa sphère d'activité. Dans ces conditions, la Cour, statuant en équité comme le veut l'article 41, lui alloue, tous dommages confondus, la somme de 1 000 000 ESP » ; voy. déjà Cour EDH (satisfaction équitable), 9 juin 1988, *B. c. Royaume-Uni*, n° 9840/02, Série A, §§ 10-12.

situation et les atteintes à sa réputation. Or, s'agissant de ce dernier chef par exemple, la Cour ne semble pas toujours distinguer nettement entre les effets économiques de l'atteinte et son versant purement moral.

289. Ainsi, dans la très critiquée décision *Beyeler*, le requérant, au profit duquel la Cour avait reconnu une violation de l'article 1P1, sollicitait un million de dollars américain au titre du préjudice moral, qui comprenait selon lui le « préjudice que les mesures litigieuses auraient causé à sa réputation de marchand d'art international »⁶⁹⁹, le gouvernement défendeur ne contestant d'ailleurs pas le principe de cette inclusion de cette réputation dans la sphère morale⁷⁰⁰. Pourtant, l'atteinte alléguée avait pour seule assise la réputation *professionnelle* du requérant, et inclut dès lors indiscutablement une part de dommage matériel, au titre notamment de *lucrum cessans*⁷⁰¹. Pratiquant ici encore l'octroi d'une indemnité *in globo*, on ne peut savoir avec certitude dans quelle mesure la Cour a accueilli cette demande, mais il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'une pratique généralisée.

290. En effet, l'étude de la jurisprudence de la Cour en la matière montre qu'elle prend en considération la réputation des sociétés commerciales au titre du dommage moral⁷⁰². Plus encore, elle accepte même d'enrichir la consistance du dommage moral avec la protection des marques commerciales *stricto sensu*. Ainsi, dans l'affaire *Sovtransavto Holding*, la requérante, qui sollicitait un million de dollars américains au titre du dommage moral, alléguait que la violation avait « provoqu[é] des doutes quant à la fiabilité d'une telle société mais aussi m[is] forcément en cause la *réputation* de la marque que cette société utilise »⁷⁰³. Le gouvernement défendeur ne relevait pour sa part qu'à titre subsidiaire que « la perte d'un marché ne peut en aucun cas être considérée comme un dommage moral »⁷⁰⁴. La Cour va au contraire affirmer sur ce point que « cette incertitude a dû *porter atteinte à la réputation de la marque elle-même aux yeux des clients actuels et potentiels* »⁷⁰⁵. Or, si on peut concevoir qu'une marque relève à la

⁶⁹⁹ Cour EDH (satisfaction équitable), 28 mai 2002, *Beyeler c. Italie*, n° 33202/96, § 11.

⁷⁰⁰ Entérinant au contraire cela, il faisait simplement valoir que le requérant était lui-même à l'origine de ladite atteinte à la réputation ; *idem*, § 17.

⁷⁰¹ Mais pas seulement, lorsque l'on pense par exemple à la protection juridique dont bénéficie dans certains cas la *marque*, qui devient *per se* un banal élément patrimonial et dont l'atteinte pourrait dès lors s'analyser comme un simple *damnum emergens*.

⁷⁰² Cour EDH (GC), 6 avril 2000, *Comingersoll SA c. Portugal*, *op. cit.*, § 35.

⁷⁰³ Cour EDH, 2 octobre 2003, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, *op. cit.*, § 74 (nous soulignons).

⁷⁰⁴ *Idem*, § 76.

⁷⁰⁵ *Idem*, § 80, *in fine* (nous soulignons) ; pour mémoire, la requérante était une société holding possédant plusieurs sociétés sous le même nom en Europe, et qui alléguait de la contrariété aux articles 1P1 et 6§1 des procédures

fois d'un intérêt économique et d'un attachement moral, il est frappant de constater que cela permit à la société requérante de faire valoir au titre du dommage moral des dommages qui, dans leur versant matériel, n'étaient en l'espèce pas couverts par les droits invoqués.

291. De la même manière, la Cour n'hésite pas à inclure « les troubles causés à la gestion de l'entreprise elle-même »⁷⁰⁶, d'autant plus facilement lorsque ces troubles se traduisent par une « *prolonged uncertainty in the conduct of business* »⁷⁰⁷. Faisant fi ici du voile social, elle accepte également de réparer le dommage moral subi par les sociétés du fait de « l'angoisse et [d]es désagréments éprouvés par les membres de organes de direction »⁷⁰⁸. Le voile social ne vient que limiter la prise en considération du dommage, qui ne sera réparé que « dans une certaine mesure ». Cela une incohérence, non avec l'objet de la personne morale, mais avec la reconnaissance à son profit de l'attribution de dommages moraux. Si la protection conventionnelle est octroyée aux personnes morales, sans égard à la finalité lucrative de leur objet, on voit mal en effet en quoi la problématique se distingue de la protection au titre des attributs moraux d'un individu de ses activités professionnelles et lucratives⁷⁰⁹. Il s'agit donc moins d'une problématique liée à la portée de l'anthropomorphisme appliqué aux personnes morales que de la conception intrinsèque des liens entre l'individu, directement ou indirectement, conçu comme agent économique et l'individu comme sujet d'humanité. D'ailleurs, si la question n'est guère plus contestée devant la Cour⁷¹⁰, elle l'est toujours devant les tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissement, pour qui l'objet économique des traités qui fondent leur compétence empêcherait l'octroi de dommages moraux⁷¹¹.

ayant conduit à sa perte de contrôle d'une société ukrainienne, ce qui explique qu'une atteinte existe malgré la dissolution de la filiale nationale.

⁷⁰⁶ Cour EDH (GC), 6 avril 2000, *Comingersoll SA c. Portugal*, *op. cit.*, § 35.

⁷⁰⁷ Parmi d'autres, Cour EDH, 25 juillet 2013, *Agrokompleks c. Ukraine*, *op. cit.*, § 92.

⁷⁰⁸ Cour EDH (GC), 6 avril 2000, *Comingersoll SA c. Portugal*, *op. cit.*, § 35.

⁷⁰⁹ Encore que le raisonnement semble pouvoir être valablement tenu dans le sens inverse ; V. WESTER-OUISSE note ainsi que la Cour de cassation française a déjà, pour sa part, estimé qu'« un préjudice professionnel d'une personne physique ne pouvait être qu'un préjudice d'ordre patrimonial » ; « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », *JCP G*, 2009, n° 10-11, pp. 15-19, § 8 ; l'arrêt auquel il est fait référence est : Civ. 2^{ème}, 7 octobre 2004, n° 03-15.034.

⁷¹⁰ Par récemment, malgré une indemnisation calculée *in globo* : Cour EDH (GC), 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, n° 20261/12, *Rec.* 2016, §§ 188-191 ; Cour EDH, 27 septembre 2005, *Petri Sallinen et autres c. Finlande*, n° 50882/99, § 114 ; voy. *contra* l'opinion dissidente de la juge Grève sous l'arrêt *Beyeler*, qui critique le montant octroyé au titre du dommage moral au motif que « le requérant était principalement animé par des préoccupations d'ordre pécuniaire » ;

⁷¹¹ Voy. *supra* ; même lorsque les arbitres accueillent favorablement l'idée, ils notent, à l'inverse de la Cour, que « [e]ven if investment treaties primarily aim at protecting property and economic values, they do not exclude, as such, that a party may, in exceptional circumstances, ask for compensation for moral damages » ; *Desert Lines*, § 289 (nous soulignons).

292. S'il n'est pas possible d'affirmer avec certitude qu'il existe une causalité entre la confusion notionnelle entre les dommages matériel et moral d'une part, et le niveau d'indemnisation octroyé au titre du second d'autre part, force est néanmoins de constater une certaine corrélation entre les deux. En d'autres termes, il semble que le niveau d'indemnisation octroyé au titre du dommage moral soit corrélé au montant des enjeux matériels soulevés par l'affaire. Outre qu'une analyse systémique est encore ici empêchée, notamment par la pratique de l'indemnisation *in globo*, cela expliquerait qu'il ait pu être accordé 75 000 euros à la société *Sovtransavto*, qu'une partie des 1 300 000 euros octroyés à M. Beyeler ou des 23 000 000 d'euros octroyés à la société *Agrokompleks* dédommagent également le dommage moral subi tandis qu'à l'inverse, des montants bien plus faibles aient été octroyés en réparation de violations plus attentatoires à la dignité humaine pour des requérants provenant des mêmes pays et à des époques comparables⁷¹². Il est d'autant plus légitime de suspecter un lien de causalité que la Cour n'est pas la seule juridiction à effectuer une telle association. En matière de droit international des investissements par exemple, un des rares tribunaux arbitraux à avoir octroyé un montant considérable – 1 000 000 de dollars américains – au titre du dommage moral constitué, notamment, par le traitement réservé aux dirigeants de la société, avait justifié sa solution en ce que « *this amount is indeed more than symbolic yet modest in proportion to the vastness of the project* »⁷¹³. La Cour reconnaît elle aussi parfois le caractère inextricable de ce type de dommage, mais généralement pour légitimer la pratique de l'octroi *in globo* d'indemnités et la détermination plus approximative du montant de l'indemnité octroyée.

293. En effet, dans la mesure où la réparation prend principalement la forme d'une indemnité, cela implique pour la Cour d'être en mesure d'en déterminer le montant, c'est-à-dire de procéder à une quantification en termes économiques du dommage « réparable », ce qui implique que la Cour se saisisse à nouveau du fait économique.

⁷¹² Comp. l'affaire *Sovtransavto* avec Cour EDH, 29 avril 2003, *Poltoratski c. Ukraine*, n° 38812/97 : condamnation sur le fondement de l'article 3 au titre des conditions de détention « dans le couloir de la mort » ; la Cour octroie 2000 euros au titre du préjudice moral résultant de l'anxiété d'une condamnation à mort finalement commuée cinq ans après avoir été dénoncée ; s'agissant de l'affaire *Agrokompleks*, com. avec Cour EDH, 17 janvier 2013, *Sizarev c. Ukraine*, n° 17116/04, § 173 : la Cour reconnaît une violation des volets matériel et substantiel de l'article 3 et des articles 5 § 1 à 5 § 4, et octroie la somme de 9 000 euros au titre du dommage moral (le requérant en sollicitait 50 000) ; s'agissant enfin de l'affaire *Beyeler*, il est plus difficile de procéder à une telle comparaison sommaire, puisqu'aucune condamnation de l'Italie sur le fondement des articles 2, 3 ou 5 n'est intervenue dans une époque contemporaine à l'affaire.

⁷¹³ TA CIRDI, 6 février 2008, *Desert Line Projects LLC c. République du Yémen*, n° ARB/05/17, § 291.

SECTION 2 : LE FAIT ÉCONOMIQUE, INSTRUMENT DE RÉALISATION DE LA RÉPARATION

294. Une fois décidés tant le principe que l'objet de la réparation par équivalent, encore faut-il que la Cour procède à la quantification des dommages subis. Or, l'intensité et les modalités du recours à des évaluations économiques des dommages varient tant au regard de la nature des dommages allégués que de celle des violations qui en constituent la source (§ 1). Une fois le dommage évalué en termes économiques, la Cour assure, au moyen d'instruments économiques, l'effectivité de la réparation (§2).

§1. L'évaluation économique variable du dommage

295. La Cour accorde en général une certaine importance à l'obtention de données suffisantes, et suffisamment étayées, pour lui permettre de statuer sur la satisfaction équitable. L'article 75 § 1 du Règlement dispose en effet que « [l]orsque la chambre ou le comité constatent une violation de la Convention ou de ses Protocoles, ils statuent par le même arrêt sur l'application de l'article 41 de la Convention (...) si la question se trouve en l'état ». Or, il ressort de la pratique de la Cour en la matière que l'absence de méthodes et données économiques fiables constitue un motif de réserve couramment admis⁷¹⁴. De la même manière, lorsque des éléments ont été fournis par les parties, mais qu'il existe de trop fortes divergences entre les deux positions, soit quant aux méthodes de calcul, soit quant aux résultats obtenus, la Cour réserve généralement la question⁷¹⁵, quoi que ces précautions ne semblent plus systématiques⁷¹⁶.

296. Les modes et la précision de l'évaluation des dommages en termes économiques par la Cour dépendent en premier lieu de la nature du dommage considéré, les dommages matériels et moraux revêtant les uns et les autres certaines caractéristiques propres (A). Toutefois, les critères employés et l'étendue de la charge de la preuve pesant sur les requérants peuvent aussi

⁷¹⁴ Voy. Cour EDH, 22 septembre 2009, *Rock Ruby Hotels Ltd c. Turquie*, n° 46159/99, § 38 : « *the parties have failed to provide reliable and objective data pertaining to the prices of land and real estate* » et que « *[t] his failure renders it difficult for the Court to assess whether the data furnished by the applicant of the 1974 market value of its properties is reasonable estimate* » ; dans le même sens, Cour EDH, 30 mai 2000, *Belvedere Alberghiera SRL c. Italie*, n° 31524/96, CEDH 2000-VI, § 69 ; 22 septembre 1994, *Hentrich c. France*, *op. cit.*, § 71

⁷¹⁵ Cour EDH, 24 juin 1993, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, *op. cit.*, §§ 47-49.

⁷¹⁶ Voy. l'opinion dissidente du juge Lemmens sous l'arrêt Cour EDH, 23 janvier 2014, *East West Alliance Limited c. Ukraine*, *op. cit.*, qui reproche à la Cour de ne pas avoir sursis à statuer alors que les éléments fournis étaient insuffisants, notamment au regard de l'importance du montant finalement octroyé – 5 000 000 d'euros.

varier selon la nature de la violation constatée (B). Néanmoins, la réalité de la précision et de la rigueur des méthodes employées par la Cour se heurte à une pratique décevante en matière de recours aux expertises économiques, sur le déclin et confinée au contentieux économique *stricto sensu* (C).

A. La variation de l'évaluation selon la nature du dommage

297. Une approche superficielle de la question pourrait laisser penser que la question de l'évaluation économique des dommages se scinde de manière étanche et tranchée entre les dommages matériels et les dommages moraux. Les premiers seraient seuls et par nature susceptibles d'être évalués de manière certaine, puisqu'ils comportent en eux leur propre mesure. L'économie de marché attribuant une valeur à chaque bien ou revenu disponible, il suffirait en quelque sorte à la Cour de s'y appuyer pour les évaluer. Pourtant, force est de constater que certains dommages, et notamment les pertes de revenus, sont par nature aléatoires et échappent dès lors à la possibilité d'une évaluation dénuée de caractère spéculatif (1). Les dommages moraux présentent effectivement une difficulté particulière, puisqu'ils ne sont pas constitués par des biens ou revenus auxquels peut être attribuée une valeur marchande (2).

1. L'existence de dommages économiques aléatoires : l'exemple des pertes de revenus

298. L'évaluation des pertes futures comporte nécessairement un certain aléa, et se heurte indéniablement à ce que la Cour appelle le « caractère intrinsèquement aléatoire du dommage découlant de la violation »⁷¹⁷. Il en va par exemple ainsi de salaires et de droits de pensions auxquels auraient contribué des requérants dont le licenciement ou la révocation a été jugée contraire à la Convention⁷¹⁸. Or, lorsque la Cour ne rejette pas la demande pour défaut de lien de causalité, elle affirme qu'« [u]ne indemnité peut être octroyée *malgré le nombre élevé d'impondérables qui peuvent compliquer l'appréciation de pertes futures* »⁷¹⁹, ou encore qu'il « existe un lien de causalité multidimensionnel entre la mesure illégale et le dommage matériel

⁷¹⁷ Cour EDH (GC) (satisfaction équitable), 12 mars 2014, *Kuric et autres c. Slovénie*, n° 26828/06, CEDH 2014, § 82.

⁷¹⁸ Cour EDH (plén.), 18 octobre 1982, *Young James and Webster c. Royaume-Uni*, *op. cit.* ; (satisfaction équitable), *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n°s 33985/96 et 33986/96.
2000-IX

⁷¹⁹ Cour EDH (GC), 10 mai 2001, *Z et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 120 (nous soulignons).

subi par les requérants, les conséquences de cette mesure s'étalant dans le temps et ayant de surcroît des effets secondaires »⁷²⁰.

299. Ce refus d'indemniser les victimes au motif du caractère aléatoire du dommage matériel concerne tout d'abord les affaires ayant trait aux droits dits « inconditionnels », comme les articles 2 et 3 de la Convention. Dans l'affaire *Z et autres*, par exemple, les requérants alléguaient que les séquelles psychologiques qu'ils avaient subies en raison de l'échec de l'État défendeur à les soustraire suffisamment rapidement aux sévices qu'ils avaient subis enfants. La Cour ayant reconnu que cela constituait une violation des obligations positives matérielles contenues dans l'article 3, ils sollicitaient au titre du dommage matériel, non seulement les dépenses médicales futures rendues nécessaires par les traumatismes, mais également pour le « manque à gagner » résultant des répercussions que ces derniers auraient sur leurs vies professionnelles respectives. Or, plusieurs « impondérables » rendent impossible une telle évaluation économique : personne n'est en effet en mesure de prédire quelle aurait été leur carrière professionnelle et leurs revenus. La Cour recourt donc à l'équité, qui permet une appréciation en quelque sorte « forfaitaire » des pertes alléguées, également corrélée aux difficultés et à l'état psychologique des requérants⁷²¹. La méthode est analogue s'agissant des cas d'indemnisation des victimes indirectes au titre de la perte de revenus pour la famille survivante provoquée par des décès jugés contraires à l'article 2⁷²².

300. L'équité ne conduit toutefois pas à l'uniformisation de l'évaluation et de l'indemnisation des dommages, mais au contraire à sa différenciation entre les requérants entre eux d'une part, et à la volonté de parvenir à un équilibre entre leurs prétentions et celles du gouvernement d'autre part⁷²³. Elle ne relève donc pas ici d'une logique purement arbitraire, même si elle ne peut masquer le caractère spéculatif des évaluations réalisées. Similairement, dans l'affaire *Smith et Grady*, dans laquelle la Cour avait reconnu que la révocation des requérants en raison de leur homosexualité, deux militaires, était contraire à l'article 8, la Cour

⁷²⁰ Cour EDH (GC) (satisfaction équitable), 12 mars 2014, *Kurić et autres c. Slovénie*, n° 26828/06, CEDH 2014, § 89.

⁷²¹ C'est cette projection de l'état de santé des requérants au jour de l'évaluation qui explique l'octroi de sommes inégales entre les quatre enfants ; d'ailleurs, la juge Arden critiquera fortement la Cour pour avoir projeté la souffrance actuelle des requérants au regard du seul dommage matériel et d'avoir, à l'inverse et de manière très surprenante, octroyé une somme unique au titre du dommage moral : voy. l'opinion concordante de la *Lady Justice Arden* à laquelle se rallie le juge Kovler. Sous l'arrêt Cour EDH, 10 mai 2001, *Z et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁷²² Voy. Cour EDH, 24 avril 2003, *Aktaş c. Turquie*, *op. cit.*, §§ 349-355.

⁷²³ Le ratio entre les prétentions des requérants et les sommes que le gouvernement défendeur se déclarait prêt à verser était en effet de 3,45 à 6,1.

va calculer la perte de salaires et de pensions de retraites en postulant que les requérants auraient poursuivi, et achevé, une carrière militaire jusqu'à leur retraite, en intégrant même les perspectives de promotions – tout en relevant que de tels montants « sont nécessairement hypothétique[s] ». Là encore, si le calcul précis ne figure pas dans les motifs de l'arrêt, on peut constater que la Cour octroie des sommes intermédiaires aux prétentions respectives des parties⁷²⁴. Parfois, la Cour admet même explicitement que le montant est octroyé en multipliant « une somme forfaitaire » par la durée de la violation⁷²⁵.

2. La difficulté d'évaluation inhérente au dommage moral

301. Les difficultés liées à la quantification en termes économiques des dommages moraux sont réelles, mais la Cour n'admet pas qu'elles constituent *per se* un motif de rejet d'octroi d'une indemnité, l'équité faisant ici office de palliatif (a). Même si une telle évaluation est dès lors par nature incertaine, il n'en demeure pas moins qu'elle a pour conséquence d'octroyer un prix, ou du moins une valeur nominale, à des dommages et, par là même, une comparabilité entre afflictions sur le fondement de leur « valeur économique » (b).

⁷²⁴ Cour EDH, 25 juillet 2000, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 25.

⁷²⁵ Cour EDH (GC) (satisfaction équitable), 12 mars 2014, *Kurić et autres c. Slovénie*, *op. cit.*, §§ 108 : il s'agissait en l'espèce du non versement d'une allocation sociale du fait de l'effacement par l'État défendeur du nom des requérants ; (GC), 7 juin 2012, *Centro Europa 7 SRL et Di Stefano c. Italie*, *op. cit.*, §§ 219-220 : notant le caractère aléatoire du préjudice, renforcé en l'espèce en ce que la requérante initiait « une entreprise commerciale tout à fait nouvelle, dont l'éventuel succès dépendait d'une série de facteurs variés dont l'appréciation échappe à la compétence de la Cour », elle en déduit que, « [d]ans ces conditions, [elle] estime approprié de fixer une somme forfaitaire en réparation des pertes subies ainsi que du manque à gagner lié à l'impossibilité d'exploiter la concession » (nous soulignons).

a. La difficulté dépassée de l'évaluation du dommage moral en termes économiques

302. Le dommage moral ne se prête, par nature, pas facilement à une quantification monétaire, sans que cela ait donc à voir avec l'office particulier de la Cour de Strasbourg. D'ailleurs, l'article 36 § 2 des articles de CDI sur la responsabilité internationale de l'État réserve l'indemnisation aux dommages « susceptible[s] d'évaluation financière ». Évidemment, même si cet article reflète probablement l'état du droit coutumier à la matière, il a pour objet la responsabilité internationale des États vis-à-vis de leurs pairs, ce dont James Crawford déduit que le préjudice moral du particulier est, quant à lui, susceptible d'une telle évaluation⁷²⁶, position désormais entérinée par la Cour internationale de Justice⁷²⁷ alors même que les sentences arbitrales et la doctrine de l'investissement semblent encore partagées sur ce point⁷²⁸. La Cour, bénéficiant ici de l'ambiguïté intrinsèque de l'article 41, octroie des indemnités sans avoir à justifier de leur nature précise – indemnisation ou satisfaction sous forme pécuniaire, et n'a donc pas à se positionner quant aux conséquences potentielles en termes de compétence pour l'octroi d'une réparation sous forme pécuniaire à ce titre.

303. En revanche, elle reste confrontée aux difficultés d'évaluation du dommage moral en termes économiques. Pour pallier cela, la Cour introduit un standard d'évaluation inférieur à celui généralement pratiqué en matière de dommage économique. Elle précise ainsi que « [l]es indemnités qu'elle alloue pour préjudice moral ont pour objet de reconnaître le fait qu'un dommage moral est résulté de la violation d'un droit fondamental et *elles sont chiffrées de manière à refléter approximativement la gravité de ce dommage* »⁷²⁹. Ce nouveau standard, inhérent à la nature même du dommage moral, implique en réalité un recours systématique à

⁷²⁶ J CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État*, *op. cit.*, p. 271.

⁷²⁷ CIJ, arrêt du 19 juin 2012, *Ahmadou Sadou Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, *Rec.*, 2012, §§ 24 et s.

⁷²⁸ Voy. P. DUMBERRY, « Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes », *Journal of international arbitration*, 2010, p. 247 et s. ; *contra*, M. RAUX, « Les conséquences de la responsabilité internationale de l'État d'accueil de l'investissement », in Ch. LEBEN, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, spéc. pp. 479-482 ; voy. aussi, pour des raisons tenant davantage au risque de double compensation : I. UCHKUNOVA, O. TEMNIKOV, « The Availability of Moral Damages to Investors and to Host States in ICSID Arbitration », *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, vol. 6, n° 2, pp. 380-402.

⁷²⁹ Cour EDH, 18 septembre 2009, *Varnava et autres*, *op. cit.*, § 224 ; Cour EDH, (GC), 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, n° 27021/08, CEDH 2011, § 114 ; (GC), 20 mars 2017, *Nagmetov c. Russie*, *op. cit.*, § 73

l'équité, employée selon les « circonstances de la cause » et la « situation de la victime »⁷³⁰. Néanmoins, cette adaptation n'est légitime que parce qu'elle constitue une adaptation des exigences attendues en termes de résultat : l'évaluation peut ne pas nécessairement refléter avec exactitude la valeur économique du dommage. Elle ne devrait pas correspondre à une diminution des moyens – à savoir, la prise en considération de l'ensemble des éléments pertinents ainsi que la *motivation* des décisions rendues.

b. La comparabilité problématique en termes économiques des dommages moraux

304. Or, cela rend difficile, si ce n'est impossible, la cohérence spatiale et temporelle, et parfois même personnelle⁷³¹ des montants octroyés. En effet, l'évaluation pose tout d'abord un problème de comparabilité entre les indemnités octroyées pour des violations semblables à des requérants résidant dans différents pays. Outre qu'une cohérence ne semble pas assurée même en cas de niveaux de développement économique comparables⁷³², il est difficile de répondre à la question de savoir si une telle cohérence *devrait* être assumée.

305. Pour autant, faut-il tenir compte des circonstances économiques et du niveau de vie du pays dans lequel réside le requérant au moment d'évaluer le dommage moral subi par lui ? Il est écrit dans les instructions pratiques de la Cour, dans une section « introduction » et qui vise donc indistinctement dommages moraux et matériels, que « la Cour prend d'habitude en compte la situation économique de l'État mis en cause »⁷³³, de la même manière qu'elle « peut envisager aussi les situations respectives du requérant »⁷³⁴. Lues à la lumière de l'autre et respectivement, il faudrait en conclure que le dommage moral devrait être évalué en tenant

⁷³⁰ Voy. par exemple Cour EDH (GC), 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, CEDH 2011, n° 27021/08, § 114 : « guidée par le principe de l'équité, qui implique avant tout une certaine souplesse et un examen objectif de ce qui est juste, équitable et raisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, c'est-à-dire non seulement de la situation du requérant, mais aussi du contexte général dans lequel la violation a été commise ».

⁷³¹ Cela s'entend d'une hypothèse dans laquelle plusieurs requérants ont saisi la Cour ; voy. par exemple Cour EDH, *Z et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 25, dans laquelle la Cour a personnalisé tous les montants octroyés au titre des dommages matériels malgré leur caractère spéculatif sur la base de l'intensité des souffrances endurées, alors qu'elle octroie au contraire une somme identique au titre du préjudice moral.

⁷³² Voy. O. ICHIM, *Just Satisfaction under the European Convention*, *op. cit.*, pp. 131-132 : comparant deux affaires impliquant deux pays au niveau de vie comparables, impliquant la même violation – délai raisonnable – rendues à un mois d'intervalle, et dans lesquelles est octroyée au requérant ayant subi une durée de 14 ans une indemnité supérieure à celui ayant subi une durée de 20 ans, l'auteur constate un écart du simple au triple.

⁷³³ Instructions pratiques, « Demandes de satisfaction équitable », pt. 2 *in fine*.

⁷³⁴ *Idem*.

compte de la situation – y compris économique – du requérant comme du niveau de vie général de l'État défendeur⁷³⁵.

306. Avec toute la mesure qu'il convient d'accorder à ces instructions pratiques, cette solution semble en contradiction avec la pratique affichée par la Cour qui a, à notre connaissance, systématiquement rejeté les arguments tendant à la prise en considération du niveau de vie dans l'État défendeur. L'argument, avancé, réitéré puis reformulé notamment par l'État turc consistait à inviter à la Cour à « *take into account the economic circumstances prevailing in Turkey in order to avoid unjust enrichment* »⁷³⁶. Or, dans l'affaire *Bilgin*, la Cour, sans répondre explicitement, octroie toutefois l'intégralité du montant demandé par le requérant. Il est donc impossible de savoir cela signifie que ce critère est irrecevable ou qu'il est recevable, mais qu'en l'espèce les prétentions du requérant n'étaient pas disproportionnées avec ces circonstances économiques⁷³⁷. Il fut également défendu par les gouvernements tiers-intervenants devant la Grande chambre saisie dans l'affaire *Apicella*, à l'inverse de la requérante qui estimait qu'« il lui semblait normal qu'un État plus riche soit condamné à des sommes plus importantes que celles exigées de pays qui le sont moins pour l'inciter à corriger » les dysfonctionnements à l'origine du constat de violation⁷³⁸. La Chambre avait dans son arrêt tenté d'établir des critères objectifs pour l'évaluation du préjudice moral résultant des manquements au « délai raisonnable » de l'article 6 § 1, auxquels étaient associés des montants donnés et donc *a priori* indépendants du niveau de vie de l'État défendeur, ce qui avait entraîné des craintes chez d'autres États parties ayant conscience de leurs propres dysfonctionnements en la matière⁷³⁹.

⁷³⁵ Il semble en revanche difficile d'admettre avec O. Ichim que, dans des situations où la victime ne résiderait pas ou plus sur le territoire de l'État défendeur, il faille prendre en considération « *the place where the applicant effectively lives* » parce que « *the victim will not spend the money in that place* » (O. ICHIM, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 160. Cela reviendrait, selon nous, à étendre démesurément l'approche « subjectiviste » de la réparation et à en dénaturer par-là à la fois son objet et sa nature.

⁷³⁶ Cour EDH, 6 mars 2004, *Ahmet Özkan et autres c. Turquie*, n° 21689/93, § 498 : « *The Government, disputing that any violations had occurred, submitted that no award for non-pecuniary damage should be made and that, if such an award was to be made, the Court should take into account the economic circumstances prevailing in Turkey in order to avoid unjust enrichment* » ; l'argument tiré de l'enrichissement sans cause est parfois admis, mais celui tenant plus généralement aux circonstances économiques ne l'est pas : voy. déjà Cour EDH, 30 janvier 2001, *Dulaş c. Turquie*, n° 25801/94, § 102 ; Cour EDH, 16 novembre 2000, *Bilgin c. Turquie*, n° 23819/94, § 154.

⁷³⁷ Voy. contra J.-F. FLAUSS, E. LAMBERT, *L'indemnisation du dommage par la Cour européenne des droits de l'homme et ses effets en droit français*, Strasbourg, Institut international des droits de l'homme, 2009, 191 p., p. 127.

⁷³⁸ Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Apicella c. Italie*, n° 64890/01, § 131 (nous soulignons).

⁷³⁹ *Idem*, §§ 59-65.

307. La Cour, sans répondre clairement aux arguments respectifs de la requérante, de l'État défendeur et des tiers intervenants, va néanmoins préciser que la comparaison avec des « affaires similaires » doit notamment s'entendre comme « deux procédures (...) *dans le même pays* »⁷⁴⁰, ce qui permet d'évaluer le dommage en fonction desdites circonstances, contrairement à ce qui résultait de la solution retenue par la Chambre⁷⁴¹. S'il est impossible de déterminer si la Cour s'efforce de prendre systématiquement en considération ce facteur d'évaluation, force est de constater qu'elle ne semble pas toujours y parvenir. On notera ainsi la persistance de critiques à ce sujet, comme celle par exemple émanant du juge Pavlovschi dans l'affaire *Holomiov*, ce dernier estimant que les dommages moraux doivent être octroyés au regard de la jurisprudence de la Cour en la matière ou bien de « *the realities of life* » et des « *standards of living* » de l'État défendeur⁷⁴², ce qui semble indiquer que la Cour maintienne la position contraire⁷⁴³, et tenir compte de la gravité et de l'éventuel cumul de violations.

308. Or, l'argument selon lequel cela reviendrait à hiérarchiser par l'argent – en assignant un prix à certaines violations, y compris touchant aux droits les plus fondamentaux de l'individu comme les articles 2 et 3 – ne nous semble que partiellement fondé. Certes, et à supposer une constante interne de la jurisprudence de la Cour dont la doctrine a largement démontré qu'elle n'existait pas, cela aboutit à ce qu'une même violation soit indemnisée au moyen d'un montant nominale différent, et donc à une hiérarchisation nominale de la valeur de la vie d'un individu par exemple. Toutefois, cet argument nous semble procéder d'une confusion entre la valeur nominale et valeur effective des sommes octroyées. En effet, en raison des disparités des niveaux de vie existant entre les pays, l'octroi d'un montant nominale identique en cas de violation similaire produit en réalité une hiérarchisation monétaire entre lesdites violations qu'il a pourtant pour but d'empêcher.

309. De la même manière, et parfois conjuguée avec la cohérence spatiale, se pose la question de la cohérence temporelle, c'est-à-dire la cohérence dans l'évaluation parfois très inconstante des dommages moraux octroyés par la Cour pour des violations et circonstances parfaitement

⁷⁴⁰ Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Apicella c. Italie*, *op. cit.*, § 135.

⁷⁴¹ Cour EDH, 10 novembre 2004, *Apicella c. Italie*, n° 64890/01, § 26.

⁷⁴² Opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pavlovschi sous Cour EDH, *Holomiov c. Moldavie*, 7 novembre 2006, n° 30649/05.

⁷⁴³ D'ailleurs, comme le note P. Tavernier, la solution inverse serait probablement contraire à l'article 14 : P. TAVERNIER, « La contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation – une remise en cause nécessaire – », *RTDH*, 2007, n° 72, pp. 945-966, p. 953 ; il ne faut toutefois pas exagérer la portée de ce constat, tant la Cour semble peu prompte à s'appliquer à elle-même les standards qu'elle impose notamment aux juridictions nationales.

similaires, impliquant le même État défendeur. S'il ne nous appartient pas dans le cadre de cette étude de dupliquer des études ayant déjà été élaborées sur cette question, on relèvera néanmoins qu'elles font apparaître de grandes incohérences. Oscar Ichim relève par exemple dans sa thèse un exemple tiré des affaires répétitives italiennes en matière de délai raisonnable. À moins d'un mois d'intervalle, la même section de la Cour a pu octroyer des montants allant du simple au double pour des violations identiques⁷⁴⁴.

310. Alors que la Cour a très récemment affirmé qu'il « ne sied pas à sa fonction de juridiction internationale, de calculer précisément et minutieusement l'indemnité pécuniaire »⁷⁴⁵ en matière de dommage matériel, elle insiste, en matière de dommage moral et de manière peu convaincante, sur la particularité de son objet, « la protection des droits de l'homme », pour justifier et l'inconstance de ses solutions, et l'insuffisance de leurs motivations. Elle estime ainsi qu'elle « n'a pas non plus pour rôle d'agir comme une juridiction nationale appelée, en matière civile, à déterminer les responsabilités et octroyer des dommages-intérêts »⁷⁴⁶. Pourtant, il nous semble très contestable que cela soit autre chose que la conséquence de nature *juridictionnelle* tout court. En effet, et contrairement à la vision qu'elle laisse transparaître de l'objet et du fonctionnement des juridictions « statuant en matière de responsabilité civile », ces dernières sont confrontées à des difficultés similaires et adoptent généralement des réponses identiques. Ainsi, un rapide détour par l'histoire de la pratique des juridictions judiciaires françaises en matière de dommage corporel, par exemple, montre que le changement de la pratique n'est dû qu'à l'intervention du législateur, elle-même provoquée par les difficultés pratiques considérables posées par les recours de tiers-payeur et l'imputation de leurs créances à concurrence des dommages, matériels comme moraux, octroyés⁷⁴⁷. Cette évolution a également été facilitée par la prise en considération d'une résolution du Conseil de l'Europe à ce sujet⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ O. ICHIM, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 134, des affaires *Pascucci* (Cour EDH, 14 janvier 2014, *Pascucci c. Italie*, n° 1537/04,) et *Giannitto* (Cour EDH, 28 janvier 2014, *Giannitto c. Italie*, n° 1780/04) rendues par les mêmes juges, à quinze jours d'écart, concernant deux violations identiques, impliquant le même État défendeur, et présentant pourtant un écart du simple au double au titre du dommage moral : 10 000 et 5000 euros respectivement.

⁷⁴⁵ Cour EDH, 10 octobre 2017, *Lachikhina c. Russie*, n° 38783/07, § 70.

⁷⁴⁶ Cour EDH (GC), 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie*, *op. cit.*, § 224.

⁷⁴⁷ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2017, 4^{ème} éd., 872 p., spéc. pp. 250-255.

⁷⁴⁸ Rés. (75)7, 15 mars 1975, Annexe, pt. 3 : « Dans la mesure du possible, le jugement doit mentionner le détail des indemnités accordées au titre des différents chefs de préjudice subis par la victime ».

311. En revanche, si l'objet en tant que tel ne nous paraît pas fonder certaines des approximations ou incohérences d'évaluation économique des dommages par la Cour, il est certain que la nature de la violation qu'il s'agit de réparer est susceptible, elle, d'affecter les critères retenus.

B. La variation selon la nature de la violation

312. Parfois au contraire, la question des critères économiques à employer pour conduire l'évaluation en termes économiques dépend, non pas du dommage qu'il s'agit de réparer en tant que tel, mais de la nature de la violation considérée. L'exemple le plus représentatif à cet égard réside certainement dans l'indemnisation des expropriations dites « régulières », qui impliquaient initialement une évaluation particulière – en retenant la valeur de marché au moment de la violation et en l'actualisant, bien que cette distinction ait été fortement relativisée par la Cour (1). De manière plus générale, les appels à l'instrumentalisation de l'évaluation économique afin de refléter une hiérarchie des violations, et donc entre les droits garantis, se sont également multipliés (2).

1. La distinction désormais incertaine entre les expropriations illicites et les « licites »

313. La Cour distinguait initialement deux types de « mainmises » sur des biens privés : celles dites « régulières »⁷⁴⁹, auxquelles ne faisait défaut que le paiement d'une compensation adéquate, et celles dites « illicites », pour lesquelles c'est le principe même de la privation de propriété qui est jugé contraire à la norme substantielle. La méthode d'indemnisation initialement retenue par la Cour reflétait cette différence, qui altérait les conséquences du principe de la réparation intégrale⁷⁵⁰. En effet, dans la première hypothèse, rétablir au profit de la victime le *statu quo ante* implique de la placer, au jour de l'arrêt, dans la situation dans laquelle elle se trouverait si elle n'avait pas été illicitement privée de son bien. La Cour en déduisait logiquement deux principes de calcul de l'indemnisation à octroyer. D'une part, la

⁷⁴⁹ Le terme est impropre en ce qu'il est source de confusion : la mainmise ou l'expropriation demeure illicite au regard de la norme internationale, coutumière ou conventionnelle comme dans le cadre de la Conv. EDH, mais cette illicéité étant circonscrite à la question de l'indemnisation, elle n'en affecte pas sa légitimité intrinsèque.

⁷⁵⁰ Cour EDH (satisfaction équitable), 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 36 : « [o]r le caractère illicite de pareille dépossession se répercute par la force des choses sur les critères à employer pour déterminer la réparation due par l'État défendeur, les conséquences financières d'une expropriation licite ne pouvant être assimilées à celles d'une dépossession illicite ».

valeur des biens devait être établie à la date de l'arrêt, « augmentée de la plus-value apportée » par les éventuels immeubles bâtis par l'État. D'autre part, l'indemnisation devait comprendre, en sus, le « coût de construction de ces derniers »⁷⁵¹. À l'inverse, lorsque l'expropriation était jugée « régulière » et que seul a été rompu « le juste équilibre » requis par l'article 1P1, la Cour procédait à l'estimation – actualisée – du bien au moment de la disparition du droit de propriété.

314. Malgré les quelques arguments également avancés par la Cour et tenant aux spécificités de l'affaire⁷⁵² et celui, tout aussi peu convaincant, fondé sur l'évolution du droit interne italien⁷⁵³, le revirement opéré avec l'arrêt *Guiso-Gallisay* résulte bien de considérations de politique jurisprudentielle en matière d'indemnisation. La Cour affirme tout d'abord que ce revirement est rendu nécessaire en raison de l'inégalité que produirait cette méthode « en fonction de la nature de l'ouvrage public bâti par l'administration, qui n'a pas nécessairement de lien avec le potentiel du terrain dans sa qualité originale »⁷⁵⁴. Outre qu'il paraît incomplet – puisqu'il ignore la différence de traitement introduite entre un bien exproprié ayant fait l'objet d'aménagements et ceux qui en sont dépourvus, il n'induit pas en lui-même ce revirement. Comme le relèvent la juge Tulkens sous l'arrêt de chambre et le juge Spielmann sous l'arrêt en Grande Chambre, cela revient à « vouloir corriger une inégalité de traitement (...) en *abaissant*, de manière arbitraire, les indemnisations applicables »⁷⁵⁵. Le second argument pertinent concerne le caractère punitif que revêtirait, selon la Grande Chambre, la solution « *Papamichalopoulos* »⁷⁵⁶. Or, il semble certain que « la fonction compensatoire »⁷⁵⁷ est pourtant clairement établie, puisqu'elle permet à la fois de neutraliser la variation économique du bien dans le temps, mais aussi le *lucrum cessans* résultant de son exploitation⁷⁵⁸. Certes, son évaluation au moyen de l'augmentation de la valeur du bien par la plus-value des constructions effectuées par l'État est en partie artificielle et spéculative, puisque rien ne garantit – *a fortiori*

⁷⁵¹ *Idem*, § 39 ; voy. la confirmation en Grande Chambre : Cour EDH (satisfaction équitable), 6 mars 2007, *Scordino c. Italie* (n° 3), n° 43662/98, §§ 250-254.

⁷⁵² Cour EDH (GC), 22 décembre 2009, *Guiso-Gallisay c. Italie*, n° 58858/00, § 102.

⁷⁵³ *Idem*, § 104.

⁷⁵⁴ *Idem*, § 103 : « De surcroît, cette méthode de dédommagement attribuée à l'indemnisation pour dommage matériel un but punitif ou dissuasif à l'égard de l'État défendeur, au lieu d'une fonction compensatoire pour les requérants ».

⁷⁵⁵ Opinion dissidente de la juge Tulkens sous Cour EDH, 21 octobre 2008, *Guiso-Gallisay* ; le juge Spielmann renvoie d'ailleurs à l'opinion de sa collègue sur ce point, § 15, sous l'arrêt du 22 décembre 2009 *Guiso-Gallisay c. Italie*.

⁷⁵⁶ Cour EDH (GC), 22 décembre 2009, *Guiso-Gallisay c. Italie*, *op. cit.*, § 103

⁷⁵⁷ Opinion dissidente de la juge Tulkens, *op. cit.* ; opinion dissidente du juge Spielmann, *op. cit.*, § 18 ; d'ailleurs, les arrêts de la Cour appliquant la solution *Papamichalopoulos* relevaient systématiquement les « projets d'exploitation » des requérants.

⁷⁵⁸ Voy. par exemple Cour EDH, 30 octobre 2003, *Belevedere Alberghiera SRL c. Italie*, *op. cit.*, § 36.

quand il s'agit de la construction d'ouvrages publics – que le propriétaire évincé aurait exploité de cette manière son bien.

315. Toutefois, rien n'indique que le choix de ce critère conduise systématiquement à une évaluation au détriment de l'État défendeur⁷⁵⁹. En outre, il constitue un critère doublement moins artificiel que celui retenu par la Cour. D'une part en effet, l'actualisation par la Cour au moyen de l'inflation ne rend pas fidèlement compte des variations de la valeur d'un bien immobilier⁷⁶⁰. D'autre part, ensuite, il permet au contraire d'indemniser de manière moins arbitraire le *lucrum cessans* subi par les victimes. En abandonnant ce critère, la Cour est en effet contrainte dans l'arrêt *Guiso-Gallisay* de recourir à l'indemnisation de la « perte de chances »⁷⁶¹, dont on a vu qu'elle compensait de manière erratique, inégale et partielle le dommage. De plus, sous prétexte d'éviter de conférer à l'indemnité allouée un caractère punitif, on permet en réalité à l'État de « retire[r] un profit de son comportement illégal »⁷⁶². Enfin, cette solution n'a pas même résolu les risques d'applications arbitraires des deux solutions que dénonçait le juge Borrego Borrego avant le revirement⁷⁶³. La Cour est d'ailleurs en partie revenue ce revirement, puisqu'elle a créé certaines distinctions artificielles pour justifier la continuité des critères antérieurs⁷⁶⁴.

⁷⁵⁹ Rien ne permet en effet d'affirmer dans l'absolu que le propriétaire privé n'aurait pas exploité de manière plus efficace, ou plus rentable, son bien.

⁷⁶⁰ Cour EDH (GC) (satisfaction équitable), 22 décembre 2009, *Guiso-Gallisay c. Italie*, *op. cit.*, § 107 : « [r]este à évaluer la perte de chances subie par les requérants à la suite de l'expropriation litigieuse. La Cour juge qu'il y a lieu de prendre en considération le préjudice découlant de l'indisponibilité des terrains pendant la période allant du début de l'occupation légitime (1977) jusqu'au moment de la perte de propriété (1983) (...). Statuant en équité, la Cour alloue aux trois requérants conjointement 45 000 EUR pour la perte de chances ».

⁷⁶¹ *Idem*, § 107.

⁷⁶² E. VAN BRUSTEM, M. VAN BUSTEM, « Les hésitations de la Cour européenne des droits de l'homme : à propos d'un revirement de jurisprudence en matière de satisfaction équitable applicable aux expropriations illicites. Note sous l'arrêt CEDH, 21 octobre 2008, *Guiso-Gallisay c. Italie*, n° 58858/00 », *RFDA*, 2009, n°2, pp. 285-293.

⁷⁶³ Opinion dissidente du juge Borrego Borrego sous l'arrêt Cour EDH, 4 décembre 2007, *Pasculli c. Italie*, n° 36818/97 : « [i]l me paraît que la distinction entre une mainmise licite et une mainmise illicite n'est pas toujours très nette. Et la conséquence de cette distinction me paraît académique et déconnectée de la réalité ».

⁷⁶⁴ Voy. Cour EDH, 10 mai 2012, *Sud Fondi SRL et autres c. Italie*, *op. cit.*, § 54 : « [l]'acte de l'État défendeur que la Cour a tenu pour contraire à la Convention n'était, en l'espèce, ni une expropriation à laquelle n'aurait manqué, pour être légitime, que le paiement d'une indemnité adéquate, ni une expropriation indirecte commencée selon une procédure d'urgence et sur la base d'une déclaration d'utilité publique (*a contrario*, *Guiso-Gallisay c. Italie* (satisfaction équitable) [GC], n° 58858/00, §§ 102 et 103, 22 décembre 2009). Il s'agit en l'occurrence d'une mesure arbitraire des autorités italiennes ayant frappé les biens des requérantes ».

2. L'évaluation différenciée comme mode de hiérarchisation entre les violations

316. Les appels à la hiérarchisation des droits garantis au moyen d'une instrumentalisation de l'évaluation économique ont été très nombreux, émanant aussi bien de juges de la Cour⁷⁶⁵. L'idée générale est que l'évaluation en termes économiques ne doit pas tenter de refléter autant que possible une quantification du dommage, mais la valeur axiologique accordée par le système conventionnel à tel ou tel droit. Les records parfois atteints lors des indemnisations accordées en matière de violation des articles 1P1 ont ainsi souvent soulevé l'indignation⁷⁶⁶, notamment parce que la quantification en termes économiques des dommages moraux introduit un moyen de comparaison entre les uns et les autres⁷⁶⁷. Pourtant, ni la compétence, ni la fonction de la Cour ne nous semblent adaptées à une telle demande.

317. La réparation des dommages subis, encadrée par le principe de réparation intégrale que la Cour adapte déjà – parfois à l'excès – à la particularité de son office, n'a ni une vocation afflictive, ni une vocation à assurer une mission de justice distributive entre les centaines de millions de ses justiciables. Certes, la valeur des intérêts économiques invoqués devant la Cour détermine en partie le « prix » de la violation, et a pour conséquence qu'une victime turque, empêchée de travailler, touchera une indemnité bien moindre que le milliardaire *Khodorkosvki* dans l'affaire *Yukos*. Pourtant, il semble juste que « les affaires de violation de droit de propriété

⁷⁶⁵Voy. par exemple l'opinion des juges Lorenzen et Vajic sous Cour EDH, 20 octobre 2005, *Ouranio Toxo et autres c. Grèce*, *op. cit.*, selon lesquels même si la violation constatée [des articles 6 § 1 et 11] est sans nul doute grave, il est difficile d'admettre que les requérants – dont un parti politique – ont subi une détresse comparable à celle éprouvée par les requérants dans des affaires mettant en jeu, par exemple, des violations matérielles et/ou procédurales des articles 2 et 3 » ; voy. aussi, sur le cumul de violations, l'opinion du juge Pavloschi sous l'arrêt Cour EDH, 11 janvier 2005, *Halis c. Turquie*, n° 30007/96 : « *I am firmly convinced that, when examining "freedom of expression"-type violations, it is vitally necessary - if not imperative - to make a clear distinction between different forms of interference by a state, which may in turn result in different forms of suffering* ».

⁷⁶⁶L'affaire *Beyeler* est à cet égard tout à fait topique : voy. l'opinion de la juge Grève sous l'arrêt Cour EDH, 28 mai 2002, *Beyeler c. Italie*, *op. cit.* ; J-F. FLAUSS, « La banalisation du contentieux indemnitaire devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1996, n° 25, pp. 91-100, spéc. p. 99 ; « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 2003, n° 4, pp. 227-230, spéc. p. 228.

⁷⁶⁷La juge Grève compare par exemple le montant octroyé au marchand d'art *Beyeler* en réparation de la préemption de son tableau – 1 300 000 euros – à celui octroyé dans une affaire impliquant la violation des articles 2 et 3 (Cour EDH, 20 mai 1999, *Oğur c. Turquie*, CEDH 1999-III) dans laquelle la réparation octroyée s'élevait à environ 15 000 euros ; voy. Également J-F. FLAUSS, « La banalisation du contentieux indemnitaire devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1996, p. 99, pour qui, s'agissant des différences entre les sommes octroyées au titre des articles 3 et 1P1, « dans un système de type juridictionnel tourné vers la protection des droits de l'homme, et au premier chef des droits les plus fondamentaux, pareille 'différence de traitement pécuniaire' (...) peut étonner voire choquer ».

à l'occasion desquelles la Cour alloue des sommes importantes ne sont pas critiquables ; au contraire, ce sont sans doute les violations pour lesquelles le juge européen s'approche le plus du principe de réparation intégrale »⁷⁶⁸.

318. En outre, la Cour procède régulièrement, dans des affaires impliquant les articles 2 et 3 à l'ajustement des indemnités octroyées, soit en allégeant la charge de la preuve pesant sur le requérant, soit en ajustant directement la quantification des dommages invoqués. Ainsi, dans l'affaire *Aksoy*, la Cour décide d'accorder au requérant l'intégralité de ses prétentions « eu égard à la gravité des violations de la Convention »⁷⁶⁹. De la même manière, la Cour a parfois accepté d'indemniser de son propre chef les victimes indirectes de dommages causés en raison de violations de l'article 3 alors même qu'elle juge les méthodes d'évaluation employées par les requérants impropres⁷⁷⁰. La Cour ignore donc le caractère « hautement spéculatif » du dommage et de son évaluation lorsque les violations sont d'une particulière gravité, en suscitant parfois l'opinion de certains juges en son sein⁷⁷¹.

C. La source du fait économique : le recours décevant à l'expertise

319. La Cour a relativement tardivement accepté de recourir aux expertises dans l'évaluation des dommages économiques complexes (1) bien que cette pratique apparaisse en net déclin, au profit d'autres sources plus rapides et moins coûteuses (2).

⁷⁶⁸ H. TIGROUDJA, « Beyeler c. Italie : observations. Le droit à la réparation en question : de la nécessaire affirmation de la fonction réparatoire de la responsabilité internationale de l'État », *RTDH*, 2003, vol. 53, pp. 232-269, spéc. p. 257.

⁷⁶⁹ Cour EDH, 18 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, n° 21987/93, CEDH 1996-VI, § 113 : il était notamment question en l'espèce de violations des articles 3 – pour des actes de torture particulièrement graves – et 5 § 3 ; la Cour octroie 4 milliards de livres turques au père de la victime.

⁷⁷⁰ Voy. par exemple Cour EDH, *Mikheyev c. Russie*, n° 77617/01, §§ 161-162 : « [t]herefore, the Court cannot accept the final figure claimed under this head by the applicant. Nonetheless, bearing in mind the uncertainties of the applicant's situation and the fact that he will undeniably suffer significant material losses as a result of his complete disability and the need for constant medical treatment, the Court considers it appropriate, in the present case, to make an award in respect of pecuniary damage based on its own assessment of the situation » (nous soulignons) ; certes, elle n'accorde que 20% des prétentions du requérant, mais qui représentent tout de même 130 000 euros.

⁷⁷¹ Voy. l'opinion dissidente du juge Gölcüklü sous Cour EDH, 24 avril 2003, *Aktas c. Turquie*, *op. cit.*, spéc. le pt. 2 : « [h]owever, in the instant case, not only has the Court proceeded to perform "speculative calculations", it has also decided that it is just and reasonable to award a sum that is more than exorbitant ».

1. Un recours aux expertises admis

320. La Cour détient un pouvoir général d'enquête au titre de l'article 38 de la Convention, duquel elle a déduit le pouvoir de recourir et d'organiser les modalités de recours aux expertises en matière économique⁷⁷². Dans l'affaire *Papamichalopoulos*, la Cour a pour la première fois « invit[é] le Gouvernement et les requérants à lui communiquer, dans les deux mois, les noms et qualités d'experts choisis d'un commun accord pour évaluer les terrains litigieux »⁷⁷³. Le recours étant une conséquence de la responsabilité comme une condition de la réparation de la violation constatée, la Cour fait supporter les frais à l'État défendeur en ce qu'il est responsable de la violation et doit donc à ce titre porter les frais qui en résultent⁷⁷⁴, et indique aux experts le contenu de leur mission⁷⁷⁵. Lorsque le recours est décidé par la Cour, elle enjoint les parties soit à le ou les désigner conjointement, soit à désigner chacun un expert, les deux approches permettant de minimiser ou de neutraliser les risques d'invalidité des résultats en raison du manque d'impartialité ou d'indépendance des résultats obtenus. Toutefois, ni l'absence d'accord, ni l'incurie de l'une des parties⁷⁷⁶ ne peuvent paralyser cette procédure, la Cour procédant alors directement à la nomination d'un ou de plusieurs experts⁷⁷⁷.

321. Comme l'a noté S. Turgis⁷⁷⁸, le recours aux expertises par la Cour demeure principalement une question d'opportunité et ne semble pas systématique. En effet, s'il est parfois motivé par l'écart entre les évaluations respectives des parties⁷⁷⁹, les oppositions de

⁷⁷² Art. 38 Conv. EDH : « [la Cour examine l'affaire de façon contradictoire avec les représentants des parties et, s'il y a lieu, procède à une enquête pour la conduite efficace de laquelle les Hautes Parties contractantes intéressées fourniront toutes facilités nécessaires ».

⁷⁷³ Cour EDH, 24 juin 1993, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, *op. cit.*, pt. 3 b) du dispositif.

⁷⁷⁴ Cour EDH (satisfaction équitable), 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos c. Grèce*, *op. cit.*, § 6.

⁷⁷⁵ Dans *Papamichalopoulos*, elle leur ordonne d'évaluer à la fois la valeur des terrains au moment de la cristallisation de la violation ; ainsi que la valeur à l'heure de l'arrêt (§ 6).

⁷⁷⁶ Voy. Cour EDH, 15 juillet 2004, *Scordino c. Italie (n° 2)*, n° 36815/97.

⁷⁷⁷ Cour EDH (satisfaction équitable), 27 avril 2006, *Yiltas Yildiz Turistik Tesileri AS c. Turquie*, n° 30502/96, § 8.

⁷⁷⁸ S. TURGIS, « Le recours aux expertises », in J.-F. FLAUSS, E. LAMBERT ADBELGAWAD (dir.), *La pratique de l'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 113-126.

⁷⁷⁹ CEDH, 26 avril 2006, *Yiltas Yildiz Turistik Tesileri AS c. Turquie*, n° 30502/96, n° § 6 : « La Cour a estimé opportun, au vu des observations des parties sur la question de la satisfaction équitable, d'effectuer une expertise »

méthode⁷⁸⁰ ou tout simplement l'absence de renseignements suffisants⁷⁸¹, il existe tout autant de contre-exemples qui suffisent à invalider toute hypothèse⁷⁸².

322. Ce qui est certain, en revanche, c'est que la Cour s'estime compétente pour évaluer la validité de l'expertise ainsi ordonnée, qui peut donc être contestée devant elle, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une expertise ordonnée par ses soins⁷⁸³, d'une expertise privée initiée par le requérant⁷⁸⁴ et même d'une expertise réalisée dans le cadre de la procédure interne⁷⁸⁵. Les motifs de rejet, ou de prise de liberté⁷⁸⁶, avec les conclusions des experts sont multiples : ils peuvent tout d'abord tenir à l'objet même de l'expertise, qui ne correspondrait pas au dommage matériel tel qu'il est retenu par la Cour, mais aussi à la méthode employée par l'expert⁷⁸⁷, voire à l'insuffisance de son travail⁷⁸⁸. À notre connaissance, la Cour n'a cependant pas encore réellement pour l'instant pris position sur l'éventualité d'un contrôle des compétences de l'expert⁷⁸⁹. En cas de pluralité d'expertises, la Cour contrôle les différentes méthodes et valeurs

⁷⁸⁰ Voy. Cour EDH (satisfaction équitable), 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos c. Grèce*, *op. cit.*, §§ 48-49 : il s'agissait de la position du délégué de la Commission, à laquelle semble se ranger la Cour.

⁷⁸¹ Cour EDH, 30 mai 2000, *Belvedere Alberghiera S.R.L. c. Italie*, n° 31524/96, CEDH 2001-VI, § 69 : « Les comparants n'ont toutefois pas fourni de renseignements précis sur ce point. Partant, il y a lieu de réserver la question (...) » ; la société requérante ne demandait d'ailleurs pas nécessairement une expertise.

⁷⁸² Voy. S. TURGIS, « Le recours aux expertises », pp. 113-126, spéc. 199.

⁷⁸³ Cour EDH (satisfaction équitable), 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos c. Grèce*, *op. cit.*, §§ 18 – 24 (validité confirmée)

⁷⁸⁴ Voy. par exemple Cour EDH, 11 décembre 2003, *Frascino c. Italie*, n° 35227/97, il n'existe dans ce cas pas de raison pour que, si l'expertise est jugée utile, elle soit mise à la charge de l'État défendeur par la Cour ; il est toutefois difficile de conclure avec certitude en ce sens, dans la mesure où la Cour statue également fréquemment *in globo* en la matière : voy. par exemple Cour EDH (satisfaction équitable), 11 décembre 2003, *Frascino c. Italie*, *op. cit.*, §§ 39-40 ; Cour EDH (satisfaction équitable), 25 juillet 2013, *Agrokompleks c. Ukraine*, § 86 : « [t]he Court considers that the mentioned expert reports cannot be accepted as a comprehensive, convincing and sufficient basis for the determination of the exact amount of the damages in the present case, in particular, in view of the insufficiency of the data they were based on » ; Cour EDH (satisfaction équitable), 31 juillet 2014, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, *op. cit.*, §§ 48-50.

⁷⁸⁵ Cour EDH, 25 juillet 2013, *Agrokompleks c. Ukraine*, *op. cit.*, § 85.

⁷⁸⁶ Voy. Cour EDH, 7 juillet 2015, *Odescalchi et Lante della Rovere c. Italie*, n° 38754/07, § 73 : les conclusions de l'expert mandaté par les requérants est pris en « en compte, entre autres ».

⁷⁸⁷ Dans l'affaire *Frascino* précitée, la Cour relève que « [d]e toute manière, la Cour observe que les éléments présentés par le requérant dans l'expertise privée sont assez générales (*sic*) et ne se prêtent pas à un calcul exact » ; dans l'affaire *Yukos*, elle note également que « [i]n this respect, the Court notes that the working assumptions used by the applicant company (*sic*) in its assessment of the prospects of the applicant company's survival and its value in the aftermath of the events remain at least in part speculative ».

⁷⁸⁸ Cour EDH, 26 juin 2012, *Decheva et autres c. Bulgarie*, n° 43071/06, § 69 : « [a]s to the determination of the exact amount the Court notes that the expert commissioned by the applicants did not include in his report any raw data showing how he arrived at his estimates, but simply stated that they were based on the current market prices. It thus considers that the report cannot be accepted as fully reliable » ; voy. Aussi Cour EDH, 25 juillet 2013, *Agrokompleks c. Ukraine*, *op. cit.*, § 86.

⁷⁸⁹ Voy. l'absence de réponse de la Cour face aux arguments en ce sens soulevés par l'État défendeur dans Cour EDH (satisfaction équitable), 27 mai 2005, *Buzalu c. Roumanie*, § 12, cité in S. Turgis, *op. cit.*, p. 119.

retenues, en tenant compte de la proximité temporelle du calcul effectué avec la violation constatée et de l'établissement par comparaison avec d'autres ensembles de biens similaires⁷⁹⁰.

323. Lorsqu'il est au contraire jugé valide, la Cour fixe généralement l'indemnité octroyée au titre du dommage matériel sur la base des évaluations effectuée par l'expert⁷⁹¹, sauf motif tenant à l'équité ou au tempérament du principe de réparation intégrale⁷⁹². D'ailleurs, le rôle des parties demeure déterminant dans l'appréciation de cette validité, si l'on en croit l'opinion séparée du juge Lorenzen sous l'arrêt *Belvedere Alberghiera*, qui affirmait alors que, bien qu'il ait eu de sérieux doutes quant à la méthode et au résultat proposés par l'expert, « *as the Government have not contested the conclusions of the expert, [he had] finally agreed to grant the sum for pecuniary damage in full* »⁷⁹³.

324. Pour autant, la réalité de cette pratique ne doit pas être surestimée : elle demeure pratiquement, et de plus en plus, marginale au sein de la jurisprudence de la Cour.

2. Un recours marginal aux expertises.

325. Le recours aux expertises est cantonné à un champ d'application très restreint, comme le note S. Turgis, puisqu'il concerne principalement les violations de l'article 1P mais encore, parmi celles-ci, en matière immobilière⁷⁹⁴. Même au sein de ce champ matériel, le recours à l'expertise n'est jamais systématique, même quand les estimations des parties divergent

⁷⁹⁰ Cour EDH (GC) (satisfaction équitable), 25 mars 2014, *Vistiņš Et Perepjolkins c. Lettonie*, n° 71243/01, § 28.

⁷⁹¹ Voy. par exemple Cour EDH (satisfaction équitable), 30 octobre 2003, *Belvedere Alberghiera SRL c. Italie*, *op. cit.*, § 37 ; 4 décembre 2007, *Pasculli c. Italie*, 4 décembre 2007, n° 36818/97, §§16-17 : « tient pour valide le rapport de l'expert et le prend en considération pour rendre sa décision ».

⁷⁹² Sans généralement le justifier : voy. Cour EDH (satisfaction équitable), 4 décembre 2007, *Pasculli c. Italie*, *op. cit.*, §§39-40 : alors que la Cour réaffirme que « l'État devra verser à l'intéressé une somme correspondant à la valeur actuelle du terrain, augmentée de la plus-value apportée par la présence du bâtiment – qui en l'espèce a été estimée au même niveau que le coût de construction – et qui est susceptible de compenser le requérant également pour toute autre perte subie », de laquelle devra être déduite l'indemnité actualisée perçue au niveau national, et tout « s'appu[yant] sur le rapport d'expertise », octroie une indemnité inférieure de plus de 200 000 euros à ce montant.

⁷⁹³ Opinion concordante du juge Lorenzen sous l'arrêt Cour EDH (satisfaction équitable), 30 octobre 2003, *Belvedere Alberghiera c. Italie*, *op. cit.*

⁷⁹⁴ Comp. ainsi Cour EDH (satisfaction équitable), 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos op. cit.*, et 31 juillet 2014, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, *op. cit.* ; dans la seconde affaire, la Cour a procédé elle-même au calcul et à la réévaluation des pertes financières subies par la société requérante ; parfois, le dommage est mixte et il est recouru à l'expert : voy. Cour EDH (satisfaction équitable), 30 octobre 2003, *Belvedere Alberghiera SRL c. Italie*, *op. cit.*, affaire dans laquelle l'expert avait eu pour tâche d'évaluer la valeur du bien immobilier, mais également celle du manque à gagner au regard de l'exploitation de l'hôtel qui y était sis.

fortement⁷⁹⁵. En outre, la complexité et l'importance des enjeux économiques ne semblent plus, à l'heure actuelle, un motif suffisant pour ordonner la désignation d'experts, même quand la question de la satisfaction a été réservée, comme en témoignent les affaires *Agrokompleks* et *Yukos*.

326. En réalité, la Cour a davantage recours à toute une série de sources alternatives, qui ont le mérite d'être moins chronophages, moins coûteuses et souvent spatialement et temporellement proches du moment de survenance des violations. C'est sans doute ce qui explique les références abondantes aux évaluations auxquelles il a été procédé dans le cadre des procédures juridictionnelles nationales⁷⁹⁶, soit par des experts eux-mêmes mandatés par les tribunaux internes, soit dans les cas où ces tribunaux ont eux-mêmes arrêté de manière définitive le montant de la créance qui constitue l'assise de la violation constatée. La Cour se réserve cependant le droit de ne pas retenir des évaluations effectuées au niveau interne, notamment lorsque l'une des parties en réfute la pertinence ou la justesse⁷⁹⁷. D'ailleurs, cela est d'autant plus naturel que l'objet de l'expertise doit « se born[er] à l'évaluation » des biens ou dommages en cause, et non à « déterminer les responsabilités (...) et d'en identifier les titulaires ainsi que les montants respectifs »⁷⁹⁸. Parfois encore, la Cour semble procéder à des recherches *ex officio*, sur l'état du marché immobilier local⁷⁹⁹, le taux d'inflation⁸⁰⁰, ou recourt aux barèmes nationaux d'indemnisation⁸⁰¹.

⁷⁹⁵ Voy. par exemple l'opinion dissidente du juge Martens sous Cour EDH (satisfaction équitable), 3 juillet 1995, *Hentrich c. France*, *op. cit.*, n° 13616/88, qui relève que « [l]eurs estimations de la valeur réelle du terrain saisi étaient très éloignées et, qui plus est, non étayées par des documents », et que « [d]ans ces conditions, la Cour ne devrait pas se retrancher derrière 'l'équité', mais statuer sur les points de droit et inviter les experts à lui remettre les éléments qui lui permettraient d'apprécier la valeur du terrain » ; au stade de la satisfaction équitable, la requérante évaluait le bien à 2 8750 550 francs français – contre 1 000 000 au stade du fond – tandis que le gouvernement défendeur l'estimait compris dans une fourchette de 700 000 à 800 000 francs.

⁷⁹⁶ Voy. par exemple Cour EDH (GC), 22 décembre 2009, *Guiso-Gallisay c. Italie*, *op. cit.*, § 105, ou Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Scordino c. Italie*, (n° 1), n° 36813/97, CEDH 2006-V, § 258.

⁷⁹⁷ Cour EDH (GC), 25 mars 2014, *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, n° 71243/01, CEDH 2014, § 37 : Or, selon les explications du Gouvernement non réfutées par les requérants, la valeur cadastrale des biens fonciers à l'époque était calculée selon des critères purement urbanistiques et ne reflétait aucunement leur valeur marchande réelle. Par conséquent, la Cour ne juge pas opportun de l'utiliser comme base de calcul du dommage matériel » (références omises).

⁷⁹⁸ Cour EDH (satisfaction équitable), 3 juillet 1997, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, n° 17849/91, CEDH 1997-IV, § 10.

⁷⁹⁹ Voy. notamment Cour EDH (satisfaction équitable), 23 janvier 2001, *Brumarescu c. Roumanie*, n° 28342/95, CEDH 2001-I, § 24 : alors que deux experts avaient été désignés par les parties, la Cour, en raison de « l'important écart qui sépare les méthodes de calcul employées à cette fin » par ces derniers, la Cour va se fonder sur les « informations dont elle dispose sur les prix du marché immobilier à Bucarest » pour estimer la valeur du bien.

⁸⁰⁰ Voy. parmi de nombreux exemples, Cour EDH, 27 mai 2010, *Sarica et Dilaver c. Turquie*, n° 11765/05, §§ 29 et 65.

⁸⁰¹ Cour EDH (GC), 10 mai 2001, *Z et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 131.

327. Si la Cour privilégie ainsi le recueil d'informations économiques internes, ou mobilise celles qui figurent déjà dans les éléments factuels des requêtes, elle a de plus développé des outils de nature économique qui doivent assurer tant l'efficacité que l'effectivité économique de l'indemnité allouée.

§2. L'instrumentalisation du fait économique

328. Tant le choix d'octroyer une indemnité que la détermination de son montant relèvent intégralement des prérogatives de la Cour, l'article 41 ne comportant pas même le terme. *A fortiori*, il n'en aménage pas davantage un régime particulier, ce à quoi la Cour a progressivement remédié.

329. Toujours en prenant en considération la fonction économique de la réparation, qui résulte de sa fonction compensatoire, la Cour en a instrumentalisé les conséquences économiques afin d'en assurer tant l'effectivité (A) que l'efficacité, c'est-à-dire son exécution (B).

A. La préservation maîtrisée de l'effectivité économique de la réparation

330. L'effectivité est généralement entendue comme la capacité à produire des effets. Il s'en suit que l'effectivité économique est la capacité réelle de l'indemnité allouée à produire des effets économiques, ce qui implique que le montant octroyé doit refléter une valeur économique réelle, c'est-à-dire en « parité de pouvoir d'achat » selon la terminologie économique.

331. Pour ce faire, la Cour a développé des instruments permettant de faire face à l'instabilité de la monnaie et de pallier l'absence de système juridique et monétaire unifié, en érigeant l'euro en monnaie de référence (1). Pourtant, au-delà de cette spécificité découlant de la nature internationale du mécanisme européen, la Cour a également dû résoudre les problèmes découlant de la variation temporelle de la monnaie, à savoir l'inflation. Elle a ainsi accepté de donner droit aux demandes tentant à l'actualisation de l'indemnité au jour de l'arrêt (2).

1. L'établissement d'une monnaie de référence

332. Les premières critiques ont émergé à l'encontre de la pratique du recours à la monnaie nationale pour établir les sommes dues au titre des dommages matériels, moraux et des frais et dépens en raison du mécanisme d'aide juridictionnelle existant au sein du Conseil de l'Europe, puisque celle-ci était octroyée en francs français, et déduite du montant octroyé en monnaie nationale au titre des frais et dépens. Or, comme le note O. Ichim, « *judges made compensation at the rate available at the date of their ruling, whereas the victim may have received a different amount at a different rate at the moment of actual payment* »⁸⁰². Cela découlait de la position initiale de la Cour qui, en l'absence d'uniformisation et dans le silence de la Convention, avait fait de la monnaie nationale de l'État défendeur la monnaie de calcul.

333. Aucune disposition conventionnelle, ni aucune autre d'ailleurs pendant longtemps⁸⁰³, ne fixait la monnaie dans laquelle devait être calculé le montant des sommes octroyées par la Cour au titre de la satisfaction équitable. Avant l'entrée en vigueur de l'euro, dans la très grande majorité des cas, la Cour déterminait le montant des préjudices matériels et moraux dans la monnaie nationale de l'État défendeur, mais plusieurs raisons pouvaient déjà justifier que l'indemnisation soit calculée dans une autre monnaie. Cela pouvait tout d'abord répondre à un objectif de simplicité et, partant, d'efficacité desdits calculs. Par exemple, dans la mesure où il était fréquent que les requérants de pays méditerranéens aient recours à des avocats étrangers, notamment anglais ou français, qui établissaient leurs honoraires dans leur propre monnaie, la Cour acceptait alors d'en faire de même⁸⁰⁴.

⁸⁰² O. ICHIM, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 239, pour des exemples, voy. N. SANSONETIS, « Costs and Expenses », in M. MACDONALD, MATSCHER, PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, XXIX-940 p., pp. 755-773, cité in O. ICHIM, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 229, note 880.

⁸⁰³ Voy. dorénavant l'article 24 des instructions pratiques : « L'indemnité que le requérant peut se voir allouer par la Cour au titre de l'article 41 de la Convention est en principe exprimée en euros (EUR, €), indépendamment de la monnaie dans laquelle l'intéressé formule ses demandes. Si le requérant doit percevoir son indemnité dans une monnaie autre que l'euro, la Cour ordonne que les sommes exprimées en euros soient converties dans cette autre monnaie, au taux de change applicable à la date du versement. Lorsqu'il présente ses prétentions, le requérant doit, le cas échéant, envisager ce qu'implique cette politique compte tenu des effets qu'aura la conversion en euros de sommes exprimées dans une monnaie différente ou la conversion de sommes exprimées en euros dans une monnaie différente »

⁸⁰⁴ Voy. par exemple Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran Andreadis c. Grèce*, n° 13427/87, Série A, n° 301-B, §§ 84 et 87 des motifs ; pt. 6 a) et b) du dispositif : les sommes sont calculées et octroyées en livres sterling, bien que le gouvernement défendeur ait formulé sa réponse en drachmes (§ 85 : « [l]e

334. Ensuite, et à titre beaucoup plus exceptionnel, certaines circonstances particulières tenant à l'objet de la requête pouvaient également justifier ce recours à une autre monnaie. C'était ainsi le cas dans la célèbre affaire dites des « Raffineries grecques », qui portait sur la compatibilité avec les articles 6 § 1 et 1P1 de la Convention, de l'absence d'exécution par l'État défendeur d'une sentence arbitrale rendue au profit des requérants. Reconnaisant une violation de l'un comme de l'autre⁸⁰⁵, la Cour fit alors droit à la demande des requérants qui souhaitaient obtenir le « paiement intégral du montant reconnu par la sentence arbitrale »⁸⁰⁶, qui constituait le « bien » au sens l'article 1P1 violé. Or, la sentence litigieuse et son dispositif ayant été eux-mêmes établis en trois devises différentes, drachmes, francs français et dollars américains⁸⁰⁷, la Cour de Strasbourg ordonna le paiement de ces sommes telles qu'elles avaient été libellées par la sentence⁸⁰⁸. Ainsi, si on se souvient que les conseils des requérants demandaient à être payés en livre sterling, quatre sommes distinctes figurent dans le dispositif de l'arrêt, libellées chacune en une devise différente.

335. En revanche, de manière plus primordiale, dans certaines affaires, les requérants avaient sollicité l'octroi de sommes en devises, principalement en dollars américains, alors qu'aucun élément d'extranéité ne le justifiait *a priori*. Intervenant généralement à l'initiative du requérant, et sans que la Cour prenne, la plupart du temps, le soin d'expliquer la position de l'État défendeur⁸⁰⁹, ce choix est fondé sur les risques posés par les variations internes de la monnaie en circulation dans l'économie du défendeur. En d'autres termes, une instabilité monétaire forte – se traduisant presque systématiquement par un taux d'inflation exponentiel – risque d'anéantir l'effectivité de la réparation accordée par la Cour, puisqu'elle aura perdu tout ou partie de sa valeur économique entre la date du prononcé de l'arrêt et la date du paiement effectif⁸¹⁰. Dans ce souci de préservation de l'effectivité de la réparation, la Cour a notamment octroyé des

Gouvernement conteste le caractère nécessaire et raisonnable des frais demandés ; il se déclare prêt à verser 2 800 000 drachmes ».

⁸⁰⁵ Uniquement, s'agissant de l'article 6 § 1, au regard du procès équitable *stricto sensu*, et non du caractère équitable de sa durée.

⁸⁰⁶ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran Andreadis c. Grèce*, *op. cit.*, § 77 ; cela est probablement dû au fait que la société requérante, opérant dans le secteur du pétrole, effectuait une grande partie de ses opérations, ventes et investissements en devises.

⁸⁰⁷ *Idem*, § 13.

⁸⁰⁸ *Idem*, § 81 des motifs ; pt. 6 a) du dispositif.

⁸⁰⁹ Voy. *contra*, Cour EDH, 9 juillet 1997, *Akkus c. Turquie*, n° 19263/92, § 35 : la Cour convertit en effet la somme, pourtant calculée en livres turques, en dollars américains « compte tenu du fait que Mme Akkus exprime ses prétentions en cette monnaie, et que le Gouvernement ne conteste pas le recours à celle-ci » (nous soulignons).

⁸¹⁰ Rappelons que, si la Cour européenne octroie, généralement, un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt, celui-ci n'est en outre pas systématiquement respecté ; voy. *supra*.

sommes en dollars américains dans plusieurs affaires turques, dont certaines avaient précisément pour objet la dépréciation d'une indemnisation obtenue dans l'ordre interne⁸¹¹. Toutefois, il serait erroné d'en conclure qu'une telle décision serait conditionnée par la particularité de ce type de requête. En effet, dans l'affaire *Demiray* – contemporaine des précédentes – alors que la Cour était saisie de la compatibilité avec les articles 2 et 5 d'une garde-à-vue ayant entraîné le décès de l'époux de la requérante, la Cour va octroyer les sommes au titre de préjudice moral et des frais et dépens en dollars américains⁸¹². C'est donc bien l'instabilité monétaire de l'économie de l'État défendeur qui justifiait le recours à une monnaie différente⁸¹³

336. Cette volonté, univoque quoique malheureusement implicite⁸¹⁴, de préservation de la fonction compensatoire des sommes octroyées au titre de l'article 41 ne sera paradoxalement exprimée clairement qu'à l'occasion de la modification de l'articulation entre la règle et l'exception par la Cour. À l'occasion de l'affaire *Goodwin*, qui portait sur l'absence de reconnaissance du changement de sexe pour une femme transsexuelle, la Cour va affirmer, laconiquement, que « [l']indemnité est libellée en euros, à convertir en livres sterling à la date du règlement, la Cour jugeant approprié dorénavant, en principe, l'euro comme monnaie de référence pour toutes les indemnités allouées au titre de satisfaction équitable en vertu de

⁸¹¹ Voy. ainsi Cour EDH, 9 juillet, *Akkus c. Turquie*, *op. cit.* ; Cour EDH, 14 novembre 2000, *Yasar et autres c. Turquie*, n^{os} 27697/95 et 27698/95, § 37 : « [à] ce titre, ils soutiennent qu'à la date de leur saisine de la Commission, leur préjudice matériel s'élevait à 5 795 dollars américains au total ».

⁸¹² Cour EDH, 22 novembre 2000, *Demiray c. Turquie*, n^o 27308/95 : l'affaire concernait le décès lors d'une garde-à-vue de l'époux de la requérante indication n'est en effet donnée sur ce point, et les prétentions de la requérante apparaissent contradictoires : si celle-ci sollicite au titre du dommage matériel un montant en livres turques (§ 65), les demandes formées au titre du dommage moral (§ 65) et des frais et dépens sont formulées en dollars américains (§ 68). La Cour n'accueillant que les deux derniers, elle les octroie en dollars (respectivement §§ 67 et 70 des motifs et pt. 6 a) et b) du dispositif).

⁸¹³ Pour J-F. FLAUSS néanmoins, ces demandes en devises révèlent également les tentations « inflationnistes », au sens de purement indemnitaires, des requérants ; J-F. FLAUSS, « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits l'homme », *D., op. cit.*, p. 229.

⁸¹⁴ À la différence de son homologue de San José qui, à ce sujet comme en général s'agissant du contentieux de la réparation, avait elle clairement rappelé, face à l'État défendeur qui objectait que son droit interne lui interdisait d'octroyer toute forme de rémunération dans une monnaie étrangère, que « *one effect of the reparation measures must be to preserve the real value of the amount received, so that it can achieve its compensatory intent* » et que le calcul et la mise à la charge de l'État d'une somme en dollars était l'un des meilleurs moyens de parvenir à cela Cour IADH, 27 novembre 1998, *Loayza-Tamayo c. Pérou* (réparations et coûts), Série C, n^o 42, spéc. §§ 126-127 ; voy. déjà, Cour IADH, 17 août 1990, *Velásquez-Rodríguez c. Honduras* (interprétation du jugement sur la réparation et les coûts), série C, n^o 9 : alors que le jugement initial avait octroyé à la victime plusieurs sommes en *lempiras* honduriens, la monnaie de l'État défendeur (§ 60, pts. 2 et 3 du dispositif), la Cour va estimer que l'un des moyens d'assurer « *the goal of restitutio in integrum for the injuries suffered* » est que le paiement de la somme soit effectuée au moyen, par exemple, de « *conversion of the amount received into one of the so-called hard currencies* », et ordonne même la compensation par l'État défendeur de la perte subie par la victime et ses héritiers du fait de l'absence de mesures adoptées en ce sens (§ 42).

l'article 41 »⁸¹⁵. Entré en circulation quelques mois auparavant, le 1^{er} janvier 2002, les raisons pour lesquelles la Cour a attendu cette affaire restent obscures⁸¹⁶, et elle n'explicite pas davantage les motifs qui la poussent à effectuer ce choix. De plus, elle ne semble pas tirer l'intégralité des conséquences résultant du choix d'une monnaie dite « forte ».

337. Ainsi, on comprend mal pourquoi la monnaie de référence ne conditionne que l'établissement de l'indemnité, et non son paiement. Ce défaut de motivation l'est d'autant plus que ce choix n'est pas sans poser certaines difficultés, comme le souligne la juge Grève dans son opinion en partie dissidente sous l'arrêt. On devine que l'objectif est d'adopter une monnaie *a priori* stable, ou du moins est-ce l'intention que lui prête la plus grande part de la doctrine⁸¹⁷, afin de préserver l'effectivité de la réparation, sans pour autant recourir à une monnaie complètement étrangère aux membres du Conseil de l'Europe comme le dollar. Néanmoins, la nécessité de conversion de la somme au jour de son versement réintroduit les risques liés à la variation externe de l'euro, c'est-à-dire vis-à-vis de la monnaie nationale dans laquelle, le cas échéant, la victime recevra son indemnité. Dès lors, comme le souligne à nouveau la juge Grève dans son opinion dissidente, ce choix conduit à introduire une discrimination entre les requérants, et notamment entre d'une part les requérants qui résident en zone euro et les autres, d'autre part, qui résident dans des pays dont « la monnaie est en parité avec l'euro ou plus faible ». Dans l'affaire *Christine Goodwin*, par exemple, l'effet compensatoire réel⁸¹⁸ pour la requérante en l'espèce, dont l'indemnité sera calculée en euros mais convertie en livres sterling, en sera diminué d'autant⁸¹⁹.

338. Pourtant, non seulement le principe est demeuré constant dans la pratique de la Cour, mais le choix de recourir à l'exception – l'octroi dans une autre monnaie – a été clairement

⁸¹⁵ Cour EDH (GC), 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, CEDH 2002-VI, § 123.

⁸¹⁶ On notera en effet qu'elle avait pourtant déjà rendu plusieurs arrêts après cette entrée en circulation, y compris constatant une ou plusieurs violations commises par des États non membres de la zone euro : voy. Cour EDH (GC), 28 mai 2002, *Kingsley c. Royaume-Uni*, CEDH 2002-IV, n° 35605/97, qui n'octroie certes pas de somme au titre du dommage moral, mais octroie pourtant en euros deux sommes au titre des dépens en livres sterling, mais surtout, *pourtant du même jour*, Cour EDH (GC), 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, n° 46295/99, CEDH 2002-IV, qui octroie une somme libellée en euros au titre du dommage moral alors que la demande avait été formulée en livres (§§ 92 et 94 des motifs), et une somme en livres au titre des frais et dépens (§ 97) ; pts. 3 a) et b) du dispositif.

⁸¹⁷ Voy. O. ICHIM, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 230 ; L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 1417-1418.

⁸¹⁸ C'est-à-dire évalué à l'aune, notamment, du « *purchasing power* » qui en découle, pour reprendre l'expression à laquelle a recours la Cour IADH et qui témoigne d'une moindre frilosité avec les notions et le vocabulaire économiques ; voy. Cour IADH, 27 septembre 1998, *Loayza-Tamayo c. Pérou*, *op. cit.*, § 127.

⁸¹⁹ Ces catégories ne sont de surcroît pas immuables ; à l'heure de la rédaction de cette étude, la valeur de la livre s'est considérablement érodée face à celle de l'euro, et l'écart serait beaucoup moins important.

encadré par rapport à celui qui prévalait antérieurement à l'arrêt *Goodwin*, dans le cadre duquel la préférence des requérants jouait un rôle décisif. Ainsi, le point 24 des « Instructions pratiques » énonce que l'indemnité est « en principe exprimée en euros (EUR, €), indépendamment de la monnaie à laquelle l'intéressé formule ses demandes »⁸²⁰. Il lui échoit au contraire de présenter et « envisager ce qu'implique cette politique compte tenu des effets qu'aura la conversion en euros de sommes exprimées dans une monnaie différente ». Il n'est donc même pas indiqué clairement que la Cour puisse, et le cas échéant à quelles conditions, choisir d'évaluer et d'accorder des indemnités dans une autre monnaie que l'euro. D'ailleurs, à notre connaissance, cela ne s'est jamais produit depuis l'arrêt *Christine Goodwin*.

2. L'actualisation de l'indemnité par l'octroi d'intérêts moratoires

339. Accordés une première fois dans l'arrêt *Darby*, à la demande du requérant et sans opposition marquée du gouvernement défendeur mais uniquement s'agissant de la période constituant le préjudice subi⁸²¹, la Cour consacrera dans l'arrêt *Pine Valley* l'octroi des intérêts actualisant le montant du préjudice subi à sa valeur effective au moment du prononcé de l'arrêt. Après avoir en effet évité la question dans la célèbre affaire *Sporrong et Lönnroth*⁸²², la Cour – probablement incitée par l'écart particulièrement important entre le moment de la cristallisation de la violation et celui du prononcé de l'arrêt⁸²³ – va rejeter les allégations du gouvernement selon lesquelles l'octroi d'intérêts « reviendrait à dédommager des spéculateurs immobiliers »⁸²⁴.

⁸²⁰ « Instructions pratiques – Demande de satisfaction équitable », 28 mars 2007, 3 p. (nous soulignons).

⁸²¹ Cour EDH, 23 octobre 1990, *Darby c. Suède*, n° 11581/85, Série A, n° 187, §§ 37-38 : les intérêts sont en effet octroyés sur les trois années de versement par le requérant de l'impôt qui constitue la violation constatée des articles 9 et 1P1.

⁸²² Cour EDH (plén.) (satisfaction équitable), 18 décembre 1984, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n°s 7151/75 et 7152/75, Série A, n° 52 : les requérants alléguaient que leur préjudice matériel englobait d'une part la perte de la valeur marchande de l'immeuble et de revenus potentiels et, d'autre part, des intérêts « calculés selon la loi suédoise sur le loyer de l'argent » (§ 11) ; le Gouvernement défendeur alléguait, à titre principal, qu'aucune demande d'indemnité fondée sur le droit interne n'étant possible, la demande d'intérêts devait être rejetée et, à titre subsidiaire mais plus principalement dans le cadre de cette étude, que « [p]our le cas où la Cour en jugerait autrement, il la prie de ne pas octroyer d'intérêts sur d'éventuels dommages survenus avant le 1^{er} juin 1983, date à laquelle il a pris connaissance des prétentions des requérants » (§ 15). Comme le note J.-F. Flauss, il n'est toutefois pas possible d'affirmer avec certitude que « la somme allouée en équité n'en ait absolument pas tenu compte », puisque la motivation est ici encore insuffisante.

⁸²³ 10 ans.

⁸²⁴ Cour EDH (satisfaction équitable), 9 février 1993, *Pine Valley Developments et autres c. Irlande*, n° 12742/87, Série A246-B, § 14.

340. Pour autant, elle ne va pas jusqu'à s'approprier l'argumentation ouvertement tirée de l'idée de profit des requérants, selon lesquels l'octroi était justifié dans la mesure où « s'ils avaient perçu à cette date [l'indemnisation,], elle aurait produit un intérêt depuis lors »⁸²⁵. Au contraire, la jurisprudence postérieure montrera que la Cour entend rattacher plus traditionnellement cet octroi au principe de réparation intégrale, puisqu'il vise à empêcher que subsiste, malgré l'octroi d'une satisfaction ou même le versement rétroactif de la somme litigieuse par l'État défendeur, un « dommage matériel résiduel »⁸²⁶. En revanche, l'importance attachée à leur fonction économique n'est pas sans limite : alors que les requérants souhaitent en effet que ces taux soient fixés sur la base des taux d'intérêts commerciaux. Or, la Cour va préférer se fonder sur le taux légal, c'est-à-dire sur le « taux applicable (...) aux décisions judiciaires irlandaises », les taux commerciaux lui « sembl[a]nt plus adaptés à une demande pour perte des profits d'une mise en valeur »⁸²⁷.

341. La pratique ultérieure de la Cour montre pourtant qu'elle a en partie corrigé ce principe, qui a évolué sous l'effet d'une approche résolument *pro personam*. Ainsi, dans l'affaire *Beyeler* par exemple, dans laquelle la Cour devait actualiser la valeur du préjudice sur une durée de 24 ans, elle affirme s'être fondée « année par année, sur celui des deux taux – taux d'intérêt légal et taux d'inflation – qui était plus favorable au requérant »⁸²⁸. Plus encore, la Cour semble désormais, non plus recourir au taux le plus favorable, mais cumuler les deux, qui traduit l'évolution de la double fonction qu'elle leur attribue. D'une part, le montant octroyé doit classiquement « être actualisé pour compenser les effets de l'inflation »⁸²⁹. D'autre part, néanmoins, elle affirme qu'il « faudra aussi l'assortir d'intérêts susceptibles de compenser, au moins en partie, le long laps de temps qui s'est écoulé depuis la dépossession des terrains », et d'ajouter que « ces intérêts doivent correspondre à l'intérêt légal simple appliqué au capital progressivement évalué »⁸³⁰. S'il n'est malheureusement pas possible de vérifier comment le calcul a été effectué, puisque la Cour octroie une indemnité *in globo* et « en équité », il semble

⁸²⁵ *Idem*, § 13 ; comp. Cour IADH, 17 août 1990, *Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, *op. cit.*, § 31 : la Cour, ayant ordonné que la compensation soit effectuée au moyen de la création d'un *trust* au profit des requérants mineurs – alors qu'elle avait classiquement ordonné le paiement d'une somme au profit de leur mère – impose au *trustee* de « ensure that the amount assigned maintains its purchasing power and generates sufficient earnings or dividends to increase it ».

⁸²⁶ Cour EDH (satisfaction équitable), 31 janvier 1995, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, n° 14518/89, Série A, n° 305-A, § 15.

⁸²⁷ *Idem*, § 14.

⁸²⁸ Cour EDH (satisfaction équitable), 28 mai 2002, *Beyeler c. Italie*, *op. cit.*, § 23 (références omises ; nous soulignons).

⁸²⁹ Cour EDH (GC) (satisfaction équitable), 22 décembre 2009, *Guiso-Gallisay c. Italie*, *op. cit.*, § 105.

⁸³⁰ *Idem*.

que la Cour ait ouvert la voie à l'octroi d'intérêts qui dépasseraient la seule fonction d'actualisation qui leur était initialement attribuée.

342. Malgré ces évolutions, le recours aux intérêts moratoires dans ce type d'hypothèse est établi de longue date au sein de la jurisprudence de la Cour, tout comme, bien qu'ils soient apparus plus tardivement, celle consistant à octroyer des intérêts afin d'encourager le paiement de l'indemnité par l'État défendeur et, par là-même, l'exécution des décisions de la Cour.

B. La préservation de l'efficacité économique de la réparation

343. La Cour recourt également aux intérêts moratoires comme instrument permettant de favoriser l'exécution de ses décisions (1), et assure dans une certaine mesure l'intégrité de la réparation octroyée vis-à-vis des créanciers des requérants (3). Elle ne semble en revanche pas toujours encline à adapter les modalités d'exécution au poids économique de la réparation octroyée (3).

1. Les intérêts moratoires comme instrument d'exécution

344. Les intérêts moratoires sont « destinés à réparer le préjudice résultant du retard dans l'exécution d'une obligation »⁸³¹, et s'opposent dès lors à la somme octroyée au titre de l'article 41 *stricto sensu* qui relève, nous l'avons vu, d'une fonction compensatoire. Ici encore, ils ne sont ni consacrés ni exclus par le texte de la Convention⁸³² et la question n'a pas été soulevée lors des travaux préparatoires. Ne disposant *a fortiori* pas non plus d'un pouvoir d'astreinte⁸³³, la Cour a longtemps refusé d'octroyer ces intérêts, bien qu'ils fussent connus du droit international général depuis longtemps, les juridictions semblant considérer qu'il s'agit d'un

⁸³¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 10^{ème} éd., 2014, 1136 p., p. 687.

⁸³² Ce qui n'est pas étonnant, si l'on considère que même des instruments plus récents et dont l'objet et la finalité économiques ne faisaient aucun doute sont dans la même situation ; ni la Conv. IADH ni la Conv. ADH n'en font davantage mention : voy. respectivement leurs articles 63 et 27.

⁸³³ Ce mécanisme est tout à fait exceptionnel dans l'ordre juridique international et, à notre connaissance, seule la Cour de Justice de l'Union européenne en dispose, dans un champ d'application restreint puisqu'il ne concerne que le recours en manquement sur manquement et la procédure particulière relative au droit de la concurrence :

pouvoir inhérent à leur fonction⁸³⁴, ils sont consacrés par l'article 38 des Articles de la CDI⁸³⁵ et visent également à préserver l'indemnisation octroyée de l'érosion monétaire en cas d'exécution tardive par l'État débiteur. Pourtant, la Cour avait dans un premier temps fait primer sa confiance dans la bonne foi des États, rejetant les demandes formées à ce titre au motif que l'« [o]n peut présumer que le Royaume-Uni exécutera dans les meilleurs délais l'obligation lui incombant »⁸³⁶. Par la suite, et alors que la demande n'émanait pas seulement des requérants, mais également de la Commission, la Cour s'est contentée de rejeter l'octroi, non en principe, mais apparemment sur des considérations d'espèce – jamais énoncées⁸³⁷.

345. C'est une affaire portant sur des enjeux économiques complexes et conséquents qui va permettre à la Cour de faire évoluer sa position. Dans l'affaire *Papamichalopoulos*, la Cour va pour la première fois et à la demande des requérants⁸³⁸, décider que, en cas d'inexécution du paiement du montant octroyé par elle aux requérants dans le délai prescrit, celui-ci serait « à majorer d'un intérêt non capitalisable de 6% à compter de l'expiration du délai de six mois (...) et jusqu'au versement »⁸³⁹. S'il est difficile d'affirmer avec exactitude ce qui a provoqué ce revirement, il est vraisemblable que la Cour assimile ces intérêts moratoires à la préservation de l'enjeu économique *stricto sensu* de l'affaire⁸⁴⁰. En effet, alors que deux sommes – conséquentes – ont également été octroyées au titre du dommage moral et des frais et dépens, celles-ci n'en sont pas assorties⁸⁴¹. La pratique sera toutefois rapidement étendue aux frais et

⁸³⁴ CPJI, 28 juin 1923, *Affaire du Vapeur « Wimbledon »*, série A n° 1, p. 32 ; voy. plus récemment, CIJ, 19 juin 2012, *Ahmadou Sadou Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo, Rec., 2012, p. 324, § 56*. Il est dès lors paradoxal de constater que la Cour internationale de Justice a estimé nécessaire, dans cet arrêt, de fonder l'octroi de ces intérêts sur « la pratique d'autres juridictions internationales », dont les Cour EDH et IADH.

⁸³⁵ Ce dernier prévoit notamment que « [d]es intérêts sur toute somme principale due en vertu du présent chapitre sont payables dans la mesure nécessaire pour assurer la réparation intégrale » (§1) et qu'ils « courent à compter de la date à laquelle la somme principale aurait dû être versée jusqu'au jour où l'obligation de payer sera exécutée » (§2).

⁸³⁶ Cour EDH (plén) (satisfaction équitable), 6 novembre 1980, *Sunday Times*, n° 6538/74, Série A n° 38, § 44 ; s'agissant des frais et dépens, voy. également le rejet non motivé dans Cour EDH, 21 juin 1983, *Eckle c. Allemagne*, n° 8130/78, série A n° 65, § 52

⁸³⁷ Voy. Cour EDH, 26 février 1992, *Biondi c. Italie*, n° 12871/87, série A288-C, §§ 24-25, spéc. § 25, et 26 février 1992, *Nibbio c. Italie*, n° 12854/87, §§ 24-25, spéc. § 25 : « [q]uant au paiement éventuel d'intérêts moratoires, la Cour n'estime pas *en l'occurrence* approprié de l'exiger » (nous soulignons) ; Cour EDH (satisfaction équitable), 9 février 1993, *Pine Valley Developments LTD et autres c. Irlande*, n° 12742/97, série A, n° 245-B, § 21.

⁸³⁸ Cour EDH (satisfaction équitable), 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce, op. cit.*, § 32.

⁸³⁹ *Idem*, pt. 3 du dispositif ; voy. également le § 39 des motifs.

⁸⁴⁰ On peut également supposer que les difficultés d'exécution dans une précédente affaire, « Raffineries grecques », impliquant la Grèce, aient contribué à ce revirement :

⁸⁴¹ *Idem*, pts. 4 et 5 du dispositif.

dépens⁸⁴² puis au dommage moral⁸⁴³, et est devenue systématique, quoique toujours formellement facultative⁸⁴⁴, c'est-à-dire que son octroi n'est subordonné à aucune condition particulière. Lorsque la requête a été introduite sous l'empire du droit antérieur à l'arrêt *Christine Goodwin*, la Cour convertit *ex officio* la somme en euros, que celle-ci ait été formulée dans la monnaie nationale ou dans une autre monnaie⁸⁴⁵.

346. Outre l'acceptation et la généralisation du principe, la Cour a également développé un régime précis des modalités de cet octroi. Tout d'abord, la Cour va expliquer comment est déterminé le taux de ces intérêts. Si tel n'était en effet pas le cas dans l'arrêt *Papamichalopoulos*, puisque le choix du taux de 6% n'était pas justifié⁸⁴⁶, la Cour va ensuite préciser systématiquement dans ses motifs le « taux légal applicable » dans le système de l'État défendeur⁸⁴⁷, c'est-à-dire le taux appliqué dans l'ordre interne aux sommes dues à la suite d'une décision de justice. Un tel parallélisme tend dès lors à assimiler le régime de la satisfaction octroyée à celui des décisions juridictionnelles internes, et donc à promouvoir son effectivité.

347. Le renversement de la logique en matière de choix de devise opéré par l'arrêt *Christine Goodwin* a amené la Cour à faire évoluer le fondement du taux choisi. La Cour note en effet dans cette affaire, à juste titre et toujours dans une perspective économique finaliste, que « le taux des intérêts moratoires doit refléter le choix qu'elle a fait d'adopter l'euro comme monnaie de référence »⁸⁴⁸. Or, l'euro étant une monnaie partagée par plusieurs États encore distincts, et donc par plusieurs économies et ordres juridiques, il n'existe pas de taux légal uniforme applicable à la zone euro. La Cour, par conséquent va se référer au « taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne »⁸⁴⁹. Cet indicateur, d'une technicité

⁸⁴² Cour EDH (GC), 8 février 1996, *Jonh Murray c. Royaume-Uni*, n° 18731/91, CEDH 1996-I, pt. 5 a) et b) du dispositif.

⁸⁴³ Cour EDH, 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, n° 20605/92, CEDH 1997-III, pt. 7.

⁸⁴⁴ Voy. ainsi l'art. 75 § 3 : « Lorsque la chambre ou le comité accordent une satisfaction équitable au titre de l'article 41 de la Convention, ils *peuvent* décider que, si le règlement n'intervient pas dans le délai indiqué, des intérêts moratoires seront dus sur les sommes allouées » (nous soulignons).

⁸⁴⁵ Voy. par exemple Cour EDH, 5 avril 2005, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, n° 54825/00, CEDH 2005-II, § 140 : la demande avait été formulée en dollars américains, que la Cour convertit en euros avant de statuer.

⁸⁴⁶ Cour EDH (satisfaction équitable), 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, *op. cit.*, §§ 32 et 39pt 3 du dispositif ; aucune indication n'est donnée dans les motifs sur le sens du taux, qui a été invoqué par les requérants et repris par la Cour.

⁸⁴⁷ Voy par exemple : Cour EDH (GC), 8 février 1996, *John Murray C Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 80 ; 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 83. La pratique est depuis constante ; dans les rares occasions où la somme était déterminée dans une devise différente de celle de l'État défendeur et avant que l'euro ne devienne la monnaie de référence de la Cour, le taux était mentionné sans qu'il soit explicitement affirmé qu'il s'agissait du taux d'intérêt légal, ce qu'on peut néanmoins présumer.

⁸⁴⁸ Cour EDH (GC), 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 124.

⁸⁴⁹ *Idem*.

inattendue⁸⁵⁰, sert donc de palliatif à l'absence de taux d'intérêt légal commun. La Cour décide même d'ajouter à ce taux « trois points de pourcentage », probablement afin de tenir compte du différentiel entre le taux des prêts accordés à la BCE et le taux effectif de création monétaire dans l'économie⁸⁵¹. C'est donc une approche réaliste⁸⁵², voire très technique, qu'adopte la Cour afin de préserver l'efficacité du recours aux intérêts moratoires dans leur aspect conservatoire.

348. Ensuite, avant et depuis le recours à l'euro comme monnaie de référence, la fixation du point de départ des intérêts témoigne de l'objectif poursuivi par la Cour. Ainsi, il a systématiquement été fixé à l'expiration du délai de paiement de la somme octroyée – c'est-à-dire en principe trois mois⁸⁵³. Toutefois, ce délai a parfois été étendu – généralement à six mois – lorsque le montant représentait une charge financière très importante pour l'État défendeur⁸⁵⁴, ce réalisme économique et budgétaire contribuant lui aussi à l'effectivité du mécanisme de la satisfaction équitable. Le fait que l'exigibilité des taux d'intérêts soit de la sorte conditionnée à l'expiration du délai d'exécution conduit à un équilibre entre le renforcement de l'exécution de l'arrêt et la prise en considération des intérêts étatiques, ce qui explique peut-être que la Cour interaméricaine semble désormais « s'aligner » sur cette pratique après avoir longtemps retenu la solution inverse⁸⁵⁵.

⁸⁵⁰ Il s'agit de l'un des trois « taux directeurs » de la BCE. Il correspond au taux auquel celle-ci fournit aux établissements bancaires des liquidités à 24 heures, sans limite de montant. En raison de l'urgence et de l'absence de réel contrôle des garanties offertes par les emprunteurs, il s'agit du taux le plus élevé, comme le note par ailleurs justement la juge Greve dans son opinion en partie dissidente sous l'arrêt ; comp. avec la Cour de Luxembourg qui, statuant sur les recours en responsabilité extracontractuelle, ne justifie pas la plupart du temps le taux choisi : voy. par exemple CJCE., 26 juin 1990, *Sofrimport Sarl c. Commission*, C-152/88, RCE I-2477, p. 2512, § 32.

⁸⁵¹ Nécessairement plus élevé, puisqu'il inclut la rémunération de l'activité des établissements bancaires.

⁸⁵² Ce qui ne signifie pas qu'elle n'emporte aucune conséquence néfaste ; ainsi, la juge Greve estime-t-elle, puisque cela peut conduire à un taux « inférieur » et qu'il est difficile pour le requérant de « s'informer par lui-même » de ce taux au jour du règlement de l'indemnité afin de vérifier que l'État a correctement exécuté son obligation. Si ces deux observations nous paraissent recevables, il n'en demeure pas moins que le taux, « plafond sur le marché monétaire » et effectivement souvent « réactualisé », majoré de trois points, ne paraît pas davantage déconnecté du niveau réel d'inflation que le taux légal.

⁸⁵³ Ce délai ne résulte pas d'une disposition conventionnelle, et n'a pas été incorporé dans le Règlement de la Cour. Il correspond, depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, au délai encadrant les demandes de renvoi devant la Grande chambre et à l'expiration duquel l'arrêt devient définitif : voy. les articles 43 § 1 et 44 § 2 Conv. EDH. En revanche, il figure dans les instructions pratiques adoptées par Président, au point 25, qui énonce que « ce délai est d'habitude de trois mois à compter de la date à laquelle l'arrêt devient définitif et exécutoire » (nous soulignons).

⁸⁵⁴ Parfois davantage : voy. Cour EDH, 25 juillet 2013, *Agrokompleks c. Ukraine*, op. cit., pt. 1 du dispositif, avec 12 mois pour la première moitié de la somme, et 12 mois supplémentaire pour la seconde.

⁸⁵⁵ Voy. Cour IADH, 23 novembre 2015, *Quispialoya Vilcapoma c. Pérou*, Série C, n° 308, cité in. L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'homme*, op. cit., p. 1416.

349. L'absence de caractère punitif, même en cas d'inexécution dans le délai fixé par la Cour, est également clairement visible dans le refus d'octroi d'intérêts composés⁸⁵⁶, qui sont des intérêts calculés sur la base du « capital accru de ses intérêts accumulés »⁸⁵⁷. Dès lors, la somme s'en trouve rapidement et grandement accrue et dépasse le standard de la seule réparation intégrale pour atteindre une fonction punitive et dissuasive. Or, ce refus persistant semble relever d'une conception particulière que se ferait la Cour d'un organe juridictionnel statuant en matière de droits de l'homme, davantage que comme une référence à l'état du droit du contentieux international. Si James Crawford notait en effet dans ses Commentaires aux Articles de la CDI que « les cours et tribunaux ont généralement pris position contre l'allocation d'intérêts composés »⁸⁵⁸, l'état actuel de la jurisprudence arbitrale semble avoir évolué et, même si les premières sentences étaient fondées sur le droit interne, cela n'est plus le cas actuellement⁸⁵⁹.

2. La préservation variable de l'intégrité vis-à-vis des créanciers de la victime

350. La préservation de l'intégrité de la somme octroyée est tout d'abord assurée par la neutralisation de l'effet d'éventuelles législations fiscales qui pourraient contrevenir au principe de réparation intégrale. Ainsi, la Cour, toujours sans fondement conventionnel ou même réglementaire, octroie désormais⁸⁶⁰ systématiquement, en sus du montant initial, « toute taxe sur la valeur ajoutée » et, plus généralement, « tout montant dû à titre d'impôt »⁸⁶¹, que la somme ait pour objet la réparation d'un dommage matériel ou moral ou des frais et dépens⁸⁶².

⁸⁵⁶ La formulation du dispositif des premiers arrêts ayant fait droit aux demandes d'intérêts moratoires témoigne bien de cette réticence. Voy. ainsi Cour EDH, 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, *op. cit.*, pt. 3 du dispositif : « montant à majorer d'un intérêt non capitalisable de 6% » (nous soulignons) ; la formule semble toutefois être tombée en désuétude, sa dernière occurrence significative remontant à l'arrêt de Grande Chambre dans l'affaire *Chassagnou* : Cour EDH (GC), 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, n° 25088/94, CEDH 1999-III, pt. 6.

⁸⁵⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 563 ;

⁸⁵⁸ J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires*, *op. cit.*, p. 285 ; il cite à l'appui de son affirmation la position du Tribunal irano-américain qui, relève-t-il, « considère[...] que les demandeurs sont normalement en droit de recevoir des intérêts compensatoires ».

⁸⁵⁹ Voy. F. GRISEL, « L'octroi d'intérêts composés par les tribunaux arbitraux d'investissement », *JDI*, 2011, n°3, pp. 545-562.

⁸⁶⁰ Voy. initialement : Cour EDH (satisfaction équitable), 18 décembre 1984, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, *op. cit.*, pts. 1 et 2.

⁸⁶¹ Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, 2002-I, pt. 5 du dispositif

⁸⁶² Cour EDH, 11 avril 2002, *Hatzitakis c. Grèce*, n° 48292/99, pt 2 du dispositif.

351. En revanche, la Cour refuse pour l'instant d'ordonner à l'État défendeur d'assurer l'insaisissabilité de la somme octroyée, sans qu'ici encore ni la nature de la violation, ni celle du dommage, ne constituent des facteurs de variation. Initialement, on avait pu s'interroger sur la question de savoir si les déclarations d'incompétence n'étaient pas en partie liées au caractère partiellement matériel des sommes octroyées⁸⁶³, à la nature des violations⁸⁶⁴, ou bien au fait que la Cour ne voyait pas de lien de causalité entre les violations constatées et la situation de faillite du requérant⁸⁶⁵. La Grande Chambre viendra confirmer dans l'affaire *Selmouni* que ce refus est bien fondé sur une incompétence perçue, et que la gravité des droits en cause et l'existence d'un lien de causalité ne sauraient fonder une telle compétence, malgré les risques d'ineffectivité importants. Dans cette affaire, l'État français avait été condamné pour des actes de torture contraires à l'article 3 commis par des policiers à l'encontre du requérant dans le cadre d'une procédure pénale ayant, par ailleurs, abouti à sa condamnation au paiement d'une forte amende – 12 000 000 francs français, solidairement avec ses deux complices. Saisie par le requérant d'une demande de déclaration d'insaisissabilité afin que la somme de 500 000 francs qui lui avait été octroyée au titre du dommage moral subi ne soit pas saisie par l'État aux fins de paiement de ladite amende, la Cour relève « qu'[i]l semblerait quelque peu surprenant d'accorder au requérant une somme à titre de réparation, en raison notamment de mauvais traitements ayant entraîné une violation des dispositions de l'article 3 de la Convention, ainsi que pour couvrir les frais et dépens occasionnés pour aboutir à ce constat, *somme dont l'État lui-même serait ensuite à la fois débiteur et bénéficiaire* »⁸⁶⁶, et qu'à ce titre, « elle devait être insaisissable »⁸⁶⁷. Cette solution, confirmée depuis⁸⁶⁸, a des conséquences réelles sur la situation des requérants. F. Lazaud a ainsi montré que, s'agissant du cas français, les sommes

⁸⁶³ Dans les affaires *Ringeisen et Allenet de Ribemont* en effet, les sommes octroyées étaient de nature 'mixte' et englobaient à la fois des dommages matériels et moraux : Cour EDH (satisfaction équitable), 22 juin 1972, *Ringeisen c. Autriche*, n° 2614/65, Série A, n° 15, § 27 ; Cour EDH, 10 février 1995, *Alletnet de Ribemont c. France*, 15175/89, Série A, n° 308, § 64.

⁸⁶⁴ Voy. par exemple Cour EDH, 27 août 1991, *Philis c. Grèce*, n° 125750, pour une violation de l'art. 6 § 1.

⁸⁶⁵ Cour EDH (satisfaction équitable), 22 juin 1972, *Ringeisen c. Autriche*, *op. cit.*, § 27.

⁸⁶⁶ Cour EDH (GC), 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, n° 25803/94, CEDH 1999-V, § 133 (nous soulignons).

⁸⁶⁷ *Idem*.

⁸⁶⁸ Voy. ainsi, s'agissant d'une somme octroyée à la veuve du défunt, dont la mort est pourtant reconnue contraire à l'article 2 : Cour EDH, 18 mai 2000, *Valikova c. Bulgarie*, n° 41488/98, CEDH 2000-VI, § 99.

octroyées pouvaient effectivement faire l'objet de saisies tant au profit de l'État lui-même et indépendamment de leur nature⁸⁶⁹, mais aussi au profit de créanciers particuliers⁸⁷⁰.

3. L'adaptation insuffisante du délai d'exécution au poids économique de l'indemnité

352. La Convention étant également muette sur ce point, la Cour a progressivement dégagé un délai d'exécution des arrêts, fixé initialement à trois mois à compter de la date du jugement⁸⁷¹, et qui court désormais seulement à compter de la date à laquelle l'arrêt devient définitif⁸⁷². Relativement court, on sait que ce délai a très rapidement été dépassé par certains États en raison de la charge économique que représentait le paiement de la somme octroyée⁸⁷³. Il revient à la Cour afin d'assurer l'effectivité de la réparation, de moduler les effets dans le temps de ses décisions d'octroi, comme d'autres juridictions retardent les effets de la décision au nom d'intérêts économiques et financiers⁸⁷⁴, d'autant que la Cour n'est par définition liée par aucune norme conventionnelle en la matière.

353. Or, la Cour ne semble moduler le délai d'exécution que dans des circonstances exceptionnelles, sans qu'il soit possible d'en déterminer le contenu avec précision. Ainsi, plusieurs arrêts octroyant des sommes importantes ne bénéficieront pas davantage de délais

⁸⁶⁹ Ainsi, dans l'affaire *Jamil*, c'est « la somme de 500 000 F accordée, pour frais et dépens, qui a fait l'objet d'une saisie de la part de l'administration douanière » ; F. LAZAUD, « La pratique du paiement de la satisfaction équitable par la France », in J.-F. FLAUSS, E. LAMBERT ABDELGAWAD, *La pratique de l'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 299-328, spéc. p. 308 ; voy., pour une solution pratiquement inverse – la Cour évite soigneusement de se référer à l'insaisissabilité des sommes octroyées – mais, à notre connaissance, isolée, Cour EDH (satisfaction équitable), 10 mai 2012, *Sud Fondi SRL et autres c. Italie*, n° 75909/01, §§ 62-63 des motifs et pt. 1) du dispositif : « que l'État défendeur doit s'abstenir de demander aux requérantes le remboursement des frais de démolition des bâtiments confisqués et des frais de requalification, et qu'il ne doit pas donner suite aux demandes en dommages-intérêts adressées à la première requérante dans la procédure civile devant le tribunal de Bari » ; voy., dans une certaine mesure également puisque cela ne figure pas au dispositif de l'arrêt, Cour EDH, 25 juin 2013, *Travélec c. Belgique*, op. cit., § 27 : « la Cour juge équitable de préciser que cette somme de 50 000 EUR ne devra pas lui être réclamée ».

⁸⁷⁰ *Idem*, p. 309 ; il s'agissait précisément en l'espèce de l'affaire *Allenet de Ribemont*, affaire dans le cadre de laquelle le requérant avait sollicité de la Cour une déclaration d'insaisissabilité.

⁸⁷¹ Cour EDH (satisfaction équitable), 29 août 1991, *Moreira de Azevedo c. Portugal*, n° 11296/84, Série A n° 208-C, pt. 1.

⁸⁷² Art. 43 § 1 et 44 § 2.

⁸⁷³ Voy. Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques et Statis Andreadis c. Grèce*, op. cit., pt. 6 : le montant octroyé était de 116 273 442 drachmes, 16 054 165 dollars américains et 614 627 francs français : paiement effectué en 1997 ; comp., en ayant à l'esprit la dévaluation de la monnaie, avec les montants versés pour les années 2016 et 2015 : respectivement 4 168 864 et 2 642 829 d'euros.

⁸⁷⁴ Le Conseil constitutionnel français diffère par exemple dans le temps l'inconstitutionnalité des lois déferées pour des motifs économiques ; S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., spéc. p. 351.

allongés⁸⁷⁵, alors même que des délais de six mois ont pu être consentis lorsque la réparation était octroyée en nature, le poids accordé aux difficultés juridiques internes paraissant en comparaison démesuré⁸⁷⁶. Pourtant, les affaires *Agrokompleks* et *Yukos*, la seconde octroyant un montant à ce jour inégalé dans la jurisprudence de la Cour⁸⁷⁷, ont pu laisser entrevoir une évolution qui fera dire à E. Decaux et M. Kučera que le poids économique d'une indemnisation entraînerait systématiquement l'octroi d'un délai supérieur⁸⁷⁸. En effet, dans la première affaire, la Cour a, d'une part scindé le montant à payer en deux parts égales – soit deux fois 13 500 000 millions d'euros, et a d'autre part octroyé douze mois pour chaque quotité⁸⁷⁹. Mieux encore, dans l'affaire *Yukos*, la Cour a octroyé un délai de six mois à l'État défendeur pour élaborer « *in co-operation with the Committee of Ministers (...) a comprehensive plan, including a binding time frame, for distribution of this award* »⁸⁸⁰ d'un montant de près de deux milliards d'euros. Pourtant, on notera avec O. Ichim que ce constat doit être relativisé puisque, pratiquement simultanément dans l'affaire *Chypre c. Turquie* et pour un montant pourtant près de trois fois supérieur à celui octroyé dans l'affaire *Agrokompleks*, la Cour n'octroiera qu'un délai de trois mois⁸⁸¹, de même que quelques mois plus tard, s'agissant du même État défendeur et d'un montant de 5 000 000 d'euros⁸⁸².

⁸⁷⁵ Voy. par exemple Cour EDH (satisfaction équitable), 28 juillet 1998, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, CEDH 1998-IV, pt. 2, 3 et 4 ; (satisfaction équitable) 28 mai 2002, *Beyeler c. Italie*, n° 33202/96,

⁸⁷⁶ Voy. par exemple Cour EDH, 24 mars 2009, *Nitescu c. Roumanie*, n° 26004/03, pt. 4 a) : la Cour ordonne à l'État de procéder à l'exécution de l'arrêt interne, dont l'absence constitue la violation, et octroie 6 mois pour ce faire ; dans le même sens, déjà, Cour EDH, 26 janvier 2006, *Lungoci c. Roumanie*, n° 62710/00, pt. 3 a).

⁸⁷⁷ 1 866 104 634 euros au titre du dommage matériel.

⁸⁷⁸ E. DECAUX, M. KUČERA, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de protection des investissements », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage international*, Paris, Pedone, 2015, XVII-1141 p., pp. 501-529, p. 526.

⁸⁷⁹ Cour EDH (satisfaction équitable), 25 juillet 2013, *Agrokompleks c. Ukraine*, n° 23465/03, pts. a) i) et ii) du dispositif ; voy. néanmoins, Cour EDH, 23 janvier 2014, *East West Alliance Ltd c. Ukraine*, *op. cit.*, pt. 6 : pour un montant de 5 millions d'euros, et s'agissant du même État défendeur dans un laps de temps assez restreint, la Cour n'accorde qu'un délai de 3 mois.

⁸⁸⁰ Cour EDH (satisfaction équitable), 31 juillet 2014, *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, n° 14902/04, pt. 2 b).

⁸⁸¹ Cour EDH (GC) (satisfaction équitable), 12 mai 2014, *Chypre c. Turquie*, n° 201425781/94, *Rec.* 2014, pt. 4 a) et 5 a) ; O. ICHIM, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 226-227. Peut-être faut-il y voir la prise en considération par la Cour de l'instabilité politique et économique de l'Ukraine à ce moment mais, en l'absence de motivation de ces décisions respectives, il n'est pas possible de l'affirmer avec certitude.

⁸⁸² Cour EDH, 23 janvier 2014, *East West Alliance LTD c. Ukraine*, *op. cit.*, pt. 6 du dispositif.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

355. Au regard de l'abondante casuistique inégalement motivée qui marque la jurisprudence de la Cour, la seule conclusion qu'il semble possible de tirer avec certitude est que, ici encore, la matière et le fait économiques irriguent l'intégralité du processus de décision en matière d'octroi de réparation, à commencer par sa forme propre. De manière quasiment tautologique, si la Cour octroie des indemnités aussi élevées que celles de l'affaire *Yukos*, c'est avant tout parce qu'elle privilégie cette modalité particulière de réparation.

356. La Cour, en effet, quand elle décide de rendre un arrêt de prestation à proprement parler, privilégie nettement la forme indemnitaire à la restitution en nature. Elle cantonne celle-ci à certains contentieux économiques en général, qui lui ont permis d'en redécouvrir la primauté, et aux situations dans lesquelles elle prend en réalité la même forme – le versement d'une somme d'argent – que l'indemnisation en particulier. Insuffisante en tant que telle à déterminer l'intégralité de l'objet de la réparation, la fonction économique de la réparation est encadrée par un principe de réparation intégrale qui est limité, *a priori*, à une stricte fonction substitutive, et qui ne doit conduire ni à l'enrichissement indu de la victime, ni à un appauvrissement afflictif de l'État défendeur. En outre, cette fonction a également un objet économique à proprement parler, puisqu'il s'agit de réparer les dommages, qui peuvent eux être de nature morale ou économique, causés par les violations imputables à l'État défendeur.

357. Or, au stade de la détermination de l'étendue des dommages, la Cour intègre d'une manière relativement extensive l'ensemble des conséquences économiques desdites violations, l'existence de celles-là n'étant nullement corrélée à la nature ou à la cause, économiques ou non, de celles-ci. Témoignant d'une approche décomplexée de l'activité économique, elle admet même sans difficultés particulières, et sans réels aménagements de régime dépassant la pétition de principe, que les sociétés commerciales et à but lucratif puissent subir des dommages de nature morale. Cette solution contraste avec le rejet majoritaire des tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissement, qui persistent à y voir une incompatibilité d'objet. Cette différence illustre l'ambivalence du rapport des garantis à l'économie. Parce que l'article 8 garantit un droit à la vie privée, celui-ci, une fois étendu à la matière économique, favorise les intérêts économiques des opérateurs au-delà d'instruments qui ont été conçus pour leur protection. De la même manière, elle n'hésite pas à intégrer dans l'étendue matérielle du

dommage des dommages économiques entièrement incertains, en retenant une acception contestable de la perte de chances.

358. En comparaison avec cette approche très économique de la nature de la réparation, l'utilisation du fait économique dans sa réalisation, c'est-à-dire dans sa quantification en termes monétaires, du dommage, est à bien des égards décevante. Certes, la portée et la faisabilité de celle-ci varie indéniablement en fonction de la nature du dommage considéré. Il est, intuitivement, plus facile de procéder à l'évaluation économique d'un dommage qui est lui-même de nature économique. Lorsque cela se heurte pourtant à d'importants aléas, la Cour refuse généralement de ne pas octroyer une indemnité au motif que sa quantification serait excessivement spéculative.

359. En revanche, elle ne tire pas pleinement les conséquences du privilège qu'elle accorde à la forme indemnitaire. En se retranchant cette fois derrière la nature intrinsèque du dommage moral, mais aussi derrière la nature de son objet particulier, elle ne parvient pas à répondre aux risques posés par la comparabilité des violations induites par leur traduction en « chiffres ». Plus encore, le recours à l'expertise est certainement décevant, puisqu'il n'est ni systématique, ni prévisible, et en tout cas sur le déclin, probablement en raison de la charge de travail imposée à la Cour. Même s'il permettrait « d'externaliser » cette question, il entraînerait certainement un ralentissement préjudiciable du traitement des procédures.

360. Elle n'a pas non plus hésité à instrumentaliser les outils économiques pour s'assurer tant de son effectivité, c'est-à-dire qu'elle soit à même de produire une valeur économique réelle, que de son efficacité, c'est-à-dire sa capacité à produire la valeur économique correspondant au préjudice dont elle a estimé qu'il devait être réparé. Ainsi, s'il n'est pas certain que cela soit toujours suffisant, la Cour a substitué à l'ensemble des monnaies nationales une monnaie unique, l'euro, dans lequel est systématiquement déterminé le montant dont l'État est débiteur envers le requérant. En cherchant à empêcher les effets de la volatilité de certaines devises, la Cour crée toutefois des inégalités spatiales et temporelles entre les requérants, puisque les sommes calculées en euros sont converties au jour du paiement dans la monnaie nationale des requérants, l'effectivité étant dès lors subordonnée à la volatilité externe desdites monnaies : le taux de change.

361. De la même manière, elle n'a pas hésité, dans le silence conventionnel, à développer un régime de l'indemnité qui permet d'en préserver l'intégrité. Malgré – ou grâce – au silence du texte conventionnel, la Cour a développé une pratique extensive de l'octroi d'intérêts moratoires. Cantonnés dans un premier temps à une fonction d'actualisation, ils couvraient la période comprise entre le moment de cristallisation de la violation et le jour de l'octroi et remplissaient une fonction d'actualisation. Cette logique de préservation s'est toutefois par la suite doublée d'une logique d'exécution, puisqu'ils sont désormais également octroyés afin de couvrir la période courant du jour où le jugement devient définitif au jour du versement effectif par l'État débiteur de l'indemnité.

362. Ce régime d'octroi est néanmoins toujours incomplet au regard tant de la logique de préservation que de celle d'exécution. En effet, si la Cour ordonne la majoration systématique du montant octroyé de toutes les taxes dont l'indemnité est susceptible de faire l'objet au sein de l'ordre juridique de l'État débiteur, elle refuse toujours d'en assurer l'insaisissabilité. En d'autres termes, la somme octroyée peut être saisie par les créanciers des victimes, qu'ils soient privés ou étatiques, quand bien même la créance dont ils se prévalent est à l'origine de la violation constatée. Cette contradiction, excessivement favorable notamment à l'État défendeur, est d'autant plus étonnante qu'à l'inverse, la Cour n'octroie à ce dernier un délai d'exécution très limité, de trois mois, qu'elle n'étend dans le temps que très marginalement et systématiquement.

363. L'utilisation du fait économique en matière de réparation est donc profondément inégal, voire inconstant. D'un côté, il est certain que la Cour ne voit aucune contradiction *de principe* entre son objet particulier, l'interprétation et l'application de droits dits « de l'homme » et le fait de privilégier la forme indemnitaire de réparation. Il est d'ailleurs certain que cet objectif de réparation, et sa fonction compensatoire, est entendu largement, et que tant les conséquences économiques de l'intégralité des types de violations que les préjudices non économiques subis par les acteurs économiques relèvent de l'étendue des dommages dits « réparables ». D'un autre côté, pourtant, la Cour semble parfois réticente à assumer la conciliation entre la particularité de sa fonction et la nécessité de quantifier en termes économiques les indemnités qu'elle choisit pourtant d'octroyer. Se distinguant péremptoirement de juridictions de nature différente, elle gagnerait certainement au contraire à divulguer ses méthodes d'évaluation, notamment en termes de dommage moral, l'opacité des décisions nourrissant les accusations de hiérarchisation par l'argent qu'elle cherche à éviter. Elle gagnerait également à achever

l'établissement d'un régime juridique, économique et fiscal des indemnités octroyées, ce qui contribuerait à entériner le concours que l'octroi d'indemnités apporte à la réalisation de cet objet si « particulier ».

CONCLUSION DU TITRE 1

365. L'intégration du fait économique par la Cour se produit tant en aval qu'en amont de la constatation de l'existence d'une violation des droits garantis par la Convention. Faits existants en dehors et à côté de la sphère conventionnelle, leur analyse s'impose à la Cour en raison de leur présence au sein des activités et des intérêts propres aux parties à l'instance devant elle, qu'il s'agisse des États ou des personnes privées. La délimitation de la sphère étatique de la sphère privée, soit afin d'exclure les organes qui en sont issus du bénéfice du recours individuel, soit afin d'assurer l'attribution de ses actes à l'État défendeur, rend nécessaire le recours à des critères de nature économique afin, notamment, d'adapter l'étendue de la compétence personnelle du mécanisme conventionnel aux évolutions et imbrications de la sphère publique et de la sphère économique, les deux n'étant dès lors pas, par principe du moins, mutuellement exclusives l'une de l'autre. De la même manière, si la poursuite d'intérêts économiques particuliers par les requérants privés n'empêche pas la saisine valable de la Cour, elle n'en devient pas pourtant une condition *sine qua non*, la dimension morale qu'elle attribue à la l'application et la protection des droits conventionnels permettant également de fonder tant la qualité de victime que de démontrer l'existence d'un préjudice important. Le poids maîtrisé accordé à la démonstration de l'existence d'intérêts économiques est également visible en cas de coexistence d'intérêts économiques concurrents. En ne réduisant pas l'intérêt juridique à agir aux intérêts économiques, la Cour peut en effet assurer la réparation du premier tout en tenant compte des seconds.

366. En aval du constat de violation, et lorsque la Cour décide de ne pas y limiter la réparation octroyée, la préférence accordée à la voie indemnitaire par la Cour lui confère immédiatement une forme économique. Cette forme se double également d'un objet économique qu'elle entend de manière large, que ce soit d'un point de vue matériel – les conséquences économiques « réparables » – que d'un point de vue personnel – les conséquences non économiques subies par des sujets de droits ne poursuivant que des intérêts économiques. La Cour situe donc sans aucune difficulté particulière les droits et violations dénués de nature économique dans leurs imbrications avec la part économique de la vie des victimes, tout comme elle refuse de nier aux acteurs économiques, mêmes les personnes morales, la dimension non économique de leurs activités. Parfois même, la coexistence de ces divers aspects de l'activité des titulaires des droits garantis est poussée si loin qu'elle mène à une confusion malheureuse entre les dommages qui

relèvent de la sphère économique et ceux qui ne devraient pas en relever. L'importance économique des seconds entraînant alors une surévaluation financière des premiers.

367. Cette coexistence au sein de la jurisprudence de la Cour des dimensions économiques et non économiques dans le chef des parties à l'instance et, principalement des victimes, traduit également une volonté de conciliation entre la portée accordée à ces considérations économiques et la préservation d'un objet particulier qui tiendrait à la nature particulière des droits garantis par la Convention. Cette volonté de conciliation signifie que la Cour y perçoit donc une certaine contradiction. Cette contradiction a pour cause la préservation de la nature particulière du mécanisme européen et de son objet spécifique, et pour conséquence une intégration parfois limitée des considérations économiques dans le cadre des conditions d'exercice du recours individuel comme dans celui de sa finalité. En effet, la Cour s'appuie sur la nature du mécanisme juridictionnel pour relativiser le poids des intérêts économiques dans la détermination de l'intérêt à agir des requérants si celui-ci conduit à l'exclusion d'une requête qui a principalement pour objet la violation d'intérêts moraux, ou qui concerne une question d'intérêt général. Elle s'appuie également sur la nature et la fonction du mécanisme de Strasbourg pour tempérer l'exigence de quantification économique des dommages qui doivent être réparés. En souhaitant ne pas donner l'impression de trop se référer aux faits et aux outils économiques, elle conforte finalement les critiques qui lui reprochent un certain arbitraire dans le traitement de la question de la réparation.

368. La réticence, par exemple, à expliquer et à dévoiler les méthodes – quand bien même elles seraient effectuées par des barèmes préétablis – de quantification en termes économiques conduit, sous couvert de se refuser à une hiérarchisation des types de violations comme de l'origine des requérants, à la suspicion inverse. Elle produit également l'effet inverse lorsqu'on la compare avec les développements parfois longs consacrés à certains dommages économiques dont elle reconnaît pourtant elle-même qu'ils se prêtent tout aussi peu à une évaluation dénuée de toute spéculation. Enfin, si l'intégration du fait économique doit se faire dans la mesure où elle ne dénature pas l'objet propre du mécanisme européen, les modalités de la conciliation entre les deux semblent parfois porter directement atteinte à l'intégralité et à l'efficacité des réparations octroyées. Or, l'octroi à la Cour de prérogatives en la matière révèle que la

réparation, bien que subsidiaire, avait bien été envisagée par les rédacteurs comme un moyen supplémentaire de garantir l'effectivité des droits garantis⁸⁸³.

369. Elle contraste d'autant plus avec les conséquences du développement significatif des droits substantiels garantis par la Convention, qui font de cette dernière une source de régulation de l'économie, alors que ses rédacteurs avaient à cet égard souhaité l'inverse.

⁸⁸³ D'ailleurs, les mécanismes quasi-juridictionnels onusiens en sont eux dépourvus, ce qui illustre bien que l'octroi résulte avant tout d'un choix et d'un tel postulat.

TITRE 2 : L'INTÉGRATION DE L'OBJET

370. La Convention a donc été rédigée sur un double postulat selon lequel il était possible et souhaitable de séparer la Convention de la matière économique. Contraire aux premiers instruments nationaux de protection des droits de l'homme, qui associaient la liberté économique à la préservation plus générale de la liberté politique, celle-ci répondant à un même objectif de séparation de la société vis-à-vis de l'État⁸⁸⁴ comme aux instruments nationaux contemporains de la Convention, ce postulat découlait logiquement de l'absence de consensus en matière d'économie politique entre les rédacteurs. En conséquence, la Convention n'avait pour objet ni d'établir un cadre juridique propice au bon fonctionnement de l'économie de marché comme le présupposait l'approche ordo-libérale malgré l'inclusion du droit de propriété dans le protocole additionnel, ni l'intégration économique des États du Conseil de l'Europe, ni enfin d'assurer la création, le maintien ou le développement d'un État-providence. En d'autres termes, l'économie n'était pas l'objet souhaité de la Convention, c'est-à-dire qu'elle ne serait pas sur ce quoi les droits garantis portent⁸⁸⁵, et la construction ou la protection d'un ordre économique n'en constituait pas davantage la finalité envisagée de son application.

371. Ce postulat de « neutralité économique »⁸⁸⁶ de la Convention, a été infirmé par la Cour elle-même en 1979 dans l'arrêt *Airey*, et de plusieurs manières. Outre qu'elle reconnaît la contingence économique des « droits économiques et sociaux »⁸⁸⁷, elle a à la fois choisi d'affirmer l'indivisibilité des droits supposés civils et politiques d'avec ceux qui sont qualifiés d'« économiques et sociaux ». Selon elle en effet, si la Convention « énonce des droits civils politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social ». Dès lors, en raison de cette indivisibilité, l'interprétation d'un droit ne pouvait être écartée « pour le

⁸⁸⁴ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris, LGDJ, 6^{ème} éd., 2017, 158 p., p. 56; L. BOY ; P. REIS, « Libertés économiques et droits de l'homme », in L. BOY, J.-B. RACINE , F. SIIRAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme, op. cit.*, pp. 269-309, spéc. pp. 271-272.

⁸⁸⁵ Parmi les nombreux sens du mot « objet », le Trésor relève que, d'un point de vue juridique, il peut à la fois s'agir de « ce sur quoi porte un droit, une procédure, un acte juridique », ou bien « ce que l'on pose comme finalité de l'activité, de son moyen ou de son résultat ».

⁸⁸⁶ Cette terminologie est souvent employée à propos du rapport entre Constitution et économie, et se réfère à l'idée développée par le juge Holmes dans son opinion sous l'arrêt *Lochner*, dans laquelle il écrit que « *a Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of laissez-faire* » ; opinion dissidente du juge Holmes sous *Lochner v. New-York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁸⁸⁷ Cour EDH, 10 octobre 1978, *sAirey c. Irlande, op. cit.*, § 26 : « [l]a Cour n'ignore pas que le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des États et notamment de leurs finances » ; la contingence économique a été l'un des arguments de ceux qui contestaient soit le caractère juridique, soit le caractère « justiciable » des droits économiques et sociaux, voy. *supra*, introduction.

simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère économique des droits économiques et sociaux [puisque] nulle cloison étanche ne sépare celle-ci domaine de la Convention »⁸⁸⁸. En concluant à la violation de l'article 6 § 1, en tant qu'il consacre un droit d'accès à un tribunal, du fait de l'impossibilité financière pour la requérante de solliciter un conseil juridique, la Cour jugeait donc que le droit d'accès à un tribunal était violé lorsque le ministère d'avocat est obligatoire et que l'impécuniosité d'une personne l'empêche d'y recourir. En d'autres termes, la Cour a donc clairement affirmé, au-delà de la question de leur classification, le caractère économiquement situé des droits garantis.

372. Pourtant, ce décloisonnement dans le principe ne suffit pas, à lui seul, à constater la mesure de l'intégration de la matière économique comme objet de déploiement de ces droits. D'une part, il repose toujours sur la dichotomie entre droits civils et politiques et droits économiques qui ne recoupe qu'imparfaitement la notion d'économie. D'autre part, en tant qu'affirmation de principe, l'arrêt *Airey* ancien ne signifie pas forcément qu'il ait par la suite fondé une jurisprudence constante et cohérente. En d'autres termes, s'il semble légitimer le dépassement de la neutralité économique de la Convention, tant comme source de normativité⁸⁸⁹ en matière économique que comme cause d'obligations de nature financière pour les États parties, l'a-t-il réellement permis ?

373. La confrontation du postulat des rédacteurs de la Convention à l'état du droit positif tel qu'il résulte des interprétations conduites par la Cour ne suppose pas d'évaluer la validité juridique des solutions ainsi dégagées, par exemple en termes d'activisme judiciaire ou d'autolimitation⁸⁹⁰. En effet, l'analyse pourrait être structurée autour des règles et méthodes d'interprétation dégagées par la Cour, afin d'identifier quels phénomènes d'expansion de la normativité de la Convention en matière économique sont causés par quelle règle ou quelle méthode d'interprétation. Néanmoins, cette approche nous paraît comporter deux biais qui risqueraient de déformer l'analyse conduite. D'une part, cela présuppose que le texte conventionnel renferme une norme recouvrant un sens objectif, qui découlerait de l'intention

⁸⁸⁸ *Idem*, § 26.

⁸⁸⁹ Pour reprendre les termes de Mikael Rask Madsen, au sujet de la Convention en général, celle-ci n'était pas « prioritairement conçue comme un instrument destiné à interférer dans les systèmes juridiques des États membres [mais seulement comme] un outil permettant de protéger l'Europe contre tout retour du 'péril fasciste' » ; M. R. RADSEN, « « La Cour qui venait du froid. » Les droits de l'homme dans la genèse de l'Europe d'après-guerre » », *Critique internationale*, 2005, vol. 26, n° 1, pp. 133-146, spéc. p. 135.

⁸⁹⁰ Voy. pour cette approche B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

subjective avec laquelle les rédacteurs ont entendu les rédiger, et reviendrait à la recherche d'une validité de la jurisprudence qui dépendrait d'une « vérité »⁸⁹¹ renfermée par le texte. Les débats relatifs aux méthodes et théories de l'interprétation ne seront par conséquent pas l'angle d'analyse privilégié. Adopter cet angle d'analyse présupposerait une cohérence dans le recours à ces méthodes d'interprétations en la matière et une utilisation qui dépasserait une simple stratégie de persuasion⁸⁹². L'arrêt *Airey* semble s'inscrire dans ce type d'utilisation puisque la solution est rattachée aux méthodes d'interprétation évolutive et effective, mais sans davantage de précisions⁸⁹³. En définitive, les contraintes pesant sur la Cour semblent surtout dépendre « de la justification même que tout interprète se sent tenu d'apporter au soutien de sa propre décision interprétative »⁸⁹⁴, et seront analysées comme telles.

374. Il s'agit en revanche de déterminer, en même temps que l'étendue positive du décroissement, le discours produit par la Cour en matière économique. Celle-ci est envisagée ici dans un sens matériel ou direct, c'est-à-dire comme les activités économiques et leur régulation, ou à travers le prisme des droits qui encadrent la manière dont les organes juridictionnels internes statuent sur ces mêmes activités⁸⁹⁵.

375. Intégrer l'économie comme objet conventionnel suppose tout d'abord que les droits garantis soient susceptibles de l'intégrer au sein de leur champ d'application. En d'autres termes, le décroissement résulte de l'extension du champ d'application des droits à l'ensemble des intérêts économiques de l'individu, laissant apparaître une sphère de liberté économique fondée sur des droits civils et politiques (Chapitre 1). Cette sphère de liberté est également renforcée par l'approfondissement du contenu des droits, consolidant ainsi la superposition de l'individu et de l'opérateur économique comme de l'État régulateur de droits subjectifs et l'État régulateur du système économique (Chapitre 2).

⁸⁹¹ Cette expression est empruntée à : A. BASANO, *Pour en finir avec l'interprétation : usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, Paris-Issy les Moulineaux, Institut universitaire Varenne-Lextenso-LGDJ, 2015, 527 p., p. 21.

⁸⁹² V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2016, XIV-440 p., p. 401, qui qualifie de « pragmatisme (...) des méthodes » l'attitude de la Cour.

⁸⁹³ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, *op. cit.*, § 26 : « [d]'un autre côté, la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu » (références omises).

⁸⁹⁴ P. BRUNET, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », in F. LATTY, J.-M. THOUVENIN, S. TOUZÉ (dir.), *Les techniques interprétatives de la norme internationale*, reproduit dans *RGDIP*, 2011, t. 115, vol. n° 2, pp. 292-540, pp. 311-327, spéc. pp. 326-327.

⁸⁹⁵ Sur ce point, voy. *infra*, Titre III.

CHAPITRE 3 : L'ÉLARGISSEMENT DU CHAMP D'APPLICATION DES DROITS GARANTIS

376. La première traduction de la séparation espérée entre la Convention et l'économie est l'absence au sein du texte conventionnel de « libertés économiques » au sens où on les retrouve par exemple dans la jurisprudence du Conseil d'État français, du Conseil constitutionnel ou dans le droit de l'Union européenne. Ces trois juridictions reconnaissent ainsi la liberté d'entreprendre⁸⁹⁶. Pourtant, cette absence ne constitue pas en soi un obstacle dirimant puisque, à l'exception de sa consécration textuelle par la Charte des droits fondamentaux de l'Union⁸⁹⁷, ces « libertés économiques » ont été découvertes ou rattachées par le Conseil d'État comme par le Conseil constitutionnel à des normes de protection des droits fondamentaux générales⁸⁹⁸. Ce dernier a ainsi découvert et intégré au bloc de constitutionnalité la liberté d'entreprendre en la déduisant du principe général d'égalité figurant à l'article de la DDHC⁸⁹⁹. La consécration du droit de propriété dans le Protocole n° 1 joue à cet égard un rôle ambigu et paraît fonder un substitut imparfait, ce dernier n'étant pas systématiquement classé parmi les libertés économiques au sens strict, mais souvent parmi les « principes généraux à effet économique »⁹⁰⁰. De fait, le droit de propriété ne concerne pas « spécifiquement l'action économique de la puissance publique »⁹⁰¹, bien qu'il constitue le droit garanti le plus apparenté, *prima facie*, aux libertés économiques.

377. Dès lors, en l'absence d'une telle consécration directe, l'intégration de l'économie comme objet des droits garantis implique que ces droits puissent avoir pour objet les activités conduites par les opérateurs économiques. En d'autres termes, alors que la Convention a été pensée selon une opposition de *nature* entre les droits garantis et la sphère économique, il s'agit de déterminer dans quelle mesure et comment le *domaine* des droits garantis s'étend à la sphère

⁸⁹⁶ Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, *Nationalisations*, cons. 16 ; CE, 10 juin 2009, *Société de l'Oasis du Désert*, n° 318066, cons. 4 ; CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, C-4/73, § 12.

⁸⁹⁷ Article 16.

⁸⁹⁸ Voy. en ce sens les travaux de V. Champeil-Desplats, notamment : « Réflexion sur les processus de constitutionnalisation des libertés économiques », in H. HURP, S. TORCOL (dir.), *Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché*, Toulon, 2015, 167 p., pp. 33-41 « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de droit du travail*, 2007, n° 1, pp. 19-29.

⁸⁹⁹ Cons. const., n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, *op. cit.*, cons. 16.

⁹⁰⁰ S. BRACONNIER, *Droit public de l'économie*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., XIV-494 p., p. 47 ; voy., pour le cas américain et comment les entreprises ont transformé la constitution en manière d'empêcher la régulation du monde économique, A. WINKLER, *We the Corporations: How American Businesses Won Their Civil Rights*, New-York, W. W. Norton, 2018, 496 p.

⁹⁰¹ J.-Ph. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, Issy-les-moulineaux, LGDJ, 2018, 822 p., p. 58.

économique⁹⁰². Il semble que cette extension, ou cette absorption, selon le point de vue duquel on l'envisage, est le fruit de la combinaison d'élargissements concomitants. D'une part, la Cour a décloisonné la Convention vis-à-vis de la sphère économique en entendant largement les droits substantiels d'un point de vue *ratione materiae*, les notions dont dépendent l'applicabilité des droits incluant alors la sphère économique des activités de leurs titulaires (Section 1). Cette extension matérielle est alors confortée par une extension personnelle, c'est-à-dire que la qualité d'opérateur économique est indifférente à l'applicabilité des droits, et peut même, dans une certaine mesure, la faciliter (Section 2).

SECTION 1 : LE VECTEUR PRINCIPAL : L'ÉLARGISSEMENT MATÉRIEL DES DROITS GARANTIS

378. L'élargissement matériel des droits garantis par la Convention a largement permis l'intégration de la matière économique dans le champ conventionnel. Dans un mouvement réciproque, l'extension de la notion de « bien », ou « possessions » dans la version anglaise, a été fondée sur l'importance apportée à l'existence d'un intérêt économique dans le chef du requérant (§1), permettant ensuite l'application large de l'article 1P1 à la sphère économique (§2)

§1. L'intérêt économique, vecteur d'élargissement de la notion de « biens »

379. L'existence d'un intérêt économique constitue indéniablement l'un des critères nécessaires qui permet à la Cour de caractériser l'existence d'un bien, le second semblant se déduire de l'existence du premier (A). Malgré l'extension considérable du champ d'application de l'article 1P1 qu'il a permise, il ne constitue néanmoins pas un critère toujours suffisant, la notion de « bien » conservant certaines limites intrinsèques (B).

A. La confusion croissante du bien et de l'intérêt économique

380. La notion de bien a été assimilée à une valeur économique (1), et fonctionne comme un substitut encore imparfait à un principe de liberté économique (2). Cet « économisme » de la

⁹⁰² Cette dichotomie a été rappelée par Marie Laure Dussart ; *Constitution et économie, op. cit.*, spéc. p. 126.

Cour trouve cependant une limite dans le jeu du droit interne, qui doit sanctionner, plus ou moins directement, l'existence de ce bien (3).

1. L'assimilation d'un bien à une valeur économique

381. Le droit de propriété dans les normes de protection relatives aux droits fondamentaux n'a jamais été consacré simplement dans les normes de protection des droits fondamentaux, qu'elles soient nationales ou internationales. Il a été intégré *in extremis* par A. Duport dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁹⁰³, et consacré indirectement et marginalement par la Constitution américaine dans sa version initiale malgré l'importance que lui attachaient ses rédacteurs par ailleurs⁹⁰⁴ - il a fallu attendre l'ajout d'une « *Bill Rights* » pour le voir consacré expressément⁹⁰⁵.

382. L'inclusion du droit de propriété dans les garanties conventionnelles a été plus laborieuse encore : débattue au sein de l'Assemblée consultative comme au sein du Comité des ministres⁹⁰⁶, elle n'a pas pu être réalisée au sein du texte conventionnel initial. Les causes – et les opinions – de conflit étaient multiples, mais il semble que c'est avant tout la nature et la fonction hybrides du droit de propriété qui a suscité le plus de difficultés. Le droit de propriété, envisagé par Hegel comme une sphère de liberté personnelle⁹⁰⁷, revêt indéniablement une fonction politique, dans la mesure où la privation arbitraire de ses biens a été un instrument d'établissement et de perpétuation des régimes totalitaires⁹⁰⁸. Toutefois, c'est sa portée

⁹⁰³ B. FAVREAU, « La spécificité du droit de propriété à travers les États », in Institut des droits de l'homme des avocats européens (dir.), *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 125 p., pp. 19-52, p. 19 ; J.-J. SUEUR, « Les conceptions économiques des membres de la Constituante », *op. cit.*, pp. 785-812.

⁹⁰⁴ J. L. HUFFMAN, *Private Property and the Constitution. State Powers, Public Rights, and Economic Liberties*, New-York, Palgrave Macmillan, 2013, 220 p., pp. 109-111 ; l'article I, section 10 visait en effet « *the obligation of contracts* » tandis que l'article IV, section 2 imposait le retour des esclaves fugitifs.

⁹⁰⁵ Dans le Cinquième Amendement, dont les deuxième et troisième phrases disposent que personne ne « shall be compelled to be a witness against himself; nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor be obliged to relinquish his property, where it may be necessary for public use, without just compensation ». On se rappellera cependant que cet amendement ne s'applique qu'au gouvernement fédéral et qu'il fallu attendre l'adoption du Quatorzième amendement pour la clause « due process » soit opposable aux États fédérés et non seulement à l'État fédéral.

⁹⁰⁶ Voy. *supra*, Introduction.

⁹⁰⁷ Voy. A. R. ÇOBAN, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Hants/Burlington, Ashgate Publishing Limited, 2004, 274 p., spéc. pp. 57 et s.

⁹⁰⁸ C'était d'ailleurs l'argument avancé par un certain nombre de représentants : voy. l'intervention du député Sundt devant l'Assemblée le 8 septembre 1949, qui rappelle que « l'une des premières prises par les États totalitaires a été de priver de leurs biens leurs adversaires politiques », p. 71, Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, tome II, op. cit.*, p. 71.

économique qui a suscité davantage de craintes : d'une part en raison de la contrainte normative qu'il risquait de faire peser sur les politiques économiques des États parties⁹⁰⁹, et d'autre part à cause du décloisonnement qu'il risquait d'entraîner entre les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux⁹¹⁰. Il semble donc difficile de déceler une intention commune des rédacteurs de la Convention, les causes de l'inclusion demeurant propre à chacun⁹¹¹. A la suppose pertinente, ou contraignante, aucune intention objective du législateur ne se dégage des travaux préparatoires et la notion de « bien » ne fait l'objet d'aucune définition ni limitation particulière.

383. La première phrase de l'article 1 du Protocole n°1 dispose, dans sa version française, que « toute personne physique ou morale a le droit au respect de ses biens », tandis que la seconde évoque elle la privation de la « propriété ». Si le droit au respect des biens a immédiatement été assimilé, en l'essentiel, au droit de propriété⁹¹², il s'agissait davantage d'une définition du contenu du droit plutôt que de son champ d'application. Or, contrairement à la Cour interaméricaine, la Cour européenne n'a, à ce jour, pas adopté d'approche notionnelle de la catégorie des biens. Pour la Cour de San José, en effet, la notion de « bien » renvoie à « *those material objects that may be appropriated, and also any right that may form of a person's patrimony; this concept includes all movable and immovable property, corporal and incorporeal elements, and any other intangible object of any value* »⁹¹³. La Cour européenne s'en tient pour sa part à une approche fondée sur des critères, voire un faisceau d'indices, ce qui rend très difficile la systématisation de la notion de « bien »⁹¹⁴. Ce choix, ainsi que la nature

⁹⁰⁹ Cette crainte a justifié le refus britannique au sein du Comité des ministres, en raison des projets de nationalisation d'un certain nombre d'industries souhaités par la majorité travailliste de l'époque et alors même que la version finale était proche de la version que le gouvernement avait accepté de proposer ; c'est l'incidence pécuniaire de l'inclusion de l'exigence d'une indemnisation en cas de propriété, mais aussi la compétence d'un organe supranational en la matière, qui motivera leur refus final ; voy. la séance du 22 février 1951, in Conseil de l'Europe *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, tome VII, op. cit.*, spéc. pp. 199 et 201.

⁹¹⁰ Voy. parmi tant d'autres, une intervention devant l'Assemblée du député Ugoend-Thomas : « si vous insérez dans notre rapport le droit de propriété tel qu'il figure dans la Déclaration des Nations-Unies, et assurez sa garantie tout en omettant les autres droits qu'a mentionnés Lord Layton, vous déformez complètement ce document », *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, tome II, Conseil de l'Europe, op. cit.*, p. 61.

⁹¹¹ La controverse entre Savy et Mestre à la suite de la décision du Conseil constitutionnel de 1982 témoigne de cette difficulté en général R. SAVY, « La Constitution des juges », *D.*, 1983, chron.XIX, pp. 105-110 et J.-L. MESTRE, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D.* 1984, chron. 1, pp 2-8 ; voy. aussi J.-J. SUEUR, « Les conceptions économiques des membres de la Constituante », pp. 785-812.

⁹¹² Cour EDH (plén.), 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique, op. cit.*, § 63 : « En reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 P1-1 garantit en substance le droit de propriété ».

⁹¹³ Cour IADH, 6 février 2001, *Ivcher Bronstein c. Pérou*, Série C, n° 74, § 122.

⁹¹⁴ W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, Clermont-Ferrand – Paris, Fondation Varrenne – LGDJ, 2011, 442 p., spéc. pp. 34 et s.

internationale de la Convention, condamne ce type de notion à un caractère fonctionnel⁹¹⁵ et à une nécessaire autonomisation. La notion de « bien » au sens de la Convention ne renvoie donc pas à une catégorie juridique abstraite⁹¹⁶. Ni bornée par l'intention des rédacteurs, ni par la construction de l'ordre juridique conventionnel, cette conception devait, à l'instar de la plupart des notions conventionnelles, revêtir une autonomie vis-à-vis des qualifications internes.

384. La première affaire de laquelle la Cour a été saisie sur le fondement de l'article 1P1 portait sur un « bien » dont la nature ne suscitait aucune interrogation puisqu'il s'agissait d'un immeuble bâti, c'est-à-dire un bien corporel dans l'acception « traditionnelle » du droit de propriété, et n'avait d'ailleurs pas été contestée⁹¹⁷. Les biens corporels n'ont jamais posé de difficulté : constituent ainsi des biens en ce sens un aéronef⁹¹⁸, un immeuble non bâti⁹¹⁹ ou des pièces de monnaie de collection⁹²⁰. Néanmoins, le recours à la valeur économique a permis à la Cour, dès le troisième arrêt rendu sur le fondement de l'article 1P1, de dissocier la notion de « bien » de cette corporalité. La valeur économique était en effet assimilée à la notion de bien, alors renommée « valeur patrimoniale » dans la jurisprudence de la Cour. Dans l'arrêt *Van Marle*, en effet, les requérants contestaient le refus de leur immatriculation comme experts comptables agréés par une commission instituée par une loi de d'organisation de cette profession, alors qu'ils avaient exercé depuis une vingtaine d'années en qualité d'expert-comptable. Or, et d'ailleurs en l'absence de tout titre juridique sanctionnant leur pratique, la Cour a accepté de qualifier de bien la « clientèle » des requérants, qui « s'analysait en une valeur patrimoniale, donc en un bien au sens de la première phrase de l'article 1 (P1-1) »⁹²¹.

385. Cette extension à la notion de « valeur patrimoniale » a permis à la Cour d'inclure dans le champ conventionnel tous les biens incorporels, et d'affirmer de manière générale que la notion de bien « ne se limite certainement pas à la propriété de biens corporels »⁹²². L'intégralité des créances a donc intégré le champ de l'article 1P1 de l'intégralité des créances qui

⁹¹⁵ C'est-à-dire qui « a pour objet de déterminer le rôle, l'adaptation de tel élément à une fin » ; Trésor de la langue française.

⁹¹⁶ D'ailleurs, le fait fait que le terme choisi dans la version anglaise, « *possessions* », ne revête aucune signification dans la tradition juridique de *common law* constitue une indication supplémentaire.

⁹¹⁷ Cour EDH (plén.), 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n^{os} 7151/75 et 7152/75, Série A, n^o 52.

⁹¹⁸ Cour EDH (GC), 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, n^o 45036.98, CEDH 2005-VI, § 140.

⁹¹⁹ Pour des terrains agricoles, voy. parmi tant d'autres, Cour EDH (GC), 22 janvier 2004, *Jahn et autres c. Allemagne*, n^{os} 46720/99 et s., §§ 61-70.

⁹²⁰ Cour EDH, 24 octobre 1986, *Agosi c. Royaume-Uni*, n^o 9118/80, Série A, n^o 108, § 49.

⁹²¹ Cour EDH (plén.), 26 juin 1986, *Van Marle et autres c. Pays-Bas*, n^o 854379, Série A, n^o 101, § 41.

⁹²² Cour EDH (GC), 25 mars 1999, *Iatridis c. Grèce*, n^{os} 4720/99, 72203/01, 72552/01, CEDH 1999-II, § 54.

constituent une valeur patrimoniale⁹²³, quels que soient leur nature ou leur fondement. Ainsi, une créance contractuelle⁹²⁴ comme une créance extracontractuelle⁹²⁵ dans le cadre de relations entre personnes privées sont susceptibles de constituer un « bien », tout comme une créance fiscale⁹²⁶. Elle conduit également à un champ d'application des intérêts économiques aussi étendu, en général, que celui offert par les tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissement. Ces derniers ont en général rejeté la distinction entre droits *in rem* et les droits *in personam* pour inclure dans le champ de l'expropriation les droits contractuels⁹²⁷, sauf stipulation contraire⁹²⁸. La convergence matérielle entre la notion de bien et celle d'investissement au sens du droit international économique est ici patente.

386. Le recours à la valeur économique comme critère de l'identification d'un bien résulte d'une approche subjectiviste de la notion de bien en vertu de laquelle le bien est dissocié de la chose corporelle. Cette approche n'est ni nouvelle dans son principe⁹²⁹, ni isolée par rapport à d'autres ordres juridiques⁹³⁰. La protection conventionnelle s'étend alors aux situations dans lesquelles il y a un bien, corporel le plus souvent, mais c'est sur le droit qui porte ce bien auquel elle s'applique. L'un des arrêts les plus célèbres illustrant cette hypothèse est certainement l'arrêt *Beyeler*, dans lequel ça n'était pas le tableau *per se* qui constituait un bien au sens de la Convention, mais le droit détenu par le requérant sur ce tableau, même s'il n'était pas parfaitement assimilable à un droit de propriété en raison de sa précarité notamment⁹³¹. Néanmoins, il est indéniable que l'utilisation que fait la Cour de ce critère économique conduit

⁹²³ Cette notion semble pouvoir être entendue comme synonyme d'une valeur économique, même si certains auteurs estiment qu'il faudrait engager un travail de redéfinition de ces termes ; W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, *op. cit.*, p. 53 ; F. MARCHADIER, « La notion de biens », in F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 813-814.

⁹²⁴ Cour EDH, 21 juillet 2016, *Mamatas et autres c Grèce*, *op. cit.*, §§ 90-91.

⁹²⁵ Cour EDH, 30 novembre 1995, *Pressos Naviera compania c. Belgique*, *op. cit.*, §§ 29-32.

⁹²⁶ Cour EDH, 16 avril 2002, *SA Dangeville c. France*, n° 3667/97, CEDH 2002-III, §§ 44-48.

⁹²⁷ TA CIRDI, 20 mai 1992, *SPP Ltd c. Égypte*, n° ARB/84/3, § 164, cité in R. BISMUTH, « Customary Principles Regarding Public Contracts Concluded with Foreigners », in M. AUDIT, St. SCHILL (eds), *Transnational Law of Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2016, XXII-971 p., pp. 321-350, spéc. p. 333

⁹²⁸ Voy. par exemple l'article 1129 du traité instituant l'ALENA.

⁹²⁹ M. MIGNOT montre qu'elle était déjà défendue par Aubry et Rau, et que Josserand écrivait déjà que « le juridique est fonction de l'économique » et que les « biens véritables » sont assimilables aux « valeurs économiques » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Tome I, Paris, Recueil-Sirey, 3^{ème} éd., 1938, n° 1317, cité in M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2006, n° 4, pp. 1805-1857, spéc. p. 1809.

⁹³⁰ Tant le Conseil constitutionnel français que la Cour IADH ont par exemple reconnu la possibilité de l'appropriation des créances ; Voy. à propos des titres portant sur le capital des sociétés, Cons. Const., décision n° 81-132, 16 janvier 1982, *Nationalisations*, Rec. p. 18. Il n'est d'ailleurs pas plus limité à la conception du droit de propriété comme droit de l'homme, mais comme de droit tout court, dans un rapport d'influences réciproques ; Cour IADH, 6 février 2001, *Ivcher Bronstein c. Pérou*, *op. cit.*

⁹³¹ Cour EDH (GC), 5 janvier 2000, *Beyeler c. Italie*, n° 33202/96, CEDH 2000-I.

à une acception particulièrement large de l'approche subjectiviste. En effet, la Cour n'assimile pas seulement les droits de propriété et les droits réels représentant des intérêts économiques à un bien, mais tout type de droit susceptible de revêtir une valeur économique. En d'autres termes, cette acception du bien comme moyen d'appropriation de l'utilité économique du bien permet de dépasser les distinctions entre le droit de propriété *stricto sensu* et d'autres droits réels. Sont dès lors susceptibles d'être qualifiés de biens certains baux d'une durée particulièrement longue⁹³², et même des autorisations unilatérales et précaires d'occupation du domaine public⁹³³.

387. Cela avait également permis aux organes de la Convention d'intégrer rapidement dans le champ conventionnel les actions⁹³⁴. La Commission avait déjà signalé que le rattachement de l'action à un « bien » découlait en partie, mais pas uniquement, de la valeur économique que celle-ci peut représenter⁹³⁵ avant l'ingérence alléguée⁹³⁶. Le critère économique est désormais pleinement suffisant, et la Cour se contente désormais de constater l'existence d'une telle valeur pour conclure à l'applicabilité⁹³⁷. L'action reste cependant distincte des droits de la société dont le capital est détenu par son truchement⁹³⁸, et permet ainsi d'étendre la protection conventionnelle à l'actionnaire face à des mesures qui pourraient affecter ses intérêts économiques propres pour sauvegarder ceux de ladite société. Ce droit est par exemple

⁹³² Voy. Cour EDH, 16 novembre 2004, *Bruncrona c. Finlande*, n° 41673/98 : le bail portait en l'espèce sur des îles et des étendues d'eau attenantes, et avait été conclu pour une durée de 300 ans.

⁹³³ Cour EDH (GC), 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, n° 34078/02, §§ 70-71

⁹³⁴ De manière hésitante d'abord, Com. EDH (plén.), 12 octobre 1982, *Bramelid et autres c. Suède*, nos 8588/79 et 8589/79, D. R. 29, p. 64 ; plus clairement ensuite : Com. EDH, 1986, *S. et T. c. Suède*, p. 158 ; la qualification a rapidement cessé de prêter à controverse ; voy. Cour EDH (plén.), 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, nos 9006/80 et al., Série A, n° 102, § 107 : « les requérants ont été manifestement "privés de (leur) propriété" au sens de la deuxième phrase de l'article 1 (P1-1). La question n'a du reste pas prêté à controverse devant la Cour qui examinera donc la portée des exigences de ladite phrase avant de rechercher si elles ont été remplies ».

comp. avec la position de la Commission IADH, qui a pourtant une attitude très restrictive sur les questions de la protection des droits ou des attributs liés aux personnes morales : Com. IADH, 14 juin 2001, *Tomás Carvallo c. Argentine*, n° 67/01, § 56 : « [t]his does not mean that the rights of individuals with respect to their private property as shareholders in a corporation are excluded from the protection of the Convention ».

⁹³⁵ La Commission avait fondé l'applicabilité de l'article 1P1 dans l'affaire *Bramelid* sur le fait que les actions avaient « indubitablement une valeur économique » ; Com. EDH, 12 octobre 1982, *Bramelid et autres c. Suède*, *op. cit.*, p. 71.

⁹³⁶ Sans quoi une action attribuable à l'État ayant pour objet ou pour effet de priver l'action de sa valeur échapperait paradoxalement au champ d'application de la Convention.

⁹³⁷ Cour EDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, n° 48553/99, CEDH 2002-VII, § 91 : « La Cour observe que, dans sa décision sur la recevabilité, elle a déjà noté que les actions que détenait la requérante avaient indubitablement une valeur économique et constituent des "biens" de sens de l'article 1 du Protocole n° 1 ».

⁹³⁸ Voy. *supra*, titre 1.

opposable aux augmentations de capital qui ont pour effet de réduire la part détenue par le requérant dans la société⁹³⁹.

2. La substitution imparfaite du bien à la liberté économique

388. Confondu avec la valeur économique, la notion de bien ne paraît pour autant permettre d'affirmer clairement que le droit au respect des biens garantit toute liberté économique. Si un rapprochement croissant avec la liberté d'entreprendre peut être constaté (a), et que la manière avec laquelle les droits de propriété intellectuelle ont été intégrés montre que la valeur économique même certaine justifie l'extension de la notion de « bien » (b), celui-ci ne consacre toujours pas pour autant un droit au profit ou à l'acquisition d'un bien (c) et même à la préservation du bien vis-à-vis de l'inflation (d).

a. La protection d'une position économique, substitut inachevé de la liberté d'entreprendre

389. En raison de son assimilation à une valeur économique, la notion de « bien » tend à intégrer la position d'un opérateur économique sur le marché. Dans certains cas, celle-ci est constitutive d'une valeur économique « artificielle » en ce qu'elle est créée par le droit qui limite soit l'accès au marché, soit la production elle-même⁹⁴⁰. En apparence, cette qualification a pu paraître aisément opérée par la Cour par rapport aux rigidités de certains droits internes⁹⁴¹, alors que la Cour ne l'a consacré que progressivement. Elle a d'abord⁹⁴² préféré fonder l'applicabilité de l'article 1P1 sur l'effet que le retrait d'une licence d'exploitation ou une autorisation avait sur le bien exploité ou bénéficiant de l'autorisation. Dans l'affaire *Tratkörer Aktiebolag c. Suède*, la société requérante alléguait de la contrariété du retrait d'une licence de débit de boissons. Or, la Cour relève que la gestion des « intérêts économiques liés [au

⁹³⁹ C'est le cas dans la majorité des affaires dont est saisie la Cour par des actionnaires; voy. par exemple Cour EDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, *op. cit.*, §§ 92-93.

⁹⁴⁰ M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économique », *op. cit.*, p. 1825.

⁹⁴¹ La doctrine administrativiste a souligné la facilité avec laquelle la Cour qualifiait de bien « les autorisations administratives » alors que tout caractère patrimonial – direct – leur était refusé en droit français ; R. HOSTIOU, « La patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2009, n° 1, pp. 17-23.

⁹⁴² Les premières décisions de la Commission sont en effet peu claires, et semblaient consacrer seulement *a contrario* l'applicabilité de l'article 1P1 ; voy. Com. EDH, 15 juillet 1988, *C. c. France : a contrario* puisque si les conditions d'octroi ne sont plus remplies, il n'y a alors pas d'atteinte au droit de propriété.

restaurant] » constituaient un bien, et que cette licence « figur[ait] parmi les conditions principales de la poursuite des activités de la requérante et que son retrait eut des incidences négatives sur le fonds de commerce et la valeur du restaurant »⁹⁴³. Elle ne qualifie donc pas l'autorisation de bien, mais qualifie son retrait d'atteinte à l'activité économique existante. De la même manière, dans l'arrêt *Fredin*, la Cour n'a pas explicitement qualifié de bien la concession d'exploitation de la gravière en question, mais relève au contraire « que le retrait litigieux a porté atteinte au droit [des requérants] au respect de leurs biens, y compris les intérêts économiques liés à l'exploitation de la gravière »⁹⁴⁴. La qualification n'est donc qu'indirecte⁹⁴⁵, mais elle suffit à déclencher la protection conventionnelle des intérêts économiques fondés sur ces autorisations.

390. Néanmoins, cela traduit que le critère lié à la valeur économique conduit la Cour à protéger au titre du droit au respect de ce qui représente une part de marché pourtant non attribuée, mais seulement permise, par le droit. L'arrêt *Konyv Tar* est venu illustrer l'aboutissement, toujours pas assumé, de ce glissement. Les requérantes étaient des sociétés qui opéraient sur le marché de la distribution d'ouvrages scolaires et qui alléguait de l'inconventionnalité de la transformation du secteur en un monopole public. Le gouvernement alléguait qu'aucune « *possession* » n'existait dans le chef des requérantes, puisque seuls « *the applicant companies' market share and future income had been affected* » et qu'elles n'avaient pas pu espérer « *to continue trading on a market with a decentralised system of school procurement for an unlimited period of time* »⁹⁴⁶. De fait, la position des requérantes était purement économique et ne reposait sur aucune organisation juridique du marché⁹⁴⁷. La Cour a rejeté l'exception d'inapplicabilité en jugeant que leur clientèle « *although somewhat volatile in nature – was an essential basis for the applicant companies' established business, which cannot, in the nature of things, be easily benefited from in other trading activities* »⁹⁴⁸ et qui avait par conséquent la nature d'un droit privé.

⁹⁴³ Cour EDH, 7 juillet 1989, *Tratkörer Aktiebolag c. Suède*, n° 10873/84, Série A, n° 159, p. 15, § 53.

⁹⁴⁴ Cour EDH, 18 février 1991, *Fredin c. Suède* (n°1), n° 12033/86, Série A, n° 192, § 40.

⁹⁴⁵ Voy. *contra* R. HOSTIOU, « La patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2009, n° 1, pp. 17-23.

⁹⁴⁶ Cour EDH, 16 octobre 2018, *Konyv Tar KFT et autres c. Hongrie*, n° 21623/13, § 29.

⁹⁴⁷ Ce que relève d'ailleurs le juge Pinto de Albuquerque, dans son opinion dissidente, qui distingue cette affaire des précédents invoqués par la Cour en notant qu'en l'espèce les sociétés requérantes évoluaient dans un « *highly competitive, open market* » dépourvu de tout régime d'autorisation préalable (§ 9).

⁹⁴⁸ *Idem*, § 32.

391. Cette solution appelle deux remarques. En instrumentalisant la notion de clientèle, la Cour tend à rapprocher la notion de bien d'un principe de liberté économique. Comme le note le juge Wojcyszek, la Cour instrumentalise la notion de clientèle pour ne pas reconnaître expressément le principe de liberté économique⁹⁴⁹. Il entretient en ce sens l'argument de l'interdépendance des droits. Toutefois, alors que cet argument sert généralement à défendre la justiciabilité des droits sociaux de redistribution des richesses, le juge en tire d'abord la conclusion que « *economic liberty is indeed a human right of fundamental importance* » sans laquelle il n'y a pas « *neither freedom nor democracy, nor the rule of law* ». De plus, la reconnaissance de l'individu à laquelle il appelle, exprime clairement le dessin d'un individu dont l'activité économique est l'un des prolongements⁹⁵⁰, mais aussi pour la protection des petits opérateurs économiques⁹⁵¹.

392. Ensuite, l'absence de reconnaissance du principe de liberté économique conduit la Cour à étendre, comme palliatif, le droit au respect des biens. Son champ d'application est alors paradoxalement étendu au-delà de la reconnaissance du droit de propriété des juridictions à vocation économique. L'approche retenue par la Cour de Strasbourg est en effet extrêmement extensive, et contraste par exemple avec le refus de la Cour de justice de l'Union européenne de reconnaître l'existence d'un droit de propriété sur une telle part de marché⁹⁵². Cette divergence de position paraît paradoxale. L'objet économique de la construction du marché pourrait laisser penser que la Cour de Luxembourg serait systématiquement plus sensible que son homologue strasbourgeoise aux droits économiques. Elle s'explique en partie par le caractère largement instrumental de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne. Intégrés *praeter legem* par la Cour de justice afin de préserver l'effectivité du

⁹⁴⁹ Opinion dissidente sous l'arrêt *Konyv Tar KFT et autres c. Hongrie*, § 3.

⁹⁵⁰ *Idem*, § 1 : « *The freedom to create and conduct one's own business is also an essential element of personal self-fulfillment and happiness* ».

⁹⁵¹ *Idem* : « *Effective legal protection of economic liberty is particularly important for physical persons conducting business activities individually, for micro-enterprises, for family enterprises and for small enterprises, that is, for the types of businesses which are crucial for economic development but which – unlike big companies – often lack the capacity to successfully lobby for a favourable legislative framework and advantageous administrative measures* ».

⁹⁵² Voy. CJCE, 5 octobre 1994, *Allemagne / Conseil*, C-280/93, § 79 : « *no economic operator can claim a right to property in a market share which he had at the time before the establishment of a common organization of a market, since such a market share constitutes only a momentary economic position exposed to the risks of changing circumstances* » ; selon K. Lenearts et K. VANVOORDEN, cela explique pourquoi « *accordingly, the applicants very often claim an infringement of the freedom to pursue a trade or profession at the same time as an infringement of the right to property* » ; K. LENEARTS, K. VANVOORDEN, « *The Right to Property in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities* », in H. VANDENBERHE (dir.), *Propriété et droits de l'homme. Property and Human Rights*, op. cit., pp. 195-240, spéc. p. 221.

système communautaire⁹⁵³, ils sont largement neutralisés par cette dernière lorsqu'ils mettent en danger les normes de construction ou de régulation du marché intérieur⁹⁵⁴. On retrouve d'ailleurs une dynamique similaire en droit américain au sujet de la clause de commerce⁹⁵⁵. Elle tient aussi probablement à la vocation de substitut du droit de propriété dans le mécanisme conventionnel. N'osant pas déduire du droit de propriété la liberté d'entreprendre, la Cour étend tellement le droit qu'il remplit à certains égards la fonction de substitut, sans pour autant assumer qu'elle protège la liberté économique.

b. L'intégration large des droits de propriété intellectuelle

393. Néanmoins, la manière dont a été appliqué l'article aux divers titres de propriété intellectuelle montre également que la normativité de l'article 1P1 peut dans ce cas s'étendre à des biens futurs qui ne présentent pas un caractère certain, pas plus que l'espoir d'en obtenir le bénéfice. En effet, la jurisprudence de la Cour est désormais claire s'agissant des droits de propriété intellectuelle en tant que tels : après une jurisprudence rare et spécifique de la Commission en matière de brevets⁹⁵⁶, la Cour a clairement affirmé dans l'arrêt *Anheuser* que l'article 1 du Protocole n° 1 s'applique à la propriété intellectuelle en tant que telle⁹⁵⁷. Effectivement, depuis, il a été appliqué sans difficulté à nouveau s'agissant d'une licence d'exploitation exclusive d'une marque⁹⁵⁸ ou de droits de propriété littéraire et artistique⁹⁵⁹

394. En revanche, dans cet arrêt *Anheuser* qui a permis cette généralisation, la question se posait en des termes substantiellement différents. En effet, la société requérante recherchait la

⁹⁵³ On sait en effet qu'ils ont été consacrés par la Cour de justice face aux dangers que faisaient peser les résistances de la Cour constitutionnelle allemande sur le principe de primauté.

⁹⁵⁴ Voy. dans le même sens N. BERNARD, « Article 17-1 – Droit de propriété », in F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 1279 p., pp. 369-391, spéc. p. 373 : « il n'est guère étonnant de voir le droit de propriété s'effacer *in casu* devant des considérations de nature commerciale, dans la mesure où, on l'a dit, l'ancienne C.E.E. s'est construite avec l'ambition assumée de dynamiser les économies des États membres, notamment en fusionnant les marchés. Sans surprise, l'importance conférée à cette mission (collective et institutionnelle) a conduit à relativiser le poids du droit individuel de propriété ».

⁹⁵⁵ Les droits fondamentaux dans le domaine économique sont en effet interprétés de manière d'autant restrictive lorsqu'ils sont susceptibles de mettre en danger l'efficacité de la clause de commerce ; T. ISIKSEL, « The Rights of Man and the Rights of the Man-Made : Corporations and Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2016, vol. 38, n° 2, pp. 294-349.

⁹⁵⁶ Com. EDH (déc.), 9 octobre 1990, *Smith Kline et french Laboratories Ltd c. Pays-Bas*, n° 12633/87, D. R. 66, p. 70.

⁹⁵⁷ Cour EDH (GC), 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc c. Portugal*, n° 73049/01, CEDH 2007-I., § 72

⁹⁵⁸ Cour EDH, 21 février 2008, *SC Parmalat SPA et SC Parmalat Romania SA c. Roumanie*, n° 37442/03.

⁹⁵⁹ Cour EDH, 29 janvier 2008, *Balan c. Moldavie*, n° 19247/03, §§ 34-36.

protection d'une demande d'enregistrement d'une marque commerciale auprès de l'organisme portugais compétent en matière de propriété intellectuelle. La marque ne bénéficiait donc pas d'une protection juridique définitive, puisque, comme l'ont noté les juges Caflisch et Cabral Barreto dans leur opinion concordante, il existait « une possibilité qu'elle n'aboutisse pas à un enregistrement »⁹⁶⁰. En réalité, la chambre avait admis qu'une telle demande bénéficiait incontestablement d'une « certaine protection juridique », à savoir à la possibilité de faire l'objet d'une transmission ainsi qu'une protection relative contre « l'usage illégal ou frauduleux par un tiers de la marque dont l'intéressé a demandé l'enregistrement » susceptible, « en certaines circonstances » de fonder un droit à réparation⁹⁶¹. Pourtant, elle ne pouvait être définitive puisqu'elle était conditionnée par le fait de « ne pas porter atteinte aux droits d'une tierce partie »⁹⁶².

395. Or, la chambre s'était appuyée sur deux éléments pour exclure en l'espèce l'applicabilité de l'article 1P1. D'une part, elle estima que la naissance d'une espérance légitime dans ce cas n'est pas recevable en ce que la société requérante était « engagée dans une entreprise commerciale comportant *de par sa nature même un risque* » et qu'à ce titre, elle « était ou aurait dû être consciente de la possibilité que sa demande ne fût refusée par les autorités compétentes »⁹⁶³. En outre, et c'était d'ailleurs l'objet de la requête, la requérante ne pouvait ignorer qu'une contestation existait quant aux droits d'une société tierce puisqu'elle avait entamé des négociations avec cette dernière au moment d'enregistrer sa demande⁹⁶⁴. Ainsi, malgré la notoriété de la marque, les intérêts économiques substantiels qui en découlaient, et la possibilité en principe pour un tel droit de constituer un bien au sens de la Convention, la demande n'aurait pu bénéficier d'une protection conventionnelle qu'après son « enregistrement définitif »⁹⁶⁵.

396. En consacrant malgré tout l'applicabilité *ratione materiae* de l'article 1P1, l'arrêt de Grande Chambre est pourtant venu déséquilibrer le rapport entre le titre juridique et l'intérêt économique. La Grande Chambre souligne pour sa part en effet « l'ensemble des intérêts

⁹⁶⁰ Opinion concordante commune aux juges Steiner et Hajiyeu sous Cour EDH (GC), 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. Portugal*, n° 73049/01, CEDH 2007-I, § 4.

⁹⁶¹ *Idem*, § 47 (nous soulignons).

⁹⁶² *Idem*, § 50.

⁹⁶³ *Idem*, § 51.

⁹⁶⁴ *Idem*.

⁹⁶⁵ *Idem*, § 52.

économiques qui se rattachent à la demande d'enregistrement d'une marque de commerce »⁹⁶⁶. De même, lorsqu'elle évoque les « multiples opérations juridiques » dont peut faire l'objet une telle demande d'enregistrement, elle se réfère aux opérations juridiques « à titre onéreux, telles qu'une vente ou un contrat de licence » susceptible de lui conférer « une valeur économique importante »⁹⁶⁷. Or, et l'analyse économique du droit l'a démontré, tout intérêt est susceptible de se voir attribuer une valeur par le marché, l'incertitude quant à son degré de protection étant simplement fonction du risque encouru. La Cour s'appuie expressément sur cette possibilité, puisque, face aux arguments soulevés par le gouvernement, elle « souligne que, *dans une économie de marché*, pareilles valeurs dépendent de multiples éléments » et que « l'on ne peut prétendre d'emblée que toute cession d'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce ne représente aucune valeur économique »⁹⁶⁸. Or, si la valeur est en effet fonction du risque, elle est en effet également fonction de celle de l'assise du droit incertain, ce qui conduit la Cour à relever que « la marque en cause présentait, de par sa notoriété internationale, une valeur économique certaine »⁹⁶⁹. Pour fonder en apparence l'applicabilité de l'article 1P1, la Cour se fonde sur sa propre interprétation du droit interne et rejette la difficulté issue de la contestation du bénéfice de la marque dont elle était pourtant saisie⁹⁷⁰.

397. Ce dernier motif, en apparence une conséquence naturelle du caractère *in concreto* dont est saisie la Cour, ancre doublement le déséquilibre au profit de l'« économisation » de la notion de bien. Tout d'abord, il conduit à faire rétroagir sur la valeur du bien sur lequel porte le droit qu'on cherche à qualifier de « bien », entretenant encore davantage la confusion dans le fondement de la valeur qui lui est attribuée. Ce faisant, il conduit davantage à faire dépendre cette qualité de la seule valeur économique du bien objet du droit. En effet, le risque découlant de la protection juridique incertaine se répercutant sur la valeur du droit provisoire, celle-ci pourrait devenir nulle lorsque la valeur économique de la marque est inférieure à cette 'prime

⁹⁶⁶ Cour EDH (GC), 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. Portugal, op. cit.*, § 76.

⁹⁶⁷ *Idem*.

⁹⁶⁸ *Idem* (nous soulignons).

⁹⁶⁹ *Idem*.

⁹⁷⁰ Voy. le paragraphe conclusif de la Cour sur ce point, *idem*, § 78 : « [c]ertes, l'enregistrement – et par conséquent une protection plus étendue de la marque – ne serait devenu définitif qu'en l'absence d'atteinte aux droits légitimes d'une tierce partie, les droits attachés à la demande d'enregistrement étant donc, en ce sens, conditionnels. La requérante pouvait néanmoins escompter, au moment du dépôt de sa demande, que cette dernière serait examinée au regard de la législation applicable, dans la mesure où elle remplissait les autres conditions matérielles et de procédure exigibles en l'espèce. La société requérante était donc titulaire d'un ensemble de droits patrimoniaux – attachés à sa demande d'enregistrement d'une marque de commerce – reconnus en droit portugais, bien que révocables dans certaines conditions. Cela suffit pour considérer que l'article 1 du Protocole n o 1 est applicable en l'espèce et dispense par conséquent la Cour de rechercher si la requérante pouvait se prévaloir par ailleurs d'une « espérance légitime ».

de risque⁹⁷¹. Dans d'autres hypothèses, lorsque la valeur économique de la marque est suffisamment importante, une valeur est susceptible de subsister malgré l'incertitude qui entoure sa protection et de bénéficier, à ce titre, d'une protection conventionnelle.

La protection pourrait donc ne dépendre que de cette valeur économique. En effet, il est incontestable qu'une demande d'enregistrement non définitive comme celle dans l'affaire *Auheuser* conservait une valeur économique, puisqu'il s'agissait d'une marque de bière de notoriété mondiale, mais cette conclusion ne bénéficiera vraisemblablement pas à chaque dépôt. La jurisprudence postérieure de la Cour de Strasbourg ne permet toutefois pas de répondre à ces interrogations, puisque les arrêts dans lesquels étaient appliqués l'article 1P1 à la protection d'une marque ou aux notions voisines comme la protection des noms de domaine⁹⁷² concernaient des droits définitifs, et non de simples demandes d'enregistrement. Cela avait d'ailleurs été refusé par la Commission s'agissant d'une demande de brevet⁹⁷³. En revanche, comme le dit A. Zollinger, même étendu aux droits conditionnels parce qu'ils constituent des titres susceptibles de circuler économiquement, il subsiste une frontière à l'extension de l'article 1P1 aux droits de propriété intellectuelle futurs. Il ne permet paradoxalement toujours pas de « d'étudier la légitimité d'une mode d'accession à ces propriétés intellectuelles »⁹⁷⁴, et notamment ceux qui érigent en principe l'attribution initiale des créations à l'employeur plutôt qu'au salarié, qui paraît davantage constituer une question liée à la propriété intellectuelle envisagée comme prolongement de l'individualité de l'être humain.

c. L'absence de droit à acquérir un bien

398. La circonscription de la notion de bien par l'absence d'un droit à l'acquisition se traduit également par sa délimitation par l'absence de droit à réaliser un profit. La Commission avait très tôt rejeté l'idée que le « bien » au sens de l'article 1P1 puisse recouvrir le bien escompté, c'est-à-dire le profit susceptible d'être obtenu, notamment à partir d'un intérêt économique

⁹⁷¹ Voy. par exemple Cour EDH, 21 février 2008, *SC Parmalat SPA et SC Parmalat Romania SA c. Roumanie*, n° 37442/03 : il s'agissait en l'espèce d'une licence exclusive d'exploitation d'une marque, déposée auprès de l'OMPI et protégée en Roumanie.

⁹⁷² Cour EDH, 18 septembre 2008, *Peaffgen c. Allemagne*, n°s 25379/04, 21722/05 et 21770/05.

⁹⁷³ Voy. Cour EDH, 20 novembre 1995, *British-American Tobacco Company Ltd c. Pays-Bas*, n° 19589/92, Série A, n° 331.

⁹⁷⁴ A. ZOLLINGER, « Le respect des biens de l'entreprise titulaire de droits de propriété intellectuelle de l'entreprise », in L. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, op. cit., pp. 167-190, spéc. p. 179

protégé. Elle avait jugé que les frais de notaires, tels que les dispositions de droit interne les établissaient dans leur principe et dans leur montant, ne sauraient constituer des « biens » auxquels il serait porté atteinte en cas de modification de ladite législation⁹⁷⁵. Pourtant, la protection des intérêts économiques constitués par des activités économiques et commerciales avait semblé conduire à une remise en cause de ce principe.

399. En acceptant de protéger le « *goodwill* » au titre de la notion de bien, ou même les intérêts économiques d'une entreprise, la Cour avait donné l'impression d'inclure dans le champ de l'article 1P1 les profits escomptés liés à l'entreprise. La valeur de cette dernière reflète généralement celle de ses actifs, de ses résultats passés mais aussi les perspectives de résultat. Or, ces perspectives découlent elles-mêmes de l'espoir des profits à venir. Ainsi, le retrait d'une licence ou autorisation d'exploitation, comme dans les affaires *Fredin* ou *Tre Tratkörer*, qui constituait le fondement juridique de l'activité économique protégée affecte-t-il nécessairement la valeur de cette dernière en tant qu'il restreindra ou anéantira tout espoir de bénéfice. Néanmoins, la Cour a plus récemment réaffirmé que la diminution alléguée de la valeur de marché d'un bien qui est établie en prenant en considération les revenus futurs ne relève pas du champ d'application de l'article 1P1⁹⁷⁶. Si la distinction est en pratique difficile à opérer, cette approche relativement restrictive traduit une volonté de limiter la notion de manière à ne pas consacrer un droit au profit.

d. L'absence d'un droit à un bien protégé de l'inflation

400. De même, l'article 1P1 protège les intérêts économiques dans leur nominale, et non dans leur valeur en parité du pouvoir d'achat. Cela est particulièrement visible dans le traitement de la question des intérêts qui peuvent être grevés sur les créances, et particulièrement les dépôts bancaires. Ces dépôts constituent par eux-mêmes incontestablement des « biens » au sens de l'article 1P1. En effet, le dépositaire possède la plupart du temps un droit de retrait des sommes entreposées, et ils constituent à ce titre « *undoubtedly* » des biens⁹⁷⁷, même si une succession d'États a pour conséquence que leur fondement juridique est un accord international de

⁹⁷⁵ Com. EDH, 13 décembre 1979, *X c. Allemagne*, n° 8410/78, 18 D.R. 216.

⁹⁷⁶ Cour EDH (déc.), 25 janvier 2000, *Ian Edgar (Liverpool) Limited c. Royaume-Uni*, n° 37683/97, CEDH 2000-I.

⁹⁷⁷ Cour EDH (déc.), 2 juillet 2002, *Gayduk et autres c. Ukraine*, n° 45526/99, CEDH 2002-VI.

répartition des dettes⁹⁷⁸. En revanche, par principe, dans la mesure où la Cour a jugé que l'article 1P1 ne faisait reposer sur les États « aucune obligation générale de procéder à une indexation systématique de l'épargne afin de remédier aux effets néfastes de l'inflation et de maintenir le pouvoir d'achat des montants déposés »⁹⁷⁹, le bien protégé sera, au stade de l'application *ratione materiae*, uniquement le dépôt nominal, sauf bien entendu dans le cas où l'indexation est prévue par le droit interne⁹⁸⁰, sous réserve, le cas échéant, que le requérant satisfasse aux conditions établies par celui-ci. De la même manière, alors qu'une créance judiciairement⁹⁸¹ constatée fait naître un bien recouvrant en principe seulement le montant au principal, le « bien » protégé ne comprendra d'éventuels intérêts moratoires que dans la mesure où ils ont été accordés par la sentence⁹⁸². Le bien protégé devient en réalité les intérêts calculés sur le fondement du taux auquel ils auraient dû être versés, ce que traduit d'ailleurs le montant octroyé au titre de l'article 41⁹⁸³.

3. L'existence d'un intérêt économique, critère parfois insuffisant

401. La seule existence d'un intérêt économique ne suffit néanmoins pas toujours à fonder la qualification de « bien » au sens de l'article 1P1. La notion d'espérance légitime n'a ainsi pas remis directement en cause l'exigence d'un fondement juridique interne minimum pour la qualification d'un bien (a), même si la Cour accepte parfois d'interpréter très soupagement cette exigence (b). Enfin, dans une seule occurrence la Cour a semblé opposer des considérations morales à la notion de bien (c).

⁹⁷⁸ Voy. Cour EDH (déc.), 17 octobre 2011, *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et Macédoine*, n° 60642/08, § 54 : « [t]he legislation of the successor States has never extinguished the applicants' claims or deprived them of legal validity in any other manner and there has never been any doubt that some or all of those States will in the end have to repay the applicants. (...) Moreover, those States have accepted that the "old" foreign - currency savings were part of the financial liabilities of the SFRY which they should divide, as they divided other financial liabilities and assets of the SFRY » ; cela est valable même si l'accord ne prévoit pas des modalités précises ou définitives de répartition entre les États ; Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et « l'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, *op. cit.*, § 80.

⁹⁷⁹ Cour EDH (déc.), 2 juillet 2002, *Gayduk et autres c. Ukraine*, *op. cit.* ; voy. déjà Com. EDH (déc.), 6 mars 1980, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, n° 8724/79, D.R. 20, p. 226, spéc. p. 227 (cité dans la décision *Gayduk*).

⁹⁸⁰ *Idem* : « [a]s regards, firstly, the applicants' initial deposits, the Court finds that they undoubtedly constitute their "possessions" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. In that connection, the Court notes that it is common ground that the applicants are entitled to withdraw the sums together with statutory interest if they so wish ».

⁹⁸¹ Entendu dans son acception neutre, c'est-à-dire comme constatée par un juge et non, comme on peut l'entendre du point de vue du seul ordre juridique français, par les juridictions relevant de l'ordre judiciaire par opposition à celles appartenant à l'ordre administratif.

⁹⁸² Cour EDH, 22 mai 2008, *Meidanis c. Grèce*, n° 33977/06, § 28.

⁹⁸³ *Idem*, §§ 38-42.

a. Le maintien d'un fondement juridique de l'espérance légitime

402. Ce phénomène de « recentrage de la notion de bien autour de celle de valeur »⁹⁸⁴ résulte incontestablement de l'influence de l'économie sur le droit, mais traduit une interpénétration généralisée et non un particularisme de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. La Cour IADH a en effet pour sa part clairement assumé ce phénomène de patrimonialisation, au sens du rattachement de la notion de « bien » à une part du patrimoine de l'individu, en jugeant que constituait un bien tout élément qui « *may form part of a person's patrimony* »⁹⁸⁵. Dès lors, la notion de « bien » dépasse la dichotomie civiliste entre droit personnel et droit réel, en vertu de laquelle la créance échappait à l'appropriation car elle consacre simplement un rapport d'obligation entre deux personnes, à savoir « le droit d'une personne (le créancier) d'exiger d'une autre personne (le débiteur) une prestation »⁹⁸⁶. Or, en assimilant le rapport d'obligation à la valeur économique de la prestation qui peut en découler⁹⁸⁷. Le mélange des influences entre la constitution d'un intérêt économique et leur sanction par le droit interne est particulièrement visible dans la notion d'espérance légitime qu'a consacrée la Cour et rattachée à la notion de « bien ». Après des jurisprudences concurrentes, voire contradictoires⁹⁸⁸, la Cour a tenté de clarifier les deux hypothèses de caractérisation dans l'arrêt *Kopecky*. La Cour jugeait elle-même que le développement de cette notion s'appuie sur la remise en cause de la règle contenue dans l'arrêt *Marckx* selon laquelle la notion de « bien » ne vaut que pour les droits actuels. Elle avait affirmé dans sa décision *Malhous* que la notion de bien pouvait « recouvrir tant des 'biens actuels' que des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une espérance légitime d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété »⁹⁸⁹.

⁹⁸⁴ J. LAURENT, *La propriété des droits*, Paris, LGDJ, 2012, XII-568 p., pp. 204-205.

⁹⁸⁵ Cour IADH, 6 mai 2008, *Salvador Chiriboga c. Equateur*, Série C, n° 179, p. 19, § 55 : « *The Court's case law has developed a broad concept of property* ».

⁹⁸⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, op. cit., spéc. p. 110 ; voy. sur cette méthode de la transformation de la créance en bien, J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, Paris, LGDJ, xii-1374 p., pp. 47 et s.

⁹⁸⁷ Voy. sur cette méthode de la transformation de la créance en bien, J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, Paris, LGDJ, xii-1374 p., pp. 47 et s.

⁹⁸⁸ Comp. les arrêts *Pine Valley Developments*, *Stretch* et *Pressos Compania Naviera S.A.*, précités.

⁹⁸⁹ Cour EDH (GC) (déc.), 13 décembre 2000, *Malhous c. République tchèque*, n° 33071/96 ; comp. par exemple avec Cour EDH, (plén.), 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, op. cit., § 50.

403. La Cour exigeait initialement que les requérants puissent se prévaloir d' « une créance suffisamment établie pour être exigible »⁹⁹⁰. Cette condition était réputée remplie lorsque la créance était établie par un organe juridictionnel, y compris arbitral, qui en avait constaté l'existence et le montant de manière « obligatoire et définitive »⁹⁹¹, conférant ainsi un titre exécutoire aux requérants même si le caractère révocable en raison des recours ouverts contre une sentence arbitrale ne disqualifie pas *per se* l'existence d'une espérance d'un bien entraînant l'applicabilité de l'article 1P1. En revanche, l'extension de la notion de bien vers un droit à acquérir un bien avait paru être opérée dans l'arrêt *Pressos Compania Naviera S.A.* Dans cette affaire, les requérants alléguaient de la contrariété avec l'article 1P1 d'une loi rétroactive qui avait modifié les conditions d'engagement de la responsabilité délictuelle de l'État pour divers dommages subis dans les eaux territoriales belges du fait de fautes commises par des pilotes belges. Face à l'explosion du contentieux devant les juridictions nationales, l'État belge avait adopté une loi modifiant l'état antérieur du droit pour permettre rétroactivement de soustraire l'État et les pilotes à l'engagement de leur responsabilité délictuelle. Les requérants alléguaient la contrariété de cette loi et de ses effets aux articles 6 § 1 et 1P1 de la Convention. Or, cette loi ayant pour objet de s'appliquer aux contentieux en cours, et comme le soulignait le gouvernement défendeur devant la Cour, il s'en suivait par définition qu' « aucune [créance] n'a[vait] été constatée et liquidée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée »⁹⁹², ni même d'ailleurs une espérance légitime dans la mesure où le régime dont ils espéraient se prévaloir avait été établi par un arrêt de la Cour de cassation au « caractère inattendu et manifestement contestable »⁹⁹³. Il en déduisait dès lors que retenir l'existence d'un bien reviendrait à « confondre le droit de propriété avec un droit à la propriété »⁹⁹⁴.

404. A l'inverse, les requérants alléguaient que la créance naissant dans son principe au seul moment de la réalisation du dommage, « la décision juridictionnelle ne faisant qu'en confirmer l'existence et en déterminer le montant »⁹⁹⁵. Or, la Cour admit, contre l'avis de la Commission, que les requérants disposaient d'une créance en se fondant cette fois sur le droit interne. Il ne « contrevenait [pas] à l'objet ou au but de l'article 1 du Protocole n° 1(P1-1) » de juger que, « créance en réparation » était « née dès la survenance du dommage » et qu' « s'analysait en

⁹⁹⁰ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, *op. cit.*, § 59.

⁹⁹¹ *Idem*, § 61 ; comparer avec le rejet (§ 60) dans la même affaire, d'un jugement avant dire droit d'une juridiction judiciaire comme fondement d'une « espérance légitime ».

⁹⁹² *Idem*, § 29.

⁹⁹³ *Idem*.

⁹⁹⁴ *Idem*.

⁹⁹⁵ *Idem*, § 30 (nous soulignons).

une valeur patrimoniale et avait donc le caractère d'un bien »⁹⁹⁶. La valeur patrimoniale devient donc un critère quasiment suffisant, quand bien même la créance qui en est la cause n'est pas juridiquement exigible, mais seulement vraisemblable au regard de l'état de du droit – y compris jurisprudentiel – au moment où statue la Cour. En réalité, la Cour se fonde sur « la présomption selon laquelle la jurisprudence constante des juridictions nationales continuerait de s'appliquer à l'égard des dommages déjà causés »⁹⁹⁷.

405. Dans l'affaire *Pine Valley Development*⁹⁹⁸ la requérante principale était une société ayant pour principale activité l'achat et la mise en valeur de terrains. Elle s'était engagée à acquérir un terrain auprès d'un individu qui, ayant essuyé un refus de la part des services d'urbanisme de la collectivité locale compétente de lui délivrer un certificat d'urbanisme, avait obtenu du ministre des collectivités territoriales, sur recours, un « certificat préalable d'urbanisme ». Or, la valeur d'acquisition de ce terrain) 550 000 livres irlandaises, reflétait la constructibilité supposée du terrain. La société ayant sollicité un permis de construire sur la base de ce certificat préalable, elle saisit les services d'urbanismes d'une nouvelle demande – qui fut également rejetée. Le certificat préalable, attaqué par la collectivité locale, fut annulé par la Cour suprême pour excès de pouvoir, la valeur du terrain se dépréciait jusqu'à atteindre un dixième du prix d'acquisition⁹⁹⁹. La société requérante assigna alors le successeur légal du ministre ayant délivré le certificat préalable en responsabilité, qui fut rejeté, y compris au regard de l'atteinte alléguée par eux à leurs droits de propriété. Or, en vertu du droit interne, le certificat préalable avait été jugé comme n'ayant jamais existé.

Pourtant, au nom du rejet d'un « excès de formalisme », la Cour admet que jusqu'au prononcé de l'arrêt ayant déclaré la nullité du certificat, « les requérants avaient pour le moins l'espérance légitime de pouvoir réaliser leur plan d'aménagement »¹⁰⁰⁰. L'extension vers les biens futurs est donc maximale en l'espèce. L'espoir patrimonial est protégé par les garanties conventionnelles alors qu'il était fortement incertain et qu'il a finalement été rétroactivement annulé. La jurisprudence postérieure de la Cour a précisé que le caractère certain de l'espérance n'est pas rempli à partir du moment où il existe une divergence de jurisprudence entre les

⁹⁹⁶ *Idem*, § 31.

⁹⁹⁷ Cour EDH (GC), 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, *op. cit.*, § 65

⁹⁹⁸ Cour EDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley Development Ltd*, n° 12742/87, Série A, n° 22.

⁹⁹⁹ *Idem*, § 13.

¹⁰⁰⁰ *Idem*, § 51.

diverses juridictions internes¹⁰⁰¹, ou bien à partir du moment où il est incertain que les requérants remplissent les conditions établies par le droit interne à l'obtention d'un droit qui entraîne une difficulté d'interprétation¹⁰⁰².

406. La clarification voulue par l'arrêt *Kopecky* n'a pas permis de dissiper certaines distinctions, notamment celle entre l'intérêt patrimonial susceptible de constituer une « valeur patrimoniale » relevant de la notion de bien *stricto sensu* au sens l'article 1P1, et de l'intérêt patrimonial qui est constitué par une créance susceptible de qualifier une espérance légitime¹⁰⁰³. Néanmoins, qu'il s'agisse de qualifier, selon les termes employés par la Cour, une espérance légitime au sens des arrêts *Pine Valley* ou *Stretch*, ou une « créance s'analysant en une valeur patrimoniale' au sens défini dans l'affaire *Pressos Compania Naviera S.A.* », il reste que la Cour continue d'exiger l'existence « d'une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il [l'intérêt] est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux »¹⁰⁰⁴. En d'autres termes et comme l'écrit W. Jean Baptiste, même la notion d'espérance légitime demeure « essentiellement juridique »¹⁰⁰⁵.

407. En revanche, c'est le critère d'existence suffisante en droit interne qui est interprété lui-aussi de manière autonome, quoi que la Cour ne le dise pas explicitement, et qui explique que cette exigence ait parfois semblé disparaître¹⁰⁰⁶. Dans une première hypothèse, qui ne suscite en réalité pas de difficulté particulière, l'espérance légitime est fondée sur un titre juridique découlant de la contrariété du droit interne à une norme formellement externe mais qui relève, du point de vue conventionnel, de l'ordre juridique national. Ainsi, dans l'affaire *Dangeville*, la société requérante alléguait de l'existence d'une créance de restitution de TVA indument payée en raison de la contrariété de la législation française avec plusieurs directives

¹⁰⁰¹ Cour EDH (GC), 28 septembre 2004, *Kopecký c. Slovaquie*, n° 44912/98, CEDH 2004-IX, § 50.

¹⁰⁰² Voy. par exemple Cour EDH (déc.), 23 février 2010, *Koivusaari et autres c. Finlande*, n° 20690/06 : les requérants estimaient remplir les conditions établies par le code maritime finlandais au sujet de l'octroi d'un droit de sauvetage ; la Cour estime qu'outre le fait que les requérants « *may not have have known for certain whether of not they fulfilled the above conditions for obtaining salvage remuneration* » - ce qu'elle qualifie de « *not decisive* », leur prétention « *was a conditional one from the outset and the question of whether or not they complied with the statutory requirements was to be determined in the ensuing judicial proceedings* ».

¹⁰⁰³ La formule est présente dans l'arrêt Cour EDH (GC), 11 novembre 2007, *Anheuser c. Portugal*, *op. cit.*, § 65.

¹⁰⁰⁴ Cour EDH (GC), 28 septembre 2004, *Kopecký c. Slovaquie*, *op. cit.*, § 52.

¹⁰⁰⁵ W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2011, XIV- 442 p., spéc. pp. 61-87.

¹⁰⁰⁶ Ainsi, F. Marchadier estime-t-il que « l'existence d'un bien n'est pas exclue alors même que l'individu est dépourvu d'un titre quelconque dans l'ordre interne » ; F. MARCHADIER, « La notion de biens. Note sous *Oneryildiz c. Turquie*, n° 48939/99, 30 novembre 2004 (GC) », in F. SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 805-818, p. 812.

communautaires, qui avait été constatée par la Cour de justice. La Cour EDH conclut alors à l'existence d'un bien fondée sur celle d'une créance susceptible d'être analysée en valeur patrimoniale au sens de l'hypothèse *Pressos Compania Naviera*¹⁰⁰⁷. Dans cette hypothèse, le titre juridique existe bel et bien en droit interne, et résulte de l'incorporation en son sein des normes issues de l'ordre juridique de l'Union.

b. Un intérêt économique pas toujours légal

408. Dans quelques hypothèses, l'intérêt économique a été constitué sans que le droit interne soit venu en sanctionner juridiquement l'existence, c'est-à-dire sans que sa constitution réponde à un critère de légalité. C'est notamment le cas lorsque peut être caractérisée une certaine tolérance de la part de l'administration qui l'empêche, au nom d'une exigence de bonne foi assimilable à *l'estoppel*, de nier l'existence d'un intérêt substantiel alors qu'elle a agi à son égard comme s'il était pourvu d'un titre valable. Dans l'affaire *Öneryildiz*, souvent citée pour en conclure à tort que le bien illégal est *per se* protégé par la Convention européenne¹⁰⁰⁸, la Cour s'est notamment fondée sur « l'existence d'une tolérance des autorités de l'État (...) qui permet de juger que lesdites autorités ont *de facto* reconnu que l'intéressé et ses proches avaient un intérêt patrimonial »¹⁰⁰⁹. Il en va de même pour les titres fondés en contravention aux règles strictes entourant le domaine public : outre que leur protection est facilitée par la déconnexion entre la notion de bien et le droit de propriété¹⁰¹⁰, la Cour souligne systématiquement le rôle que l'attitude de l'État a eu dans la consolidation de l'espérance légitime dans le chef du requérant. Plus récemment, la Cour s'est appuyée sur l'absence de contestation de la part des propriétaires – des monastères grecs dont on a vu le régime exorbitant de droit public dont ils bénéficient en droit grec –, mais aussi sur la délivrance d'une autorisation d'exploitation d'un bar-restaurant et d'un permis de construire par les organes de l'État¹⁰¹¹. Ces dives éléments constituaient alors une « tolérance » qui indiquait que les organes de l'État « avaient reconnu *de facto* l'existence d'un intérêt patrimonial » au profit des requérants¹⁰¹².¹⁰¹³. En sens, la

¹⁰⁰⁷ Cour EDH, 16 avril 2002, *S.A. Dangeville c. France*, n° 36677/97, CEDH 2002-III, §§ 46-48.

¹⁰⁰⁸ F. MARCHADIER, « La notion de biens », in F. SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit. pp. 813-814.

¹⁰⁰⁹ Cour EDH (GC), 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, op. cit., § 127.

¹⁰¹⁰ Cf. *supra*, §§ 381 et s.

¹⁰¹¹ Cour EDH, 29 juin 2017, *Kosmas et autres c. Grèce*, n° 20086/13, § 70.

¹⁰¹² *Idem*, § 71.

¹⁰¹³ *Idem*, § 71.

notion de bien, même dans la perspective de son applicabilité, est susceptible d'avoir une influence sur le régime de propriété des États.

409. Seul l'arrêt rendu dans l'affaire *Brosset-Triboulet* écarte davantage la légalité de l'appropriation au profit du seul intérêt patrimonial. La Cour avait en effet « douté » que les requérantes, bien qu'ayant acquis la maison se situant sur une parcelle du domaine public maritime de l'État, « aient pu raisonnablement espérer continuer à en jouir du seul fait des titres d'occupation »¹⁰¹⁴. Pourtant, elle conclut à l'applicabilité de l'article 1P1 au motif que « le temps écoulé a[vait] fait naître l'existence d'un intérêt patrimonial des requérants à jouir de la maison »¹⁰¹⁵. Cette solution, très critiquée¹⁰¹⁶, ne nous paraît cependant pas refléter l'état de la jurisprudence sur ce point, et pourrait s'expliquer par les circonstances particulières de l'affaire, et notamment par le fait que l'intérêt patrimonial en question se doublait d'un intérêt fondamental pour les requérants puisqu'il s'agissait de leur domicile¹⁰¹⁷.

410. Cette conception est donc extensive tant par les solutions auxquelles elle conduit que par les critères retenus, alors que la plupart des juridictions supranationales¹⁰¹⁸ ayant à statuer sur des questions liées au droit de propriété semblent en adopter une acception plus restreinte. La Cour IADH, par exemple, accepte également de faire jouer la notion de bien dans les cas où le requérant ne peut revendiquer un titre valable *ab initio*. Néanmoins, elle le rattache au mécanisme légal de présomption de propriété attachée à la possession plutôt qu'au caractère autonome des notions conventionnelles¹⁰¹⁹. Elle maintient ainsi le droit interne des États comme critère de délimitation du droit de propriété, ce que confirme sa jurisprudence relative à la

¹⁰¹⁴ Cour EDH (GC), 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, n° 34078/02, § 70.

¹⁰¹⁵ *Idem*, § 71; cette contradiction a été relevée par le juge Casadevall dans son opinion dissidente sous l'arrêt, qui estime que les requérantes ne pouvaient plus se prévaloir d'un intérêt patrimonial à compter de l'expiration du dernier titre d'occupation octroyé par les autorités, en conséquence de quoi « l'écoulement d'un laps de temps, aussi long fût-il, ne peut avoir aucune conséquence juridique » ; opinion dissidente du juge Casadevall sous Cour EDH, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, *op. cit.*, § 5.

¹⁰¹⁶ Voy. par exemple C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « L'acceptation européenne du 'bien' en mal de définition », *D.*, 2010, n° 31, pp. 2024-2028.

¹⁰¹⁷ Ce qui pourrait permettre d'octroyer une protection variable, ou même sélective, selon l'importance que revêt un bien immobilier qui fait office de domicile à la personne qui revendique sa qualité de bien, comme semble le faire la Cour IADH dans des arrêts récents ; voy. Cour IADH, 31 août 2017, *Vereda La Esperanza c. Colombie*, Série C, n° 341, § 39 ; voy. *infra*, Chapitre 6 et 8.

¹⁰¹⁸ La question ne se pose vraisemblablement pas dans le cadre de l'application des normes internes de protection des droits fondamentaux, l'ordre interne disposant de son propre et unique référentiel de légalité en vertu duquel l'exclusion est à la fois possible et systématique.

¹⁰¹⁹ C. MALWE, « La protection du droit de propriété par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Salvador Chiriboda c. Equateur* », *RTDH*, 2009, n° 78, pp. 569-605, spéc. pp. 583-584.

protection des prestations sociales¹⁰²⁰. Plus encore, les risques liés à ce type d'extension ont manifestement alerté les rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, puisque le champ d'application matériel de l'article 17 § 1 est expressément limité aux « biens qu'elle [une personne] a acquis *légalement* »¹⁰²¹. En revanche, l'état incertain du droit international des investissements lorsque ne figure aucune clause de légalité¹⁰²² montre que la relation entre la protection internationale d'intérêts économiques constitués sans l'appui, ou malgré l'ordre juridique interne, demeure incertaine, en raison de la nature internationale de la norme. La particularité du système conventionnel européen et l'objet de la Convention semblent inciter la Cour à repousser cette condition de légalité, au nom de ce que certains intérêts économiques, pour avoir été constitués illégalement, n'en demeurent pas moins fondamentaux au regard de l'existence de l'individu concerné. Cet appui sur l'importance de l'intérêt protégé par un traité a été mobilisé par d'autres juridictions internationales¹⁰²³ et montre comment la nature internationale d'un mécanisme de contrôle permet de faire primer l'intérêt protégé par la norme internationale sur le respect du droit interne.

c. La restriction rare de la notion de bien au nom de considérations morales

411. La seule occurrence dans laquelle la notion de bien n'a pas été restreinte au nom du seul droit interne de l'État, mais au nom de considérations morales concernent les embryons humains. Dans l'affaire *Parillo*, la requérante avait saisi la Cour de la compatibilité avec la Convention de l'interdiction italienne de faire don des embryons et invoqué à cette fin l'article 8 comme l'article 1P1. Si elle a constaté au fond l'absence de violation sur le fondement de l'article 8, elle a rejeté le grief fondé sur le droit au respect des biens en termes d'applicabilité. Elle s'appuyait sur ce que, les embryons n'étant, selon elle, pas juridiquement des personnes, ils ne pouvaient par conséquent être une chose, tandis que l'État défendeur alléguait de leur qualité de personne juridique, mais aussi l'impossibilité morale de leur attribuer une « valeur

¹⁰²⁰ L. HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme*, Strasbourg, Publications de l'Institution internationale des droits de l'homme, 2007, XX-737 p., spéc. p. 589.

¹⁰²¹ Nous soulignons.

¹⁰²² Certes, pour A. de Nanteuil, la condition de légalité serait inhérente à toute protection conventionnelle, mais force est de constater que la jurisprudence arbitrale est partagée sur ce point ; A. DE NANTEUIL, « La notion d'investissement protégé : l'exigence de conformité de l'investissement au droit local », in A. DE NANTEUIL (dir.), *L'accès de l'investisseur à la justice internationale*, Paris, Pedone, 2015, 216 p., pp. 31-59, spéc. p. 36.

¹⁰²³ Certaines sentences arbitrales, qui ont parfois jugé inopérantes des clauses de légalité lorsque le défaut de respect était « *de minimis* » ; voy. par exemple TA CIRDI, 29 avril 2004, *Tokios Tokelès c. Ukraine*, n° ARB/02/18, à propos de formalités, « *to exclude an investment on the basis of such minor errors would be inconsistent with the object and purpose of the treaty* ».

économique »¹⁰²⁴. Esquivant la question du « début de la vie humaine », la Cour rejeta – à l’unanimité – le grief pour la seule raison que « *eu égard à la portée économique et patrimoniale* qui s’attache à [l’article 1P1] les embryons humains ne *sauraient* être réduits à des ‘biens’ au sens de cette disposition »¹⁰²⁵. Or, rien n’empêche, économiquement, de considérer que les embryons pourraient être des biens. L’absence actuel de valeur économique est le résultat de leur retrait du marché, retrait qui est organisé par leur placement hors du commerce dans la plupart des ordres juridiques¹⁰²⁶, lui-même guidé par des considérations morales, justifient de les soustraire à l’emprise du marché. Cette opposition entre intérêt économique et morale est d’autant plus intéressante que la Cour a accepté, à la seule majorité, d’examiner le grief sous l’angle de l’article 8. En s’appuyant pour ce faire sur le « droit à l’autodétermination », la Cour a entériné la faculté de disposer de son propre corps et favorisé un libéralisme qui n’est pas si différent de la logique patrimoniale invoquée par la requérante sous l’angle de l’article 1P1¹⁰²⁷.

412. L’extension matérielle du droit de propriété découle donc largement de l’importance accordée par la Cour aux intérêts économiques dont la protection est recherchée au moyen de l’article 1P1. S’il n’est pas illimité, puisque le droit national comme des considérations extra-économiques sont susceptibles d’en corriger le jeu, ce mouvement s’inscrit dans un mouvement global de transformation du droit de propriété que la Cour n’identifie pas forcément en ces termes¹⁰²⁸. En revanche, il ne semble pas sous-tendu par une conception particulière de la fonction sociale des intérêts protégés.

¹⁰²⁴ Cour EDH (GC), 27 août 2015, *Parillo c. Italie*, n° 4674/11, CEDH 2015, §§ 201 et 202.

¹⁰²⁵ *Idem*, § 215.

¹⁰²⁶ Voy. l’opinion individuelle du juge Pinto de Albuquerque sous l’arrêt.

¹⁰²⁷ Voy. d’ailleurs l’opinion en partie dissidente des juges Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano Et Yudkivska, §§ 5-7 ; A.-B. CAIRE, « Persistance du statut des embryons », *RTDH*, 2016, n° 107, pp. 733-747.

¹⁰²⁸ Voy. par exemple le Conseil constitutionnel, qui a estimé que « les finalités et les conditions d’exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée par une extension de son champ d’application à des domaines nouveaux » et qui en a notamment déduit l’extension de la propriété des marques de fabrique, de commerce ou de service » ; voy. respectivement Cons. const., décision n° 89-256 DC, 25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d’urbanisme et d’agglomérations nouvelles*, R., p. 53, cons. 18 et Cons. const., décision , n° 90-283 DC, 8 janvier 1995, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l’alcoolisme*, cons. 7.

B. La fonction sociale variable du bien

413. La « fonction sociale »¹⁰²⁹ du droit de propriété permettrait de délimiter la notion de bien en fonction de son utilité économique et social. En d'autres termes, la notion de bien aurait pu être envisagée comme ne recouvrant pas tout intérêt économique, mais seulement les intérêts qui seraient seuls associés à des « droits de l'homme », qu'ils soient par exemple nécessaires à sa subsistance ou qui revêtiraient tout autre intérêt particulier. Étonnamment, dans le système conventionnel, aucune considération de ce type ne semble dicter la jurisprudence de la Cour. Ainsi, le bien n'est pas restreint à son importance dans l'existence de l'individu, comme l'illustre la protection indifférenciée de la propriété intellectuelle (1). De la même manière, l'outil de travail n'est pas protégé en tant que bien (2). À l'inverse, les prestations sociales sont très largement intégrées dans la jurisprudence de la Cour (3).

1. L'absence de critère de modulation du bien en fonction de son importance pour l'individu : l'exemple de la propriété intellectuelle

414. Le recours à la valeur économique comme critère de l'existence d'un bien, s'il n'est pas nouveau¹⁰³⁰ influe sur le contenu économique du bien. Il semble avoir pour objet « de préserver les avantages patrimoniaux acquis, qu'ils soient essentiels à la personne ou non »¹⁰³¹. La conception retenue par la Cour dépasse largement l'acception du « bien » comme celui qui est nécessaire à l'existence, contrairement par exemple au champ d'application restreint donné à la propriété privée par la Constitution de l'URSS. L'article 10 de cette dernière consacrait ainsi la possibilité d'appropriation des « *income and savings derived from work, to own a dwelling-house and supplementary husbandry, articles of household and articles of personal use and convenience, is protected by law, as is the right to inherit personal property* », tandis que

¹⁰²⁹ Le terme est emprunté à la Cour de justice, mais on notera que, de la même manière, il ne joue pas au stade de l'applicabilité dans sa jurisprudence : CJCE, 14 mai 1974, *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-4/73, *Rec.*, p. 491, § 12.

¹⁰³⁰ Il pourrait bien être consubstantiel à toute notion de « bien » : voy. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *op. cit.*, p. 1806, pour qui le critère de valeur était historiquement un critère universellement admis en raison de cette consubstantialité, par les juristes comme par les économistes.

¹⁰³¹ A. ZOLLINGER, « Le droit au respect des biens, ou la difficile définition du droit de propriété en tant que droit de l'homme », in *Les modèles propriétaires au XXe siècle : actes du colloque international en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, Poitiers, Presses Universitaires Juridiques de l'Université de Poitiers, 2012, 254 p., pp. 31-40, p. 31.

l'article 6 interdisant notamment l'appropriation des moyens de production¹⁰³². Ce type de distinction, souhaité par certains rédacteurs de la Convention, a été reprise dans la Déclaration des droits de Bogota de 1948¹⁰³³, n'a pas été reprise par la Cour.

415. A. Zollinger note par exemple que la protection des droits de propriété intellectuelle par la Cour est beaucoup plus large que celle octroyée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels qui, dans son observation n° 17 à propos de l'article 15 § 1 du Pacte¹⁰³⁴. Le Comité a en effet restreint le champ du droit au respect de la propriété intellectuelle et affirmant que cette disposition :

« préserve le lien personnel qui l'unit à sa création et qui unit les peuples, communautés ou autres groupes à leur patrimoine culturel collectif, ainsi que leurs intérêts matériels fondamentaux, qui leur sont nécessaires pour leur permettre d'avoir un niveau de vie suffisant, alors que les régimes de propriété intellectuelle protègent principalement les intérêts et les investissements des milieux d'affaires et des entreprises »¹⁰³⁵.

416. Pourtant, c'est davantage la solution du Comité qui semble isolée plutôt que l'inverse. Le Conseil constitutionnel français a en effet adopté une position similaire à celle de la Cour de Strasbourg, bien avant que celle-ci ne statue clairement en la matière. Ainsi, au nom d'une interprétation évolutive, le Conseil constitutionnel a jugé que les propriétés industrielles et commerciales relevaient du champ d'application de la notion constitutionnelle de propriété dès

¹⁰³² L'article 10 de la Constitution consacrait en effet une propriété privée partielle limitée aux ", tandis que l'article 6 interdisait l'appropriation des moyens de productions et les logements collectifs au sein des grandes villes; cité in H. G. SCHEMERS, « The International Protection of the Right of Property », *Protection des droits de l'homme : La dimension européenne. Mélanges G. Wiarda*, Köln, Carl Hermanns, 1990, XX-758 p., pp. 565-580, spéc. p. 570.

¹⁰³³ Son article 23 énonce en effet que « *every person has a right to own such private property as meets the essential needs of decent living and helps to maintain the dignity of the individual and the home* ».

¹⁰³⁴ Article 15 § 1 PIDESC : « Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur » et « le droit (...) c) de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

¹⁰³⁵ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 17(2005), Le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur (par. 1 c) de l'article 15 du Pacte, p. 2, § 2. Le Comité souligne l'opposition entre droits de l'homme et propriété intellectuelle dès le début du paragraphe, puisqu'il affirme que « [c]ontrairement aux droits de l'homme, les droits de propriété intellectuelle (...) » (nous soulignons).

1989¹⁰³⁶, ce qui a explicitement été étendu au droit des marques peu de temps après¹⁰³⁷ puis aux droits de propriété littéraire et artistique¹⁰³⁸, comme la Cour IADH. C'est donc un standard global des droits de l'homme qui se dessine en l'occurrence, peut-être facilité par la nature de droits de l'homme. Les tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissement ont par exemple été davantage réticents ou hésitants à consacrer l'intégration de la protection dans la définition retenue des « investissements »¹⁰³⁹. En revanche, cette absence de singularité – qui doit être appréciée avec précaution puisque les choix opérés par la Cour contribuent à l'élaboration de ce standard commun par rapport auquel on peut être tenté d'analyser sa jurisprudence – ne masque toutefois pas que la notion de bien retenue par la Cour semble désormais déconnectée de toute restriction fondée sur la propriété envisagée comme droit uniquement politique de l'homme, c'est-à-dire qui ne serait fondé sur les biens essentiels à la préservation de sa dignité.

2. La protection inégale de l'outil de travail

417. L'appui pris sur l'existence d'un intérêt économique dans la détermination de l'existence de bien conduit à l'intégration dans le champ conventionnel de types d'intérêts variés qui ne répondent pas *a priori* à une conception d'économie politique donnée, ni à une conception de la propriété comme un droit de l'homme qui serait différente du droit de propriété comme droit privé. Dès lors, ses conséquences sont ambiguës car la détermination de l'applicabilité de l'article 1P1 conduit à des protections des individus selon la nature de l'activité dont il tire ses ressources. Ainsi, on l'a vu, l'existence d'un intérêt économique fondé sur une activité entrepreneuriale est susceptible de constituer un « bien ». Pourtant, et contrairement à une approche qui serait fondée sur une vision « sociale » du champ

¹⁰³⁶ Cons. const., 25 juillet 1989, n° 89-256 DC, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, cons. 18 : « Considérant que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général ; que c'est en fonction de cette évolution que doit s'entendre la réaffirmation par le préambule de la Constitution de 1958 de la valeur constitutionnelle du droit de propriété ».

¹⁰³⁷ Cons. const., 15 janvier 1992, DC n° 91-303, *Loi renforçant la protection des consommateurs*, cons. 9 : « que parmi ces derniers figure le droit pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France »

¹⁰³⁸ Cons. const., 25 juillet 2006, DC n° 2006-540, *sur les droits de PI* : « les droits de propriété intellectuelle, et notamment le droit d'auteur et les droits voisins »

¹⁰³⁹ Outre que certains traités incluent eux-même de plus en plus les droits de propriété intellectuelle au sein de la définition de l'investissement, mais pas tous (voy. notamment l'article 1170 (1) de l'ALENA). Voy. C. CORREA, J. E. VIÑUALES, « Intellectual Property Rights as Protected Investments : How Open are the Gates ? », *Journal of International Economic Law*, 2016, vol. 19, n° 1, pp. 91-120.

d'application de l'article 1P1, cela ne signifie pas que tout outil de travail ou que toutes les sources de revenus d'existence relèvent de cette disposition. Contrairement aux espoirs de certains auteurs, parmi les plus autorisés, l'arrêt *Lallement* n'a pas modifié l'état du droit. Certes, les activités économiques, sous forme de société ou non, qui constituent la source de revenus sont parfois plus facilement qualifiées de biens au sens de l'article 1P1. Dans l'affaire *Lallement*, la Cour était saisie par un agriculteur qui contestait l'expropriation dont il avait fait l'objet et en conséquence de laquelle il se trouvait « privé de 60% des terres » qui étaient affectée à « son activité principale et à la source essentielle de ses revenus »¹⁰⁴⁰. La Cour n'a pas remis en cause la qualification de bien – et même de l'ingérence – que n'avaient pas contesté les parties¹⁰⁴¹. Néanmoins, cette qualification minimale a servi au développement d'une jurisprudence postérieure confirmative, s'agissant cette fois d'une entreprise opérant dans les secteurs touristique et sportif, comme dans les affaires *Di Marco c. Italie*, ou *Dogan*.

418. Dans la première, le requérant était le « titulaire de l'entreprise » (§§ 6 et § 51, *sic*), c'est-à-dire qu'il en était le propriétaire. Cette dernière, composée d'un ensemble de biens – meubles et immeubles bâtis – exerçait son activité sur un terrain appartenant au domaine public de l'État italien, au moyen par définition, d'un titre précaire. Néanmoins, en se fondant à la fois sur la durée inscrite au contrat, et bien que la Cour admette ne pouvoir « spéculer sur les probabilités du renouvellement d'un tel contrat »¹⁰⁴², elle conclut que le requérant « avait donc l'espérance légitime de pouvoir continuer à exercer l'activité »¹⁰⁴³ de son entreprise. Or, il ressort de la fin du raisonnement développé par le fait que l'activité en question « engendrait un profit » et même que, l'année de la prise de possession du terrain par le maître d'œuvre de la construction commandée par l'État italien, elle constituait « la seule source de revenus du requérant »¹⁰⁴⁴. Or, c'est certainement cet élément qui constitue « les circonstances particulières de la présente espèce » à laquelle la Cour se réfère immédiatement ensuite, ainsi que dans la caractérisation d' « intérêts patrimoniaux tels que l'exploitation d'un terrain et l'exercice d'une activité commerciale » qui constituent une espérance légitime « suffisamment importante pour constituer un intérêt substantiel »¹⁰⁴⁵. Dans la seconde, malgré l'incertitude entourant le titre des propriétés des requérants, la Cour note, afin de déterminer « si les activités économiques

¹⁰⁴⁰ Cour EDH, 11 avril 2002, *Lallement c. France*, n° 46044/99, § 15.

¹⁰⁴¹ *Idem*, § 18.

¹⁰⁴² Cour EDH, 26 avril 2011, *Di Marco c. Italie*, n° 32521/05, § 52.

¹⁰⁴³ *Idem*.

¹⁰⁴⁴ *Idem*.

¹⁰⁴⁵ *Idem*, § 53.

menées de manière générale par les intéressés peuvent être considérés comme des ‘biens’ », d’une part qu’ils avaient des « droits incontestés sur les terrains communaux du village »¹⁰⁴⁶, mais aussi « qu’ils gagnaient leur vie grâce à l’élevage et l’exploitation du bois » et que « dès lors, l’ensemble des ressources économiques et les revenus que les intéressés en tiraient peuvent être qualifiés de ‘biens’ aux fins de l’article 1 du Protocole n° 1 »¹⁰⁴⁷.

419. Pourtant, et malgré les espoirs qu’avait pu fonder une partie de la doctrine sur ces décisions qui préfigurerait une « protection de l’outil de travail »¹⁰⁴⁸, force est de constater que l’intégration de l’outil de travail ne concerne que les activités non salariées. Comme l’a récemment noté P. Mouly, la Cour n’a pas à ce jour consacré la théorie de la propriété du travail, c’est-à-dire qu’elle n’a pas subsumé sous la notion de « bien » le travail salarié¹⁰⁴⁹, même si un revenu découlait. La Cour a par ailleurs confirmé que « *the Convention does not guarantee a right to work (...) [n]or does it guarantee, as already mentioned above, the right to a pension or a salary of a particular amount* »¹⁰⁵⁰. Certes, un certain nombre de revenus liés ou découlant d’une relation de travail sont susceptibles de constituer des créances au profit des salariés protégées par l’article 1P1. C’est ainsi le cas, par exemple, de rappels de salaires dont le principe et le montant ont été affirmés par une juridiction nationale¹⁰⁵¹, que cet employeur relève d’ailleurs du secteur privé comme du secteur public, la question du critère de rattachement n’étant, du point de la qualification de bien, indifférente.

420. Cette limite à l’appréhension du travail salarié par les normes conventionnelles, pourtant la source de revenus la plus répandue au sein des populations européennes, se traduit également dans une certaine mesure du côté patronal. En effet, il n’existe pas au sein des droits garantis par la Convention l’équivalent matériel d’une liberté économique générale comme la liberté d’entreprendre, qui permet, au moyen d’une assimilation entre le « pouvoir patronal » à « l’exercice par l’employeur de sa liberté d’entreprendre, donc comme un droit

¹⁰⁴⁶ Cour EDH, 29 juin 2004, *Dogan et autres c. Turquie*, CEDH 2004-VI, n° 8803/02, § 139.

¹⁰⁴⁷ *Idem*.

¹⁰⁴⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, « La notion de biens », in F. SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, op. cit., p. 774.

¹⁰⁴⁹ P. MOULY, « Licenciement et convention européenne des droits de l’homme », in L. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l’homme et droit de l’entreprise*, op. cit., p. 86.

¹⁰⁵⁰ Cour EDH, 20 mars 2012, *Panfile c. Roumanie*, n° 13902/11, § 18.

¹⁰⁵¹ Pour peu évidemment qu’elles soient, comme toute créance, suffisamment certaine pour constituer une espérance légitime ; voy. *contra* Cour EDH, 9 janvier 2007, *Aubert et autres c. France*, n°s 31501/03, 31870/03, 13045/04, 13076/04, 14838/04, 17558/04, 30488/04, 45576/04 et 20389/05, §§ 72-74.

fondamental »¹⁰⁵². On sait en effet qu'en droit français par exemple, après une reconnaissance initialement dépourvue d'effectivité puisqu'elle n'avait permis la censure d'aucune loi¹⁰⁵³, la liberté d'entreprendre peut servir à conclure à l'inconstitutionnalité d'une loi restreignant les motifs légitimes de licenciement économique¹⁰⁵⁴. En droit de l'Union, ce sont davantage les libertés économiques *stricto sensu* qui ont permis la condamnation ou la censure d'actes, mais la liberté d'entreprendre est entendue d'une manière similaire qui met les Institutions de l'Union ou les États membres en position de justifier les mesures adoptées dans ce domaine. Cette assimilation explique également que des restrictions au pouvoir de direction de l'employeur ne soit plus seulement évalué à l'aune des dispositions spéciales du Code du travail, mais également à l'aune du « principe fondamental de la liberté d'entreprendre »¹⁰⁵⁵.

421. Cet arrimage large à la notion d'intérêt économique implique également, au stade de l'applicabilité, que la notion de « bien » n'est pas surdéterminée par une fonction sociale de la propriété. L'entreprise est donc protégée, certes pas le salarié, le loyer l'est également, mais il en va de même pour les biens qui résultent des mécanismes de redistribution sociale, et illustre que l'économisme de la Cour en matière de détermination du contenu des « biens » ne conventionnalise pas une conception économique donnée, sinon une sensibilité à l'existence d'une valeur économique, ce qu'illustre l'intégration des prestations sociales en son sein¹⁰⁵⁶.

3. Une protection étendue à toutes les prestations sociales

422. L'intégration des prestations sociales au sein de la jurisprudence de la Cour est particulièrement large, la Cour ayant abandonné la distinction entre prestations contributives et

¹⁰⁵² E. DOCKÈS, « L'Europe antisociale », *Revue de droit du travail*, 2009, n° 3, pp. 145-150 ; on rappellera que la liberté d'entreprendre n'est consacrée textuellement par aucun texte de nature constitutionnelle, mais qu'elle a été dégagée de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisations*, cons. 16.

¹⁰⁵³ Il a fallu attendre la décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000 pour que la liberté d'entreprendre serve de fondement à une censure constitutionnelle.

¹⁰⁵⁴ Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale*, spéc. §§ 43-50.

¹⁰⁵⁵ Soc., 13 juillet 2004, *Carrefour*, *Droit social*, n° 02-15142, 2004, p. 1026 ; *Droit ouvrier*, 2005, p. 1, Note E. Dockès ; l'arrêt vise « le principe fondamental de la liberté d'entreprendre et l'article L. 212-4 du Code du travail », et cassé au motif que la cour d'appel « ne pouvait pour autant imposer à l'employeur la modification de l'implantation des appareils de pointage sans porter atteinte à son pouvoir de direction et a ainsi violé le principe et le texte susvisés ».

¹⁰⁵⁶ On notera d'ailleurs que l'intégration des droits au paiement la sécurité sociale a été très tôt défendue par les « *new-property theorists* », au nom de l'identité de « *economic and social functions* » avec le droit de propriété traditionnel ; voy. R. HIGGINS, « The Taking of the Property by the State : Recent Developments in International Law », *R.C.A.D.I.*, 1982, t. 176, vol. III, pp. 259-391, spéc. pp. 272-273.

non contributives (a) et adopté une approche souple de l'interprétation des conditions d'attributions établies par le droit interne (b).

a. L'abandon de la distinction entre prestations contributives et non contributives

423. Si les requêtes en ce sens sont très anciennes au sein mécanisme conventionnel¹⁰⁵⁷, l'intégration des prestations sociales au sein de la catégorie des biens s'est établie progressivement, et illustre que l'absorption de la matière économique a été effectuée par étapes. Initialement, l'applicabilité de l'article 1P1 dans les premières décisions de la Commission à ce sujet était avant tout fondée sur la détermination de l'existence d'un droit individualisable à l'encontre du fonds social examiné¹⁰⁵⁸. Dans l'affaire *Gaygusuz*, la Cour avait été saisie par un requérant turc d'une demande tendant à voir reconnaître un traitement discriminatoire en matière d'allocation chômage. Alors qu'il remplissait l'intégralité des autres conditions établies par le droit national, et notamment le paiement de contributions à la caisse d'assurance chômage, le bénéficiaire de cette prestation sociale lui avait été refusé sur le seul fondement de sa nationalité. Le gouvernement défendeur contestait l'applicabilité de l'article 1P1 au motif que « l'attribution ne résulterait pas automatiquement du versement de contributions à la caisse d'assurance chômage »¹⁰⁵⁹. La Cour releva que le requérant remplissait cette condition relative à la contribution préalable pour en déduire que « le droit à l'allocation d'urgence – dans la mesure où il est prévu par la législation applicable – est un droit patrimonial au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 (P1-1) »¹⁰⁶⁰. Comme l'avaient anticipé J.-P. Marguénaud et J. Mouly, cette qualification de droit patrimonial, bien que seulement « destinée en l'espèce à préparer une application combinée du principe de non-discrimination »¹⁰⁶¹, cette qualification a servi à l'autonomisation du caractère patrimonial.

424. Toutefois, l'extension de la protection conventionnelle se heurtait à la nécessité d'une double autonomisation : vis-à-vis de l'article 14 tout d'abord, c'est-à-dire envisagée dans le

¹⁰⁵⁷ Voy. par exemple Com. EDH (déc.) (plén.), 17 décembre 1966, *X c. Allemagne*, n° 2116/64, Recueil 23, p. 10.

¹⁰⁵⁸ I. LEIJTEN, « From *Stec* to *Valkov* : Possessions and Margins in the Social Security Cases of the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2013, vol. 13, n° 2, pp. 309-349, p. 317; voy. par exemple Com. EDH, 1^{er} octobre 1975, *Müller c. Autriche*, n° 5849/72, p. 10, § 27.

¹⁰⁵⁹ Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, CEDH 1996-IV, n° 17371/90, § 38.

¹⁰⁶⁰ *Idem*, § 41.

¹⁰⁶¹ Note sous J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Note sous Cour EDH, *Gaygusuz c. Autriche* », *D.*, n° 32, pp. 438-441, spéc. p. 441.

seul rapport entre son bénéficiaire et l'État sans comparaison avec un tiers ; vis-à-vis de son caractère contributif, ensuite, afin d'inclure l'intégralité des systèmes de redistribution. Alors que la Cour aurait pu se fonder sur la condition tirée de cotisations préalables sous l'exigence plus générale de l'exigibilité au regard du droit interne de l'intérêt patrimonial exigé, la nature contributive de la prestation est demeurée un moyen dans les argumentaires des requérants comme un motif dans le raisonnement de la Cour¹⁰⁶². La « division » de la jurisprudence qui s'en suivit illustre les incertitudes entourant le raisonnement en l'espèce¹⁰⁶³, y compris pour des prestations qui revêtaient pour partie un caractère contributif et pour partie un caractère non contributif¹⁰⁶⁴. Les requêtes étaient également jugées irrecevables *ratione materiae* dès lors qu'elles portaient sur la question de la détermination du montant de la prestation en cause¹⁰⁶⁵.

425. Pourtant, alors qu'elle avait déjà estimé qu'il n'y avait pas lieu « d'examiner si une prestation de sécurité sociale doit être contributive par nature afin de constituer un 'bien' au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 »¹⁰⁶⁶, la Cour ou réécritra *a posteriori* sa jurisprudence *Gaygusuz*. Saisie à nouveau d'une allégation d'octroi discriminatoire d'une allocation sociale non contributive à destination des adultes handicapés, la Cour a relevé que le fait que, dans l'affaire *Gaygusuz*, « le requérant avait bien payé des contributions et que ce paiement lui ouvrait le droit à l'attribution de l'allocation [en question] n'implique pas, *a contrario*, qu'une prestation sociale non contributive, telle que l'AAH, ne fonderait pas elle aussi un droit patrimonial au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 »¹⁰⁶⁷. Une allocation de type non contributif était ainsi analysée comme un droit patrimonial du seul fait que le requérant remplissait toutes les conditions établies par le droit interne à l'exception de celle qui fait l'objet de la requête, à savoir le défaut de nationalité française ou de nationalité d'un « pays signataire d'une

¹⁰⁶² Voy. Cour EDH, 11 juin 2002, *Willis c. Royaume-Uni*, n° 36042/97, CEDH 2002-IV, à propos d'une allocation, au profit des conjoints survivants : le requérants se référait certes aux « conditions par la loi », mais d'ajouter immédiatement qu'il « souligne que le droit de percevoir les prestations en question est subordonné au paiement des cotisations à la caisse d'assurance nationale » (§ 30) ; la Cour va reprendre cet élément dans son raisonnement en notant que « ces deux prestations sociales étaient payées par la caisse d'assurance nationale, à laquelle les hommes et les femmes étaient tenus de cotiser conformément à leur statut de salarié ou de travailleur indépendant »

¹⁰⁶³ Comme la Grande Chambre l'admettra dans la décision de recevabilité dans l'affaire *Stec*, un certain nombre de décisions rendues par la Commission comme par la Cour elle-même avaient continué de distinguer entre prestations contributives et prestations non contributives.

¹⁰⁶⁴ voy. par exemple Com. EDH (déc.), 23 octobre 1997, *Szrabjer et Clarke c. Royaume-Uni*, n° 27004/95 et 27011/95 : le système en question « combine[d] the principle of social solidarity with an earnings related pension scheme. (...) The Commission thus considers that, whilst SERPS contains a social solidarity element as opposed to being a purely earnings related pension, the right to such a pension is dependent on some contribution and therefore does constitute a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) ».

¹⁰⁶⁵ Voy. par exemple Cour EDH (déc.), 10 février 2000, *Stawicki c. Pologne*, n° 47711/99

¹⁰⁶⁶ *Idem*, § 34.

¹⁰⁶⁷ Cour EDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, CEDH 2003-X, § 37 ; cette conclusion a été critiquée par le juge Mularoni dans son opinion dissidente sous l'arrêt.

convention de réciprocité »¹⁰⁶⁸. Cette « instrumentalisation de la notion de bien »¹⁰⁶⁹ ne visait à ce stade qu'à permettre l'applicabilité de l'article 14, et non de l'article 1P1 pris isolément.

426. C'est seulement avec l'arrêt de Grande Chambre rendu dans l'affaire *Stec et autres* que la Cour consacrera expressément l'indifférence de la nature de la prestation sociale sur sa qualité de « bien » au sens de l'article 1P1. Les requérants avaient initialement obtenu le bénéfice d'une allocation compensatrice de la perte de revenus résultant d'accidents du travail. Cette compensation était « alimentée par l'impôt général et non plus par le régime national de la sécurité sociale » et donc « non contributive, le bénéfice n'en étant pas réservé aux personnes ayant versé des cotisations à la Caisse nationale d'assurances »¹⁰⁷⁰. Or, pour trancher la question, la Cour s'est appuyée sur quatre motifs fondamentaux : la préservation de la cohérence interne de la jurisprudence de la Cour¹⁰⁷¹, la diversité des modes de financement des divers mécanismes de redistribution sous forme de prestation sociale, l'importance de ces prestations dans l'existence et la subsistance de nombreux individus, sur l'absence d'étanchéité entre les droits civils et politiques d'une part et les droits économiques et sociaux d'autre part¹⁰⁷². Par conséquent, si rien n'oblige l'État à « instaurer ou non un régime de protection sociale ou de choisir le type ou le niveau des prestations censées être accordées (...) », dès lors qu'un État contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale », celle-ci engendre un intérêt patrimonial dans le chef des individus qui remplissent les conditions établies par le droit interne¹⁰⁷³. Cette extension du droit de propriété aux prestations sociales est désormais fréquente dans les systèmes de protection des droits fondamentaux¹⁰⁷⁴, même aux États-Unis où la Cour Suprême a reconnu la qualité de « biens » aux « *welfare payments* »¹⁰⁷⁵.

427. L'abandon de cette distinction a été confirmé par la jurisprudence postérieure de la Cour¹⁰⁷⁶. Certes, la solution retenue par la Chambre dans l'arrêt *Belané Nagy*, fortement motivée par les « attentes légitimes » qu'avaient créé chez la requérante le versement de

¹⁰⁶⁸ *Idem*, § 38.

¹⁰⁶⁹ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2004, n° 5, doctr. 107.

¹⁰⁷⁰ Cour EDH (GC), 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n° 65731, CEDH 2005-X

¹⁰⁷¹ Cour EDH (GC) (déc.), 6 juillet 2005, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 49.

¹⁰⁷² *Idem*, respectivement §§ 49, 50, 51 et 52.

¹⁰⁷³ *Idem*, § 54.

¹⁰⁷⁴ C'est également le cas par exemple des juridictions allemandes ; voy. A. R. ÇOBAN, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, spéc. p. 32.

¹⁰⁷⁵ *Goldberg v. Edwards*, 397 US 254 ; au moins du point de vue la clause de *due process*.

¹⁰⁷⁶ Voy. entre autres Cour EDH (GC), 18 février 2009, *Andrejeva c. Lettonie*, n° 55707/0016, CEDH 2009, §§ 76 et 78 ; 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, n° 42184/05, CEDH 2010, §§ 64-65.

contributions et sur le fait que the « *disability pension scheme in question included elements of a contributory character* »¹⁰⁷⁷ avait pu laisser entendre que le critère serait abandonné. La Chambre avait néanmoins conclu à l'applicabilité de l'article 1P1, alors même que la requérante avait, du fait de la modification des critères d'attribution contestée, ne remplissait plus les conditions d'attribution.

428. Cette indifférenciation quant aux prestations sociales contributives et l'intégration générale de ces dernières dans le champ d'application montre que « l'économisme » dont fait preuve la Cour en matière d'interprétation de la notion de bien ne conduit pas uniquement à la conventionnalisation d'un ordre économique libéral, mais peut également contribuer à l'intégration des systèmes de redistribution nationaux.

b. L'appréciation souple de la condition tenant aux critères d'attributions

429. Le lien entre le niveau des versements de cotisations obligatoires qui a permis d'intégrer sous l'empire de l'article 1P1 les prestations sociales que peut espérer obtenir un individu avant même d'avoir rempli les conditions nécessaires à son octroi. Ainsi, la Commission avait relevé que « le versement de cotisations à une caisse de retraite [pouvait], dans certaines circonstances, créer un droit de propriété sur une partie des fonds »¹⁰⁷⁸. En d'autres termes, la prestation sociale était une créance exigible – même si cela repose en partie sur une fiction dans les systèmes de retraite par répartition par exemple. Cette solution a été confirmée par la jurisprudence récente de la Cour¹⁰⁷⁹ et n'a d'ailleurs pas non plus été remise en cause par les juges minoritaires, qui s'étaient pourtant opposés à ce qu'ils considéraient être une extension trop importante de la notion de « bien » en matière de prestations de sécurité sociale¹⁰⁸⁰.

430. Toutefois, cette incertitude quant à l'existence d'un lien direct entre le niveau de cotisations et la prestation examinée ne saurait masquer le rattachement en tout état de cause au versement préalable de cotisations. Dès lors, l'élargissement considérable opéré par l'égalisation des prestations contributives et non contributives opéré par l'arrêt *Stec* doit être

¹⁰⁷⁷ Cour EDH, 10 février 2015, *Bélané Nagy c. Hongrie*, n° 53080/13, §§ 44 et 46.

¹⁰⁷⁸ Com. EDH 4 mars 1985, *T. c. Suède*, n° 10671/83, D.R. 42, pp. 233 et s., spéc. p. 235.

¹⁰⁷⁹ Cour EDH (GC), 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, *op. cit.*, § 83.

¹⁰⁸⁰ Voy. l'opinion dissidente commune aux juges Nusserger, Hiervälä, Bianku, Yudkivska, Møse, Lemmens et O'Leary sous le même arrêt, § 15.

nuancé sur ce point. Comme au regard des critères généraux applicables en matière de créance, il ne saurait, en principe, permettre l'extension des garanties conventionnelles à une prestation future conditionnelle, sauf quand celle-ci est la conséquence directe du versement de cotisations préalables. Plus encore, seules les conditions qui dépendent des agissements du requérant lui sont opposables. En matière fiscale, la Cour a en effet jugé que, lorsque la réalisation des conditions ne dépend pas uniquement du requérant, mais au contraire d'une tierce-personne, la créance peut être qualifiée de bien alors même qu'elle n'est que potentielle. Ainsi, une société qui satisfait aux conditions légales de déduction de la TVA verra sa créance protégée alors même que son fournisseur n'a pas accompli les démarches nécessaires¹⁰⁸¹.

431. En revanche, l'applicabilité large de l'article 1P1 aux mécanismes de redistribution sociale, comme celle des emplois étatiques, a pour conséquence que la modification des politiques économiques et sociales, y compris dans le contexte de crises budgétaires et de programmes d'austérité. L'exemple le plus topique de cette hypothèse est celui des pensions de retraites. Lorsqu'un mécanisme de sécurité sociale existe en la matière, il repose généralement sur des contributions obligatoires pendant la période occupée de l'existence de l'individu, qui sera fonction du niveau des cotisations alors versées. Or, la Cour est souvent saisie de situations dans lesquelles les requérants allèguent de l'inconventionnalité de mesures qui ont modifié les conditions d'attribution ou de calcul des pensions entre la période de cotisation et le montant où ils cherchent à se prévaloir des droits qu'ils pensent acquis. Dans ce cas-là, au moment où l'atteinte alléguée se produit, l'exigibilité requise pour fonder une espérance légitime fait en effet défaut, puisque l'intéressé « ne satisfait pas ou cesse de satisfaire aux conditions fixées par le droit interne pour l'octroi de telle ou telle forme de prestation ou de pension »¹⁰⁸².

432. Pourtant la Cour a admis que lorsque « la suspension ou la réduction d'une pension est due à un changement non pas dans la situation du requérant lui-même mais dans la loi où sa mise en œuvre », le bien pouvait n'avoir pas disparu et l'atteinte être qualifiée¹⁰⁸³. Elle a

¹⁰⁸¹ Voy. Cour EDH, 22 janvier 2009, *Bulves Ad c. Bulgarie*, n° 3991/03, § 57: « [i]n the light of the foregoing, the Court considers that, in so far as the applicant company had complied fully and in time with the VAT rules set by the State, had no means of enforcing compliance by its supplier and had no knowledge of the latter's failure to do so, it could justifiably expect to be allowed to benefit from one of the principal rules of the VAT system of taxation by being allowed to deduct the input VAT it had paid to its supplier ».

¹⁰⁸² Voy. entre autres : Cour EDH (déc.), 20 décembre 1998, *Belle, Huertas et Vialatte c. France*, n° 40906/98 : à propos de la pension de retraite d'un fonctionnaire détaché alors que l'ordonnance applicable excluait expressément la constitution d'une pension par la fonction de détachement et ce malgré une certaine tolérance de l'administration.

¹⁰⁸³ Cour EDH (GC), 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, n° 53080/13, CEDH 2016, § 86.

d'ailleurs refusé de considérer qu'un tel effet de cliquet empêchait toute réforme des systèmes en question¹⁰⁸⁴. Dans l'affaire *Bélané Nagy*, la requérante avait initialement bénéficié d'une prestation dans la mesure où elle remplissait les conditions légales d'attribution, qui étaient de deux natures : la première était médicale et liée à son niveau de handicap, tandis que la seconde était contributive et exigeait une certaine durée de cotisation. En ayant perdu le bénéfice pendant un court laps de temps en raison d'une réduction de son taux d'incapacité, elle avait sollicité à nouveau son octroi lorsqu'elle remplissait à nouveau les conditions légales. Sa demande fut refusée en vertu d'une réforme législative, la requérante ayant selon les services étatiques perdu le bénéfice de ladite prestation en raison de la modification du mode de calcul et du niveau condition contributive, cette perte constituant l'objet même de la violation alléguée devant la Cour.

433. Le gouvernement défendeur alléguait alors « qu'une législation postérieure est classique dans tout régime de sécurité sociale » et que « les modifications éventuellement apportées dans l'intervalle feraient donc forcément peser une charge individuelle sur tout assuré »¹⁰⁸⁵. Au nom de l'effectivité des droits et du principe de prééminence du droit, la Cour a jugé que « considérer qu'une personne qui pourtant a cotisé à un régime d'assurance et a satisfait à la condition contributive posée par celui-ci peut être totalement privée de l'espérance légitime d'obtenir au bout du compte une prestation ne serait guère compatible avec [le principe de prééminence du droit] »¹⁰⁸⁶. Elle en a déduit dans l'affaire en cause que la requérante « aurait pu bénéficier d'une allocation d'invalidité (...) si la nouvelle loi n'était pas entrée en vigueur cette année-là »,¹⁰⁸⁷, ce qui transformait sa prétention en une « espérance légitime existante » et non à en un droit à « 'acquérir' un bien ».

434. Dès lors, il est indéniable que les requêtes relevant du seul article 1P1 sont ainsi devenues recevables au même titre que celles fondées sur l'article 1P1 combiné avec l'article 14. Lorsque ces deux dispositions sont invoquées, en effet, un individu peut contester le refus de lui octroyer une prestation sociale dans la mesure où la condition issue du droit interne faisant défaut serait de nature discriminatoire, ce qui constitue l'objet même de sa requête. Depuis la clarification apportée par l'arrêt *Bélané Nagy*, le requérant peut se prévaloir de ce que le

¹⁰⁸⁴ *Idem*, § 88 ; cette solution est logique, puis l'applicabilité de la protection et son application dont deux questions distinctes et, formellement du moins, indépendantes.

¹⁰⁸⁵ *Idem*, § 63.

¹⁰⁸⁶ *Idem*, § 99.

¹⁰⁸⁷ *Idem*, § 108.

bénéfice d'une prestation sociale lui a été refusé en raison d'une modification des conditions à la suite de laquelle il ne pouvait légalement plus y prétendre. Cette modification constituant l'objet même de la requête, la protection conventionnelle est accordée bien que les conditions d'octroi ne soient plus remplies – l'évolution étant alors achevée par rapport aux décisions initiales de la Commission pour laquelle la « modification des droits à pension dans le cadre d'un tel système pouv[ait] alors *théoriquement* poser un problème au regard de l'article 1 du Protocole additionnel »¹⁰⁸⁸. Cela revient à déplacer, comme le souligne le juge Wojtyczek dans son opinion concordante, l'examen à la question de savoir « si un sujet de droit jouissait d'un droit subjectif (ou d'une créance exigible) juste avant la date de l'ingérence »¹⁰⁸⁹. Ce critère est celui qui a été établi plus clairement par la Cour IADH qui, après avoir elle aussi incorporé les pensions de retraite sous l'empire de l'article 21 de la Convention qui protège le droit de propriété¹⁰⁹⁰, a jugé que « *from the moment in which a pensioner meets the requirements for accessing the retirement regimen provided for by law, the pensioner is vested with the right to a pension* »¹⁰⁹¹.

435. Il serait toutefois exagéré de déduire de l'applicabilité large de l'article 1P1 un « droit à une prestation sociale », notamment parce que l'effet du jeu des conditions issues du droit interne n'est pas entièrement paralysé. Ainsi, cette jurisprudence extensive n'a pas modifié la règle selon laquelle tout refus de d'octroi fondé sur la modification de la situation personnelle du requérant n'entraîne aucun bénéfice de la protection conventionnelle¹⁰⁹². Cela justifie, au moins partiellement, les réitérations de la Cour selon laquelle la Convention ne garantit pas de « droit à acquérir un bien »¹⁰⁹³. La liberté des États de mettre en place des mécanismes de prestations sociales demeure donc, mais leur mise en place constitue alors un élément

¹⁰⁸⁸ Com. EDH, 4 mars 1985, *T. c. Suède*, *op. cit.*, p. 235 (nous soulignons).

¹⁰⁸⁹ Opinion concordante du juge Wojtyczek sous Cour EDh (GC), 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, *op. cit.*, § 7 ; l'importante minorité ayant voté contre l'applicabilité de l'article 1P1 en 'l'espèce justifie d'ailleurs son refus en partie sur l'exact argument inverse : « c'est donc au regard de la nouvelle loi qu'il faut statuer sur l'existence ou non à compter du 1^{er} janvier 2012 d'un intérêt patrimonial, au regard de l'article 1 du Protocole n° 1 » ; opinion dissidente commune aux juges Nusserger, Hiervelä, Bianku, Yudkivska, Møse, Lemmens et O'Leary sous le même arrêt, § 32.

¹⁰⁹⁰ Cour IADH, 28 février 2003, « *Cinq retraités* » *c. Pérou* (fond, réparation et dépens), Série C, n° 98, §§ 102-103.

¹⁰⁹¹ Cour IADH, 4 mars 2011, *Abrill Alosilla et autres c. Pérou*, Série C, n° 223, § 83 (nous soulignons).

¹⁰⁹² Voy. entre autres, Cour EDH, 28 avril 2009, *Rasmussen c. Pologne*, § 71 ; (déc.), 10 avril 2012, *Richardson c. Royaume-Uni*, n° 26252/08, § 17 (on notera cependant que la requête n'est rejetée pour ce motif dans aucune dans aucune de ces deux affaires).

¹⁰⁹³ Cour EDH, 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, *op. cit.*, § 108 ; cette explication de la jurisprudence de la Cour ne saurait pour autant masquer, comme le notent C. Husson-Rochcongar et M. Afroukh, que les risques de complexification de cette jurisprudence persistent ; M. AFROUKH, C. HUSSON-ROCHCONGAR, « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – second semestre 2016 », *Revue des libertés et droits fondamentaux*, 2017, chron. n° 13.

automatiquement déclencheur des garanties conventionnelles¹⁰⁹⁴, solution qui s'inscrit indéniablement dans la jurisprudence majoritaire des juridictions statuant en matière de droits fondamentaux¹⁰⁹⁵. Son adoption à une très courte majorité – neuf voix contre huit – laisse présager un avenir incertain à cet arrêt, bien que la solution ait pour l'instant été maintenue par la Cour s'agissant des conséquences de la même législation litigieuse¹⁰⁹⁶.

436. Parfois, l'octroi par erreur d'une prestation alors même que les conditions fixées par le droit interne n'était pourtant pas remplies dès le départ ont pu constituer un bien au sens de l'article 1P1¹⁰⁹⁷. La bonne foi des requérants joue alors particulièrement comme critère de qualification du bien¹⁰⁹⁸. En outre, et cela amorce peut-être une prise en considération différenciée des intérêts économiques, le caractère légitime de l'espérance sera d'autant plus facilement admis lorsque la valeur économique en cause constitue le « *current support for basic subsistence needs* »¹⁰⁹⁹. Il ne s'agit donc pas d'aides accordées à des opérateurs économiques dont le remboursement, s'il est évidemment susceptible d'altérer leur situation économique, n'en affecte pas dans la plupart des cas la subsistance d'un individu¹¹⁰⁰. La nature obligatoire du mécanisme de cotisation, même s'il s'agit d'un système particulier, peut même aller jusqu'à faire naître une espérance légitime de bénéficier d'une pension de retraite alors même qu'une condition n'est pas remplie. La Cour a par exemple octroyé le bénéfice de l'article 1P1 à un droit à la pension d'un avocat qui s'était vu refusé tout versement parce qu'il n'était plus inscrit à l'ordre des avocats à l'âge de la retraite¹¹⁰¹. Bien que, comme le note le juge Wojtyczek dans

¹⁰⁹⁴ I. LEIJTEN, « From Stec to Valkov », *op. cit.*, p. 322.

¹⁰⁹⁵ La comparaison avec le Conseil constitutionnel ne nous paraît toutefois pas pertinente, car il se prononce rarement au regard des normes de protection du droit de propriété, mais au contraire au regard du principe général d'égalité ou d'alinéas du Préambule de 1946 qui ne sont pas comparables aux dispositions conventionnelles.

¹⁰⁹⁶ Cour EDH, 18 juillet 2017, *Lengyel c. Hongrie*, n° 8271/15, § 22.

¹⁰⁹⁷ Cour EDH, 15 septembre 2009, *Moskal c. Pologne*, n° 10373/05.

¹⁰⁹⁸ Voy. pour un exemple récent : Cour EDH, 26 avril 2018, *Čakarević c. Croatie*, n° 48921/13, spéc. §§ 58-63 ; Cour EDH, 20 novembre 2006, *Chroust c. République tchèque*, n° 4259/03 : « à ce propos, peu importe que le requérant ait acquis ses biens en tirant parti d'une décision erronée qui lui était avantageuse car, en matière de protection de privilèges accordés par la loi, la Convention s'applique lorsque ces privilèges donnent naissance à un espoir légitime d'acquérir certains biens ».

¹⁰⁹⁹ *Idem*, § 64.

¹¹⁰⁰ On pourra notamment comparer avec la jurisprudence très restrictive de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de remboursement d'aides d'État illégalement versées ; face à la récupération opérée par l'État membre qui est pourtant le seul responsable du versement, elle juge de manière constante que les opérateurs ne peuvent se prévaloir du principe de confiance légitime, et que les difficultés économiques éventuelles de l'opérateur n'exonèrent pas l'État de son obligation de récupération : il peut même être au contraire tenu de « provoquer la liquidation de la société » ; pour une réitération récente, CJUE, 17 janvier 2018, *Commission c. Grèce*, C-363/16, § 36.

¹¹⁰¹ Cour EDH, 3 mars 2011, *Klein c. Autriche*, n° 57028/00, § 45 : « the Court considers that the compulsory affiliation to an old-age pension scheme, based on the equally compulsory membership of a professional organisation during the exercise of a profession, may also give rise to the legitimate expectation to receive pension benefits at the point of retirement and constitutes a possession within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1.

son opinion sous l'arrêt, les « imprécisions et [les] incohérences » de la Cour en la matière ne conduisent pas pour autant la Convention à « convertir les non-droits en droits »¹¹⁰²

437. En revanche, la nature économique de la prestation dite sociale, comme celle des versements qui peuvent justifier son versement lorsqu'elle est de nature contributive, est comme pour tout bien au sens de l'article 1P1 indifférente à cette qualité. La prestation peut donc être fondée sur des cotisations salariales¹¹⁰³, patronales¹¹⁰⁴ ou à des régimes spécifiques comme les caisses de retraite particulière de certaines professions libérales¹¹⁰⁵. De la même manière, la nature juridique de la qui fonde la prestation du droit est indifférente : il peut s'agir d'un système légal ou réglementaire, en tout cas généralisé, comme d'un système particulier étant fondé sur un engagement de l'employeur et faisant partie, à ce titre, du contrat de travail¹¹⁰⁶ et qui ne saurait exclure des mécanismes issus de conventions collectives.

§2. La subsomption des intérêts économiques sous les autres notions autonomes

438. Outre que l'identification d'intérêts économiques sert de critère à la délimitation de la notion de bien, ces derniers sont également intégrés par la Cour aux autres notions autonomes que contient la Convention. Certains résultent de l'article 8, mais la problématique se confond avec celle de l'attribution personnelle des droits¹¹⁰⁷. En revanche, l'aspiration de l'objet économique dans le champ d'application *ratione materiae* de la Convention découle également de son intégration dans celui de l'article 10 de la Convention, qui consacre le droit à la liberté d'expression. Qualifié de « fondement essentiel d'une société démocratique »¹¹⁰⁸, il permet doublement l'intégration de l'objet économique.

Thus, the Court cannot accept the Government's argument that Article 1 of Protocol No. 1 did not apply. On the one hand the condition of affiliation to the Chamber of Lawyers and the failure to fulfil this condition as a sufficient reason for forfeiture of a pension claim cannot in the Court's view lead to the conclusion that the applicant had no possession within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 ».

¹¹⁰² Opinion dissidente du juge Wojtyczek sous l'arrêt Cour EDH (GC), 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, *op. cit.*, §§ 2 et 7.

¹¹⁰³ C'est le cas dans la majorité des affaires dont a été saisie la Cour : voy. parmi tant d'autres, Cour EDH (GC), 6 juillet 2005, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.* ; 16 septembre 1996, *Gaysuguz c. Autriche*, *op. cit.*

¹¹⁰⁴ Voy. Cour EDH, 27 novembre 2007, *Lyczak c. Pologne*, n° 77782/01.

¹¹⁰⁵ Cour EDH, 3 mars 2011, *Klein c. Autriche*, *op. cit.*

¹¹⁰⁶ Com. EDH, 13 juillet 1988, *Strigson c. Suède*, n° 12264/86, D.R. n° 57, p. 133, spéc. p. 134 ; Cour EDH, 20 juin 2002, *Azinas c. Chypre*, n° 56679/00, § 34.

¹¹⁰⁷ Voy. *infra*, Section 2.

¹¹⁰⁸ Dans l'un de ses premiers arrêts, elle a en effet affirmé qu'il constituait « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » ; Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, Série A, n° 24, § 49.

439. D'une part, il emporte protection du discours commercial¹¹⁰⁹ tenu par les opérateurs économiques¹¹¹⁰, sans que la Cour motive explicitement ce rattachement au nom de la préservation d'un système économique donné (A). D'autre part, il permet également d'intégrer le discours qui porte sur les activités des opérateurs économiques, et illustre par là l'ambivalence de l'interaction entre les droits garantis et la sphère économique (B).

A. La liberté d'expression, vecteur de la libre diffusion du discours commercial

440. Si l'intégration du discours commercial comme discours protégé est assumée (1), ses fondements économiques le sont moins (2).

1. L'intégration assumée du discours commercial comme discours protégé

441. Il est stipulé à l'article 10 § 1 de la Convention que « toute personne a droit à la liberté d'expression », puis que « [c]e droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières ». Formellement donc, le discours commercial doit pouvoir être qualifié soit d'« informations », soit « d'idées » pour entrer dans son champ d'application. Or cette qualification, aujourd'hui incontestable, a été opérée ici encore de manière progressive par la Cour – alors que la Commission l'avait rapidement admise¹¹¹¹. Dans une première affaire *Barthold*, la Cour était saisie par un vétérinaire qui avait été condamné pour violation de ses obligations déontologiques en raison d'un article de journal dans lequel lui et les coordonnées du service clinique de nuit qu'il dirigeait avaient été clairement identifiés par la journaliste comme constituant l'un des services d'urgence de la ville. Le gouvernement défendeur contestait devant la Cour l'applicabilité de l'article 10 au motif que « certains aspects de l'interview en cause ressortiraient au domaine de l'économie et non de la confrontation

¹¹⁰⁹ Cette expression nous paraît préférable à celle de publicité qui, et la jurisprudence de la Cour en témoigne, n'a pas forcément une vocation commerciale *stricto sensu*. Voy. Par exemple Cour EDH (GC), 30 juin 2009, *Verein Gegen TierFrabiekn Schwiz (VgT) c. Suisse* (n° 2), n° 32772/02, CEDH 2009.

¹¹¹⁰ À notre connaissance, il n'existe pas de contentieux devant la Cour concernant la licéité et la protection du discours politique produit ou subventionné par les opérateurs économiques comme il peut se déployer devant la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique, à l'exception peut-être d'une affaire isolée concernant la licéité des restrictions imposées au montant des dons pouvant être versés aux candidats ; nous n'avons donc pas jugé pertinent d'intégrer cette dimension dans l'étude.

¹¹¹¹ Voy. déjà Com. EDH, 5 mai 1979, *X. et Church of Scientology c. Suède*, n° 7805/77, D.R. 16, pp. 78 et s., spéc. p. 79 : « le discours commercial en tant que tel n'est pas privé de la protection prévue au paragraphe 1^{er} de l'article 10 » ; 1^{er} mars 1983, *Liljenberg et autres c. Suède*, n° 9664/82, p. 15 : « commercial advertisements and promotional campaigns are as such protected by Art. 10 § 1 of the Convention ».

intellectuelle qui se trouverait au cœur de la liberté d'expression »¹¹¹². Or, la nature hybride du discours litigieux – une *interview* dans le cadre d'un article écrit « par une journaliste et non d'une annonce commerciale » – permit à la Cour de considérer qu'il n'était pas possible de dissocier les informations d'intérêt général qui y figuraient de « l'effet publicitaire »¹¹¹³ qu'il aurait produit au profit du requérant. Dès lors, il n'y avait pas « besoin de rechercher en l'espèce si la publicité comme telle bénéficia ou non de la garantie qu'il assure »¹¹¹⁴,

442. Comme l'avait pressenti le juge *Pettiti* dans son opinion concordante sous l'arrêt *Barthold*, la Cour a eu « à se prononcer plus directement et complètement sur le sujet »¹¹¹⁵. Après l'avoir omise dans l'*obiter dictum* de l'arrêt *Müller*¹¹¹⁶, la Cour a été contrainte de clarifier sa position en raison des stratégies argumentatives adoptées par les parties sur le fondement de l'arrêt *Barthold*. Dans l'affaire *Markt Intern* en effet, la Cour était saisie par une société d'édition et son rédacteur en chef dont l'objet était la défense des « intérêts des petites et moyennes entreprises du commerce de détail face à la concurrence des grandes sociétés de distribution »¹¹¹⁷. Cette défense était notamment réalisée au moyen, notamment, de la diffusion de bulletins hebdomadaires leur étant destinés et les informant sur « l'évolution du marché et notamment sur les pratiques commerciales des grandes entreprises et de leurs fournisseurs ». Le gouvernement défendeur alléguait que lesdits bulletins n'avaient pas, contrairement à l'article de presse dans l'affaire *Barthold*, « pour but d'influencer ou mobiliser l'opinion publique, mais de promouvoir les intérêts économiques d'un groupe d'entreprises déterminé »¹¹¹⁸ et qu'ils relevaient à ce titre de « la liberté d'entreprise et de concurrence non garantie par la Convention »¹¹¹⁹. Or, pourtant et comme le soulignaient les requérants, ces derniers n'intervenaient pas « directement » sur le marché¹¹²⁰. La Cour aurait donc pu se contenter de souligner cette différence avec une publicité pour se limiter à une réitération de l'arrêt *Barthold*, mais elle a choisi de motiver l'applicabilité de l'article 10 en relevant que ces

¹¹¹² Cour EDH (plén.), 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*, n° 8734/79, Série A, n° 90, § 40.

¹¹¹³ *Idem*, § 42 ; elle qualifiera d'ailleurs cet effet, au fond, d'effet « accessoire au contenu principal de l'article »

¹¹¹⁴ *Idem*.

¹¹¹⁵ Opinion concordante du juge *Pettiti* sous Cour EDH (plén.), 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*, *op. cit.*

¹¹¹⁶ Cour EDH, 24 mai 1988, *Müller et autres c. Suisse*, n° 10737/84, Série A, n° 133, § 27 : dans cet arrêt, la Cour affirme en effet que ce droit « englobe la liberté d'expression artistique - notamment dans la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées - qui permet de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte ».

¹¹¹⁷ Cour EDH (plén.), 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, n° 10572/83, Série A, n° 165.

¹¹¹⁸ *Idem*, § 25.

¹¹¹⁹ *Idem*.

¹¹²⁰ *Idem* : « les requérants affirment que *markt intern* n'intervient pas directement dans le jeu de l'offre et de la demande ».

bulletins contenaient « des informations de caractère commercial [qui] ne sauraient être exclues du domaine de l'article 10 § 1, lequel ne s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignement, d'idées ou de mode d'expression »¹¹²¹.

443. En consacrant de manière assez large la subsomption des informations de caractère commercial sous la catégorie plus large des informations ou idées au sens de l'article 10 alors que les circonstances de l'espèce ne l'y obligeaient pas¹¹²², la Cour a choisi de reconnaître une conception libérale du contenu protégé de l'information commerciale¹¹²³. Or, dans chacune de ces affaires, le discours ne se résumait pas à de la « publicité » au sens strict, soit que l'effet publicitaire était accessoire, soit qu'il s'agissait davantage d'informations sur un secteur économique particulier qu'un message destiné à assurer la promotion et la vente d'un bien ou d'un service. La jurisprudence postérieure montre néanmoins que cette consécration est constante, malgré la persistance dans certaines décisions de rattachements du discours commercial à une autre forme de discours pour légitimer sa protection¹¹²⁴. La Cour ne distingue pas selon que le message en question poursuit ou non un but lucratif¹¹²⁵, ce qui permet par exemple aux plateformes de téléchargement¹¹²⁶ ou à une société ayant été condamnée pour avoir utilisé des symboles religieux dans des affiches purement publicitaires¹¹²⁷ de s'en prévaloir. Conjuguée à une applicabilité également large aux divers supports de communication – papier, radiophonique, électronique –, c'est l'intégralité du discours publicitaire et commercial qui est incorporé par la Cour dans l'application de l'article 10. La circonstance que

¹¹²¹ *Idem*, § 26.

¹¹²² G. COHEN-JONATHAN, « Liberté d'expression et message publicitaire », *RTDH*, 1993, n° 13, pp. 69-93, spéc. p. 74.

¹¹²³ François Joggen, dans son commentaire sous l'arrêt, plaidait lui pour une « application modulée », c'est-à-dire variable, de l'article 10 au discours commercial, sa contribution à l'intérêt général pouvant être analysé au cas par cas ; F. JOGGEN, « Commentaire sous CEDH, *Markt Intern verlag GmbH*, » *RTDH*, pp. 203-216, spéc. pp. 214-215.

¹¹²⁴ Voy. par exemple Cour EDH, 24 février 1994, *Casado Coca c. Espagne*, n° 15450/89, Série A, n° 285-A, § 36 : à propos de la sanction disciplinaire infligée à un avocat pour la diffusion d'une annonce relative à son cabinet, la Cour note que les annonces litigieuses « visaient assurément un but publicitaire, mais elles fournissaient aux personnes ayant besoin d'une assistance juridique des renseignements d'une utilité certaine et de nature à faciliter leur accès à la justice ».

¹¹²⁵ Voy. Cour EDH, 22 mai 1990, *Autronic AG c. Suisse*, série A, n° 178, § 47 : « [s]elon la Cour, ni le statut juridique de société anonyme, ni le caractère commercial de ses activités ni la nature même de la liberté d'expression ne sauraient priver Autronic AG du bénéfice de l'article 10 (art. 10) » (nous soulignons) ; pour une confirmation plus récente : Cour EDH, 10 janvier 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, n° 36769/08, § 34 : « [l]a Cour rappelle que l'article 10 de la Convention a vocation à s'appliquer à la communication au moyen de l'Internet, quel que soit le type de message qu'il s'agit de véhiculer, et même lorsque l'objectif poursuivi est de nature lucrative » (références omises).

¹¹²⁶ Voy. à propos du site « The Pirate Bay » Cour EDH (déc.), 19 février 2013, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c. Suède*, n° 40397/12 (la Cour rejette comme la requête « manifestement mal fondée » après avoir examiné la liceité de l'ingérence constatée).

¹¹²⁷ Cour EDH, 30 janvier 2018, *Sekmadienis Ltd c. Lituanie*, n° 69317/14.

le discours « exclusivement publicitaire » ressorte au « domaine de la ‘liberté du commerce’ et non à celui des droits de l’homme » en raison de sa finalité mercantile ne constituant pas un argument susceptible d’empêcher son applicabilité¹¹²⁸.

444. La Cour de justice de l’Union européenne s’est alignée sur ce standard¹¹²⁹ plus large que celui adopté par la Cour suprême des États-Unis¹¹³⁰, et même le Comité des droits de l’homme des Nations-Unis, sur le fondement du PIDCP, estime également que le droit à la liberté d’expression « peut aussi porter sur la publicité commerciale »¹¹³¹. Seul le Conseil constitutionnel semble moins enclin à confirmer explicitement cette solution. Saisi d’une QPC fondée à la fois sur la liberté d’entreprendre et sur la liberté d’expression à l’encontre de dispositions législatives restreignant la faculté de publicité pour les offices de pharmacie, a préféré rejeter explicitement le moyen tiré de la liberté d’entreprendre et affirmer ensuite qu’elles « n’affect[ai]ent par elles-mêmes aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit »¹¹³².

445. Ce faisant, la Cour s’inscrit dans un mouvement mondial d’identification claire de la liberté d’expression à la liberté économique. En refusant de tracer, en termes d’applicabilité, une frontière entre un discours économique et un autre discours qui serait celui « des droits de l’homme », elle contribue à la superposition des droits civils et politiques et de la liberté économique et, pour certains, à la « constitutionnalisation d’un système néolibéral »¹¹³³.

¹¹²⁸ Cour EDH, 5 mars 2009, *Société de conception de presse et d’édition et Ponson c. France*, n° 26935/05, § 33.

¹¹²⁹ Voy. par exemple CJCE, 23 octobre 2003, *Television GmbH et Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, C-245/01, § 68.

¹¹³⁰ Voy. *infra*, §§ 446 et s.

¹¹³¹ Comité des droits de l’homme, 20 juillet 2011, *observation générale n° 34 sur l’article 19*, CCPR/C/GC/34, § 11 ; on se souviendra que l’article 19 § 2 en question énonce que « [t]oute personne a droit à la liberté d’expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix ».

¹¹³² Cons. const., 31 janvier 2014, n° 2013-364 QPC, *Coopérative GIPHAR-SOGIPHAR et autre [Publicité en faveur des officines de pharmacie]* ; Hélène Surrel note que cette décision traduit une convergence avec la jurisprudence de la Cour EDH en la matière ; voy. H. SURREL, « Conseil constitutionnel et jurisprudence de la CEDH », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2014, n° 44, pp. 163-168.

¹¹³³ J. PURDY, « Neoliberal Constitutionalism : Lochnerism For a New Economy », *Law & Contemporary Problems*, vol. 77, pp. 194-213.

2. Les fondements économiques cachés de l'intégration

446. Pourtant, alors qu'elle affirme par ailleurs le lien entre la nécessité d'une protection large de la liberté d'expression dans une démocratie s'agissant des autres catégories d'informations, la Cour de Strasbourg n'avance aucune raison particulière pour son extension au discours commercial. Cette réticence à affirmer explicitement l'importance que semble pourtant revêtir à ses yeux l'économie de marché contraste avec la motivation assumée de la Cour suprême des États-Unis. Cette dernière accepte en effet elle-aussi de subsumer le discours commercial sous la « *freedom of speech* » consacrée par le Premier Amendement¹¹³⁴ dans l'arrêt *Virginia Pharmacy*, qui est généralement reconnu comme le point de départ de « *commercial speech doctrine* » américaine¹¹³⁵. Elle associe d'ailleurs à la fois explicitement la liberté d'expression en matière avec l'économie de marché, et considère même que le débat public lui-même devrait constituer un « libre marché des idées »¹¹³⁶. Néanmoins, dans cette décision, elle a noté, contrairement à la Cour EDH, qu'il y avait « *another consideration that suggests that no line between publicly 'interesting' or 'important' commercial advertising and the opposite kind could ever be drawn* », à savoir :

« *So long as we preserve a predominately free enterprise economy, the allocation of our resources in large measure will be made through numerous private economic decisions. It is a matter of public interest that those decisions, in the aggregate, be intelligent and well-informed. To this end, the free flow of commercial information is indispensable* »¹¹³⁷.

447. Ainsi, la protection du discours commercial dans la société est dans ce cas la conséquence du fonctionnement de l'économie de marché au sein duquel il joue lui-même un rôle significatif. Or, cette consécration quasi-fonctionnelle de la protection du discours commercial par la liberté d'expression n'éclaire pas seulement la motivation en même temps qu'elle produit un discours juridictionnel sur le système économique de la société américaine. La finalité de sa protection rejaillit en effet, au moins en partie, sur l'étendue de sa protection.

¹¹³⁴ Ce dernier dispose en effet que « *Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech (...)* ».

¹¹³⁵ T. R. PRIETY, *Brandishing the First Amendment. Commercial Expression in America*, Michigan, The University of Michigan Press, 2013, XI-328 p.

¹¹³⁶ L'expression, issue de l'opinion du juge Holmes dans l'affaire *Abrams*, a été confortée depuis dans plusieurs décisions de la Cour Suprême ; voy. *Gertz v. Robert Welch Inc*, 1974, cité in E. ZOLLER, « La liberté d'expression aux États-Unis: une exception mal comprise », in E. DECAUX, G. MUHLMANN (dir.), *La liberté d'expression*, Paris, Dalloz, 2016, VIII-308 p., pp. 179-224, spéc. p. 215.

¹¹³⁷ Cour suprême des États-Unis, 24 mai 1976, *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, 425 U.S. 748, spéc.p. 765 (nous soulignons).

En effet, puisqu'il doit permettre les « décisions économiques privées » des opérateurs économiques, et plus particulièrement celles des consommateurs, il ne doit pas les induire en erreur. Par conséquent, la Cour Suprême a jugé, sur la base des conclusions dégagées dans son arrêt *Virginia Pharmacy*¹¹³⁸, que « *[f]or commercial speech to come within that provision, it at least must concern lawful activity and not be misleading* »¹¹³⁹. *A contrario*, la protection conférée par la Cour EDH au titre de l'article 10 au discours commercial ne fait l'objet d'aucune restriction de ce type au stade de l'applicabilité. En réalité, en n'osant pas affirmer que la protection du discours commercial est la conséquence du système de l'économie de marché, la Cour n'en module pas non plus la portée à la lueur de cet objectif.

448. Or, cette disposition est particulièrement emblématique des droits fondamentaux dits « civils et politiques » qui sont instrumentalisés par les acteurs économiques en raison de leur « réversibilité »¹¹⁴⁰, c'est-à-dire leur aptitude à protéger l'ordre économique contemporain. La nature mondiale de son utilisation dans le contentieux lié au discours commercial¹¹⁴¹ comme la sociologie des entités y ayant recours en témoigne. Si une part non négligeable des affaires portées devant la Cour de Strasbourg le sont par des personnes physiques appartenant à des professions dont le statut réglementé interdit ou restreint la publicité, force est de constater que les enjeux en termes économiques de cette jurisprudence. On notera par exemple que la jurisprudence de la Cour a été, par exemple, récemment employée devant la Cour de Luxembourg¹¹⁴² afin de contester les législations encadrant la publicité de produits nocifs pour

¹¹³⁸ *Idem*, dispositif, § 24 : « *Attributes such as these, the greater objectivity and hardiness of commercial speech, may make it less necessary to tolerate inaccurate statements for fear of silencing the speaker. They may also make it appropriate to require that a commercial message appear in such a form, or include such additional, warnings and disclaimers, are as necessary to prevent its being deceptive* » (références omises).

¹¹³⁹ Cour Suprême des États-Unis, *Central Hudson Gas & Elec. Corp. V. Public Service Commission of New-York*, 447 U.S. 557 (1980), spéc. p. 566.

¹¹⁴⁰ J.-B. RACINE « Droit économique et droits de l'homme : introduction générale », in *Droit économique et droits de l'homme, op. cit.*, pp. 7-22, p. 17.

¹¹⁴¹ R. SHINER a par exemple montré que ce mouvement concernait aussi bien les États-Unis d'Amérique que le Canada, la Cour EDH et que la question traversait l'ordre de l'Union européenne ; R. SHINER, *Freedom of Commercial Expression*, Oxford, Oxford University Press, 2003, XXIV- 355 p., spéc. pp. 25-116.

¹¹⁴² CJUE (GC), 4 mai 2016, *Philip Morris Brands SARL et al.*, C-547/14, § 147 : la Cour note que la liberté d'expression « est également protégée conformément à l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, qui s'applique en particulier, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à la diffusion par un entrepreneur des informations à caractère commercial, notamment sous la forme de messages publicitaires » ; la Cour était saisie d'un renvoi préjudiciel en appréciation de la validité d'une directive « *relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexe* ».

la santé des consommateurs que sont le tabac ou l'alcool¹¹⁴³. Initialement, la gêne provoquée par cette instrumentalisation était également tangible. La Cour de justice n'avait pas répondu, dans les premières décisions en la matière, aux moyens soulevés par les requérants. L'avocat général avait cependant ouvert la voie, en affirmant que « l'expression commerciale devrait également être protégée en droit communautaire », à la fois en raison de la jurisprudence de la Cour EDH comme de la fonction du discours commercial dans une « économie de marché fondée sur la libre concurrence »¹¹⁴⁴, et en général au regard de l'autonomie des individus. En d'autres termes, les motifs se situaient à mi-chemin entre l'approche décomplexée de la Cour Suprême en matière de liberté d'expression économique et la préférence strasbourgeoise pour un rattachement à la fonction générale de la liberté d'expression¹¹⁴⁵.

449. La protection du discours commercial au nom de la liberté d'expression est incontestablement large du point de vue point de la détermination du champ d'application *ratione materiae* de la Convention, qui protège cependant également la liberté d'expression au sujet des acteurs économiques, confirmant ainsi le caractère ambivalent de l'intégration de l'économie.

B. La liberté d'expression, vecteur de protection du discours sur les activités économiques

450. Comme le note E. Dérieux, les informations « commerciales » peuvent certes émaner de l'opérateur économique lui-même, mais elles peuvent également porter sur ses activités tout en émanant de tiers, qu'il s'agisse du « personnel » de l'entreprise ou de tiers *stricto sensu*, c'est-à-dire de personnes avec lesquelles le lien est plus distendu encore¹¹⁴⁶. L'activité économique, comme toute activité dans le champ social, est donc un objet de débat protégé par

¹¹⁴³ Les affaires les plus emblématiques et dans le cadre desquelles la Cour de justice a définitivement consacré la protection du discours commercial au titre de celle de la liberté d'expression avaient en effet pour objet la directive 98/43/EC relative à la publicité et au parrainage en faveur des produits du tabac.

¹¹⁴⁴ Conclusions de l'avocat général Nial Fennely dans les affaires *République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C- 376/98 et *The Queen c. Secretary of State for Health and Others ex parte Imperial Tobacco Ltd and others*, C-77/99, § 154.

¹¹⁴⁵ Voy. dans le même sens L. MARINO, « Plaidoyer pour la liberté d'expression, droit fondamental de l'entreprise », *RTD Com.*, 2011, n° 1, pp. 1-10, pour qui les arguments tenant à la « raison d'être » du droit à la liberté d'expression devrait conduire à une protection encore plus large que celle offerte, entre autres, par la jurisprudence de la Cour EDH.

¹¹⁴⁶ E. DÉRIEUX, « Liberté d'expression et information de nature commerciale », in L. MILANO (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme et l'entreprise*, op. cit., pp. 191-214, spéc. pp. 197-200.

l'article 10 : il y a même un « intérêt général que revêt un débat libre sur les pratiques commerciales »¹¹⁴⁷.

451. Cette protection de l'information au sujet des opérateurs économiques n'est ici pas contrainte par le voile social, puisque c'est la *nature* des informations communiquées qui justifient leur intégration dans le champ de l'article 10 et non leur objet. Ainsi, il importe peu que les informations diffusées aient porté spécifiquement sur les dirigeants de l'entreprise¹¹⁴⁸, d'autres salariés de l'entreprise¹¹⁴⁹ ou sur la société prise pour elle-même, qu'elle soit d'ailleurs publique ou privée¹¹⁵⁰. Cela peut également avoir pour objet un secteur entier de l'économie, comme l'a démontré une récente affaire suisse au sujet des courtiers en assurances¹¹⁵¹. De la même manière, la qualité ou la nature de l'auteur de l'information n'a *a priori* pas d'incidence sur la question de l'applicabilité de la garantie conventionnelle : il peut s'agir d'un salarié¹¹⁵² mais aussi d'un journaliste¹¹⁵³ ou d'un chercheur¹¹⁵⁴. Le propos n'ayant pas à être objectif il peut être tenu par des militants dans le cadre d'une campagne dirigée contre les pratiques d'une entreprise¹¹⁵⁵.

452. L'acception très large de la forme du discours sur un opérateur économique susceptible d'être protégé témoigne également de l'importance accordée par la Cour au débat sur les activités économiques. On relèvera ainsi que qu'une plainte déposée par un salarié à l'encontre de son employeur peut s'analyser en une « dénonciation d'un comportement prétendument

¹¹⁴⁷ Cour EDH, 12 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, CEDH 2005-II, § 94 ; Cour EDH, Cour EDH, 19 juillet 2011, *Uj c. Hongrie*, n° 23954/10, § 22 : en anglais, la Cour note qu'ill y a un « *public interest in open debate about business practices* ».

¹¹⁴⁸ C'était par exemple le cas dans l'affaire *Fuentes Bobo*, dans laquelle les propos protégés avaient été tenus par le salarié é d'une chaîne de télévision publique au sujet des dirigeants de la chaîne ; Cour EDH, 29 février 2000, *Fuentes Bobo c. Espagne*, n° 39293/98.

¹¹⁴⁹ Voy. Cour EDH, 8 décembre 2009, *Aguilera Jimenez et autres c. Espagne*, n°s 28389/06, 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28961/06, 28964/06.

¹¹⁵⁰ Voy. Cour EDH, 19 juillet 2011, *Uj c. Hongrie*, *op. cit.*, § 6 : il s'agissait en l'espèce d'un article publié par un journaliste au sujet de la qualité d'un vin hongrois dont la production constituait l'activité principale d'une société détenue par l'État.

¹¹⁵¹ Cour EDH, 24 février 2015, *Haldimann et autres c. Suisse*, n° 21830/09, CEDH 2015..

¹¹⁵² Cour EDH (GC), 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez c. Espagne*, n°s 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06

CEDH 2011.

¹¹⁵³ Cour EDH, 19 juillet 2011, *Uj c. Hongrie*, *op. cit.*

¹¹⁵⁴ Voy. Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, *op. cit.*, citée en incipit de cette étude, dans laquelle un doctorant et son directeur de thèse ayant rédigé plusieurs articles sur la nocivité des fours à micro-ondes avaient été poursuivis en raison d'une plainte déposée par Association suisse des fabricants et fournisseurs d'appareils électrodomestiques.

¹¹⁵⁵ Voy. Cour EDH, 12 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, *op. cit.* : il s'agissait en l'espèce de deux militants de l'organisation *Greenpeace* qui contestaient la licéité du procès en diffamation instruit à leur encontre pour leur participation à la campagne de l'organisation « Ce qui ne va pas avec McDonald's ».

illicite imputable à l'employeur » et qu'un tel acte « relève de l'article 10 », d'autant plus quand l'entreprise est contrôlée par une autorité nationale et que le débat revêt alors une dimension politique¹¹⁵⁶. De la même manière, a été jugée protégée au titre de l'article 10 la divulgation des montants de la rémunération du dirigeant d'une grande entreprise, notamment dans la mesure où « l'article démontrait que le dirigeant avait bénéficié d'importantes augmentations de salaires à l'époque, alors que parallèlement il s'opposait aux demandes d'augmentation de ses salariés »¹¹⁵⁷. Cette reconnaissance large découle clairement de ce que ça n'est pas la protection d'intérêts économiques qui est recherchée au moyen de l'invocation de l'article 10, mais la protection du « débat d'intérêt général » qui constitue l'objet premier de cette disposition. Il s'agit même au contraire de protéger la liberté d'expression des individus face aux prétentions ou intérêts particuliers des opérateurs économiques, ce qui explique l'absence de difficultés, en termes de raisonnement juridique ou de légitimation, affichée par la Cour. Néanmoins, elle conduit nécessairement à la multiplication d'intérêts concurrents dont la protection peut être recherchée ou arbitrée sur le fondement des dispositions conventionnelles¹¹⁵⁸ et ce d'autant plus depuis que la Cour a reconnu que l'article 8 protégeait le droit « à la réputation »¹¹⁵⁹, y compris celle des sociétés commerciales¹¹⁶⁰. La liberté d'expression pourrait d'ailleurs être parfaitement applicable et être invoquée par les agences de notation – qui sont des entreprises lorsqu'elles sont privées – de la dette souveraine face aux tentatives de réglementation de leurs activités¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁶ Voy. Cour EDH, 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*, n° 28274/08, CEDH 2011, § 43 ; ; l'entreprise était détenue par un *Land*.

¹¹⁵⁷ Cour EDH (GC), 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, n° 29183/95, CEDH 1991-I, § 50.

¹¹⁵⁸ Cette multiplication a pu entraîner des confrontations inattendues devant les juridictions internes, dont la Cour pourrait être saisie à l'avenir ; voy. ainsi l'arrêt Com., 15 décembre 2015, *Sté Consold Dermart A/S c. Sté Mergermarket Limited*, n° 14-11500, à propos de la conciliation entre le bénéfice de l'article 10 au profit des journalistes l'article L. 611-15 du Code de commerce qui impose un devoir de confidentialité concernant les procédures préventives de difficulté des entreprises. La difficulté de la confrontation entre les deux dispositions a été abondamment soulignée par la doctrine spécialisée ; voy. entre autres A. LEPAGE, « L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme à la conquête du Code de commerce », *Communication – Commerce électronique*, 2016, n° 3, pp. 34-36 ; B. FRELETEAU, « La liberté d'expression à l'épreuve des procédures de prévention des difficultés des entreprises », *LPA*, 2016, n° 113, pp. 11-23.

¹¹⁵⁹ Cour EDH, 15 novembre 2007, *Pfeifer c. Autriche*, n° 10802/84, § 35.

¹¹⁶⁰ Bien que la Cour n'ait pas encore eu l'occasion d'appliquer ce droit à une société commerciale qui l'aurait saisie sur le fondement de l'article 8, elle le protège indirectement dans le rapport de proportionnalité depuis longtemps ; Voy. Cour EDH, 15 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 94 : « [l]a Cour estime en outre que le fait que la plaignante en l'espèce fût une grande société multinationale ne devrait pas en principe la priver du droit de se défendre contre des allégations diffamatoires (...). Toutefois, (...) il existe un intérêt concurrent à protéger le succès commercial et la viabilité des entreprises pour le bénéfice des actionnaires et des employés mais aussi pour le bien économique au sens large » ; voy. pour une reconnaissance plus explicite encore l'arrêt Cour EDH, 19 juillet 2011, *Uj c. Hongrie*, *op. cit.*, § 22, dans lequel la Cour reconnaît qu'il existe des « *allegations which risk harming its reputation* » (nous soulignons).

¹¹⁶¹ Voy. R. BISMUTH, « Agences de notation, dettes souveraines et liberté d'expression – quelques réflexions sur la légalité (et l'opportunité) – d'un contrôle européen des notations souveraines non sollicitées », G ; DUFOUR, D ; PAVOT (dir.), *La crise des dettes souveraines et le droit : Approches croisées Canada – Europe*,

453. Sans garantir par principe la liberté économique, l'objet économique des droits garantis préserve donc incontestablement une part de liberté en matière économique. En ayant assimilé le « bien » conventionnel à la valeur économique, la Cour en a considérablement étendu le champ d'application sous la seule réserve du jeu correctif, quoi que pas toujours systématique, du droit interne. Cette valeur économique ne dépend pas de la fonction sociale du bien en cause. Contrairement aux apparences, cela ne conduit pas nécessairement à l'érection d'un ordre purement libéral, puisque le bien se transforme alors également en instrument de protection des mécanismes de redistribution des richesses. Cette intégration n'est pas le fruit que de la nature particulière du « bien » entre droit civil et droit économique. La même interpénétration existe en matière de liberté d'expression, même si la cour n'assume pas le présupposé économique de sa jurisprudence comme peut le faire la Cour Suprême. La liberté d'expression protège une part supplémentaire de liberté économique, le discours commercial, autant qu'elle assure que l'économie est un sujet d'intérêt général dans le débat public.

454. L'économie est à la fois un critère de délimitation des droits garantis et, simultanément, l'objet de leur protection. Comme critère de la notion de bien, l'économie fonctionne de plus en plus comme un critère autonome, qui conduit à rapprocher la notion de bien d'un principe substantiel de liberté en matière économique. Si l'existence d'un fondement en droit national persiste, elle est appréciée très librement par la Cour. Aucune considération qui serait liée à la fonction sociale du bien ne vient par ailleurs restreindre cet élargissement. La Cour étend donc une sphère de liberté économique, mais qui résulte surtout de l'importance attachée à *tout* intérêt économique et non d'une doctrine économique consciente, puisqu'elle intègre tout autant les mécanismes de redistribution sociale. Ce constat semble confirmé par l'étude de la liberté d'expression. Comme vecteur de protection du discours commercial, elle conforte la superposition entre droits civils et politiques et liberté économique. Comme facteur de protection du discours sur les opérateurs et activités économiques, elle recentre l'économie comme objet de débat public – et donc de confrontations idéologiques et politiques.

455. Cette intégration matérielle est intensifiée par l'appréhension large du facteur personnel, qui contribue à la reconnaissance l'individu comme individu économique.

Montréal, LexisNexis, 2014, pp. 87-111, spéc. pp. 106-110, qui note que la question a été « quasiment ignorée » par les institutions de l'Union européenne.

SECTION2 : LE FACTEUR D'INTENSIFICATION : L'ELARGISSEMENT PERSONNEL DES DROITS GARANTIS

456. L'aspiration de l'objet économique dans le champ conventionnel ne se limite toutefois pas à la détermination *ratione materiae* de l'étendue de ce dernier. Au contraire, ce phénomène d'intégration se produit également doublement à travers le champ conventionnel envisagé sous son aspect *ratione personae*. D'une part, la Cour a limité les conséquences de la poursuite d'intérêts économiques par le titulaire des droits garantis (§1). D'autre part, la clause générale de non-discrimination permet à la Cour de contrôler la manière dont ces droits sont appliqués par les États entre les diverses catégories de titulaires des droits garantis. Or, l'interdiction de la garantie permet à la fois la comparaison entre eux d'un point de vue économique et l'extension des droits garantis (§2).

§1. L'indifférence de la poursuite d'intérêts économiques par le titulaire du droit revendiqué

457. L'indifférence de la poursuite d'intérêts économiques chez le titulaire se vérifie avant tout chez la personne physique (A), celle-ci étant facilitée par l'absence de controverse liée à la possibilité même de titularité des personnes morales à objet lucratif. Ces controverses n'ont pourtant pas empêché la Cour de développer une jurisprudence particulièrement permissive¹¹⁶² à leur sujet (B).

A. Une indifférence affirmée d'abord chez la personne physique

458. Les premières affaires dans lesquelles le champ de certains droits matériels a été étendu à l'activité économique sont presque systématiquement des affaires dans lesquelles l'activité était exécutée par une personne physique. Dans une telle hypothèse, la Cour a pu simplement constater l'inextricabilité de la personne acteur économique de la personne sujet juridique pour conclure à l'applicabilité de la disposition invoquée. Ce motif est particulièrement présent dans les affaires concernant les articles 8 et 10. Ainsi, l'approche extensive engagée par la Cour en

¹¹⁶² M. Emberland estime même que la jurisprudence de la Cour EDH se situe à « l'avant-garde » sur ce point ; M. EMBERLAND, *The Human Rights of Companies. Exploring the Structure of ECHR Protection*, op. cit., spéc. pp. 134-135.

matière de protection du domicile est certes une réelle « construction »¹¹⁶³, mais elle paraît résulter d'une succession d'extensions particulières qui, s'ajoutant les unes aux autres avec l'obligation d'en préserver la cohérence, en ont considérablement élargi le champ.

459. La première affaire dans laquelle la Cour a été saisie de la question de la protection du « domicile » entendu comme le lieu d'exercice d'une activité professionnelle concernait en effet la protection d'un domicile privé d'une personne physique mais qui constituait également le siège social de la société qu'il détenait et à travers laquelle il exploitait un club d'échange de vidéocassettes. Dans le cadre d'une procédure intentée par des producteurs et distributeurs de films, la *High Court* ordonna la perquisition des locaux de la société. Or, le requérant avait aménagé une partie de ces locaux professionnels en domicile personnel permanent. Cette confusion matérielle des deux types de domicile s'est traduite devant la Cour par l'absence de contestation de l'applicabilité de l'article 8, cette dernière en ayant entériné cet accord des parties en ne décelant « aucune raison de marquer un désaccord » sur ce point¹¹⁶⁴.

460. Bien que circonscrite à une hypothèse très particulière, cette solution va constituer la brèche par laquelle la Cour va élargir le champ d'application de l'article 8. En effet, dans l'affaire *Niemietz*, dans laquelle était contestée la licéité de la perquisition d'un cabinet d'avocat par les autorités, la Cour a jugé que la protection du « domicile » incluait les locaux « professionnels ». Constatant en des termes généraux que l'exclusion du champ du domicile des « activités professionnelles » créerait des inégalités entre les « individus dont les activités professionnelles et non professionnelles s'imbriqu[ent] à un point tel qu'il n'existerait aucun moyen de les dissocier »¹¹⁶⁵ et les autres. Dès lors, selon la Cour, « interpréter les mots "vie privée" et "domicile" comme incluant certains locaux ou activités professionnels ou commerciaux répondrait à l'objet et au but essentiels de l'article 8 (art. 8): prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics ». Or, cette indifférence, affirmée d'abord au sujet de la personne physique, a permis le décloisonnement de l'applicabilité *ratione personae* aux sociétés commerciales.

¹¹⁶³ B. FAVREAU, « La construction de la protection du domicile professionnel », in L. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, op. cit., pp. 125-150.

¹¹⁶⁴ Cour EDH, 30 mars 1989, *Chappell c. Royaume-Uni*, n° 10461/83, Série A, n° 152-A, § 51.

¹¹⁶⁵ Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, n° 13710/88, Série A, n° 251-B, § 29.

461. La Cour a assez tôt, et en s'appuyant sur la solution rendue dans l'affaire *Niemietz*, absorbé sous l'article les données relatives aux activités professionnelles. Or, cette protection permet une protection du professionnel vis-à-vis des tiers à proprement parler, l'État¹¹⁶⁶ évidemment, mais également l'employeur¹¹⁶⁷. Le décloisonnement n'était certes pas nouveau dans son principe, puisqu'il ne constituait en réalité qu'une conséquence de celui déjà opéré s'agissant de la « vie privée » en général, mais ses conséquences sont importantes. En admettant que l'individu comme « professionnel » a le droit au respect de sa vie privée, il a également le droit aux données qui relève de sa vie professionnelle. Or, ce premier décloisonnement en permet un autre. S'il a le droit au respect de ses données à caractère professionnel, c'est-à-dire aux données relatives à une activité dont il tire un revenu, l'individu a également le droit à la protection de toutes ses données à caractère économique, indépendamment de leur localisation ou de l'existence d'un rapport de propriété. Ainsi, dans l'affaire *M.N. c. Saint Marin*, la Cour était saisie d'un recours sur le fondement, entre autres, de l'article 8 par lequel le requérant contestait la licéité de l'octroi de *l'exequatur* par une juridiction saint-marinaise à une demande de fouille et saisie formulée par une juridiction italienne dans le cadre d'une procédure ouverte, notamment, pour blanchiment d'argent, fraude fiscale, et détournement de fonds. En conséquence de cela, un certain nombre de documents bancaires, attestant de diverses transactions et mouvements bancaires, avaient été, non pas saisis, mais simplement copiés.

462. Le gouvernement défendeur contestait l'applicabilité de l'article 8 en estimant d'une part qu'aucune fouille n'avait eu lieu au domicile, personnel ou professionnel, du requérant, et que les données saisies ne constituaient pas des données d'une nature « *intime* » susceptibles de bénéficier de la protection de l'article 8 puisqu'il n'y avait « *no evidence of how the seizure of such documents may affect the social identity of the applicant* » et qu'ils étaient « *related to the relationship with the credit institutions in question and with the partie directly involved in the banking and/or financial activities* »¹¹⁶⁸. Ces arguments n'étaient pas dénués de fondement : si les données commerciales ou bancaires avaient déjà pu bénéficier de la protection de l'article 8, c'était en tant que leur saisie ou recopie avait été conduite au domicile ou au siège social des personnes concernées¹¹⁶⁹. D'ailleurs, de manière symptomatique, la Cour avait jugé ne pas devoir répondre à cette question dans l'affaire *Bernh Larsen Holding AS et autres c. Norvège*,

¹¹⁶⁶ *Idem.*

¹¹⁶⁷ Cour EDH (GC), 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, n° 61496/08, CEDH 2017, §§ 69-81.

¹¹⁶⁸ Cour EDH, 7 juillet 2015, *M.N. et autres c. Saint-Marin*, n° 28005/12, § 48.

¹¹⁶⁹ Voy. par exemple Cour EDH (déc.), 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, n° 24408/08.

dans laquelle la particularité des faits de l'espèce lui avait permis de ne pas trancher la question¹¹⁷⁰.

463. Deux sociétés requérantes avaient en effet saisi la Cour d'une procédure de perquisition, l'une dénonçant la copie de données électroniques figurant sur un serveur dont elle louait à une partie de l'espace de stockage à la seconde société requérante et au siège de laquelle se trouvait – physiquement – ledit serveur, leurs sièges étant néanmoins tous localisés dans le même immeuble. La Cour avait alors conclu que la copie avait constitué tant une ingérence dans le droit au respect du « domicile » des sociétés que dans celui concernant leur « correspondance »¹¹⁷¹, sans toutefois préciser dans quelle catégorie elle incluait l'une ou l'autre des questions. Elle a par ailleurs refusé expressément de se prononcer au regard de l'applicabilité de l'article 8 sur le fondement plus général de la « vie privée » dans la mesure où les sociétés requérantes invoquaient en réalité le respect de celle de salariés ou d'autres collaborateurs et non celle des sociétés à proprement parler¹¹⁷².

464. Or, la Cour va estimer que ces documents étaient à la fois couverts par la notion de « vie privée » comme par celle de « correspondance ». S'agissant de la première, en s'appuyant sur l'indifférence au caractère sensible des informations, que « *information retrieved from banking documents undoubtedly amounts to personal concerning an individual* »¹¹⁷³. C'est bien la nature même des informations qui emporte à titre principal leur absorption par la notion de vie privée, puisque la Cour ajoute « *such information may also concern professional dealings and there is no reason of principle to justify excluding activities of a professional or business nature from the notion of private life* »¹¹⁷⁴. Ils se qualifient également comme des « correspondances », incluent « *all exchanges in which individuals may engage for the purposes of communication* »¹¹⁷⁵. Bien que l'on puisse douter que cela ait une quelconque incidence juridique en l'espèce, cette qualification permet d'affirmer définitivement que les correspondances professionnelles ne sont pas protégées – du moins au stade de l'applicabilité

¹¹⁷⁰ Aucun salarié n'avait contesté la saisie de données leur appartenant lors de la saisie au siège social de la société : Cour EDH, 11 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS et autres c. Norvège*, n° 24117/98, § 107.

¹¹⁷¹ *Idem*, § 107 : « [t]he Court notes that, according to them, the backup copy of the server included copies of personal e-mails and correspondence of employees and other persons working for the companies. However, no such individual had complained of an interference with his or her private life, either before the national courts or before the European Court. In the absence of such a complaint, the Court does not find it necessary to determine whether there has been an interference with "private life" in the instant case ».

¹¹⁷² *Idem*.

¹¹⁷³ *Idem*, § 51.

¹¹⁷⁴ *Idem*, § 51.

¹¹⁷⁵ *Idem*, § 52.

– à raison des garanties attachées à certains types de correspondances en droit interne, comme celles des avocats qui avaient fait l’objet d’importants contentieux¹¹⁷⁶. Elles bénéficient au contraire d’une protection autonome et, par conséquent, plus large.

B. Une indifférence étendue aux personnes morales

465. Vecteur de diffusion de l’impérialisme américain pour une partie de la doctrine juridique marxiste¹¹⁷⁷, la personnalisation de l’activité économique semble indissociable de l’émergence du capitalisme moderne. Pour G. Ripert :

« la Grande habileté [du système capitaliste] consista à considérer la personnalité des êtres moraux comme exactement semblable à celle des êtres humains. C’était la protéger par un appel au droit naturel, toute réglementation paraissant ainsi contraire aux droits de l’homme »¹¹⁷⁸.

L’octroi de droits fondamentaux aux personnes morales est un mouvement d’origine essentiellement américaine, et plus particulièrement d’une série de décisions de la Cour Suprême des États-Unis d’Amérique à la fin du XIX^{ème} siècle¹¹⁷⁹, tandis qu’elle a donné lieu à d’intenses controverses en Europe, et notamment dans les pays de tradition romano-civiliste. Sans revenir sur ces controverses, qui ont avant tout porté sur la nature de la personnalité morale en général – produit de l’ordre juridique ou objet préexistant que ce dernier se bornerait à reconnaître¹¹⁸⁰ – force est de constater que la Cour a, dans le contexte d’un antropomorphisme lui-même extensif, développé une relative indifférence à la poursuite du but lucratif dans l’applicabilité *ratione personae* de la Convention.

466. Le texte conventionnel est en effet ambigu au sujet des personnes morales. L’article 1 de la Convention, qui définit le champ de l’obligation à l’égard des États parties vise en effet « toute personne » ou « *every person* ». Les dispositions matérielles sont quant à elles inégales :

¹¹⁷⁶ Voy. depuis *Niemietz*, et même quand c’est le client et non l’avocat qui se pourvoit devant la Cour : Cour EDH, 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie Civil c. France*, n^{os} 63629/10 et 60567/10.

¹¹⁷⁷ J. BARKAN, *Corporate Sovereignty : Law and Government under Capitalism*, cité in T. ISIKSEL, « The Rights of Man and the Rights of the Man-Made: Corporations and Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2016, vol. 38, pp. 294-349.

¹¹⁷⁸ Voy. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit., p. 74.

¹¹⁷⁹ T. ISIKSEL, « The Rights of Man and the Rights of the Man-Made: Corporations and Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2016, vol. 38, n^o 2 pp. 294-349, spéc. pp. 301-302.s

¹¹⁸⁰ P. ROMUALD, *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé. Contribution à l’étude de l’application de la Convention européenne des droits de l’homme*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2011, XVI-604 p., p. 55.

elles visent successivement les « personnes », explicitement¹¹⁸¹ ou implicitement¹¹⁸². Cette ambiguïté textuelle singularise la Convention vis-à-vis d'autres instruments internationaux de protection des droits fondamentaux¹¹⁸³ et la rapproche davantage de la texture ouverte des instruments nationaux plus anciens comme les Amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique¹¹⁸⁴ ou à la DDHC. Néanmoins, la problématique de l'applicabilité des droits conventionnels ne se confond qu'imparfaitement avec la problématique générale de l'octroi de droits fondamentaux aux personnes morales.

467. Les études consacrées à l'applicabilité de la Convention aux personnes morales ont souligné que l'objet social constitue parfois le critère de détermination des droits garantis¹¹⁸⁵. Ce critère paraît pourtant faiblement employé par la Cour, la personne morale poursuivant un but lucratif n'étant pas par nature exclue du mécanisme européen (1), même si l'appartenance à la catégorie des personnes morales *per se* justifie la persistance de certaines limites (2).

1. La personne morale à vocation lucrative, sujet du droit conventionnel

468. La Cour n'aperçoit pas de contradiction entre la finalité lucrative d'une personne morale¹¹⁸⁶ et l'extension de certains droits conventionnels matériels, au premier chef desquels figurent le droit au respect du domicile et celui de la liberté d'expression. La Cour a en réalité appliqué une dynamique interprétative dégagée au sujet des personnes physiques, selon laquelle le fait qu'un local ayant à la fois la fonction de domicile personnel et de domicile professionnel n'était pas obstacle à sa protection au titre de l'article 8. Avant l'arrêt *Sociétés Colas et autres*¹¹⁸⁷, la Cour¹¹⁸⁸ n'avait pas été saisie directement de la question tandis que la Cour de

¹¹⁸¹ Voy. ainsi les articles 2, 5 § 1, 6 § 1 et 8 à 11 §§ 1, qui visent « toute personne ».

¹¹⁸² Les articles 3, 4, 5 et 7 sont formulés au moyen du pronom « nul ».

¹¹⁸³ L'article 1 de la Convention IADH vise en effet explicitement les « personnes naturelles », comme le Pacte International relatif aux droits civils et politiques, dont l'article 2 § 1 vise les « individus ».

¹¹⁸⁴ La Constitution américaine et la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen ne visent pas non plus les corporations, ni pour les inclure ni pour les exclure de leurs champs d'application respectifs.

¹¹⁸⁵ Voy. P. ROMUALD, *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé : contribution à l'étude de l'application de la convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 455-507.

¹¹⁸⁶ Certes, et comme le rappelle d'ailleurs l'approche qu'en retient le droit de l'Union européenne aux fins de déterminer le champ d'application du droit de la concurrence, la notion « d'entreprise » ne se résume ni à une personne morale, ni d'ailleurs à la personne morale lucrative. Toutefois, elle constitue un vecteur important et traditionnel de réalisation de l'activité économique lorsqu'elle dépasse l'exercice individuel ; aussi l'analyse a-t-elle principalement porté sur ces questions.

¹¹⁸⁷ Cour EDH, 16 avril 2002, *Sociétés Colas et autres c. France*, n° 37971/97, CEDH 2002-III.

¹¹⁸⁸ P. Romuald note que la Commission avait été saisie au moins une fois de la question dans l'affaire Noviflora et avait conclu à l'applicabilité de l'article 8 s'agissant d'une procédure de ouïe ayant mené à la saisie de documents au siège social de la société ; P. ROMUALD, *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit*

justice, y compris sur le fondement de l'article 8, avait conclu à l'absence d'applicabilité, initialement au motif de l'absence de consensus entre États membres, puis au regard de l'objet même de l'article 8. En effet, le juge de Luxembourg avait estimé dans l'arrêt *Dow Benelux NV* que « [l]' objet de la protection de cet article concerne le domaine d'épanouissement de la liberté personnelle de l'homme et ne saurait donc être étendu aux locaux commerciaux ». Cette motivation illustre par ailleurs l'ambivalence des relations qui peuvent exister entre le choix parmi diverses interprétations des dispositions conventionnelles et la préservation d'intérêts économiques. Ici, au motif de la préservation de l'objet des garanties conventionnelles, la Cour de Luxembourg adopte une démarche qui restreint les droits des opérateurs économiques, ce qui lui permet d'ailleurs en réalité de préserver l'acquis économique communautaire¹¹⁸⁹. La supposée « sensibilité » accrue de la Cour de Luxembourg aux « questions économiques » se traduit en réalité par l'instrumentalisation d'un cloisonnement entre l'objet des droits civils et politiques et la matière économique afin de préserver d'autres intérêts économiques jugés plus importants comme la construction communautaire.

469. À l'inverse, précisément parce que la Cour de Strasbourg ne s'inscrit pas le cadre d'une construction à vocation économique, il n'y a pas d'obstacle à adopter une acception plus libérale de la notion de « domicile ». En effet, bien que la jurisprudence communautaire soit répertoriée par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Sociétés Colas et autres*¹¹⁹⁰, la Cour de Strasbourg s'est écartée de cet argument tiré d'une incompatibilité supposée entre l'objet de la disposition conventionnelle et les « locaux commerciaux ». S'appuyant sur le rejet précédent dans les arrêts *Niemietz* et *Chappell* de la même incompatibilité s'agissant des personnes physiques et sur la reconnaissance de l'existence de préjudices moraux dans le chef des sociétés commerciales la Cour va relever qu'il « est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 9 peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels »¹¹⁹¹. Cette

prive : contribution à l'étude de l'application de la convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 182, note 570, renvoyant à Com. EDH (déc.), 12 novembre 1992, *Noviflora Sweden Aktienbolad c. Suède*, n° 14369/88. On notera néanmoins que la requête a fait l'objet d'un règlement amiable, et que la Commission avait renvoyé à une décision sur le fond la question de l'applicabilité au nom de la porosité en l'espèce entre les deux problèmes de droit.

¹¹⁸⁹ Dans cette décision, elle était en effet saisie d'un recours en annulation formé par plusieurs sociétés à l'encontre de décisions de la Commission adoptées dans le cadre de l'application des dispositions communautaires relatives aux pratiques abusives (ancien article 86 TCE, aujourd'hui article 101 TFUE).

¹¹⁹⁰ Voy. les §§ 26 et 27, qui résument et citent les décisions *Hoechst, Dow Benelux c. Commission, Dow Chemical Ibérica et autres c. Commission*, et *Limburgse Vinyl Maatschappij NV c. Commission* du Tribunal de première instance.

¹¹⁹¹ Cour EDH, 16 avril 2002, *Sociétés Colas et autres c. France*, op. cit., § 41.

« construction »¹¹⁹² est pourtant loin d'être assurée, tant l'élaboration du raisonnement que la formulation de la solution laissant transparaître une incertitude. La solution est en partie fondée, dans les motifs explicites de l'arrêt, sur la nécessité d'interpréter la « Convention à la lumière des conditions de vie actuelles » et « dans le prolongement de l'interprétation dynamique de la Convention »¹¹⁹³, ce dont la Cour conclut qu'il est « *temps* » de reconnaître cette applicabilité. Très critiquée par la doctrine¹¹⁹⁴, cette démarche souligne une hésitation qui se traduit également par la volonté de restreindre la portée de la solution ainsi dégagée, puisque la Cour en limite l'application à « certaines circonstances », et que ces droits « peuvent s'interpréter », ce qui contraste particulièrement avec la formulation dégagée dans l'arrêt *Niemietz*.

470. Jugée « opportuniste »¹¹⁹⁵ par certains, la même solution a été dégagée par la Cour s'agissant de la « correspondance », ce qui fait de l'article 8 une disposition centrale pour « les juristes d'affaires » comme l'écrivait J.-F. Flauss, et les sociétés commerciales dont ils défendent les intérêts. La Cour a en effet saisie l'occasion d'une affaire dans laquelle la protection de la « correspondance » était recherchée devant elle à la fois par une société commerciale allemande ainsi que par son unique associé et directeur général pour conclure, au regard des jurisprudences *Niemietz* et *Société Colas*, que

« [e]u égard à sa jurisprudence précitée, qui étend la notion de « domicile » aux locaux commerciaux d'une société, la Cour n'aperçoit aucun motif de distinguer entre le premier requérant, personne physique, et la seconde requérante, personne morale, en ce qui concerne la « correspondance »¹¹⁹⁶.

471. Sans dresser un inventaire exhaustif du prolongement de l'attribution *ratione personae* d'une vie privée aux personnes morales à but lucratif, on notera que des pans entiers du droit au respect de la vie privée sont susceptibles de voir leur champ d'application ainsi étendu. En effet, puisque la correspondance inclut de manière plus générale les « données » que peut

¹¹⁹² L'expression est empruntée à B. FAVREAU, « La construction de la protection du domicile professionnel », in L. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit l'entreprise*, op. cit., pp. 125-150.

¹¹⁹³ *Idem*.

¹¹⁹⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, « Protection du domicile- Personnes morales », in X. DUPRÉ DE BOULOIS (dir.), *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2017, XIII-878 p., pp. 49-55, spéc. p. 52.

¹¹⁹⁵ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « L'extension de la vie privée aux personnes morales est « opportuniste » (« L'irrésistible ascension de la 'vie privée' au sein des droits de l'homme. Synthèse et conclusions », in F. SUDRE (dir.), *La vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 306-333, spéc. p. 308.

¹¹⁹⁶ Cour EDH, 16 octobre 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, n° 74336/01, CEDH 2007-IV, § 45 (nous soulignons).

détenir chaque sujet des droits conventionnels, quel que soit leur support, le bénéfice de l'article 8 s'étend désormais à l'intégralité des données qui ont été stockées ou échangées par l'entreprise¹¹⁹⁷. De la même manière, le fait que des données soient relatives à la situation économique d'un individu ou d'une entreprise n'influe pas sur leur qualification de « correspondance » au sens de l'article 8, ce qui marque la différence avec la conception purement patrimoniale de la « *privacy* » en droit américain¹¹⁹⁸. Dès lors, les données bancaires d'un individu constituent également, à son profit, des « informations personnelles »¹¹⁹⁹. Or, dans la mesure où les données personnelles à caractère économique sont protégées au titre du droit au respect de la « vie privée » s'agissant des personnes physiques, il ne saurait exister aucune contradiction du point de vue de la finalité lucrative d'une personne morale¹²⁰⁰. Il est également possible d'envisager que, au regard de la compatibilité telle qu'elle est affirmée et utilisée actuellement par la Cour, que soient attribués aux sociétés commerciales un « droit au nom » similaire à celui reconnu aux personnes physiques. Ce dernier a en effet été ajouté au contenu conventionnel dans le cadre d'activités professionnelles¹²⁰¹, ce qui semble exclure que l'on puisse se fonder une différence de nature entre le nom de la personne physique, qui serait de nature extrapatrimoniale, et celui de la personne morale, qui serait purement patrimonial¹²⁰².

472. En revanche, et malgré ces hésitations, les décloisonnements étaient assez significatifs pour servir d'instrument de légitimation de l'extension des droits des opérateurs économiques opérée par d'autres juridictions appliquant ou se référant à la Convention EDH. La Cour de justice de l'Union a en effet accentué ce décloisonnement entre les droits civils et politiques et leurs prolongements d'ordre économique et social au-delà de la position actuelle de la Cour

¹¹⁹⁷ Cour EDH, 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS et autres c. Norvège*, n° 24117/08.

¹¹⁹⁸ Voy. l'arrêt *Muller et E. ZOLLER*, « Le droit au respect de la vie privée aux États-Unis », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp 35-67, , spéc. 42 ; l'auteure note d'ailleurs que cela avait contraint le législateur américain à adopter des règles législatives afin d'assurer cette protection.

¹¹⁹⁹ Cour EDH, 1 décembre 2015, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, n° 69436/10, §§ 43-44 ; comp. en matière d'article 10 et de la qualification des données fiscales comme objet du débat public ; Cour EDH (GC), 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, n° 931/13, CEDH 2017.

¹²⁰⁰ À notre connaissance, la Cour n'a toutefois pas encore été saisie de cette question.

¹²⁰¹ Cour EDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, n° 16213/90, Série A, n° 280-B, § 24 : « [e]n tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci. Que l'État et la société aient intérêt à en réglementer l'usage n'y met pas obstacle, car ces aspects de droit public se concilient avec la vie privée conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel ou commercial. En l'occurrence, la conservation, par le requérant, du nom de famille sous lequel, d'après ses dires, il s'est fait connaître des milieux académiques peut influencer sa carrière de manière non négligeable. L'article 8 (art. 8) trouve donc à s'appliquer » (nous soulignons).

¹²⁰² Voy. en cens Y. REINHARD, « Quels sont les points de convergence et de divergence entre la personne physique et la personne morale (aspects de droit des affaires) ? », *Droit de la famille*, 2012, n° 9, pp. 28-30 : ce dernier qualifie ces deux notions de « faux amis » au nom de la cette différence de nature.

EDH, en conférant un droit général à la vie privée aux sociétés commerciales et en transformant récemment le droit au respect des « correspondances » en fondement du droit au secret des affaires. L'arrêt *Société Varec*, au sujet de la protection du siège social des sociétés, illustre déjà les conséquences du décloisonnement progressif opéré par la Cour EDH. Cette question avait longtemps incarné la divergence la plus remarquable entre la Cour de justice de l'Union et la Cour EDH. La Cour de justice refusait initialement de reconnaître l'applicabilité du droit au respect du domicile aux personnes morales¹²⁰³. Elle a pourtant par la suite non seulement accepté, mais également instrumentalisé le décloisonnement opéré par la Cour EDH pour surmonter les difficultés conceptuelles liées à l'applicabilité de la notion de vie privée aux sociétés commerciales. Ce faisant, elle souligne comment un cadre normatif développé au moyen de motivations trop larges peut aboutir à une solution qui n'était pas envisagée, ou même exclue, au départ.

473. En effet, dans ce très commenté arrêt *Varec SA*, la Cour de justice a relevé qu'il ressortait de la jurisprudence de Strasbourg « qu'il ne saurait être considéré que la notion de vie privée doive être interprétée *comme excluant les activités professionnelles ou commerciales des personnes physiques comme des personnes morales*, activités qui peuvent comprendre la participation à une procédure de passation d'un marché public »¹²⁰⁴. En combinant le décloisonnement entre les activités commerciales et non commerciales, opéré en matière de droit au respect de la vie privée issu de l'article 8 appliqué aux personnes physiques, et l'extension parallèle du droit respect du domicile au sièges sociaux des personnes morales, la Cour de justice parvient à étendre le droit à la vie privée aux sociétés à but lucratif¹²⁰⁵. Cette lecture biaisée de la jurisprudence de la Cour EDH semble désormais acceptée par les auteurs commentant le droit de l'Union européenne¹²⁰⁶. Cette banalisation de la protection du domicile des sociétés commerciales n'est pas cantonnée aux juridictions européennes supranationales,

¹²⁰³ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst c. Commission*, C-46/87, § 18 : « L'objet de la protection de cet article concerne le domaine d'épanouissement de la liberté personnelle de l'homme et ne saurait donc être étendu aux locaux commerciaux. Par ailleurs, il y a lieu de constater l'absence d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme à cet égard ».

¹²⁰⁴ CJCE 14 février 2008, *Société Varec SA*, C-450/06, § 48.

¹²⁰⁵ La confusion entre ces différentes hypothèses paraît confortée par les conclusions de l'avocat général Eleanor Sharpston, dans lesquelles la note de bas de page n° 12 renvoie bel et bien à l'arrêt *Niemetz*.

¹²⁰⁶ Voy. par exemple N. CARIAT, « Article 7. Respect de la vie privée », in E. PICOD (dir.), *La Charte des droits fondamentaux. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 161-183, spéc. p. 165 : l'auteur juge en effet que « [c]onformément à la jurisprudence de la Cour européenne, la Cour de justice a reconnu que le droit au respect de la vie privée protège tant les personnes physiques que les personnes morales » (nous soulignons).

puisqu'il y a d'autres juridictions constitutionnelles ont consacré des solutions similaires, comme en Allemagne, quoiqu'il y ait pour des motifs légèrement différents¹²⁰⁷.

474. La condition de personne morale à objet lucratif n'est donc plus un obstacle par nature à l'extension des droits conventionnels. La condition de personne morale, elle, emporte toujours certaines limites intrinsèques.

2. La personne morale, sujet incomplet de l'ordre conventionnel

475. La catégorie de personnes morales continue à moduler le champ d'application des garanties conventionnelles (a), même si ces limites ne doivent pas occulter que, par rapport à d'autres systèmes de protection des droits de l'homme, la garantie européenne est extrêmement large (b).

a. La persistance de certaines différences entre l'individu et la personne morale

476. La différence – ou la similarité – par rapport à l'individu continue à conditionner l'étendue de l'extension des garanties aux personnes morales. Malgré une approche généralement libérale, la Cour ne semble par exemple pas encline à consacrer un droit général au respect de la vie privée au profit de ces personnes morales et, par conséquent, aux sociétés commerciales. D'une part, si elle ne s'est jamais prononcée dans le cadre lorsqu'elle rappelle ses principes généraux concernant la notion de « vie privée », elle semble se référer autant à « l'individu » qu'à la « personne »¹²⁰⁸. D'autre part, la Cour évite généralement de répondre explicitement lorsque l'argument est soulevé en défense par les États. Dans l'affaire *Berhn Larsen Holding AS*, le gouvernement défendeur alléguait que la jurisprudence de la Cour en réservait l'octroi aux personnes physiques et qu'il n'existait aucune raison de le conférer aux personnes morales, et plus particulièrement aux sociétés requérantes¹²⁰⁹. Or, la Cour va se saisir

¹²⁰⁷ M. EMBERLAND, explique l'appréciation large en droit allemand de la protection des locaux professionnels en raison de l'attachement à la liberté plutôt qu'à la « *privacy* » ; M. EMBERLAND, *The Human Rights of Companies*, *op. cit.*, pp. 113-114.

¹²⁰⁸ Voy. par exemple Cour EDH, 12 janvier 2010, *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, n° 4158/05, CEDH 2010, § 61 : quand elle se réfère à la notion de « personne », la Cour évoque cependant son « intégrité physique et morale », ce qui suggère qu'elle vise en premier lieu les personnes physiques. D'ailleurs, elle vise cette fois explicitement « l'individu » à la fin du paragraphe en question.

¹²⁰⁹ Cour EDH, 14 mars 2013, *Berhn Larsen Holding AS et autres c. Norvège*, n° 24117/08, § 98 ; on notera que les requérantes, avait choisi d'affirmer clairement que « the essential object and purpose of Article 8 was to protect

de ce que les données et correspondances saisies appartenaient aux salariés des sociétés pour juger que ces dernières ne pouvaient, en tant que tel, invoquer le respect de la vie privée autrement qu'au titre des éléments d'analyse du rapport de proportionnalité¹²¹⁰.

477. Cette difficulté à affirmer une compatibilité de principe, qui peut apparaître contradictoire avec le fait d'avoir presque étendu l'intégralité des autres garanties de l'article 8 aux personnes morales, n'est pas spécifique à la Cour européenne des droits de l'homme, et se trouve parfaitement résumée par la position actuelle de la Cour de cassation française, laquelle a récemment jugé que :

« si les personnes morales disposent, notamment, d'un droit à la protection de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation, seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 9 du code civil, de sorte que la société ne pouvait invoquer l'existence d'un trouble manifestement illicite résultant d'une telle atteinte »¹²¹¹.

478. Ce refus illustre la difficulté qui peut découler de l'extension le bénéfice de certaines garanties qui participent à l'objet commercial de sociétés, comme dans l'arrêt *Niemetz*. Cela peut conduire à assimiler purement et simplement la personne morale à l'individu, quand bien même leurs buts seraient identiques. Cette distinction a été particulièrement bien exprimée par une juge minoritaire de la *High Court* irlandaise selon lequel il était impossible « *of identifying a right to privacy in the context of businesses transactions conducted through limited liability companies* »¹²¹². Pourtant, la jurisprudence de la Cour sur cette question ne semble pas si isolée. Certes, les sociétés commerciales bénéficient du droit fondamental au respect de la vie privée dans certains ordres juridiques, comme en droit irlandais¹²¹³, ou en droit constitutionnel allemand et espagnol¹²¹⁴. En revanche, l'état du droit constitutionnel américain semble plus

the individual against arbitrary interference by the public authorities and [that it] extended to companies and legal persons » (*idem*, § 92; références omises ; nous soulignons).

¹²¹⁰ *Idem*, § 107.

¹²¹¹ Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-14.072.

¹²¹² Cité par E. CAROLON, « The problems of corporate privacy », *Dublin University Law Journal*, 2010, n° 32, pp. 51-63.

¹²¹³ Voy. High Court (Irlande), 5 mai 2010, *Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resource*, cite in E. CAROLON, « The problems of corporate privacy », *Dublin University Law Journal*, 2010, vol. 32, pp. 51-63, p. 51.

¹²¹⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, « La vie privée en Europe », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 69-115, spéc. p. 77 : elle note que le tribunal constitutionnel espagnol avait lui aussi, dans une décision de 1985, reconnu l'extension de la protection du domicile au siège des personnes morales (STC 135/1985) et qu'il en allait de même pour la jurisprudence constitutionnelle allemande.

proche de la position de la Cour. Si un certain nombre de garanties particulières rattachables à la vie privée ont été octroyées il y a longtemps aux personnes morales, un droit général au respect de la vie privée, au demeurant pas consacré textuellement par la Constitution, n'a vraisemblablement pas été consacré par la Cour Suprême¹²¹⁵.

479. La personne morale est parfois une condition, dans les faits, d'exercice d'un droit garanti. La mention, non de la forme sociétale, mais de l'expression « entreprise » au sein de l'article 10 § 1 – seule occurrence dans tout le texte conventionnel – n'est à ce titre pas un hasard. En effet, de la même manière que l'article 9 § 1 vise la pratique individuelle et collective de la liberté de religion¹²¹⁶, l'article 10 § 1 vise l'entreprise « de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision » dans la mesure où elles constituent des formes privilégiées d'exercice du droit à la liberté d'expression¹²¹⁷. Dans ce type d'hypothèse, le caractère purement instrumental de la forme sociétale conduit à l'absence de conflit entre le caractère lucratif et le droit exercé.

480. Dans ce cas, l'octroi de droits aux personnes morales s'en trouve grandement facilité. C'est ainsi que la Cour n'a eu aucune difficulté à reconnaître que la titularité du droit à la liberté d'expression, dans son volet non commercial, à des sociétés à caractère lucratif spécialisées¹²¹⁸. La Cour IADH, malgré les limites textuelles auxquelles elle était soumise, a clairement explicité ce lien. Alors même que la Convention interaméricaine réserve le bénéfice matériel des droits garantis aux personnes physiques¹²¹⁹, elle a clairement affirmé que « les moyens de communication sont, généralement, des associations de personnes qui se sont réunies pour exercer de manière durable leur liberté d'expression »¹²²⁰. La Cour de San José en conclut que les restrictions apportées aux droits de la société considérée sont en réalité des restrictions

¹²¹⁵ Voy. en ce sens E. POLLMAN, « A Corporate Right to Privacy », *Minnesota Law Review*, 2014, vol. 99, n° 1, pp. 27-88, spéc. p. 28 ; les cas dans lesquels ils ont été, récemment, du moins, reconnus l'étaient sur le fondement de dispositions législatives et non au titre d'un droit constitutionnel ; Cour Suprême des États-Unis, 1^{er} mars 2011, *FCC v. AT&T Inc. et al*, n° 09-1279.

¹²¹⁶ Celui-ci énonce que « ce droit implique (...) la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement et collectivement ».

¹²¹⁷ Voy. *infra*, Chapitre 8, la conscience de certains rédacteurs de la Convention à ce sujet.

¹²¹⁸ Voy. déjà Cour EDH (plén.), 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, n° 653874, Série A, n° 30 ; Cour EDH (plén.), 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, n° 10890/84, Série A, n° 173.

¹²¹⁹ En effet, bien que l'article 44 de la Convention IADH soit rédigé de manière similaire à l'article 33 de la Convention EDH, l'article 1^{er} de celle-là énonce que « Aux effets de la présente Convention, tout être humain est une personne ».

¹²²⁰ Cour IADH, 22 juin 2015, *Granier et autres (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela*, Série C, n° 293, § 148 : « [e]n efecto, este Tribunal coincide con la Comisión respecto a que los medios de comunicación son, generalmente, asociaciones de personas que se han reunido para ejercer de manera sostenida su libertad de expresión, por lo que es inusual en la actualidad que un medio de comunicación no esté a nombre de una persona jurídica, toda vez que la producción y distribución del bien informativo requieren de una estructura organizativa y financiera que responda a las exigencias de la demanda informativa » (notre traduction).

apportées aux droits de « ses actionnaires ou des journalistes qui y travaillent »¹²²¹. En d'autres termes, les « entreprises » de presse, de rediffusion ou de cinéma ont une cause et un objet similaires à celui de la constitution sous forme de syndicat dans le milieu salarial, de partis politiques dans la démocratie ou de sociétés commerciales dans la sphère économique afin, notamment, d'organiser les facteurs de production et d'organiser la propriété privée¹²²². Cette approche semble confirmée par la jurisprudence de la Cour EDH au regard de l'articulation entre l'article 8 dont bénéficie le salarié jusque dans ses relations avec son employeur, et l'article 9 dont peut se prévaloir ledit employeur¹²²³. De fait, il paraît excessif d'affirmer que la Cour reconnaît ce faisant les « entreprises identitaires »¹²²⁴. C'était bien en effet « l'Église employeur »¹²²⁵ qui était visée dans ces arrêts, et non l'attribution d'un droit à la liberté de conscience religieuse au profit de l'entreprise qui pourrait s'entendre comme comprenant – notamment – les sociétés commerciales. En effet, l'octroi du bénéfice de l'article 9 est avant tout fondé sur la qualité de « structure organisée » qui permet l'exercice¹²²⁶.

481. Il est donc incontestable que la jurisprudence de la Cour EDH a contribué à la transformation des droits fondamentaux à la fois en « arme[s] de combat » comme en « bouclier » pour les « entreprises »¹²²⁷. Les contours de cet anthropomorphisme, très critiqué en particulier par les spécialistes de droit privé¹²²⁸, soulignent pourtant que la perméabilité

¹²²¹ *Idem*, § 151: « [e]n consecuencia, la Corte Interamericana considera que las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan, que realizan actos de comunicación a través de la misma y cuyos derechos también pueden verse vulnerados » (notre traduction).

¹²²² Ce parallèle est d'ailleurs effectué par la Cour de San José, déjà dans son arrêt *Granier et autres* précité au sujet de la liberté d'expression, mais est théorisé et généralisé dans son avis Cour IADH, 22 février 2016, OC-22/16, Série A, n° 22, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.

¹²²³ Voy. Cour EDH, 23 septembre 2010, *Obst c. Allemagne*, n° 452/03.

¹²²⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire (à propos des trois arrêts de la Cour EDH, *Obst*, *Schüth* du 23 septembre 2010, et *Siebenhaar* du 3 février 2011 », *D.*, 2011, n° 24, p. 1637-1642.

¹²²⁵ L'expression est utilisée par les trois arrêts, respectivement aux paragraphes 45, 59 et 42 ; Cour EDH, 23 septembre 2010, *Obst* ; 23 septembre 2010, *Schüt c. Allemagne*, n° 1620/03 ; 3 février 2011, *Siebenhaar c. Allemagne*, n° 18136/02.

¹²²⁶ La Cour, dans les trois arrêts, rappelle d'ailleurs « que les communautés religieuses existent traditionnellement et universellement sous la forme de structures organisées et que, lorsque l'organisation d'une de ces communautés est en cause, l'article 9 doit s'interpréter à la lumière de l'article 11 de la Convention, qui protège la vie associative contre toute ingérence injustifiée de l'État. En effet, l'autonomie de telles communautés, indispensable au pluralisme dans une société démocratique, se trouve au cœur même de la protection offerte par l'article 9 ».

¹²²⁷ P. SPINOSI, « L'entreprise et les droits fondamentaux », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2017, n° 3, pp. 308-320 ; J.-P. TRICOIT, « L'entreprise, titulaire de droits fondamentaux / The enterprise as a holder of fundamental rights », *Journal européen des droits de l'homme.*, 2013, n° 1, pp. 101-108.

¹²²⁸ Voy. en effet V. WESTER-OUISSE, « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », *JCP* 2009, I,121 ; B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *op. cit.* ; G. LOISEAU, « Des droits humains pour personnes non humaines », *D.*, 2011, n° 37, pp.

conventionnelle à la sphère économique est avant tout fonctionnelle, c'est-à-dire qu'elle est permise lorsqu'elle ne nuit pas à l'objet même de la Convention. Sans ce critère de restriction, on peut juridiquement concevoir que l'article 2 puisse être appliqué aux sociétés commerciales. La persistance de ces différences est avant tout un choix une question de choix moraux ou philosophiques et d'une certaine vision de l'économie. De la même manière, la Cour Suprême a accepté de consacrer un droit au discours politique des personnes morales. a question du discours politique des entités commerciales en droit américain est à cet égard topique. Après avoir admis sa protection constitutionnelle en estimant, dans des termes rigoureux, que « *the inherent worth of the speech in terms of its capacity for informing the public does not depend upon the identity of its source, whether corporation, association, union, or individual* »¹²²⁹, la Cour Suprême était pendant un temps revenue sur sa position en soulignant que les fonds que détient une société commerciale « *are not an indication of popular support for the corporation's political ideas. They reflect instead the economically motivated decisions of investors and customers* »¹²³⁰. Pourtant, cette vision restrictive de l'antropomorphisme au nom précisément des finalités particulières des entités économiques a été abandonnée par la Cour Suprême, que ce soit en matière de liberté d'expression¹²³¹ ou de liberté de conscience¹²³². Les sociétés commerciales sont dans l'ensemble des décisions associée à des « citoyens »¹²³³. Or, cette jurisprudence américaine, dont l'influence a été attestée par certaines études¹²³⁴, pourrait remettre en cause les solutions dégagées par l'ancienne Commission au sujet de l'article 9. Celle-ci avait en effet jugé que :

« *a limited liability company given the fact that it concerns a profit-making corporate body, can neither enjoy nor rely on the rights referred to in Article 9, paragraphe 1, of the Convention* »¹²³⁵.

2558-2564 ; M. TELLER, « Les droits de l'homme de l'entreprise », in L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit économique et droits de l'Homme*, op. cit., pp. 257-267, qui estime qu'il faut « se résoudre à admettre » que les entreprises bénéficient de droits fondamentaux.

¹²²⁹ *Bellotti* ; après une hésitation suscitée par l'arrêt *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, la Cour a réaffirmé la solution *Bellotti* dans l'arrêt *Citizens United v. Federal Election Commission* 558 U.S. 310 (2010).

¹²³⁰ Cour Suprême des États-Unis, 27 mars 1990, *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990).

¹²³¹ Cour Suprême des États-Unis, 21 janvier 2010, *Citizens United v. Federal Election Commission* ; Tamara R. Piety fait de cette décision celle de la convergence entre la protection du discours commercial (la « *commercial speech doctrine* ») et celle, plus générale, du droit des sociétés commerciales ; T.R. PIETY, *Brandishing the First Amendment*, op. cit. pp. 26 et s.

¹²³² Cour Suprême, 30 juin 2014, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014).

¹²³³ Dans l'arrêt *Citizens United* précité, la Cour se réfère aux sociétés commerciales comme « *certain disfavored associations of citizens—those that have taken on the corporate form—are penalized for engaging in the same political speech* ».

¹²³⁴ J.-F. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour Suprême dans le contentieux européen des droits de l'homme », *RTDH*, 2005, n° 62, pp. 313-331.

¹²³⁵ Com. EDH (déc.), 27 février 1979, *Société X c. Suisse*, n° 7865/77, p. 87.

Or la Cour Suprême, saisie par une partie d'un argument fondé sur l'inapplicabilité *ratione personae* du *RRFA Act* en raison du caractère lucratif de la société commerciale qui s'en prévalait, a jugé que « *while it is certainly true that a central objective of for-profit corporations is to make money, modern corporate law does not require for-profit organizations to pursue profit at the expense of everything else, and many do not do so* »¹²³⁶.

482. De la même manière, on pourrait concevoir un droit à fonder une société commerciale. L'article 11 consacre bien un droit « existentiel »¹²³⁷ des personnes morales entendu comme un droit à l'existence que pourraient opposer ses créateurs à l'État qui déciderait ou causerait sa dissolution. Or, à ce stade, l'article 11 semble s'appliquer de manière différenciée entre les catégories de personnes morales. L'article 11 qui vise les « associations » et les « syndicats », est entendu de manière large par la Cour depuis l'arrêt *Sidiropoulos*, à la fois d'un point de vue matériel et personnel. D'un point de vue matériel en effet, il implique le droit de « former une personne morale afin d'agir collectivement dans un domaine de leur intérêt constitu[ait] un des aspects les plus importants du droit à la liberté d'association, sans quoi ce droit se trouverait dépourvu de sens »¹²³⁸. D'un point de vue personnel, il comprend tout type d'association, y compris celles qui poursuivent des « buts sociaux ou économiques »¹²³⁹, dans la mesure où, selon la Cour, le pluralisme implique également la diversité des « idées et concepts (...) socio-économiques »¹²⁴⁰. S'il n'y a pas donc d'opposition de principe entre la liberté d'association et la poursuite d'activités économiques, il semble néanmoins persister une opposition entre celle-là et la poursuite d'un but lucratif. En effet, et bien que la Cour n'ait jamais eu à statuer de l'applicabilité de l'article 11 aux sociétés commerciales, cette affirmation de principe est limitée aux « associations » qui se définissent généralement négativement en raison de la différence

¹²³⁶ Cour Suprême, 30 juin 2014, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, *op. cit.*, p. 23 ; la Cour estime même que cet argument « *flies in the face of modern corporate law* » (*idem*).

¹²³⁷ Selon l'expression de H. Kouamé Koki (*Les droits fondamentaux des personnes morales dans la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 73).

¹²³⁸ Cour EDH, 10 juillet 1998, *Sidiropoulos c. Grèce*, n° 26695/95, CEDH 1998-IV, § 40.

¹²³⁹ Dans l'arrêt Cour EDH (GC), 17 février 2004, *Gorzelik et autres c. Pologne*, n° 26698/05, CEDH 2004-I, § 92, la Cour avait relevé – au stade de l'application – que les associations créées « à d'autres fins » que des motifs politiques, et notamment « la poursuite de divers buts sociaux ou économiques ». Elle en déduisait que le « pluralisme repos[ait] aussi sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions culturelles, des identités ethniques et culturelles, des convictions religieuses, et des idées et concepts artistiques, littéraires et socio-économiques ».

¹²⁴⁰ *Idem*.

d'objet social entre les deux catégories¹²⁴¹ - la doctrine majoritaire considère d'ailleurs que cette exclusion à la fois est justifiée et souhaitable¹²⁴².

483. De la même manière, l'ancienne Commission avait paru rejeter l'idée d'une application de l'article 4 aux personnes morales. Certains requérants avaient fait valoir que l'interdiction du travail forcé pouvait être assimilée à l'interdiction de la prestation forcée, ou de leur équivalent monétaire. La Commission avait très été saisie dès 1976 de requêtes en ce sens par des sociétés fondées sur l'article 4. Celles-ci contestaient la licéité de l'obligation qui leur été faite, comme employeurs « de calculer et de retenir certains impôts, contributions de sécurité sociale, *etc.*, sur les salaires de leurs employés ». Elle avait alors rejeté ce raisonnement à la fois en termes matériels et personnels. Doutant que la prestation puisse être assimilée à un travail forcé, elle avait pris soin de préciser que ce constat ne valait de toute façon qu' « à supposer même que la notion de travail forcé ou obligatoire soit applicable dans un cas où, comme en l'espèce, les requérants ne sont pas des personnes physiques mais des sociétés et où l'obligation d'effectuer un certain travail n'a pas un caractère personnel et peut être remplie avec l'aide d'employés »¹²⁴³. Si la requête n'a pas été accueillie, elle montre le potentiel normatif de l'extension des droits garantis aux sociétés commerciales comme fixer les limites de l'anthropomorphisme.

484. Il est intéressant de noter que, à la manière de la Commission, le jeu entre le volet *ratione materiae* et le volet *ratione personae* peut permettre d'éviter d'avoir à répondre par le biais du droit positif aux interrogations philosophiques que suscitent la question de la compatibilité de la personne morale, à et particulièrement lorsqu'elle poursuit un but lucratif.

¹²⁴¹ Voy. en droit français par exemple, la loi Pacte n'ayant finalement qu'introduit un principe de gestion de la société « au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental » (article 1833 du Code civil).

¹²⁴² Pour une partie d'entre elle, le droit de d'associer fondé sur l'article 11 n'implique pas le droit de de fonder une société commerciale : G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 616 p., p. 501 ; H. KOUAME KOKI, *Les droits fondamentaux des personnes morales*, *op. cit.*, p. 85 ; *contra* P. ROMUALD, *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé. Contribution à l'étude de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Sarrebruck, Éditions Universitaires Européennes, 2011, XVI-604 p., spéc. pp. 273-274.

¹²⁴³ Com. EDH (plén.) (déc.), 27 septembre 1976, *Sociétés W., X., Y. et Z. c. Autriche*, n° 7427/76 : « La Commission est donc d'avis que les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les sociétés requérantes, ne révèlent aucune apparence de violation de la Convention, en ce que les tâches imposées aux sociétés requérantes excéderaient les obligations civiques normales, au sens de l'article 4, par. 3 de la Convention » (nous soulignons).

b. Des limites relatives

485. Il n'est ni opportun, ni possible d'ailleurs, de conduire à nouveau une étude de l'ensemble de la question de l'applicabilité de la Convention EDH par la Cour de Strasbourg aux personnes morales poursuivant un but lucratif¹²⁴⁴. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour montre que, outre le problème posé par l'anthropomorphisme au bénéfice des personnes morales en général – qui recoupe sans résoudre la question de l'anthropomorphisme aux profits des sociétés –, les solutions adoptées par la Cour sont certes permissives, mais traduisent soit l'aboutissement d'une conception libérale relative à l'individu en tant que tel qui est ensuite étendue à la personne morale qui n'en devient que l'attribut.

486. L'importance du décloisonnement ainsi opérée apparaît particulièrement lorsqu'on le compare à la jurisprudence des organes interaméricains. En effet, le refus initial de la Commission interaméricaine des droits de l'homme de reconnaître un *locus standi* aux personnes morales, bien qu'il ait formellement été fondé sur une interprétation des dispositions *ratione personae* de la Convention, témoigne de la volonté qui peut prévaloir dans un mécanisme de protection des droits fondamentaux de restreindre l'octroi *ratione materiae* des droits garantis. S'appuyant sur une interprétation *a contrario* de l'article 1.2 de la Convention¹²⁴⁵ plutôt que sur celle de l'article 44¹²⁴⁶ la Commission avait dans un premier temps estimé que « *it lacks the competence ratione personae to examine claims which concern the rights of juridical persons* », comprises comme des « *legal fiction and do not enjoy real existence in the material order* »¹²⁴⁷. La Cour a adopté la même solution, mais en affirmant que c'était aussi le caractère personnel du droit de propriété qui justifiait le refus d'en étendre le bénéfice aux personnes morales :

« in the inter-American system, the right to property is a personnel right. *The Commission is empowered to vindicate the rights of an individual whose property is*

¹²⁴⁴ Voy. M. EMBERLAND, *The Human Rights of Companies*, *op. cit.* ; voy. aussi, pour des études plus générales sur les droits dont bénéficient les personnes morales au titre de la Convention, P. ROMUALD, *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé. Contribution à l'étude de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* ; H. KOKI, *Les droits fondamentaux des personnes morales dans la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

¹²⁴⁵ « Aux effets de la présente Convention, tout être humain est une personne ».

¹²⁴⁶ Toute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs États membres de l'Organisation peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un État partie ».

¹²⁴⁷ Com. IADH, 11 mars 1999, *MEVOPAL SA c. Argentine*, n° 39/99, § 17.

*confiscated but is not empowered with jurisdiction over the rights of juridical beings, such as corporations or as in this case, banking institutions »*¹²⁴⁸.

487. Cette solution traduit une vision de la propriété comme le prolongement de l'individualité du sujet, et non comme un intérêt purement économique. Comme le note P. Nikken, cette interprétation est permise par le texte conventionnel, mais en partie au moins justifiée par le fait que la Commission faisait ainsi en sorte d'éviter de « *becoming a forum where issues related to private economic interests, normally organize through legal persons, are debated* »¹²⁴⁹. Si cette opposition a pu sembler s'affaiblir en principe, la Cour ayant à quelques occasions examiné des allégations introduites par les actionnaires au nom de dommages pourtant causés à la société¹²⁵⁰, la position qu'elle a adoptée dans son avis 22/16 suggère le contraire. Certes, elle a admis que « *[l]as personas físicas en algunos casos pueden llegar a ejercer sus derechos a través de personas jurídicas* »¹²⁵¹. Le raisonnement qui l'amène toutefois à cette conclusion s'appuie largement sur deux hypothèses qui ne relèvent pas de l'hypothèse de l'attribution de droits fondamentaux à des personnes morales opérateurs économiques, puisqu'il s'agit au contraire de l'exercice de la liberté d'expression dans son volet purement civil et politique à travers un journal¹²⁵² ou la défense des intérêts collectifs des salariés par un syndicat¹²⁵³. Ces deux hypothèses ne remettent ainsi pas en cause une « *conexión inescindible con la naturaleza del ser humano* »¹²⁵⁴ qui semble s'être estompée dans le mécanisme européen.

488. Cette extension personnelle des droits garantis, à travers la compatibilité de la poursuite d'un but lucratif et l'applicabilité *ratione personae* des droits, est renforcée par l'application combinée des droits matériels et du principe de non-discrimination.

¹²⁴⁸ Com. IADH, 22 février 1991, *Banco de Lima c. Pérou*, requête n° 10/169, décision n° 10/91, cons. 2 (nous soulignons).

¹²⁴⁹ P. NIKKEN, « Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights », in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, E.-U. PETERSMANN, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, , op. cit., pp. 246-271, spec. p. 257.

¹²⁵⁰ La solution majoritaire consiste néanmoins à rejeter les prétentions sur ce point au nom du voile social ; voy. *supra*, Chapitre 1.

¹²⁵¹ Cour IADH (avis consultatif), 26 février 2016, n° OC-22/16 « *Titularidad de derecho de las personas jurídicas en el Sistema interamericano de derechos humanos* », conclusions, § 5.

¹²⁵² *Idem*, motifs de l'avis, §§ 115-117

¹²⁵³ *Idem*, § 112.

¹²⁵⁴ *Idem*, § 109.

§2. Le principe de non-discrimination, vecteur d'absorption personnelle de la matière économique

489. Le principe de non-discrimination est certainement le principe le plus emblématique des ressemblances entre les droits fondamentaux et les droits conçus spécifiquement pour les opérateurs économiques. Vecteur d'harmonisation¹²⁵⁵ et d'intégration¹²⁵⁶ en matière économique, il est consacré dans les instruments internationaux à vocation économique comme dans ceux de l'Union européenne. Pourtant, tandis qu'il découle en matière économique découle d'une nécessité fonctionnelle, il est du point de vue des normes de protections des droits fondamentaux la conséquence de l'égalité dignité de l'homme. Fin en soi, il doit alors être apprécié au regard des « principes qui prévalent généralement dans une société démocratique »¹²⁵⁷ et peut constituer un vecteur de justice sociale cognitive¹²⁵⁸. Commun en apparence, mais empreint de différences notables¹²⁵⁹, le principe de non-discrimination illustre à nouveau comment les normes de protection des droits fondamentaux peuvent être vecteur de conceptions économiques diverses, voire contradictoires.

490. Dans le cadre conventionnel, il n'a pas pour objet la construction ou l'intégration de diverses économiques, mais joue comme levier d'extension des droits garantis. Tant son champ d'application large (A) que la multiplication des types de discriminations reconnues (B) contribuent en effet à étendre le champ des droits garantis selon une logique personnelle dans toutes les questions économiques.

A. Un champ d'application large

491. L'article 14 bénéficie d'une applicabilité large, la Cour ayant, dans l'*affaire linguistique belge*, jugé, que s'il n'a pas « d'existence indépendante en ce sens qu' [il] vise uniquement les 'droits et libertés garantis dans la Convention' »¹²⁶⁰, il conserve une « portée autonome »¹²⁶¹ en

¹²⁵⁵ Voy. en matière de droit international économique général ; Droit international économique.

¹²⁵⁶ On pensera au rôle qu'il a joué dans le renforcement de l'État fédéral aux États-Unis ou dans le cadre de la construction de l'Union européenne, celui-ci était inspiré de celui-là ; voy.

¹²⁵⁷ Cour EDH (plén.), 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, *op. cit.*, § 11.

¹²⁵⁸ A. SUPIOT, « L'idée de justice sociale », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2013, 201 p., pp. 5-29, spéc. pp. 18 et 21.

¹²⁵⁹ Voy. pour la comparaison avec le droit de l'investissement, E. Castellarin, qui souligne la faible dimension collective du droit de l'investissement qui sera davantage tourné vers l'indemnisation dans le cadre « d'affaires particulières » ; E. CASTELLARIN, « Le principe de non-discrimination », *op. cit.*, spéc. p. 195.

¹²⁶⁰ Cour EDH (plén.), 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, n° 1474/62, Série A, n° 6, § 9.

¹²⁶¹ Cour EDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, n° 8777/79, Série A, n° 87, § 29

ce sens qu'il n'implique pas préalablement la violation du droit qui en permet l'application. D'autre part, il semble que la Cour interprète de manière large la condition du rattachement à un droit garanti (1). Bien que souvent conduite de manière succincte, la comparaison à laquelle il donne lieu permet ensuite de consacrer directement un principe d'égalité entre personnes du point de vue de leur situation économique (2). Cette comparaison est nécessairement relative, et la Cour n'hésite pas à modifier le point de vue adopté afin de parvenir au résultat souhaité (3).

1. Un critère d'application matériel étendu

492. L'applicabilité de l'article 14 va bien au-delà de l'applicabilité des droits substantiels, et contribue donc à accroître considérablement l'intégration de l'objet économique par le champ conventionnel. Tout d'abord, l'article 14 est autonome, quoique subsidiaire. En d'autres termes, s'il ne peut s'appliquer que corrélativement à un droit garanti, il n'implique pas que la violation du droit auquel il se rapporte soit constatée. Ensuite, la Cour a progressivement « amenuisé »¹²⁶² le lien unissant le principe de non-discrimination à un droit « garanti » par la Convention, de telle sorte que son champ d'application est beaucoup plus large que celui des droits matériels effectivement garantis par elle. D'une part en effet, il suffit que le droit en question « tombe sous l'empire »¹²⁶³ d'un droit conventionnel, et non qu'un droit autonome existe. En matière de prestations sociales, par exemple, on sait que l'article 1P1 ne confère pas de droit à l'octroi d'une prestation sociale, mais que toute prestation sociale existante est susceptible d'être qualifiée de bien. Or, la Cour a très tôt rattaché toute prestation sociale, contributive ou non et avant même l'arrêt *Stec*, au droit de propriété afin de rendre l'article 14 applicable¹²⁶⁴. En d'autres termes, l'article 14 est applicable « aux droits additionnels, relevant du champ d'application général de tout article de la Convention, que l'État a volontairement décidé de protéger »¹²⁶⁵.

493. Ce rattachement en creux est également visible lorsque la Cour intègre sous l'article 14 des situations qui figurent parmi les catégories d'exclusion à l'application de certains droits inconditionnels. Par exemple l'arrêt *Karlheinz Schmidt* dans lequel était invoqué l'obligation

¹²⁶² F. SUDRE, « La portée du droit à la non-discrimination », *RFDA*, 1997, n° 5, pp. 966-976, p. 969.

¹²⁶³ *Idem*.

¹²⁶⁴ Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 173710/90, CEDH 1996-IV, §§ 36-41.

¹²⁶⁵ Cour EDH (GC), 23 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06, CEDH 2012, § 124 ; la Cour qualifie même ce principe de « profondément ancré dans la jurisprudence de la Cour ».

pour les habitants de sexe masculin d'un État allemand d'une obligation alternative de service au sein des sapeurs-pompiers ou de contribution financière. Le requérant invoquait l'article 4 § 3 d) de la Convention, qui exclut de la notion de travail forcé ou obligatoire « tout travail ou service formant partie des obligations civiques normales », combiné avec l'article 14. Or, cette disposition, selon les termes mêmes de la Cour, « délimite le contenu même de ce droit », c'est-à-dire du droit à ne pas subir de travail forcé et obligatoire. Pourtant, alors qu'elle conclut que l'obligation en cause « compte parmi les 'obligations civiques normales au sens de l'article 4 par. 3 d)'¹²⁶⁶, comme d'ailleurs la contribution financière, que l'article 14 est applicable combiné avec de dernier¹²⁶⁷. Or, si l'exclusion est applicable et non le droit consacré, la requête aurait dû être déclarée irrecevable *ratione materiae* – ce qu'ont relevé tant le juge Mifsud Bonnici dans son opinion dissidente sous l'arrêt que certains commentateurs¹²⁶⁸. Si cette technique est générale et ne s'avère pas de raisonnement propre à la matière économique¹²⁶⁹, elle permet de dépasser certaines des limites à l'intégration de celles-ci par les garanties conventionnelles. Tout d'abord, lorsqu'une discrimination est alléguée, celle selon laquelle la Convention ne garantit que les biens actuels ou les espérances légitimes est appliquée de manière plus souple. En effet, lorsque le requérant allègue une discrimination qui serait caractérisée par le fait de n'avoir pu obtenir un « bien », il n'est par définition par titulaire dudit bien, puisqu'il s'agit de l'objet de la requête présentée devant la Cour.

494. Cette extension est également particulièrement perceptible lorsque la Cour s'appuie sur ce qu'une atteinte économique à un droit garanti met en jeu ce dernier, alors que le droit matériellement invoqué par le requérant n'est pas consacré par la Convention. Dans l'arrêt *Thlimmenos*, la Cour a réitéré que la liberté de profession ne relevait pas des dispositions conventionnelles¹²⁷⁰. Pourtant, l'interdiction ou l'impossibilité d'accéder à une profession ou un emploi relève du champ d'application de l'article 14 combiné avec l'article 8¹²⁷¹. De la

¹²⁶⁶ Cour EDH, 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, n° 13580/88, Série A, n° 291-B, § 23.

¹²⁶⁷ *Idem*.

¹²⁶⁸ Voy. F. SUDRE, « La portée du droit à la non-discrimination », *RFDA*, 1997, n° 5, pp. 966-976, spéc. p. 975.

¹²⁶⁹ F. Sudre cite par exemple l'arrêt Cour EDH, 6 décembre 1991, *Autio c. Finlande*, à propos du droit à l'objection de conscience qui n'est pas garanti par le texte conventionnel et qui n'était effectivement pas reconnu par la Cour à l'époque, celle-ci ayant pourtant jugé une requête recevable sur le fondement des articles 9 et 14 ; de fait, la jurisprudence postérieure a donné raison à l'auteur, puisqu'elle a *in fine* à l'addition de ce droit dans les garanties de l'article 9.

¹²⁷⁰ Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, *op. cit.*, § 29.

¹²⁷¹ Cour EDH, 28 mai 2009, *Bigaeva c. Grèce*, n° 26713/05, §§ 22-25; voy. pour une confirmation, Cour EDH, 2 décembre 2014, *Emel Boyraz c. Turquie*, n° 61960/08, §§ 42-46 : la Cour commence par noter que « *the issue to be examined in the present case is not whether the application had a right to be recruited to the civil service* », mais seulement « *the difference in treatment to which she had been subjected* ». Pour fonder l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article, la Cour note que notamment que le refus opposé sur un seul motif personnel, à

même manière, si un droit à une prestation sociale familiale n'est pas garanti par l'article 8, le refus d'octroyer ou le retrait d'une prestation sociale existante relève du contrôle au titre de l'article 14 dans la mesure où cela affecte la vie familiale. Dans l'affaire *Petrovic* en effet, la Cour a noté que, dans la mesure où « l'attribution de l'allocation de congé parental permettant à l'État de témoigner son respect pour la vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention, elle entr[ait] donc dans le champ d'application de ce dernier » et que, « [p]artant, l'article 14 combiné avec cette disposition trouve à s'appliquer »¹²⁷².

495. C'est ce qui a conduit la Cour, après avoir admis ce type de raisonnement sans l'explicitier en jugeant recevable la requête d'un individu qui reprochait aux règles successorales autrichiennes de ne lui avoir pas permis d'hériter de l'exploitation familiale agricole¹²⁷³. De la même manière, est recevable une requête qui porte sur la question de savoir « si, n'eût été la condition d'octroi litigieuse, les intéressés auraient eu un droit, sanctionnable devant les tribunaux internes, à percevoir la prestation [sociale] en cause »¹²⁷⁴. Cette solution, qui a depuis été confirmée¹²⁷⁵, se combine avec le champ d'application déjà large de l'article 14. Elle relativise la portée de l'absence d'un droit à obtenir un bien, puisque celle-ci précise systématiquement que « [s]i le protocole ne comporte pas un droit à percevoir des prestations sociales, de quelque type que ce soit, lorsqu'un État décide de créer un régime de prestations il doit le faire d'une manière compatible avec l'article 14 »¹²⁷⁶.

496. L'article 14 n'a donc, comme le notait le juge *Schemers* dans son opinion sous le rapport de la Commission dans l'affaire *Inze* ni pour objet ni pour effet de garantir l'égalité de richesses entre les individus et que « *[t]he distribution of possessions, even the right to individual ownership of a State's means of production, are social questions to which different solutions are sought by different social systems* ». En revanche, il constitue un principe qui est

savoir le sexe, constituait *per se* une « *interference with her right to the respect for her private life* », et que la perte d'un emploi avait nécessairement eu des conséquences sur son « *material well-being* ».

¹²⁷² Voy. par exemple, dans la lignée de l'arrêt *Gaygusuz*, l'arrêt Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, n° 20458/92, dans lequel la Cour déclare applicable l'article 8 combiné avec l'article 14 à la question du refus par l'État d'octroyer au requérant une allocation de congé parental en raison de son sexe.

¹²⁷³ Cour EDH, 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, n° 8695/79 ; voy. aussi Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche, op. cit.*, dans lequel la formule n'est pas encore aboutie, la Cour relevant que « [l]e requérant ayant été exclu du bénéfice de l'allocation d'urgence en vertu d'une distinction relevant de l'article 14, à savoir sa nationalité, cette disposition est donc également applicable » (§ 41 ; références omises).

¹²⁷⁴ Cour EDH (GC) (déc.), 6 juillet 2005, *Stec et autres c. Royaume-Uni, op. cit.*, § 55.

¹²⁷⁵ Voy. par exemple Cour EDH (GC), 5 septembre 2017, *Fabian et autres c. Hongrie*, n° 61496/08, CEDH 2017, § 117.

¹²⁷⁶ *Idem*.

susceptible d'encadrer le pouvoir des États dans ce choix. Sans déterminer un système donné, il contribue à empêcher les choix qui font peser un poids sur certains individus ou catégories de personnes jugé excessif par la Cour au titre du rapport de proportionnalité¹²⁷⁷.

497. En effet, le rôle important de l'article 14 dans la protection des droits de redistribution, dits « sociaux » a été unanimement souligné par les commentateurs de la jurisprudence de la Cour. Pour C. Nivard, la non-discrimination constitue une « voie privilégiée » de leur justiciabilité¹²⁷⁸. Il opère un « effet de levier »¹²⁷⁹ dont J.-F. Flauss estimait qu'il s'agit, « à côté des obligations positives, [d']un instrument privilégié d'extension des droits sociaux préexistants »¹²⁸⁰. Cette large applicabilité permet l'examen de nombreux mécanismes de redistribution, qu'il s'agisse des allocations versées aux femmes qui ont eu des enfants¹²⁸¹, mais aussi aux droits concernant les prestations d'anciens ressortissants de l'URSS acquis avant la dissolution de cette dernière sur son territoire et réservés, aux seins de certains États nouvellement indépendants, à leurs propres ressortissants¹²⁸². Il peut également protéger des droits plus facilement identifiables comme relevant de la catégorie des droits « économiques ». Ainsi, l'interdiction de l'accès à une profession peut être contestée sur ce fondement de la Convention alors même que celle « ne garantit pas la liberté de profession »¹²⁸³ à la manière dont certaines libertés économiques peuvent le faire en droit interne, comme la liberté du commerce et de l'industrie ou la liberté d'entreprendre en droit français par exemple¹²⁸⁴.

498. De ce point de vue, le protocole n° 12 permettrait de consacrer pleinement un principe d'égalité devant la loi analogue à celui qui existe par exemple en droit français, et sur le fondement duquel l'ensemble de l'activité économique de l'État, qu'il s'agisse de régulation ou de redistribution, est susceptible d'être contrôlé par le juge.

¹²⁷⁷ Voy. *infra*, Titre IV.

¹²⁷⁸ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.*, p. 549.

¹²⁷⁹ K. GARCIA, « Droit civil européen. Nouvelle matière. Nouveau concept, Larcier », 2008, cité in M. DRÉANO, *La non-discrimination en droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2018, XVIII- 835 p., p. 155.

¹²⁸⁰ J.-F. FLAUSS, « Chronique de droit de la CEDH », *AJDA*, 1998 ; voy. aussi S.-J. PRISO ESSAWE, « Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1998, n° 36, pp. 721-736.

¹²⁸¹ Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, *op. cit.*

¹²⁸² Voy. Cour EDH (GC), 18 février 2009, *Andrejeva c. Lettonie*, n° 55707/00, CEDH 2009.

¹²⁸³ Cour EDH (GC), 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97, CEDH 2000-IV, § 41.

¹²⁸⁴ Si l'articulation entre celles-ci n'est pas toujours claire, il est contestable qu'elles comportent l'une comme l'autre, le droit d'accéder à une profession.

2. Un critère d'application personnelle protéiforme

499. Aux termes de la jurisprudence de la Cour, l'article 14 protège contre toute discrimination les individus « placés dans des situations analogues »¹²⁸⁵. Dès lors, cette comparaison implique parfois de comparer la situation économique de plusieurs individus ou catégories d'individus¹²⁸⁶.

a. La situation économique des individus

500. Il n'est pas possible de systématiser la manière dont peuvent être comparés les agents économiques entre eux puisque la comparaison n'est possible que d'un « point de vue comparatif donné »¹²⁸⁷, ce que la Cour a récemment affirmé en jugeant que la comparaison devait être effectuée « compte tenu des éléments caractéristiques de leur situation dans le contexte donné et à la lumière du domaine concerné et de la finalité de la mesure qui opère la distinction en cause »¹²⁸⁸. Or, ces points de vue sont plus nombreux dans le cadre de la Convention que dans le cadre d'instruments pensés comme ayant une vocation économique, précisément en raison de cette différence d'objet. Par exemple, le principe général de non-discrimination dans le cadre des libertés de circulations consacrées dans le droit de l'Union européenne, la question de discrimination est envisagée sur le fondement de la nationalité de l'opérateur ou de l'origine du produit et des services. Or, la comparabilité est systématiquement de nature économique puisqu'il s'agit, selon les cas, de déterminer si la situation économique de deux individus ou personnes est similaires. Ce sont surtout des instruments de droit dérivés, puis le principe de non-discrimination posé par la Charte des droits fondamentaux, qui ont permis d'en étendre la portée en matière sociale par exemple. De la même manière, la plupart des tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissement opèrent désormais un test de similarité afin de déterminer si deux investisseurs opèrent dans le même secteur d'activité¹²⁸⁹.

¹²⁸⁵ Cour EDH (plén.), 23 novembre 1983, *Van der Musselle c. Belgique*, *op. cit.*, § 46.

¹²⁸⁶ Bien que, au-delà de la casuistique abondante, la Cour se dispense parfois de toute opération de comparaison ; G. DE BECO, « Le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2010, n° 83, pp. 591-615, spéc. p. 603.

¹²⁸⁷ C. PICHERAL, « La détermination des différences de traitement », in F. SUDRE (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 87-118, p. 89.

¹²⁸⁸ Cour EDH (GC), 5 septembre 2017, *Fabian c. Hongrie*, *op. cit.*, § 121.

¹²⁸⁹ Voy. les sentences *Methanex* et *Parking*, citées in J. CAZALA, « Les standards indirects de traitement », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, pp. 265-286, spéc. pp. 270-274.

501. L'évaluation des situations concerne également des questions mêlant la situation économique et sociale d'individus. Ainsi, la comparaison entre deux types de contrat de bail, l'un liant un preneur privé à un bailleur privé, et l'autre unissant le preneur privé à l'État comme bailleur, pourra également être jugé comme relevant de catégories similaires. Dans l'affaire *Larkos* par exemple, le gouvernement tentait de faire valoir l'absence de situations analogues en raison d'un régime différent qui résulterait de ce que l'État « ne peut consentir des baux en se fondant principalement sur la recherche du profit, mais doit prendre en compte l'intérêt public dans ses transactions ». À cette justification fondée sur la *ratio legis* du régime dérogatoire invoqué, la Cour a opposé une analyse objective de ce caractère dérogatoire supposé, en se fondant notamment sur les conditions juridiques et économiques du bail. Ainsi, elle a relevé que le logement n'est pas donné à bail au preneur en raison de qualité d'agent public, mais de partie privée, et que rien n'empêchait les autorités nationales de demander le paiement d'un loyer au prix du marché¹²⁹⁰. De la même manière, un salarié licencié en raison de sa séropositivité sera comparé aux autres salariés de l'entreprise, peu important l'objectif poursuivi par l'employeur qui le licencie afin de préserver « une bonne ambiance de travail au sein de l'entreprise » (*sic*)¹²⁹¹. Cette relativité offre un caractère presque discrétionnaire à la Cour, qui peut ainsi juger de manière très formelle, et en contradiction avec sa jurisprudence en la matière, que deux retraités du secteur public et du secteur privé ne relèvent pas de catégories similaires dans la mesure où le fonds qui verse leurs pensions de retraite sont différents¹²⁹².

b. La comparaison entre personnes physiques et morales

502. Cette comparaison est par ailleurs renforcée par le fait qu'elle est applicable à la fois entre personnes physiques, mais aussi entre personnes morales entre elles¹²⁹³. Plus, encore, il est applicable entre personnes physiques d'une part et personnes morales d'autre part. Ainsi, dans l'affaire *Lithgow*, et bien que là encore la comparabilité des situations n'ait pas été

¹²⁹⁰ Cour EDH, 18 février 1999, *Larkos c. Chypre*, n° 29515/95, § 31.

¹²⁹¹ Cour EDH, 3 octobre 2013, *I.B. c. Grèce*, n° 552/10, CEDH 2013, § 71, voir aussi § 77 : « [L]a Cour estime que la situation du requérant doit être comparée à celle des autres salariés de l'entreprise, car c'est celle-ci qui est pertinente pour apprécier son grief tiré de la différence de traitement. Il est certain que l'intéressé a été traité de manière moins favorable qu'un de ses collègues ne l'aurait été, et cela en raison de sa seule séropositivité. La Cour note que le souci de l'employeur était certes de rétablir le calme au sein de l'entreprise, mais qu'à l'origine de ce souci se trouvait la situation créée par l'attitude des collègues du requérant face à sa séropositivité ».

¹²⁹² Cour EDH, 20 mars 2012, *Ionel Panfile c. Roumanie*, n° 13902/11, § 28.

¹²⁹³ Voy. Cour EDH, 23 octobre 1997, *National Building Society et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 118.

systématiquement effectuée¹²⁹⁴, on peut relever que la Cour a accepté de comparer un actionnaire personne physique et un actionnaire personne morale, en adoptant une approche *in concreto* qui lui permet de conclure à la comparabilité et à l'absence de traitement différent¹²⁹⁵. De la même manière, elle se fonde également sur le fait que « les lois sur expropriations et le texte portant nationalisation remplissent des fonctions différentes » pour conclure que « les deux situations comparées par lesdits requérants ne se ressemblent pas assez pour poser un problème sous l'angle de l'article 14 »¹²⁹⁶. La Cour s'est en effet à plusieurs reprises référée, en dehors du champ de l'article 14, à la nécessité de ne pas créer d'inégalités de traitement entre les personnes physiques et morales¹²⁹⁷. Il n'y a donc pas d'obstacle à cette comparaison aux yeux de la Cour, qui rejoint d'ailleurs en cela une tendance relativement dominante des juridictions statuant sur le fondement de normes de protection des droits fondamentaux en matière économique. Le Conseil constitutionnel français applique par exemple le principe d'égalité devant l'impôt en comparant la situation des personnes physiques et morales¹²⁹⁸.

c. La prise en considération des actes individuels des opérateurs économiques

503. Parfois, la comparabilité de deux opérateurs économiques ne tient pas tant à leur appartenance à une même catégorie vis-à-vis d'une législation économique, mais au comportement qu'ils ont pu adopter individuellement. Dans l'arrêt *National et Provincial Building Society et autres c. Royaume-Uni*, les sociétés requérantes, des caisses mutuelles de

¹²⁹⁴ Voy. pour une illustration emblématique du refus de procéder à la comparaison au nom de l'économie de moyens, Cour EDH, 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 187 : « [i]ndépendamment du point de savoir si les intéressés se trouvaient placés dans une situation analogue à celle des personnes privées de leurs biens en vertu des lois précédentes, la Cour considère que la distinction litigieuse ne soulève aucun problème sur le terrain de l'article 14 (art. 14): les Parlements des États contractants doivent en principe rester libres d'adopter de nouvelles lois fondées sur une démarche inédite » ; elle l'a été souvent de manière implicite ; voy. s'agissant de la discrimination alléguée par rapport aux actionnaires d'autres entreprises nationalisées en raison de l'utilisation d'une méthode fondée sur les bénéfices ; *idem*, §§ 180-181.

¹²⁹⁵ Le requérant *Lithgow* alléguait en effet qu'il n'avait pu, contrairement aux personnes morales, obtenir un report d'échéance sur l'impôt litigieux ; or, la Cour choisit de comparer le traitement subi non avec celui des personnes morales *in abstracto*, mais avec celui imposé aux personnes morales qui auraient détenu la même part de capital que lui ; *Idem*, § 179 : « La Cour ne peut accueillir le grief. Ainsi que le souligne la Commission, une personne morale détenant, comme Sir William Lithgow, 28 % seulement du capital d'une société nationalisée n'aurait pu bénéficier de pareil report (paragraphe 21 b) et 40 ci-dessus). Le requérant n'a donc pas été traité autrement que les anciens actionnaires placés dans une situation analogue ».

¹²⁹⁶ *Idem*, § 189.

¹²⁹⁷ Voy. les affaires *Autronic* ou *Sociétés Colas* ; M. EMBERLAND identifie cette logique comme l'une de celles qui explique l'extension significative du champ des droits conventionnels aux sociétés commerciales ; M. EMBERLAND, *The Human Rights of Companies*, *op. cit.*, p. 139-141.

¹²⁹⁸ Ce qui, évidemment, ne préjuge pas de la constitutionnalité d'un traitement différencié ; voy. Cons. const., 29 novembre 2017, n° 2017-755 DC, *Loi de finances rectificative pour 2017*, cons. 33.

dépôt, estimaient que l'alignement de leur régime d'imposition au sujet des intérêts produits par les dépôts sur celui des banques les plaçait dans une situation défavorable, et qu'elles subissaient une discrimination du fait de ce qu'une autre caisse de mutuelle avait obtenu, aux termes de procédures judiciaires, une exemption de l'impôt. La Cour, si elle ne peut que constater que « les requérants se trouv[ai]ent assurément dans une situation analogue, sinon identique », ne relevaient plus de la même catégorie dans la mesure où la société tierce avait été la seule à avoir « contest[é] par la voie judiciaire la validité du règlement »¹²⁹⁹ litigieux. De la même manière, ne tombe pas sous l'empire de l'article 14 l'État qui, au regard de l'illicéité potentielle de la perception de la TVA au regard du droit communautaire, adopte une instruction mettant fin aux poursuites engagées contre les sociétés ne s'étant pas acquittées de la taxe dans la mesure où celles-ci se trouvaient objectivement dans une situation différente de celles qui s'étaient acquittées de la taxe¹³⁰⁰.

3. L'instrumentalisation de la comparabilité

504. La Cour a l'entière maîtrise de la comparaison des situations, et en dispose de manière à parvenir au résultat souhaité plutôt que d'opérer un raisonnement déductif. Juger des situations différentes lui a permis de ne pas étendre le principe de non-discrimination à ce qui ce serait apparenté à une clause de la nation la plus favorisée (a). A l'inverse, elle multiplie les perspectives de comparaison lorsqu'elle entend assurer un contrôle au fond (b).

a. L'absence de clause de la nation la plus favorisée sociale et fiscale

505. La comparabilité des situations économiques permet également, en excluant la qualification de situation similaire, de préserver certaines prérogatives de l'État en matière économique¹³⁰¹, et notamment en matière de conclusion d'accords économiques internationaux. Ainsi, la Cour a été amenée à comparer la situation économique des citoyens d'un État partie résidant à l'étranger en matière de pension de retraite, la Cour a jugé de manière générale que

¹²⁹⁹ Cour EDH, 23 octobre 1997, *National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society and The Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 89.

¹³⁰⁰ Cour EDH, 16 avril 2002, *S.A. Dangeville c. France*, *op. cit.* § 65.

¹³⁰¹ Pour J. LEVIVIER, la réticence de la Cour à admettre la comparabilité de catégories traduit une volonté de « de ne pas d'immiscer dans ces questions d'ordre économique » ; J. LEVIVIER « Le système britannique de revalorisation des pensions de retraite n'est pas discriminatoire (obs. sous Cour eur. dr. h., *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010) », *RTDH*, 2011, n° 85, pp. 183-197, p. 195.

la seule appartenance, en raison de cotisations antérieures, à un même système national de sécurité sociale ne suffisait pas *per se* à établir l'analogie entre deux retraités¹³⁰². Pour motiver ce refus, la Cour a relevé que « les prestations de sécurité sociale, y compris les pensions de retraite, ne sont que l'une des composantes d'un système de protection sociale complexe et intégré » et que « compte tenu des multiples disparités d'ordre socioéconomique », la comparaison entre résidents à l'étranger et résidents nationaux était impossible¹³⁰³. L'article 14 ne s'analyse pas non plus comme une clause similaire au principe de la clause de la nation la plus favorisée en matière sociale en raison de cette même difficulté de comparaison entre les résidents de pays différents. Si la Cour relève en effet que « [l]e droit international permet incontestablement aux États de conclure des accords bilatéraux en matière de sécurité sociale », l'article 14 ne l'impose pas en raison notamment de « l'ampleur des transferts financiers »¹³⁰⁴ liés à la conclusion d'accords de réciprocités.

506. Cette solution semble pouvoir s'appliquer indistinctement à la relation économique entre les États et leurs citoyens résidant à l'étranger, la Cour ayant jugé, là encore en des termes généraux, que la comparabilité devait être également rejetée du point de vue fiscal. Dans l'arrêt *Arnaud et autres c. France*, au sujet de la conclusion d'une convention fiscale bilatérale avec Monaco, elle a relevé qu'« en matière de conventions fiscales internationales bilatérales, les règles définies par les États sont le fruit d'une négociation et dépendent à la fois des rapports diplomatiques existant entre eux et de leurs régimes d'imposition nationaux respectifs »¹³⁰⁵. La conclusion d'une convention avec un pays ne saurait donc conduire à une inégalité de traitement, puisque les catégories de citoyens résidant dans divers pays ne sont pas comparables entre elles. Par analogie avec les traductions du principe de non-discrimination en droit international économique, il est donc possible d'affirmer qu'il n'existe pas de « clause des résidents les plus favorisés » ou même de « traitement de résidence » qui pourraient être assimilés aux clauses de la nation la plus favorisée et au traitement national. Même si cela ne signifie que tout traitement

¹³⁰² Cour EDH (GC), 28 mai 2009, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, n° 42184/05, CEDH 2010, § 85.

¹³⁰³ *Idem*, § 86.

¹³⁰⁴ *Idem*, § 88 ; la Cour ajoute d'ailleurs au paragraphe 89 qu'elle « souscrit à l'opinion de Lord Hoffmann selon laquelle il serait extraordinaire que la conclusion d'une convention bilatérale en matière de sécurité sociale ait pour effet d'obliger les États signataires à étendre le bénéfice des avantages conventionnels à toutes les personnes résidant dans des pays tiers. Ce seraient alors en vérité le droit et l'intérêt pour les États de conclure des accords de réciprocité qui se trouveraient atteints » ; l'analogie avec le jeu de la CNPF est patent.

¹³⁰⁵ Cour EDH, 15 janvier 2015, *Arnaud et autres c. France*, n°s 36918/11, 36963/11, 36967/11, 36969/11, 36970/11, 36971/11, *op. cit.*, § 43.

fondé sur la nationalité en matière ne sera pas examiné au fond¹³⁰⁶, aucun principe général ne peut être décelé de ce point de vue.

b. L'extension des motifs de comparaison

507. À l'inverse, lorsque la Cour n'éprouve pas de difficulté à juger au fond de la légitimité de la différence de traitement, il lui suffit de changer la perspective d'analyse. Dans l'affaire *Stummer et autres c. Autriche*, par exemple, était en cause la conformité de l'absence d'ouverture de droits à une pension de retraite en contrepartie des cotisations versés par les détenus dans le cadre du travail carcéral rémunéré. Admettant sans difficulté l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 1P1, la Cour va noter l'ensemble des points de divergence entre le travail pénitentiaire et celui des « salariés ordinaires¹³⁰⁷ ». Relevant son objet, la réinsertion des détenus, ses conditions de réalisation – « les heures de travail, la rémunération et l'utilisation d'une partie de la rémunération comme contribution aux frais d'entretiens », elle en conclut que « la situation [était] très éloignée de la relation employeur/salarié ordinaire »¹³⁰⁸. Or, malgré ces disparités et sans considération pour le fait que le travail pénitentiaire était effectué pour l'administration et non pour une entreprise, ce qui est du reste prohibé par plusieurs conventions internationales mais par la Convention¹³⁰⁹, la Cour a jugé possible d'appliquer, au fond, le principe de non-discrimination :

« ni le fait que le travail pénitentiaire vise à la réinsertion et à la resocialisation des détenus ni la nature obligatoire de ce travail ne sont déterminants en l'espèce. La Cour estime également que le point de savoir si le travail est accompli pour l'administration pénitentiaire, comme c'était le cas en l'espèce, ou pour un employeur privé n'est pas

¹³⁰⁶ Voy. en effet contra Cour EDH (déc.), 2 juillet 2013, *Kandryne de Brito Paivia c. France*, n° 42269/12, § 18 : En l'espèce, les différences de traitement sont basées sur la nationalité du requérant. D'après la jurisprudence constante de la Cour, une telle différence de traitement doit reposer sur une justification objective et raisonnable (*Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 50, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV). En outre, la Cour observe qu'en tant qu'héritier étranger d'un titulaire français d'emprunts russes, le requérant se trouve dans une situation comparable à celle des nationaux, notamment des héritiers français d'un titulaire d'emprunts russe ».

¹³⁰⁷ Cour EDH (GC), 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, n° 37452/02, CEDH 2011, § 93.

¹³⁰⁸ *Idem*.

¹³⁰⁹ Voy. l'article 6 § 3 a) de la Convention IADH, qui autorise le travail des détenus à la condition qu'il soit effectué sous la surveillance et le contrôle des autorités publiques et que les individus qui les fournissent ne seront pas mis à la disposition de particuliers, de sociétés ou de personnes morales privées » ; voy. aussi l'article 2 (c) de la Convention n° 29 du 28 juin 1930 de l'OIT, qui stipule en effet que « le terme de travail forcé ou obligatoire ne comprendra pas aux fins de la présente convention (...) tout travail ou service exigé d'un individu comme conséquence d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire, à la condition que ce travail ou service soit exécuté sous la surveillance et le contrôle des autorités publiques et que ledit individu ne soit pas concédé ou mis à la disposition de particuliers, compagnies ou personnes morales privées ».

décisif, même si dans ce dernier cas il semble y avoir une ressemblance plus forte avec une relation de travail ordinaire »¹³¹⁰.

508. Cette jurisprudence relativise en partie l'intérêt du Protocole n° 12, au moins du point de vue des réclamations portant sur des intérêts économiques. Adopté le 27 juin 2000 par le Comité des Ministres et entré en vigueur, il énonce en son unique article substantiel que :

« la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune la naissance ou toute autre situation »¹³¹¹

509. Ce nouvel article est similaire dans sa structure à l'article 14, ainsi que dans les motifs de discrimination, qui y sont à nouveau énumérés de manière également non exhaustive¹³¹². Néanmoins, son intérêt est en partie amoindri par l'interprétation large donnée par la Cour du rattachement aux droits conventionnels. Ainsi, si C. Nivard pouvait noter par exemple que ce Protocole pourrait conduire à un contrôle des discriminations à l'embauche dans la fonction publique alors que ce droit n'était pas consacré par la Convention¹³¹³, la reconnaissance d'une ingérence dans le droit au respect de la vie privée désormais reconnue à ce sujet suffisait à fonder l'applicabilité de l'article 14. Néanmoins, ce Protocole généralise un effet de cliquet en matière économique et sociale, puisque tout droit reconnu en droit national sera susceptible d'être contrôlé sur son fondement. D'ailleurs, le cantonnement de l'article 1^{er} du Protocole n°12, comme d'ailleurs de l'article 14, à la non-discrimination et non à la consécration explicite d'un « principe d'égalité » résulte d'ailleurs selon certains auteurs de la « crainte des États que le principe d'égalité n'entraîne des obligations positives illimitées à leur égard »¹³¹⁴, notamment en matière d'obligations positives. Il n'est toutefois pas possible d'analyser la réponse de la Cour à ces préoccupations, expressément mentionnées dans le rapport explicatif accompagnant

¹³¹⁰ Cour EDH (GC), 7 juillet 2011, *Stummer et autres c. Autriche*, *op. cit.*, § 94.

¹³¹¹ Article 1 § 1 du Protocole n° 12.

¹³¹² L'article 1 § 2 énonce en effet que « nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1 » (nous soulignons).

¹³¹³ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.*, spéc. p. 584 ; l'auteur se réfère l'arrêt *Vogt*.

¹³¹⁴ G. DE BECO, « Le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p.600 ; l'auteur se réfère lui-même à L.G. LOUCAIDES, *The European Convention on Human Rights. Collected essays*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, XIV-272 p., spéc. p. 58.

le protocole¹³¹⁵. Outre qu'il n'a été ratifié que par dix États, le peu d'affaires qui ont franchi le cap de l'irrecevabilité ne comportaient pas de développements significatifs en la matière.

510. L'intégration de la matière économique au moyen d'une application large du principe de non-discrimination est également favorisée par l'acceptation d'hypothèses multiples de discrimination.

B. Les hypothèses multiples de discrimination

511. La Cour, a en effet reconnu, comme la plupart des juridictions statuant sur le principe de non-discrimination, que ce soit sur le fondement de normes à vocation économique ou de normes ayant pour objet les droits de l'homme, que la notion de discrimination recouvrait également les discriminations indirectes, ou *de facto* (1). La matrice commune de ce principe se traduit également par la consécration d'une égalité matérielle qui impose à l'État de traiter différemment des situations différentes (2).

1. La reconnaissance de motifs variés de discrimination

512. L'article 14 vise à la fois « l'origine sociale » et « la fortune » des titulaires des droits garantis comme motif prohibé de non-discrimination. Ces motifs, qui caractérisent le glissement du droit des non-discriminations des « caractéristiques intrinsèques » des personnes aux discriminations « de situation »¹³¹⁶ permettent de prendre en considération les discriminations fondées sur la situation économiques des requérants. Ainsi, ils permettent dans une certaine mesure de prendre en considération les discriminations fondées sur la vulnérabilité économique des individus.¹³¹⁷ En réalité, la non-discrimination envisagée en tant que droit de l'homme connaît des situations plus variées que son pendant purement économique. S'il permet, comme celui-ci, d'envisager la comparaison entre des opérateurs économiques au sens strict, il inclut également celle de la situation économique des individus, ou de catégories d'individus,

¹³¹⁵ Rapport explicatif du Protocole n° 12 à la Convention EDH, Rome, 4 IX 2000, §§ 24-27 : « si de telles obligations positives ne peuvent être globalement exclues, l'objectif principal de l'article 1 est d'établir pour les Parties une obligation négative : celle de s'abstenir de toute discrimination à l'encontre des individus (...). Néanmoins, la portée de toute obligation positive découlant de l'article 1 sera probablement limitée ».

¹³¹⁶ D. THARAUD, « Étude critique du motif de discrimination résultant de la vulnérabilité économique », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, n° 5.

¹³¹⁷ *Idem*.

dans tous les pans de la vie sociale, malgré le caractère souvent trop superficiel de l'appréciation menée par la Cour¹³¹⁸.

513. Ces motifs de distinction sont effectivement appliqués par la Cour¹³¹⁹ et ont déjà donné lieu à des constats de violation. Après en avoir admis l'applicabilité de manière peu assurée¹³²⁰, la Cour en a fait une application plus assumée dans la célèbre affaire *Chassagnou et autres*, la Cour était notamment saisie de la conformité de la loi française qui imposait aux propriétaires de parcelles de moins de 20 hectares d'apporter lesdites parcelles à des associations communales et intercommunales alors que les propriétaires de parcelles de taille supérieure en étaient exemptés. Pour examiner le grief fondé sur l'article 14 combiné avec l'article 1P1, la Cour va comparer l'éventuelle différence de situation entre ces deux catégories vis-à-vis de l'objet de la loi litigieuse pour conclure à l'existence « d'une discrimination *fondée sur la fortune foncière* au sens de l'article 14 de la Convention »¹³²¹. En outre, la situation économique d'un individu ou d'une personne morale relève, au-delà- de cette inclusion particulière, des motifs envisageables au titre de l'article 14, dans la mesure où la Cour a clairement affirmé que « la protection conférée par l'article 14 ne se limit[ait] pas à des distinctions de traitement fondées sur des caractéristiques personnelles en ce sens qu'elles seraient innées ou inhérentes »¹³²². Cette normativité ouverte de l'article 14 permet en réalité d'intégrer dans le giron de l'article des réglementations ou régulations économiques très variées, de la distinction entre les obligations appliquées à différents types de professions¹³²³

¹³¹⁸ Voy. l'opinion commune des juges O'Leary et Koskelo sous l'arrêt Cour EDH, 5 septembre 2017, *Fabián c. Hongrie* qui en qui dénoncent le manque de rigueur de la Cour ; comme le note E. Castellarin, l'analyse de la comparabilité est « souvent implicite » et « assez subjective » ; E. CASTELLARIN, « Le principe de non-discrimination », *op. cit.*, pp. 181-182.

¹³¹⁹ Malgré plusieurs occasions manquées de l'affirmer clairement ; voy., au sujet de la prise en considération discriminatoire de la situation économique dans le cas de l'article 8 : Cour EDH, 16 février 2016, *Soares de Melo c. Portugal*, n° 72850/14, en matière de retrait de l'autorité parentale fondée sur la seule situation matérielle de la requérante.

¹³²⁰ Voy. Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 74 : alors que la question de son inapplicabilité avait été expressément soulevée par le gouvernement défendeur, selon lequel « la législation contestée n'établit aucune distinction sur la base de la "fortune", au sens de l'article 14 (art. 14): ni en elle-même ni dans son application elle ne reposerait sur le critère de la richesse », la Cour s'est contentée de répondre que « [l]a liste des chefs de discrimination prohibés par l'article 14 (art. 14) ne revêt pas un caractère exhaustif (voir, en dernier lieu, l'arrêt Rasmussen du 28 novembre 1984, série A no 87, p. 13, par. 34 in fine). Or il appert que les lois litigieuses instaurent des différences de traitement entre divers groupes de propriétaires dans la jouissance du droit garanti par l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1). Aux yeux de la Cour, les motifs dont procèdent ces différences entrent en ligne de compte aux fins de l'article 14 (art. 14) de la Convention, lequel joue donc en l'espèce. »

¹³²¹ Cour EDH (GC), 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, nos 25088/94 et *a.*, *op. cit.*, § 95 (nous soulignons).

¹³²² Cour EDH, 13 juillet 2010, *Clift c. Royaume-Uni*, n° 7205/07, § 59.

¹³²³ Cour EDH, 23 novembre 1983, *Van der Musselle c. Belgique*, *op. cit.*, § 46.

514. De plus, si la situation économique d'une personne est susceptible de permettre la comparaison avec d'autres, il n'est pas nécessaire que le motif soit lui-même de nature économique pour permettre l'intégration de la matière économique dans le champ convention. D'ailleurs, cette intégration résulte plus souvent de motifs qui n'en relèvent pas. Au contraire, le motif n'est généralement pas de nature économique, mais la distinction qu'il produit affecte la situation économique d'un individu ou d'une catégorie par rapport à d'autres. C'est par exemple le cas des distinctions fondées, en matière de prestations sociales, sur le sexe ou sur la nationalité¹³²⁴. L'intégration de la mesure dans le champ d'application de l'article 14 est alors facile, puisque l'un comme l'autre motif figurent dans le texte conventionnel. La différence entre le cas d'une discrimination fondée sur un motif économique et d'une discrimination fondée sur un motif non-économique mais qui conduit à une inégalité économique se résout alors davantage en termes d'intensité de la marge d'appréciation conférée à l'État défendeur¹³²⁵.

515. Dans d'autres matières économiques, le sexe est peu pertinent et la nationalité ne constitue pas le critère structurel de différenciation des régimes définis par les États. C'est notamment le cas en matière de fiscalité. Le droit fiscal étant principalement fondé sur un principe de territorialité qui conduit en premier lieu, s'agissant des personnes physiques, à retenir comme critère d'imposition le lieu de leur résidence¹³²⁶, critère qui joue d'ailleurs aussi dans le cadre certains mécanisme de redistribution des revenus¹³²⁷. Or, si l'article 14 ne vise pas expressément le lieu de résidence comme motif de discrimination¹³²⁸, le caractère non exhaustif de l'énumération des motifs à laquelle il procède a permis à la Cour de l'y intégrer facilement¹³²⁹. La possibilité de contrôle des modalités de l'établissement de la fiscalité conduit

¹³²⁴ Voy., en matière de prestations sociales, Cour EDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez*, n° 40892/98, CEDH 2003-X, § 48.

¹³²⁵ Voy. Chapitre 7.

¹³²⁶ A. PÉRIN-DUREAU, *L'obligation fiscale à l'épreuve des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2014, IX-565 p., p. 109 ; l'article 4 A du Code général des impôts français définit par exemple les personnes imposables au titre de l'impôt sur le revenu comme « [l]es personnes qui ont en France leur domicile fiscal » tandis que « [c]elles dont le domicile fiscal est situé hors de France sont passibles de cet impôt en raison de leurs seuls revenus de source française ».

¹³²⁷ Sur l'indexation des pensions de retraites pour les retraités résidant hors du territoire national et dans un pays non-signataire d'une convention bilatérale avec l'État défendeur : Cour EDH, 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

¹³²⁸ Il ne figure pas davantage à l'article 1 du Protocole n° 12, ni d'ailleurs à l'article 21 de la CDFUE dont l'ambition était pourtant de fournir une « version actualisée » de la liste de l'article 14 de la Conv. EDH.

¹³²⁹ Elle n'a en effet pas pris la peine de le préciser ; voy. par exemple Cour EDH, 23 octobre 1990, *Darby c. Suède*, n° 11581/85, Série A, n° 187, dans laquelle requérant alléguait de la contrariété d'un impôt ecclésial auquel il ne pouvait échapper pour la seule raison qu'il n'était pas « officiellement enregistré comme résident en Suède » (§ 29).

au contrôle de législations fiscales internes, mais également de la régularité de distinctions opérées en vertu de conventions fiscales bilatérales¹³³⁰.

516. La reconnaissance des motifs variés de discrimination permet donc à la Cour d'examiner la plupart des dispositions nationales qui ont trait, d'une manière ou d'une autre, au domaine économique. Cette extension est renforcée par une approche large des situations qualifiées de discrimination.

2. La reconnaissance de situations variées de discrimination

517. L'intégration de l'économie dans la jurisprudence de la Cour est encore facilitée par la reconnaissance des discriminations *de facto* (a) et le corollaire de l'égalité matérielle (b).

a. Les discriminations *de facto*

518. Comme la plupart des juridictions statuant en matière de droits fondamentaux, mais aussi celles statuant en matière économique, la Cour incorpore également les discriminations dites '*de facto*' dans le champ d'application de l'article 14. Ainsi, peut être considérée comme discriminatoire une politique ou une mesure générale qui avait des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, même si elle ne visait pas spécifiquement ce groupe et qu'une discrimination potentiellement contraire à la Convention pouvait résulter d'une situation de fait »¹³³¹. La discrimination *de facto*, aussi appelée indirecte, peut être définie de manière générale comme les situations dans lesquelles « une politique ou une mesure générale est apparemment neutre mais (...) a des effets exagérément préjudiciables pour des personnes ou des groupes de personnes »¹³³². Cette neutralité doit s'entendre comme l'absence, formellement, du recours à un critère de discrimination prohibé, le principe incluant alors « toutes [les] formes dissimulées de discrimination qui, par application *d'autres critères de distinction*, aboutissent en fait au même résultat »¹³³³.

¹³³⁰ Voy., à propos de l'incorporation dans l'assiette de l'ISF des biens immobiliers des citoyens français résidant alors qu'ils sont exclus pour les citoyens résidant dans des pays tiers, Cour EDH, 15 janvier 2015, *Arnaud et autres c. France*, *op. cit.*

¹³³¹ Cour EDH (GC), 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, n° 57325/00, CEDH 2007-IV, § 175.

¹³³² Cour EDH (GC), 16 mars 2010, *Orsus et autres c. Croatie*, n° 15766/03, CEDH 2010, § 150.

¹³³³ Voy. par exemple CJUE (GC), 5 février 2014, *Hervis Sport-és Divatkereskedelm Kft.*, C- 385/12, § 30 (nous soulignons).

519. C'est l'effectivité du principe en lui-même qui implique leur reconnaissance. En effet, cette conception matérielle plutôt que formelle de la discrimination permet à la fois de lui conférer un caractère objectif, en empêchant que sa constatation repose sur l'intention de l'État en cause, mais également d'empêcher les tentatives par ce dernier de contourner frauduleusement la règle en recourant à des critères non prohibés pour discriminer, dans les faits sur ces critères. Dès lors, elle est consubstantielle à l'idée même de non-discrimination, et non à son appartenance au *corpus* des droits de l'homme¹³³⁴. En revanche, elle constitue également l'un des vecteurs privilégiés d'intégration au sein du champ conventionnel des inégalités économiques qui découlent, notamment, de l'appartenance à certaines catégories ethniques ou sexuelles.

b. La reconnaissance de l'égalité matérielle

520. Sans revenir sur la différence entre principe d'égalité et principe de non-discrimination, leur contenu est susceptible de varier selon l'ordre juridique considéré et les traditions sur lesquelles il est fondé. Ainsi, le principe est entendu en droit de l'Union, dans le cadre des libertés économiques comme du reste des droits fondamentaux, comme comprenant l'obligation de traiter différemment des situations différentes¹³³⁵. À l'inverse, la jurisprudence française, constitutionnelle comme administrative, estime que le principe d'égalité permet mais n'impose pas de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes¹³³⁶. L'acception retenue revêt alors une importance particulière tant du point de vue libéral de la portée de la liberté de principe conférée en matière économique que du point de vue de la « justice sociale » et des obligations de correction des inégalités économiques.

521. Le recours par l'État à la technique de la discrimination pour corriger des inégalités économiques est ainsi permis par la Convention. La Cour avait en effet très tôt estimé dans son arrêt dans l'« *Affaire linguistique belge* » que « certaines inégalités de droit ne tendent (...) »

¹³³⁴ On retrouve une acception similaire dans le cadre des libertés de circulation en droit de l'Union (voy. déjà CJCE, 13 juillet 1963, *Commission c. Italie*, C-16/63, Rec., 1963, p. 360.

¹³³⁵ Sur le fondement de la Charte : CJUE (GC), 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd*, aff. C-550/07 §§ 54-55 ; sur le fondement des dispositions économiques : CJCE, 13 novembre 1984, *Racke/Hauptzollamt Mainz*, aff. 283/83, Rec., 1984, p. 3791.

¹³³⁶ Le principe d'égalité « ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes », mais ne l'impose pas (nous soulignons) ; Cons. const., du 3 février 2016, décision n° 2015-520 QPC, *Société Metro Holding*, cons. 6.

qu'à corriger des inégalités de fait »¹³³⁷. Dans ce prolongement, la Cour a relevé l'arrêt *Thlimmenos* que la discrimination pouvait également être caractérisée par le fait de ne pas appliquer « un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »¹³³⁸, mais les circonstances de l'affaire n'avaient pas trait aux inégalités économiques. En revanche, la Cour a expressément relevé dans l'arrêt *Stec et autres*, rendu au sujet de l'octroi de prestations sociales, que « l'article 14 n'interdi[sait] pas à un État membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger 'des inégalités factuelles' entre eux ; de fait, dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de la disposition en cause »¹³³⁹. En acceptant de prendre en considération ces différences, la Cour, indéniablement, « se prononce sur un modèle de justice sociale qui ne soit pas purement fondé sur le mérite mais prenne en compte les handicaps sociaux dont souffrent les individus »¹³⁴⁰.

522. En revanche, la question de savoir si le principe de non-discrimination implique une obligation pour l'État d'adopter des mesures de discrimination positive afin d'assurer l'égalité réelle est plus débattue. La jurisprudence est hésitante à ce sujet. Même dans l'arrêt *Andrle*, la Cour n'a fait qu'examiner que la licéité d'une discrimination positive établie par l'État défendeur lui-même. Elle n'a donc pas imposé directement à la charge des États une obligation positive d'instaurer des mécanismes de discrimination positive¹³⁴¹. La doctrine apparaît divisée, certains estimant qu'aucune obligation ne peut être décelée, mais il semble que cette difficulté relève de la difficulté ressentie par la Cour à imposer des obligations positives impliquant une redistribution des ressources rares à la charge des États défendeurs¹³⁴².

523. Quoi qu'il en soit, la portée, positive ou potentielle, de cette reconnaissance est significative et peut intéresser tous les champs du droit en consolidant tant la liberté économique des individus que la protection d'intérêts liés à l'égalité. L'appréciation portée par la doctrine sur ses potentialités apparaît d'ailleurs corrélée à l'objet de leurs travaux. La mise

¹³³⁷ Cour EDH (plén.), 23 juillet 1968, *Affaire 'relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique' c. Belgique*, n° 1474/62 et s., Série A, n° 6, § 10.

¹³³⁸ Cour EDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, *op. cit.*, § 44.

¹³³⁹ Cour EDH (GC), 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 51.

¹³⁴⁰ C. NIVARD, « La justice sociale dans la jurisprudence conventionnelle », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, pp. 61-80, spéc. p. 79.

¹³⁴¹ Cour EDH, 17 février 2011, *Andrle c. République tchèque*, n° 6268/08, spéc. §§ 48 et 54.

¹³⁴² Voy. par exemple F. SUDRE, « Rapport introductif », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le principe de non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 18-48, spéc. p. 38 ; comp. D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, 555 p., spéc. pp. 319-321.

en œuvre de l'obligation est généralement jugée insuffisante par les auteurs s'intéressant au principe de non-discrimination comme fondement de discriminations positives ayant pour effet d'accentuer le phénomène de redistribution¹³⁴³. De fait, il est incontestable que la Cour fait preuve de « *self-restraint* » en matière de vulnérabilité de manière générale et donc économique en particulier, refusant d'inclure une réelle « logique de protection catégorielle au sein du principe »¹³⁴⁴. D'autres mettent au contraire en garde contre les potentiels effets pervers de l'extension de la discrimination sur ce point. Ainsi, M. Draéno souligne que ce critère ne devrait pas être appliqué indistinctement en matière contractuelle, et qu'il devrait même être restreint s'agissant des contrats dans lesquels « *l'intuitu personae* dépend fortement de la contribution financière » du contractant¹³⁴⁵, ce qui exclurait du champ d'application une part important de la vie économique¹³⁴⁶.

*

¹³⁴³ *Idem*, p. 321.

¹³⁴⁴ J.-F. AKANDJI-KOMBE, « Le droit à la non-discrimination vecteur de la garantie des droits sociaux », in F. SUDRE, H. SURREL, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 183-196, spéc. p. 188.

¹³⁴⁵ M. DRAÉNO, *La non-discrimination en droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2018, IX-835 p., spéc. pp. 239-256 et p. 372.

¹³⁴⁶ La question peut toutefois être résolue sur le fondement de la légitimité de la différence de traitement ; voy. *infra*, Titre IV.

CONCLUSIONS DU CHAPITRE 3

524. Le décloisonnement revendiqué par la Cour dans l'affaire *Airey* entre les droits civils et politiques et leurs prolongements d'ordre économique et social est incontestable, et s'opère tant du point de vue *ratione materiae* que *ratione personae*.

525. S'il paraissait certainement inévitable dans le cadre du droit au respect des biens, en raison de sa nature hybride, force est de constater que la Cour retient une acception large de la notion de « bien », fortement indexée sur l'existence d'un intérêt économique dans le chef de son titulaire. Or, dans la mesure où les intérêts économiques sont susceptibles d'être de forme et de nature variées – tangibles ou intangibles, réels ou personnel –, la dilation de la notion de bien conduit à intégrer dans le giron conventionnel tout intérêt et conduit à relativiser la portée du droit national des États parties dans la délimitation du champ d'application du droit de propriété. Toutefois, en refusant que la notion de bien, même entendue comme espérance légitime, permette la consécration d'un droit à l'obtention d'un bien ou d'un profit, la Cour n'a pas transformé le droit de propriété en une liberté économique assimilable à la liberté d'entreprendre. D'ailleurs, l'intégration des prestations sociales dans son champ d'application démontre au contraire l'indifférence de la notion de bien à la cause de la constitution de l'intérêt économique et le fondement seulement individualiste, et non libéral au sens économique, de cette protection¹³⁴⁷. En définitive, bien que la Cour consacre un droit de propriété et non pas uniquement un droit de l'homme de la propriété qui serait restreint par sa nature de droit fondamental, l'économisme dont elle fait preuve en la matière conduit ce dernier à protéger des intérêts multiples, voire contradictoires.

526. L'approche « économiste » du bien ne fait alors que reproduire un ordre économique préexistant, comme d'ailleurs l'extension matérielle d'autres notions conventionnelles. En étendant la notion de « domicile » aux sièges sociaux des entreprises, qu'elles soient conduites sous forme de société ou non, la Cour rejette à la fois l'idée d'une contradiction d'objet entre les droits garantis et la sphère économique, mais également l'idée d'une réinterprétation trop spécifique de celle-ci à travers la particularité de ceux-là. Néanmoins, cette absence de

¹³⁴⁷ En d'autres termes, on pourrait appliquer à la Convention la conclusion que tire Marie Laure Dussart du rapport entre le droit de propriété constitutionnel et l'économie, à savoir qu'« au fond, si la propriété dispose d'une dimension économique incontestable, le droit de propriété n'obéit, devant la Constitution, à aucune conception économique véritable » ; M.-L. DUSSART, *Constitution et économie*, op. cit., p. 240.

contradiction contribue elle aussi à protéger plusieurs intérêts économiques parfois contradictoires. En admettant par exemple que le discours commercial relève de la liberté d'expression, la Cour assoit certainement le décloisonnement annoncé entre les différentes sphères d'activités des sujets de droits de la Convention. Néanmoins, en admettant parallèlement que le discours *sur* les activités ou les opérateurs économique constitue également un discours protégé, la Cour illustre l'ambivalence fondamentale des droits garantis vis-à-vis des intérêts économiques privés. Cette perméabilité en partie indifférenciée à l'économie procède d'un fondement individualiste, et est d'ailleurs éclairée par la comparaison avec les solutions retenues par d'autres juridictions, internationales ou nationales. Ainsi, la Cour n'est pas chargée de la protection d'une logique économique particulière, qui conduit parfois à l'inverse la Cour de Luxembourg à retenir une acception restreinte des droits garantis aux opérateurs économiques. De même, alors qu'elle confère une protection matériellement plus large au discours commercial que la Cour Suprême des États-Unis, elle ne la fonde pas aussi explicitement sur la reconnaissance du système de l'économie de marché.

527. Il est également perceptible du point de vue personnel, quoique selon deux logiques différentes. Tout d'abord, le fait pour le titulaire des droits garantis de poursuivre une finalité purement économique ne constitue pas un motif d'inapplicabilité des droits, et rejoint de ce point de vue l'indifférence affichée *ratione materiae*. Cette indifférence se traduit tout d'abord naturellement du point de vue des activités de la personne physique, comme la jurisprudence en matière de discours commercial ou de protection du domicile le montre d'ailleurs. Elle se traduit néanmoins également en matière d'applicabilité des droits aux personnes morales. En effet, au-delà des questions générales relatives à l'anthropomorphisme des droits conventionnels, la Cour ne distingue pas entre les diverses catégories de personnes morales et octroie à celles qui poursuivent un but lucratif des droits quasiment identiques à ceux qu'elle octroie aux autres catégories de personnes morales. La seule exception notable à ce sujet, à savoir le refus d'octroi de la liberté religieuse aux sociétés commerciales, démontre cependant que cet octroi répond uniquement à la nécessité de garantir l'exercice des droits lorsque celui-ci implique le recours à la forme institutionnelle ou collective.

528. Le phénomène d'extension personnel est également la conséquence de l'application du principe de non-discrimination par la Cour. Ce principe, lorsqu'il est fondé sur l'article 14, bénéficie en effet d'un lien distendu avec les droits matériels garantis par la Convention, dont il est censé régir l'application. Dès lors, l'octroi de toutes une série d'intérêts économiques qui

ne sont pas garantis pas ces derniers relèvent néanmoins du contrôle de la Cour, comme celui d'accéder à une profession ou celui à l'octroi d'une prestation sociale alors que le requérant ne remplit pas les conditions imposées par le droit interne. Sans réduire la faculté des États de choisir de mettre ou non en place certaines politiques économiques, il conduit donc à en vérifier la licéité des modalités d'application personnelles. Cette intégration est alors d'autant plus large que, si le principe de non-discrimination au sens de la Convention permet une comparaison entre opérateurs économiques selon leur situation économique, il permet également la comparaison des individus du point des politiques économiques selon des critères qui ne sont pas économiques, et qui sont suffisamment évolutifs pour permettre le contrôle de domaines aussi variés que la conclusion de conventions économiques internationales. Par ailleurs, en reconnaissant la discrimination *de facto* comme l'obligation de discrimination positive, la Cour multiplie l'ancrage des questions économiques dans le giron conventionnel.

529. Matériellement donc, la jurisprudence de la Cour montre une grande porosité entre les droits garantis et la sphère économique, et illustre dans une certaine mesure la coïncidence, au moins partielle, entre la préservation de liberté individuelle politique et la prise en considération des intérêts économique de l'individu. Sans transformer les droits garantis en libertés économiques au sens strict, la Cour a affirmé à la fois l'ancrage des droits conventionnels dans le domaine économique et leur indépendance vis-à-vis de ce dernier. Ancrage d'une part, en effet, parce que les intérêts économiques des bénéficiaires de la garantie conventionnelle sont largement subsumés sous le champ d'application conventionnel. Indépendance, d'autre part, dans la mesure où la condition économique de l'individu ne constitue pas un motif *per se* de refus d'applicabilité des droits, et fonde même au contraire le contrôle de certaines politiques économiques. Sans contribuer pour autant à la *construction* d'un d'ordre économique donné comme cela lui est parfois reproché, la Cour assure l'effectivité des droits garantis en écartant la contradiction d'objet impossible entre la Convention et la vie économique *existante* qu'avaient pensé instituer ses rédacteurs.

530. Cette absence de contradiction est également constatable à travers, non l'élargissement des droits, mais l'approfondissement de leur contenu.

CHAPITRE 4 : L'INTÉGRATION PAR L'APPROFONDISSEMENT DU CONTENU DES DROITS

532. Les prolongements d'ordre économique et social des droits garantis ne s'épuisent pas dans la définition de leur domaine ou champ d'application dans la sphère économique. Comme droits subjectifs, les droits garantis par la Convention ne se réduisent en effet pas à leur champ d'application, c'est-à-dire les domaines ou les personnes auxquels ils sont applicables. Entendu strictement, un droit subjectif est une « prérogative individuelle conférée à un sujet de droit », en vertu de laquelle il peut soit « faire quelque chose », soit « obtenir qu'une autre personne fasse quelque chose à son profit »¹³⁴⁸. Or, la relation entre l'objet de ces prérogatives conférées par les droits conventionnels et la sphère économique est double.

533. Parce que ces droits sont économiquement situés, les activités des opérateurs économiques, leur régulation par les autorités publiques ou la situation économique du titulaire est susceptible de constituer un facteur « d'altération de l'exercice du droit »¹³⁴⁹, c'est-à-dire la cause d'atteintes portées à l'exercice des prérogatives qu'il leur confère. Dès lors, la Cour, dans un mécanisme similaire à une question d'opposabilité, est amenée, à évaluer, de manière variable, les conséquences des situations ou activités économiques sur l'exercice des droits garantis. (Section 1).

534. La sphère économique dans laquelle évolue les individus est également susceptible d'être intégrée au sein du champ conventionnel par le phénomène, bien constaté en doctrine, de multiplication des prérogatives conférées, ainsi que des contreparties auxquelles elles donnent symétriquement droit de la part des États parties. En d'autres termes, l'ajout de prérogatives intègre davantage d'intérêts et de situations économiques au sein du contrôle conventionnel (Section 2).

¹³⁴⁸ D. GUTMANN, « Droit subjectif », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, XXV-1649 p., pp. 529-533, spéc. pp. 529-530.

¹³⁴⁹ O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, 2004, p. 62, cité in C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 204.

SECTION 1 : L'INTÉGRATION DES ATTEINTES ÉCONOMIQUES AUX CONDITIONS D'EXERCICE DES DROITS GARANTIS

536. L'atteinte portée aux droits garantis doit s'entendre comme l'altération de la faculté à bénéficier des prérogatives que le droit confère à son titulaire, et peut relever d'un acte négatif ou positif¹³⁵⁰. Or, ces atteintes sont envisagées de manière variées par les dispositions conventionnelles. Certains droits, qui sont alors qualifiés de conditionnels, organisent eux-mêmes à la fois la possibilité et les conditions de la licéité de l'altération des conditions de leur exercice. Il en va par exemple ainsi des articles 8 à 11 du texte conventionnel initial, dont les seconds paragraphes visent la possibilité d'y apporter des « ingérence » (article 8) ou des restrictions (articles 9 à 11).

537. Or, les atteintes causées par la sphère économique, à travers les agissements de ses régulateurs comme de ses opérateurs, sont prises en considération de manière variable selon la nature du droit garanti, illustrant une différenciation dans la reconnaissance par la Cour du caractère économiquement situé des droits (§1). L'atteinte de nature économique est naturellement prise en considération dans le cadre du droit au respect des biens, en raison des effets économiques intrinsèques que comporte ce dernier. Cependant, et contrairement à d'autres normes internationales, le sens qu'a donné la Cour à structure de l'article 1P1 conduit à la fois à l'intégration de tout type d'atteinte économique et à la nécessité de distinguer entre les divers types d'atteintes économiques (§2).

§1. La prise en considération variable de l'existence d'une atteinte de nature économique

538. La prise en considération par la Cour des atteintes économiques aux droits garantis semble dépendre de la nature du droit en cause : si elles sont facilement constatées s'agissant des droits dits « conditionnels » (A), la Cour semble peu encline à reconnaître leur existence au regard des droits dits inconditionnels (B).

¹³⁵⁰ C. MADELAINÉ, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 225.

A. L'intégration large des atteintes économiques dans le cadre des droits conditionnels

539. Parmi l'ensemble des droits conditionnels, deux sont susceptibles d'illustrer la faculté de la Cour à prendre en considération largement les atteintes pouvant résulter du fonctionnement de la sphère économique : le droit au respect du domicile d'une part (1), et le droit au respect de la liberté religieuse (2). Cette intégration conduit parfois, conjoncturellement, des droits civils et politiques à pallier l'absence de liberté économique au sein du texte conventionnel (3).

1. La prise en considération des atteintes économiques au regard du droit au respect du domicile

540. Il est incontestable que le droit au respect du domicile a été envisagé par la plupart des rédacteurs comme un prolongement du droit à la sûreté. En d'autres termes, ils visaient à prévenir les intrusions étatiques arbitraires, comme les fouilles ou les opérations de saccage menées afin d'intimider certains individus ou catégories de population. Pourtant, en plus de s'étendre aux sièges sociaux des sociétés commerciales et, plus généralement, d'activités économiques, le droit au domicile peut également être mis en jeu par les atteintes qui, soit sont directement de nature économique, soit ont pour cause une activité ou un acte de régulation de l'activité économique.

541. Ainsi, dans l'affaire *López Ostra*, très remarquée comme constituant l'un des fondements du « droit à un environnement sain » sur le fondement des droits garantis par la Convention, la Cour a jugé que le fonctionnement d'une station d'épuration, autorisée par la municipalité, avait provoqué « des troubles de santé chez de nombreux habitants »¹³⁵¹ et qu'en conséquence, une ingérence pouvait être constatée dans le droit au respect du domicile de la requérante. La jurisprudence concernant la licéité des répercussions des activités économiques est abondante, et peut résulter de l'installation d'une fabrique de vêtements¹³⁵², d'un cabinet médical dans un immeuble à usage d'habitation¹³⁵³ ou encore de l'installation et de

¹³⁵¹ Cour EDH, 9 décembre 1994, *López Ostra c. Espagne*, n° 16798/90, Série A, 303-C, § 52.

¹³⁵² Cour EDH 1^{er} juillet 2008, *Borysiewicz c/ Pologne*, n° 71146/01, § 53.

¹³⁵³ Cour EDH (déc.), 29 septembre 2009, *Galev et autres contre Bulgarie*, n°18324/04.

l'exploitation de terminaux de gaz naturel liquéfié¹³⁵⁴. Parfois, la mise en jeu de l'article 8 résulte, bien que les deux soient liées¹³⁵⁵, de l'activité de régulation d'un secteur économique donné. Cette activité de régulation peut atteindre le domicile considéré par voie de ricochet. Ainsi, les atteintes résultant de la baisse de la valeur du domicile du fait de la construction d'un ouvrage public est susceptible de constituer une atteinte au bien¹³⁵⁶. D'ailleurs, dans la mesure où cette diminution constitue à elle seule une ingérence dans le droit au respect du domicile, la construction d'un édifice qui ne relève pas de la sphère économique mais qui déprécie la valeur du bien, comme par exemple celle d'un cimetière, est également susceptible d'entraîner le contrôle de la Cour¹³⁵⁷.

542. Parfois même, comme le note J.-P. Marguénaud¹³⁵⁸, l'existence d'une atteinte de nature économique permet même de faciliter l'application des droits garantis. Ainsi, dans l'arrêt *Öneryildiz*, la Cour insiste sur la nature « dangereuse par nature »¹³⁵⁹ des activités industrielles qui sont la cause des atteintes subies par le requérant. Selon l'auteur, cet ancrage de la justification dans la cause économique de l'atteinte au droit à la vie constatée correspond à une stratégie argumentative de la Cour visant à asseoir son raisonnement « *par des considérations réductrices de la spécificité des atteintes à l'environnement* »¹³⁶⁰. En revanche, l'atteinte constatée doit atteindre un certain degré de gravité, qui n'est pas sans rappeler l'exigence du préjudice anormal et spécial en droit administratif français. Néanmoins, la Cour adopte une approche plus permissive que le juge administratif, en relevant dans l'arrêt *Hatton* que, bien que les requérants n'aient « soumis aucun élément attestant de la gravité de la gêne alléguée par eux et en particulier, n'ont pas réfuté les données fournies par le gouvernement », la gêne est évaluée à la lueur de la « la prédisposition de chacun à être incommodé par le bruit »¹³⁶¹.

¹³⁵⁴ Cour EDH, 14 février 2012, *Hardy et Maile c. Royaume-Uni*, n° 31965/07, § 188.

¹³⁵⁵ L'installation d'activités économiques à un endroit donné est en effet certainement la conséquence de la régulation instaurée par l'État, soit de manière structurelle, soit de manière individuelle.

¹³⁵⁶ Cour EDH, 25 juin 2015, *Couturon c. France*, n° 24756/10, § 28 : « La Cour constate tout d'abord que la perte de valeur vénale de la partie non expropriée de la propriété du requérant du fait de la construction de l'autoroute A 89 est avérée. Cela ressort de l'évaluation notariale de la moins-value produite par le requérant devant les juridictions internes puis devant la Cour ainsi que du jugement du tribunal administratif de Limoges du 20 juillet 2006 (non contredit sur ce point par l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 17 avril 2008). Elle en déduit que le requérant est en mesure de se prévaloir d'une atteinte à son droit au respect de ses biens ».

¹³⁵⁷ Cour EDH, 4 sept. 2014, *Dzemyuk c/ Ukraine*, n°42488/02, § 78.

¹³⁵⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, « De l'identité à l'épanouissement : l'environnement sain », *op. cit.*, pp. 217-230, spéc. p. 229.

¹³⁵⁹ Cour EDH (GC), 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, n° 48939/99, CEDH 2004-XII, § 71.

¹³⁶⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, « De l'identité à l'épanouissement : l'environnement sain », *op. cit.*, pp. 217-230, spéc. p. 229.

¹³⁶¹ Cour EDH (GC), 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, n° 36022/97, CEDH 2003-VIII, § 119.

2. La prise en considération des atteintes de nature économique à la liberté religieuse

543. Les ouvrages généraux ou spécialisés rédigés par la doctrine fiscaliste surprennent quelque peu le lecteur lorsque l'on constate que, dans les parties consacrées à la Convention comme « sources » du droit fiscal, la liberté religieuse est régulièrement mentionnée¹³⁶². En tant que composante de la liberté plus générale d'avoir des convictions¹³⁶³, elle est intimement liée à la protection de l'individualité de l'être humain et semble, *a priori*, relativement éloignée de la question économique. De fait, si elle est consacrée par la plupart des normes, internes ou internationales, de protection des droits fondamentaux dits « civils et politiques »¹³⁶⁴ ou mixtes¹³⁶⁵, elle ne figure pas dans les instruments qui ont pour objet spécifique la protection des droits économiques et sociaux, comme le PIDESC ou la Charte sociale européenne, et encore moins dans les normes à vocation strictement économiques. Pourtant, les activités économiques, qu'il s'agisse de celles des opérateurs économiques ou de celles des régulateurs économiques, sont susceptibles d'influer sur les deux composantes de la liberté religieuse. Certes, celle-ci, comme l'a rappelé la Cour dans l'arrêt *Kokkinakis*, « relève d'abord du for intérieur », mais elle « implique », de surcroît, notamment, celle de « manifester sa religion »¹³⁶⁶. Dès lors, comme le note le Professeur Sudre, elle revêt « tant une dimension proprement individuelle que sociale et politique »¹³⁶⁷, les deux étant susceptibles d'être heurtées par l'activité économique.

544. La dimension interne de la liberté de religion implique donc le droit d'avoir des convictions, de ne pas en avoir ou d'avoir des convictions religieuses différentes de son voisin, de la majorité des individus ou de l'État. Selon la tradition de l'État et la position historique et sociale de la religion considérés, il arrive que certaines religions soient financées au moyen de contributions de nature fiscale¹³⁶⁸. Or, tout prélèvement obligatoire qui finance une religion qui

¹³⁶² Voy. par exemple J. LAMARQUE, O. NÉGRIN, L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, Paris, 4^{ème} éd., 2016, X-1642 p., pp. 249-250 ; Th. LAMBERT, *Procédures fiscales*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 2017, 726 p., p. 684.

¹³⁶³ Bien que certains instruments, comme la DDHC ou la Conv. IADH, les consacre au sein de dispositions séparées.

¹³⁶⁴ Voy. par exemple les articles 18 du PIDCP, 12 de la Conv. IADH ou 10 de la DDHC.

¹³⁶⁵ Voy. l'article 10 de la CDFUE.

¹³⁶⁶ Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88, Série A, n° 260-A, § 31.

¹³⁶⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 783.

¹³⁶⁸ J.-P. SCHOUPPE, *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, Paris, 2015, 498 p., spéc. pp. 329-332.

ne serait pas celle du requérant constitue une ingérence de nature économique dans la liberté religieuse. L'ancienne commission, comme la Cour, a été en de nombreuses occasions saisies de litiges relatifs aux impôts ecclésiastiques¹³⁶⁹, et le phénomène d'interchangeabilité entre l'article 1P1 et l'article 9, du point de vue de leur applicabilité à un litige, est alors patent. Ainsi, dans l'affaire *Darby c. Suède*, la Cour était saisie de la licéité d'une absence d'exclusion d'un impôt ecclésiastique au détriment d'un non-résident suédois. Le requérant fondait sa requête sur les deux dispositions et, bien que la Cour ait jugé « plus naturel d'examiner l'affaire d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 »¹³⁷⁰, elle n'a pas exclu l'ingérence portée à l'article 9. Au contraire, ayant conclu à la violation des articles 14 et article 1P1, elle a jugé, s'agissant du second, qu'« au vu des circonstances de l'espèce et la conclusion figurant au paragraphe précédent, la Cour ne juge pas nécessaire d'examiner de surcroît » ce second grief, c'est-à-dire de recourir à une économie de moyen fréquente¹³⁷¹.

545. Néanmoins, les difficultés que posent la reconnaissance d'ingérences de nature économique au sein de la liberté religieuse conduisent souvent à la Cour, et la Commission avant elle, à rejeter les requêtes en évitant de répondre à la question de l'articulation du droit à la liberté religieuse avec la personnalité morale, qui plus est commerciale. La Commission s'est ainsi parfois contentée de rejeter les requêtes sur le fondement de règles procédurales comme l'épuisement des voies de recours¹³⁷³, ou de déclarer irrecevables les griefs soulevés par une association actionnaire unique d'une société au motif que c'était uniquement ladite société qui était redevable de l'impôt ecclésial¹³⁷⁴. Elle a cependant parfois, à titre surabondant, également refusé d'octroyer, *ratione personae*, le bénéfice de l'article 9 aux sociétés commerciales en raison d'une incompatibilité d'objet¹³⁷⁵. Si ces saisines donnent si souvent lieu à l'évitement de

¹³⁶⁹ Voy. déjà Com. EDH (déc.) (plén.), 14 mai 1984, *E et G.R. c. Autriche*, n° 9781/82, D.R. 37, p. 46.

¹³⁷⁰ Cour EDH, 23 octobre 1990, *Darby c. Suède*, *op. cit.*, § 28.

¹³⁷¹ J.-F. FLAUSS, « Observations sous Cour EDH, *Darby c. Suède* », *RTDH*, 1992, n° 10, pp. 181-199, spéc. pp. 185-186, on notera que, dans la même affaire, la Commission n'avait pour sa part pas esquivé l'examen au titre de l'article 9 et constaté une atteinte dans la mesure où « *the present applicant was not a member of the Swedish State Church to which he was obliged to contribute by paying a tax. Secondly, the applicant's complaint is not that part of the tax money is used for a purpose which is contrary to his convictions but that he is obliged to pay a specific tax to the Church* »; Com. EDH, 9 mai 1989, *Darby c. Suède*, n° 11581/85, § 48.

¹³⁷³ Voy. par la partie Com. EDH (déc.), 15 avril 1996, *Kustannus Oy Vapaa Ajattelijä AB, Vappaa-Ajattelijain Liitto-Fritankarnas Forbud r. y. et kimmo Sundstorm c. Finlande*, n° 20471/92, D.R., n° 85-A, pp. 29 et s, spéc. pp. 42-43.

¹³⁷⁴ *Idem*, pp 41-42.

¹³⁷⁵ Com. EDH (plén.) (déc.), 27 février 1979, *Société X c. Suisse*, n° 7865/77, D.R. 16, p. 86, « *a limited liability company given the fact that it concerns a profit-making corporate body, can neither enjoy nor rely on the rights referred to in Article 9, paragraphe 1, of the Convention* » ; voy. *supra*, Chapitre 3.

la question, soit par l'économie de moyens, soit par l'irrecevabilité, c'est que, comme le note Laurent Barone, il est possible, de refuser de contribuer financièrement à une organisation religieuse alors que « en toutes autres matières, les requérants se voient dans l'impossibilité d'alléguer que l'emploi par un État des ressources fiscales à une fin spécifique viole les droits garantis par la Convention »¹³⁷⁶. D'ailleurs, la jurisprudence initiale de la Commission s'est rapidement trouvée confrontée à l'allégation d'un tel droit à décider de la destination des impôts et avait jugé que le pacifisme n'était pas une conviction susceptible de motiver le refus de s'acquitter d'un impôt alors que l'État fait l'acquisition d'armes. Aux termes d'une décision de la Commission, l'imposition est « neutre » et cette « *neutrality in this sense is also illustrated by the fact that notax payer can influence or determine the purpose for which his or her contributions are applied, once they are collected* »¹³⁷⁷

546. Ces considérations ressortent néanmoins à la difficulté au fond de concilier ces intérêts antagonistes et n'invalident pas le constat qu'une ingérence de nature économique, ici fiscale, est susceptible de permettre l'application de l'article 9. D'ailleurs, l'affaire *Hobby Lobby* devant la Cour Suprême des États-Unis a montré que ces problématiques sont communes aux normes de protection des droits fondamentaux, bien qu'elle se traduisent dans un ordre juridique donné. La Cour Suprême était saisie de la question de la compatibilité d'une législation fédérale imposant à certaines catégories d'employeurs de fournir une couverture de santé à leurs salariés, couverture qui comprenait l'accès à l'interruption volontaire de grossesse. La Cour a jugé que, la société ne faisant pas écran, les sociétés à but lucratif pouvaient invoquer le droit au respect des croyances religieuses, lesquelles reflètent alors celles de ses actionnaires. Elle en a alors conclu que l'obligation litigieuse constituait une atteinte à leurs « *religious beliefs* », notamment dans la mesure où, en cas de non-respect, « *the economic consequences w[ould] be severe* »¹³⁷⁸ en raison des amendes imposées.

¹³⁷⁶ L. BARONE, *L'apport de la Convention européenne des droits de l'homme au droit fiscal français*, Paris, L'Harmattan, 2000, 439 p., p. 326 ; l'auteur cite à cet égard deux décisions de la Commission, dont celle rendue dans l'affaire Darby : Com. EDH, 14 mai 1984, n° 9781/82, D.R., n° 37, p. 40 et n° 10368/83, D.R., n° 37, p. 153.

¹³⁷⁷ Com. EDH (déc.) (plén.), 15 décembre 1983, *C. c. Royaume-Uni*, n° 10358/83, D.R. 37, p. 148.

¹³⁷⁸ Cour Suprême, 30 juin 2014, *Burwell v. Hobby Lobby Stores Inc.* 537 U.S (2014) p. 32; on notera que la requête n'était pas directement fondée sur la Constitution, mais sur une norme de rang législatif, mais dont le contenu est similaire à toute les clauses ayant trait à la liberté religieuse ; la section 3 du *Religious Freedom Restoration Act* interdit en effet au gouvernement fédéral de « *no substantially burden person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability* », sauf s'il « *demonstrates that application of the burden to the person—(1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest* ».

547. À l'inverse, de manière plus attendue, l'article 9 protège également les prérogatives des groupements religieux, quelle que soit leur forme, face aux prérogatives fiscales de l'État. Il peut tout d'abord servir de fondement à la dénonciation des disparités existant entre les groupes religieux au sein d'un État, notamment lorsqu'une partie seulement d'entre eux bénéficie d'un financement par l'impôt¹³⁷⁹. Plus encore, l'article 9 offre un fondement de contrôle du contenu et des modalités d'application de la législation fiscale à l'encontre des groupements religieux à proprement parler. Ainsi, si l'article 9, comme le plaidait le gouvernement français dans l'affaire des « Chevaliers du Lotus d'or » « n'est pas absolu et ne permet pas de se soustraire à l'obligation de payer des taxes ou de s'acquitter de l'impôt »¹³⁸⁰, il n'empêche que les conséquences d'une taxation peuvent « avoir un impact sur sa capacité à mener son activité religieuse »¹³⁸¹. Dès lors, toute ingérence de nature fiscale n'est pas susceptible d'entraîner l'application du droit, toutes celles qui perturbent la capacité des groupements à assurer l'exercice de leur culte le sont. Alors que dans l'affaire des *Témoins de Jehovah*, la taxation litigieuse sur les dons manuels avait affecté les sources principales de financement de la requérante¹³⁸², le fait qu'il en ait été différemment dans l'arrêt *Chevaliers du Lotus d'Or*¹³⁸³ n'a pas empêché la Cour de constater une atteinte à l'exercice de la liberté religieuse en raison des « conséquences évidentes sur la continuité des cultes »¹³⁸⁴.

548. Comme tous les droits garantis par la Convention, son application ne cesse donc pas parce que sont en cause des mesures, relations ou circonstances de nature économique. Au contraire, ce cadre économique est susceptible de constituer une cause, directe ou indirecte, d'atteinte à son exercice. Ainsi, le droit à la liberté de religion est-il susceptible d'être mise en cause dans de la formation, l'exécution d'un contrat de travail ou la rupture d'un contrat de travail¹³⁸⁵, même en dehors des cas particuliers des employeurs dits de « de tendance », c'est-à-dire ceux « dont l'éthique est fondée sur la religion ou sur les convictions »¹³⁸⁶. La Cour a

¹³⁷⁹ Cour EDH (déc.), 18 septembre 2012, *Ásatrúarfélagid c. Islande*, n° 22897/08.

¹³⁸⁰ Cour EDH, 31 janvier 2013, *Association des Chevaliers du Lotus d'Or c. France*, *op. cit.*, § 32

¹³⁸¹ *Idem*, § 33.

¹³⁸² Cour EDH, 30 juin 2011, *Association Les Témoins de Jehovah c. France*, n° 8916/05, § 53.

¹³⁸³ La Cour note en effet que la taxation à 60% des dons, majorés d'une pénalité de 80%, ne visait qu'une « part très limitée des ressources de la requérante » ; Cour EDH, 31 janvier 2013, *Association des Chevaliers du Lotus d'Or c. France*, *op. cit.*, § 34.

¹³⁸⁴ *Idem*.

¹³⁸⁵ Voy. Cour EDH, 15 janvier 2013, *Eweida c. Royaume-Uni*, n°s 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, CEDH 2013 : l'arrêt concernant le licenciement d'une salariée de British Airways en raison de son refus d'ôter sa croix.

¹³⁸⁶ Cour EDH, 23 septembre 2010, *Obst c. Allemagne*, § 51 ; ces affaires concernent ainsi principalement les églises ou établissements scolaires religieux, mais pas uniquement, comme l'a démontré l'affaire « Babyloup » ; voy. sur cette question J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Les droits de l'Homme du salarié de l'entreprise

ainsi clairement jugé que la liberté, formellement du moins, de « changer d'emploi » n'exclut ainsi pas l'ingérence ainsi constatée¹³⁸⁷. De même, même si la Convention « ne garantit pas la liberté de profession », le refus d'accès à une profession sans prestation d'un serment religieux constitue une ingérence discriminatoire¹³⁸⁸. Bien que la terminologie employée par la Cour soit imprécise, il apparaît que l'interdiction découlant tant du code de la consommation que du code de santé publique et faite aux pharmaciens de refus de vendre certains produits contraceptifs au motif de leurs convictions religieuses est susceptible de constituer une ingérence au sein l'article 9¹³⁸⁹.

3. Les atteintes économiques aux droits, substituts conjoncturels des libertés économiques et des droits sociaux

549. En réalité, cette conclusion particulière s'agissant de l'article 9 est extensible à toutes les dispositions issues des articles 8 à 11 de la Convention. Le droit au respect de la vie privée est ainsi susceptible d'être affecté par les décisions de l'employeur¹³⁹⁰, l'équilibre contractuel économique déterminé dans un contrat d'assurance¹³⁹¹. De la même manière, le droit à la liberté d'expression est susceptible d'être entravé par un licenciement¹³⁹². Cela ne signifie pas que la Convention protège la liberté contractuelle, ou instaure un régime de protection assimilable à un droit du travail, mais que les circonstances juridiques comme factuelles peuvent amener les droits fondamentaux garantis à jouer le rôle de palliatif.

550. Ce mécanisme d'affectation indirecte¹³⁹³ des droits montre comment le phénomène de substituabilité de certains droits fondamentaux dits civils et politiques aux libertés économiques,

identitaire (à propos des 3 arrêts CEDH, *Obst et Schûth* du 23 septembre 2010 et *Siebenhaar* du 3 février 2011) », *D.*, 2011, n° 24, pp. 1637-1642.

¹³⁸⁷ Cour EDH, 15 janvier 2013, *Eweida c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 83.

¹³⁸⁸ Cour EDH (GC), 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97, CEDH-VI, § 41.

¹³⁸⁹ Cour EDH (déc.), 2 octobre 2001, *Pichon et Sajous c. France*, CEDH 2001-X, n° 49853/99 : la Cour juge en effet que « la condamnation pour refus de vente n'a pas interféré avec l'exercice des droits garantis par l'article 9 », c'est en réalité au terme d'une analyse de sa proportionnalité de la licéité de l'ingérence constatée ; « Elle estime que, dès lors que la vente de ce produit est légale, intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies, les requérants ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit, la manifestation desdites convictions pouvant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle »

¹³⁹⁰ Cour EDH, 22 février 2018, *Libert c. France*, n° 588/13.

¹³⁹¹ Cour EDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, 2003-VII : il s'agissait en l'espèce du refus par une société d'assurance de santé de rembourser l'opération de transition à une assurée transgenre.

¹³⁹² Cour EDH, 29 février 2000, *Fuentes Bobo c. Espagne*, n° 39293/98, § 38.

¹³⁹³ L'expression est empruntée à E. de Crouy-Chanel, « Le Conseil constitutionnel mobilise-t-il d'autres principes constitutionnels que l'égalité en matière fiscale ? », *op. cit.*, p. 20.

ou à certains droits sociaux est indiscutable. Il vient parfois pallier l'absence de principe de liberté économique. Dans l'arrêt *Mytilinaios et Kostakis*, l'obligation d'affiliation à une coopérative pour obtenir une licence de production a été examinée au regard de la liberté négative d'association. La Cour en effet jugé que « La Cour est d'avis qu'à n'en pas douter, le refus tacite des autorités nationales, validé par le Conseil d'État, d'octroyer aux requérants un permis de vinification au motif que l'Union de la coopérative vinicole de l'île de Samos assure exclusivement la vinification et la commercialisation du muscat de Samos, est à considérer comme une « ingérence » dans leur liberté d'association « négative »¹³⁹⁴. La liberté négative d'association n'est pas essentiellement ou « génétiquement »¹³⁹⁵ équivalente à la liberté d'entreprendre entendue comme l'accès à un marché. Du fait des circonstances de l'espèce, elle peut cependant remplir une fonction de substitution aux libertés économiques manquantes.

551. Il constitue en ce sens un vecteur important de « fondamentalisation »¹³⁹⁶ du droit économique, notamment privé, et entretient des relations ambiguës avec la consécration de droits à proprement parler¹³⁹⁷. Il est impossible d'en dresser un inventaire exhaustif, notamment au regard de l'ampleur que lui donnent les contentieux internes sur le fondement de la Convention. Un exemple topique concerne la manière dont la Cour de cassation a été saisie de la conventionnalité de l'article 611-15 du code de commerce français par rapport à l'article 10. L'article 611-15 qui impose certaines obligations de confidentialité à tout conciliateur ou mandataire *ad hoc* dans le cadre de procédures de prévention des entreprises en difficulté¹³⁹⁸. Il va même au-delà du seul droit économique, puisqu'il contribue à expliquer comment, par exemple, le droit au respect de la vie familiale peut faire l'objet d'ingérences du fait de la politique successorale d'un État, au même titre que l'article 1P1¹³⁹⁹. En réalité, parce que les

¹³⁹⁴ Cour EDH, 3 décembre 2015, *Mytilinaios et Kostakis c. Grèce*, n° 29389/11, § 53.

¹³⁹⁵ A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre-circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, *op. cit.*, p. 347.

¹³⁹⁶ Le terme a été beaucoup employé, notamment par une partie de la doctrine privatiste à propos du droit des contrats au sens large, mais pas seulement ; Voy. Ch. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. LEWKOWICZ M. XIFARAS (dir.) *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, 320 p., pp. 175–220 ; L. MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 19 et s.

¹³⁹⁷ Voy. *infra*, au sujet des ingérences dans le droit au respect de la vie résultant d'interdictions d'emploi ; J. MOULY qualifie l'utilisation du concept d'ingérence et ses conséquences de « problématique[s] » à ce sujet, « Vie professionnelle et vie privée », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 279-303, spéc. p. 300-303.

¹³⁹⁸ Com., 15 décembre 2015, n° 14-11.500, *Mergermarket Limited*; Agathe Lepage, dans ses observations sur l'arrêt, s'interroge d'ailleurs : « jusqu'où ira la sphère d'influence de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ? » ; A. LEPAGE, « L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme à la conquête du Code de commerce », *Communication Commerce électronique*, 2016, n° 3, comm. 26.

¹³⁹⁹ Voy. Cour EDH (plén.), 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, *op. cit.* ; 13 juillet 2004, *Pla et Paucernau c. Roumanie*, n° 69498/01, CVEDH 2004-VIII.

politiques économiques sont parfois l'instrument de mise en œuvre de politiques sociales ou sociétales, les prolongements d'ordre économique et social des droits garantis sont susceptibles d'être mis en jeu par un grand nombre de mesures étatiques.

552. En revanche, la Cour éprouve plus de difficultés à reconnaître des atteintes de nature ou de cause économique dans le cadre des droits conditionnels, signe de la persistance d'une perception d'une contradiction partielle entre l'objet de la Convention et la sphère économique.

B. L'acceptation limitée des atteintes économiques aux droits inconditionnels

553. Si l'ingérence de nature économique dans les droits dits « conditionnels » est acceptée de manière large, il n'en va pas de même pour les droits dits « inconditionnels », c'est-à-dire ceux qui sont insusceptibles de dérogations fondées sur les clauses d'ordre public ou sur l'article 15. En dehors de ceux de ces droits qui sont de nature procédurale, sont donc concernés les articles 2 à 4 de la Convention. En effet, l'économie est seulement reconnue de manière variable et timide comme cause d'atteintes au droit à la vie (1), à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants (2) et même à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (3).

1. L'intégration variable des causes économiques d'atteintes au droit à la vie

554. L'intégration de l'économie comme cause d'atteintes au droit à la vie varie et apparaît globalement en retrait par rapport au reste des développements jurisprudentiels. En effet, si la Cour reconnaît désormais sans difficultés que certaines activités économiques dangereuses peuvent attirer la responsabilité de l'État en causant la mort d'individus, elle ne reconnaît pas que des conditions économiques de vie désastreuse puissent elles aussi constituer une atteinte au droit contenu dans l'article 2.

555. Les atteintes au droit à la vie peuvent résulter de l'exercice de certaines activités économiques, soit pour les salariés et plus généralement les agents de l'entité qui en a la charge, soit pour les tiers dont les conditions d'existence sont affectées par elles. Le mouvement d'enrichissement de l'article 8 à travers d'abord les atteintes au domicile puis à la vie privée en général, a conduit la Cour à juger, par capillarité, que l'obligation contenue dans l'article 2 « doit être interprétée comme valant dans le contexte de toute activité, publique ou non,

susceptible de mettre en jeu le droit à la vie »¹⁴⁰⁰. L'indifférence au caractère public de l'activité en question permet donc de qualifier des atteintes à la vie que celles-ci résultent de l'action de l'État comme opérateur économique, ou de celle de l'État comme régulateur économique ou, dit autrement, qu'il agisse *de jure imperii* ou *de jure gestionis*. En d'autres termes, l'atteinte pourra être attribuée à l'État soit directement parce qu'il a agi *de jure gestionis* en conduisant lui-même l'activité économique dangereuse¹⁴⁰¹, soit indirectement parce qu'il a agi *de jure imperii* en autorisant – au titre de son pouvoir de réglementation donc – ladite activité. Dans ce cas, l'atteinte pourra résulter soit d'une action positive, c'est-à-dire d'une réglementation inadéquate ou insuffisante, soit d'une omission, c'est-à-dire de n'avoir pas réglementé. Ainsi, l'article 2 peut être « mis en jeu » du fait du décès d'un salarié d'un sous-traitant privé d'un maître d'œuvre privé sur un chantier immobilier¹⁴⁰².

556. D'ailleurs, la Cour avait déjà précisé auparavant que les obligations procédurales contenues dans cette disposition avaient pour objet, dans le cadre du secteur de la santé, « d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, tant ceux agissant dans le cadre du secteur public que ceux travaillant dans des structures privées »¹⁴⁰³. Cette hypothèse ne soulève pas de difficulté parce qu'il n'y a pas de contradiction d'objet : l'indifférence à la nature privée ou publique de l'activité est la solution la plus à même de préserver le caractère de « valeur fondamentale des sociétés démocratiques » du droit à la vie¹⁴⁰⁴. Par ricochet, la jurisprudence de la Cour n'hésite plus à se référer aux obligations précises et détaillées de régulation de ces activités économiques dangereuses qui découlent de ce droit¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰⁰ Cour EDH (GC), 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, *op. cit.*, § 71.

¹⁴⁰¹ Plusieurs affaires ont ainsi concerné le secteur du transport ferroviaire dans des États dans lesquels il était assuré par des monopoles publics : voy. ainsi Cour EDH, 1^{er} mars 2005, *Bone c. France*, n° 69869/01 ; Cour EDH, 15 décembre 2009, *Kalender c. Turquie*, n° 4314/02.

¹⁴⁰² Cour EDH, 9 mai 2006, *Cecilia Pereira Henriques et autres c. Luxembourg*, n° 60255/00.

¹⁴⁰³ Cour EDH (GC), 17 février 2002, *Calvelli et Ciglio c. Italie*, n° 32967/96, CEDH 2001-I, § 49.

¹⁴⁰⁴ Cette qualification se retrouve en effet par exemple comme prémisse du raisonnement dans l'arrêt *Calvelli et Ciglio* précité (§ 48).

¹⁴⁰⁵ Voy. par exemple Cour EDH, 28 février 2012, *Koyadenko et autres c. Russie*, n° 17423/05, § 158: « [the Court considers that this obligation must be construed as applying in the context of any activity, whether public or not, in which the right to life may be at stake, and *a fortiori* in the case of industrial activities, which by their very nature are dangerous. In the particular context of dangerous activities special emphasis must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, particularly with regard to the level of the potential risk to human lives. They must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks » (références omises ; nous soulignons).

557. Dans l'affaire *Öneryildiz*, la Cour a précisé *expressis verbis* l'intégration de certaines activités économiques comme activités susceptibles de causer la mort des tiers. La Cour a commencé par affirmer que l'inclusion de toute activité susceptible de donner la mort valait « *a fortiori* pour les activités à caractère industriel » et notamment celles qui étaient « dangereuses par nature ». Elle en a conclu non seulement qu'en l'espèce l'article 2 était applicable, s'agissant d'un décès causé par la mauvaise exploitation d'un site de stockage de déchets, mais que cette applicabilité résultait d'interprétation était « guidée par l'objet et le but de la Convention, en tant qu'instrument de protection des êtres humains [afin de] comprendre et [d']appliquer ses dispositions d'une manière qui rende ses exigences concrètes et effectives »¹⁴⁰⁶. D'ailleurs, J.-P. Marguénaud a noté que cette référence aux activités industrielles dangereuses était en réalité un moyen pour la Cour de « justifier le constat de violation du droit à la vie par des considérations réductrices de la spécificité des atteintes à l'environnement »¹⁴⁰⁷. En d'autres termes, motiver la solution en termes d'activités économiques dangereuses assurerait plus facilement les « fonctions idéologiques » de « légitimation et de persuasion » des arrêts¹⁴⁰⁸ qu'une motivation fondée sur des termes strictement environnementaux. En revanche, la causalité demeure indirecte. Les conditions de travail peuvent contrevenir au droit à la vie, mais uniquement lorsque leur dangerosité est telle qu'elle est susceptible de causer la mort. L'activité économique ne devient alors que la cause indirecte de l'atteinte, qui est elle caractérisée par le décès lui-même¹⁴⁰⁹.

558. En revanche, la Cour ne reconnaît pas les atteintes « au droit de disposer de conditions décentes d'existence »¹⁴¹⁰. Malgré les avancées opérées au regard des externalités négatives, la Cour a continué à affirmer, au moyen parfois d'une décision d'irrecevabilité pour défaut manifeste de fondement¹⁴¹¹ que « l'article 2 assure uniquement une protection contre le fait d'infliger la mort et ne peut pas être interprété comme garantissant le droit à une certaine qualité

¹⁴⁰⁶ Cour EDH (GC), 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, *op. cit.*, § 69.

¹⁴⁰⁷ J.-P. MARGUÉNAUD, « De l'identité à l'épanouissement : l'environnement sain », in F. SUDRE, *Le droit au respect de vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 217-230, spéc. p. 229.

¹⁴⁰⁸ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

¹⁴⁰⁹ Cour EDH, 9 juin 1998 *L.C.B c. Royaume-Uni*, CEDH 1998-III, § 36

¹⁴¹⁰ M. LEVINET, « Rapport introductif. La 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie », in M. LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2010, 342 p., pp. 7-72, spéc. p. 43.

¹⁴¹¹ La Cour instrumentalise en effet fréquemment le recours à une décision de rejet en raison du caractère supposément « manifestement mal fondé » de la requête alors même que les questions soulevées sont soit importantes, soit complexes.

de vie »¹⁴¹². Cette dissociation met en lumière le caractère conservateur de la Cour européenne au regard de l'appréhension de la pauvreté à travers les dispositions conventionnelles. En préservant le « *statu quo* », la Cour refuse en réalité d'interpréter l'article 2 au regard concept de « dignité » en raison d'une dissociation persistante vis-à-vis des droits économiques et sociaux¹⁴¹³.

559. Cette attitude contraste particulièrement avec la jurisprudence de la Cour IADH sur ce point, qualifiée de « plus progressiste »¹⁴¹⁴, qui a au contraire accepté de prendre en considération des « prolongements d'ordre économique et social du droit à la vie »¹⁴¹⁵. La Cour de San José déduit elle, aidée en partie par un article 4 au sens littéral légèrement plus ouvert que l'article 2 de la Convention européenne¹⁴¹⁶, du fait que le droit à la vie est un droit à la fois « fondamental » et « un prérequis à la jouissance de tous les autres droits de l'homme » qu'il comporte également un droit à une « existence digne »¹⁴¹⁷. Or, l'existence d'une atteinte au droit à la vie s'apprécie à son égard au regard des conditions socio-économiques auxquelles peuvent être soumis les requérants. La Cour a ainsi par exemple jugé que la privation pour une communauté indigène de la propriété de ses terres ancestrales pouvait engendrer une violation de l'article 4 en raison des conditions de vie matérielles que cela pouvait provoquer chez ses membres¹⁴¹⁸. Comme le note Laurence Burgorgue-Larsen, cette interprétation a probablement pour but d'intégrer matériellement le Protocole de San Salvador qui est distinct de la Convention, dont la ratification est facultative et surtout dont seules deux garanties sont « justiciables »¹⁴¹⁹, ce qui est précisément ce que son homologue de Strasbourg entend donc éviter.

¹⁴¹² Cour EDH (déc.), 29 avril 2003, *Dremlyuva c. Lettonie*, n° 66729/01.

¹⁴¹³ L. BURGORGUE-LARSEN, « La dignité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La dignité saisie par les juges en Europe*, Nemesis-Bruylant, 2010, 262 p., pp. 55-78.

¹⁴¹⁴ L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'homme*, op. cit., p. 808.

¹⁴¹⁵ K. MARTIN-CHENUT, « Le droit international des droits de l'homme », vecteur de durcissement de la responsabilité sociétale des entreprises », in *Réciprocité et universalité : sources et régimes du droit international des droits de l'homme mélanges en l'honneur du professeur Emmanuel Decaux*, Paris, Pedone, 2017, 1373 p., pp. 1300-1336, spéc. p. 1312.

¹⁴¹⁶ L'article 4 § 1 de la Convention IADH énonce en effet que « [t]oute personne a droit au respect de sa vie ».

¹⁴¹⁷ Cour IADH, 19 novembre 1999, *cas des « Enfants de la Rue » (Villagrán y otros) c. Guatemala*, Série C, n° 63, § 144 : « *El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos (...). En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna* » (notre traduction).

¹⁴¹⁸ Cour IADH, 29 mars 2006, *Communauté indigène Sawhoya-maxa c. Paraguay*, Série C, n° 146, cité in L. BURGORGUE-LARSEN, « Le droit au respect de la vie dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in M. LEVINET (dir.), *Le droit à la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2010, 342 p., pp. 153-186, spéc. p. 168.

¹⁴¹⁹ *Idem*, p. 169.

560. L'articulation entre l'article 3 de la Convention et les conditions économiques de vie des individus traduit une conception à peine moins restrictive de l'objet de ces dispositions intangibles.

2. Les conditions de vie économiques comme traitement inhumain ou dégradant

561. La Cour admet difficilement que la pauvreté *per se* puisse constituer un traitement inhumain ou dégradant (a) mais accepte plus facilement de la prendre en considération comme facteur aggravant d'une situation (b). En revanche, la Cour n'a pas encore admis que certaines activités économiques, comme la prostitution, puissent être constitutives par elles-mêmes d'un tel traitement (c).

a. La pauvreté, motif difficilement admis de traitements inhumains ou dégradants

562. L'article 3 consacre, selon les termes de la Cour, « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »¹⁴²⁰ reconnue notamment par son caractère de norme de *jus cogens*¹⁴²¹, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants incarne la première des causes qui ont conduit à l'élaboration de la Convention, à savoir éviter la répétition des atrocités commises pendant la Seconde Guerre mondiale¹⁴²². Il participe donc également de la protection de l'intégrité de la personne humaine, et semble renvoyer de la même manière que l'article 2 à la prohibition des actes de violence physique à son encontre. Pourtant, il dispose lui aussi d'une texture en partie ouverte, puisqu'il prohibe à la fois la « torture » et les « peines et traitements inhumains ou dégradants ». Il n'était donc pas impossible de considérer qu'une situation d'extrême pauvreté pouvait constituer des traitements « inhumains et dégradants ».

563. Saisie de la conformité à la Convention de la suspension de la fourniture d'électricité en raison de l'impécuniosité d'un locataire du parc social, la Commission avait jugé irrecevable le

¹⁴²⁰ Voy. parmi tant d'autres Cour EDH (plén.), 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, Série A, n° 161, § 88.

¹⁴²¹ Cour EDH (GC), 21 novembre 2001, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, n° 35763/97, CEDH 2001-XI, § 61

¹⁴²² Jean Carbonnier a d'ailleurs durement critiqué l'approche évolutive développée par la Cour, en rappelant avec ironie que, selon lui, la Convention « devait être une sauvegarde (des droits de l'homme), en réponse à un SOS, rien de plus » ; J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 2006, 276 p., p. 55.

grief fondé sur l'article 3 dans la mesure où « la suspension ou les menaces de suspension des fournitures d'électricité n'atteignaient pas le niveau d'humiliation ou d'avilissement requis pour qu'il y ait un traitement inhumain ou dégradant »¹⁴²³. Dans d'autres décisions dans lesquelles la Cour a rejeté ce type de grief sur ce même fondement du défaut de sévérité suffisante, elle a précédé sa conclusion d'un *obiter dictum* afin de rappeler « the Convention does not guarantee, as such, socio-economic rights, including the right to charge-free dwelling, the right to work, the right to free medical assistance or the right to claim a financial assistance from a State to maintain a certain level of living »¹⁴²⁴. Pourtant, il n'y a plus d'opposition de principe entre l'objet de l'article 3 les conditions économiques de subsistance d'un individu. La Cour admet ainsi que « a complaint about a wholly insufficient amount of pension and the other social benefits may, in principle, raise an issue under Article 3 of the Convention which prohibits inhuman or degrading treatment »¹⁴²⁵.

564. La Cour admet donc que les individus qui dépendent entièrement des systèmes d'assistance sociale peuvent voir leur dignité atteinte du fait des conditions de dénuement dans lesquelles ils sont contraints de vivre du fait du niveau des aides qui leur sont octroyées. Il ne s'agit pas d'une extension *stricto sensu*, mais bien de l'admission de la causalité entre les traitements contraires à la dignité et l'absence ou le niveau de subsides¹⁴²⁶. Pourtant la Cour, si elle ne rejette plus par principe la compatibilité entre cette qualification et les conditions économiques de vie d'un individu, n'a encore jamais conclu à la violation de l'article 3, jugeant systématiquement que le niveau de sévérité n'était pas atteint¹⁴²⁷.

¹⁴²³ Com. EDH (plén.) (déc.), 9 mai 1990, *Van Volssem c. Belgique*, n° 14641/89.

¹⁴²⁴ Cour EDH (déc.), 28 octobre 1999, *Pančenko c. Lettonie*, n° 40772/98, § 2 (nous soulignons).

¹⁴²⁵ Cour EDH (déc.), 24 avril 2002, *Larioshina c. Russie*, n° 56869/00, § 3 (nous soulignons).

¹⁴²⁶ Ce rattachement est plus clairement affirmé dans la décision *Budina*, dans laquelle la Cour note qu'elle ne cannot exclude that State responsibility could arise for treatment « where an applicant, in circumstances wholly dependent on State support, found herself faced with official indifference when in a situation of serious deprivation or want incompatible with human dignity » (nous soulignons) ; Cour EDH (déc.), 18 juin 2009, *Budina c. Russie*, n° 45603/05.

¹⁴²⁷ Voy. Cour EDH (déc.), 18 juin 2009, *Budina c. Russie*, *op. cit.* : « indeed there is no indication in the materials before the Court that the level of pension and social benefits available to the applicant have been insufficient to protect her from damage to her physical or mental health or from a situation of degradation incompatible with human dignity ».

b. La pauvreté, facteur aggravant des traitements inhumains ou dégradants

565. En revanche, les situations d'extrême pauvreté sont susceptibles de contribuer, en tant que facteur aggravant, à la qualification de traitements inhumains ou dégradants. La Cour a ainsi reconnu que les conditions de vie de membres de la communauté Rom constituaient une « atteinte à leur dignité humaine » équivalant à un traitement dégradant au sens de l'article 3. Or ces conditions avaient été causées par la destruction de leurs habitations imputable à l'État – bien qu'elle ait échappé à l'applicabilité *ratione temporis* de la Convention – qui avait indemnisée très tardivement et la pension alimentaire octroyée par l'État à l'une des requérantes au nom de son enfant mineur en raison du décès du père dans l'incendie était dérisoire¹⁴²⁸. Plus récemment, dans divers arrêts intéressant la situation des réfugiés et migrants dans les pays du Sud de l'Europe, la Cour a ainsi conforté la caractérisation des traitements inhumains et dégradants au nom de facteurs économiques.

566. Dans l'arrêt *M.S.S.*, la Cour était saisie de la question de l'éventuelle violation par la Grèce de l'article 3 en raison des conditions d'existence du requérant. Or, si la Cour commence par rappeler la solution dégagée dans l'arrêt *Budina*¹⁴²⁹, elle conclut cette fois-ci que « la situation dans laquelle s'est trouvé le requérant [était] d'une particulière gravité »¹⁴³⁰, à savoir un « dénuement le plus total » et n'avoir pu ni se loger, ni se nourrir, ni se laver¹⁴³¹. Plus encore, la Cour va rejeter en se fondant sur la conjoncture économique grecque l'argument du gouvernement défendeur selon lequel « le requérant [était] directement responsable de sa situation »¹⁴³². Ainsi, il estimait que les autorités lui avaient permis de se constituer une situation économique stable en lui remettant une « carte rose » en vertu de laquelle il était

¹⁴²⁸ Voy. Cour EDH, 12 juillet 2005, *Moldovan et autres c. Roumanie* (n° 2), nos 41138/98 et 64320/01, CEDH 2005-VII, § 107 : la Cour note en effet que « ce n'est que dix ans après les événements que la décision du 12 mai 2003, rendue par le tribunal régional de Mureş, a accordé une indemnisation pour la destruction des maisons mais non pour la perte de biens » et que « après examen de la demande de pension alimentaire formée par la requérante Maria Floarea Zoltan au nom de son enfant mineur dont le père avait été brûlé vif durant les événements, le tribunal régional de Mureş lui a accordé, dans sa décision du 12 mai 2003 devenue définitive le 25 février 2005, un montant équivalent au quart du salaire minimum garanti et a décidé de réduire ce montant de moitié au motif que les victimes décédées avaient provoqué les infractions » (nous soulignons) ; on notera que ces éléments sont relevés dans le cadre de l'analyse du grief fondé sur l'article 8, mais qu'ils fondent également la conclusion dégagée sur le fondement de l'article 3.

¹⁴²⁹ Cour EDH (GC), 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, CEDH 2011, § 253.

¹⁴³⁰ *Idem*, § 254.

¹⁴³¹ *Idem*.

¹⁴³² *Idem*, § 256.

autorisé à travailler, ce qui, selon la loi grecque, devait lui permettre d'accéder au marché du travail et ainsi « d'essayer de mettre un terme à sa situation et de pourvoir à ses besoins essentiels »¹⁴³³. Au contraire, la Cour retient qu'« à cela s'ajoutent les difficultés personnelles liées à l'absence de connaissance de la langue grecque par le requérant et à l'absence de tout réseau de soutien *ainsi que le contexte général de la crise économique* »¹⁴³⁴.

567. Ce type d'impossibilité matérielle pour les requérants de subvenir à leurs besoins dans le cadre de la crise économique n'est pas systématiquement relevée par la Cour, même quand elle est soulevée par les requérants¹⁴³⁵ sauf lorsque la Grèce était à nouveau la partie défenderesse¹⁴³⁶. Néanmoins, il paraît incontestable que la Cour prend en considération toute « difficulté pratique liée à la crise économique et au grand nombre de chômeurs en recherche d'emploi » ainsi que celles résultant de l'impossibilité « d'ouvrir un compte bancaire ou [de] se voir attribuer un numéro d'enregistrement fiscal » dans la mesure où elles constituent des « conditions essentielles pour exercer une activité professionnelle »¹⁴³⁷. À partir du moment où ces difficultés s'imposent aux requérants, la Cour rejette l'argument tiré de la contribution des individus à la survenance du maintien de traitements inhumains ou dégradants du fait de leurs conditions matérielles d'existence est invoqué régulièrement par les États parties. Certains juges nationaux condamnant d'ailleurs le refus de la Cour de l'admettre, un tel refus résultant selon eux d'une « vision néolibérale » et appelant à un traitement différencié avec « ceux qui épanouissent leur personnalité et (...) que recherchent les sociétés professionnelles, les employeurs ou le public »¹⁴³⁸.

¹⁴³³ *Idem*, § 261.

¹⁴³⁴ *Idem*.

¹⁴³⁵ Voy. par exemple Cour EDH (GC), 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12, § 64 : le requérant alléguait que son expulsion vers l'Italie le confronterait à une situation dans laquelle « le marché libre du logement [était] inaccessible aux demandeurs d'asile car la situation économique de l'Italie, avec un taux de chômage en augmentation, ne leur permettait pas de trouver un emploi » ; la Cour, bien que rappelant *n extenson* le raisonnement retenu dans l'arrêt *M.S.S.*, fonde le risque de subir des traitements inhumains ou dégradants plus spécifiquement sur la lenteur de la procédure d'identification des demandeurs, les capacités et conditions des structures d'accueil et aux risques pesant sur l'unité familiale ; dans les autres cas, la tior qui accompagne ou cause la crise migratoire semble même constituer un caractère d'exonération, malgré le caractère absolu de la prohibition édictée à l'article 3 ; voy. *infra*, Titre 4, Chapitre 8.

¹⁴³⁶ Voy. Cour EDH, 31 juillet 2014, *F.H. c. Grèce*, n° 78456/11, § 109 ; 11 décembre 2014, *AL.K. c. Grèce*, n° 63542/11, § 60 ; 4 février 2016, *Amadou c. Grèce*, n° 37991/11, § 60 ; 13 octobre 2016, *B.A.C. c. Grèce*, n° 119881/15, § 42 ; 18 mai 2017, *S.G. c. Grèce*, n° 46558/12, § 38.

¹⁴³⁷ Cour EDH, 13 octobre 2016, *B.A.C. c. Grèce*, n° 11981/15, § 43.

¹⁴³⁸ Opinion dissidente du juge Dedov sous l'arrêt Cour EDH, 28 mars 2017, *Z.A. et autres c. Russie*, n° 61411/15 ; certes, ces conditions font usuellement partie des conditions d'établissement de la liberté de circulation (voy. par exemple l'article 7 de la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 restreignant la faculté de séjour au-delà de trois mois à ceux qui ont pu « avoir les conditions de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance de l'État membre d'accueil au cours de son séjour »).

568. L'intégration des conditions matérielles de vie comme cause de traitements inhumains ou dégradants est donc à la fois partielle et spéciale – d'ailleurs, comme le note C. Ruet, « la Cour ne lie pas de manière générale faiblesse d'une situation socioéconomique et vulnérabilité »¹⁴³⁹ qui emporterait des obligations particulières et modifierait le seuil de gravité comme cela est le cas par exemple s'agissant des personnes privées de liberté ou des enfants. L'« absolue relativité »¹⁴⁴⁰ de la norme contenue dans l'article 3 joue donc en défaveur de l'interpénétration entre la dimension économique de la vie des individus et les garanties conventionnelles

c. L'activité économique comme traitement inhumain ou dégradant :
l'exemple de la prostitution

569. En dehors des cas de pauvreté, la question se pose de savoir si certaines activités économiques pourraient par elles-mêmes être qualifiées de traitements inhumains ou dégradants. Le cas le plus emblématique en la matière est certainement la prostitution. La Cour n'a jamais, en raison notamment du défaut de consensus entre les États européens en la matière, jugé contraire à la dignité humaine la prostitution en tant que telle, mais seulement la prostitution forcée¹⁴⁴¹. Évitant la question de savoir si la prostitution n'est pas « toujours, au moins, contrainte par les conditions socio-économiques »¹⁴⁴², la Cour a restreint son analyse au fait de savoir si le fait qu'en France, la prostitution soit assimilée à une activité économique non salariée et assujettie à ce titre au paiement de l'impôt sur les bénéfices non commerciaux et au paiement de cotisations sociales.

Or, en l'espèce la requérante alléguait que cet assujettissement, en partie rétroactif, l'empêchait de mettre à bien son projet de sortie de la prostitution et d'exercer une autre activité. Non seulement la Cour ne conteste à aucun moment cette assimilation de la prostitution à « une

¹⁴³⁹ C. RUET, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2015, n° 102, pp. 317-340, spéc. p. 325 ; l'auteur note cependant que, dans des arrêts intéressant d'autres droits, le salarié ou le candidat à un emploi peuvent être considérés comme des parties vulnérables au titre du contrôle de proportionnalité ; voy. *infra*, Titre 4, Chapitre 7.

¹⁴⁴⁰ J. CALLEWAERT, « L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : une norme relativement absolue ou absolument relative », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant/LGDJ, XIII-1487 p., 1995, pp. 13-34.

¹⁴⁴¹ Cour EDH, 11 septembre 2007, *V.T. c. France*, n° 37194/02, § 25 : « C'est en revanche avec la plus grande fermeté que la Cour souligne qu'elle juge la prostitution incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte ».

¹⁴⁴² *Idem*, § 26.

activité professionnelle comme une autre »¹⁴⁴³, mais elle en accentue la portée en rappelant que « [l]es revenus perçus dans le cadre de l'exercice de leur activité par les travailleurs indépendants génèrent de la sorte une dette au bénéfice de l'URSSAF, si bien qu'un travailleur indépendant qui cesse son activité doit pouvoir disposer de fonds pour payer plus tard les contributions et cotisations dues au titre de son activité passée ». Dès lors, si les sommes demandées ainsi que les majorations imposées ont « rendu malaisée la cessation de l'activité de prostitution dont elle tirait ses seuls revenus et entravé son projet de réinsertion »¹⁴⁴⁴, la requérante n'a apporté « aucun élément concret dont il ressortirait qu'elle était dans l'impossibilité de le faire par d'autres moyens »¹⁴⁴⁵ et la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 3. L'« ambigüité » de la position française qu'avalise ici la Cour – banalisation d'un côté, régime pénal d'exception de l'autre – est critiquée par la juge Fura-Sandström¹⁴⁴⁶, qui souligne les dangers d'une approche excessivement formaliste en matière économique. Dans la mesure où la prostitution serait un moyen pour un individu d'obtenir des revenus, elle constituerait une activité économique comme un autre qui pourrait être librement choisie et assujettie au régime de toute activité. Cette approche est répandue, comme en témoigne la normalisation absolue de la prostitution par les dispositions économiques du droit de l'Union, la Cour de justice ayant jugé que « la prostitution constitue une prestation de services rémunérée qui, ainsi qu'il ressort du point 33 du présent arrêt, relève de la notion d'« activités économiques »¹⁴⁴⁷.

570. Cette approche formelle des conditions économiques, malgré la logique d'effectivité dont s'est prévalu la Cour dans l'arrêt *Airey*¹⁴⁴⁸, qu'elles soient le fruit de l'action de l'État ou au contraire de celle de particuliers, dans la détermination de l'existence d'un travail forcé conduit également la Cour à rejeter le grief fondé sur l'article 4 § 2¹⁴⁴⁹, disposition de laquelle la Cour a également donné une interprétation contrastée en la matière.

¹⁴⁴³ J.-M. LARRALDE, « La France, État proxénète ? Cour européenne des droits de l'homme (2^{ème} section), Tremblay c. France, 11 septembre 2007 », *RTDH*, 2009, n° 77, pp. 195-210, spéc. p. 200.

¹⁴⁴⁴ *Idem*, § 33.

¹⁴⁴⁵ *Idem*.

¹⁴⁴⁶ Opinion partiellement dissidente de la juge Fura-Sandström sous l'arrêt *V. T. c. France*.

¹⁴⁴⁷ CJCE, 20 novembre 2001, *Aldona Malgorzata Jany et autres c. Staatsecretaris van Justitie*, C-268/99, § 49 ; cet arrêt est d'ailleurs expressément invoqué par l'État français dans ses conclusions devant la Cour (§ 20).

¹⁴⁴⁸ François Tulkens, si elle salue l'action de la Cour en la matière, n'en note pas moins que les « prolongements sociaux » des droits n'étaient effectivement reconnus que « dans certains cas » ; F. TULKENS, « Pour les 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : bilan, questions critiques et défis », *RTDH*, 2014, n° 98, pp. 333-351, spéc. p. 345.

¹⁴⁴⁹ La similarité du critère dégagé dans le cadre de l'article 3 avec celui de qualification du travail forcé au sens de l'article 4 § 2 conduit en effet la Cour à en déduire que la requérante « ne peut se dire 'astreinte à un travail

3. Les conditions économiques d'une activité comme esclavage ou travail forcé

571. La dernière des dispositions dites « intangibles » et qui n'a pas un objet procédural possède, à la différence des articles 3 et 4, une dimension intrinsèquement économique. Prohibant l'esclavage et le travail forcé, elle a néanmoins été pensée non pas un vecteur de conventionnalisation d'un ordre économique donné, mais simplement comme la répétition d'une interdiction visant elle aussi à empêcher la réitération des pratiques des régimes totalitaires vaincus à la suite de la seconde guerre mondiale ainsi que de la traite négrière. Élaboré selon une structure similaire à celle de l'article 2, c'est-à-dire avec une série d'interdictions – celles de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé ou obligatoire, suivie d'une série d'exclusions de cette dernière qualification dans des circonstances particulières, les unes comme les autres ont conduit la Cour à apprécier la licéité de certaines formes d'activités économiques et ce bien que la Cour déduise parfois du caractère fondamental de ces interdictions l'absence de nécessité de qualification de ces activités au regard des diverses hypothèses couvertes par l'article 4¹⁴⁵⁰.

572. De prime abord, l'hypothèse la plus éclatante de l'interpénétration entre les logiques économiques et la protection des droits fondamentaux découle certainement de l'interdiction de l'esclavage. Classiquement défini comme « l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux »¹⁴⁵¹, l'interdiction prohibe par conséquent la réduction de l'être humain à un bien susceptible de commerce juridique et économique, et donc le trafic d'être humains qui, « *by its very nature and aim of exploitation,*

forcé ou obligatoire au sens de l'article 4 § 2 » et que « aucune question distincte ne pose en l'espèce sous l'angle de cette disposition » ; Cour EDH, 11 septembre 2007, *V.T. c. France*, *op. cit.*, § 35.

¹⁴⁵⁰ Cour EDH, 7 janvier 2010, *Rantsev c/ Chypre et Russie*, n° 25965/04, CEDH-2010, § 282 : « *[t]here can be no doubt that trafficking threatens the human dignity and fundamental freedoms of its victims and cannot be considered compatible with a democratic society and the values expounded in the Convention. In view of its obligation to interpret the Convention in light of present-day conditions, the Court considers it unnecessary to identify whether the treatment about which the applicant complains constitutes "slavery", "servitude" or "forced and compulsory labour". Instead, the Court concludes that trafficking itself, within the meaning of Article 3(a) of the Palermo Protocol and Article 4(a) of the Anti-Trafficking Convention, falls within the scope of Article 4 of the Convention. The Russian Government's objection of incompatibility ratione materiae is accordingly dismissed* ».

¹⁴⁵¹ Convention des Nations-Unies relative à l'esclavage du 25 septembre 1926, article 1 § 1 ; la Cour s'est référée à cette convention dans son arrêt de principe concernant l'article 4, Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, n° 73316/01, CEDH 2005-VII, § 122.

is based on the exercise of powers attaching to the right of ownership » et qui « *treats human beings as commodities to be bought and sold and put to forced labour* »¹⁴⁵².

573. Pourtant, la Cour a choisi de ne pas rattacher les formes « d’esclavage moderne »¹⁴⁵³ à la prohibition de l’esclavage, mais à celle de « servitude ». Interprétée par la Cour comme se référant à « une obligation de prêter ses services sous l’empire de la contrainte »¹⁴⁵⁴, cette interdiction a été utilisée – sans succès – par certains requérants afin de contester des restrictions à leur liberté professionnelle. Dans la décision *Séguin c. France*, par exemple, le requérant alléguait devant la Cour que l’obligation de secret professionnel qui se perpétuait après son licenciement constituait une servitude dans la mesure où elle « entrav[ait] sa liberté de retrouver du travail »¹⁴⁵⁵. Pourtant, sans rejeter l’existence d’une certaine contrainte reposant cette obligation au-delà du contrat de travail, la Cour relève que « la notion de service telle qu’entendue par le requérant est manifestement différente » de « celle de l’article 4 § 1 de la Convention »¹⁴⁵⁶. Similairement, la Commission avait rejeté une requête fondée sur l’article 4 par laquelle un individu contestait la licéité d’une décision des services d’assurance chômage néerlandais ayant réduit de 18% puis de 24% le montant de ses allocations parce qu’il n’avait pas cherché ou accepté des offres d’emplois jugées adaptées à son profil. Selon lui, cette réduction équivalait à une contrainte d’exercer un autre emploi qui ne correspondait pas à son métier. Soucieuse de préserver une conception traditionnelle de la notion de servitude, la Commission avait rejeté la requête comme manifestement mal fondée dans la mesure où cette réduction n’impliquait pas qu’il ait été « *in any way forced to perform any kind of labour* »¹⁴⁵⁷.

574. Cette applicabilité peut ainsi sembler marginale et avoir une incidence limitée sur le fonctionnement de l’ordre économique, spontané ou construit. Pourtant, la Cour est plus souvent saisie de griefs sur le fondement de l’article 4 qui tendent à contester à un système particulier de rémunération, soit relativement à son niveau, soit relativement aux droits et

¹⁴⁵² Cour EDH, 7 janvier 2010, *Rantsev c/ Chypre et Russie*, n° 25965/04, CEDH-2010, § 281.

¹⁴⁵³ La Cour emploie elle-même cette terminologie ; voy. Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, *op. cit.*, § 100.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, § 124 ; cette définition constitue un premier élargissement par rapport aux premières décisions de la Commission et de la Cour, qui assimilait la servitude à la condition du « serf », « contraint de vivre sur la propriété d’autrui et [dans] l’impossibilité de changer sa condition » ; voy. Cour EDH, 24 juin 1982, *Van Drooghenbroeck c. Belgique*, § 58.

¹⁴⁵⁵ Cour EDH (déc.), 7 mars 2000, *Séguin c. France*, n° 42400/98, § 4 (griefs).

¹⁴⁵⁶ *Idem.*, § 4 (en droit).

¹⁴⁵⁷ Com. EDH (déc.), 26 février 1997, *Talmon c. Pays-Bas*, n° 30300/96, § 1 (en droit).

prestations auquel le service donne droit. Souvent en effet, et depuis longtemps¹⁴⁵⁸, ces requêtes comportent des griefs fondés à la fois sur l'article 4 et sur l'article 1P1, pris isolément ou en combinaison avec l'article 14¹⁴⁵⁹. Récemment encore, la Cour a reconnu l'existence d'un travail forcé infligé à des migrants en situation irrégulière en raison de l'absence de salaire versé par leur employeur et du fait pour ce dernier « d'abuse[r] de son pouvoir ou [de] tire[r] profit de la situation vulnérabilité de ses ouvriers afin de les exploiter »¹⁴⁶⁰.

575. Les plus grandes difficultés proviennent plutôt de la notion de « travail forcé ou obligatoire », soit dans son acception positive, soit dans son acception négative. S'il est en effet prohibé par l'article 4 § 2, le paragraphe suivant exclut un certain nombre d'hypothèses de la qualification de travail forcé ou obligatoire. Or, parmi celles-ci figurent « le travail requis *normalement* d'une personne soumise à la détention » et le « travail ou service formant partie des obligations civiques *normales* »¹⁴⁶¹. Or, la qualification de cette normalité fait intervenir plusieurs catégories de considérations économiques. Dans l'affaire *Stummer*, par exemple, la Cour était saisie de la question de la licéité conventionnelle du régime autrichien encadrant le travail effectué dans le cadre pénitentiaire. Le travail effectué dans ce cadre, au profit de l'administration, n'ouvrait en effet aucun droit à une pension de retraite, ce qui conduisait le requérant à soutenir qu'un travail contraint qui n'emporte pas « affiliation au régime des pensions de retraite soumise à la détention »¹⁴⁶² est, à la lumière des conditions actuelles, un travail forcé non couvert par l'exclusion de l'article 4 § 3 a). La Cour instrumentalisa le consensus européen pour rejeter, comme souvent¹⁴⁶³, les arguments du requérant sur ce point¹⁴⁶⁴.

576. De la même manière, la Cour semble réticente à empêcher que l'exception de l'article 4 § 3 a) profite à des sociétés commerciales privées en raison du coût extrêmement bas de cette main d'œuvre. Certes, contrairement par exemple à la Convention interaméricaine des droits

¹⁴⁵⁸ Voy. déjà Com. EDH (plén.) (déc.), 17 décembre 1963, *Iversen c. Norvège*, n° 1468/62 : il s'agissait en l'espèce de l'affectation obligatoire d'un dentiste en raison d'obligations de service public ; le requérant contestait, sur le fondement de l'article 4 et des articles 1P1 et 14 le niveau de la rémunération proposé.

¹⁴⁵⁹ Voy. Cour EDH, 23 novembre 1983, *Van der Musselle, op. cit.* ; (déc.), 13 décembre 2005, *Puzinas c. Lituanie*, 44/800/98 ; (GC), 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche, op. cit.*

¹⁴⁶⁰ Cour EDH, 30 mars 2017, *Chowdury et autres c. Grèce*, n° 21884/15, CEDH 2017.

¹⁴⁶¹ Respectivement article 4 § 3 a) et d) (nous soulignons).

¹⁴⁶² Cour EDH (GC), 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche, op. cit.*

¹⁴⁶³ F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, n° 28, I, 335 : l'auteur relève que « l'interprétation 'consensuelle' sert plutôt à réfréner une évolution du droit et est l'alibi d'un attentisme prudent ».

¹⁴⁶⁴ Cour EDH (GC), 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche, op. cit.*, §§ 131-132.

de l'homme¹⁴⁶⁵, la lettre de la Convention ne restreint pas au travail effectué pour le compte de l'État – ce dont la Commission avait immédiatement conclu que rien n'empêchait ce dernier de conclure des contrats avec de telles sociétés¹⁴⁶⁶, et même au contraire que cela pouvait favoriser la réinsertion des détenus.

577. Malgré, à ce jour, l'insuccès fréquent des requêtes fondées sur l'article 4 en la matière, cette disposition conserve un intérêt important. D'une part, la notion de « normalité » laisse entrevoir une évolutivité intrinsèque. Si le fait de ne pas être affilié à un système de pension de retraites malgré un travail pénitentiaire est à ce jour toujours considéré comme « normal » aux yeux de la Cour, l'absence totale et de rémunération ou d'affiliation à un système de sécurité sociale peut désormais constituer un travail forcé, contrairement à ce qu'avait pu juger la Commission plus de quarante ans auparavant¹⁴⁶⁷. Rien n'interdit donc, juridiquement, que les droits sociaux des prisonniers soient étendus. Néanmoins, l'approche casuistique que la Cour a développée ne permet toujours pas d'affirmer que l'octroi d'une rémunération est une condition nécessaire à l'exclusion de qualification de travail forcé¹⁴⁶⁸. Elle continue en effet à juger que, s'agissant du « manque de rémunération du requérant pour le travail effectué, la Cour réitère qu'une telle circonstance ne soustrait pas en soi un tel type de travail du 'travail normalement requis d'une personne soumise à détention »¹⁴⁶⁹.

578. Le caractère nécessaire de la rémunération du travail n'est pour autant certain en dehors de l'hypothèse restreinte du travail des détenus. La Cour a ainsi rejeté comme manifestement mal-fondée une requête par laquelle un individu reprochait à l'État, à travers une société

¹⁴⁶⁵ Voy. l'article 6 § 3 a) de la Convention IADH : « [t]out travail ou tout service normalement requis d'une personne emprisonnée en exécution d'une sentence ou d'une décision formelle rendue par l'autorité judiciaire compétente. Un tel travail ou un tel service devra être effectué sous la surveillance et le contrôle des autorités publiques *et les individus qui les fournissent ne seront pas mis à la disposition de particuliers, de sociétés ou de personnes morales privées* » (nous soulignons) ; on notera que cette exclusion n'a pas non plus été consacrée par l'article 5 de la CDFUE, qui se présente pourtant comme une « version mise à jour » de la Convention européenne.

¹⁴⁶⁶ Com. EDH (plén.) (déc.), 6 avril 1968, *Ving-et-un détenus c. Allemagne*, nos 3134/67, 3172/67 et 3188/67 : « *it is to be observed that Article 4, paragraph (3) (a) (Art. 4-3-a), which deals with the question of prison labour, contains nothing to prevent the state from concluding such contracts or to indicate that a prisoner's obligation to work must be limited to work to be performed within the prison and for the state itself* ».

¹⁴⁶⁷ *Idem* : « *Whereas it is further to be observed that Article 4 (Art. 4) does not contain any provision concerning the remuneration of prisoners for their work and, consequently, the Commission has in its constant jurisprudence rejected as being inadmissible any applications of prisoners claiming higher payment for their work or claiming the right to be covered by social security systems* » (références omises).

¹⁴⁶⁸ Voy. Cour EDH, 9 octobre 2012, *Zhelyazkov c. Bulgarie*, n° 11332/04, § 36 : « *[h]owever, the Court does not consider that as matters stood at the time when the applicant was ordered to carry out the work at issue in the present case – approximately two years before the adoption of the 2006 Rules – it could be maintained that there existed an unconditional obligation under Article 4 of the Convention to remunerate the work of all detainees in all circumstances* ».

¹⁴⁶⁹ Cour EDH (déc.), 12 mars 2013, *Floriou c. Roumanie*, n° 15303/10, § 33.

publique de laquelle il était salarié, du fait de la non-exécution d'un jugement rendu en sa faveur et condamnant l'État au paiement d'arriérés de salaires au motif que ce n'était pas le droit à une rémunération qui était contesté, mais seulement son versement effectif¹⁴⁷⁰. À l'inverse, le fait qu'un travail soit imposé par des dispositions légales ou réglementaires incite à l'exclusion de la qualité de travail forcé ou obligatoire¹⁴⁷¹. Le standard conventionnel est toujours reflété par la solution retenue dans l'arrêt *Van der Musselle*, à savoir qu'il s'agit de mettre en balance les différents intérêts en présence, de déterminer si la fourniture contrainte et gratuite « d'un service (...) pour accéder à une profession donnée (...) imposait un fardeau à ce point excessif, ou hors de proportion avec les avantages attachés à l'exercice futur de celle-ci »¹⁴⁷².

579. Cette mise en balance entre les désavantages économiques subis du fait de l'obligation contestée et les avantages perçus en raison de la qualité à laquelle elle est attachée conduit la Cour à examiner les régimes litigieux à la lumière des « idées maîtresses d'intérêt général, de solidarité sociale et de normalité »¹⁴⁷³. La Cour a en ce sens pu relever dans l'affaire *Van der Musselle* que l'obligation d'assister gratuitement trouvait « une contrepartie dans les avantages attachés à la profession, parmi lesquels le monopole professionnel de plaidoirie et de représentation »¹⁴⁷⁴. L'obligation faite aux avocats autrichiens d'exercer la fonction de tuteur sans assurance de rémunération puisque celle-ci dépendait de l'éventuelle impécuniosité des bénéficiaires a été aussi jugée comme constituant des « obligations civiques normales » au sens de l'article 4 3 d) et donc comme ne constituant pas un travail forcé au sens de l'article 4 § 2¹⁴⁷⁵. De fait, constituent également des obligations civiques normales l'obligation faite à des sociétés, en leur qualité d'employeurs, de calculer et de retenir certains impôts et contributions de sécurité sociale sur la rémunération de leurs salariés¹⁴⁷⁶. Par conséquent, la notion de travail

¹⁴⁷⁰ Cour EDH, 14 décembre 2006, *Solovyev c. Ukraine*, n° 4878/04, § 16 : « *The Court notes that the applicant performed his work voluntarily and his entitlement to payment has never been denied. The dispute thus involves civil rights and obligations, but does not disclose any element of slavery or forced or compulsory labour within the meaning of this provision* ».

¹⁴⁷¹ Voy. Cour EDH (déc.), 14 septembre 2010, *Steindel c. Allemagne*, n° 29878/07 : la Cour avait été saisie par un ophtalmologue qui contestait la licéité de l'obligation qui lui était faite de travailler pour les services d'urgence alors qu'il avait choisi de renoncer à sa licence de praticien statutaire du système social ; pour rejeter l'existence d'une atteinte à l'article 4, la Cour a notamment relevé que « *it should be noted that the services performed during emergency services are remunerated. A further compensatory factor is to be found in the advantage that the emergency service in principle frees the applicant from the obligation to be available for his patients outside consultation hours, notwithstanding the fact that the applicant chose not to make use of this option* ».

¹⁴⁷² Cour EDH (plén.), 23 novembre 1983, *Van der Musselle c. Belgique*, *op. cit.*, § 37.

¹⁴⁷³ *Idem*, § 38.

¹⁴⁷⁴ *Idem*, § 39.

¹⁴⁷⁵ Cour EDH, 18 octobre 2011, *Graziani-Weiss c. Autriche*, n° 31950/06, § 41.

¹⁴⁷⁶ Com. EDH (plén.) (déc.), 27 septembre 1976, *Sociétés W., X., Y. et Z. c. Autriche*, n° 7427/76, D.R. 7, p. 151.

« normal » dépend de l'intérêt économique du requérant comme de l'intérêt économique de l'État et de la société dans son ensemble. L'interdiction apparaît alors d'application relative.

580. Il n'est donc pas possible, à ce stade, de déduire de l'application de l'article 4 l'existence d'un droit général à la rémunération pour tout travail accompli par un individu sous la juridiction des États parties à la Convention, d'autant que la jurisprudence de la Cour en matière de travail en prison semble admettre que la « normalité » de la rémunération soit éminemment contingente.

§2. L'intégration multiple des atteintes économiques aux biens

581. La Cour EDH, contrairement à la Cour IADH¹⁴⁷⁷, a développé une jurisprudence abondante relative à la nature de l'ingérence constatée en matière de propriété. L'existence d'une atteinte aux intérêts économiques des titulaires des droits garantis n'est en effet pas seulement un critère d'applicabilité *in abstracto* des dispositions conventionnelles. Dans le cas particulier de l'article 1P1, dans lequel les atteintes aux intérêts juridiquement protégés se matérialisent par nature par une atteinte économique, celle-ci joue en effet un rôle de délimitation des différentes normes qu'il contient (A). Néanmoins, si l'intensité économique de l'atteinte jouait initialement le rôle de critère de répartition, les modalités de cette dernière apparaissent aujourd'hui incertaines et l'analyse des atteintes économiques fluctuantes (B).

A. La nécessité de la répartition : la reconnaissance de différents types d'atteintes

582. La nécessité de la répartition découle à la fois de l'affirmation selon laquelle la troisième phrase (1) comme la première (2) constituent des normes à part entière.

1. L'activation de la troisième phrase

583. La Cour a affirmé que la troisième phrase l'autorisait à contrôler toute imposition (a), notion qu'elle a par ailleurs entendue de manière large (b). En revanche, cette interprétation n'est pas le fruit d'une spécificité du droit de propriété (c).

¹⁴⁷⁷ Th. M. ANTKOWIAK, *The American Convention on Human Rights. Essential Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2017, XIII-416 p., spéc. p. 274.

a. L'affirmation d'un contrôle autonome de l'impôt

584. La troisième phrase de l'article 1P1 est davantage rédigée sous la forme d'un droit octroyé, ou sauvegardé au profit de l'État partie à la Convention. En vertu du second alinéa en effet :

« les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

585. Cette disposition semble résulter de la volonté des rédacteurs de la Convention de fonctionner comme une « clause de non-préjudice »¹⁴⁷⁸ à l'encontre des prérogatives étatiques en matière de politique fiscale et économique. C'est donc La nature et l'objet particuliers de la Convention qui ont dicté cette inclusion. On ne retrouve en effet pas de clauses similaires dans les instruments internationaux ayant une vocation économique. En matière de droit de l'investissement, par exemple, S. Robert-Cuendet note ainsi que les traités relatifs à la protection des investissements étrangers étant par nature conçus comme des instruments d'encadrement de la souveraineté économique des États, ceux qui contiennent de telles clauses sont marginaux¹⁴⁷⁹.

586. L'inconstance des toutes premières décisions de la Commission à son sujet témoignent des hésitations quant au sens qu'il convenait de lui donner. Faisant fonction « d'exception » au premier paragraphe, censée refléter le « droit (...) entièrement réservé »¹⁴⁸⁰ des États, la formulation n'avait parfois pas empêché la Commission d'opérer, discrètement, un certain contrôle, soit relativement à l'existence d'une base légale à l'imposition contestée¹⁴⁸¹, soit

¹⁴⁷⁸ L. CONDORELLI, « Premier protocole additionnel. Article 1 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. TEITGEN (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 994, note de bas de page n° 2.

¹⁴⁷⁹ S. ROBERT-CUENDET note en effet qu'il existe peu d'exemples dans les traités relatifs à la protection de l'investissement étranger, mis à part quelques traités conclus par la Belgique ainsi que le modèle norvégien de 2007 ; S. ROBERT-CUENDET, « Interférence et expropriation », in W. BEN HAMIDA, F. COULÉE (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : une approche contentieuse, op. cit.*, p. 134, note n° 56.

¹⁴⁸⁰ Com. EDH (déc.), 27 septembre 1976, *Sociétés W., X., Y. et Z. c. Autriche*, n° 7427/76, D.R., 7 p. 151, spéc. p. 151.

¹⁴⁸¹ Com. EDH, 5 février 1971, *X c. Autriche*, n° 3500/68, R. 37, pp. 1-5, spéc. p. 4 : « il ressort de cette disposition de la Convention que les impôts ne peuvent être levés que sur la base de lois, que par conséquent, la perception

même à propos de l'exigence du caractère raisonnable de l'importance de l'imposition au regard du revenu qui en constitue l'assiette¹⁴⁸². La Cour a pour sa part accepté sans difficulté et immédiatement, dans l'arrêt *Handyside*, de contrôler la confiscation d'un bien au regard du second paragraphe de l'article 1P1, ne déduisant de sa formulation particulière qu'une différence de contenu ou d'intensité du contrôle exerçable entre les deux paragraphes, et non une exclusion de l'applicabilité de la disposition¹⁴⁸³. Si cette solution a pu être qualifiée de « réécriture »¹⁴⁸⁴, sa principale portée reste d'avoir facilité l'affirmation progressive d'un contrôle général de l'ingérence fiscale dans le droit au respect des biens.

587. La solution de l'arrêt *Handyside*, si elle a été confirmée en termes d'applicabilité par l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*¹⁴⁸⁵ pouvait sembler marginale dans sa portée. Elle portait sur la confiscation, temporaire d'un bien corporel, et non du paiement de l'impôt ou même d'une amende. Certes, la lettre du second paragraphe ne semble pas effectuer de distinction entre l'hypothèse de la réglementation des biens et le pouvoir d'imposition ou d'infliger des peines et amendes. Une approche littérale aurait pu amener à conclure que toute imposition est constitutive d'une privation de propriété si l'ingérence est analysée à la seule mesure de la somme exigée mais cela aurait ôté tout effet utile au second paragraphe. La Cour n'a accepté de contrôler à ce titre le pouvoir fiscal de l'État que de manière très progressive : d'abord sous couvert du principe de non-discrimination pris en conjonction avec l'article 1P1¹⁴⁸⁶, puis en contrôlant certaines prérogatives particulières des administrations fiscales au titre des autres normes de l'article 1P1¹⁴⁸⁷, et enfin seulement, dans l'arrêt *Gasus-Dossier*, un contrôle entier et autonome. Le contraste avec l'arrêt *Handyside* est saisissant, puisque la Cour a alors jugé utile de rappeler, en direction des États, la conscience qu'elle avait de :

d'impôts sans base légale est arbitraire et constitue une violation du droit au respect de ses biens au sens de ladite disposition ».

¹⁴⁸² Com. EDH (déc.), 18 décembre 1973, *Mme X c. Pays-Bas*, n° 5763/72, D. R. 45, pp. 76-86, § 3 (en droit) ; on notera également que la Cour rejette sur ce fondement

¹⁴⁸³ Cour EDH (plén.), 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 72 : En revanche, la saisie avait trait à "l'usage (de) biens"; elle entre donc dans le domaine du second alinéa. Celui-ci, à la différence de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) de la Convention, érige les États contractants en seuls juges de la "nécessité" d'une ingérence. La Cour doit par conséquent se borner à contrôler la légalité et la finalité de la restriction dont il s'agit ».

¹⁴⁸⁴ F. TULKENS, « La réglementation de l'usage des biens dans l'intérêt général. La troisième norme de l'article 1^{er} du Premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme », in H. VANDENBERHE (dir.), *Propriété et droits de l'homme. Property and Human Rights*, *op. cit.*, pp. 61-103, spéc. p. 63.

¹⁴⁸⁵ C'est seulement le contenu du contrôle qui sera aligné sur les autres normes. Voy. *infra*, Titre IV.

¹⁴⁸⁶ Cour EDH, 23 octobre 1990, *Darby c. Suède*, n° 11581585, Série A, n° 187.

¹⁴⁸⁷ Voy. le pouvoir de préemption, Cour EDH, 22 septembre 1994, *Hentrich c. France*, n° 13616/88, Série A, n° 296-A ; Laurent Barone attribue, à tort selon nous, à cet arrêt la soumission du pouvoir fiscal de l'État au contrôle conventionnel ; voy. L. BARONE, *L'apport de la Convention européenne des droits de l'homme au droit fiscal français*, *op. cit.*, spéc. pp. 359-362.

« l'importance attachée par les auteurs de la Convention à cet aspect du second paragraphe de l'article 1 (P1-1) transparaît du fait qu'à un stade auquel le texte proposé ne contenait pas semblable référence explicite aux impôts, il était déjà compris comme réservant aux États le pouvoir d'adopter toutes les lois fiscales jugées par eux souhaitables, pourvu toujours que les mesures dans ce domaine ne s'analysassent pas en une confiscation arbitraire »¹⁴⁸⁸.

588. Dès lors, toute imposition¹⁴⁸⁹ relève des garanties offertes par l'article 1P1 et donc du contrôle conventionnel international comme interne¹⁴⁹⁰. Si le principe de non-discrimination avait déjà permis à la Cour de contrôler l'établissement de l'impôt, le contrôle effectué de manière autonome sur l'article 1P1 élargit considérablement la portée normative de la Convention en matière fiscale. Il permet notamment de contrôler l'éventuel caractère confiscatoire de l'impôt, c'est-à-dire la légitimité de son montant au regard de la situation économique de celui qui est redevable et non en comparaison avec d'autres catégories de contribuables¹⁴⁹¹. À cet égard, la solution retenue par la Cour est particulièrement volontariste et tend à banaliser la matière fiscale, cette banalisation étant d'autant plus perceptible si on la compare à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce dernier, alors qu'il n'existe pas de « clause de non-préjudice » dans la DDHC, ne mobilise formellement que le principe d'égalité, décliné en principe d'égalité devant les charges publiques, pour justifier le contrôle exercé. En effet, comme le note E. de Chouy-Chanel, celui-ci est en effet « dissimulé derrière le droit de propriété de base »¹⁴⁹² bien que la Déclaration des droits de l'homme n'envisage pas expressément le prélèvement de l'impôt comme une limite au droit de propriété¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁸ *Idem*, § 59 (références omises).

¹⁴⁸⁹ On notera que la Cour admet également une acception large de la notion d'amendes ;

¹⁴⁹⁰ Sur le contrôle désormais opéré par les juridictions ordinaires françaises sur ce fondement, voy. A. PERIN-DUREAU, *L'obligation fiscale à l'épreuve des droits fondamentaux*, spéc. pp. 222-225.

¹⁴⁹¹ Voy. par exemple l'examen de la licéité conventionnelle de l'impôt sur la fortune français, Cour EDH (déc.), 4 janvier 2008, *Imbert de Trémiolles c. France*, n^{os} 25834/05 et 27815/05, ; voy. D. LARBREN, « Le caractère confiscatoire de l'impôt », *Dr. fisc.*, 2012, n^o 20, p. 703

¹⁴⁹² M. D. De Crouy-Chanel estime que le « droit de propriété de base » est « dissimulé derrière le principe d'égalité » ; « Le Conseil constitutionnel mobilise-t-il d'autres principes constitutionnels que l'égalité en matière fiscale ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, vol. 33, n^o 4, pp. 15-26, p. 19.

¹⁴⁹³ A. PÉRIN-DUREAU, *L'obligation fiscale à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 219.

b. Le champ d'application large du contrôle

589. Le contrôle exercé est d'autant plus significatif plus que la Cour retient une acception large de la notion d'imposition. En raison de la rédaction large de l'article, qui se réfère aux « impôts » comme aux « autres contributions », sa qualification ou classification en droit interne est indifférente. Il n'y a donc pas de distinction, du point de vue du droit au respect des biens, entre les cotisations sociales et les impôts, alors que la distinction est généralement présente dans les ordres internes, et même entre les prélèvements obligatoires ou formellement facultatifs¹⁴⁹⁴. En réalité, d'un point de vue terminologique français, ça n'est pas tant l'impôt qui est susceptible d'être contrôlé au titre de l'article 1P1, mais la catégorie plus large des prélèvements obligatoires. De même, la destination finale du prélèvement est également indifférente, la Commission ayant d'ailleurs déjà jugé que « [l']*annonce de l'objet de la dépense à la couverture de laquelle servira l'argent prélevé au titre de l' « impôt du métro »* » *n'altère nullement son caractère propre d'impôt*. Il est seulement un impôt auquel n'est assujetti qu'une catégorie déterminée de la population »¹⁴⁹⁵. De la même manière, en raison de la conception unitaire de l'État qui prévaut au sein de l'ordre juridique international, la nature locale d'une redevance ne fait pas obstacle à qualification de « contribution » au sens de l'article 1P1¹⁴⁹⁶. La seule restriction à son application est le principe de personnalité dégagé par les organes européens : c'est le redevable de l'impôt qui est fondé à invoquer le second paragraphe, et non le sujet de droit qui est chargé d'en assurer la collecte¹⁴⁹⁷.

c. La spécificité relative du contrôle

590. Il serait néanmoins certainement erroné de voir dans cette « réécriture » de la troisième norme de l'article 1P1 une interprétation particulière dégagée par la Cour afin d'asseoir un réel pouvoir de contrôle en raison de la nature particulière du droit de propriété. Celle-ci semble au contraire résulter d'un type d'interprétation global appliqué indistinctement à l'ensemble des

¹⁴⁹⁴ J. LAMARQUE, O. NÉGRIN, L. AYRAULT, *Droit fiscal général, op. cit.*, pp. 10-14.

¹⁴⁹⁵ Com. EDH (déc.), 13 mai 1976, *X c. Autriche*, n° 6087, Rec. p. 10, p. 12.

¹⁴⁹⁶ Voy. par exemple Cour EDH (déc.), 4 janvier 2008, *Imbert de Trémiolles, op. cit.* : une partie de la requête est en effet fondée sur « le paiement des redevances locales », dont la Cour estime qu'il fait partie de « l'imposition fiscale ».

¹⁴⁹⁷ Cela est généralement le cas pour les employeurs chargés de prélever l'impôt à la source, ou également, en France, pour les commerçants en matière de TVA.

dispositions conventionnelles. La Cour a en effet appliqué le même raisonnement à la seconde phrase de l'article 10 § 1 qui, s'il diffère légèrement dans sa structure, comporte une clause similaire selon laquelle « [l]e présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations ». La Cour, dans l'arrêt *Groppera Radio AG*, a pourtant jugé que cette phrase ne différait pas de la première phrase du paragraphe, qui consacre plus classiquement que « toute personne a le droit à la liberté d'expression » et que, dès lors, elle n'avait pas pour effet de « soustrai[re] (...) les mesures d'autorisation aux exigences du paragraphe 2 »¹⁴⁹⁸.

2. L'activation de la première phrase

591. La première phrase de l'article 1P1 énonce le principe général selon lequel « [t]oute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ». Elle énonce donc un principe qui aurait pu jouer uniquement comme méthode d'interprétation des deux autres normes contenues dans la disposition¹⁴⁹⁹, mais la Cour en a également fait une norme propre dotée d'une portée autonome quoique subsidiaire¹⁵⁰⁰. Dans l'affaire *Sporrong et Lönnroth*, l'ingérence avait été caractérisée par une succession de mesures ayant des objets et une portée différentes. Les requérants incriminaient en effet à la fois les permis d'exproprier dont avaient été grevés leurs immeubles, sans qu'aucune expropriation ne soit intervenue pour autant, ainsi que des interdictions de construire. Or, si ces derniers s'analysaient en une réglementation de l'usage des biens, les premiers ne s'analysaient ni en l'un ni en l'autre¹⁵⁰¹, la Cour en a néanmoins conclu qu'il fallait les examiner « au regard de la première phrase du premier [alinéa] »¹⁵⁰², ce qui n'a été contesté par aucun juge dans les nombreuses opinions dissidentes jointes à l'arrêt¹⁵⁰³.

¹⁴⁹⁸ Cour EDH, 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, *op. cit.*, § 61.

¹⁴⁹⁹ La Cour avait rappelé ce rôle confié à la première phrase dans Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 37.

¹⁵⁰⁰ Cour EDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, *op. cit.*, § 61 : la Cour relève en effet que l'article 1P1 contient « trois normes distinctes », et notamment « [l]a première, d'ordre général, [qui] énonce le principe du respect de la propriété » qui s'exprime dans le premier alinéa et qu'elle doit « s'assurer de l'applicabilité des deux dernières de ces normes avant de se prononcer sur l'observation de la première ».

¹⁵⁰¹ *Ibid.*, § 65 : la Cour note en effet que « les permis d'exproprier n'entendaient pas limiter ou contrôler cet usage », mais qu'ils représentaient « une étape initiale dans le processus de privation de propriété » et ne pouvaient donc tomber « sous le coup du deuxième alinéa ».

¹⁵⁰² *Idem.*

¹⁵⁰³ Même le juge Walsh conclut que « les deux alinéas de l'article 1 du Protocole n° 1 (P1-1) s'appliquent en l'espèce mais aucune violation de leurs dispositions ne se trouve établie », alors même que sa critique du raisonnement de la majorité s'appuie en grande partie sur ce que la délivrance du permis « ne p[ouvait] être traitée comme un acte d'expropriation ou équivalant à une expropriation » mais « tout au plus de l'annonce d'événements futurs éventuels ou même probables [alors que] ce sont les possibilités, les probabilités de tels événements qui

592. Or, la manière dont cette norme est mobilisée par la Cour est centrale dans la contribution à l'absorption étendue de la matière économique par le système conventionnel. D'une part en effet, son caractère subsidiaire masque un caractère « interstitiel », comme l'avait noté Luigi Condorelli¹⁵⁰⁴ qui permet à la Cour d'intégrer tout type d'atteinte portée au droit au respect des biens. D'autre part, cette interprétation permet à la Cour de se contenter de relever l'existence de n'importe quel type d'atteinte à des biens protégés, sans avoir à mesurer la réalité de ses effets économiques. Elle permet également de ne pas figer le contenu de la Convention dans les hypothèses plus traditionnelles et plus connues du droit international au moment où cette dernière a été rédigée. En consacrant la notion « d'atteinte à la substance du droit de propriété » dès l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*¹⁵⁰⁵, elle permet en effet à toute une série de mesures de déclencher la protection conventionnelle, y compris dans certains domaines techniques¹⁵⁰⁶. De plus, son caractère subsidiaire a été fortement relativisé. Si elle n'avait initialement vocation à s'appliquer que lorsque l'atteinte ne correspond à aucune des deux autres hypothèses, la pratique la plus récente de la Cour montre que cette norme est devenue une « norme omnibus »¹⁵⁰⁷ qui permet à la Cour d'éviter toute opération de qualification de l'atteinte en cause¹⁵⁰⁸. Ce caractère omnibus a d'ailleurs été renforcé par la tendance de la Cour à aligner, dans une large mesure, les standards de contrôle entre les différentes normes¹⁵⁰⁹.

593. La préservation de l'équilibre entre les droits subjectifs des opérateurs économiques et la nécessité de la régulation fiscale doit s'entendre également comme la question de la détermination du champ d'application et non comme la seule question de la détermination d'une violation. Or, l'espérance légitime telle qu'elle a été interprétée par la Cour trouve ses limites dans la nécessité de ne pas annuler les prérogatives étatiques en matière fiscale. De fait, comme

influent sur le marché, et non l'annonce de ces événements ». Il semble donc qu'il doutait en réalité de l'applicabilité du premier alinéa lorsqu'il relevait que « le grief vis[ait] l'incidence négative de l'annonce de projets d'urbanisme sur la valeur marchande des immeubles ».

¹⁵⁰⁴ L. CONDORELLI, « Article 1 du Protocole additionnel », in L. E. PETTITI et a., *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 978.

¹⁵⁰⁵ Cour EDH (plén.), 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth, op. cit.*, § 63.

¹⁵⁰⁶ Voy. B. Remy, qui s'interroge sur la protection des associés face aux clauses de sortie, qui encadrent plus ou moins fortement la cession de parts sociales : « Clauses de sortie de l'investisseur et article 1 du premier protocole additionnel de la Conv. EDH », *Bulletin Joly Sociétés*, 2010, n° 6, pp. 594-600.

¹⁵⁰⁷ Ch. L. ROZAKIS, « Le droit au respect de ses biens : une clause déclaratoire ou une 'omnibus' norme », in H. VANDENBERHE (dir.), *Propriété et droits de l'homme. Property and Human Rights*, Brugge, Die Keure – Bruylant, XI- 305p., pp. 3-28.

¹⁵⁰⁸ En cela, la jurisprudence de la Cour confirme l'affirmation de F. Sudre, selon lequel elle constitue une « norme floue » et une « norme-balai » ; F. SUDRE, « Le 'droit au respect de ses biens' au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEDH*, 2003, n° 9, spéc. pp. 226-227.

¹⁵⁰⁹ Voy. *infra*, Titre IV.

l'ont confirmé par exemple le Conseil d'État¹⁵¹⁰ français ou la Cour de Justice de l'Union, l'espérance légitime ne peut consacrer l'espoir de conserver tout avantage, et notamment entraîner la garantie conventionnelle à l'encontre de toute création d'un prélèvement. Sans devenir pour autant un « contentieux du doux rêve »¹⁵¹¹, l'interprétation qu'a donnée la Cour EDH à la troisième norme semble pouvoir déclencher, au moins dans le prétoire du juge européen, la garantie conventionnelle devant toute imposition.

594. Si certaines affaires similaires à l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* avaient été traitées sous l'angle du second alinéa plutôt que sous l'angle de la première phrase et avaient ainsi pu laisser douter de la vocation de celle-ci à conserver une réelle portée autonome¹⁵¹², la Cour a continué à contrôler l'action de l'État sur son fondement. Néanmoins, comme le note Fabien Marchadier, « la qualification de l'atteinte apparaît assez aléatoire »¹⁵¹³ et la répartition entre les normes s'effectue selon des modalités peu claires.

595. L'érosion de la subsidiarité de la première norme conduit à une classification des atteintes peu claires, sur le fondement d'une combinaison du critère de l'intensité et du but des actes litigieux, mais aussi en raison de la difficulté des situations présentées à la Cour.

B. Les modalités incertaines de la répartition

596. L'intensité de l'atteinte est un critère pertinent pour classer les atteintes selon le degré de préjudice qu'elles portent aux intérêts économiques garantis (1) mais elle se combine parfois avec le but de la mesure qui en est à la cause (2), quand la classification ne disparaît pas complètement (3).

¹⁵¹⁰ Voy. à propos de *l'exit tax* : CE, 30 novembre 1994, n° 128516, *SCI Résidence Dauphine*.

¹⁵¹¹ B. DELAUNAY, « Le contentieux des espérances légitimes en droit fiscal », in Th. LAMBERT (dir.), *Le contentieux fiscal en débats*, Paris, LGDJ, 2014, VII-393 p., pp. 209-311, pp., spéc. p. 306.

¹⁵¹² Voy. L. SERMET, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit de propriété : l'arrêt Mellacher » ; *Gaz. Pal.*, 1991 ; B. STERN, « Le droit de propriété, l'expropriation et la nationalisation dans la Convention européenne des droits de l'homme », *D.P.C.I.*, 1991, t. 17, n° 3, pp. 394-425, spéc. pp. 405-406 : l'auteur n'exclut pas que la transformation de la première phrase en norme ait en réalité eu pour but de « d'introduire l'idée de proportionnalité dans l'interprétation » des deux suivantes.

¹⁵¹³ F. MARCHADIER, « L'atteinte à la substance du droit de propriété », in F. SUDRE *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 818-828, p. 824 ; voy. *contra* Ch. L. ROZAKIS, P. VOYATZIS, « Le droit au respect de ses biens : une clause déclaratoire ou une 'omnibus' norme ? », in H. VANDENBERGHE (dir.), *Propriété et droits de l'homme. Property and Human Rights*, op. cit., pp. 2-28, spéc. pp. 10-13.

1. Le critère tiré de l'intensité de l'atteinte

597. L'intensité de l'atteinte peut servir à caractériser l'expropriation *de facto* (a), et est susceptible d'être évaluée par rapport aux attentes légitimes de l'opérateur économique (b).

a. L'expropriation *de facto*

598. L'analyse de l'intensité économique de l'interférence subie par le requérant est un premier critère qui permet à la Cour de déterminer la norme applicable parmi celles qui figurent à l'article 1P1, et plus particulièrement entre la seconde et la troisième norme. En principe, la distinction entre la privation de propriété et la réglementation des biens résulte d'une différence de nature claire. La première emporte la disparition du droit de propriété, ou de l'ensemble de ses attributs, tandis que la seconde laisse perdurer le lien de propriété ou certains de ses attributs les plus essentiels. Or, il n'est pas difficile de caractériser une privation formelle de propriété, « c'est-à-dire un transfert de propriété »¹⁵¹⁴, soit au moyen d'une procédure d'expropriation¹⁵¹⁵, de nationalisation¹⁵¹⁶ ou encore par le jeu d'une présomption de propriété au profit de l'État alors que toute preuve contraire est impossible¹⁵¹⁷. Le critère juridique repose alors uniquement sur l'existence d'un tel transfert de propriété, et non sur la qualité de son bénéficiaire. La Cour a en effet très tôt reconnu qu'une privation pouvant être caractérisée même lorsqu'elle est opérée au profit d'un particulier¹⁵¹⁸. Il est dès lors cohérent qu'une privation puisse résulter de la disparition matérielle¹⁵¹⁹ du bien, le titre de propriété perdant alors son objet.

¹⁵¹⁴ Cour EDH (plén.), 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, *op. cit.*, § 63.

¹⁵¹⁵ Cour EDH (GC), 25 octobre 2012, *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, n° 71243/01, CEDH 2012, § 94.

¹⁵¹⁶ Cour EDH (plén.), 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 107.

¹⁵¹⁷ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Saints Monastères c. Grèce*, n°s 13092/87 et 13984/88, Série A, 301-A, §§ 58-66.

¹⁵¹⁸ La question n'a même pas été discutée au stade de la qualification de la nature de l'ingérence dans l'affaire *James et autres* (mais seulement au titre de l'existence d'une « utilité publique », et donc de la *licéité* de la privation) la Cour se contentant de relever que « [l]es requérants ont été 'privés de leur propriété' » au sens de la deuxième phrase de l'article 1 (P1-1) par le jeu de la législation litigieuse, cela n'a[yant] pas prêté à discussion devant la Cour » ; Cour EDH (plén.), *James et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 38 ; voy. par exemple, s'agissant d'une vente forcée à un tiers, Cour EDH, 21 février 1990, *Håkansson et Sutresson c. Suède*, Série A, n° 171-A, n° 11855/85, §§ 42-43.

¹⁵¹⁹ Cour EDH, 24 juin 2003, *Allard c. Suède*, n° 35179/97, CEDH 2003-VIII, § 50.

599. Le texte conventionnel ne distingue pas entre expropriations formelles et expropriations « de fait »¹⁵²⁰, « *de facto* »¹⁵²¹ ou « indirecte »¹⁵²², de la manière qu'elle associe dépossession et expropriation¹⁵²³ comme la plupart des instruments de protection de droits de l'homme¹⁵²⁴, l'inclusion expresse n'ayant pas été, semble-t-il, jugée nécessaire¹⁵²⁵. Néanmoins, au nom du principe d'effectivité, la Cour a affirmé qu'elle « s'estimait tenue de regarder au-delà des apparences et d'analyser, les réalités de la situation litigieuse (...) et de rechercher si ladite situation n'équivalait pas à une expropriation de fait »¹⁵²⁶. Or, pour qualifier une expropriation même en l'absence de transfert du titre, et en dehors de l'hypothèse plus classique de la perte de possession physique du bien¹⁵²⁷, la Cour recourt généralement à un ensemble d'éléments qui relèvent à la fois d'une analyse fondée sur une approche juridique de la propriété comme d'une approche économique.

600. Adoptant une approche semblable à la théorie issue de la tradition de la *common law* du « *bundle of rights* »¹⁵²⁸, la Cour cherche à examiner lesquelles des prérogatives liées à la propriété du bien en cause demeurent. Il peut s'agir du maintien de la faculté de vendre le bien¹⁵²⁹, de certains droits attachés à la qualité d'actionnaire comme ceux de percevoir des dividendes ou de contester des décisions de l'assemblée générale¹⁵³⁰. De manière générale, il semble que la seule atteinte portée au *fructus* d'un bien ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une privation du droit de propriété au sens de l'article 1P1, ce qui confirme l'affirmation de la Cour selon laquelle ce dernier ne garantit pas un droit à retirer un bénéfice d'un bien existant¹⁵³¹.

¹⁵²⁰ Cour EDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, *op. cit.*, § 56.

¹⁵²¹ L'expression est plus rarement employée par la Cour elle-même, c'est-à-dire en dehors des références aux conclusions des parties ou des juridictions internes ; voy. par exemple 21 février 2008, *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis c. Grèce*, n° 35332/05, § 36.

¹⁵²² Le même constat peut ici être effectué ; voy. cependant, au sujet de la détermination du niveau de satisfaction équitable souhaité et entre guillemets : Cour EDH, 16 avril 2013, *Rolim Comercial S.A. c. Portugal*, n° 16153/09, § 73.

¹⁵²³ Voy. parmi beaucoup d'autres, Cour EDH, 19 janvier 2001, *Zwierrzynski c. Pologne*, *op. cit.*, § 69.

¹⁵²⁴ Y compris les plus récents ; l'article 17 de la CDFUE ne vise lui aussi que la privation de manière générique.

¹⁵²⁵ Contrairement par exemple à la pratique la plus courante en matière d'instruments à vocation économique directe ; A. DE NANTEUIL, *L'expropriation directe internationale de l'investissement*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁵²⁶ Cour EDH (plén.), 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, *op. cit.*, § 63.

¹⁵²⁷ Cette hypothèse de la perte physique est en effet une hypothèse qui ne soulève pas de difficulté particulière, même lorsque l'objet du rapport de propriété subsiste mais que son accès est empêché ; voy. Cour EDH, *Loizidou c. Turquie*.

¹⁵²⁸ A. R. ÇOBAN, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 19 ; Theo R.G. van Banning, *The Human Right to Property*, Intersentia, Antwerpen-Oxford- New-York, XVI-445 p., p. 19.

¹⁵²⁹ Cour DH Cour EDH (GC), 19 juin 2007, *Hutten-Czapska*, *op. cit.*, §§ 160-161.

¹⁵³⁰ Cour EDH, 9 octobre 2008, *Forminster Enterprises Limited c. République tchèque*, n° 38238/04, § 63.

¹⁵³¹ Cour EDH (plén.), 19 décembre 1989, *Mellacher et autres c. Autriche*, n°10522/83, 11011/84 et 11070/84, Série A, n° 169 ; voy. *supra*, en matière de notion de « bien ».

Cette approche ne paraît cependant pas non plus caractériser une réticence qui découlerait de l'objet perçu du mécanisme conventionnel – la protection des droits de l'homme –, les juridictions internationales à vocation économique étant elles aussi hésitantes à faire de la seule atteinte au *fructus* une condition suffisante de caractérisation de l'expropriation¹⁵³². À l'inverse, la perte de « la faculté de vendre ou de léguer son bien, d'en consentir la donation ou d'en disposer d'une autre manière »¹⁵³³ suffit à caractériser une privation.

601. Néanmoins, on retrouve, parfois de manière autonome, parfois en sus de ces éléments, des indices de nature purement économique qui soulignent que la Cour perçoit une différence de degré entre les interférences susceptibles d'être qualifiées d'expropriations de fait et celles qui relèvent de la réglementation des biens. Cette dernière n'hésite en effet pas à fonder la privation de propriété sur la seule réduction significative de la valeur économique du bien en question. Il en va ainsi par exemple d'actions qui représentaient 45% du capital social avant l'adoption de mesures s'apparentant à un « coup d'accordéon » et qui ne représentent ensuite plus que 0.4% du capital social. Dans ce cas en effet, la Cour juge que « *while it is true that the applicant was not technically divested of his shares, their economic value was sufficiently reduced to amount to a deprivation of property* »¹⁵³⁴. À l'inverse, la Cour refuse de qualifier certaines ingérences de privation de propriété, malgré la disparition du titre en raison de l'intensité insuffisante de la perte subie¹⁵³⁵ et de la persistance d'une valeur ou d'utilité

¹⁵³² A de Nanteuil note ainsi que malgré un « fondement théorique relativement solide à la protection autonome de bénéfices contre le risque de dépossession (...), [d]ans la plupart des cas, en pratique, l'atteinte aux bénéfices n'a en effet été reconnue que comme un élément d'une atteinte plus générale aux droits de l'investisseur » ; A. de NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, X-650 p., p. 128.

¹⁵³³ Cour EDH (GC), 28 octobre 1998, *Brumarescu c. Roumanie*, *op. cit.*, § 77.

¹⁵³⁴ Cour EDH (déc.), 7 novembre 2002, *Olczak c. Pologne*, *op. cit.*, § 71 ; dans une autre hypothèse mais dans un sens similaire, Cour EDH, *Akkus c. Turquie*.

¹⁵³⁵ Cour EDH, 7 juillet 1989, *Tre Traktörer c. Suède*, Série A, n° 159, n° 10873/84, § 55 : « pour sérieuse qu'elle ait pu être, l'ingérence dénoncée ne relevait pas de la seconde phrase du premier alinéa. La requérante ne pouvait plus exercer des activités de restauration dans "Le Cardinal", mais elle y conservait des intérêts économiques : le bail des locaux et les objets qu'ils renfermaient ; elle finit par les vendre en juin 1984 (paragraphe 23 ci-dessus). Il n'y a donc pas eu privation de propriété au sens de l'article 1 du Protocole (P1-1) ».

économique du bien protégé¹⁵³⁶, ces deux éléments étant d'ailleurs souvent mobilisés de manière cumulative¹⁵³⁷.

b. La prise en considération des attentes légitimes

602. Plus encore, elle a paru parfois prendre en compte les attentes légitimes du propriétaire d'une manière assez proche des « *investment-backed expectations* », ou attentes légitimes, dégagées par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique ou de certaines décisions arbitrales qu'elle a inspirées¹⁵³⁸. En vertu de cette théorie, une expropriation peut être caractérisée lorsque l'atteinte portée aux droits garantis va à l'encontre des « *investment-backed expectations* » que pouvait légitimement détenir un opérateur économique¹⁵³⁹.

603. La Cour européenne a très tôt intégré, en substance, l'analyse de la légitimité des attentes des opérateurs économiques au titre de l'applicabilité de l'article 1P1¹⁵⁴⁰. Elle a cependant acquis une portée particulière dans la jurisprudence plus récente, comme dans l'affaire *Mamatás et autres c. Grèce*. Les requérants alléguaient que la diminution de la valeur nominale de leurs titres obligataires imposé par le « *hair-cut* » décidé par l'État grec, et le report de 10 à 30 ans du remboursement devait s'analyser en une privation de propriété¹⁵⁴¹. Or, la Cour a rejeté la qualification de privation de propriété au motif qu'« en acquérant des obligations, les requérants ont fait *un investissement dont la valeur aurait pu fluctuer en fonction des aléas des marchés et de la situation économique de l'État émetteur* »¹⁵⁴², ce qu'elle

¹⁵³⁶ Dans l'affaire *Fredin c. Suède (n°1)*, par exemple, la Cour juge que la révocation d'une licence d'exploitation d'une gravière a certes empêché son exploitation donnée, mais sans que cela ait empêché « tout usage censé des biens en cause » (§ 45) ; Cour EDH (déc.), 12 décembre 2000, *Bahia Nova S.A. c. Espagne*, n° 50924/99, § 1 ; Cour EDH, 12 juin 2012, *Lindheim et autres c. Norvège*, n°s 13221/08 et 2139/10, § 77 : bien qu'elle reconnaisse que « *the low level of annual rents in [that] case (less than 0.25% of the plots' alleged market value and the indefinite duration of the impugned rent limitation interfered to a very significant degree with the enjoyment of their possessions* », elle rejette l'idée que « *'all meaningful use had been taken away* ».

¹⁵³⁷ Voy. par exemple Cour EDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande, op. cit.*, § 56 : « toute manière raisonnable d'exploiter le bien-fonds ne disparut pas car on aurait pu le cultiver ou le donner à bail » ? Enfin, s'il perdit beaucoup de sa valeur, il ne se déprécia pas totalement ; à preuve sa vente à ultérieure de gré à gré (paragraphe 13 ci-dessus) ;

¹⁵³⁸ Cour Suprême, 26 juin 1978, *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978), p. 438 U.S. 105.

¹⁵³⁹ *Idem.*

¹⁵⁴⁰ On peut en déceler dès l'affaire *Fredin* précitée, dans laquelle la Cour note, afin de rejeter la qualification d'expropriation *de facto*, que, bien avant le retrait de la licence, la réglementation croissante de l'exploitation en cause avait eu pour conséquence que « la possibilité, pour les Fredin, de continuer d'exploiter leur gravière au-delà de cette date [celle de la restriction de la réglementation, *ndlr*] devint donc aléatoire » ; Cour EDH, 18 février 1991, *Fredin c. Suède (n° 1)*, *op. cit.*, § 46.

¹⁵⁴¹ Cour EDH, 21 juillet 2016, *Mamatás et autres c. Grèce, op. cit.*, § 73.

¹⁵⁴² *Idem.*, § 94.

n'avait effectué dans aucune des décisions qu'elle cite pourtant à l'appui de son raisonnement¹⁵⁴³. La similarité de ce raisonnement avec celui retenu par le tribunal arbitral dans l'affaire *Generation Ukraine c. Ukraine*¹⁵⁴⁴ et fait en partie de dépendre la qualification d'expropriation de la légitimité des attentes des opérateurs économiques que la Cour, compte tenu de la nature de l'activité ou de l'investissement en question, étaient fondés à former. Ainsi, l'intensité de la perte doit être attribuable à l'État, et toute part qui est attribuable soit aux requérants eux-mêmes, soit au contexte économique général¹⁵⁴⁵ sera ainsi pris en considération au moment d'évaluer les effets.

2. Le critère insuffisant de l'intensité de l'atteinte

604. D'autres critères sont pris en considération par la Cour pour justifier l'une ou l'autre des qualifications. Parfois, le (non) choix découle de la complexité des faits (a), tandis que dans d'autres situations, la Cour neutralise les effets d'une attente au nom de la prise en considération du but de la mesure litigieuse (b).

a. Le critère de la complexité des faits

605. Pourtant, il serait erroné de conclure que la qualification d'expropriation, directe ou indirecte, dépend de la seule question de l'intensité des atteintes portées au respect des biens en cause. Ainsi, la finalité poursuivie par l'ingérence constatée est susceptible d'empêcher la qualification de privation de propriété au sens de la seconde norme au profit, soit d'une analyse au regard de la première, soit – et de plus en plus fréquemment – de la troisième. Comme le notent Ch. Rozakis et P. Voyatziz, certaines décisions avaient pu laisser penser que la première

¹⁵⁴³ Dans l'ensemble de celles-ci, en effet, la Cour avait effectivement examiné la question au regard de la première phrase du premier paragraphe, mais jamais en raison de la légitimité des attentes des requérants ; au contraire, soit aucune qualification explicite n'avait été opérée (voy. notamment les affaires *Thivet et Lobanov*), soit elle l'avait été en raison de la difficulté à analyser l'affaire sous l'angle d'une seule norme (voy. l'affaire *Bäck*).

¹⁵⁴⁴ Ce dernier s'était en effet fondé, entre autres, sur les « *vicissitudes of the economy of the host state* » et sur le fait que le requérant avait effectué un investissement « *on notice of both prospects and the potential pitfalls* », « *speculative* » et insusceptible à ce titre de fonder une attente légitime susceptible de permettre la qualification d'expropriation indirecte ; TA CIRDI, 12 septembre 2003, *Generation Ukraine c. Ukraine*, n° ARB/00/9, § 20.37 ;

¹⁵⁴⁵ Voy. déjà Com. EDH (déc.), 21 octobre 1998, *Pinnacle Meat Processors Company et 8 autres c. Royaume-Uni*, n° 33298/96, dans laquelle la Commission estime que l'intensité de la perte subie par les requérant doit être modulée « *as the market for those businesses must have been seriously depressed by the state of the beef market in general and the offal market in particular* ».

norme trouvait à s'appliquer lorsque l'existence du titre juridique était « précaire »¹⁵⁴⁶, mais il semble que ce soit avant tout la *complexité des faits* et des mesures examinées qui serve dorénavant de motif déterminant de recours à la première norme. Dans l'affaire *Alisic et autres*, qui concernait la réglementation et le sort des dépôts en devises après l'effondrement de la Yougoslavie, la Cour note que « le gel des comptes bancaires des intéressés pouvait passer, au moins au départ, pour une mesure de réglementation de l'usage des biens » mais que l'on pouvait également « se demander si l'indisponibilité de ces fonds pendant une période aussi longue [au moins 25 ans au moment où la Grande Chambre statue, *ndlr*] ne constitue pas une 'privation' de biens au sens de la deuxième règle énoncée par cette disposition »¹⁵⁴⁷. Elle en conclut alors que :

« Dans ces conditions, et eu égard à la complexité des questions de fait et de droit qui se posent en l'espèce, la Cour estime que la violation du droit de propriété alléguée par les requérants ne relève pas d'une catégorie précise. Dès lors, il convient d'examiner la présente affaire sous l'angle du principe général posé par la première règle de l'article 1 du Protocole no 1 »¹⁵⁴⁸.

606. Il va particulièrement ainsi lorsque les mesures litigieuses concernent les actions auxquelles la Cour reconnaît la nature de « bien » au sens de la Conventions sans avoir toutefois réduit leur assise à leur nature de « créance indéterminée sur la part sociale », mais en prenant au contraire en considération les autres droits qui y sont attachés, notamment en termes de ; certes, l'expropriation *de jure* ne semble pas soulever de difficulté particulière¹⁵⁴⁹. L'expropriation *de facto* semble en revanche plus difficile à qualifier. Si la Cour a paru pouvoir juger sans difficulté, en vertu du critère classique de l'effet de l'atteinte, que des mesures qui conduisent à une réduction suffisamment importante de la part que représentent les actions litigieuses dans le capital social peuvent conduire à la disparition de leur valeur économique au

¹⁵⁴⁶ Ch. L. ROZAKIS, P. VOYATZIS, « Le droit au respect de ses biens : une clause déclaratoire ou une 'omnibus' norme ? », *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁴⁷ Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine et autres*, *op. cit.*, § 99.

¹⁵⁴⁸ *Idem* ; voy. aussi Cour EDH (GC), 5 janvier 2000, *Beyeler c. Italie*, n° 33202/96, CEDH 2000-I, § 106 : « Au vu de ce qui précède, la Cour ne juge pas nécessaire de trancher la question de savoir si la deuxième phrase du premier alinéa de l'article 1 trouve application en l'espèce. En effet, en raison de sa complexité, en fait comme en droit, la situation ne peut pas être classée dans une catégorie précise » (nous soulignons) ; (GC), 28 septembre 2005, *Broniowski c. Pologne*, *op. cit.*, § 136 : la qualification est abandonnée en raison de la « complexité, en fait comme en droit, de la présente affaire ».

¹⁵⁴⁹ Elle n'a ainsi été contestée ni par l'État défendeur, ni par la Cour dans l'affaire *Lithgow*, cette dernière s'étant contentée de relever que « les requérants ont été manifestement été 'privés de (leur) propriété' au sens de la deuxième phrase de l'article 1(P1-1). La question n'a du reste pas prêté à controverse devant la Cour » ; Cour EDH (plén.), 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 107.

point de constituer une privation de propriété¹⁵⁵⁰. Pourtant, peu de temps avant la décision *Olczak*, la Cour avait jugé qu'une diminution de la part sociale détenue par la requérante de 49% à 20,7% devait être examinée à la lueur de première norme, non pas en raison d'une intensité insuffisante, mais davantage à cause de « de la nature spécifique des biens » qu'elle possédait et de « la complexité, en fait comme en droit » de l'affaire¹⁵⁵¹. Dans plusieurs affaires subséquentes, la Cour a rejeté pour les mêmes motifs la qualification de privation de propriété¹⁵⁵².

b. Le critère correctif du but de l'ingérence

607. Néanmoins, même le critère du but de l'atteinte ne fait pas l'objet d'une application constate : il est ainsi difficile de comprendre pourquoi la régulation d'un secteur donné dans un but de politique sociale pourrait justifier la qualification d'expropriation alors qu'une mesure destinée à réguler le secteur bancaire justifierait son exclusion au profit du second paragraphe. La relativité importante de la qualification entre les diverses catégories est en outre particulièrement illustrée par l'affaire *J.A. PYE (Oxford) LTD et J.A. (Oxford) Land Ltd c. Royaume-Uni*, dans laquelle deux sociétés alléguaient de l'illicéité de la perte de propriété de deux terrains en raison d'un mécanisme de prescription acquisitive. La chambre avait considéré que les dispositions pertinentes avaient « pour conséquence, lorsque les exigences légales sont remplies, de transférer la propriété effective d'un terrain d'un particulier à un autre ». Dès lors et en s'appuyant sur l'extension de la notion de privation aux transferts forcés entre personnes privées amorcée dans l'arrêt *James et autres*, malgré l'absence d'expropriation par l'État, l'ingérence devait être « examinée sous l'angle de la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1 »¹⁵⁵³. À l'inverse, la Grande Chambre conclut à l'applicabilité du second paragraphe

¹⁵⁵⁰ Voy. Cour EDh (déc.), 7 novembre 2002, *Olczak c. Pologne*, *op. cit.*, § 71 : la Cour note que les mesures litigieuses « consisted in a reduction of the value of the applicant's shares », qui représentaient 45% du capital social avant leur mise en œuvre et seulement 0,4% après, et donc que, « while it [was] true that the applicant was not technically divested of his shares, their economic value sufficiently reduced to amount to a deprivation of property » (nous soulignons).

¹⁵⁵¹ Cour EDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding, c. Ukraine*, n° 48553/99, CEDH 2002-VII, § 93.

¹⁵⁵² Voy. par exemple Cour EDH, 18 décembre 2007, *Marini c. Albanie*, n° 3738/02, §§ 166-167 : en l'espèce, dans le cadre d'une « joint-venture » entre le requérant et l'État sur base paritaire – c'est-à-dire que le requérant et l'État détenaient chacun 50% du capital social –, l'État avait mis fin unilatéralement au contrat établissant la société, privant ainsi le requérant de son « ability to run the company, control its assets and receive its profits » ; la Cour juge pourtant que « in the light of the circumstances of the case and having regard to the special nature of the applicant's possessions, the Court does not consider that the interferences can be classified in any specific category within Article 1 of Protocol No. 1. Accordingly, it considers it necessary to examine the case in the light of the general rule set out in that Article ».

¹⁵⁵³ Cour EDH, 15 novembre 2005, *J.A. Pye (Oxford) Ltd et J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Royaume-Uni*, n° 44302/02, §§ 60 et 62.

en raison des buts poursuivis par les dispositions ayant donné lieu à l'ingérence. L'atteinte ne découlait pas d'une disposition permettant à l'État d'« en transférer la propriété dans des circonstances particulières » – c'est-à-dire une expropriation dans le sens le plus strict – ni « d'une politique sociale de transfert de propriété (comme dans l'affaire *James et autres*) »¹⁵⁵⁴. Bien qu'elle reconnaisse une « perte de la propriété effective du terrain » en cause, la Cour ignore la réalité de l'effet de la prescription en jugeant que les dispositions qui la régissent étaient « censées, non pas priver les propriétaires inscrits de leur propriété, mais plutôt régler les questions de droit de propriété »¹⁵⁵⁵. Cette solution, approuvée par une partie de la doctrine¹⁵⁵⁶, a été maintenue par la Cour dans tous les cas dans lesquels une prescription acquisitive, même au profit de l'État, était en jeu¹⁵⁵⁷.

608. Pourtant, cette introduction du critère du but paraît doublement favoriser l'imprévisibilité, du point de vue des individus comme des États de la norme applicable. D'une part en effet, dans son principe même, elle conduit à nier la réalité de la dépossession au profit de la nature régulatrice supposée de l'acte en question, sans qu'il soit possible de distinguer clairement entre deux situations apparemment similaires. Ainsi, il est difficile de comprendre que la nationalisation de *Northern Rock* en Angleterre ait été qualifiée de privation de propriété¹⁵⁵⁸ – certes non contestée entre les parties, mais on sait que la Cour se réserve le droit de requalifier les prétentions respectives des parties – tandis que celle de banques turques dans une période similaire a systématiquement été qualifiée de réglementation de l'usage des biens¹⁵⁵⁹. Il est donc impossible de conclure que toute privation de propriété, même lorsqu'elle ne résulte pas du jeu particulier des législations organisant de manière générale les rapports de

¹⁵⁵⁴ Cour EDH (GC), 30 août 2007, *J.A. Pye (Oxford) LTD et J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Royaume-Uni*, n° 44303/02, CEDH 2007-III, § 65.

¹⁵⁵⁵ *Idem*, § 66.

¹⁵⁵⁶ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2008, n° 4, doct. 110.

¹⁵⁵⁷ Voy. par exemple la solution retenue dans l'affaire *Zolotas (n° 2)*, dans laquelle la prescription d'un dépôt bancaire au profit de l'État « a constitué une atteinte au droit de propriété de celui-ci qui ne correspondait ni à une expropriation ni à une mesure de réglementation de l'usage des biens et qui doit donc être examinée sous l'angle de la première phrase du premier alinéa de l'article 1 » ; Cour EDH, 29 janvier 2013, *Zolotas c. Grèce (n° 2)*, n° 66610/09, CEDH 2013, § 47.

¹⁵⁵⁸ Cour EDH (déc.), 10 juillet 2012, *Grainger et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 38.

¹⁵⁵⁹ Cour EDH, 21 juillet 2015, *Cingilli Holding A.Ş. And Cingillioglu c. Turquie*, n°s 31833/06 et 37538/06, § 49 : « [t]he Court observes that in the present case, the applicants were the shareholders of Demirbank, which was taken over by the State authorities, and accordingly, there has indisputably been an interference with their right of property. As regards which provision of Article 1 of Protocol No. 1 applies in the instant case, the Court observes that the Board's decision to takeover Demirbank was clearly taken as a measure to control the banking sector in the country. It is true that it involved a deprivation of property, but in the circumstances the deprivation formed a constituent element of a scheme for controlling the banking industry. It is therefore the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 which is applicable in the present case » (nous soulignons ; références omises).

propriété comme dans les affaires *Pye Oxford* ou *Zolotas* sera examinée du point de vue de la seconde norme de l'article 1P1.

609. La qualification de la nature de l'ingérence semble d'autre part parfois dépendre du maintien d'un certain équilibre par rapport à l'extension de la notion de bien : ainsi, si l'autorisation d'occupation du domaine public, notamment maritime et naturel, a pu constituer un bien malgré les règles régissant la domanialité publique, l'ingérence résultant du non-renouvellement s'analyse davantage en une réglementation de l'usage des biens qu'en une privation de propriété « compte tenu de ces principes régissant ce domaine »¹⁵⁶⁰, au moins semble-t-il jusqu'à la destruction du bien litigieux¹⁵⁶¹. En effet, alors que la Cour rejette l'inapplicabilité *ratione materiae* en ne donnant pas effet aux règles de la domanialité publique qui interdisaient la constitution d'un « bien » au sens du droit interne, elle s'y réfère au stade de la détermination de la norme applicable afin de rejeter l'application de la seconde norme.

610. En faisant parfois primer le but de la mesure sur ses effets, la Cour européenne semble avoir adopté un standard qui se rapproche à la fois de celle de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique, de celles de certains tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissement ou du Conseil constitutionnel français. La Cour Suprême a en effet développé plusieurs critères permettant la qualification de « *takings* » au sens du Cinquième Amendement à la Constitution des États-Unis sans qu'un transfert formel de propriété au profit de l'État ait eu lieu. Si l'on retrouve parmi celles-ci plusieurs méthodes proches de celles employées par la Cour de Strasbourg, et notamment celle consistant à qualifier de « *regulatory taking* » une mesure qui, si elle a trait au pouvoir de réglementation de l'usage des biens en raison de l'importante diminution de la valeur économique d'un bien¹⁵⁶² ou la disparition de l'utilité économique d'un investissement¹⁵⁶³. Or, pour ce faire, la Cour Suprême estime qu'il faut prendre en considération

¹⁵⁶⁰ Cour EDH (GC), 20 mars 2010, *Depalle c. France*, *op. cit.*, § 79.

¹⁵⁶¹ *Idem* ; la Cour ajoute en effet qu'elle tient compte de « l'absence de mise en œuvre de la démolition » pour exclure la qualification de privation de propriété.

¹⁵⁶² On attribue généralement la clarification de cette hypothèse à *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922), dans lequel la Cour a noté d'une part que « *while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far, it will be recognized as a taking* » (spéc. p. 415) et que « *[one fact for consideration in determining such limits is the extent of the diminution. When it reaches a certain magnitude, in most if not in all cases, there must be an exercise of eminent domain and compensation to sustain the act]* » (spéc. p. 416).

¹⁵⁶³ Cour Suprême, 28 juin 1978, *Penn Central Transp. Co. v. New York City*, 438 U.S. 104, 138, n. 36 (1978), spéc. p. 149 : « *The Court has frequently held that, even where a destruction of property rights would not otherwise constitute a taking, the inability of the owner to make a reasonable return on his property requires compensation under the Fifth Amendment* ».

« *the character of the action and nature and extent of the interference with property rights* »¹⁵⁶⁴. De la même manière, certains tribunaux statuant en matière d'investissement ont pris en considération, soit uniquement¹⁵⁶⁵, soit en balance avec les intérêts et actes de l'investisseur¹⁵⁶⁶, le but de politique générale poursuivi par l'État afin de déterminer l'existence d'une expropriation indirecte¹⁵⁶⁷.

611. Par rapport à ces deux autres ordres juridiques, l'importance juridique de la qualification est cependant grandement diminuée dans le cadre conventionnel.

3. L'enjeu relatif de la qualification

612. La première norme conserve un caractère subsidiaire lorsque la Cour, après avoir envisagé la qualification au regard des seconde et troisième norme, estime ne pas devoir entraîner l'application de l'une ou de l'autre et se contenter de l'examen au regard du principe général de la propriété. Les causes de cet abandon de la qualification sont multiples et dépendent de chaque affaire, mais semblent tenir soit à la difficulté de mobilisation des deux critères principaux, soit à l'absence d'intérêt de la qualification. Comme on l'a vu, il peut tout d'abord être difficile de caractériser la nature de l'ingérence en raison de la complexité de ses effets, notamment lorsque le bien qui fait l'objet d'une ingérence et les prérogatives qui s'en trouvent affectées forment eux-mêmes un ensemble complexe¹⁵⁶⁸.

613. Quoiqu'il en soit, dans un cas comme dans l'autre, l'importance accordée à cette qualification ne semble plus revêtir une grande importance en raison de la structure différente des garanties de l'ordre conventionnel par rapport à celles offertes par les autres ordres juridiques considérés. En droit constitutionnel américain en effet, les sujets des droits et libertés garantis ne peuvent se prévaloir, d'un point de vue substantiel, que de la clause des « *takings* »

¹⁵⁶⁴ *Idem*, p.105.

¹⁵⁶⁵ Le but efface clairement les effets dans la sentence *Saluka* : TA CNUDCI, 17 mars 2006, *Saluka Investments BV c. Pays-Bas*, §§ 276-277.

¹⁵⁶⁶ TA, 29 mai 2003, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. États-Unis du Mexique*, n° ARB, (AF)/00/2, §§ 117 et s., voy. particulièrement § 117: « *in fine* et 118 : « *as far as the effects of such Resolution are concerned, the decision can be treated as an expropriation under Article 5(1) of the Agreement (...). However, the Arbitral Tribunal deems it appropriate to examine, in light of Article 5(1) of the Agreement, whether the Resolution, due to its characteristics and considering not only its effects, is an expropriatory decision* ».

¹⁵⁶⁷ Voy. A. DE NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, X-650 p., spéc. pp. 376-402.

¹⁵⁶⁸ Voy. *supra*, §§ 605 et s.

afin de contester la licéité d'une interférence avec leurs droits de propriété¹⁵⁶⁹. Il en va de même en droit international des investissements, l'immense majorité des garanties conventionnelles n'accordant aux investisseurs qu'un droit de recours contre les expropriations, bien que directes ou indirectes¹⁵⁷⁰. Comme l'a rappelé le tribunal dans l'affaire *Tecmed*, la détermination de l'intensité de la perte de valeur ou d'utilité économique d'un investissement est importante en ce qu'elle permet de « *distinguish, from the point of view of an international tribunal, between a regulatory measure, which is an ordinary expression of the exercise of the state's police power that entails a decrease in assets or rights, and de facto expropriation that deprives those assets of any real substance* »¹⁵⁷¹. La garantie repose donc sur un « *all or nothing* », la qualification étant alors déterminante¹⁵⁷².

614. Le système conventionnel permet un contrôle bien plus large, puisque toute mesure dont il est établi qu'elle affecte la propriété d'une personne privée tombe sous l'empire de la Convention, soit sur le fondement du second alinéa, soit sur le fondement de la première phrase du premier alinéa. Ainsi, un organe juridictionnel de protection des droits de l'homme offre-t-il une protection à tout type d'interférence dans le droit de propriété, contrairement à des juridictions spécialisées en matière économique comme les tribunaux d'investissements¹⁵⁷³. Cette extension particulièrement large conduit à relativiser l'importance de la théorie des *regulatory takings*, qui ne permet pas *per se* d'empêcher l'engagement de la responsabilité de l'État, mais simplement de modifier, dans une mesure de plus en plus relative¹⁵⁷⁴, les éléments du contrôle exercé par la Cour. En ce sens, la jurisprudence de la Cour se rapproche davantage de celle du Conseil constitutionnel français, qui distingue selon la nature de l'atteinte, qui peut être qualifiée soit d'expropriation au sens de l'article 17 de la DDHC, soit désormais d'« autre

¹⁵⁶⁹ Le Cinquième Amendement dispose en effet seulement que « *nor shall private property be taken for public use, without just compensation* » ; soit l'expropriation est formelle et découle des pouvoirs de « *eminent domain* », soit elle résulte de l'exercice des pouvoirs de régulation de l'État et doit dans ce cas pouvoir être qualifiée de « *taking* » afin d'entraîner le jeu du Cinquième Amendement.

¹⁵⁷⁰ Plusieurs auteurs ont en effet noté que la seule disposition directement inspirée de l'article 1P1, qui aurait pu donner lieu à un contrôle de la régulation par des tribunaux arbitraux du la réglementation de l'usage des biens, est le modèle norvégien de TBI, lequel comprenait une clause qui « comportait « *the preceding provision shall not, however, in any way impair the right of a Party to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest* » ; à notre connaissance, aucun traité n'a été conclu avec de telles dispositions ; voy. A. DE NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international*, *op. cit.*, p. 363 ; S. ROBERT-CUENDET « Interférence et expropriation », *op. cit.*, pp. 122-153, spéc. p. 134.

¹⁵⁷¹ TA CIRDI, 29 mai 2003, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. États-Unis du Mexique*, *op. cit.*, § 115.

¹⁵⁷² U. KRIEBAUM, « Regulatory Takings: Balancing the interests of the investor and the State », *Journal of World Investment & Trade*, 2007, vol. 8, n° 5, pp. 717-744, spéc. p. 719.

¹⁵⁷³ U. KRIEBAUM, « Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration? », in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI et EU PETERSMANN (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, XVLVIII- 594p., pp. 219-245, spéc. p. 238.

¹⁵⁷⁴ Voy. *supra*, Titre 4.

atteinte au droit de propriété »¹⁵⁷⁵ - tout type d'atteinte étant alors susceptible de relever du contrôle de constitutionnalité.

SECTION 2 : L'EXTENSION DES PRÉROGATIVES CONFÉRÉES EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE

615. Comme tout rapport d'obligation, le contenu conventionnel peut être envisagé soit du point de vue du créancier, soit du point de vue de son débiteur. Or, la portée des droits garantis par la Convention est affectée par la redéfinition du contenu des prérogatives envisagées à la fois du point de vue de l'individu créancier comme de l'État débiteur.

616. Du point de vue de l'individu, l'intégration de la sphère économique est en effet permise par l'extension des prérogatives conférées. L'approfondissement des droits garantis permet l'intégration de la matière économique de deux manières différentes. D'une part, leur contenu est approfondi, et non plus seulement élargi (§1). Du point de vue de l'État, la structure de l'obligation l'est aussi, puisqu'à ces droits ne correspondent plus seulement des obligations d'abstention de la part des autorités, mais également des obligations dites positives. Celles-ci permettent de dépasser matériellement la structure mixte¹⁵⁷⁶ du mécanisme conventionnel comme la neutralité supposée de la Convention pour les ressources économiques publiques (§2).

§1. L'approfondissement du contenu des droits, vecteur de diffusion des libertés économiques

617. L'approfondissement du contenu se traduit par l'enrichissement des prérogatives renfermées dans le droit, ces prérogatives permettant une intégration plus large de la matière économique au sein du giron conventionnel. Il peut être effectué selon deux modalités : soit le droit demeure inchangé, mais son volet négatif est reconnu par la Cour (A), soit un nouveau droit positif est ajouté au droit initial (B).

¹⁵⁷⁵ L'auteur note que le Conseil oppose depuis Cons. const., 13 janv. 2012, n° 2011-208 QPC, *Consorts B. [Confiscation de marchandises saisies en douane]*, cons. 4, les privations de propriété aux « autres atteintes », mais que que cette protection n'est pas complète, puisque les autres droits réels que la propriété ne sont pas protégés (V. MAZEAUD, « Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », RTD civ., 2014, n° 1, pp. 29-48). Tout intérêt économique n'est pas donc l'objet d'un rapport constitutionnel de propriété en France.

¹⁵⁷⁶ Entendue d'un contentieux comportant une personne privée et un État, ou deux États, mais sans jamais pouvoir opposer directement deux personnes privées.

A. La reconnaissance du volet négatif des droits : l'exemple de la liberté d'association

618. La rédaction de la plupart des droits garantis par la Convention sont construits sur un modèle positif, reproduisant la classification des « droits de » auxquels sont supposés renvoyer les droits civils et politiques. Par conséquent, la plupart de ces droits ont été rédigés de manière à préserver la liberté de faire plutôt que la liberté de ne pas faire. Les affaires dont ont été saisie la Cour l'ont pourtant conduite à examiner la question d'un éventuel volet négatif de l'ensemble des droits garantis, qu'il s'agisse du droit à la vie¹⁵⁷⁷, du droit à la liberté d'expression¹⁵⁷⁸ ou encore du droit à la liberté religieuse et de conscience¹⁵⁷⁹. En apparence distincte de la question économique, la question de la consécration du volet négatif des droits garantis interroge en premier lieu le degré d'individualisme, ou de libéralisme, garanti par le texte conventionnel. Si le volet positif est intrinsèquement libéral, le volet négatif en constitue l'achèvement puisqu'il consacre une autonomie personnelle complète¹⁵⁸⁰.

619. En tant que tel, l'article 11 de la Convention n'échappe à ces interrogations. Rédigé de manière analogue aux droits précités, il énonce que « [t]oute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts ». Si la consécration d'un volet négatif revêt une importance particulière dans le déploiement des droits conventionnels au sein de la sphère économique, c'est que l'accès à de nombreuses professions ou emplois sont conditionnés à des adhésions forcées. Ainsi, un certain nombre de professions libérales dans les pays continentaux de l'Europe de l'Ouest supposent l'adhésion à un organe de droit public ou privé auquel l'État a délégué la gestion la profession¹⁵⁸¹. Dans cette perspective, la reconnaissance d'un volet négatif s'apparente à la reconnaissance d'une partie du contenu de la liberté d'entreprendre. Celle-ci est ainsi définie par le Conseil constitutionnel comme comprenant « non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique

¹⁵⁷⁷ Voy. Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 39.

¹⁵⁷⁸ Voy. déjà Com. EDH, 13 octobre 1992, cité in Fr. KRENC, « Observations en marge de l'arrêt Sorensen et Rasmussen c. Danemark rendu le 11 janvier 2006 par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2006, n° 68, pp. 787-816, spéc. p. 788.

¹⁵⁷⁹ Cour EDH (GC), 18 février 1999, *Buscarini c. Saint-Martin*, 24645/94, CEDH 1999-I, § 34.

¹⁵⁸⁰ H. HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 1019 p., p. 39.

¹⁵⁸¹ Voy. le cas français.

mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité »¹⁵⁸². L'obligation de s'associer constitue dès lors une ingérence dans la liberté d'accès à une profession ou à un marché.

620. La Cour a très tôt été saisie de telles contestations sur le fondement de l'article 11. Dans l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, les requérants alléguaient que l'obligation d'inscription à l'Ordre des médecins afin de pouvoir exercer était contraire à l'article 11. Sans exactement énoncer un droit de ne pas adhérer à une association, la Cour a alors jugé que l'article 11 n'était pas applicable dans la mesure où l'Ordre constituait une institution de droit public et non une association¹⁵⁸³, mais avait déjà relevé que « Encore faut-il que sa création par l'État belge n'empêche pas les praticiens de fonder entre eux des associations professionnelles ou d'y adhérer, sans quoi il y aurait violation »¹⁵⁸⁴. La Cour a d'ailleurs expressément identifié le lien entre droits civils et politiques et les libertés économiques en rappelant que «

« des régimes totalitaires ont recouru d'y adhérer, sans quoi il y aurait violation. Des régimes totalitaires ont recouru - et recourent – à l'encadrement, par la contrainte, des professions dans des organisations hermétiques et exclusives se substituant aux associations professionnelles et aux syndicats traditionnels »¹⁵⁸⁵.

621. La jurisprudence postérieure a confirmé que l'affiliation obligatoire à une association ou à un syndicat pour accéder à une profession constituait bel et bel une ingérence dans le droit garanti par le volet négatif de l'article 11. Sur le fondement de l'autonomie personnelle, la Cour a pleinement consacré l'existence d'un droit négatif d'association sur le fondement de l'article 11 dans l'arrêt *Sorensen et Rasmussen*. Affirmant tout d'abord que « l'article 11 de la Convention doit aussi être considéré comme consacrant un droit d'association négatif », la Cour justifie cette solution *in fine* par le fait que la notion d'autonomie personnelle « doit être considérée comme un corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu dans l'article 11, ainsi que comme un élément confirmant l'importance que revêt l'aspect négatif de cette disposition »¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸² Cons. const., 30 novembre 2012, n° 2012-285 QPC, *Christian S [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle]*, cons. 7.

¹⁵⁸³ Cour EDH (plén.), 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, n°s 6878/75 et 7238/75, Série A, n° 43, § 64.

¹⁵⁸⁴ *Idem*, § 65.

¹⁵⁸⁵ *Idem*.

¹⁵⁸⁶ Cour EDH (GC) 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, n°s 52562/99 et 52620/99, CEDH 2006-I, § 54.

622. Cela a pour conséquence de consacrer une liberté économique partielle, mais réelle. Ainsi, ce sont certaines modalités spécifiques d'organisation des professions ou des emplois qui sont soumises à la Convention et au contrôle, international ou interne, de son respect. Le refus d'octroi d'un permis de vinification à deux viticulteurs en raison de leur refus d'adhérer à une coopérative qui bénéficie d'un monopole législatif de vinification et de commercialisation d'un vin particulier constitue une ingérence de droit négatif de l'article 11¹⁵⁸⁷. Toutefois, la portée de cette disposition est limitée par la notion d'association qui, si elle est autonome des qualifications internes, est limitée aux organes privés et non publics¹⁵⁸⁸. Cela a pour conséquence d'exclure du contrôle de la Cour à la fois l'adhésion aux systèmes publics de sécurité sociale, principaux ou complémentaires¹⁵⁸⁹, même lorsque ceux disposent d'une autonomie financière et qu'ils ont pour objet de « faire fructifier [leur capital] par le biais de nombreuses participations à des activités économiques et commerciales »¹⁵⁹⁰, mais aussi aux autorités « qui ont pour objectif de réguler et promouvoir les professions qu'ils représentent »¹⁵⁹¹ seraient jugées publiques au sens de la Convention¹⁵⁹².

623. De plus, si l'autonomie personnelle a conduit la Cour à étendre le champ des droits garantis aussi bien qu'à la découverte de droits nouveaux ou au renforcement des droits existants, force est de constater que la « liberté de choix » dont elle constitue le corollaire a surtout permis¹⁵⁹³ l'extension des droits garantis hors de la sphère économique.

¹⁵⁸⁷ Cour EDH, 3 décembre 2015, *Mytilinaois et Kostakis c. Grèce*, n° 29389/11, § 53.

¹⁵⁸⁸ Cour EDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c. Belgique*, nos 6878/75, 7238/75,

¹⁵⁸⁹ Voy. déjà Com. EDH (déc.), 2 septembre 1992, *Bernstorff c. République fédérale d'Allemagne*, n° 18431/91, § 1 (en droit).

¹⁵⁹⁰ Cour EDH (déc.), 10 avril 2018, *Üstüner c. Turquie*, n° 20006/08, §§ 10 et § 27.

¹⁵⁹¹ *Idem*, § 24.

¹⁵⁹² Voy. par exemple pour l'ordre des avocats en Belgique, Cour EDH (plén.), 23 juin 1981, *Van Leuven et autres, op. cit.*, §§ 64-65 ; pour une chambre des notaires en Russie, Cour EDH (déc.), 3 avril 2001, *O.V.R. c. Russie*, n° 44319/98, CEDH 2001-V, et le reste de la jurisprudence citée par la Cour dans la décision *Üstüner*.

¹⁵⁹³ Le recours à cette notion n'implique d'ailleurs pas systématiquement que l'extension suggérée par les requérants prospère ; voy. par exemple en matière de droit à la vie et d'un éventuel « droit à mourir dignement » Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty et autres c. Royaume-Uni, op. cit.*, § 39.

B. L'ajout de volets positifs : l'exemple du droit de nouer des relations avec ses semblables

624. La Cour ajoute -, ou déduit, de nouveaux droits positifs sur le fondement des droits existants, qui contribuent à l'intégration de la matière économique dans le champ conventionnel. Les exemples sont nombreux – on pensera notamment à l'ajout du droit de mener des négociations collectives « déduit » de l'article 11 dans l'arrêt *Demir et Baykara*¹⁵⁹⁴, mais tous ne présentent pas un caractère systémique.

625. Au-delà du principe interprétatif de l'autonomie personnelle, dégagé dans l'arrêt *K.A. A.D.*¹⁵⁹⁵ et qui n'a pour l'instant été mentionné, en matière économique, que dans le cas particulier de l'article 11 de la Convention, la Cour a ajouté aux droits conférés par l'article 8 un droit de nouer des relations avec ses semblables (1). Ce nouveau volet constitue un vecteur important d'intégration de la matière économique au sein du corpus conventionnel, bien que sa découverte ait eu un plus grand retentissement que la portée qu'on a parfois entendu lui attribuer (2).

1. La découverte du droit de nouer des relations avec ses semblables

626. Contrairement au droit constitutionnel allemand, dans lequel l'autonomie personnelle structure explicitement l'intégralité du développement du droit au respect de la vie privée, cette notion n'est pas systématiquement mobilisée par le juge européen mais paraît indéniablement sous-tendre ses développements¹⁵⁹⁶. Le droit de nouer des relations avec ses semblables comme composante du droit au respect de la vie privée n'a pas été initialement dégagé dans le contexte des activités économiques des individus¹⁵⁹⁷, mais il y a été étendu par la Cour. Dans l'arrêt *Niemietz*, celle-ci a permis la projection de la vie privée à l'extérieur de l'individu d'une part en affirmant l'opposabilité de la vie privée à la sphère professionnelle et commerciale en

¹⁵⁹⁴ Cour EDH (GC), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97, CEDH 2008, § 154.

¹⁵⁹⁵ Cour EDH, 17 février 2005, *K.A. A.D. c. Belgique*, n°s 42758/98 et 45558/99, § 83.

¹⁵⁹⁶ H. HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, op. cit., pp. 163-233.

¹⁵⁹⁷ Voy. en effet Com. EDH (plén.) (déc.), 18 mai 1976, *X c. Islande*, D.R. 5, pp. 88 et s., spéc. p. 89 : « ce droit comprend également, dans une certaine mesure, le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité » ; la similarité de la formule montre que la Cour s'est inspirée de cette décision dans son arrêt *Niemietz*.

reconnaissant leur importance dans la vie sociale des individus¹⁵⁹⁸, et en consacrant d'autre part, « dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables »¹⁵⁹⁹. Facilité dans cet arrêt *Niemietz* par la nature libérale de l'activité exercée, la portée de décloisonnement est réelle puisque la Cour a constamment jugé, d'abord implicitement¹⁶⁰⁰ puis explicitement, que le droit au respect de la vie privée comprenait « le droit de mener une 'vie privée sociale', à savoir la possibilité pour l'individu de développer son identité sociale »¹⁶⁰¹. Dès lors, « la vie professionnelle fait partie de cette zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la 'vie privée' »¹⁶⁰².

627. Cette reconnaissance a plusieurs conséquences importantes au regard de l'assimilation de la matière économique au sein des droits conventionnels, quoi qu'elles soient certainement, à ce stade, moins importantes que ce qui a pu être affirmé.

2. Les conséquences de la reconnaissance du droit

628. Les conséquences de cette reconnaissance pourraient, à terme et de lege referenda, amener à la consécration d'un principe de liberté contractuelle (a). En l'état actuel du droit positif, en revanche, il se limite à étendre les droits existants dans la sphère professionnelle de l'individu (b).

a. Les conséquences de lege lata

629. Le décloisonnement de la vie privée et de la vie professionnelle implique tout d'abord que le respect de la vie privée continue à s'appliquer dans le contexte professionnel. Cela signifie que les atteintes qui pourraient y être portées dans le cadre des relations entre un employeur et son salarié relèvent du champ d'application *ratione materiae* de l'article 8. Ainsi,

¹⁵⁹⁸ Cout EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, *op. cit.*, § 29 : « il paraît n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de 'vie privée' comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur ».

¹⁵⁹⁹ *Idem.*

¹⁶⁰⁰ Dans l'affaire *Wretlund et autres c. Suède*, la Cour rejette la requête comme manifestement mal-fondée du fait de la licéité manifeste de l'ingérence, sans toutefois se prononcer sur la question de savoir si la politique de contrôle de l'usage de produits stupéfiants par l'employeur de la requérante ; Cour EDH (déc.), 9 mars 2004, *Wertrund c. Suède*, n° 46210/99.

¹⁶⁰¹ Voy. Cour EDH (GC), 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, n° 61496/08, CEDH 2017, § 70.

¹⁶⁰² Cour EDH (GC), 12 juin 2014, *Fernández et Martínez c. Espagne*, *op. cit.*, § 110 .

un licenciement constitue une atteinte à la vie privée dès lors qu'il est fondé sur des éléments qui en ressortent, comme la sexualité¹⁶⁰³ ou de la maladie¹⁶⁰⁴. Plus encore, toute atteinte à la vie privée commise sur un lieu professionnel constitue également une ingérence dans la vie privée du salarié au sens de l'article 8, comme la surveillance et l'interception d'appels téléphoniques émis depuis des locaux professionnels¹⁶⁰⁵.

630. Comme le note J. Mouly, il s'agit néanmoins là de la « signification traditionnelle »¹⁶⁰⁶ de l'article 8, dont l'applicabilité ne dépend pas de la nature de l'activité qui est le contexte de l'ingérence constatée. Cela signifie d'autre part que le refus opposé à un individu d'accéder à une profession ou à un emploi, ou au contraire le licenciement ou le retrait de l'autorisation d'exercer une telle profession est également susceptible de relever de la « vie privée » au sens de l'article 8. En ce sens, l'article 8 ne diffère d'ailleurs pas de l'ensemble des dispositions conventionnelles, les répercussions économiques du refus d'accès à un emploi ou d'un licenciement sur la situation personnelle étant susceptibles de constituer une ingérence dans tout droit conventionnel à partir du moment où le motif du licenciement est lié à l'exercice de ce droit. Il va ainsi par exemple du licenciement en raison de l'exercice par des individus de leur droit à la liberté d'expression lorsqu'elle a été déployée au sein de l'entreprise¹⁶⁰⁷ ou au

¹⁶⁰³ Qu'il s'agisse d'homosexualité par exemple ou du motifs pris de « l'inconvenance » de la vie sexuelle d'une femme ; voy. respectivement Cour EDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n^{os} 33985/96 et a., CEDH 1996-VI, § 71 et Cour EDH, 19 octobre 2010, *Özpinar c. Turquie*, n^o 20999/04, §§ 47-48.

¹⁶⁰⁴ Cour EDH, 3 octobre 2013, *I.B. c. Grèce*, n^o 552/10, CEDH 2013, § 72 : « Il est clair que le licenciement du requérant a conduit à stigmatiser une personne qui, bien que porteuse du VIH, n'avait présenté aucun symptôme de la maladie. Cette mesure ne pouvait qu'avoir des répercussions graves sur sa personnalité, sur le respect qu'on pouvait lui témoigner et, en fin de compte, sur sa vie privée. À cela s'ajoute l'incertitude liée à la recherche d'un nouvel emploi, les perspectives d'en trouver un pouvant raisonnablement sembler lointaines compte tenu du précédent vécu. Le fait que le requérant ait trouvé un nouveau travail après son licenciement ne suffit pas à effacer l'effet néfaste qu'ont eu les faits litigieux sur sa capacité à mener une vie personnelle normale ».

¹⁶⁰⁵ Cour EDH, 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, n^o 20605/92, § 44 ; 3 avril 2007, *Copland c. Royaume-Uni*, n^o 62617/00, CEDH 2007-I, § 42.

¹⁶⁰⁶ J. MOULY, « Licenciement et Convention européenne des droits de l'homme », in L. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise* » *op. cit.*, pp. 83-105, spéc. p. 89.

¹⁶⁰⁷ Cour EDH (GC), 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, *op. cit.*, §§ 56-57 notamment.

sujet de l'entreprise dans le cadre d'un débat d'intérêt public¹⁶⁰⁸, ou de celui en raison effectué en raison de leurs convictions religieuses¹⁶⁰⁹.

b. Les conséquences *de lege ferenda*

631. Pourtant, ce droit de nouer des relations avec ses semblables, y compris au moyen d'activités professionnelles et commerciales, n'équivaut ni au droit à accéder à un emploi, ni le fondement actuel d'une liberté d'entreprendre ou de la liberté contractuelle.

632. Certaines interdictions sont susceptibles, soit par leur portée, soit par leur motif, de porter atteinte au droit au respect de la vie privée sociale et au droit de nouer des relations avec ses semblables qui en découle. Ainsi, saisie par un fonctionnaire turc contestant sa mutation à un poste moins prestigieux en raison, selon lui, de ses convictions religieuses, la Cour a tenu à réaffirmer qu'on « ne saurait déduire de l'article 8 un droit générique à l'emploi ou au renouvellement d'un contrat à durée déterminée »¹⁶¹⁰. La réitération de ce refus, qu'elle avait pourtant déjà rendu explicite auparavant¹⁶¹¹ semble avoir été rendue nécessaire par la reconnaissance accrue d'ingérences dans le droit au respect de la vie privée du fait de certaines interdictions d'accéder à certaines professions. Ainsi, dans le cadre du contentieux relatif aux interdictions générales d'exercer des emplois publics ou privés pour les anciens agents du KGB la Cour avait paru tempérer ce refus en jugeant, à la lumière de l'arrêt *Airey* mais aussi de l'article 1 § 2 de la Charte sociale européenne¹⁶¹², qu'une « interdiction générale d'occuper un emploi dans le secteur privé porte bien atteinte à la 'vie privée' »¹⁶¹³. Cette solution, réitérée dans le cadre de plusieurs incapacités professionnelles imposées à une personne inscrite au

¹⁶⁰⁸ Cour EDH, 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*, n° 28274/08, §§ 43-44 : « La Cour observe d'emblée que les parties conviennent que la plainte pénale déposée par la requérante s'analyse en une dénonciation d'un comportement prétendument illicite imputable à l'employeur de l'intéressée et que cet acte relève de l'article 10 de la Convention. Les parties s'accordent également à considérer que le licenciement qui s'en est suivi et que les décisions des tribunaux internes auxquelles il a donné lieu sont constitutifs d'une ingérence dans la liberté d'expression de la requérante. A cet égard, la Cour rappelle avoir jugé, dans certaines affaires mettant en cause la liberté d'expression des fonctionnaires, que l'article 10 s'étend à la sphère professionnelle. Elle a précisé que cette disposition s'impose aussi lorsque, comme en l'espèce, les relations entre employeur et employé obéissent au droit privé, et que l'État a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes provenant même de personnes privées ».

¹⁶⁰⁹ Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schiith c. Allemagne*, *op. cit.*, spéc. §§ 53 et 55

¹⁶¹⁰ Cour EDH, 2 juin 2016, *Sodan c. Turquie*, n° 18650/05, § 37.

¹⁶¹¹ Voy. par exemple Cour EDH (GC), 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, *op. cit.*, § 41 : « [l]a Convention ne garantit pas la liberté de profession ».

¹⁶¹² Celui-ci dispose que « (...) les Parties s'engagent (...) protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris ».

¹⁶¹³ Cour EDH, 27 juillet 2004, *Sidabras and Dziautas c. Lituanie*, *op. cit.*, § 47.

registre des faillis¹⁶¹⁴, avait pu laisser penser à une partie de la doctrine que la Cour avait consacré ou allait consacrer un droit de gagner sa vie par le travail¹⁶¹⁵.

633. Or, l'absence réaffirmée de ce droit confirme que toute « conséquence négative » des décisions d'un employeur, public ou privé, dans son pouvoir de direction sur le salarié n'est pas susceptible de constituer *per se* une ingérence dans le droit au respect de la vie privée. Il faut au contraire établir que soit son intensité, soit ses motifs sont susceptibles de constituer une telle ingérence¹⁶¹⁶. Le seuil élevé ainsi dégagé n'infirme pas les développements effectués sur le fondement du droit à nouer des relations, mais confirme au contraire la distinction avec un droit général à gagner sa vie par le travail. Dans les affaires *Sidabras* et *Albanese*, c'était la portée des interdictions – quasi générale dans la première, très importante au regard de la profession en cause dans la seconde, qui justifient l'examen au regard de l'article 8. Similairement, dans l'affaire *Bigaeva* ou dans l'affaire *Fernandez Martinez*, ce sont les motifs ou les conditions du refus ou du licenciement qui constituent l'ingérence. Il s'agissait dans la première de la seule nationalité dans la première, dans le cadre d'une attitude incohérente des autorités qui avaient laissé la requérante s'engager dans une voie professionnelle dont elles savaient qu'elle lui serait par la suite interdite¹⁶¹⁷, et de l'état de divorcé dans la seconde¹⁶¹⁸. C'est donc la gravité des

¹⁶¹⁴ Cour EDH, 23 mars 2006, *Albanese c. Italie*, n° 77924/01, § 54 : ces incapacités concernaient la possibilité d'être nommé à certaines fonctions comme administrateur ou syndic de sociétés commerciales ou coopératives, d'agent de change, d'auditeur des comptes ou d'arbitres ; la Cour a jugé que « ces incapacités, influençant la possibilité du requérant de développer des relations avec le monde extérieur, tiennent à n'en pas douter à la sphère de la vie privée de celui-ci L'article 8 de la Convention est donc applicable en l'espèce » (références omises).

¹⁶¹⁵ ; voy. pourtant déjà Cour EDH, 16 novembre 2006, *Karov c. Bulgarie*, n° 45964/99, § 88, au sujet de mesures de suspension d'un fonctionnaire qui le conduisaient en même temps à ne pas pouvoir poursuivre d'autres professions.

¹⁶¹⁶ *Idem* : « bien entendu, la seule existence de ces conséquences négatives n'est pas en soi de nature à rendre la mutation contraire aux droits garantis par la Convention. Ce qui importe en l'espèce, c'est de déterminer les motifs de cette mutation et de vérifier leur compatibilité avec les dispositions conventionnelles » ; l'analyse de l'ingérence constitue le premier temps du raisonnement annoncé : en concluant que ce sont des motifs religieux qui ont fondé la décision de mutation, la Cour conclut à une « ingérence » dont elle vérifie ensuite la compatibilité avec les dispositions conventionnelles (§§ 44-50).

¹⁶¹⁷ C'est la frustration des attentes légitimes de la requérante qui constituent alors l'ingérence constatées ; voy. Cour EDH, 28 mai 2009, *Bigaeva c. Grèce*, *op. cit.*, § 33 : « La Cour relève que le refus dudit Ordre est intervenu au stade final du processus relatif à l'inscription au Tableau de l'Ordre des avocats, stade auquel la question de la nationalité de la requérante a été pour la première fois invoquée en tant qu'obstacle pour participer aux examens organisés par l'Ordre précité. Or, par ce biais, l'Ordre a brusquement bouleversé la situation professionnelle de la requérante, après l'avoir conduite à consacrer dix-huit mois de sa vie professionnelle à satisfaire à la condition du stage réglementaire. Compte tenu de la nature et de la raison du stage réglementaire, telle qu'elles ressortent du droit interne pertinent, la requérante n'aurait eu aucune raison apparente d'accomplir le stage en cause, si l'Ordre des avocats avait *ab initio* répondu par la négative à la demande en cause ».

¹⁶¹⁸ Cour EDH (GC), 12 juin 2014, *Fernandez Martinez c. Espagne*, n° 56030/07, CEDH 2014, §§ 110 et 113 « [e]n outre, la vie professionnelle est souvent étroitement mêlée à la vie privée, tout particulièrement si des facteurs liés à la vie privée, au sens strict du terme, sont considérés comme des critères de qualification pour une profession donnée.(...) Dans ces conditions, la Cour considère que le non-renouvellement du contrat du requérant en raison d'événements principalement liés à des choix personnels effectués par lui dans le cadre de sa vie privée

répercussions, et parmi elles la gravité des répercussions économiques¹⁶¹⁹, qui sont susceptibles de constituer une ingérence

634. Au-delà du seul accès à une profession, plusieurs auteurs ont pu voir dans le droit de développer des relations avec ses semblables, avec ou en complément du principe d'autonomie personnelle, un droit susceptible de fonder la reconnaissance générale de la liberté contractuelle par la Convention¹⁶²⁰. D'ailleurs, la Cour constitutionnelle allemande fonde en effet le principe de liberté contractuelle, comme celui de liberté d'entreprendre et de la liberté des activités économiques¹⁶²¹ sur l'article 2 § 1 de la Loi fondamentale, selon lequel « chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale »¹⁶²². Toutefois, outre le fait que cette disposition s'intitule « [Liberté d'agir ; liberté de la personne] »¹⁶²³ et semble ainsi avoir pour objet de consacrer un principe général de liberté qui est absent du texte conventionnel¹⁶²⁴, l'état actuel de la jurisprudence ne permet pas d'affirmer qu'un tel principe est consacré sur le fondement de la Convention européenne.

et familiale a gravement compromis ses possibilités d'exercer son activité professionnelle spécifique. Il s'ensuit que, dans les circonstances de la cause, l'article 8 est applicable » (nous soulignons).

¹⁶¹⁹ À cet égard, J. Mouly note que la Cour a clarifié dans l'arrêt *Eweida* que la possibilité pour une personne de démissionner et de trouver un autre emploi ne constituait pas un motif d'exclusion *per se* de toute ingérence dans le droit invoqué ; voy. à propos de la liberté de religion Cour EDH, 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n^{os} 48420/10, 36516/10, 51671/10 et 59842/10, § 83.

¹⁶²⁰ Certains auteurs estiment qu'il est déjà consacré, généralement pour plusieurs raisons parmi lesquelles figurent le droit à l'autonomie personnelle et celui de nouer des relations avec ses semblables ; voy. D DE BÉCHILLON, « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, 2007, XXX-882 p., pp. 53-64. D'autres se contentent d'envisager ces principes comme des fondements possibles ; voy. L. MAURIN, *Le contrat et les droits fondamentaux, op. cit.*, pp. 123-126, qui note que ce droit ainsi que le principe d'autonomie personnelle sont tous les deux susceptibles de constituer un facteur de rattachement pertinent.

¹⁶²¹ M. FROMONT, « L'autonomie de la volonté et les droits fondamentaux en droit privé allemand », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, XXV-935 p., pp. 336-356 ; H. HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne, op. cit.*, p. 211 : l'auteure cite BVerfGE 88, 384, *Verfassungsmäßigkeit des Zinsanpassungsgesetzes*, 25 mai 1993 ; 113, 29 *Anwaltsdatem*, 12 avril 2005 ; 98, 218, *Rechtschreibreform*, 14 juillet 1998 ; 50, 290, *Mitbestimmung*, 1^{er} mars 1979.

¹⁶²² Traduction par Ch. Autexier, M. Fromont, C. Grewe et O. Jouanjan pour le *Bundestag*.

¹⁶²³ *Idem*.

¹⁶²⁴ On rappellera à cet égard qu'en droit constitutionnel français, c'est précisément ce principe général de liberté, consacré à l'article 4 de la DDHC, qui a servi au juge constitutionnel à consacrer la liberté d'entreprendre comme la liberté contractuelle.

§2. L'extension du contenu des obligations conventionnelles

635. L'intégration de la matière économique au sein des garanties conventionnelles passe également par l'extension du contenu des obligations conventionnelles, et plus précisément à travers la reconnaissance par la Cour d'obligations positives sur le fondement des droits garantis. ces obligations positives, lorsqu'elles sont verticales – c'est-à-dire lorsqu'elles imposent une action de l'État directement envers un individu, peuvent constituer le fondement d'obligations de prestations économiques du premier envers le second (A). Plus encore, et malgré certaines hésitations quant à l'exclusivité de leur fondement, les obligations positives, en permettant l'horizontalisation du champ conventionnel, entraînent de véritables obligations de régulation des relations économiques privées dans le champ des États (B).

A. Les obligations positives verticales, source limitée d'obligations de fourniture de prestations économiques

636. La supposée distinction entre droits économiques et sociaux d'une part et droits civils et politiques d'autre part ne constitue plus, depuis l'arrêt *Airey*, est un motif suffisant pour refuser de mettre à la charge de l'État une obligation positive (1). Pourtant, force est de constater que la Cour est, empiriquement, souvent réticente à consacrer de telles obligations (2).

1. La disparition de l'argument de principe

637. Le postulat de neutralité économique sur lequel a été fondé la Convention impliquait la volonté de séparer des droits analysés comme des « droits civils et politiques » de droits dits « économiques et sociaux », bien que le contenu respectif et la distinction entre ces deux catégories apparaissent toujours incertain¹⁶²⁵. Généralement, les critères de distinction proposés – qui reflètent la conception générale que se font les juristes de ces droits –, il apparaît que la différence de nature entre ces deux catégories tiendrait principalement à la nature attendue du comportement de l'État : « action » pour les droits économiques et sociaux et « abstention » pour les droits civils et politiques. Pourtant, ça n'est souvent pas seulement « l'action » de l'État

¹⁶²⁵ Voy. *supra*, Introduction.

en tant que telle qui est soulignée, mais son coût économique¹⁶²⁶. Plus précisément encore, c'est le caractère redistributif de ces droits qui a longtemps conduit une partie de la doctrine soit à leur nier leur caractère juridique, soit leur caractère justiciable¹⁶²⁷.

638. Dans le célèbre arrêt *Airey*, la Cour a donc rejeté la nature de principe d'un tel argument. Dans cette affaire en effet, la requérante alléguait la violation de l'article 6 § 1, en tant qu'il consacre le droit d'accès à un tribunal¹⁶²⁸, en raison des « frais prohibitifs du procès », notamment ceux engendrés par le recours à un conseil juridique, qui l'auraient empêché de saisir le juge d'une demande de séparation de corps. L'État défendeur alléguait, entre autres, que cet obstacle ne lui était pas attribuable, puisqu'il « ne découlait d'aucune initiative des autorités, mais uniquement de la situation personnelle »¹⁶²⁹ de la requérante. En d'autres termes, l'État défendeur alléguait qu'il ne pouvait être tenu pour responsable des conséquences que la situation économique de la requérante avait sur la possibilité pour elle de jouir du droit d'accès à un tribunal consacré par les garanties conventionnelles. L'argument reposait alors indéniablement, quoi qu'implicitement, sur l'idée selon laquelle l'État n'était pas tenu, hors disposition conventionnelle spécifique¹⁶³⁰, de fournir ou d'assurer une prestation économique permettant à la requérante de saisir un tribunal interne. Or, la Cour a jugé que tel pouvait être le cas, et qu'on ne pouvait exclure par principe une telle nécessité malgré le caractère économiquement contingent de tels droits¹⁶³¹.

639. C'est en ce sens que la Cour a aboli la distinction de principe entre ces deux catégories de droits. En d'autres termes, l'appartenance réelle ou supposée d'un droit à la « sphère des droits économiques et sociaux » ne la conduit pas à « devoir écarter telle ou telle interprétation pour [ce] simple motif »¹⁶³². Par conséquent, les « prolongements d'ordre économique et social » auxquels la Cour se réfère reflètent la contingence des droits « civils et politiques » que

¹⁶²⁶ Voir C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen*, op. cit.

¹⁶²⁷ Voy. *supra*, introduction.

¹⁶²⁸ Lequel avait été reconnu précédemment par l'arrêt Cour EDH (plén.), 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, Série A, n° 18, § 35.

¹⁶²⁹ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, op. cit., § 25.

¹⁶³⁰ On pense notamment à l'article 6 § 3 c) de la Convention qui garantit, mais uniquement en matière pénale (puisque il est garanti à « tout accusé ») le droit d'« avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ».

¹⁶³¹ La Cour note en effet qu'elle « n'ignore pas que le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des États et notamment de leurs finances » ; Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, op. cit., § 26.

¹⁶³² *Idem*.

la Convention garantit, et non nécessairement la déclinaison économique des droits garantis à laquelle elle a par ailleurs procédé. Comme le souligne le juge *Vilhjálmsson*, pour regretter la solution dégagée par la Cour, ce lien entre la « situation financière » d'un individu et sa « capacité ou incapacité de revendiquer les droits que [lui] garantit la Convention » est indéniable, mais la reconnaissance d'obligations positives sur ce fondement relève indéniablement d'un choix de politique juridique. D'autres arguments, fondés sur l'intention de ses rédacteurs¹⁶³³ comme sur l'existence, plus particulièrement, d'un droit à l'assistance gratuite d'un avocat en matière pénale, pouvaient juridiquement fonder une solution contraire, ni plus ni moins valable¹⁶³⁴.

2. Le maintien des réticences empiriques

640. L'inscription de ce décloisonnement dans le cadre d'une politique juridique est d'autant plus perceptible que la Cour apparaît réticence à appliquer systématiquement la solution dégagée dans l'arrêt *Airey*. Elle semble en effet plus encline à dégager des obligations positives qui ne se traduisent pas par la fourniture de prestations financières – bien que toute action positive, en mettant en action les organes de l'État, se traduit nécessairement par un coût susceptible d'être évalué –, même lorsqu'il s'agit de domaines dans lesquels aucun consensus réel n'existe entre les États parties¹⁶³⁵. Parfois, le refus est explicitement analysé en termes de rejet de l'existence d'une obligation positive. Par exemple, à propos d'une allocation de congé parental, la Cour a jugé que l'article 8 « n'impose pas aux États une obligation positive de fournir l'assistance financière en question »¹⁶³⁶. La circonstance que l'absence de fourniture risque de placer les requérants dans une situation de détresse matérielle ne semble pas modifier ce constat, puisqu'elle a jugé, s'agissant de la suspension de fourniture d'électricité, que l'article 8 « n'oblige pas à fournir ou à faire fournir de l'énergie gratuitement ou à supprimer l'obligation de paiement des dettes relatives à la fourniture d'énergie »¹⁶³⁷.

¹⁶³³ Dont l'existence est indéniable, même si elle n'était pas forcément réaliste ; voy. *supra*, introduction.

¹⁶³⁴ De ce point de vue, il paraît indéniable que l'approche déterministe du droit conduit à une impasse, de même que le positivisme critique qui, s'il reconnaît la pluralité de raisonnements

¹⁶³⁵ Voy. par exemple l'arrêt *Oliari et autres c. Italie*, dans lequel la Cour a jugé que l'article 8 faisait peser sur les États une obligation de reconnaissance juridique des couples homosexuels ; Cour EDH, 27 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, nos 18766/11 et 36030/11, § 185.

¹⁶³⁶ Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, CEDH 1998-I, § 26.

¹⁶³⁷ Cour EDH (déc.), 9 mai 1990, *Van Volsem c. Belgique*, *op. cit.*, § 1 (en droit).

641. Plus généralement d'ailleurs, l'article 8 ne fonde pas de droit au maintien d'un certain niveau de vie, ce qui entraîne d'une part l'absence d'un droit acquis au maintien de certaines prestations existantes¹⁶³⁸. Ainsi, il ne fonde pas non plus de droit à un logement, la Cour ayant maintenant que « que l'article 8 ne reconnait pas comme tel le droit de se voir fournir un domicile, pas plus que la jurisprudence de la Cour »¹⁶³⁹. De telles réticences à engager la fourniture structurelle de prestations matérielles sur le fondement de droits subjectifs ne sont pas propres à la Cour, d'autres juridictions, internes comme internationales, ayant elles aussi refusé de déduire du principe de dignité humaine ou du droit au respect du domicile un tel droit. Le Conseil constitutionnel français, en faisant notamment référence au principe de dignité humaine, a par exemple jugé que, si le droit au logement constituait un objectif à valeur constitutionnelle, il ne revêtait pas le caractère d'un droit subjectif constitutionnel opposable à l'État¹⁶⁴⁰. Des variations entre la jurisprudence des Cours, accentués par des variations temporelles internes, sont certes notables. En ce sens, la Cour IADH participe probablement davantage à l'« humanisation »¹⁶⁴¹ du droit international public, même si cela ne masque pas les doutes persistants au sein même des juridictions statuant en matière de droits de l'homme quant à leur propre légitimité des juridictions pour développer ces obligations positives structurelles de fourniture de prestations. Malgré le décloisonnement de principe affiché dans l'arrêt *Airey*, la Cour européenne a ainsi eu recours à l'allégation traditionnelle d'injusticiabilité des droits économiques et sociaux pour juger que « la question de savoir si l'État accorde des fonds pour que tout le monde ait un toit relève du domaine politique et non judiciaire »¹⁶⁴².

642. L'ensemble du contentieux relatif à aux articles 2 et 3 en matière d'accès à des traitements médicaux illustre, sur le fond, cette réticence de la Cour à développer des obligations positives qui se traduisent par la fourniture de prestations économiques. Il permet

¹⁶³⁸ Sous réserve du respect de la condition de légalité de l'ingérence et d'un éventuel engagement de l'État. Voy. Titre 3, *infra*.

¹⁶³⁹ Cour EDH, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95, CEDH 2001-I, § 99.

¹⁶⁴⁰ Cons. const., 19 janvier 1995, n° 94-359 DC, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, cons. 7-8 : tandis qu'il affirme tout d'abord que « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle », il poursuit en jugeant néanmoins « qu'il incombe tant au législateur qu'au Gouvernement de déterminer, conformément à leurs compétences respectives, les modalités de mise en œuvre de cet objectif à valeur constitutionnelle » ; L. GAY note à ce sujet que derrière les diverses « qualifications formelles » que ce « droit » recouvre dans les divers droits constitutionnels nationaux, leur signification est « identique » et se réfère à la « possibilité » de jouir d'un logement décent. L. GAY, *Les 'droits-créances' constitutionnels*, *op. cit.*, p. 447.

¹⁶⁴¹ H. Tigroudja note ainsi comment l'interprétation de la Cour de San José à « enrichir » la Convention des droits économiques et sociaux là où la « Cour européenne s'y refuse » ; « La Cour interaméricaine au service de l'humanisation du droit international public », *AFDI*, 2006, vol. 52, pp., 617-640, spéc. pp. 620-621 ; l'auteur s'appuie notamment sur Cour IADH, arrêt du 17 juin 2005, *Communauté indigène YakyeAxa c. Paraguay*, série C, n° 125, dans lequel la Cour a reconnu le droit à une certaine qualité de vie.

¹⁶⁴² Cour EDH (GC), 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95, CEDH 2001-I, § 99.

cependant, en termes de méthode, de constater la prégnance des considérations économiques. D'une part, la nature du droit invoqué – qui est insusceptible de dérogations tant sur son propre fondement sur celui de l'article 15 – ne suffit pas à exclure les considérations économiques, qu'il s'agisse de l'article 2¹⁶⁴³ ou de l'article 3¹⁶⁴⁴. D'autre part, la rareté des ressources – rareté qui fonde de plus en plus fréquemment aujourd'hui la notion même d'économie – est parfois invoquée explicitement comme motif de rejet de l'existence d'une obligation positive. Dans l'arrêt *N c. Royaume-Uni*, la Cour a semblé nuancer la solution dégagée dans l'arrêt *Airey c. Irlande*. Tout d'abord, elle a semblé rétablir une distinction entre les catégories de droit en jugeant que « même si nombre des droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre économique et social, la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politique ». Ensuite, au nom de la nécessité « d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et de l'impératif de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu », elle a jugé que tant « les différences socio-économiques entre les pays » que « l'importance fondamentale que revêt l'article 3 dans le système de la Convention », ce dernier :

« ne fait pas obligation à l'État contractant de pallier lesdites disparités en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. Conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants »¹⁶⁴⁵.

643. Ce raisonnement éclaire les motifs des réticences de la Cour à imposer ces obligations. Il révèle que la détermination de l'existence d'une obligation positive peut être le fruit d'un rapport de proportionnalité, et que ce rapport de proportionnalité est susceptible d'intégrer des considérations macro-économiques, faisant dépendre celle-là de celles-ci. Cela donne lieu à une jurisprudence casuistique, au sein de laquelle les considérations économiques contribuent à

¹⁶⁴³ Voy. Cour EDH (déc.), 1^{er} décembre 2009, *Huc c. Roumanie et Allemagne*, n° 7269/05 ; § 59, le recours à une décision d'irrecevabilité alors que l'affaire est examinée au fond constituant par ailleurs un signe de l'absence de volonté de la Cour de modifier sa position : « [l]a Cour rappelle d'emblée qu'aucune obligation de l'État d'assurer une certaine qualité de vie ne peut être revendiquée sous l'angle de l'article 2 ».

¹⁶⁴⁴ Cour EDH (GC), 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, n° 26565/05, CEDH 2008.

¹⁶⁴⁵ Cour EDH (GC), 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, n° 26565/05, CEDH 2008, § 44 ; on retrouve cette justification dans des domaines couverts par l'article 2 : voy. déjà Cour EDH (GC), 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, n° 23452/94, CEDH 1998-VIII, § 116 : « Pour la Cour, et sans perdre de vue les difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, ni l'imprévisibilité du comportement humain ni les choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation ».

conférer une forte relativité à l'application de l'article 3¹⁶⁴⁶ dans laquelle la Cour est amenée à juger de l'existence de l'obligation de fournir certains soins gratuitement ou, à défaut, dans quelle mesure ils doivent être remboursés¹⁶⁴⁷.

644. Le seul refus de fourniture, directe ou par un remboursement, de soins qui semble être systématiquement et par nature sanctionné est celui dans lequel l'État ne fournit pas à un individu donné une prestation qu'il s'est engagé à fournir à l'ensemble de la population¹⁶⁴⁸, ou le cas dans lequel il est responsable du problème médical qui porte atteinte au droit à la vie¹⁶⁴⁹. En d'autres termes, sauf cette dernière hypothèse qui est particulière, les obligations positives de l'État en la matière se rapprochent de l'analyse de la jurisprudence en matière de prestations sociales sur le fondement du principe de non-discrimination, plutôt que comme un fondement général de prestation. L'introduction d'obligations positives en vertu d'autres facteurs tenant à la condition particulière de la victime, qu'il s'agisse de « vulnérabilité »¹⁶⁵⁰ ou bien de son placement direct sous la responsabilité de l'État¹⁶⁵¹, n'invalident pas ce constat. Au contraire, bien qu'ils contribuent à la découverte d'obligations positives, ils soulignent que seuls des éléments particuliers permettent à la mise en balance de contraindre l'État au versement de telles prestations, au premier rang desquels la situation économique de la catégorie de population concernée ou du détenu¹⁶⁵². Cette mise en balance, critiquable du point de vue du

¹⁶⁴⁶ Sur l'effet des obligations positives sur l'application de l'article 3, voy. B. PASTRE-BELDA, « La protection à géométrie variable de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2016, vol. 107, pp. 591-616, spéc. pp. 612-614.

¹⁶⁴⁷ Comp. Cour EDH (déc.), 20 mars 2007, *Nitecki c. Pologne*, n° 65653/01 : dans cette affaire, le requérant estimait que l'État avait l'obligation de rembourser intégralement un traitement médical qui lui permettait de sauver sa vie dans la mesure où il avait cotisé au système de sécurité sociale pendant 37 ans ; la Cour rejette comme étant manifestement infondées ses prétentions dans la mesure où « *[u]nder the standard of care available to all patients, the drug refund scheme provided for a 70% refund* ».

¹⁶⁴⁸ Cour EDH (GC), 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, n° 25781/94, CEDH 2001-IV, § 219 : « La Cour observe qu'une question peut se poser sous l'angle de l'article 2 de la Convention lorsqu'il est prouvé que les autorités d'un État contractant ont mis la vie d'une personne en danger en lui refusant les soins médicaux qu'elles se sont engagées à fournir à l'ensemble de la population ».

¹⁶⁴⁹ Cour EDH, 23 mars 2010, *Oyal c. Turquie*, n° 4864/05, § 72 : dans cette affaire, un nouveau-né avait été infecté du virus du SIDA en raison d'une négligence des autorités turques ; la Cour estime que les dommages-intérêts octroyés aux parents étaient insuffisants que « *the most appropriate circumstances would have been to have ordered the defendants, in addition to the payment of non-pecuniary damages, to pay for the treatment and medication expenses of the first application during his lifetime* » (nous soulignons).

¹⁶⁵⁰ S. BESSON, « La vulnérabilité saisie par la Cour européenne des droits de l'homme », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.) *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, 246 p., pp. 59-85.

¹⁶⁵¹ Le standard est en effet moins élevé pour les détenus en matière d'accès à la santé, mais la Cour estime néanmoins que le cadre de référence est similaire à celui dégagé dans l'arrêt *N c. Royaume-Uni* ; voy. Cour EDH, 22 décembre 2008, *Aleksanyan c. Russie*, n° 46468/06, § 148 : « *[i]n the Court's opinion, broadly the same principle applies in the area of provision of health care to detained nationals: the Contracting States are bound to provide all medical care that their resources might permit* » (nous soulignons).

¹⁶⁵² Voy. Cour EDH, 16 février 2010, *VD. c. Roumanie*, n° 7078/02, § 95, dans lequel le détenu était dans l'incapacité d'obtenir des prothèses dentaires pourtant nécessaires en raison d'un refus de financement la part de la caisse d'assurance à laquelle il était affilié et de son « état d'indigence, connu et accepté des autorités, [qui] ne

raisonnement puisqu'elle introduit un rapport de proportionnalité avant la détermination du respect par l'État de ses obligations, traduit cependant une volonté d'équilibre entre les droits et obligations garantis que l'on retrouve au sein d'autres juridictions. En outre, la Cour de Strasbourg ne s'inscrit pas, à la différence de la Cour de justice de l'Union, dans le cadre d'un système juridique intégré ou intégratif comprenant de nombreuses normes pouvant justifier le développement de droits fondamentaux. X. Bioy a ainsi noté, s'agissant du droit à l'accès au soin, que la jurisprudence de la Cour de justice était paradoxalement plus généreuse du point de vue en raison de la présence de nombreux instruments de droit dérivé à la lueur desquels interpréter les normes générales de protection des droits fondamentaux¹⁶⁵³.

B. Les obligations positives horizontales, source d'encadrement de l'État régulateur

645. La technique des obligations positives a également été mobilisée par la Cour comme fondement principal¹⁶⁵⁴ de l'horizontalisation des droits conventionnels¹⁶⁵⁵ qui se rapproche en partie d'une *Drittwirkung* de nature « médiate »¹⁶⁵⁶ ou « indirecte »¹⁶⁵⁷. Cette technique permet, en substance, à la Cour de dépasser l'asymétrie du contentieux européen et de connaître des violations intervenant dans le cadre de relations économiques qui impliquent uniquement des personnes privées (1), ce qui signifie que les droits garantis constituent désormais le fondement d'obligations positives de régulation desdites activités (2).

lui permettait pas de se procurer les prothèses par ses propres moyens » ; *contra* C. MURILLO, « Le droit à la santé des détenus sous le regard de la CEDH », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 15, pp. 30-32, spéc. p. 30, selon qui « le seul fait que le détenu n'ait pas pu avoir accès à des soins, quelles qu'en soient les causes et circonstances, constitue une violation de l'article 3 de la CESDH ».

¹⁶⁵³ X. BIOY, « Le droit fondamental à l'accès aux soins en Europe. Vers un standard de conciliation entre libertés économiques et droits du patient ? », *Revue des affaires européennes*, 2011, n° 3, pp. 495-505., spéc. p. 501- 502.

¹⁶⁵⁴ Comme le note la majeure partie de la doctrine, le fondement des obligations apparaît incertain et parfois incohérent dans la jurisprudence de la Cour ;

¹⁶⁵⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in H. DUMONT, F. OST, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, XI- 544 p., pp. 355-390, spéc. p. 361.

¹⁶⁵⁶ D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 160 p., p. 67.

¹⁶⁵⁷ C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 56.

1. L'applicabilité des droits aux relations économiques privées

646. Malgré l'importante disparité existant entre les systèmes économiques des 47 États parties du Conseil de l'Europe et le poids extrêmement variable du secteur public au sein de chacun d'entre eux ¹⁶⁵⁸, il est indéniable qu'une part considérable des activités économiques sont conduites par des acteurs privés en relation avec d'autres acteurs privés. Or, *a priori* et comme le laisse supposer la structure du système conventionnel, les différends susceptibles de naître dans le cadre de telles relations privées devaient échapper au contrôle juridictionnel de ses organes, réduisant d'autant la portée de l'intégration de l'économie en son sein.

647. Pourtant, c'est au contraire la matière économique qui a favorisé l'émergence des obligations positives comme fondement de l'horizontalisation des droits conventionnels, puisqu'elle a initialement été reconnue dans le cadre des relations collectives et individuelles de travail¹⁶⁵⁹. Après avoir dans un premier temps jugé que l'État employeur était responsable de ses actes même si la relation de travail à l'origine du litige était de droit privé¹⁶⁶⁰, la Cour n'a abandonné la caractérisation de la relation d'employeur dans l'affaire *Young, James et Webster*, affaire dans laquelle les requérants contestaient la licéité de leur licenciement devant la Cour du fait d'un accord syndical conclu par la société nationale de chemins de fer britanniques. Pourtant, la Cour a alors jugé qu'il n'y avait pas lieu de déterminer la responsabilité internationale de l'État défendeur qui pouvait être engagée « en raison de la qualité d'employeur qu'aurait l'État ou du contrôle exercé par lui sur British Rail »¹⁶⁶¹. Elle a retenu que le rattachement était opéré en raison de ce que c'était le droit interne qui avait rendu « licite le traitement dont se plaignaient les intéressés »¹⁶⁶². Même si le recours à ce critère a

¹⁶⁵⁸ A titre d'exemple, la part des dépenses publiques au sein de l'Union européenne variait de 46.3% du PIB en France en 2017, alors qu'elle ne représentait que 26.3% du PIB irlandais. Voy. « Government revenue, expenditure and main aggregates », Eurostat, disponible à [https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do] (consulté pour la dernière fois le 27 août 2019).

¹⁶⁵⁹ La Commission avait déjà dégagé une jurisprudence relativement abondante à ce sujet ; voy. D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, op. cit., pp. 67-78.

¹⁶⁶⁰ Cour EDH, 6 février 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, n° 5614/72, Série A, n° 20, § 37 : « l'article 11 (art. 11) s'impose par conséquent à l'"État employeur", que les relations de ce dernier avec ses employés obéissent au droit public ou au droit privé ».

¹⁶⁶¹ Cour EDH (plén.), 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, op. cit., § 49.

¹⁶⁶² *Idem*.

été analysé comme ne relevant pas de la technique des obligations positives¹⁶⁶³, le lien a par la suite été plus clairement affirmé par la Cour¹⁶⁶⁴ et en grande majorité maintenu depuis¹⁶⁶⁵.

648. L'applicabilité de la Convention aux relations privées a plusieurs conséquences en matière économique. Tout d'abord, si elle ne conditionne pas le choix des modalités d'organisation – dans le cadre du secteur public ou privé – des activités économiques, ce choix ne préjuge pas non plus, à l'inverse, de l'applicabilité de la Convention. Rien n'interdit ou ne détermine en effet dans la Convention l'adoption d'un système donné en matière d'exécution des services publics, comme cela peut être le cas par exemple dans certaines dispositions à valeur constitutionnelle internes¹⁶⁶⁶. L'État est donc libre de ce point de choisir une gestion privée des activités en général, et des activités économiques en particulier, en en confiant l'exécution à des opérateurs économiques privés, qu'ils poursuivent un but lucratif ou non¹⁶⁶⁷. En revanche, la Cour a jugé, s'agissant de l'internement d'un individu au sein d'une clinique privée, que « [l']État ne peut se décharger entièrement de sa responsabilité en déléguant ses obligations dans ce domaine à des organismes privés ou à des particuliers »¹⁶⁶⁸.

Cette solution n'est en substance pas nouvelle¹⁶⁶⁹, mais illustre l'impossibilité pour l'État d'arguer du caractère privé de l'activité en question pour empêcher l'application de la Convention. Cela signifie tout d'abord que la Convention s'applique à l'ensemble de ce à quoi

¹⁶⁶³ C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 60 ; voy. contra S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », op. cit., p. 361, spéc. note 22.

¹⁶⁶⁴ Cour EDH, 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, n° 8978/80, Série A, n° 91, § 23 : « [l]a Cour rappelle que si l'article 8 (art. 8) a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux » (références omises).

¹⁶⁶⁵ La variation principale consistant dans le choix, qui ne semble pas pouvoir être systématisé, de recourir à l'article 1^{er} de la Convention ou à la seule disposition invoquée ; C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 60 ; B. MOUTEL, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse, Limoges, 2006, 501 p., spéc. pp. 100 et s.

¹⁶⁶⁶ Celles-ci sont de toute façon le plus souvent étrangères aux normes de protection des droits de l'homme ; on pensera notamment à l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution française de 1946, qui a valeur constitutionnelle et selon lequel « tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

¹⁶⁶⁷ On retrouve en effet de multiples considérations d'activités conduites par des acteurs privés non-lucratifs, allant de la religion à la santé.

¹⁶⁶⁸ Cour EDH, 16 juin 2005, *Storck c. Allemagne*, n° 61603/00, 2005-VII, § 103.

¹⁶⁶⁹ Voy. par exemple Cour EDH (plén.), 23 novembre 1983, *Van der Musselle c. Belgique*, op. cit., § 29, à propos de la délégation de la gestion de la profession d'avocat aux barreaux, entités privées : « pareille solution ne saurait soustraire l'État belge aux responsabilités qui auraient été les siennes sur le terrain de la Convention s'il avait préféré assumer par ses propres moyens la gestion du système ».

les économistes se réfèrent comme des « externalités négatives ». Déjà identifiées par Aristote, ces externalités sont les conséquences sur un tiers d'une activité de production ou de consommation sans qu'aucune compensation par transfert n'advienne pour cet effet »¹⁶⁷⁰. Pour certains économistes, seule la propriété privée contraindrait les auteurs de ces externalités à en internaliser les coûts et, ce faisant, à en assurer la régulation¹⁶⁷¹. Il semble que la jurisprudence de la Cour et plusieurs droits conventionnels contraignent au contraire l'État à opérer une régulation de ces externalités et à déterminer un équilibre que le régime de propriété ne parvient à assurer, alors même que l'État ne contrôle pas l'activité en question.

649. La solution était facilitée dans les premières affaires de ce type par la multiplicité des liens factuels unissant les autorités publiques à l'entreprise concernée, notamment lorsque ces dernières avaient autorisé son installation sur des terrains leur appartenant et subventionné leur activité comme dans l'affaire *Lopez-Ostra*¹⁶⁷². Cela ne constitue pourtant pas un critère d'engagement de la responsabilité. Ainsi, même dans les cas où l'État a privatisé ladite société, et qu'il « ne possédait, ne contrôlait ni n'exploitait » l'entreprise en question, l'obligation positive de faire respecter le droit au respect du domicile et de la vie privée permettant de caractériser un « lien suffisant » avec l'État dans la mesure où les autorités publiques « étaient à même d'apprécier les dangers induits par la pollution »¹⁶⁷³. Les conséquences de cette pollution ne sont néanmoins pas directement attribuées à l'État, la Cour ne dérogeant de ce fait pas aux règles coutumières d'attribution : c'est au contraire « l'absence de régulation adéquate de l'industrie privée »¹⁶⁷⁴ qui lui est attribué.

650. S'il est emblématique du rayonnement horizontal de la Convention en raison de ses liens avec le développement d'obligations environnementales, le contentieux des externalités n'épuise pas l'applicabilité de cette dernière aux relations économiques privées – et en masque probablement la part la plus courante. D'une part, cette horizontalisation est indifférente à la nature du droit invoqué, et ne se limite à l'article 8. La Cour juge en effet que l'État peut être

¹⁶⁷⁰ C. GUIBET-LAFAYE, « La disqualification économique du commun », *Revue internationale de droit économique*, 2014, t. XXVIII, n° 3, pp. 271-282.

¹⁶⁷¹ Pour H. Demsetz par exemple, « [a] primary function of property rights is that of guiding incentives to achieve a greater internalization of externalities » ; H. DEMSETZ, « Toward a Theory of Property Rights », *The American Economic Review*, 1967, vol. 57, n° 2, pp. 347-359.

¹⁶⁷² Cour EDH, 9 décembre 1994, *Lopez-Ostra*, *op. cit.*, § 52.

¹⁶⁷³ Cour EDH, 9 juin 2005, *Fadeïeva c. Russie*, n° 55723/00, CEDH 2005-IV, §§ 89 et 92 ; voy. aussi Cour EDH (GC), 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, n° 14967/89, CEDH 1998-I, dans lequel la nature de l'entreprise n'est même pas précisée ;

¹⁶⁷⁴ Cour EDH (GC), 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 98.

jugé responsable de la soumission d'individus par d'autres personnes privées à un « travail forcé » contraire à l'article 4¹⁶⁷⁵, tout comme du licenciement de salariés d'une société privée en raison de l'exercice par eux de la liberté d'expression que leur confère l'article 10¹⁶⁷⁶. Elle est également indifférente à la nature de l'activité économique : il peut s'agir d'une activité exercée par un opérateur économique à proprement parler, mais aussi d'une activité de régulation d'un secteur économique donné ou d'une profession économique particulière, comme dans l'affaire *Van der Musselle*¹⁶⁷⁷. Enfin, elle est indifférente à la nature de la relation juridique interne qui unit le requérant avec l'autre opérateur.

651. Or cette indifférence est particulièrement importante puisqu'elle permet à la Cour de connaître de l'ensemble des atteintes aux droits garantis qui seraient susceptibles d'être causées par l'exécution ou la terminaison de contrats conclus entre personnes privées. Or, si tous les contrats ne revêtent pas nécessairement une dimension économique, ils constituent néanmoins le vecteur principal de circulation de richesses au sein des économies de marché¹⁶⁷⁸. Ainsi, la Cour peut connaître de l'ensemble de la relation individuelle de travail, qu'il s'agisse de la protection de la vie privée du salarié sur son lieu de travail¹⁶⁷⁹ ou du licenciement pour motifs religieux¹⁶⁸⁰ pour des propos tenus. Si l'intégration de cette relation économique particulière pourrait être justifiée par l'interprétation particulière qu'a donné la Cour de la notion de vie privée et du droit de nouer des relations avec ses semblables sur le fondement de l'article 8, l'étude de la Convention montre que toutes les relations contractuelles sont susceptibles de relever du contrôle de la Cour. La suspension de la fourniture d'électricité est ainsi susceptible de porter atteinte à l'article 3¹⁶⁸¹, tout comme l'interdiction de fixer une antenne parabolique dans son logement au sein d'une clause d'un bail d'habitation¹⁶⁸², ou l'absence de

¹⁶⁷⁵ Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadhin c. France*, *op. cit.*, § 89.

¹⁶⁷⁶ Cour EDH(GC), 12 septembre 2011, *Palomo Sánchez et autres c. Espagne*, nos 28955/06 et a., CEDH 2011, § 60 : « En l'espèce, la mesure contestée par les requérants, à savoir leur licenciement, n'a pas été prise par une autorité étatique, mais par une société privée (...) La responsabilité de ces dernières serait néanmoins engagée si les faits incriminés résultaient d'un manquement de leur part à garantir aux requérants la jouissance du droit consacré par l'article 10 de la Convention » (références omises).

¹⁶⁷⁷ Même si ce type d'activité ne serait pas considéré comme constituant une activité économique dans la plupart des systèmes juridiques ; voy. par exemple en droit français, dans lequel les activités de régulation économique sont analysées comme des SPA et non comme des SPIC.

¹⁶⁷⁸ Cour EDH, 8 février 2007, *Cleja et Mihalcea c. Roumanie*, n° 77217/00.

¹⁶⁷⁹ Voy. pour une illustration remarquable, Cour EDH (GC), 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, CEDH 2017, n° 61496/08.

¹⁶⁸⁰ Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c. Allemagne*, *op. cit.*

¹⁶⁸¹ Com. EDH, 9 mai 1990, *Van Volssem c. Belgique* (bien qu'elle n'estime pas le grief caractérisé en l'espèce)

¹⁶⁸² Cour EDH, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, n° 23883/06.

remboursement d'une opération de changement de sexe dans le cadre d'un contrat d'assurance¹⁶⁸³, ou le refus de vendre une pilule contraceptive au sein d'une pharmacie¹⁶⁸⁴.

2. Le développement d'obligations de régulation des activités économiques privées

652. Les obligations positives permettent que l'abstention, ou l'action insuffisante, de l'État soit susceptible de caractériser « une ingérence d'autrui dans le droit garanti »¹⁶⁸⁵ couverte par les garanties conventionnelles. Néanmoins, et contrairement à la théorie de la *direkte Drittwirkung*, elle n'a pour effet ni d'imposer des obligations directement dans le chef des particuliers devant Cour la¹⁶⁸⁶, ni même de créer un mécanisme nouveau d'attribution des actes des particuliers à l'État. En effet, l'acte attribué à l'État est alors celui qui a permis l'ingérence par un particulier, c'est-à-dire le défaut d'adoption de mesures qui auraient empêché, et parfois réparé, l'ingérence en cause. Un certain nombre d'auteurs privatistes ont d'ailleurs recensé l'étendue des obligations contractuelles d'information qui découlent des droits conventionnels¹⁶⁸⁷.

653. La nécessité de la distinction apparaît particulièrement lorsque l'on compare le régime des obligations de l'État en matière d'exécution des créances. Qualifiées de « bien » au sens de l'article 1P1, leurs titulaires bénéficient, sur ce fondement mais aussi sur celui de l'article 6 § 1¹⁶⁸⁸, d'un droit à leur exécution. En revanche, l'obligation positive de faire respecter le droit au respect des biens¹⁶⁸⁹ n'implique pas que l'État soit « directement tenu de rembourser les dettes des acteurs privés »¹⁶⁹⁰ et que « l'article 1^{er} du Protocole n° 1 ne peut être interprété

¹⁶⁸³ Cour EDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, *op. cit.*

¹⁶⁸⁴ Cour EDH (déc.), 2 octobre 2001, *Pichon et Sajous c. France*, n° 49853/99, CEDH 2001-X.

¹⁶⁸⁵ F. SUDRE, « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, n° 23, pp. 363-384, spéc. p. 372.

¹⁶⁸⁶ Cela découle du caractère restreint de la compétence juridictionnelle *ratione personae* de la Cour et non de la structure des obligations matérielles issues de la Convention, à tout le moins dans le droit positif issu de la Convention tel qu'il est appliqué par les juridictions internes. Les juridictions françaises n'hésitent par exemple à ne plus appliquer directement les droits garantis dans les litiges opposant deux particuliers ; B. Moutel note ainsi qu'elles « n'ont jamais expressément refusé d'accorder une dimension horizontale à la Convention », et que la troisième chambre civile de la Cour de cassation a accepté d'écarter une clause d'un bail privé ; B. MOUTEL, « Une lente appropriation de l'effet horizontal », in J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, *op. cit.*, pp.162-170, spéc. pp. 164 et 166.

¹⁶⁸⁷ Voy pour une étude générale L. MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, *op. cit.*

¹⁶⁸⁸ Cour EDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n° 18357/91, CEDH 1997-II, § 40.

¹⁶⁸⁹ La Cour se réfère généralement à « certaines mesures nécessaires pour protéger le droit de propriété » ; Cour EDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavo Holding c. Ukraine*, *op. cit.*, § 96.

¹⁶⁹⁰ La Cour a réaffirmé cette solution ancienne dans Cour EDH (GC), 3 avril 2012, *Kotov c. Russie*, *op. cit.*, § 90 ; il est simplement tenu de mettre en place un système

comme faisant peser sur les États contractants une obligation générale d'assumer les dettes d'entités privées »¹⁶⁹¹ Les obligations positives de régulation ne sauraient donc être assimilée à une obligation pour l'État de garantie des intérêts économiques des personnes privées vis-à-vis des aléas découlant de l'action des autres acteurs de l'économie¹⁶⁹², et de la validité du système économique en général. Ainsi, le droit à l'exécution d'une créance dont le débiteur est un opérateur privé dépend « dans une large mesure de la solvabilité du débiteur »¹⁶⁹³. De la même manière, la Cour a constamment réitéré que l'article 1P1 ne faisait pas peser sur les États une obligation générale d'assurer le maintien du « pouvoir d'achat des sommes déposées auprès de banques ou d'organismes financiers »¹⁶⁹⁴. De manière générale, l'État n'est pas non plus responsable des conséquences économiques des différends entre personnes privées¹⁶⁹⁵.

654. Par conséquent, c'est bien le défaut d'adoption ou de mise en œuvre de mesures structurelles permettant la régulation des relations économiques privées qui est susceptible d'engager la responsabilité de l'État. Il en va ainsi lorsque la Cour juge que l'État a failli à l'obligation de « prévoir l'obligation pour les banques, compte tenu des conséquences fâcheuses que peut avoir la prescription, d'informer le titulaire d'un compte inactif de l'approche du délai de prescription et de lui donner ainsi la possibilité d'interrompre la prescription »¹⁶⁹⁶. Plus encore, parce que l'État conserve, ou doit conserver, un pouvoir de régulation sur ces opérateurs privés et leurs activités, l'obligation de régulation est d'ailleurs plus forte que l'obligation de protection des intérêts économiques privés qui seraient atteints du fait d'évènements naturels¹⁶⁹⁷.

655. Contrairement aux développements en matière de relation verticale, l'existence de ces obligations ne semblent pas, ou moins, conditionnées par la mise en balance des divers intérêts

¹⁶⁹¹ *Idem*, § 111.

¹⁶⁹² Sauf s'il est la cause de cette ingérence, par exemple lorsqu'il est « *directly responsible for the company's financial difficulties, siphoned the corporate funds to the detriment of the company and its stakeholders, failed to maintain an arm's length relationship with the company or otherwise abused the corporate form* » (Cour EDH, 31 mai 2005, *Anokhin c. Russie*, n° 25867/02).

¹⁶⁹³ Cour EDH (GC), 3 avril 2012, *Kotov c. Russie*, *op. cit.*, § 90.

¹⁶⁹⁴ Cour EDH, 29 mai 2012, *Flores Cardoso c. Portugal*, n° 2489/09, § 54 ; voy. déjà Cour EDH (déc.), 7 septembre 1999, *Rudsińska c. Pologne*, 1999-VI, n° 45223/99, mais aussi Com. EDH (plén.) (déc.), 6 mars 1980, *X c. Allemagne*, n° 8724/79, D.R. 20, p. 226 et s., spéc. p. 227.

¹⁶⁹⁵ Cour EDH, 12 décembre 2013, *Zagrebačka Banka d.d. c. Croatie*, n° 39544/05, § 250.

¹⁶⁹⁶ Cour EDH, 29 janvier 2013, *Zolotas c. Grèce (n° 2)*, n° 66610/09, CEDH 2013, § 53.

¹⁶⁹⁷ Cour EDH (déc.), 15 mai 2012, *Hadzhiyska c. Bulgarie*, n° 20701/09, § 15: « *[f]urthermore, natural disasters, which are as such beyond human control, do not call for the same extent of State involvement as dangerous activities of a man-made nature. Accordingly, the State's positive obligations to protect property against the former do not necessarily extend as far as those in the sphere of the latter* ».

privés et publics en présence, la Cour confinant cette mise en balance au stade de leur « interprétation » et de leur application, auquel l'existence de ces obligations peut à nouveau dépendre, non seulement de la nature du droit invoqué¹⁶⁹⁸, mais aussi des intérêts des requérants mais aussi de ceux de l'État.

656. Le développement d'obligations positives, de manière verticale ou horizontale, n'est pas propre à la jurisprudence de la Cour. D'autres juridictions internationales spécialisées en matière de droits de l'homme ont développé une jurisprudence similaire. Comme on l'a vu, la jurisprudence de la Cour interaméricaine, en retenant une acception large des prolongements économiques des droits garantis, notamment ceux touchant à l'intégrité physique des individus¹⁶⁹⁹. Pourtant, il semble que la Cour de Strasbourg se distingue par l'acceptation facilitée d'obligations positives de régulation purement économiques, alors que son homologue de San José ne semble encline à les développer que dans la mesure où la régulation d'activités économiques doit permettre de protéger des intérêts non-économiques, comme la protection de l'environnement¹⁷⁰⁰. La Cour EDH a par exemple pour sa part dégagé des obligations positives d'assurer un système général de propriété privée, en facilitant par exemple l'identification du débiteur privé comme public¹⁷⁰¹, et davantage face aux conséquences d'activités menées par d'autres opérateurs économiques que face aux risques découlant de circonstance exogènes comme des catastrophes naturelles¹⁷⁰².

¹⁶⁹⁸ *Idem* : « a distinction needs to be drawn between the positive obligations under Article 2 of the Convention and those under Article 1 of Protocol No. 1. Because of the fundamental importance of the right to life, the positive obligations under Article 2 include a duty to do everything within the authorities' power in the sphere of disaster relief for the protection of that right. By contrast, the obligation to protect the right to the peaceful enjoyment of possessions is not absolute, and cannot extend further than what is reasonable in the circumstances. Accordingly, in deciding what measures to take in order to protect private possessions from weather hazards the authorities enjoy a wider margin of appreciation than in deciding on the measures needed to protect lives. Furthermore, natural disasters, which are as such beyond human control, do not call for the same extent of State involvement as dangerous activities of a man-made nature. Accordingly, the State's positive obligations to protect property against the former do not necessarily extend as far as those in the sphere of the latter ».

¹⁶⁹⁹ En cela, la Cour IADH semble plus proche de la pratique du Comité européen des droits sociaux, qui n'hésite à déduire de dispositions certes plus variées des obligations positives inconnues du droit de la Convention ; voy. C. MADELAINÉ, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 160-164..

¹⁷⁰⁰ Cour IADH (avis consultatif), 15 novembre 2017, n° OC-23/17, « *Medio ambiente y derechos humanos* ».

¹⁷⁰¹ Cour EDH, 7 juillet 2009, *Plechanow c. Pologne*, n° 22279/04, § 109.

¹⁷⁰² Cour EDH, 15 mai 2012, *Hadzhiyksa c. Bulgarie*, n° 20701/09, § 15

CONCLUSIONS DU CHAPITRE 4

657. La Cour reconnaît que des atteintes de nature économique, ou qui sont causées par l'activité ou la régulation économique sont susceptibles de troubler l'exercice des droits garantis, soit en y apportant des restrictions, soit en le rendant impossible, mais leur reconnaissance dépend en partie du droit considéré. Évidemment, l'intégration de ces atteintes par l'application des droits est facilitée par l'effet économique *per se* du droit de propriété, les atteintes aux intérêts économiques protégés étant par nature de nature économique. L'analyse de ces atteintes est pourtant rendue nécessaire par la structure de l'article 1P1 telle qu'elle résulte de l'interprétation par la Cour. En reconnaissant la normativité de ses trois énoncés, la Cour a permis une intégration extrêmement large, voire systématique, des atteintes portées aux biens des individus ou des personnes morales, bien plus que par exemple que les tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissement, qui sont limités à l'expropriation, ou que la Cour Suprême des États-Unis, malgré sa reconnaissance des *regulatory takings*. Cependant, c'est de moins en moins l'intensité économique de l'atteinte qui permet de les répartir entre les différentes catégories d'atteintes, celle-ci étant de plus en dépendante de l'analyse du but de la mesure étatique litigieuse, voire sans objet, ce qui permet à la Cour de ménager un équilibre entre les intérêts économiques individuels et les prérogatives économiques des États avant même l'examen de la licéité des mesures litigieuses.

658. Néanmoins, cette reconnaissance, attendue dans son principe à défaut d'avoir été prévisible dans ses modalités, s'accompagne également d'une reconnaissance des atteintes économiques susceptibles d'être portées aux autres droits conditionnels. Ainsi, en reconnaissant que des activités économiques puissent porter atteinte au droit au respect du domicile, la Cour a souligné le caractère économique situé des droits dits « civils et politiques » que la Convention garantit. Plus encore, l'ensemble du contentieux fiscal fondé sur l'article 9 et la liberté religieuse démontre que les mesures économiques des États, qu'elles soient structurelles, catégorielles ou individuelles, sont susceptibles d'altérer l'exercice de n'importe quel droit garanti, même de manière inattendue. En revanche, la Cour semble adopter une attitude plus réfractaire en matière de droits inconditionnels, probablement en raison de leur nature même, qui signifie que la reconnaissance d'une atteinte implique *ipso facto* la reconnaissance d'une violation. Ainsi, si la Cour reconnaît que certaines activités économiques sont susceptibles de causer une atteinte au droit à la vie, c'est uniquement dans la mesure où elles causent la mort de l'individu, en refusant de consacrer une acception matérielle de la vie qui serait entendue,

comme l'entend la Cour IADH, comme un droit à une vie digne. De la même manière, si la Cour admet qu'en principe une situation d'extrême pauvreté est susceptible de constituer un traitement inhumain ou dégradant, le seuil de gravité n'a, à ce stade et à son opinion, jamais été atteint. Même son interprétation de l'article 4 et des notions d'esclavage et de travail forcé, qui pourtant consacre le droit inconditionnel le plus susceptible d'intégrer la situation économique des individus, semble faire l'objet d'une interprétation relative restrictive et maintenir une séparation partielle entre l'économie et l'objet conventionnel.

659. La volonté de la Cour de conserver une maîtrise sur l'interpénétration de ces deux objets se traduit également par l'évolution du contenu même des droits garantis. En enrichissant le contenu des prérogatives offertes par les droits garantis, la Cour assure en effet une interpénétration importante lorsque l'effectivité des droits en dépend. Ainsi, la reconnaissance d'un volet négatif à la liberté d'association permet à la Cour de contrôler toute une série de régimes économiques particuliers, en matière syndicale ou d'affiliation à des organismes de régulation dans le cadre de certaines professions. À l'inverse, la reconnaissance d'un volet positif supplémentaire au droit au respect de la vie privée, à savoir le droit de nouer des relations avec ses semblables, contribue certes à assurer le respect du droit dans le cadre des relations économiques, comme entre le salarié et son employeur. Néanmoins, la Cour refuse par exemple de l'ériger en palliatif à l'absence de la liberté contractuelle au sein du texte conventionnel, ou au droit de retrouver un emploi. Cette maîtrise de l'intégration de l'économie se traduit également dans l'extension de la nature des obligations à la charge des États. Si l'arrêt *Airey* avait permis d'imposer, en principe, des obligations positives verticales à la charge des États qui se traduisent par la fourniture de prestations matérielles, force est de constater en pratique que la Cour est souvent réticente à consacrer de telles obligations. À l'inverse, la reconnaissance d'obligations positives horizontales a largement permis à la Cour de dépasser la structure asymétrique du système conventionnel et d'imposer aux États des obligations de régulation des relations privées, au sein desquelles s'effectuent la majeure partie des opérations économiques.

660. L'approfondissement du contenu des droits permet donc bien l'intégration supplémentaire de la matière économique au sein du système conventionnel, et confirme qu'il n'existe pas, dans le droit positif, de contradiction de principe entre ces deux systèmes. Cette contradiction était en partie illusoire dans la mesure où les conditions économiques d'une société ou de l'individu sont par nature susceptibles d'affecter l'exercice et la jouissance des droits qui lui sont garantis, qu'il s'agisse de droits pourvus d'effets intrinsèquement

économiques ou non. Néanmoins, ses conséquences sont maîtrisées par la Cour, et sa jurisprudence relative aux droits inconditionnels démontre la volonté de préserver un certain équilibre entre les intérêts économiques des bénéficiaires des droits et de ceux des États. De la même manière, le développement du contenu des prérogatives conférées et des obligations corrélatives démontre que l'absence de contradiction de principe n'implique pas un décloisonnement absolu. Le développement de droits non expressément garantis ne permet pas nécessairement la recréation de libertés économiques ou de droit économiques et sociaux volontairement exclus par les rédacteurs. De même, si la reconnaissance d'obligations de nature positive implique une certaine obligation de régulation des relations économiques privées, elle ne fonde pas pour autant une obligation systématique de redistribution des richesses et forme un tout cohérent avec l'interprétation timide des droits inconditionnels.

CONCLUSION DU TITRE 2

662. Le décloisonnement opéré par l'arrêt *Airey* entre les droits garantis, pensés comme de nature civile et politique, et leurs prolongements d'ordre économique et social peut donc être constaté dans l'application de l'ensemble des droits matériels garantis par la Convention.

663. En étendant leur champ d'application matériel comme personnel, la Cour a contribué à faire de la sphère économique l'objet de déploiement des droits, celle-ci coïncidant alors avec l'objet conventionnel. Ce double mouvement traduit une porosité importante du droit conventionnel à l'économie, celle-ci servant à la fois de fondement à l'extension de certains droits en même temps qu'elle en constitue la finalité. Si le texte conventionnel ne consacre pas de libertés économiques au sens strict, les droits qu'il garantit s'appliquent même dans, ou malgré, le domaine de l'économie. En protégeant largement les intérêts économiques, il peut donc pallier, bien que partiellement, leur absence, comme le montrent par exemple la protection de l'activité économique indépendante par la notion de bien ou la protection du discours commercial au titre de la liberté d'expression. Dans ce sens, l'intégration de la sphère économique semble traduire un phénomène d'alliance dont A. Bailleux a constaté l'existence¹⁷⁰³ entre les droits de l'homme et le système économique. Pour autant, cette indifférenciation à la nature économique de l'individu ne traduit pas immédiatement la conventionnalisation d'une doctrine d'économie politique particulière, tant les intérêts économiques intégrés dans le champ d'application est ambivalent et peut conduire à la protection d'intérêts qui seraient d'avantage décrits comme des droits « sociaux » plutôt que comme des libertés économiques. En réalité, les droits conventionnels, malgré leur supposée nature civile et politique, produisent des effets économiques en raison de leur perméabilité à la dimension économique de l'existence de l'individu.

664. Indéniablement, cette intégration large implique que la Convention est une source de normativité pour l'État en matière économique. D'ailleurs, le fait qu'elle n'ait pas été pensée comme un instrument de protection des libertés et droits économiques des individus conduit souvent au résultat à première vue paradoxale que la protection des intérêts économiques y est plus large que celle offerte par de tels instruments. À cet égard, la portée combinée des trois

¹⁷⁰³ A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire : essai sur la figure du juge traducteur*, op. cit., pp. 340-449.

normes du droit de propriété contribue à faire du droit au respects des biens une source de contrôle de la régulation ou de la réglementation économique bien plus importante que les instruments du droit international économique comme le droit des investissements. Pourtant, cela traduit plus généralement que les droits garantis, comme l'individu qui en est le bénéficiaire, ne s'exercent pas en apesanteur et *in abstracto*, mais dans le cadre d'un système social donné au sein duquel l'économie et sa régulation occupent une place aujourd'hui significative. En d'autres termes, l'interprétation qui en est donnée traduit que, non seulement les droits ont bien pour objet l'homme situé contrairement à ce qu'écrivait Karl Marx au sujet de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais que ces droits sont eux-mêmes économiquement situés. L'extension du contenu des prérogatives qu'ils confèrent aux individus contribue dès lors à l'intégration de la question économique au sein du champ conventionnel sans, ici encore, préfigurer ou découler d'une conception économique donnée. Au contraire, cette extension est davantage le fruit d'un « roman à la chaîne »¹⁷⁰⁴, pour reprendre l'expression de R. Dworkin, que la volonté de fonder ou de conforter un ordre économique donné, comme en témoignent les réticences persistantes en matière d'obligations positives verticales alors qu'il s'agissait pourtant de l'hypothèse envisagée dans l'arrêt *Airey*. L'intégration des questions économiques traduit en réalité une recherche d'équilibre à travers la mise en balance des intérêts économiques des individus, parfois entre eux dans la mesure où le contentieux conventionnel bénéficie désormais d'un effet horizontal indirect, mais aussi avec ceux des États parties.

665. En conséquence de ce décloisonnement, la Convention constitue indéniablement pour ces derniers une source d'encadrement de leurs prérogatives en matière économique, ou d'ailleurs de l'ensemble de celles d'entre elles qui seraient susceptibles d'affecter les intérêts économiques des bénéficiaires des droits conventionnels. Dans le même temps,

¹⁷⁰⁴ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1986, trad. française 1994, XII-468 p., p. 251-252.

CONCLUSIONS DE LA PARTIE 1

667. L'économie est abondamment présente au sein de la jurisprudence de la Cour, et traduit une double perméabilité du système conventionnel, mais qui demeure inégale.

668. En tant que mécanisme juridictionnel, le contentieux européen des droits de l'homme est régi par un certain nombre de règles procédurales qui reflètent à la fois son objet, la protection des droits fondamentaux inscrits dans le texte conventionnel, et à structure, à savoir un mécanisme juridictionnel international. À ces règles procédurales s'ajoutent par ailleurs l'application par le juge des règles secondaires découlant l'engagement éventuel de la responsabilité des États parties, notamment en matière de réparation. Dès lors, de ce point de vue, l'intégration économique ne traduit pas une articulation entre le contenu des droits fondamentaux et la sphère économique, mais contribue à la fois à éclairer la conception que la Cour se fait de l'interprétation et de l'application de ces derniers, en produisant dans une certaine mesure un discours sur l'un comme sur l'autre. Or, la Cour semble parfois réticente à recourir au fait économique dans ce cadre particulier, notamment lorsque cela implique la comparaison avec des intérêts de nature économique différente. La perception d'une contradiction est à cet égard révélatrice lorsque l'on compare l'utilisation du fait économique en matière de détermination de l'intérêt à agir par rapport à celle, moins contenue, qui en est en fait au regard de la qualité à agir. De même, les hésitations à recourir à l'outil économique en matière de satisfaction équitable, que la Cour attribue à la fois tant à la nature des normes garanties qu'à celle de juridiction internationale, semblent révéler l'idée une contradiction persistente entre l'idée de droits fondamentaux et celle d'économie.

669. Celle-ci contraste particulièrement avec l'intégration large de l'économie comme objet des droits matériels garantis, c'est-à-dire par le système conventionnel en tant que source d'obligations primaires. De ce point, la jurisprudence de la Cour démontre à la fois que la séparation entre les droits conventionnels et la sphère économique n'existe pas. L'économie imprègne la définition de leur champ d'application comme de leur contenu ou des conditions de leur exercice, et leur confère un effet indéniable dans le domaine économique. Non seulement il n'existe pas, ou peu, de contradiction entre leur objet et l'économie, mais l'intégration de cette dernière permet en réalité la protection de l'intégralité de la sphère

individuelle qu'ils sont censés protégés. Ce faisant, la Convention devient une source de normativité et de contrôle, parfois plus large que de normes pensées comme ayant une vocation économique, de l'activité de régulation de l'économie par l'État. Si ce dépassement de la neutralité économique de la Convention est en ce sens indéniable, il n'a pas pour autant comme objet ni comme effet d'organiser un système économique particulier, la porosité des droits garantis n'étant généralement pas sélective. En d'autres termes, la Cour fait preuve d'un certain économisme, en réalité partiellement inévitable dès lors que l'économie ne diffère pas des autres sphères d'activité de l'individu, mais elle ne fait pas preuve d'une doctrine économique particulière. Cela se traduit à la fois par la prise en considération d'intérêts économiques variés, voire contradictoires, dans le chef des individus comme des États, dans l'articulation explique que certaines solutions semblent en retrait par rapport à d'autres juridictions statuant en matière de droits fondamentaux.

670. Cette intégration variable traduit la double ambivalence de la relation entre les normes de protection des droits fondamentaux et la sphère économique. D'une part en effet, l'antinomie perçue entre deux logiques qui seraient concurrentes persiste. Cette antinomie se traduit pourtant plus particulièrement dans et l'interprétation et l'application des règles qui régissent la garantie conventionnelle des droits, et non dans celles des droits à proprement parler. D'autre part, en revanche, la jurisprudence à propos de ceux-là traduit une porosité à la fois inévitable et pas, ou peu sélective. L'objet même de ces droits, à savoir la protection de l'individu, implique en effet d'étendre leur garantie dans le domaine économique, sans pour autant conventionnaliser un ordre économique donné ou traduire une conception économique particulière. Indépendantes des contraintes pesant sur les normes ayant un objet économique défini, les normes conventionnelles substantielles se déploient avec la largeur propre à leur nature, et non avec les restrictions souvent caractéristiques des premières.

671. En revanche, l'absence de contradiction entre l'objet des droits garantis et l'objet économique ne signifie pas que l'intégration de l'un par l'autre ne soit pas susceptible de générer des conflits en raison des effets de l'un sur l'autre, tant du point de vue de leur contenu qu'en raison de l'organe chargé d'assurer leur contrôle. Cette intégration est en effet susceptible de générer des conflits endogènes, en raison de la multiplication des intérêts et obligations économiques garantis, mais aussi vis-à-vis d'intérêts extérieurs à la sphère économique. Or, la résolution de ces conflits est opérée par un organe juridictionnel, de nature internationale, qui doit assurer à la fois la légitimité et l'effectivité des solutions, implique que les garanties

conventionnelles sont susceptibles d'être en retour adaptées à la sphère économique. En effet, en déployant ses effets dans la sphère économique, les droits subjectifs ainsi conférés « garanti[ssent] aux individus un droit d'appel contre l'autorité de la communauté du citoyen »¹⁷⁰⁵ en matière économique. Si M. Villey critiquait les normes de protection des droits de l'homme parce qu'elles conduisaient selon lui à « promettre trop »¹⁷⁰⁶, sans doute ne doivent-elles pas non plus conduire, du point de vue des États, à 'ne plus permettre assez'.

672. En ce sens, l'intégration de l'objet économique au sein du champ conventionnel est susceptible de conduire à une adaptation des garanties conventionnelles de ce dernier.

¹⁷⁰⁵ M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie IV. Le nouveau monde*, Paris, Gallimard, 2017, 749 p., p. 571, cité in O. DE FROUVILLE, « Justifier le droit international, défendre le cosmopolitisme », pp. 1159-1178, spéc. p. 1164 ; cette critique est partagée par certains juristes francophones ; voy. B MATHIEU, *Le droit contre la démocratie*, Paris, LGDJ, 303 p.

¹⁷⁰⁶ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2014, 169 p., p. 11.

PARTIE 2 : L'ADAPTATION DES GARANTIES CONVENTIONNELLES FACE À LA MATIÈRE ÉCONOMIQUE

673. L'économie fait incontestablement partie de l'ordre conventionnel, non seulement comme simple fait, mais également comme objet des droits garantis. Cette endogénéisation est le fruit de l'action du juge sur le fondement d'un instrument qui n'avait pas été conçu à cette fin mais qui la rendait possible. L'ordre conventionnel s'est donc enrichi de composantes face auxquelles il n'était pas forcément adapté.

674. Adapter signifie, étymologiquement, ajuster » – « *aptare* » en latin – quelque chose « à » – « *ad* » – autre chose. Réintroduit dans le langage scientifique par la biologie, ce terme est par conséquent généralement « synonyme d'accommodation et désigne la capacité de régulation d'un organisme en réponse à des modifications du milieu »¹⁷⁰⁷. Plus précisément, il interrogerait « la permanence ou non d'une structure ou d'une fonction dans un environnement variable : *l'ajustement du même à l'autre pour rester le même* »¹⁷⁰⁸.

675. Or, l'intégration de l'économie au sein du champ conventionnel est, on l'a vu, souvent guidée ou influencée par la perception que peut avoir le juge d'une éventuelle contradiction avec l'objet « des droits de l'homme » conventionnel. Cette tension subsiste donc même lorsque se forme une alliance entre les droits civils et politiques et le système économique. Elle traduit la perception de risques ou de limites inhérents à l'intégration, qui est probablement accentuée par l'indéniable force normative de l'économie, comme système et comme idéologie. Le danger principal serait la transformation, de nature ou de degré, du mécanisme européen vers un mécanisme de protection des intérêts économiques et d'encadrement des prérogatives économique des États. Ce faisant, l'intégration modifierait l'équilibre des pouvoirs au sein de la société conventionnelle. Elle risquerait aussi de conduire le juge à y introduire ou de légitimer un ordre économique donné, alors que les droits de l'homme garantis par le texte conventionnel sont perçus comme économiquement neutres.

¹⁷⁰⁷ C. CRÉMIÈRE, « Adaptation », in M. BLAY (dir.), *Grand Dictionnaire de la Philosophie*, Paris, Larousse-CNRS Éditions, 2003, XIII-1105 p., p. 11.

¹⁷⁰⁸ N. AUMONIER « Adaptation – Darwinisme, Finalisme, Régulation », in *idem*, pp. 11-12 (nous soulignons).

676. L'adaptation serait donc une réaction en vue d'une fin identifiée – la préservation de la structure initiale, mais elle n'en prescrit pas les moyens. L'objectif de préservation de l'essence du mécanisme pourrait être conçu comme nécessitant un renforcement du contrôle européen face à la matière économique, afin d'empêcher toute surdétermination des droits par l'économie. Mais il pourrait également l'être comme impliquant au contraire un affaiblissement du contrôle, afin de préserver la neutralité économique des droits garantis.

677. L'adaptation des garanties conventionnelles semble faire état de plusieurs mouvements, dans un sens comme dans l'autre. La procéduralisation du contrôle européen en est l'illustration. Les garanties procédurales sont en effet adaptées de manière à préserver l'intégrité de leur champ d'application ou de leur contenu face aux spécificités économiques, mais également afin de préserver la spécificité des phénomènes et choix économiques nationaux. Ajoutant aux garanties substantielles, elle renforce le mécanisme européen mais met à distance l'objet économique et permet à la Cour d'interroger la validité du comportement de l'État plutôt que la légitimité de ses choix économiques (Titre 3).

678. Mis à distance, l'objet économique est également intégré, à son désavantage, au sein d'une hiérarchie par la Cour. L'objet conventionnel a pu absorber l'objet économique, mais ce dernier continue à ne pas relever de l'essence et la fonction principale de la garantie des droits par la Cour. Irréductiblement « politique », l'ordre conventionnel fonderait une normativité faible, partielle et indéterminée en matière économique. Celle-ci supposerait une modification du contrôle du juge en matière économique afin de préserver la souveraineté économique des États. L'adaptation permettrait ainsi d'empêcher que l'intégration de l'économie dans l'objet conventionnel ne conduise à la définition d'un ordre économique européen (Titre 4).

TITRE 3 : LA PROCÉDURALISATION DU CONTRÔLE

679. L'intervention de l'État s'est accrue en matière économique, en raison du développement de l'activité de l'État selon des dogmes différents, et parfois contradictoires. D'une part, l'émergence de nouvelles formes du libéralisme économique a montré que K. Polanyi avait raison lorsqu'il distinguait le libéralisme du laissez-faire¹⁷⁰⁹. En réalité, la définition du libéralisme en tant que progression du marché comme mode d'allocation des richesses et de détermination des choix collectifs et individuels suppose une intervention importante des pouvoirs publics, qui doivent notamment intervenir pour assurer l'existence d'un cadre juridique propice à son épanouissement. Cette conception, qui sous-tend la construction communautaire, est en réalité largement partagée par tous les États européens, et a conduit à la recomposition de l'action sur l'économie des pouvoirs publics tant du point de vue de la finalité que des moyens mis en œuvre. À l'inverse, l'interventionnisme sous forme de mécanismes de redistribution sociale, ou assurant le fonctionnement du marché, ont également contribué à l'émergence d'un État administratif dont l'ampleur n'avait probablement pas été envisagée par les rédacteurs du texte conventionnel.

680. La structure et le contenu de celui-ci montrent au contraire que c'est une figure beaucoup plus classique de l'État que les rédacteurs avaient envisagé – ou sur laquelle un consensus avait pu être établi – et les lecteurs de la Convention ont rapidement dégagé deux distinctions concentriques. Dans le cercle se situait la dichotomie entre droits « substantiels » et « procéduraux », tandis qu'au sein de ces derniers étaient à nouveau distingués un volet « pénal » et un volet un « civil » par l'article 6¹⁷¹⁰. La procéduralisation peut alors être entendue à la fois comme l'adjonction d'obligations procédurales dans le régime de droits qui ne relèvent pas des droits procéduraux *stricto sensu*, ainsi que comme l'extension des droits procéduraux hors de leur sphère traditionnelle.

681. Comme le note G. Timsit, l'idée de procéduralisation entretient des liens ambivalents avec la notion de justice distributive, puisqu'elle serait une forme « intermédiaire » entre la justice purement procédurale et la justice substantielle ou distributive¹⁷¹¹, ce qui explique que

¹⁷⁰⁹ K. POLANYI, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, op. cit., pp. 199-203.

¹⁷¹⁰ Les autres droits, comme l'article 7 ou l'article 4P7 ne concernent ainsi que la matière pénale.

¹⁷¹¹ E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*,

les interactions avec les considérations économiques sont nombreuses. Ces interactions sont également spéciales, car la procéduralisation ici envisagée concerne les obligations procédurales qui s'imposent, sur le fondement des droits conventionnels, aux États membres. En ce sens la notion ne renvoie pas au développement des règles encadrant l'accès à la Cour européenne comme juridiction¹⁷¹². La nature du lien n'est pas essentiellement différente, puisqu'il s'agit toujours des règles qui encadrent la faculté pour les titulaires des droits conventionnels de s'en prévaloir. En revanche la matérialisation de ce lien est bien distincte, puisqu'il s'agit de l'appréhension par la Cour de la manière dont les opérateurs économiques peuvent faire valoir leurs prétentions dans l'ordre juridique des États membres, et non devant elle. Il devrait donc exister une double distance avec la substance des choix économiques effectués : celle qui découlerait à la nature procédurale des garanties, et celle qui résulterait du fait que celles-ci sont assurées dans l'ordre juridique interne.

682. Pourtant, même ce type de contrôle est perméable à l'intégration de rationalités économiques. Nous verrons d'une part que la Cour a transformé les droits procéduraux qui étaient garantis par le texte conventionnel pour répondre à la spécificité des intérêts économiques et des contentieux qui leur ont trait, dans un mouvement dialectique d'adaptation permettant de les intégrer tout en préservant leur identité propre (Chapitre 5). Dans un mouvement presque symétrique, les droits substantiels comportent désormais des obligations procédurales qui contribuent d'autre part à transformer le contrôle effectué en matière économique (Chapitre 6).

Anthemis/Nemesis, 2014, pp. 265-300, spéc. p. 270 ; l'auteur s'appuie ici sur les idées de « l'école communicationnelle du droit », et notamment des travaux de J. Habermas.

¹⁷¹² C'est par exemple en ce sens qu'A. de Nanteuil entend le terme dans l'ouvrage collectif qu'il a dirigé relativement à « l'accès de l'investisseur à la justice arbitrale : réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement », Paris, Pedone, 2015, 216 p.

CHAPITRE 5 : LA TRANSFORMATION DES DROITS PROCÉDURAUX

684. Les garanties généralement identifiées comme procédurales ont été considérablement adaptées au moyen et face à la spécificité des contentieux et de la régulation économiques. La régulation est parfois caractérisée par un degré moins important d'intervention de la puissance publique qu'elle présupposerait¹⁷¹³, ou par le cadre concurrentiel dans lequel elle se déploie¹⁷¹⁴. Il semble qu'elle traduise en tout état de cause une forme d'intervention institutionnellement différente des formes antérieures d'action publique sur l'économie, lesquelles se réduisaient à une articulation entre les sphères d'action de l'exécutif et du juridictionnel.

685. Or, la transformation des droits procédurales est double face à ces manifestations plus ou moins nouvelles par rapport à l'instrument conventionnel. D'une part, le champ des garanties est susceptible d'évoluer sous l'influence de considérations économiques (Section 1). D'autre part, le contenu des garanties est modulé selon une dialectique permanente entre banalisation des contentieux économiques, au moyen de l'adaptation des droits, et préservation de leur substance face à celui-ci (Section 2).

SECTION 1 : L'ADAPTATION DU CHAMP D'APPLICATION DES GARANTIES PROCÉDURALES AUX CONTENTIEUX ÉCONOMIQUES

686. L'adaptation du champ d'application des garanties procédurales à la matière économique est variable et traduit une tension entre une volonté d'intégration au moyen d'une banalisation et de préservation de la spécificité du contentieux économique en général et de la régulation économique en particulier. Cette tension est particulièrement visible dans l'adaptation imparfaite du champ d'application du droit au procès équitable en matière économique (§1) et celle, évolutive, du champ d'application du principe *non bis in idem* (§2).

¹⁷¹³ H. ASCENSIO, « L'interrégulation et les relations internationales entre État », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Droit et économie de la régulation. Vol. 3 : Les risques de la régulation*, Paris, Sciences Po, 2005, 334 p., pp. 93-114 : la régulation traduirait essentiellement une forme moins grande d'intervention de la puissance publique.

¹⁷¹⁴ G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », *ADJA*, 2006, n° 7, pp. 347-353.

§1. L'adaptation imparfaite du champ d'application du droit au procès équitable en matière économique

687. L'adaptation varie davantage en matière civile, malgré la large patrimonialisation de la notion de « droits et obligations de caractère civil » (A). Elle contraste avec une banalisation achevée du volet pénal des garanties, dont la Cour a adapté le champ d'application face au développement d'instruments d'intervention ou de régulation économiques pensés comme distincts de l'outil pénal traditionnel (B).

A. La spécificité contrastée : l'applicabilité du volet civil à la matière économique

688. En dépit de facteurs permettant la large intégration des contentieux économiques, qui pourraient permettre l'assimilation de la matière « civile » à la protection des intérêts économiques des requérants (1), le domaine fiscal montre que la Cour peut déduire de la spécificité ou de l'importance des prérogatives étatiques en matière économique une spécificité persistante de certains d'entre eux (2).

1. Les facteurs de la large intégration des contentieux économiques

689. Le champ d'application de l'article 6 § 1 est formulé de manière relativement restrictive, puisqu'il est limité, alternativement, aux procédures qui décident soit « des contestations sur [l]es droits et obligations de caractère civil », soit « du bien-fondé de toute accusation en matière pénale ». Cette formulation, si elle est identique à celle retenue dans le PIDCP¹⁷¹⁵, contraste avec celle retenue dans des instruments antérieurs¹⁷¹⁶ et ultérieurs comme la Charte des droits fondamentaux¹⁷¹⁷, laquelle a, selon les mots de F. Tulkens, fait « sauter le verrou » de l'article 6¹⁷¹⁸. De la même manière, l'article 8 § 1 de la Convention interaméricaine des

¹⁷¹⁵ En tout cas dans les versions française et espagnole puisque l'article 14 du Pacte dans sa rédaction anglaise se réfère simplement aux « *rights and obligations in a suit at law* ».

¹⁷¹⁶ L'article 10 de la DUDH renvoie ainsi uniquement aux « droits et obligations ».

¹⁷¹⁷ L'article 47 ne distingue même pas entre le domaine pénal et le reste, puisqu'il dispose simplement que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter ».

¹⁷¹⁸ F. TULKENS, J. CALLEWAERT, « Le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », in J.-Y. CHARTIER, O DE SCHUTTER (dir), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 329 p., p. 226.

droits de l'homme étend les bénéfiques du procès équitable à tout organe chargé de déterminer « ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail ; de la fiscalité, ou dans tout autre domaine ».

690. Les raisons de l'apparente restriction du champ d'application de l'article 6 aux droits et obligations de nature « civile » sont incertaines¹⁷¹⁹. Ajoutée à la version anglaise la veille de l'ouverture à la signature de la Convention par le Comité d'experts, il semble qu'elle ait eu pour objet d'harmoniser le contenu des deux versions faisant foi du texte adopté¹⁷²⁰ mais aussi vis-à-vis des dispositions envisagées par les rédacteurs du PIDCP¹⁷²¹. Or, les travaux préparatoires de ce Pacte montrent que la restriction aux droits et obligations à caractère civil a été maintenue en raison des arguments du représentant danois selon lequel sa disparition entraînerait l'obligation de soumettre au contrôle judiciaire les décisions des organes administratifs à l'encontre des particuliers¹⁷²². Elle a en tout état de cause conduit à une intégration incomplète du contentieux économique dans le giron des garanties conventionnelles.

691. Les caractéristiques de l'article 6 permettent néanmoins *a priori* une intégration large, notamment en raison de la double relation¹⁷²³ qu'il entretient avec les droits nationaux. D'une part, dans la mesure où il n'est applicable qu'aux contestations portant sur un droit ou une obligation civile, c'est sur le fondement du droit interne que l'existence dudit droit doit d'abord être constatée. Certes, cela signifie en premier lieu que « la Cour ne saurait créer, par voie d'interprétation de l'article 6 § 1, un droit matériel n'ayant aucune base légale dans l'État concerné »¹⁷²⁴. Néanmoins, du point de vue de l'intégration des contentieux économiques au sein du giron conventionnel, cela signifie avant tout que l'applicabilité du volet civil de l'article 6 n'est pas conditionnée par l'existence du droit litigieux au sein de l'ordre conventionnel (a).

¹⁷¹⁹ Les travaux préparatoires sont incomplets et peu éclairants sur ce sujet ; pour M.-A. ESSEIN par exemple, l'utilisation du terme « civil » n'avait pas vocation à s'opposer à ceux de « public » ou « administratif » comme il peut le faire en droit français, mais poursuivait avant tout un idéal de clarté de la norme pour l'ensemble des ordres nationaux concernés. ; voy. également l'opinion du juge Matscher sous l'arrêt König, dans laquelle il note que ces travaux ne contiennent pas « des idées très concrètes et précises sur la portée de cette disposition ».

¹⁷²⁰ Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Haye-Boston, Éditions du Conseil de l'Europe, Nijhoff, vol. VII, 1985, XXXI-354 p., p. 13.

¹⁷²¹ Opinion dissidente commune aux juges Ryssdal, Bindschedler-Robert, Lagergren, Matscher, Evans, Bernhardt Et Gersing, sous l'arrêt Cour EDH (plén.), 29 mai 1986, *Deumeland c. Allemagne*, n° 9384/81, Série A, n° 100, §§ 20-22.

¹⁷²² Compte rendu analytique de la 109^{ème} séance, doc. E/CN.4/SR.109, pp. 3-4, cité par les juges, § 21.

¹⁷²³ Double relation à propos de laquelle la Cour a jugé qu'il n'existait aucune contradiction ; Cour EDH (GC), 19 octobre 2005, *Roche c. Royaume-Uni*, n° 32555/96, CEDH 2005-X, § 119.

¹⁷²⁴ *Idem*, § 117 ; cela suscite des interrogations devant la Cour lorsque l'atteinte alléguée constitue une impossibilité procédurale d'obtenir satisfaction pour le droit allégué, cette impossibilité procédurale pouvant ainsi mettre en doute l'existence même du droit dans l'ordre interne.

En outre, cela signifie qu'il n'a pas nécessairement à être qualifié de « civil » par le droit interne, ce qui a permis à la Cour d'assimiler très largement la matière « civile » à la matière économique (b).

a. La déconnexion du « droit » de l'ordre conventionnel

692. Pour qu'un contentieux relève du champ de l'article 6, il n'est pas nécessaire que le droit sur lequel il porte au niveau interne soit lui-même protégé par l'ordre conventionnel. Cet aspect est particulièrement important en matière économique, puisque cela signifie par exemple que des contentieux ayant trait à la liberté d'entreprendre relèvent du volet civil de l'article 6 indépendamment de leur éventuelle intégration sous les droits substantiels. Dans l'affaire *König*, par exemple, le droit contesté au niveau interne était celui d'exercer une profession donnée ainsi que celui d'exploiter une clinique privée dans un but lucratif. La circonstance que ces droits ne figurent pas dans les dispositions conventionnelles, pas plus d'ailleurs que la liberté d'entreprise ou du commerce et de l'industrie auxquels ils pourraient être rattachés, n'empêche selon la Cour pas leur qualité de « droit » au sens de l'article 6 § 1. Ainsi, les procédures de contestation de la révocation par les autorités administratives d'une licence d'exploitation d'un débit de boisson constituent bien une contestation relative à un « droit »¹⁷²⁵, de la même manière que le retrait d'autorisation d'exploitation d'un garage¹⁷²⁶ ou d'une pharmacie¹⁷²⁷.

693. Au-delà de la protection par les requérants de leurs intérêts économiques, relèvent également *ratione materiae* du volet civil les contestations émises par des associations d'individus à l'encontre de l'autorisation d'activités économiques jugées dangereuses, comme un barrage¹⁷²⁸ ou un centre de retraitement des déchets nucléaires¹⁷²⁹. En revanche, le refus d'attribution sur le seul fondement de l'évaluation des aptitudes professionnelles pour certaines professions, dans la mesure où « une telle évaluation des connaissances et de l'expérience nécessaires pour exercer une certaine profession sous un certain titre s'apparente à un examen de type scolaire ou universitaire et s'éloigne tant de la tâche normale du juge que les garanties de l'article 6 ne sauraient viser des différends sur pareille matière »¹⁷³⁰.

¹⁷²⁵ Cour EDH, 7 juillet 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Suède*, *op. cit.*, spéc. §§ 39-40.

¹⁷²⁶ Cour EDH (plén.), 23 octobre 1985, *Bentham c. Pays-Bas*, n° 8848/80, Série A, n° 97, spéc. §§ 33-et 36.

¹⁷²⁷ Cour EDH, 21 décembre 1999, *G. S. c. Autriche*, n° 26297/95, §§ 27-28.

¹⁷²⁸ Cour EDH, 27 avril 2004, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, n° 62543/00 ; CEDH 2004-III.

¹⁷²⁹ Cour EDH (déc.), 28 mars 2006, *Collectif national d'information à l'usine Melox – Collectif Stop Melox et Mox c. France*, n° 75218/01, § 4.

¹⁷³⁰ Cour EDH (plén.), 26 juin 1986, *Van Marle et autres c. Pays-Bas*, *op. cit.*, spéc. § 36.

b. Le rattachement de la matière « civile » à la patrimonialité

694. Si l'existence d'un droit défendable en droit interne est donc une condition nécessaire d'applicabilité du volet civil de l'article 6, elle n'est pas pour autant une condition suffisante, puisqu'il est également nécessaire que ce droit soit de nature « civile ». Si la Cour « n'a pas élaboré une grille de critères pour déterminer la notion de matière civile, à la différence de la matière pénale »¹⁷³¹, elle s'appuie néanmoins sur une série d'indices qui semblent pouvoir accueillir la diversité des contentieux économiques. Non défini par la Convention, ce « caractère civil » a rapidement été qualifié de notion autonome par la Cour¹⁷³², ce qui a eu pour conséquence de ne pas conditionner son applicabilité à la diversité des qualifications nationales. Ainsi, la notion de « droit civil » n'était pas nécessairement réductible à celle de « droit privé » au sens du droit national, ce qui permettait en principe une intégration facile des contentieux nationaux qui ont une vocation économique et qui relèvent souvent de branches du droit diverses.

695. Pourtant, le maintien d'une opposition forte entre un volet « civil » compris comme relevant du droit privé qui s'opposant au droit « public », a pendant un temps modéré « l'économisation » de la notion de droit civil, c'est-à-dire son arrimage à la seule existence d'intérêts économiques. Ces intérêts économiques sont souvent présents dans le cadre du contentieux entre personnes privées, la nature horizontale du différend n'étant cette fois plus un obstacle à l'applicabilité de la Convention¹⁷³³. Dès lors, c'est une partie importante du contentieux contractuel qui relève par exemple du domaine civil de l'article 6 § 1. Parfois, la Cour se contente de noter la nature « privée » de la relation en cause, comme celle existant par exemple entre l'employeur et le salarié¹⁷³⁴. Dans d'autres cas encore, l'applicabilité de

¹⁷³¹ L. MILANO, « Rapport introductif. L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit des affaires », in L. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, op. cit., pp. 7-44, p. 13.

¹⁷³² Cour EDH (plén.), 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, n° 6232/73, Série A, n° 27, § 88.

¹⁷³³ Pour une réaffirmation : Cour EDH, 11 avril 2006, *Cabourdin c. France*, n° 60796/00, § 29 (au sujet de lois rétroactives en matière contractuelle) : « [e]n l'espèce, la Cour constate que l'État n'était pas partie à la procédure judiciaire lors de l'intervention législative en cause. Cependant, la Cour estime que sa jurisprudence va au-delà des litiges dans lesquels l'État est partie » (références omises).

¹⁷³⁴ Cour EDH, 28 juin 1990, *Obermeier c. Autriche*, n° 11761/85, § 67 : « Le litige relatif à la suspension concerne sans contredit des rapports de droit privé entre employeur et travailleur. Partant, il revêt un "caractère civil" au sens de l'article 6 § 1 (art. 6-1) qui par conséquent s'applique en l'espèce » ; cette applicabilité n'est pas toujours motivée ; voy. Cour EDH, 3 mai 2005, *Parashkevanova c. Bulgarie*, n° 72855/01, § 18.

l'article 6 n'est même pas explicitement motivée, tant elle semble naturelle¹⁷³⁵. De la même manière, des procédures ayant pour objet des actions en responsabilité extracontractuelle, comme celle visant à obtenir des dommages-intérêts sur le fondement de la diffamation¹⁷³⁶. Dans d'autres circonstances, c'est l'incidence de la procédure sur les droits patrimoniaux qui est explicitement invoquée, comme dans le cadre de procédures de faillite¹⁷³⁷.

696. Cette incidence doit d'ailleurs être réelle, ce qui permet alors d'intégrer le contentieux des mesures provisoires, lorsqu'elles ont trait à des droits patrimoniaux, mais pas nécessairement les litiges dans lesquels le requérant a *in fine* obtenu gain de cause. En effet, lorsque la Cour affirme que « l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit en question, un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisant pas à faire entrer en jeu l'article 6 § 1 »¹⁷³⁸, cela ne signifie pas pour autant que l'issue doit avoir été défavorable aux requérants. Ainsi, des procédures dont l'objet était la légalité d'un contrat par lequel une société avait acquis des actions dans le capital d'une autre société sont déterminantes pour le droit de cette société sur lesdites actions — qui constitue un droit civil — quand bien même les décisions rendues par les juridictions lui ont été favorables et ont confirmé son statut de propriété de la société¹⁷³⁹. En revanche, la révocation d'une licence bancaire a une incidence sur « *the applicant bank's ability to continue operating as a going concern and its right to manage its own financial affairs and to administer its property* »¹⁷⁴⁰. Cette condition est nécessaire et suffisante, ce qui implique que la nature de la procédure, son fondement juridique en droit interne et la nature de l'organe juridictionnel chargé de la conduire, sont indifférents. Ainsi, le volet civil de l'article 6 § 1 est applicable aux juridictions du fond comme à la juridiction constitutionnelle si le litige devant elle demeure déterminant pour le droit en question¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁵ Voy. en matière de procédure arbitrale en matière de droit des sociétés : Cour EDH (déc.), 27 septembre 2001, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, *op. cit.*

¹⁷³⁶ Cour EDH (plén.), 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 27 :

¹⁷³⁷ Voy. parmi d'autres Cour EDH, 11 décembre 2003, *Bassani c. Italie*, n° 47778/99, § 14 : « La Cour rappelle au demeurant que l'applicabilité de l'article 6 à une procédure de faillite ne prête pas à controverse. En effet, au sens de cet article, ladite procédure concerne à n'en pas douter une contestation sur des droits de caractère civil, tels que les droits patrimoniaux faisant l'objet d'une faillite ».

¹⁷³⁸ Cour EDH (GC), 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, n° 17056/06, CEDH 2009, § 74 ; voy. déjà Cour EDH (GC), 5 octobre 2000, *Mennitto c. Italie*, n° 33804/96, CEDH 2000-X, § 23 : « [l']issue de la procédure doit être directement déterminante pour un tel droit ».

¹⁷³⁹ Cour EDH, 26 juin 2018, *Industrial Financial Consortium Investment Metallurgical Union c. Ukraine*, n° 10640/05, § 114.

¹⁷⁴⁰ Cour EDH, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 88.

¹⁷⁴¹ Voy. dans l'arrêt de principe concernant les procédures constitutionnelles, à propos de la contestation d'une expropriation : Cour EDH (plén.), 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, n° 12952/87, Série A, n° 262, § 59 : « La Cour constate qu'il existait bien un lien étroit entre les objets respectifs des deux types de procédures :

697. Néanmoins, de par leur nature même, la réglementation et la régulation du système économique impliquent souvent le recours à des prérogatives exorbitantes de la part des autorités publiques. Les mécanismes de redistribution de richesses impliquent par exemple généralement l'intervention directe des autorités étatiques, au moyen de l'imposition de mécanismes de cotisation obligatoire. Pourtant, la Cour a rapidement refusé que cette circonstance soit de nature à exclure le bénéfice du volet civil de l'article 6 § 1. Dans l'arrêt *Feldbrugge* par exemple, la Cour a jugé qu'un droit à une prestation sociale était de nature civile, alors même que son inclusion au sein de la notion de « bien » était encore incertaine¹⁷⁴². En effet, au sens de la Convention, ses fondements juridiques relevaient davantage d'un droit public exorbitant alors que l'assurance maladie en question revêtait un caractère obligatoire et était « prise en charge par l'État ou des organismes publics ou semi-publics »¹⁷⁴³. Pour aboutir à cette solution, la Cour s'est appuyée sur la nature patrimoniale et personnelle du droit à une prestation sociale¹⁷⁴⁴, mais également sur son fondement privé – la relation de travail – ainsi que sur une analogie avec le système assurantiel privé¹⁷⁴⁵. Ce raisonnement pouvait laisser entendre que le critère patrimonial ne mènerait pas systématiquement à l'applicabilité du volet civil, d'autant qu'une minorité significative avait jugé dans l'affaire *Deumeland* que si « l'accès aux prestations sociales est de la plus haute importance pour [l]a vie quotidienne » de l'individu qui bénéficie des droits conventionnels, « l'intérêt économique de l'allocation réclamée au regard des moyens d'existence de [la requérante] ne suffit pas, à elle seule, à rendre applicables l'article 6 par. 1 »¹⁷⁴⁶.

698. De fait, la Cour a continué à mettre en balance les aspects de droit privé avec ceux de droit public afin de déterminer lesquels pesaient davantage, qu'il s'agisse du contentieux relatif

l'annulation, par le Tribunal constitutionnel, des normes controversées aurait amené les juges civils à accueillir les prétentions de la famille Ruiz-Mateos). En l'occurrence, les instances civiles et constitutionnelles apparaissent même tellement imbriquées qu'à les dissocier on verserait dans l'artifice et l'on affaiblirait à un degré considérable la protection des droits des requérants. *La Cour rappelle qu'en suscitant des questions d'inconstitutionnalité, ces derniers utilisaient l'unique moyen - indirect - dont ils disposaient pour se plaindre d'une atteinte à leur droit de propriété (...)* » (références omises ; nous soulignons).

¹⁷⁴² Voy. *supra*, Chapitre 3.

¹⁷⁴³ Cour EDH (plén.), 29 mai 1986, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, spéc. Série A, n° 8562/79, n° 99, §§ 32-35.

¹⁷⁴⁴ *Idem*, § 37 ; voy. notamment : « pareil droit offre pour l'intéressé une importance souvent capitale ; il en va notamment ainsi des allocations d'assurance-maladie lorsque le salarié incapable de travailler, pour des raisons de santé, ne dispose d'aucune autre source de revenu ».

¹⁷⁴⁵ *Idem*, §§ 38-39.

¹⁷⁴⁶ Cour EDH (plén.), 29 mai 1986, *Deumeland c. Allemagne*, n° 9384/81, Série A, n° 100 ; opinion dissidente commune aux juges Ryssdal, Bindschedler-Robert, Lagergen, Matscher, Vincent Evans, Berhaerd et Gersing, § 16.

à l'octroi ou au retrait d'autorisations d'exercice de professions¹⁷⁴⁷ ou d'activités particulières comme l'activité bancaire.

699. Pourtant, l'incidence patrimoniale du contentieux permet d'intégrer dans le champ d'application des contentieux qui ne satisfont ni à un critère organique –, à savoir l'existence d'une relation entre personnes privées ou avec une personne publique agissant *de jure gestionis* – ni à un critère matériel – à savoir un litige portant sur le droit privé¹⁷⁴⁸. Dès l'affaire *König*, la Cour notait que le contentieux né du retrait de l'autorisation d'exploitation d'une clinique privée comme d'exercice de la profession de médecin portait un droit privé dans la mesure notamment où ils « s'apparant[aient] à certains égards au droit de propriété »¹⁷⁴⁹. À l'inverse de l'hypothèse de l'applicabilité de l'article 1P1, la patrimonialisation du volet civil de l'article 6 § 1 permet donc de surmonter la nature hybride de la relation juridique à l'origine du différend en question. Ainsi, l'action en contestation d'une expropriation relève de son champ d'application, que celle-ci ait porté sur des biens immobiliers¹⁷⁵⁰ ou mobiliers¹⁷⁵¹. Cette patrimonialisation de la notion de caractère « civil » a également pour effet de permettre de subsumer sous l'article des procédures ou des actes qui, bien que n'ayant pas pour objet direct la détermination des modalités d'exercice d'un droit de caractère civil, n'en affecte pas moins ce dernier de manière indirecte¹⁷⁵². En d'autres termes, un contentieux qui n'a pas un objet immédiatement économique peut relever du champ civil de l'article 6 en raison de ses répercussions patrimoniales.

¹⁷⁴⁷ Voy. par exemple Cour EDH, 21 décembre 1999, *GS. c. Autriche*, *op. cit.*, §§ 27-28 : « *The Commission found that the proceedings at issue in the present case concerned a right recognised under Austrian law, namely the right to be granted a licence to run a pharmacy. Further, having regard to the Court's case-law in comparable cases, it found in essence that, whilst the profession of pharmacist in Austria had certain public-law features, the private-law aspects prevailed. Thus, the right to exercise the profession of a pharmacist was a "civil right" within the meaning of Article 6 § 1. The Court sees no reason to disagree with the conclusion reached by the Commission* » (références omises ; nous soulignons).

¹⁷⁴⁸ Ces deux critères avaient notamment été mis en avant par une partie de la doctrine française pour tenter de rationaliser la notion de « droit civil », et ressortent à la fois de la jurisprudence de la Cour comme des prétentions des parties ; voy. Cour EDH, *Lawless c. Irlande* ; la position du gouvernement allemand dans l'affaire *König*, selon quel « l'article 6 par. 1 vise les contestations de droit privé, c'est-à-dire entre des particuliers, ou entre un particulier et l'État dans la mesure où ce dernier a agi comme personne privée, soumis au droit privé (§ 90).

¹⁷⁴⁹ Cour EDH, 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, *op. cit.*, § 92.

¹⁷⁵⁰ Cour EDH (plén.), 23 septembre 1992, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, *op. cit.*, § 79.

¹⁷⁵¹ Comme des actions : Cour EDH (plén.), 8 juillet 1986, *Lithgow c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 192 : « La Cour relève d'abord que le droit des requérants à une indemnité au titre de la loi de 1977 découlait de leur qualité d'actionnaires des sociétés en question et revêtait sans nul doute un "caractère civil" ».

¹⁷⁵² L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 126.

2. La résistance peu compréhensible du contentieux fiscal

700. La résistance du contentieux fiscal paraît à cet égard étrange, puisque le critère économique a permis d'écarter progressivement les considérations de puissance publique au stade de l'applicabilité du droit. Il en va notamment ainsi des contentieux disciplinaires de certaines professions qui affectent le droit à exercer ces dernières, comme dans le cadre des affaires *König*¹⁷⁵³ et *Le Compte*¹⁷⁵⁴, mais aussi d'une procédure en responsabilité engagée à l'encontre de l'État en raison de l'émission illégale d'un mandat d'arrêt. Rejetant la distinction qui existait en droit portugais entre « gestion privée » et « gestion publique », la Cour a jugé dans l'affaire *Baraona* qu'une telle action revêtait un caractère « personnel et patrimonial » en raison de « l'atteinte à des droits de cette nature », celle-ci résultant notamment de ce que le mandat litigieux avait contraint le requérant à « s'enfuir au Brésil avec sa famille, abandonnant sa maison, tous ses biens et son entreprise, laquelle fut pour finir déclarée en faillite »¹⁷⁵⁵. D'ailleurs, l'existence d'une réglementation économique importante ne suffit pas par principe à exclure l'applicabilité de l'article 6 § 1. La Cour a ainsi jugé dans l'affaire *Capital Bank AD* que « *the fact that banks are legal entities and that the banking industry is tightly regulated such as those of depositors and of the public at large, is not a sufficient reason for concluding that proceedings in respect of a bank fall outside the scope of article 6 § 1* »¹⁷⁵⁶.

701. La preuve de la banalisation de l'exercice de la puissance publique en raison de la prépondérance accordée aux effets économiques produits par ou à l'occasion de celui-ci semblait avoir culminé dans le contentieux de la fonction publique comme dans le contentieux fiscal. Dans le cadre du premier, la « contamination »¹⁷⁵⁷ du caractère civil par le caractère économique a en effet progressivement conduit à l'abandon à la fois du principe de l'inapplicabilité de l'article 6 § 1¹⁷⁵⁸. Si elle avait pu reconnaître que des litiges ayant trait à « un

¹⁷⁵³ Voy. *supra*, §§ 695 et s.

¹⁷⁵⁴ Cour EDH (plén.), 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, *op. cit.*, § 47 : si la Cour admet que le lien entre l'objet du litige ne doit pas être « ténu », il juge contrairement aux allégations du gouvernement défendeur qu'il existe bien une « relation directe » entre la procédure disciplinaire et « le droit de continuer à exercer la profession médicale ».

¹⁷⁵⁵ Cour EDH, 8 juillet 1987, *Baraona c. Portugal*, n° 10092/82, Série A, n° 122, §§ 43-44.

¹⁷⁵⁶ Cour EDH, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 88.

¹⁷⁵⁷ J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2016, 212 p., p. 143.

¹⁷⁵⁸ La Cour jugeait en effet initialement que « les contestations concernant le recrutement, la carrière et la cessation d'activité des fonctionnaires sortent, en règle générale, du champ d'application de l'article 6 § 1 » ; Cour EDH, 24 août 1993, *Massa c. Italie*, n° 14399/88, Série A, n° 265-B, § 26.

droit « purement » ou « essentiellement »¹⁷⁵⁹ patrimonial relevaient par exception du champ d'application de l'article 6 § 1, elle avait entendu avec l'arrêt *Pellegrin* faire primer la spécificité de la participation à « l'exercice de la puissance publique » en excluant tous les litiges opposant l'État – au sens international – et les agents qui y concourent¹⁷⁶⁰. Toutefois, outre que cela avait déjà permis de maintenir dans le giron de l'article 6 § 1 les agents participant aux activités *de jure gestionis* de l'État¹⁷⁶¹ comme « les litiges en matière de pension »¹⁷⁶², la Cour a accentué le poids accordé à la patrimonialité¹⁷⁶³ dans l'arrêt *Vilho Eskelinen* en jugeant que « les conflits ordinaires de travail – tels ceux portant sur un salaire, une indemnité ou d'autres droits de ce type » en relevaient par principe en dépit du « caractère spécial de la relation entre le fonctionnaire concerné et l'État »¹⁷⁶⁴.

702. Le contentieux fiscal, entendu à la fois comme le contentieux de l'imposition et du recouvrement, semblait alors devoir faire l'objet d'évolutions similaires. Initialement, le contentieux fiscal sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention avait été, par un principe d'inapplicabilité du volet civil, fondé sur son appartenance au « domaine du droit public » et en raison de « l'exercice de prérogatives de puissance publique »¹⁷⁶⁵. La particularité de la matière fiscale conduisait expressément la Commission à neutraliser les effets économiques à l'encontre des titulaires des droits garantis¹⁷⁶⁶. Si la Cour avait pris le soin de réaffirmer, au sujet de cotisations sociales¹⁷⁶⁷, qu'il n'était pas « davantage suffisant en soi de démontrer qu'un litige

¹⁷⁵⁹ Ces deux catégories d'arrêts sont mentionnées par la Cour dans l'arrêt *Pellegrin* ; voy. donc, s'agissant de la première formule, Cour EDH, *De Santa c. Italie*, CEDH 1997-V, § 18 (le litige concernait ici le versement du salaire de l'argent), ou s'agissant de la seconde Cour EDH, 2 septembre 1997, *Nicodemo c. Italie*, n° 25839/94, CEDH 1997-V (le litige concernait le salaire et une indemnité de retard devant être versée à l'agent).

¹⁷⁶⁰ Cour EDH (GC), 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, n° 28541/95, CEDH 1999-VIII, spéc. § 67 : « Dès lors, la totalité des litiges opposant à l'administration des agents qui occupent des emplois impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique échappent au champ d'application de l'article 6 § 1 puisque la Cour entend faire prévaloir un critère fonctionnel (...) ».

¹⁷⁶¹ Cour EDH (GC), 27 juin 2000, *Frydlender c. France*, n° 30979/96, *op. cit.*, §§ 37-41 : dans cet arrêt, au sujet d'un agent contractuel du Ministère de l'Économie affecté aux « services de l'expansion économique » ; la Cour admet l'argumentaire du requérant selon lequel il « accomplissait pour les services commerciaux de la France à l'étranger des tâches de conseil et d'information des exportateurs français, exclusives de toute activité en matière de réglementation, de tutelle administrative ou de responsabilité financière ».

¹⁷⁶² Cour EDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, n° 28541/95, CEDH 1999-VIII, § 67.

¹⁷⁶³ La présomption d'applicabilité découlant du caractère privé, et notamment patrimonial, du litige découle alors ce que ces litiges ne relèvent pas, *in concreto*, de la participation à l'exercice de la puissance publique ; voy. G. GONZALEZ, « Nouveau revirement jurisprudentiel en matière d'applicabilité de l'article 6 § 1 dans son volet civil aux fonctionnaires », *RFDA*, 2007, n° 5, pp. 1031-1038.

¹⁷⁶⁴ Cour EDH (GC), 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, n° 63235/00, CEDH 2007-II, § 63.

¹⁷⁶⁵ Voy. déjà Com. EDH (déc.), 1^{er} octobre 1965, *X c. Belgique*, n° 2145/64, Rec., n° 18, p. 17.

¹⁷⁶⁶ Voy. par exemple Com. EDH (déc.), 15 décembre 1967, *X. République Fédérale d'Allemagne*, n° 2552/65 : le droit fiscal ne relève pas du droit privé « et ce encore que la mesure fiscale incriminée ait entraîné des répercussions sur les droits patrimoniaux du requérant ».

¹⁷⁶⁷ Dont on rappellera qu'elles s'analysent généralement comme des « prélèvements obligatoires », bien qu'elles ne constituent pas forcément des impôts en droit interne ; cf *supra*.

est de nature ‘patrimoniale’ » pour emporter l’application de l’article 6 § 1, et que sera exclue en raison de sa nature publique notamment toute obligation qui « résulte d’une législation fiscale »¹⁷⁶⁸, l’ensemble de sa jurisprudence laissait entrevoir la prééminence du critère de l’incidence économique. Antérieurement, elle avait noté dans l’arrêt *Éditions Périscope* qu’un droit patrimonial constitué par une action en réparation du fait du refus illégal d’octroi d’abattements fiscaux revêtait un caractère civil « nonobstant l’origine du différend et la compétence des juridictions administratives »¹⁷⁶⁹. Postérieurement à l’arrêt *Schouten et Malrum*, elle avait réaffirmé dans l’arrêt *National & Provincial Building Society* que les actions en restitution intentées par les personnes requérantes

« étaient des actions de droit privé et cruciales pour la décision sur des *droits de caractère de droit privé à récupérer des sommes chiffrables* (et que) n’altère en rien cette conclusion le fait que ces instances trouvaient leur origine dans la législation fiscale et que les requérantes aient été assujetties à l’impôt par le jeu de celle-ci »¹⁷⁷⁰.

703. Dans l’arrêt *Ferrazzini*, la Cour a toutefois confirmé l’exclusion de principe de la matière fiscale et ainsi réaffirmé que la portée du critère tiré de l’incidence économique de litiges pouvait être limitée par le lien entre certains pans de la régulation économique et les prérogatives souveraines des États. Dans l’arrêt *Schouten et Malrum*, la Cour s’était référée aux « obligation[s] civique[s] », faisant dire à A. Mangiavillano que « le droit de propriété, tout en étant ‘activé’ par principe, trouve une *limite* dans la citoyenneté fiscale »¹⁷⁷¹. Néanmoins, le cadre dans lequel s’inscrivait l’article 6 § 1 militait, pour une partie de la doctrine notamment, en faveur de l’abandon de cette irréductibilité du contribuable à l’opérateur économique. La Cour reconnaît que le cadre exogène de la Convention a évolué, et qu’à ce titre « les relations entre l’individu et l’État ont bien évidemment évolué au cours des cinquante années écoulées depuis l’adoption de la Convention compte tenu de l’intervention croissante des normes étatiques dans les relations de droit privé »¹⁷⁷². Elle reconnaît également en partie que le cadre endogène de l’article 6, c’est-à-dire le « contexte » de cette disposition au sens de l’article 31 § 1 Convention de Vienne, en relevant qu’elle a jugé que les litiges en matière de protection

¹⁷⁶⁸ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Schouten et Malrum c. Pays-Bas*, n^{os} 19005/91 et 19006/91, Série A, n^o 304, § 50.

¹⁷⁶⁹ Cour EDH, 26 mars 1992, *Éditions Périscope c. France*, n^o 111760/85, § 40.

¹⁷⁷⁰ Cour EDH, 23 octobre 1997, *National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society et The Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 97.

¹⁷⁷¹ A. MANGIAVILLANO, *Le contribuable et l’État : l’impôt et la garantie constitutionnelle de la propriété (Allemagne-France)*, *op. cit.*, p. 89.

¹⁷⁷² Cour EDH (GC), 12 juillet 2001, *Ferrazzini c. Italie*, n^o 44759/98, CEDH 2001-VII, § 27.

pouvaient relever du volet civil en raison de leur nature patrimoniale. Pourtant, non seulement elle ne tire aucune conséquence de ce qu'elle a jugé que toute action fiscale constituait une « ingérence » dans le patrimoine du sujet de droit entraînant l'applicabilité de la disposition, mais elle en nie la réalité en rappelant que « l'article 1 du Protocole n°1, relatif à la protection de la propriété, réserve le droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour assurer le paiement des impôts »¹⁷⁷³. La Cour en conclut que, s'agissant de la matière fiscale, « les évolutions qui ont pu avoir lieu dans les sociétés démocratiques ne concernent toutefois pas la nature essentielle « de l'obligation pour les individus ou les entreprises de payer des impôts » et que « la matière fiscale ressortit encore au noyau dur des prérogatives de la puissance publique, le caractère public entre le contribuable et la collectivité restant prédominant »¹⁷⁷⁴.

704. Cette « contradiction interne »¹⁷⁷⁵ à la jurisprudence de la Cour, adoptée par une Grande chambre divisée – onze voix contre six –, démontre que l'intégration de la matière économique au sein du champ conventionnel substantiel implique une adaptation des dispositions conventionnelles que le juge peut décliner d'opérer afin de préserver un équilibre initial supposé¹⁷⁷⁶. Elle conduit d'ailleurs à des résultats paradoxaux¹⁷⁷⁷. Alors que le montant de l'impôt fait l'objet d'un contrôle conventionnel, le contentieux fiscal relatif à l'établissement de celui-ci est dispensé des garanties du procès équitable. Cela conduit à la majorité de la doctrine à juger nécessaire son abandon¹⁷⁷⁸, même s'il est indéniable que la contradiction pourrait, dans l'absolu, être résolue en sens inverse au moyen de l'abandon de la jurisprudence adoptée sur le fondement de l'article 1P1¹⁷⁷⁹.

¹⁷⁷³ *Idem*, § 29.

¹⁷⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁷⁵ B. HATOUX, « Application de l'article 6 § 1 de la Convention EDH au contentieux fiscal. Analyse et perspectives d'un revirement du juge judiciaire », *Revue de jurisprudence et des conclusions fiscales*, vol. 11, n° 4, pp. 804-807, spéc. p. 806.

¹⁷⁷⁶ On a vu en effet que les raisons ayant commandé à cette apparente restriction sont incertaines ; voy. *supra*, Introduction.

¹⁷⁷⁷ Voy. en ce sens M.-C. BERGERES, « Une nouvelle garantie pour le contribuable : le litige fiscal doit être jugé dans un délai raisonnable », *LPA*, 2003, n° 73, pp. 9-16, spéc. p. 10.

¹⁷⁷⁸ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2002, n° 3, pp. 1289-1320 ; L. GÉRARD, « Sur l'applicabilité de l'article 6, volet civil, de la convention européenne des droits de l'homme aux contentieux fiscaux (À propos de l'arrêt CEDH, 12 juillet 2001, Ferrazzini c/ Italie) », *Droit fiscal*, 2002, n° 10, pp. 438-447 ; Ph. BAKER, « The Decision in *Ferrazzini* : Time to Reconsider the Application of the European Convention on Human Rights to tax Matters », *Intertax*, 2002, vol. 29, n° 11, p. 361 ; voy. cependant *contra* A MANGIAVILLANO, *Le contribuable et l'État. L'impôt et la garantie conventionnelle de la propriété (Allemagne-France)*, *op. cit.*, pp. 107-110.

¹⁷⁷⁹ En ce sens, A. MANGIAVILLANO, *Le contribuable et l'État. L'impôt et la garantie conventionnelle de la propriété (Allemagne-France)*, *op. cit.*, spéc. pp. 106-107.

705. À ce stade, la Cour semble circonscrire la contradiction en réduisant l'étendue de la spécificité de la matière fiscale. Elle a ainsi jugé qu'une contribution obligatoire imposée à un propriétaire afin de financer la construction d'une infrastructure adjacente ne constitue pas *stricto sensu* un « impôt », défini comme des sommes « *levied to cover the financial requirements of public funding* » mais une « autre contribution » qui était « *destined to finance a specific project* »¹⁷⁸⁰. Là où un juge administratif doit impérativement et aurait dû qualifier cette contribution d'impôt¹⁷⁸¹, la Cour n'est cependant pas contrainte puisque l'une comme l'autre qualification lui permettra d'exercer son contrôle. Pourtant, en s'appuyant ainsi sur des notions de l'article 1P1¹⁷⁸², la Cour n'assure pas la cohérence de sa jurisprudence mais recrée une distinction qu'elle ne reconnaît pas dans le cadre de cette disposition, puisqu'impôts et autres contributions relèvent du contrôle opéré au titre de la troisième phrase¹⁷⁸³. D'ailleurs, cette interprétation prétendument systémique au moyen de l'article 1P1 est contredite par les nombreux arrêts dans lesquels la Cour juge l'article 1P1 applicable et les griefs fondés sur l'article 6 irrecevables¹⁷⁸⁴.

706. La Cour ajoute parfois à cela un découpage byzantin des litiges périphériques à la matière fiscale qui sont susceptibles de relever du volet civil de l'article 6 § 1. Ainsi, si elle juge que les litiges concernant « *the determination of import duties or charges* » ne relèvent pas du volet civil de l'article 6 § 1¹⁷⁸⁵, ceux qui concernent la détermination de l'obligation d'acquittement de l'obligation douanière, lorsque cette obligation est fondée sur un cautionnement d'une société importatrice par la société requérante, en relèvent néanmoins¹⁷⁸⁶. En réalité, le motif d'applicabilité de l'article 6 § 1 résulte paradoxalement du recours au volet

¹⁷⁸⁰ Cour EDH, 13 juillet 2006, *Stork c. Allemagne*, n° 38033/02, § 28.

¹⁷⁸¹ La notion de redevance en droit public français ne concerne *a priori* que l'usage d'un ouvrage ou service public, et non sa création ou sa mise en service ; J. LAMARQUE, O. NÉGRIN, L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, Paris, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2016, p. 66, qui se réfère à CE, 6 mars 1970, *Augé*, n°s 73035 et 73042.

¹⁷⁸² Le lien est explicitement établi ; voy. *idem*, § 29 : « *the Court considers these contributions were not taxes but rather "other contributions" within the meaning of Article 1 Protocol No. 1. Therefore, the Court finds that Article 6 § 1, under its civil head, is applicable to the proceedings in question* ».

¹⁷⁸³ Voy. *supra*, §§ 595 et s.

¹⁷⁸⁴ Voy. parmi d'autres Cour EDH, 23 février 2006, *Stere et autres c. Roumanie* n° 25632/02.

¹⁷⁸⁵ Cour EDH (déc.), 13 janvier 2005, *Emesa Sugar NV. c. Pays-Bas*, n° 62023/00.

¹⁷⁸⁶ Voy. par exemple Cour EDH (déc.), 9 novembre 2004, *O.B. Heller, A. S. c. République tchèque*, n°s 55631/00 et 55728/00 ; dans cette affaire, le litige interne concernait le cautionnement d'une dette douanière, la société requérant ayant été appelée à s'acquitter en vertu du cautionnement de l'obligation fiscale de la société importatrice ; reprenant une analyse certes fondées du point de vue du droit interne, la Cour juge que « les décisions sur le paiement des dettes douanières rendues à l'encontre des requérantes n'ont pas eu pour conséquence le transfert à celles-ci d'une « obligation fiscale » proprement dite, mais plutôt d'une obligation d'acquittement » (§ 2.3) ; comp. avec Cour EDH, 14 avril 2009, *S. C. Gherpardul S.R.L. c. Roumanie*, n° 29268/03 : la Cour déclare irrecevable un grief fondé portant sur les difficultés pour la société requérante d'obtenir l'exécution d'un jugement ayant ordonné la compensation de créances et dettes fiscales à son profit.

non économique du caractère civil, comme lorsque la Cour juge le volet civil applicable à une procédure de visite domiciliaire en raison de la nature « civil » du « domicile », même lorsqu'il est entendu comme le siège social¹⁷⁸⁷.

707. À l'inverse de ces hésitations en matière civile, la Cour n'a pas rencontré de difficultés à intégrer au sein du volet pénal des régimes et procédures qui avaient trait à la régulation économique.

B. La spécificité dépassée : l'applicabilité du volet pénal à la matière économique

708. La Cour a en effet rejeté l'idée que la spécificité de certaines questions en matière économique puisse empêcher l'applicabilité du volet pénal (1), et a au contraire reconnu le caractère pénal de certaines « sanctions » en matière de régulation (2) comme la finalité répressive qui peut y être attachée (3).

1. L'absence de contradiction entre l'objet économique et la matière économique

709. Le droit pénal entretient une relation inévitable et double avec la sphère économique. D'une part, sa mise en œuvre comme son efficacité reposent en partie des sanctions pécuniaires qui affectent nécessairement la situation patrimoniale des justiciables. D'autre part, certaines de ses dispositions ont tant pour vocation à protéger l'ordre public général qu'ils ont par essence une dimension économique, le vol étant probablement l'infraction la plus emblématique. Comme le note C. Mascala, le droit pénal ne revêt plus seulement un aspect « sanctionnateur » en matière économique, mais également un caractère « régulateur » qui en fait un « instrument de politique économique »¹⁷⁸⁸. Si la définition, et même la terminologie de droit pénal

¹⁷⁸⁷ Cour EDH, 21 février 2008, *Ravon et autres c. France*, n° 18497/03, § 24 : « A cet égard, il est vrai que, comme le soutient le Gouvernement, la Cour a confirmé dans l'arrêt *Ferrazzini* (précité, §§ 23-31) que « le contentieux fiscal échappe au champ des droits et obligations de caractère civil ». Force est cependant de constater que la « contestation » dont il est présentement question ne relève pas d'un contentieux de cette nature. Comme indiqué précédemment, elle porte sur la régularité des visites domiciliaires et saisies dont les requérants ont fait l'objet : en son cœur se trouve la question de la méconnaissance ou non par les autorités de leur droit au respect du domicile. Or le caractère « civil » de ce droit est manifeste, tout comme l'est sa reconnaissance en droit interne, qui résulte non seulement de l'article 9 du code civil – auquel renvoie d'ailleurs le Gouvernement – mais aussi du fait que la Convention, qui le consacre en son article 8, est directement applicable dans l'ordre juridique français ».

¹⁷⁸⁸ C. MASCALA, « Quel droit pénal pour l'activité économique ? », in C. SAINT-ALARY-HOUIN, M. HECQUARD-THERON (dir.), *Qu'en est-il du code de commerce 200 ans après ? États des lieux et projections*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2009, 416 p., pp. 157-162, spéc.p. 160.

économique fait débat, il semble qu'on l'entende largement comme « l'ensemble des réactions étatiques organisées autour de règles répressives relatives au droit du travail, ; au droit de la distribution, au droit de la consommation, au droit financier, au droit de la concurrence, au droit douanier et au droit des sociétés »¹⁷⁸⁹. Outre que certaines de ces branches n'existaient pas au moment de l'adoption ou sous une forme embryonnaire, des difficultés supplémentaires ont surgi en raison de l'important mouvement de « dépenalisation » de la régulation économique¹⁷⁹⁰. Sans y être exclusif, ce mouvement, amorcé en matière fiscale aux États-Unis comme en Europe dès le début du XX^{ème} siècle¹⁷⁹¹, n'a pris une ampleur considérablement que postérieurement à l'adoption de la Convention et s'est notamment traduit par l'octroi à l'administration de pouvoirs de sanction.

710. Or, l'applicabilité du volet pénal de l'article 6 § 1 est conditionnée à l'existence d'une accusation qui doit elle-même revêtir un caractère pénal. Contrairement à son pendant en matière civile, la Cour a établi trois critères qui permettent de circonscrire la notion de « matière pénale » au sens de la Convention. Dans l'arrêt *Engel*, elle a jugé que cette qualification autonome devait être effectuée au regard de la qualification retenue par le droit interne, la nature des agissements sanctionnés et de l'infraction ainsi que le degré et la sévérité de la mesure examinée¹⁷⁹². Sur ce fondement, la Cour a refusé en matière pénale de s'appuyer sur la nature même de la régulation économique, initialement fiscale mais désormais beaucoup plus largement, pour rejeter l'applicabilité de l'article 6. Naturellement, certaines des dispositions du droit pénal économique satisfont sans difficulté à ces conditions dans la mesure où elles sont pensées, du point de l'ordre juridique interne, comme relevant du droit pénal *stricto sensu*. C'est le cas par exemple des délits de vol ou d'escroquerie¹⁷⁹³.

711. En revanche, contrairement à ce qu'elle a affirmé en matière civile au sujet de la matière fiscale, la Cour a estimé que « la nature même » des procédures de redressement ne justifiait

¹⁷⁸⁹ G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique : étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Université de Nancy, Thèse, 2007, pp. 8 et s, cité par, E. BONIS-GARÇONS, « La nature de la sanction pénale en droit économique », in V. VALETTE-ERCOLE (dir.), *Le droit pénal économique : un droit très spécial ?*, Paris, Éditions Cujas, 2018, 125 p., pp. 79-103, spéc. p. 80.

¹⁷⁹⁰ Voy. B. BOULOC, *La dépenalisation dans le droit pénal des affaires*, D., 2003, n° 36, pp. 2492-2494.

¹⁷⁹¹ Th. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., spéc. p. 35.

¹⁷⁹² Cour EDH (plén.), 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, nos 5100/71, 51001/71, 5102/71, 5354/73 et 5370/73, Série A, n° 22, § 82.

¹⁷⁹³ Voy. par exemple Cour EDH (GC), 25 mars 1999, *Pélissier et Sassi c. France*, n° 25444/94, CEDH 1999-II, qui concerne des poursuites pour escroquerie, abus de confiance et faux et usage de faux ; l'applicabilité n'est même pas contestée par le gouvernement.

pas une inapplicabilité de principe. Selon elle en effet, si elle « ne doute pas de l'importance de l'impôt pour le bon fonctionnement de l'État, elle n'est pas convaincue qu'il faille affranchir les sanctions fiscales des garanties procédurales contenues dans l'article 6 pour préserver l'efficacité du système fiscal ni d'ailleurs que pareille démarche puisse se concilier avec l'esprit et le but de la Convention »¹⁷⁹⁴. Cette inégalité de traitement, en matière fiscale, illustre l'approche variable retenue par la Cour en fonction de la nature et des conséquences du droit en question. La matière civile, patrimoniale par nature, apparaît suffisamment éloignée de l'objet central du mécanisme conventionnel pour autoriser une applicabilité différenciée de celle de la matière pénale.

2. La reconnaissance des sanctions à caractère pénal en matière de régulation

712. La Cour a adapté le champ d'application matériel du volet pénal face aux développements de l'octroi d'un pouvoir de sanction à des autorités non juridictionnelles en matière économique.

713. Cela ne se traduit pas par une assimilation de la sanction à une sanction nécessairement économique. Au contraire, le poids économique de la sanction examinée ne joue pas nécessairement un rôle déterminant dans l'aspiration des procédures à objet économique dans le giron de l'article 6 § 1. Il n'est pas nécessaire que le requérant ait subi d'importants effets économiques en raison de la sanction. Le degré de sévérité d'une sanction pécuniaire doit désormais être apprécié *in abstracto* et non *in concreto*, car ça n'est pas la sanction effectivement infligée qui sera prise en considération à ce stade, mais la sanction potentielle¹⁷⁹⁵. Néanmoins, le jeu de ces critères est généralement favorable à l'intégration de procédures économiques au sein du giron conventionnel.

714. De plus, elle ne constitue pas un critère nécessaire. Certes, la Cour a un temps semblé, dans le cadre des procédures fiscales, faire des critères dégagés par la décision *Engel* des critères

¹⁷⁹⁴ Cour EDH (GC), 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, n° 73053/01, CEDH 2006-XIV, § 36.

¹⁷⁹⁵ Cour EDH (plén.), 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, *op. cit.*, § 82 ; voy. en matière de régulation et au sujet de la Commission bancaire française, Cour EDH, 11 juin 2009, *Dubus S.A. c. France*, n° 5242/04, § 37 : « la Cour observe que la requérante s'est vue infliger un blâme, sanction de nature administrative en droit interne. Toutefois, la lecture de l'article L. 613-21 du CMF démontre que la société requérante pouvait encourir une radiation et/ou une sanction pécuniaire « au plus égale au capital minimum auquel est astreinte la personne morale sanctionnée »

cumulatifs. Alors qu'elle avait déjà relevé le but répressif et préventif de la majoration d'impôt litigieuse dans l'affaire *Bendenoun*, la Cour avait quand même noté « l'ampleur considérable » des majorations infligées et jugé que ces critères devaient être « additionnés et combinés »¹⁷⁹⁶. Certaines décisions postérieures avaient en conséquence rejeté l'applicabilité du volet pénal aux majorations d'impôts en raison de leur « faible importance », comme l'infliction d'un taux de 10%¹⁷⁹⁷. D'autres avaient au contraire fondé l'applicabilité sur l'importance des taux potentiels et décidé, alors même que la peine n'était pas commutative en peine d'emprisonnement¹⁷⁹⁸, que « la légèreté de la sanction » ne constitue pas un « facteur décisif pour exclure du champ d'application de l'article 6 une infraction revêtant par ailleurs un caractère pénal »¹⁷⁹⁹. En revanche, comme le notait I. Costa, « *a contrario*, la gravité de la sanction demeure un indice de pénalisation »¹⁸⁰⁰ en ce sens qu'une sanction importante permet de conforter l'existence d'un but répressif¹⁸⁰¹.

715. Cependant, l'incidence de la nature de la sanction sur l'applicabilité de l'article 6 § 1 rend plus incertaine la portée du volet pénal en matière de régulation économique *stricto sensu*. Certes, la sanction n'a pas à prendre une forme directement pécuniaire, les effets économiques d'une sanction de nature non pécuniaire justifiant à nouveau l'applicabilité de l'article 6. Dans l'affaire *Dubus*, par exemple, la Cour s'était tout d'abord appuyée sur le montant important des amendes dont était passible la société requérante devant la Commission bancaire¹⁸⁰². En l'espèce cependant, elle ne s'était vue infliger qu'un blâme. La Cour a cependant conforté son analyse des sanctions théoriques en jugeant qu'un blâme prononcé par une autorité bancaire à l'encontre d'une société bancaire constitue une sanction pénale dans la mesure où elle « *était de nature à porter atteinte au crédit de la société sanctionnée entraînant pour elle des conséquences patrimoniales incontestables* »¹⁸⁰³. Il paraît d'ailleurs possible d'en conclure que les procédures de sanction qui conduisent au retrait d'autorisation de certaines activités

¹⁷⁹⁶ Cour EDH, 24 février 1994, *Bendenoun c. France*, n° 12547/86, Série A, n° 284, § 47.

¹⁷⁹⁷ Cour EDH (déc.), 3 juin 2003, *Morel c. France*, n° 54559/00, CEDH 2003-IX.

¹⁷⁹⁸ Cour EDH, 23 juillet 2002, *Janosevic c. Suède*, CEDH 2002-VII, n° 34619/97, § 69.

¹⁷⁹⁹ Cour EDH (GC), 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, *op. cit.*, § 35.

¹⁸⁰⁰ I. COSTA, « L'arrêt *Jussila* de la Cour européenne : vers une pénalisation au rabais du régime des sanctions fiscales ? », *RTDH*, 2007, n° 73, pp. 239-250, spéc. p. 246

¹⁸⁰¹ Voy. par exemple en matière de régulation financière, Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens c. Italie*, *Grande Stevens c. Italie*, n°s 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10, §§ 97-99.

¹⁸⁰² Cour EDH, 11 juin 2009, *Dubus S.A. c. France*, *op. cit.*, § 37 : La Cour observe que la requérante s'est vue infliger un blâme, sanction de nature administrative en droit interne. Toutefois, la lecture de l'article L. 613-21 du CMF démontre que la société requérante pouvait encourir une radiation et/ou une sanction pécuniaire « au plus égale au capital minimum auquel est astreinte la personne morale sanctionnée. De telles sanctions entraînent des conséquences financières importantes, et partant, peuvent être qualifiées de sanctions pénales ».

¹⁸⁰³ *Idem* (nous soulignons).

pourraient relever, alors qu'elles relèvent déjà du volet civil, du volet pénal. La Cour ne semble toutefois pas l'avoir confirmé à ce stade. Cette interprétation semble s'inscrire dans un mouvement d'une attention croissante portée par le droit, notamment procédural, à la matérialité économique. Le Conseil d'État français a ainsi récemment accepté, dans son arrêt *Fairvesta*, d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir contre des décisions juridiquement non contraignantes des autorités de régulation en raison des effets économiques qu'elles étaient susceptibles de produire sur les opérateurs et sur leur comportement¹⁸⁰⁴. Dans un cas comme dans l'autre, la normativité économique parvient à servir la normativité juridique, le droit s'adaptant à ces « nouvelles stratégies d'orientation des conduites »¹⁸⁰⁵

716. Or, cette application sélective a conduit la Cour à dégager un critère qui permet de déterminer quelles garanties sont susceptibles d'être écartées dans le cadre de ces champs nouveaux du volet pénal. Lorsqu'elle a introduit l'application différenciée dans l'arrêt *Jussila*, la Cour s'était notamment référée aux « infractions douanières » et aux « sanctions pécuniaires infligées pour violation du droit de la concurrence »¹⁸⁰⁶. Certes le critère retenu, à savoir le caractère « infâmant » des sanctions encourues, conduit à une application moins systématique que celui fondé « l'enjeu de la procédure litigieuse pour le requérant »¹⁸⁰⁷ ou sur la seule complexité des faits en cause. Ces deux critères auraient en effet probablement conduit à maintenir l'intégralité des exigences conventionnelles pour les procédures devant ou contre les décisions des autorités de régulation. Mais il ne l'exclut pas pour autant. La Cour reconnaît en effet que certaines sanctions de nature économique, comme « l'incapacité temporaire d'administrer, de diriger ou de contrôler des sociétés cotées » ou de suspension plus générale d'activité revêtent un caractère infamant pour « l'honorabilité professionnelle »¹⁸⁰⁸ des personnes sanctionnées. Dès lors, les garanties conventionnelles pourront trouver à s'appliquer en raison de la diversité des pouvoirs de sanction dont sont dotés les autorités de régulation, qui reflètent la dualité de leurs fonctions en matière économique.

¹⁸⁰⁴ CE, ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, n° 368082, cons. 4, et *Société NC Numériable*, n° 390023, cons. 5 : « ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours [pour excès de pouvoir] (...) lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ».

¹⁸⁰⁵ R. BISMUTH, « Fairvesta d'un autre point de vue. Une réflexion sur ce que 'soft law' veut dire », in P. DEUMIER, J.-M. SOREL (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, Paris, LGDJ, 2018, X-491 p., pp. 253-262, spéc. p. 259.

¹⁸⁰⁶ Cour EDH (GC), 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, *op. cit.*, § 43.

¹⁸⁰⁷ Ce facteur ne joue même pas de manière déterminante au stade des garanties ; voy. Cour EDH (GC), 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, *op. cit.*, § 44.

¹⁸⁰⁸ Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, *op. cit.*, §§ 97 et § 122.

717. Elle conduit *a priori* également à l'exclusion des actes individuels dépourvus de caractère contraignant, notamment ceux qui sont adoptés dans le cadre des fonctions de supervision des autorités de régulation. La Cour a en effet jugé que l'émission par une autorité nationale de la concurrence d'une décision déclaratoire constatant la violation des règles concurrentielles ne constitue pas une « sanction pénale » au sens de l'article 6 dans la mesure où elle n'imposait pas de sanction et où elle n'avait pour objet que de « *restore the normal market situation* »¹⁸⁰⁹ La Cour confirme donc que le champ d'application du volet pénal s'adapte à la dualité des fonctions attribuées à de nombreuses autorités de régulation. Elle a en effet jugé dans le même arrêt qu'une amende infligée à la même société en raison d'une obstruction à l'exercice par les agents de l'autorité de leurs pouvoirs d'enquête relevait, elle, du volet pénal de l'article 6 § 1¹⁸¹⁰, même si cette procédure est susceptible de constituer, en dépit de la séparation interne de ces deux fonctions, le prolongement de l'autre.

718. L'approche par la Cour des sanctions dans le domaine économique¹⁸¹¹ conduit donc à la réintégration dans le domaine pénal de sanctions qui avaient été volontairement soustraites à son empire pour des motifs d'efficacité. Ce phénomène d'adaptation/préservation est fréquent dans la jurisprudence des juridictions statuant en matière de droits fondamentaux. Le Conseil constitutionnel avait par exemple devancé – et peut-être inspiré – la Cour en ce sens, puisqu'il jugeait déjà en 1982 que l'article 8 de la DDHC¹⁸¹² « s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »¹⁸¹³. Sur le fondement de cette jurisprudence, rendue en matière fiscale, le Conseil a par la suite pu reconnaître que plusieurs dispositions du Code de commerce permettaient à l'Autorité de la concurrence d'exercer un pouvoir de sanction et par conséquent examiner leur constitutionnalité au regard du « principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense »¹⁸¹⁴. Cette logique correspond à la volonté de ne pas rendre les garanties procédurales, conventionnelles ou constitutionnelles, entièrement disponibles aux autorités exécutives ou législatives nationales.

¹⁸⁰⁹ Cour EDH, 23 octobre 2018, *Produkcija Plus Storitveno Podjetje D.O.O. c. Slovénie*, n° 47072/15, § 43.

¹⁸¹⁰ *Idem*, §§ 46-47.

¹⁸¹¹ Encore que celui-ci ne soit pas le seul concerné par ce mouvement ; voy. en matière de permis de conduire, Cour EDH (plén.), 21 février 1984, *Öztürk c. Allemagne*, n° 8544/79, Série A, n° 73, §§ 48-56.

¹⁸¹² "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ».

¹⁸¹³ Cons. const., 30 décembre 1982, n° 82-155 DC, *Loi de validation*, cons. 33.

¹⁸¹⁴ Cons. const., 12 novembre 2012, n° 2012-280 QPC, *Société Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction]*, cons. 16.

719. En plus de cette approche matérielle de la notion de sanction, la Cour a également rejeté une approche formaliste des diverses fonctions attribuées à la régulation économique.

3. La reconnaissance de la fonction répressive de la régulation économique

720. La fonction de la sanction infligée et la nature de l'infraction qui l'institue permettent en effet à la Cour d'intégrer au sein de la matière « pénale » des pans entiers des litiges en matière économique. Aux termes de la jurisprudence *Engel*, il faut en effet examiner la « nature » de l'infraction¹⁸¹⁵, ce qui implique notamment d'analyser le « but » poursuivi par elle.

721. Or, les organes de Strasbourg ont rapidement accepté d'assimiler le but poursuivi par des dispositions nationales en matière de régulation aux intérêts habituellement protégés par le droit pénal. La Commission avait par exemple très tôt estimé que les normes qui ont pour objet de « maintenir la libre concurrence » poursuivent des buts d'« intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal »¹⁸¹⁶. La Cour a récemment consacré la pénalisation conventionnelle de cette branche du droit économique en jugeant que la surveillance exercée par une autorité administrative indépendante sur les « accords restrictifs de la concurrence ainsi que sur les abus de position dominante » vise à « préserver la libre concurrence sur le marché » et relève alors « des intérêts généraux normalement protégés par le droit pénal »¹⁸¹⁷. Cette assimilation de la préservation du système économique à l'intérêt général que poursuit le droit pénal n'est d'ailleurs pas limitée au marché concurrentiel. La Cour a pareillement justifié l'applicabilité du volet de l'article 6 § 1 aux procédures fondées sur des dispositions ayant pour objet de « garantir l'intégrité des marchés financiers et à maintenir la confiance du public dans la sécurité des transactions »¹⁸¹⁸.

722. Cependant, toute procédure de régulation économique ne relève pas nécessairement du volet pénal de l'article 6, la fonction régulatrice pouvant parfois exclure la fonction répressive. Certes le cumul des finalités poursuivies par la régulation économique ne suffit pas à empêcher la qualité de sanction pénale au sens de l'article 6. Ainsi, une prérogative qui vise à la fois la

¹⁸¹⁵ Cour EDH (plén.), 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, *op. cit.*, § 82.

¹⁸¹⁶ Com. EDH, 30 mai 1991, *Société Stenuit c. France*, n° 11598/85, § 62 ; le désistement de la société requérante n'avait toutefois pas permis de connaître la position de la Cour dans cette affaire.

¹⁸¹⁷ Cour EDH, 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics SRL c. Italie*, n° 43509/08, § 40.

¹⁸¹⁸ Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, *op. cit.*, § 96.

prévention et la punition relève-t-elle de la matière pénale¹⁸¹⁹. En revanche, le caractère purement préventif ne permet pas de qualifier une mesure pénale¹⁸²⁰, la Cour s'inscrivant là encore dans une distinction communément partagée par les juridictions statuant en matière de droits fondamentaux¹⁸²¹.

723. Plus encore, les sanctions qui seraient infligées dans un but purement compensatoire ne sont pas couvertes par les garanties de l'article 6. Dans l'affaire *OooNesteSt Petersburg c. Russie*¹⁸²², la Cour a jugé en ce sens que l'article 6 n'était pas applicable dans son volet pénal puisque la décision litigieuse de l'autorité de la concurrence russe ne visait pas la sanction d'une entente ou d'abus de position dominante, mais simplement la réparation du préjudice subi par la société. Ainsi, une sanction pécuniaire correspondant à la « *confiscation of unlawfully gained profit* » ne revêt pas un caractère punitif susceptible de caractériser l'existence d'une sanction pénale. Plus précisément, la Cour a distingué la finalité des règles encadrant les monopoles comme les moyens mis en œuvre. Elle s'est ainsi appuyée sur le fait que, contrairement à la pratique commune en droit pénal, « *certain types of monopolistic behaviour may even be authorised by the State if proven to serve common good* », ce qui démontrait selon que « *freedom of market competition is a relative, situational value and encroachments on it are not inherently wrong in themselves* »¹⁸²³.

724. Cette finalité particulière se reflétait d'ailleurs selon elle dans les prérogatives octroyées à l'autorité en question s'est en outre attachée à identifier la nature des prérogatives conférées à cette fin, lesquelles s'étendaient d'un pouvoir d'avertissement à la « *compulsory division of the company* ». Selon elle, il s'agissait alors était des pouvoirs de nature purement « régulateur » - « *regulatory field* », ce qui justifiait l'exclusion de l'applicabilité du volet pénal de l'article 6. Cette exclusion des procédures jugées comme purement régulateurs n'est pas sans risque, dans la mesure où comme le souligne L. ARCELIN, elle est susceptible de conduire à l'exclusion des procédures « concertées », lesquelles conduisent pourtant à des renonciations importantes en matière procédurale¹⁸²⁴. En d'autres termes, les sanctions qui ne sont pas

¹⁸¹⁹ Cour EDH (GC), 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, n° 39652/98, CEDH 2000-X, § 39.

¹⁸²⁰ Voy. hors du contentieux économique, *idem*.

¹⁸²¹ Cons. const., 21 février 2008, n° 2008-562, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*.

¹⁸²² Cour EDH (déc.), 3 juin 2004, *OooNeste St Petersburg et autres c. Russie*, n°s 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01, 69058/01.

¹⁸²³ *Idem*.

¹⁸²⁴ L. ARCELIN, « L'alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH », *Revue Lamy de la concurrence*, 2007, n° 11, pp. 100-110.

destinées à moduler les comportements des opérateurs économiques en réprimant un comportement prohibé et en dissuadant sa répétition ne relèvent pas de l'article 6, peu important que la sanction relève par ailleurs d'un corps de règles qui ont pour objet général la régulation du système économique.

725. Cependant, la référence à la libre concurrence comme relevant des intérêts généraux normalement protégés par le droit pénal ne doit néanmoins pas s'analyser comme la promotion d'un ordre économique donné, mais au contraire comme le moyen de préserver les garanties conventionnelles vis-à-vis de l'impératif d'efficacité des régulations et réglementations économiques. Certes, cette assimilation participe indirectement à une certaine légitimation par le discours des ordres économiques constatés. Elle ne conduit pas à en postuler la validité, ni à en déterminer le contenu, mais au contraire à neutraliser la vocation hégémonique de tout discours ou de tout régime qui s'appuieraient sur eux. La réception « nuancée »¹⁸²⁵ de cette jurisprudence par le juge de l'Union en témoigne. La Cour de justice s'appuie en effet, à tort¹⁸²⁶, sur ce que la Commission ne serait pas un « tribunal » pour refuser l'applicabilité de l'article 6 § 1 aux procédures concurrentielles conduites par la Commission¹⁸²⁷, mais également pour justifier l'application de l'article 41 de la Charte au lieu de l'article 47¹⁸²⁸. Pourtant, à l'inverse de ce qui se passe pour la Convention, les dispositions du droit primaire comme du droit dérivé de l'Union visent, plus ou moins directement, l'ordre économique concurrentiel. En évitant ainsi de tirer les conséquences de la « coloration » pénale du droit de la concurrence et de pouvoirs attribués à la Commission, la Cour de Luxembourg légitime davantage que la Cour EDH l'ordre concurrentiel, dans son fondement comme dans son contenu. L'absence de consensus sur un ordre économique donné au sein du mécanisme conventionnel semble ainsi permettre une intégration plus libre par la Cour de Strasbourg, et montre ainsi que le fait que la Convention n'ait pas été pensée comme un instrument à objet économique est probablement davantage un facteur de liberté que de restriction de ce point de vue.

¹⁸²⁵ M. CRESPIY-DE CONINCK, *Recherches sur la singularité du contentieux de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2017, X-915 p., spéc. p. 326.

¹⁸²⁶ Voy. en ce sens L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 354-358.

¹⁸²⁷ CJCE, 29 octobre 1980, *Fedetab c. Commission*, n° 209/78, § 81.

¹⁸²⁸ CJUE, 11 juillet 2013, *Ziegler SA c. Commission*, C-439-111, § 154 ; l'article 41 de la Charte consacre « le droit à une bonne administration », tandis que l'article 47 consacre lui le droit à un recours effectif et à un procès équitable. Si le contenu des deux garanties coïncide en partie, il n'en reste pas moins que celui de l'article 41 confère un standard de protection moins intense, notamment parce qu'il ne constitue pas systématiquement une règle conférant des droits aux particuliers ; voy. F. TULKENS, « Article 41 », in F. PICOD (dir.), *Charte des droits Fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, *op. cit.*, pp. 873-891, spéc. p. 881.

726. Cette liberté est cependant également susceptible de se traduire par des hésitations, ou des fluctuations, en fonction d'éléments externes à la Cour, comme cela a été le cas au regard du principe particulier de *non bis in idem*.

§2. L'instabilité du champ d'application de *non bis in idem* en matière économique

727. Le principe *non bis in idem* est controversé dans le cadre du Conseil de l'Europe. Celui-ci n'est à jour pas ratifié par trois États, pas même signé par le Royaume-Uni, est assorti de trente-trois « déclarations »¹⁸²⁹ et fut frappé de plusieurs réserves¹⁸³⁰ même si celles-ci étaient historiquement davantage motivées par un contentieux plus disciplinaire¹⁸³¹ qu'économique. L'invalidation de la réserve italienne en la matière a été abondamment commentée, aussi bien que le régime matériel qu'il renferme, par les auteurs spécialisés en matière fiscale, économique et financière¹⁸³². Comme le souligne L. Milano, l'enjeu est important en raison de la différence d'intensité des contrôles effectués sur le fondement de l'article 4 du Protocole 7. En effet, l'article 6 donne lieu à un contrôle « global », et « n'oblige pas les États à appliquer les garanties du procès équitable dès la phase d'infliction des sanctions administratives »¹⁸³³. Cela découle de ce que l'article 4P7, comme d'autres droits construits sur un modèle « absolu », voit se confondre la question de son champ d'application et celle de son respect. En d'autres termes, si les conditions d'application du principe sont réunies, une violation devrait en principe être *ipso facto* constatée¹⁸³⁴. Or, si la Cour avait dans un premier temps adopté une position qui conduisait à banaliser le champ d'application du régime des mécanismes punitifs de l'État en matière économique (A), la jurisprudence de l'arrêt *A et B c. Norvège* a montré que l'adaptation peut provenir de la réaction des États parties, qu'il s'agisse des gouvernements ou des juridictions (B).

¹⁸²⁹ Au 18 juin 2019, les 45 ratifications étaient toujours assorties de 30 déclarations.

¹⁸³⁰ Certes ont en effet été invalidées par la Cour, d'autres ayant par la suite été retirées.

¹⁸³¹ France Dummond rapporte en effet que le gouvernement français avait, devant le Sénat, incité à l'adoption de la loi de ratification en notant que la disposition « ne vis[ait], pour le Gouvernement français, que les infractions des tribunaux statuant en matière pénale, et ne peut couvrir le domaine disciplinaire » ; F. DUMMOND, *Bulletin Joly Bourse*, 2014, n° 111, p. 605.

¹⁸³² Voy. entre autres : J. CHACORNAC, « Interprétation du principe *non bis in idem* confirmée par la Cour de Strasbourg : la fin annoncée de la répression des infractions boursières », *Bulletin Joly Bourse*, 2014, n° 4, pp. 209-211 ; P.-Y. BREARD, « Haro sur la double répression administrative et pénale des infractions boursières », *Banque*, 214, n° 774, pp. 70-73 ; G. ECKERT, « Vers l'interdiction des poursuites administratives et pénales », *Revue juridique de l'Économie publique*, 2014, n° 724, pp. 31-35.

¹⁸³³ L. MILANO, « L'arrêt A et B c. Norvège, entre clarifications et nouvelles interrogations sur le principe non bis in idem », *RTDH*, 2018, n° 114, pp. 467-484, spéc. p. 472.

¹⁸³⁴ Pour certains, seule la condition « idem » est une condition d'applicabilité, tandis que celle du « bis » est celle de l'application ; L. MILANO, « L'arrêt A et B c. Norvège, entre clarifications et nouvelles interrogations sur le principe non bis in idem », *op. cit.*, p. 473.

A. L'intégration de l'action économique par l'adaptation maîtrisée du champ d'application

728. Initialement, l'approche factuelle du « *idem* » retenue par la Cour avait permis de dépasser l'éclatement dans les ordres nationaux des dispositions qui encadrent le comportement des acteurs économiques entre les disciplines pénales et le reste des disciplines juridiques (1). Corrélativement, la notion de « *bis* » permettait d'échapper à la diversification organique des autorités chargées de le mettre en œuvre comme celle de leurs prérogatives (2).

1. L'approche factuelle du *idem*

729. En retenant une approche matérielle plutôt que formelle de la notion « *idem* », la Cour a pu s'extraire de la compartimentation, voire à la duplication, des corpus juridiques qui ont vocation à encadrer la vie économique. Il est de plus en plus fréquent, en effet, que des comportements similaires de la part des acteurs économiques fassent l'objet d'encadrement à la fois par des dispositions qui relèvent du droit économique ou du droit fiscal, et du droit pénal¹⁸³⁵. Cette interprétation s'appuyant sur la classification ou l'appréhension des comportements litigieux laissait aisément place au cumul de corpus en matière économique. La Cour s'était ainsi parfois appuyée sur ce que les éléments constitutifs de l'infraction n'étaient pas exactement les mêmes. Ainsi, elle avait jugé que le principe *non bis in idem* n'était pas violé en cas de cumul de sanction fiscale et de sanction pénale pour fraude fiscale dans la mesure où le délit pénal incluait un élément moral étranger à son pendant fiscal¹⁸³⁶. Plus explicitement encore, la Cour avait admis, en matière de contrebande, la licéité du « concours idéal de qualifications » en vertu duquel « un fait pénal se décompos[ait] en deux infractions distinctes : un délit pénal général et un délit douanier »¹⁸³⁷. La Cour avait maintenu cette solution au sujet de poursuites ayant pour objet l'exploitation d'appareils de jeu¹⁸³⁸, que n'avait pas modifié l'introduction du critère des « éléments essentiels » dans l'arrêt *Franz Fischer*,

¹⁸³⁵ J. LELIEUR-FISCHER, *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*, thèse, Paris 1, 2005, 672 p., spéc. p. 44.

¹⁸³⁶ Cour EDH (déc.), 14 décembre 1999, *Ponsetti et Chesnel c. France*, n° 36855/976, CEDH 1999-VI § 5.

¹⁸³⁷ Cour EDH, 2 juillet 2002, *Götkan c. France*, n° 33402/96, CEDH 2002-V § 50.

¹⁸³⁸ Cour EDH (déc.), 24 juin 2003, *Gauthier c. France*, n° 61178/00, § 2 : « un fait unique a donné lieu à plusieurs infractions distinctes : un délit pénal général (sanctionné par une peine d'emprisonnement de six mois avec sursis) et divers délits fiscaux et douaniers (sanctionnés par des amendes, pénalités, confiscation des recettes et des appareils, et paiement de l'impôt dû). L'on peut donc admettre qu'il s'agit, comme dans les affaires *Oliveira* et *Götkan* précitées, d'un concours idéal de qualifications » (références omises).

puisqu'elle conduisait notamment toujours à distinguer selon la fonction remplie par chacune des sanctions¹⁸³⁹, ou encore selon le fondement de l'infraction¹⁸⁴⁰. La Cour acceptait donc, en interprétant de manière formelle et par référence au droit national l'exigence du « *idem* », le cumul des appareils répressifs en matière économique.

730. En tranchant par la suite « en faveur de l'identité des faits »¹⁸⁴¹, ou *idem factum* dans l'arrêt *Zolotoukhine*¹⁸⁴², elle a au contraire permis un encadrement plus important de ce type de cumul. Rendu en dehors de la matière économique, puisqu'il concernait le domaine disciplinaire, l'arrêt a cependant permis d'intégrer progressivement les contentieux fiscal et régulateur. En particulier, sous l'influence de l'approche régulateur, de nombreux pans de l'activité économique ont été « dépenalisés ». Cette dépenalisation s'est toutefois souvent traduite non pas par une disparition des infractions correspondant aux actions sanctionnées sur le fondement de dispositions non pénales, mais par l'addition des deux corpus¹⁸⁴³. Souvent, leur coexistence se caractérise par l'existence d'un élément moral, ou par les effets de la conduite réprimée sur le marché. En ce sens, l'affaire *Grande Stevens* concernait les opérations d'initié sur les marchés financiers. La Cour avait en l'espèce été saisie par plusieurs opérateurs qui avaient fait l'objet de procédures devant l'autorité boursière italienne puis devant les juridictions pénales. L'État défendeur faisait valoir que les éléments constitutifs des fondements des deux poursuites étaient différents pour deux raisons. Elle supposait en effet « un dol » et « la capacité des informations fausses ou trompeuses diffusées à produire une altération significative des marchés financiers »¹⁸⁴⁴, alors que l'infraction administrative était entièrement objective. De fait, la Cour va relever que la procédure administrative avait eu pour objet la seule absence de mention dans un communiqué d'un projet avancé de renégociation, tandis que les

¹⁸³⁹ Cour EDH, 14 septembre 2004, *Rosenquist c. Suède*, n° 60619/00 : une majoration d'impôt a pour déclaration erronée a pour objet de « *secure the fundament of the national tax system* » et pour « *ensuring efficient compliance by millions of tax subjects with their fundamental duty to provide extensive and accurate factual information and material for their tax assessment* », tandis que l'infraction pénale en revêt un but essentiellement punitif.

¹⁸⁴⁰ Voy. par exemple Cour EDH, 8 avril 2003, *Manasson c. Suède*, n° 41265/98 : une majoration d'impôt du fait de la soumission d'informations incorrectes au fisc constitue un élément essentiel qui diffère de l'amende infligée pour non-respect de l'obligation générale de rentrer les « *relevant business events in the books* ».

¹⁸⁴¹ M. HANSPETER, « Ne bis in idem : Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits », *RTDH*, 2009, n° 79, pp. 867-881.

¹⁸⁴² Cour EDH (GC), 10 février 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, n° 14939/03, CEDH 2009, § 82 : « [e]n conséquence, l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes ».

¹⁸⁴³ C'est par exemple le cas en France en droit de la concurrence. L'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 a certes largement soustrait le droit de la concurrence au droit et à la compétence pénale, mais elle a laissé subsister certaines infractions

¹⁸⁴⁴ Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens c. Italie*, *op. cit.*, § 217.

juridictions pénales avaient sanctionné le fait que les requérants avaient « déclaré, dans les mêmes communiqués, qu'Exor n'avait ni entamé ni étudié d'initiatives (...) afin d'éviter une probable chute des actions FIAT »¹⁸⁴⁵. En prenant appui sur *l'idem factum*, la Cour jugea qu'il « s'agissait clairement d'une seule et même conduite de la part des mêmes personnes à la même date »¹⁸⁴⁶.

731. Cette approche, matérielle, permettait en effet de dissocier le principe *non bis in idem* des fonctions attribuées aux diverses procédures en matière économique. Sans impliquer que tout cumul de procédures ayant trait à des obligations présentant un lien entre elles¹⁸⁴⁷, le seul fait que la finalité économique des dispositions différentes n'empêche pas l'applicabilité de *non bis in idem*. Le principe interdit alors l'application cumulative de dispositions douanières ayant pour objet d'assurer le paiement des impôts et d'autres qui avaient pour objet de sanctionner le délit de contrebande¹⁸⁴⁸. Comme le notait F. Tulkens, le choix entre *l'idem factum* et *l'idem légal*, comme d'ailleurs l'approche matériel, revient à prendre « nécessairement parti soit pour la protection accrue des personnes, soit pour les intérêts de la répression et de l'administration de la justice »¹⁸⁴⁹.

732. Ici encore, la logique d'adaptation n'est pas systématique et relève d'un choix d'interprétation en fonction des intérêts en présence, la Cour pouvait préférer s'en tenir à une interprétation plus « légaliste » lorsque cela lui paraît davantage justifié. Ainsi, elle a préféré maintenir une approche formelle au sujet de la condition *ratione personae* de *non bis in idem*. Dans l'affaire *Haralambidis et autres*, deux sociétés qui avaient été sanctionnées après l'acquiescement de leur directeur général ne pouvaient se prévaloir du principe *non bis in idem* puisqu'elles n'avaient pas été parties aux poursuites pénales¹⁸⁵⁰ alors même que les faits incriminés étaient l'importation de biens en leur nom. Les faits d'espèce pouvaient laisser planer le doute, puisque la création de l'une des sociétés faisait partie de l'opération de fraude

¹⁸⁴⁵ *Idem*, §§ 225-226.

¹⁸⁴⁶ *Idem*, § 227.

¹⁸⁴⁷ Peu après l'arrêt *Grande Stevens*, la Cour a jugé en matière fiscale que l'obligation générale de tenir une comptabilité aya nt pour objet un comportement différent de celle imposant aux professionnels de fournir les éléments pertinents permettant l'établissement de leur impôt ; Cour EDH, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Suède*, n° 7356/10, § 55.

¹⁸⁴⁸ Cour EDH, 30 mai 2015, *Kapetanios et autres c. Grèce*, n°s 3453/12 *et al.*, comp. §§ 59 et 68.

¹⁸⁴⁹ F. TULKENS, « Non bis in idem. Un voyage entre Strasbourg et Luxembourg », *Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme, Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2014, 830 p., pp. 729-748, spéc. p. 739.

¹⁸⁵⁰ Cour EDH (déc.), 23 mars 2000, *Haralambidis, Haralambidis-Liberpa S.A. et Liberpa Ltd c. Grèce*, n° 36706/97, § 4.

entreprise par le premier requérant. La Cour a pourtant par la suite confirmé cette décision au sujet d'une hypothèse plus traditionnelle. Le requérant, unique associé et dirigeant d'une société, avait été condamné pour détournement de fonds, fausses écritures comptables, fraude à la TVA ainsi que pour fraude fiscale au bénéfice de la société, puis avait subi une majoration de ses impôts à titre personnel. La Cour a alors rejeté la requête comme manifestement mal-fondée dans la mesure où les premiers comportements condamnés pénalement avaient bénéficié à sa société tandis que ceux sanctionnés administrativement par la majoration lui avaient bénéficié personnellement¹⁸⁵¹.

733. Cette approche large de « *l'idem* » était initialement confortée par l'approche matérielle du « *bis* ».

2. L'approche harmonieuse du « *bis* »

734. Le principe « *non bis in idem* », tel qu'il est formulé à l'article 4 du Protocole n° 7, proscriit la réouverture de poursuites ou l'infliction de punitions à partir du moment où l'individu a déjà été « acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État ». La condition relative au champ territorial du « *bis* » étant explicite et ne prêtant guerre à des difficultés¹⁸⁵², la plupart des contentieux en matière économique portaient sur la question de savoir si une nouvelle procédure ou sanction à caractère pénal avait déjà été infligée¹⁸⁵³. L'article 4P7 prohibe en effet l'introduction de nouvelles poursuites ou punitions pour une infraction pour laquelle un individu a « déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et la procédure pénale » de l'État défendeur.

735. Or, la Cour avait en effet jugé que l'existence d'un « jugement définitif » devait être interprétée de manière cohérente avec sa jurisprudence relative à la détermination de l'existence

¹⁸⁵¹ Cour EDH (déc.), 2 octobre 2003, *Isaksen c. Norvège*, n° 13596/02 : « [i]t notes in particular that the applicant's indictment and conviction under Chapter 12 related to tax advantages benefiting *Walhalla Bensin og Washman AS*, whereas the tax surcharges were imposed on account of tax advantages benefiting the applicant personally. Although there was a close nexus between the company's and his own tax evasion, the sanctions concerned two distinct legal entities » (nous soulignons).

¹⁸⁵² La Cour a ainsi constamment rappelé que le principe non bis in idem est, dans le cadre conventionnel, restreint aux poursuites et condamnation au sein d'un même État ; Cour EDH (déc.), 20 février 2018, *Krombach c. France*, n° 67521/14, §§ 37-41.

¹⁸⁵³ Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, *op. cit.*, § 222.

d'une « sanction pénale » au » sens de l'article 6 comme de l'article 7. Ayant affirmé à plusieurs reprises que « la notion de peine ne saurait avoir des acceptions différentes selon les dispositions conventionnelles »¹⁸⁵⁴, la Cour a pu transposer la notion de « peine » au sens de l'article 7 pour juger que l'ouverture de poursuites suite à une contrainte par corps relevait du champ d'application de l'article 4P7¹⁸⁵⁵. De la même manière, la Cour s'est contentée de relever dans l'affaire *Grande Stevens* que la sanction prononcée par l'autorité de régulation boursière italienne constituait une « sanction » au sens de l'article 6 pour juger qu'il existait un premier « jugement définitif » ayant condamné les requérants, notamment lorsque les voies de recours juridictionnelles à leur encontre avaient été épuisées. À l'inverse, l'inapplicabilité du volet pénal de l'article 6, malgré l'applicabilité du volet civil, à une procédure devant un organisme professionnel ayant conduit à l'infliction d'une sanction entraîne *ipso facto* l'inapplicabilité de l'article 4P7¹⁸⁵⁶. Cette harmonie se déploie cependant principalement au sein d'une même décision. C'est ce qui explique que la radiation de l'ordre d'une profession réglementée et l'interdiction à vie de s'y réinscrire en conséquence d'une première condamnation pénale ne soit pas régie par l'article 4P7 si la Cour a préalablement préféré nier le caractère de sanction pénale au sens de l'article 6 § 1¹⁸⁵⁷. En sens inverse, la qualification de « sanction pénale » peut d'abord être opérée au regard de l'article 4P7 et rejaillir ensuite sur l'applicabilité de l'article 6. Dans l'affaire *Sismanidis et Sitaridis*, par exemple, la Cour s'est d'abord prononcée sur la nature pénale d'une amende douanière. Pour ce faire, elle a eu recours aux critères dégagés dans l'arrêt *Engel* tels qu'interprétés par l'arrêt *Jussila*¹⁸⁵⁸, en relevant notamment que l'amende qui avait été infligée au requérant était sévère et aurait pu l'être davantage au regard du plafond établi par le droit interne¹⁸⁵⁹.

736. Cette indépendance signifie enfin que l'application de l'article 4P7 ne dépend pas de l'articulation temporelle entre les procédures administratives et pénales. L'enjeu est d'autant plus important que cela reviendrait à permettre à l'État de décider du champ d'application des

¹⁸⁵⁴ Cour EDH, 2 juillet 20002, *Göktan c. France*, *op. cit.*, § 48.

¹⁸⁵⁵ *Idem.*

¹⁸⁵⁶ Cour EDH, 13 septembre 2016, *Biagioli c. Saint-Marin*, n° 64735/14, § 75.

¹⁸⁵⁷ Cour EDH, 4 juin 2019, *Rola c. Slovénie*, n°s 12096/14 et 39335/16, § 90.

¹⁸⁵⁸ Cour EDH, 9 juin 2016, *Sismanidis et Sitaridis c. Grèce*, n°s 66602/09 et 71879/12, § 31.

¹⁸⁵⁹ *Idem.*, § 34 : « La Cour estime utile sur ce point de noter que l'amende en cause imposée au premier requérant correspondait au double des taxes et droits de douane dues et s'élevait à l'équivalent de plusieurs milliers d'euros. Partant, l'amende était, par son montant, d'une sévérité indéniable, entraînant pour le premier requérant des conséquences patrimoniales importantes (...) En l'occurrence, la disposition pertinente du Code des douanes prévoyait que l'amende imposée pouvait atteindre le décuple de la somme faisant l'objet de la taxe fiscale ou douanière due. Si tel avait été le cas en l'espèce, il est évident que les répercussions sur la situation patrimoniale du premier requérant auraient été encore plus graves ».

garanties. Dans l'arrêt *Franz Fischer*, rendu en matière de salubrité publique, la Cour a clairement affirmé que « *the question whether or not the non bis in idem principle is violated concerns the relationship between the two offences at issue and can, therefore, not depend on the order in which the respective proceedings are conducted* »¹⁸⁶⁰. Cette assertion, qui a été confirmée en matière fiscale¹⁸⁶¹ comme en matière boursière¹⁸⁶², est particulièrement importante en matière économique, puisque les procédures pénales peuvent dépendre, matériellement ou juridiquement, des procédures administratives. C'est ainsi le cas en droit fiscal français, dans lequel une procédure pénale ne pouvait être engagée qu'à la condition qu'elle ait été transmise par les autorités fiscales¹⁸⁶³.

B. La redécouverte de la spécificité de l'action économique par la proportionnalisation du principe

737. Pourtant, la Cour a par la suite considérablement adapté le champ d'application du principe face à ces dispositions mixtes sur le fondement des leurs avantages supposés. Cette redécouverte montre que l'origine de l'adaptation peut être externe, puisqu'elle a été fortement influencée par les autorités nationales (1)¹⁸⁶⁴, et elle s'est traduite par le recours à un raisonnement de type proportionnel permettant d'intégrer les considérations économiques qui en dessinent les contours (2).

1. Une redécouverte influencée par les autorités nationales

738. Le raisonnement et la solution retenus dans l'arrêt *Grande Stevens*, qualifié de « séisme »¹⁸⁶⁵, avaient connu une « vitalité »¹⁸⁶⁶ nouvelle en matière économique. Il avait également eu un retentissement important en droit positif. L'exemple français suffit à s'en convaincre. Le Conseil constitutionnel, dans une volonté d'harmonisation avec la Cour de

¹⁸⁶⁰ Cour EDH, 29 mai 2001, *Franz Fischer c. Autriche*, n° 37950/97, § 29.

¹⁸⁶¹ Cour EDH (GC), 15 novembre 2016, *A et B c. Norvège*, *op. cit.*

¹⁸⁶² Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, *op. cit.*

¹⁸⁶³ Il résulte en effet des articles 1741 du CGI et L 228 du Livre des procédures fiscales qu'une procédure pénale ne peut être engagée que sur le fondement d'une plainte de l'administration ; la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 n'a fait que rendre obligatoire le dépôt de plainte par l'administration dans certaines circonstances.

¹⁸⁶⁴ Entendues dans un sens générique, c'est-à-dire comme incluant les autorités exécutives et juridictionnelles.

¹⁸⁶⁵ Th. BONNEAU, « Haro sur le cumul des poursuites administrative et pénale », *Bulletin Joly Bourse*, 2015, n° 5, p. 204-209.

¹⁸⁶⁶ J.-P. MARGUÉNAUD, « L'affirmation du principe de non-cumul des sanctions administratives en matière économique », *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 2015, n° 1, pp. 169-174, spéc. p. 169.

Strasbourg, avait déclaré inconstitutionnelles les dispositions incriminant le délit et le manquement d'initié dans sa décision *John L*¹⁸⁶⁷. Même s'il refuse d'en reconnaître expressément la valeur¹⁸⁶⁸, le Conseil a donc contraint, sous l'influence de la Cour EDH, le législateur à adopter une nouvelle loi dans la discussion de laquelle le rapporteur se réfère expressément à la décision comme l'un des fondements de la nécessité d'adopter une nouvelle loi¹⁸⁶⁹.

739. Les réactions à l'application « stricte » du principe par la Cour étaient indéniables, si l'on en croit le nombre de gouvernements qui sont intervenus à l'instance¹⁸⁷⁰. La décision de la Cour n'était pourtant pas isolée. La Cour de justice de l'Union avait certes refusé de condamner le principe d'une « combinaison de sanctions fiscales et pénale » dans la mesure où elle permettait « de garantir la perception de l'intégralité des recettes provenant de la TVA et ce faisant, la protection des intérêts financiers de l'Union »¹⁸⁷¹. Elle avait toutefois, contrairement aux recommandations de son avocat général, refusé de retenir une conception souple du principe et au contraire réaffirmé que lorsque la sanction fiscale revêtait un caractère pénal et qu'elle était devenue définitive, l'article 50 de la Charte s'opposait « à ce que des poursuites pénales pour les mêmes faits soient diligentées contre une même personne »¹⁸⁷², ce que la Cour EDH avait d'ailleurs mobilisé pour justifier sa propre solution¹⁸⁷³.

740. Pourtant, la Cour va opérer un net infléchissement¹⁸⁷⁴ de sa solution avec l'arrêt *A. et B c. Norvège*, qui est en grande partie fondé sur un phénomène de résistance au niveau national. Beaucoup d'auteurs ont en effet relevé que le Conseil constitutionnel avait d'une certaine

¹⁸⁶⁷ Cons. const., 18 mars 2015, n^{os} 2014-453/454 et 2015-462 QPC, *John L et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites en manquement d'initié]*.

¹⁸⁶⁸ Il ne se réfère en effet qu'au principe de nécessité des délits et des peines et de proportionnalité des peines ; idem, cons. 19 ; voy. encore récemment, Cons. const., 23 novembre 2018, n^o 2018-745 QPC, *M. Thomas T. et autres [pénalités fiscales pour omission déclarative et sanctions pénales pour fraude fiscale]*, cons. 6.

¹⁸⁶⁹ Le rapporteur de l'Assemblée nationale comportait ainsi une section intitulée « Les récentes évolutions jurisprudentielles imposent une mise en conformité de notre droit interne avec le droit européen et la constitution » ; D. BAERT, « Rapport au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur la proposition de loi, après engagement de la procédure accélérée, réformant le système de répression des abus démarchés (n^o 3601) », 30 mars 2016, 132 p., spéc. pp. 33-37.

¹⁸⁷⁰ Ils étaient au nombre de six.

¹⁸⁷¹ CJUE (GC), 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, § 34.

¹⁸⁷² *Idem*.

¹⁸⁷³ Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, *op. cit.*, § 229.

¹⁸⁷⁴ Il nous semble ainsi excessif de considérer que l'arrêt ne fait que reprendre des solutions antérieures ; l'idée de lien temporel étroit existait déjà dans la jurisprudence de la Cour ; dans l'arrêt *Chambaz c. Suisse* par exemple, il avait été mobilisé dans le cadre de l'article 6 et pour en faire rétroagir les garanties sur la phase administrative, non pour en exclure le jeu ; voy. néanmoins en ce sens, B. VERGNET, « Articulation des procédures fiscale et pénale : une symphonie inachevée », *Droit fiscal*, 2019, n^o 11, p. 200.

manière infléchi sa propre position en matière de délits d'initiés. Il avait en effet accepté de reconnaître une identité de fonction au délit d'initié, confié au juge pénal, et au manquement d'initié, confié à l'AMF. Selon lui, les deux dispositions protégeaient les mêmes intérêts sociaux », à savoir « la protection du bon fon fonctionnement et de l'intégrité des marchés financiers » au moyen de la répression des atteintes ainsi « portées à l'ordre public économique »¹⁸⁷⁵. Pourtant, peu de temps après, en matière fiscale, justifié un retour à une interprétation plus limitée du principe de légalité des délits et des peines. La Cour de justice, comme la Cour EDH, avait refusé d'adapter le contenu du principe, et elles s'étaient contentées de juger que les impératifs de lutte contre la fraude, ou de protection de l'ordre public économique, permettaient une combinaison de sanctions mais uniquement dans la mesure où la première n'était pas de nature pénale. Au contraire, le Conseil va juger pour sa part que « [l]e recouvrement de la nécessaire contribution publique et l'objectif de la lutte contre la fraude fiscale *justifient* l'engagement de procédures complémentaires dans les cas des fraudes les plus graves »¹⁸⁷⁶ et que le cumul était permis au nom de l'effectivité de la politique ainsi menée¹⁸⁷⁷ sous réserve de l'examen de plusieurs critères.

741. Or, la motivation retenue par la Grande Chambre dans *l'arrêt A et B c. Norvège* pour infléchir la solution révèle une « « proximité évidente »¹⁸⁷⁸ avec les décisions du Conseil et qu'elle a été sensible à cet impératif d'efficacité. Celui-ci avait été soulevé tant par le gouvernement défendeur¹⁸⁷⁹, que par les gouvernements français¹⁸⁸⁰ et tchèque, celui-ci revendiquant clairement que l'intérêt de la procédure administrative ait l'application moins

¹⁸⁷⁵ Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014/453 et 454 QPC, *John L. et autres*, Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014/453 et 454 QPC, *John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]*, cons. 21.

¹⁸⁷⁶ Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, *Alex W et autres [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale]*, cons. 20.

¹⁸⁷⁷ *Idem*, cons. 21 : « Le principe de nécessité des délits et des peines ne saurait interdire au législateur de fixer des règles distinctes permettant l'engagement de procédures conduisant à l'application de plusieurs sanctions afin d'assurer une répression effective des infractions ».

¹⁸⁷⁸ L. AYRAULT, « Chronique de droit fiscal européen des droits de l'homme », *Revue de droit fiscal*, 2017, n° 9, p. 191.

¹⁸⁷⁹ *Idem*, § 82 : Le Gouvernement dit que *l'impératif d'efficacité dans le traitement des affaires milite souvent en faveur de la conduite de procédures parallèles*. D'une part, grâce à leurs connaissances spécialisées et à leurs moyens, les autorités administratives seraient souvent à même d'imposer des sanctions plus rapidement que le parquet et les tribunaux dans le cadre d'une procédure pénale. Vu que leur action englobe l'ensemble des administrés, elles seraient en outre mieux placées pour veiller à l'égalité dans la sanction des infractions. La prévention des infractions graves, en revanche, imposerait de ne pas interdire à l'État d'en poursuivre et punir les auteurs dans le cadre traditionnel et formel d'un procès pénal dès lors que les procédures administratives et pénales mettent au jour des infractions plus graves et plus complexes que celles qui ont motivé à l'origine la procédure et la sanction administratives » (nous soulignons).

¹⁸⁸⁰ *Idem*, § 96 : « En conclusion, selon le gouvernement français, la complémentarité entre les procédures pénales et les procédures fiscales est essentielle pour la répression des fraudes les plus graves ».

rigoureuse du procès équitable de manière à garantir l'objectif de la lutte contre la fraude fiscale¹⁸⁸¹. Saisie de la question de poursuites administratives et pénales en la matière, elle a en effet jugé que « [l']article 4 du Protocole no 7 ne saurait avoir pour effet d'interdire aux États contractants d'organiser leur système juridique de manière à permettre la majoration à un taux standard d'impôts illégalement impayés – quand bien même une telle mesure serait qualifiée en elle-même de « pénale » pour les besoins des garanties d'équité du procès prévues dans la Convention – aussi dans les cas plus graves où il y aurait peut-être lieu de poursuivre l'auteur du *méfait parce qu'un élément non retenu dans la procédure « administrative » en recouvrement des impôts, par exemple un comportement frauduleux, s'ajouterait au défaut de paiement* »¹⁸⁸².

742. Elle a d'ailleurs conforté cette solution en affirmant que « [l']État doit avoir la faculté d'opter pour la conduite des procédures progressivement si ce procédé se justifie par un souci d'efficacité et de bonne administration de la justice »¹⁸⁸³. Au nom de l'impératif d'efficacité¹⁸⁸⁴, la Cour réintroduit alors le critère tenant à l'élément constitutif distinct qu'elle avait pourtant expressément rejeté¹⁸⁸⁵. Elle introduit également des qualificatifs différents entre les différentes garanties procédurales, puisque deux procédures ou sanctions pourront être qualifiées de « pénale » au sens de l'article 6 de la Convention sans pour autant conduire à un constat de violation sur le fondement de l'article 4P7.

743. Les modalités de la modification du principe traduisent également l'intégration de cet impératif d'efficacité, et entraînent l'intégration d'une logique de proportionnalité.

¹⁸⁸¹ Voy. en effet : « le gouvernement tchèque avance quatre arguments en faveur du maintien de systèmes mixtes de sanction (...) 2) alors que la procédure pénale *stricto sensu* doit respecter des garanties rigoureuses en matière d'équité du procès, les sanctions administratives doivent répondre à des exigences de célérité et permettre d'assurer 3) la stricte application du principe *non bis in idem* à des procédures fiscales et pénales menées en parallèle pourrait faire échouer la lutte contre la criminalité organisée à grande échelle si la première décision, en général administrative, devait empêcher la tenue d'une enquête pénale de nature à conduire à la découverte de réseaux de fraude organisée, de blanchiment d'argent et de détournement de fonds » (Cour EDH (GC), 15 décembre 2016, *A et B c. Norvège*, *op. cit.*, § 95).

¹⁸⁸² *Idem*, § 123 (nous soulignons) ; elle est encore plus explicite par la suite, puisqu'elle affirme que « Toutefois, ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus (notamment aux paragraphes 111 et 117 à 120), l'article 4 du Protocole no 7 n'exclut pas la conduite de procédures mixtes, même jusqu'à leur terme, pourvu que certaines conditions soient remplies ».

¹⁸⁸³ *Idem*, § 134.

¹⁸⁸⁴ Voy. par exemple F. LAFAILLE, « Une critiquable lecture du principe *non bis in idem* au nom du 'souci d'efficacité' », *Lexbase Hebdo*, 2016, n° 679.

¹⁸⁸⁵ Le juge Pinto de Albuquerque note ainsi dans son opinion séparée que la jurisprudence de la Cour revient à restreindre « l'*idem factum* par le critère du *bis* », §§ 50 et s.

2. Une redécouverte fondée sur la proportionnalité

744. L'adaptation ne se traduit pas par la disparition de toute effectivité du principe, celui-ci étant encore susceptible de fonder une condamnation, notamment lorsque le lien temporel fait défaut¹⁸⁸⁶. Néanmoins, le fait de reconnaître qu'une première sanction revêt une nature « pénale » au sens de l'article 6 n'implique plus qu'il y ait pour autant eu une « répétition » – un « *bis* » – du fait de l'ouverture de nouvelles poursuites. La Cour juge en effet que pour la « convaincre de l'absence de répétition de procès ou de peines », l'État doit établir qu'il existe un « lien matériel et temporel suffisamment étroit » entre les deux procédures, auquel cas elles seront jugées comme constituant « un tout cohérent »¹⁸⁸⁷. Pour établir l'existence d'un lien matériel suffisant, la Cour affirme qu'il faut examiner la complémentarité des buts poursuivis par les différentes procédures et s'ils concernent « des aspects différents de l'acte préjudiciable, la prévisibilité de la mixité des procédures, la coordination entre les autorités et procédures, et, « surtout », la prise en considération dans le cadre de la seconde procédure de la sanction imposée au terme de la première¹⁸⁸⁸.

745. Or, les critères pour établir l'existence d'un lien matériel conduisent à la fois à nier l'identité des fonctions poursuivies par les diverses dispositions et à introduire un rapport de proportionnalité auquel l'article 4P7, en tant que droit insusceptible de dérogation, devrait échapper¹⁸⁸⁹. En effet, elle conduit à faire dépendre l'application du principe de ses conséquences concrètes pour le requérant, dans une logique de proportionnalité à laquelle un droit absolu devrait en principe échapper.

746. D'une part, la qualification du but poursuivi est proportionnelle à l'intensité de la sanction infligée. Selon la Cour en effet, moins celle-ci est sévère, « moins il y a de chances qu'elle fasse peser une charge disproportionnée à l'accusé ». Dans le cas inverse, cela la rapprochera « d'une procédure pénale ordinaire » et « les finalités sociales poursuivies par la punition du comportement fautif (...) risquent de se répéter au lieu de se compléter »¹⁸⁹⁰. Cette corrélation pourrait être interprétée, comme l'avance la Cour, comme étant cohérente avec

¹⁸⁸⁶ Cour EDH, 18 mai 2017, *Johannesson et autres contre Islande*, n° 22007/11, § 54.

¹⁸⁸⁷ *Idem*, § 130.

¹⁸⁸⁸ *Idem*, § 132.

¹⁸⁸⁹ Outre le fait qu'aucune clause d'ordre public ne figure au sein de l'article, son § 3 énonce qu' « aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention ».

¹⁸⁹⁰ *Idem*, § 133.

l'identification des fonctions de la sanction infligée en matière économique pour déterminer si cela constitue une sanction pénale. Pourtant, cela signifie dans le cadre de *non bis in idem* qu'un régime de sanction pourra être suffisamment grave pour constituer une sanction pénale au sens de l'article 6 remplissant une fonction attribuée au droit pénal, mais suffisamment peu grave pour remplir une autre fonction au sens de l'article 4P7. Cette variabilité, que la Cour rattache à celle de l'intensité des obligations découlant de l'intégration au sein de l'article 6 de procédures qui ne ressortent pas à son « noyau dur », est donc bien transposée telle quelle dans l'article 4P7¹⁸⁹¹ et fait en conséquence l'objet d'un contrôle incertain.

747. L'incertitude tient également à l'intensité du contrôle exercé. Dans l'arrêt *A et B c. Norvège*, la Cour relève de fait, au sujet du premier requérant, qu'une majoration pénale au sens de l'article 6 est différente de la poursuite pénale pour fraude fiscale. En effet, là où elle reconnaît l'élément punitif poursuivi au titre de l'article 6, elle juge au titre de l'article 4P7 qu'une majoration d'impôt n'a qu'une vocation dissuasive et aurait pour but de « compenser les ressources humaines et financières considérables consacrées par les autorités fiscales pour le compte de la collectivité » et ainsi de « renforcer les fondations du système fiscal national, condition indispensable au fonctionnement de l'État et, partant, de la société »¹⁸⁹². À l'inverse, la fonction des poursuites pénales serait clairement répressive, alors même qu'elle sanctionne « la même omission préjudiciable pour la société », dans la mesure notamment où elle « comporte un élément de nature délictueuse »¹⁸⁹³. Comme le note le juge Pinto de Albuquerque, cela revient à réintroduire au stade du « *bis* » les considérations qui avaient été – et sont toujours¹⁸⁹⁴ – rejetées au stade du « *idem* ». Saisie de la question du cumul de poursuites au regard du manquement d'initié et du délit d'initié, la Cour a constaté une violation notamment quand la mesure a exclu la « complémentarité » des buts visés¹⁸⁹⁵, alors que le principal élément de distinction entre les deux constituait justement l'aspect intentionnel et frauduleux. Certes, l'enjeu était moindre puisqu'il s'agissait précisément des dispositions censurées par le Conseil constitutionnel dans sa décision *John L.*¹⁸⁹⁶, mais elle fait apparaître que la réintroduction de ce

¹⁸⁹¹ *Idem.*

¹⁸⁹² *Idem*, § 144

¹⁸⁹³ *Idem*, § 145.

¹⁸⁹⁴ *Idem*, § 141 : « malgré l'élément factuel supplémentaire de fraude qui caractérise l'infraction pénale, la Cour ne voit aucune raison de conclure autrement ».

¹⁸⁹⁵ Cour EDH, 6 juin 2019, *Nodet c. France*, n° 47342/14, § 48.

¹⁸⁹⁶ On notera d'ailleurs que le Gouvernement s'en est « remis à la sagesse de la Cour » au sujet de toutes les questions de fond relatives à l'affaire ; *idem*, §§ 37 et 52 : « Sur le fond, le Gouvernement s'en remet à la sagesse de la Cour. (...) Le Gouvernement, qui s'en remet à la sagesse de la Cour sur le fond de l'affaire, ne justifie pas d'un tel délai ».

critère conduit à distinguer très artificiellement entre des hypothèses très similaires d'encadrement de l'action des opérateurs économiques.

748. Enfin, les composantes du contrôle de proportionnalité apparaissent extrêmement limitées. La logique proportionnelle se traduit principalement dans l'obligation de prendre en considération la première sanction dans le cadre de la seconde procédure. L'objet de ce critère est bien de s'assurer que le requérant n'a « fait porter pour finir à l'intéressé un fardeau excessif »¹⁸⁹⁷. Or, pour apprécier l'existence d'un tel fardeau, la Cour précise que « ce dernier risque [est] moins susceptible de se présenter s'il existe un mécanisme compensatoire conçu pour assurer que le montant global de toutes les peines prononcées est proportionné »¹⁸⁹⁸. Elle rejoint ici encore l'approche du Conseil constitutionnel, qui avait jugé dans une réserve d'interprétation que « le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »¹⁸⁹⁹.

749. Ce faisant, la Cour opère une réorientation du principe *non bis in idem* vers une logique plus patrimoniale. Elle assimile d'une part son objet à un principe ayant pour objet d'empêcher une double sanction pécuniaire, et d'autre part réduit l'incidence des doubles poursuites, même financières, aux sanctions *in fine* prononcées, à l'exclusion des autres préjudices économiques mais aussi moraux qu'il aura pu subir. Ainsi, par exemple, même en l'absence de motivation détaillée concernant le calcul, il suffira pour rendre licite au regard de la Convention que le juge ait affirmé mettre en balance les majorations d'impôts imposées avec les amendes infligées au stade de la procédure pénale¹⁹⁰⁰, même si certains arrêts plus récents laissent entrevoir une approche moins patrimoniale¹⁹⁰¹. Le contrôle exercé apparaît en tout état de cause laisser une

¹⁸⁹⁷ *Idem*, § 132.

¹⁸⁹⁸ *Idem*.

¹⁸⁹⁹ Voy. déjà Cons. const., 28 juillet 1989, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 22.

¹⁹⁰⁰ Cour EDH, 18 mai 2017, *Jóhannesson et autres c. Islande*, n° 22007/11, § 52 : « *The Supreme Court sentenced the applicants to a suspended sentence of respectively 12 and 18 months, which included earlier suspended sentences for different offences (see paragraph 19 above) and ordered them to pay fines. In fixing the fines, the court had regard to the excessive length of proceedings and tax surcharges that had already been imposed on the applicants, albeit without providing any details on the calculation in this respect. However, in determining the prison sentence the court only considered the excessive length of the proceedings. Nevertheless, the Court concludes that, given that the tax surcharges were offset against the fines, the sanctions already imposed in the tax proceedings were sufficiently taken into account in the sentencing in the criminal proceedings* ».

¹⁹⁰¹ Cour EDH, 9 juin 2019, *Nodet c. France*, *op. cit.*, § 50 : la Cour sanctionne en effet l'absence de prise en considération de la première sanction *per se*, la circonstance que la juridiction n'ait *in fine* pas infligé d'amende et même réduit la peine d'emprisonnement étant indifférente.

marge d'appréciation forte aux États au nom du principe d'efficacité, qui contraste alors avec le plein contrôle de proportionnalité exercé par la CJUE. Cette dernière, bien qu'elle se soit ralliée à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en tant qu'elle permet un cumul de sanctions, opère un plein contrôle de proportionnalité. Elle a en effet jugé dans sa décision *Menci* que le droit national doit « assurer que les charges résultant, pour les personnes concernées, d'un tel cumul soient limitées au strict nécessaire afin de réaliser l'objectif »¹⁹⁰² poursuivi, à savoir la lutte contre la fraude fiscale. En d'autres termes, il ne suffit pas que les règles encadrant le cumul des amendes ne conduisent pas le bénéficiaire du droit à une situation plus défavorable pour que le cumul des sanctions soit jugé licite. Il faut au contraire que la sévérité des sanctions cumulées « n'excède pas la gravité de l'infraction constatée »¹⁹⁰³. De fait, cet examen approfondi de conditions strictes encadre très fortement le principe en matière fiscale¹⁹⁰⁴. Néanmoins, ces décisions n'en ancrent pas moins la notion d'efficacité dans l'interprétation du principe, ce qui a conduit la Cour à admettre le cumul en matière fiscale¹⁹⁰⁵.

750. Cette proportionnalité, du fait de la structure particulière de l'article 4 P7, a la particularité de faire coïncider la proportionnalité « appréciation » et la proportionnalité « interprétation » que décrivait S. van Droghenbroeck, puisqu'elle concerne aussi bien « l'existence et la portée même des prérogatives conventionnelles » que « l'appréciation de la validité de limitations étatiques affectant la prérogative conventionnelle »¹⁹⁰⁶. Ce faisant, la prise en considération des impératifs économiques interagit doublement avec la norme conventionnelle. Elle légitime autant l'application du principe que sa limitation.

751. Le mouvement de balancier dans l'interprétation du principe *non bis in idem* illustre à la fois à la malléabilité des droits consacrés par la Convention et la multiplicité d'appréhension des questions économiques en matière procédurale. Celles-ci ne révèlent pas toujours une

¹⁹⁰² CJUE (GC), 28 mars 2018, *Menci*, C- 524/15, § 52.

¹⁹⁰³ *Idem*, § 55.

¹⁹⁰⁴ M. Pelletier notait ainsi par exemple que « Bien que théoriquement autorisé, le cumul des procédures et des sanctions pénales et fiscales est subordonné, par le droit de l'Union européenne, au respect de conditions tellement strictes qu'il devient pratiquement impossible à mettre en œuvre en l'état actuel du droit français » ; M. PELLETIER, « La CJUE et le principe *non bis in idem* : un pas en arrière, deux pas en avant », *JCP E*, 2018, n° 15-16, pp. 56-58, spéc. p. 58.

¹⁹⁰⁵ CJUE (GC), 20 mars 2018, *Menci*, C-524/15 ; elle juge cependant contraire deux mécanismes de double répression en matière de manipulation de marché et d'opérations d'initiés, malgré la légitimité des objectifs de protection des marchés ; CJUE (GC), 20 mars 2018, *Di Puma et Zecca*, C-596/16 ; *Garlsson Real Estate et autres*, C-537/16.

¹⁹⁰⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, V- 786 p., p. 76.

spécificité dans le sens d'une unicité, mais elles s'inscrivent dans l'évolution de l'appréhension des fonctions étatiques et de celles des droits garantis.

SECTION 2 : L'APPLICATION VARIABLE DES GARANTIES PROCÉDURALES EN MATIERE ÉCONOMIQUE

752. L'adaptation des garanties procédurales se traduit également dans leur contenu. Dans certains domaines, la confrontation entre éléments économiques et garanties procédurales apparaît plus conjoncturelle que structurelle¹⁹⁰⁷ et rend difficile toute systématisation. En revanche, la spécificité du système économique et de sa régulation a conduit la Cour à rendre disponible les garanties procédurales (§ 1). Cependant, cette spécificité traduit davantage une logique dialectique qu'une dissolution des droits pour des motifs économiques, l'adaptation trouvant des limites au nom de la préservation de l'intégrité des droits garantis (§ 2).

§1. La disponibilité accentuée des garanties procédurales en matière économique

753. La Cour a reconnu que les droits procéduraux, et plus particulièrement le droit au procès équitable, sont disponibles, en ce sens qu'il est loisible à l'État régulateur (A) comme aux opérateurs économiques d'en évacuer l'application ou d'en altérer le contenu¹⁹⁰⁸ (B).

A. La disponibilité encadrée des garanties procédurales au profit de l'État régulateur

754. Si les dispositions de l'article 6 § 1, notamment en tant qu'elles garantissent le droit d'accès à un tribunal, doivent par nature faire l'objet de réglementation de la part de l'État, cette dernière traduit à son tour dans certains domaines le choix des États parties en matière d'organisation du système économique. Or, l'encadrement de ces choix par la jurisprudence de la Cour traduit à nouveau une logique dialectique entre la volonté d'adapter les garanties

¹⁹⁰⁷ C'est par exemple le cas de la légitimité du secret des affaires comme motif de non communication du prix de cession d'une entreprise. La Cour a jugé qu'il s'agissait d'un motif légitime, mais la décision reste isolée et en large partie fondée sur les faits particuliers de l'espèce ; Cour EDH (déc.), 25 mai 2010, *Association de défense des actionnaires minoritaires c. France*, n° 60151/09, § 2.

¹⁹⁰⁸ L'idée de « disponibilité » est ici employée par analogie avec la « disposition » au sens du droit civil. Un acte de disposition renvoie à une « opérative grave qui entame ou engage un patrimoine » ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 357.

conventionnelles et la délégation de certains contentieux économiques à des organes qui ne sont pas des juridictions ordinaires (1), dans la seule mesure où les décisions de ces organes sont susceptibles de recours devant un organe juridictionnel dont les prérogatives pourront à nouveau varier en raison de la nature économique du contentieux (2).

1. La possibilité de délégation à un organe non juridictionnel du contentieux économique

755. La régulation économique a constitué l'un des domaines dans lesquels la perception de la spécificité de l'objet a justifié le développement d'une nouvelle forme de mise en œuvre de l'État de droit, à travers le renouvellement des instruments juridiques traditionnels et à l'importation de la pratique des autorités administratives indépendantes des pays anglo-saxons¹⁹⁰⁹. Cet import s'est par ailleurs inscrit dans un mouvement de recours croissant à la technique des sanctions administratives, soit par le développement de ces nouvelles autorités indépendantes, soit immédiatement par l'administration traditionnelle (comme en matière fiscale). Or, comme vu précédemment, si ce mouvement avait débuté avant même la Seconde Guerre mondiale, il demeurerait embryonnaire au moment où le texte conventionnel a été adopté.

756. Pourtant, sa spécificité du point de vue conventionnel est dans une certaine mesure plus limitée qu'il n'y paraît. Parmi les arguments avancés au soutien du dessaisissement du juge ordinaire au profit de ces autorités de régulation figurent notamment la spécificité et la technicité des secteurs économiques envisagés, lesquelles justifieraient le recours à des organes composés, en tout ou en partie, de membres aux compétences spécialisées. Si la forme de ces organes est certainement plus récente, il existe en réalité depuis longtemps au sein des pays européens au travers du développement de juridictions « spécialisées » qui souvent composées, en tout ou en partie, de membres qui ne sont pas des magistrats professionnels, mais des individus ayant une connaissance particulière du secteur et des différends dont ils auront à connaître.

757. L'aménagement de cette faculté par la Cour est tout aussi ancienne, celle-ci ayant admis dès l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* que « des considérations de souplesse et d'efficacité » pouvaient justifier que des organes chargés de statuer sur le bien-fondé de droits

¹⁹⁰⁹ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne, op. cit.*, pp. 108-110.

relevant du champ d'application de l'article 6 § 1 puissent ne pas satisfaire aux conditions posées par ce dernier¹⁹¹⁰. De la même manière, la Cour avait jugé dans l'arrêt *Langborger* que l'existence d'un tribunal spécialisé en matière de baux d'habitation, composé en partie par des juges professionnels et en partie d'assesseurs-échevins proposés par une association nationale de propriétaires et par une autre représentant les locataires, n'était pas *per se* contraire aux dispositions de l'article 6 § 1. La Cour avait au contraire jugé que « grâce à leur expérience de techniciens, les assesseurs échevins qui siègent audit tribunal aux côtés de magistrats professionnels semblent en principe fort aptes à participer au règlement des différends entre propriétaires et locataires et questions spécifiques pouvant s'y poser »¹⁹¹¹. Cette solution en matière de contentieux est assez étendue et concerne aussi bien la propriété industrielle et l'octroi de brevets¹⁹¹² que le droit du travail¹⁹¹³.

758. Elle a par la suite transposé des solutions similaires en matière de régulation économique. Dans l'affaire *Capital Bank AD*, la Cour a ainsi jugé non seulement qu'il n'y avait pas d'obstacle de principe à ce que la supervision bancaire, et notamment l'octroi et le retrait de licences bancaires, ait été déléguée à un organe spécialisé de la banque centrale nationale bulgare, mais elle a justifié sa position à la fois au regard de l'expertise de ses membres et de la nécessité d'assurer la stabilité du secteur en période de crise financière¹⁹¹⁴. La Cour a d'ailleurs rappelé que l'argument général tiré de l'efficacité des procédures de régulation est recevable. Elle a en effet justifié le dessaisissement des juridictions ordinaires au profit d'autorités administratives, au nom de l'« *expediency* », en jugeant dans une affaire concernant une autorité régulant le marché audiovisuel que « *particular emphasis has been placed on the respect which must be accorded to decisions taken by the administrative authorities on grounds of 'expediency' and which often involve specialised areas of law* »¹⁹¹⁵. Plus récemment, elle a

¹⁹¹⁰ Cour EDH, 23 juin 1981, *Le Compte, van Leuven et De Meyere c. Belgique*, *op. cit.*, § 51.

¹⁹¹¹ Cour EDH (plén.), 22 juin 1989, *Langborger c. Suède*, n° 11179/84, Série A, n° 155, § 34.

¹⁹¹² Cour EDH, 20 novembre 1995, *British-American Tobacco Company LTD c. Pays-Bas*, n° 19589/92, § 77 : « [l]a Cour reconnaît que dans un domaine aussi technique que celui de la délivrance de brevets, il peut y avoir de bonnes raisons d'opter pour un organe de décision autre qu'un tribunal du type classique intégré dans l'appareil judiciaire normal du pays ».

¹⁹¹³ Cour EDH, 26 octobre 2004, *AB Kurt Kellermann c. Suède*, n° 41579/98, § 60 : « La Cour observe tout d'abord que les assesseurs-échevins siégeant au sein du tribunal du travail, qui prêtent serment, ont une connaissance et une expérience singulières du marché du travail. Ils aident donc le tribunal à appréhender des questions en ce domaine et apparaissent en principe hautement qualifiés pour participer au règlement des différends du travail. Il convient également de noter que la présence d'assesseurs-échevins au sein de diverses juridictions spécialisées est une caractéristique qui se retrouve dans de nombreux pays. Il n'en résulte pourtant pas que leur indépendance et leur impartialité ne puissent être sujettes à caution dans un cas donné ».

¹⁹¹⁴ Cour EDH, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, *op. cit.*, §§ 113-114.

¹⁹¹⁵ Cour EDH, 21 octobre 2011, *Sigma Radio Television LTD c. Chypre*, n°s 32181/04 et 35122/05, § 153.

réaffirmé en matière de procédure concurrentielle que « *it is not a requirement under Article 6 of the Convention that proceedings such as those concerning sanctions for breaches of competition law be conducted according to the classic model of a criminal trial* »¹⁹¹⁶.

759. Une telle adaptation des droits procéduraux de l'homme n'est d'ailleurs ni limitée au domaine économique¹⁹¹⁷, ni propre à la jurisprudence de la Cour. Cependant, à la différence de la pratique de plusieurs juridictions internes, la Cour ne la rattache pas à la nécessité de préserver un ordre public économique donné, contrairement au Conseil constitutionnel qui le justifie sur le fondement de l'ordre public économique concurrentiel¹⁹¹⁸. Elle se borne, comme le cadre plus général du contrôle de proportionnalité¹⁹¹⁹, à en admettre l'existence et le sens de l'orientation choisie par les autorités nationales. Cela ne doit néanmoins pas conduire à occulter le choix qui demeure effectué par la Cour. D'une part, en incorporant la régulation économique dans la catégorie, certes préexistante, des domaines justifiant une adaptation des mécanismes juridictionnels, elle fait de celle-ci un élément justificatif de dérogation, dans une logique de validité juridique qui paraît difficilement détachable de ses conséquences en termes de légitimation des choix économiques étatiques et des discours qu'ils produisent.

760. Dans les affaires les plus récentes, la question n'est d'ailleurs même plus discutée en ces termes mais uniquement du point de vue de celles des garanties qui sont élaborées ou maintenues dans ce cadre particulier¹⁹²⁰. En effet, le problème s'est déplacé de la question de la licéité de la création d'organes juridictionnels spécialisés vers celle de la délégation à des organes pensés comme non juridictionnels. La volonté de permettre l'efficacité des systèmes étatiques sans porter atteinte à l'essence des garanties s'est toutefois, dans un cas comme dans l'autre, traduite par l'encadrement de l'adaptation acceptée.

2. L'encadrement de la délégation à un organe non juridictionnel du contentieux économique

¹⁹¹⁶ Cour EDH, 14 février 2019, *SA-Capital c. Finlande*, n° 5556/10, § 72.

¹⁹¹⁷ Voy. par exemple en matière de droit de l'enfant, Cour EDH, 24 février 1995, *McMichael c. Royaume-Uni*, n° 16424/90, Série A, n° 307-B, § 80.

¹⁹¹⁸ Notamment depuis Cons. const., 12 octobre 2012, n° 2012-280 QPC, *Société Groupe Canal Plus et autres [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction]*, cons. 11, en matière de contrôle des concentrations.

¹⁹¹⁹ Voy. *infra*, §§ 1112 et s.

¹⁹²⁰ Voy. par exemple en matière de régulation des marchés boursiers, Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie, op. cit.*

761. L'absence de prohibition de ce type de mécanismes juridictionnels ou quasi-juridictionnels n'implique pas que les garanties de l'article 6 § 1 sont vidées de leur substance au nom de l'impératif d'adaptation à la spécificité du contentieux et de la régulation économiques. La possibilité de délégation conduit plutôt au déplacement de l'objet de ces garanties, lequel traduit la volonté de résoudre la tension entre les objectifs de préservation et d'adaptation. L'application des garanties dépend alors, en partie au moins, de la manière dont les spécificités du contentieux économique se manifestent. Cela traduit d'ailleurs un second mouvement d'adaptation au sein de l'adaptation. Les autorités non juridictionnelles sont l'objet d'une « processualisation »¹⁹²¹, puisque les mêmes garanties procédurales que celles liées à la fonction juridictionnelle leur sont appliquées, mais cela est contrebalancé par un contrôle plus relâché¹⁹²². En réalité, la Cour a surtout choisi d'effectuer un contrôle « global » des procédures de régulation au regard des garanties offertes par les procédures juridictionnelles postérieures.

762. En effet, la Cour a imposé une limite à l'absence d'obligation de soumettre ces organes spécialisés en première instance à une alternative : « ou bien lesdites juridictions (*sic*) remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6 § 1, ou bien elles n'y répondent pas, mais subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article »¹⁹²³. Dès lors, la possibilité de confier un pouvoir juridictionnel à des autorités non juridictionnelles implique pour l'État d'assurer le contrôle de leurs décisions par un organe juridictionnel ordinaire. Cela signifie dès lors que des manquements devant la procédure de l'autorité de régulation pourront être compensés par les garanties offertes par l'organe de recours¹⁹²⁴.

763. De manière générale, l'organe de recours doit être un « organe judiciaire de pleine juridiction »¹⁹²⁵, ce qui implique notamment « le pouvoir de réformer en tous points, en fait

¹⁹²¹ S. BRACONNIER, « Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique ? », *RDP*, 2014, n° 2, pp. 261-275, spéc. p. 262.

¹⁹²² Certains auteurs ont jugé que la Cour « ne se montre pas d'une extrême exigence sur ce point » ; G. EVEILLARD, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA*, 2010, n° 10, pp. 531-539 ; voy. aussi F. MARTUCCI, qui note que l'application est aussi réalisée par le Conseil constitutionnel de manière « différente » ; « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le principe d'impartialité », *Concurrences*, 2014, n° 1, pp. 32-42, spéc. p. 37.

¹⁹²³ Cour EDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, *op. cit.*, § 29.

¹⁹²⁴ L'affaire *Grande Stevens* est à cet égard topique ; après avoir conclu à l'existence de manquements aux garanties de l'article 6 du fait de la procédure menée devant l'autorité de régulation, la Cour juge que ces « constats, (...) relatifs au manquement d'impartialité objective de la CONSOB et à la non-conformité de la procédure devant elle avec les principes du procès équitable ne suffisent pourtant pour conclure à la violation de l'article 6 » ; Cour EDG, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, *op. cit.*, § 138.

¹⁹²⁵ Cour EDH, 23 octobre 1995, *Schmautzer et autres c. Autriche*, n° 15523/89, Série A, n° 328-A, § 34.

comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur » ainsi que la « compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes »¹⁹²⁶. Or, la spécificité ou la technicité du contentieux économique est dans ce cadre un argument inopérant pour justifier l'absence de pleine juridiction. Dans l'affaire *Capital Bank AD*, la Cour a ainsi jugé que ni la technicité des questions bancaires, ni les exigences – à les supposer établies – du FMI dans le cadre de la conditionnalité, ni la nécessité d'une « *prompt regulatory response* » causée par la crise économique et financière ne sauraient justifier que la détermination de l'insolvabilité d'un établissement bancaire échappât à la compétence de l'organe de recours¹⁹²⁷.

764. La nature économique du contentieux en cause reste cependant susceptible d'affecter la mesure dans laquelle les garanties sont maintenues par la Cour. En effet, la nature du droit qui a permis l'examen de la requête sur le fondement de l'article 6 détermine le contenu des obligations applicables aux garanties procédurales. D'une part, le contenu de cette exigence semble pouvoir varier selon que le rattachement de la procédure litigieuse est effectué sur le fondement du volet pénal ou au contraire *via* celui du volet civil. En ce sens donc, le volet par lequel le contentieux économique est intégré dans le champ conventionnel conserve un intérêt juridique, quand bien même les contentieux qui se situent dans l'interstice des deux volets et échappent à ce titre au droit au procès équitable se raréfient.

765. D'autre part, dans ce qui semble être une contrepartie à l'extension *pro persona* de son champ d'application, la Cour module l'application des garanties au sein d'un même volet, en fonction de la part de « discrétionnaire » que le droit en cause permet de reconnaître aux autorités en question. Or, la nature économique de l'objet du choix des autorités comme celle du droit invoqué par le requérant tendent à accroître la part de discrétionnaire que la Cour juge légitime et, partant, le degré des garanties qu'elle entend préserver.

766. En matière civile, par exemple, il existerait un « noyau dur » de droits qui justifierait l'exigence d'une pleine juridiction incluant par exemple le pouvoir de réformation ou de substitution à la décision attaquée auquel n'appartiendraient pas les contentieux purement économiques. Dans l'arrêt *Bryan c. Royaume-Uni* par exemple, la Cour a jugé qu'il fallait prendre en considération « l'objet de la décision attaquée, la méthode suivie pour parvenir à

¹⁹²⁶ Cour EDH (GC), 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, *op. cit.*, § 139.

¹⁹²⁷ Cour EDH, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, *op. cit.*, notamment §§ 111, 113 et 114.

cette décision et la teneur du litige, y compris les moyens d'appels, tant souhaités que réel »¹⁹²⁸. Ces éléments jouent généralement en défaveur des intérêts économiques dont les requérants recherchent la protection. Dans cette affaire, il s'agissait d'un contentieux qui, s'il n'est pas économique par essence, a d'importantes conséquences économiques puisqu'il s'agissait d'un contentieux d'urbanisme initié par un agriculteur. Or, la Cour a jugé que le contrôle de l'organe de recours, limité au contrôle de l'arbitraire ou de l'irrationnel et dépourvu de pouvoir de substitution, était « le parfait exemple de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de jugement destiné à régir le comportement des citoyens dans le secteur de l'aménagement urbain et rural »¹⁹²⁹.

767. De la même manière, lorsqu'un contentieux économique est soumis aux exigences conventionnelles en raison de son incorporation à une matière « pénale » élargie, l'application des garanties conventionnelles sera sélective ou moins intense. Elle a en effet rappelé dans l'arrêt *Jussila* qu'« en adoptant une interprétation autonome de la notion 'd'accusation en matière pénale' » par l'application des critères *Engel*, les organes de la Convention [avaient] jeté les bases d'une extension progressive de l'application du volet pénal de l'article 6 à des domaines qui ne relèvent pas formellement des catégories traditionnelles du droit pénal »¹⁹³⁰. Ce faisant, elle en a déduit que, pour les matières ne relevant pas du « noyau dur » du droit pénal comme la question fiscale en l'espèce, ses garanties « ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur »¹⁹³¹. Dans d'autres décisions, la Cour a clairement affirmé que les procédures administratives différaient « sous plusieurs aspects, de la nature d'une procédure pénale au sens strict du terme » et que ces dernières « pouv[ai]ent néanmoins influencer les modalités de leur application »¹⁹³².

768. Si cette appréhension graduée ne concerne pas uniquement la matière économique mais plus généralement la matière administrative, elle prend une dimension particulière en matière économique dans la mesure où la régulation économique n'appartient pas au champ pénal traditionnel. Au contraire, cette dernière en constitue plutôt l'alternative ou le complément. Comme le note M. Crespy De Coninck, la finalité répressive de la régulation a permis son

¹⁹²⁸ Cour EDH, 22 novembre 1995, *Bryan c. Royaume-Uni*, n° 19178/91, Série A, n° 335-A, § 45.

¹⁹²⁹ *Idem*, § 47.

¹⁹³⁰ Cour EDH (GC), 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, *op. cit.*, § 43.

¹⁹³¹ *Idem*.

¹⁹³² Cour EDH, 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, *op. cit.*, § 62 : au sujet des voies de recours contre les décisions de l'autorité concurrentielle.

intégration dans le volet pénal de l'article 6 malgré sa finalité régulatrice à proprement parler, mais elle devient ensuite un « critère d'adaptation du contrôle juridictionnel »¹⁹³³ à sa spécificité.

769. Si la Cour ne s'y réfère pas toujours expressément en ces termes, à ce stade, force est de constater qu'elle s'appuie régulièrement sur la nature administrative de la procédure attribuée aux autorités de régulation pour juger que cela peut « influencer les modalités de leur application »¹⁹³⁴. Hors de la régulation économique *stricto sensu*, elle s'est ainsi appuyée sur ce principe en matière fiscale pour juger que le pouvoir limité de modulation des sanctions fiscales par le juge de recours n'était pas contraire à la Convention au motif qu'il ne « fait pas partie du noyau dur » du droit pénal et que « le caractère particulier du contentieux fiscal impli[que] une exigence d'efficacité nécessaire pour préserver les intérêts de l'État »¹⁹³⁵. Elle a ensuite dupliqué ce raisonnement à la matière concurrentielle¹⁹³⁶, bien qu'elle ne juge pas nécessaire de le rappeler dans d'autres domaines comme la régulation financière et boursière¹⁹³⁷.

770. Si le contentieux devant la Cour de Strasbourg demeure quantitativement marginal, le choix du recours à l'adaptation est fondamental puisqu'il constitue un motif de raisonnement similaire pour les juges nationaux ou pour le juge de l'Union. Le contentieux interne français comme le contentieux luxembourgeois qui portent sur ces questions et fondé sur la Convention atteint de fait un raffinement inconnu à ce jour devant la Cour¹⁹³⁸, et parfois même à une adaptation inversée¹⁹³⁹. Le contentieux de Luxembourg montre lui aussi que les juridictions de l'Union se sont emparées de la logique de l'adaptation, et notamment le Tribunal l'Union¹⁹⁴⁰,

¹⁹³³ M. CRESPIY-DE CONINCK, *Recherches sur la singularité du contentieux de la régulation économique*, op. cit., pp. 343 et s.

¹⁹³⁴ Cour EDH, 4 novembre 2011, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, op. cit., § 62.

¹⁹³⁵ Cour EDH, 7 juin 2008, *Segame c. France*, n° 4837/06, § 59.

¹⁹³⁶ Cour EDH, 4 novembre 2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, op. cit., § 62.

¹⁹³⁷ Voy. Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie* ; Cour EDH (déc.), 30 juin 2011, *Messier c. France*, n° 25041/07 : l'argument est ici invoqué par le gouvernement, quoi qu'au stade de l'applicabilité (§ 33), mais la Cour ne s'y réfère plus par la suite.

¹⁹³⁸ Récemment, la question s'est par exemple posée devant la Cour de justice de savoir si les droits de la défense imposaient la communication par la Commission européenne aux opérateurs de la version finale du modèle économétrique sur lequel elle a fondé sa décision ; voy. ainsi CJUE, 16 janvier 2019, *Commission c/ United Parcel Service, Inc. Et FedEx Corp*, C-265/17 P.

¹⁹³⁹ R. Saint-Esteben note ainsi que la Cour de cassation a cassé au visa, entre autres, de l'article 6 § 1 en appliquant plus sévèrement le principe de loyauté de la preuve dans le cadre des procédures répressives du Conseil de la concurrence que dans le cadre pénal traditionnel ; R. SAINT-ESTEBEN, « Le droit de la concurrence 'saisi par les droits fondamentaux' : un progrès évident mais inachevé », in « L'entreprise, les règles de la concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, 2012, vol. 35, n° 2, pp. 187-219.

¹⁹⁴⁰ Trib. UE, 8 juillet 2008, *AC-Treuhand AG c/ Commission*, T-99/04, § 113 : « Il convient de relever ensuite que la procédure devant la Commission, au titre du règlement n° 17, est seulement de nature administrative et que,

notamment pour préserver la particularité du mécanisme de contrôle de la concurrence au sein de l'Union. D'ailleurs, toute ouverture laissée par la jurisprudence de la Cour permet à ces juridictions de légitimer l'adaptation, voire la non-application, des garanties au nom de la spécificité des garanties en matière économique¹⁹⁴¹. À l'inverse, lorsqu'ils peuvent être rattachés à des droits conventionnels qui, malgré leur dimension économique, relèvent des droits civils jugés comme fondamentaux, les exigences seront maintenues à un niveau élevé. Ainsi, en matière fiscale, l'encadrement des visites domiciliaires est conditionné par l'existence d'un recours de pleine juridiction malgré le domaine fiscal en cause dans la mesure où le contrôle conventionnel reposait sur le droit au respect du domicile¹⁹⁴².

771. À travers cette logique concentrique, qui n'est pas sans rappeler la théorie des sphères développée en droit constitutionnel allemand¹⁹⁴³, la Cour fait de l'adaptation du contenu ou de l'intensité des garanties conventionnelles un point d'équilibre avec celle qui permet leur intégration large au sein du giron conventionnel.

B. La disponibilité encadrée des garanties procédurales en matière économique au profit des opérateurs économiques

772. De nombreux avantages sont généralement prêtés¹⁹⁴⁴ à l'arbitrage, notamment commercial. Parmi ceux-ci figurent l'efficacité, conçue en termes de coût pour le justiciable comme de célérité, ainsi que la confidentialité de la procédure, supposée généralisée et plus à même de préserver les intérêts commerciaux des opérateurs économiques, notamment dans le cadre des relations économiques internationales¹⁹⁴⁵. La Cour a admis la légitimité de

par conséquent, les principes généraux de droit communautaire et, notamment, le principe de légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), tel qu'il s'applique au droit communautaire de la ? ne doivent pas nécessairement avoir la même portée que dans le cas de leur application à une situation visée par le droit pénal au sens strict ».

¹⁹⁴¹ E. Paroche a ainsi montré comment les juridictions de Luxembourg ont employé les hésitations strasbourgeoises au regard de la notion de « juridiction » comme condition d'applicabilité ou garantie au fond pour faire échapper les procédures devant la Commission aux garanties du procès équitable ; E. PAROCHE, « Droit à un procès équitable et politique communautaire de la concurrence », in C. PCIHERAL (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Nemesis Anthemis, 2012, 330 p., pp. 199-223, spéc. p. 216.

¹⁹⁴² Cour EDH, 21 février 2008, *Ravon et autres c. France*, n° 18497/03, spéc. §§ 28-34.

¹⁹⁴³ P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ, 2014, XX-517 p., spéc. p. 370.

¹⁹⁴⁴ Ils doivent en effet être relativisés ; M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2016, 810 p., spéc. p. 652.

¹⁹⁴⁵ Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique. Mélanges offerts à G. Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, VI-587 p., pp. 381-395, spéc. p. 381.

l'invocation par les États parties de ces avantages. Si elle a admis la validité *per se* du mécanisme de l'arbitrage, son analyse en termes de renonciation aux garanties procédurales (1) l'a conduit à moduler l'application de ces dernières selon la validité de cette renonciation (2).

C. La reconnaissance de la faculté de renonciation aux garanties procédurales en matière économique

773. Contrairement aux dispositions des articles 8 à 11, l'article 6 § 1 ne dispose pas de clause d'ordre public, ce qui n'a pas empêché la Cour de déduire de sa nature particulière et de la nécessité de réglementation des États l'existence de « limitations implicites »¹⁹⁴⁶. Or, parmi ces limitations implicites figurent la faculté de renoncer aux dispositions conventionnelles. Tandis que la Commission avait très tôt estimé qu'il n'avait pas pour effet d'« empêcher les personnes placées sous les juridictions de confier à des arbitres le règlement de certaines affaires »¹⁹⁴⁷. La Cour l'a confirmé en jugeant que le droit d'accès à un tribunal n'impliquait « pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays »¹⁹⁴⁸, ce dont elle a logiquement déduit qu'il ne « s'oppose donc pas à la création de tribunaux arbitraux afin de juger certains différends de nature patrimoniale opposant des particuliers »¹⁹⁴⁹. Plus encore, la licéité des clauses d'arbitrage découle de ce qu'elles présentent « pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables »¹⁹⁵⁰. En jugeant cela, la Cour a rejeté l'approche formaliste de l'arbitrage, retenue initialement par une part importante de la doctrine spécialisée¹⁹⁵¹ mais aussi par la Cour de cassation française¹⁹⁵², laquelle consistait à déduire de sa nature privée et de son objet particulier non un régime adapté, mais une exclusion totale.

774. L'absence d'interdiction de principe laissait toutefois en suspens la question de savoir si les garanties devaient s'appliquer directement à la procédure de l'arbitrage, ou si elles

¹⁹⁴⁶ Cour EDH (plén.), 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, Série A, n° 18, § 38.

¹⁹⁴⁷ Com. EDH (déc.), 5 mars 1962, *X c. RFA*, n° 1197/61.

¹⁹⁴⁸ Pour des premières affirmations en matière d'arbitrage : Cour EDH (plén.), 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 201.

¹⁹⁴⁹ Cour EDH, 28 octobre 2010, *Suda c. République tchèque*, n° 1643/06, § 48.

¹⁹⁵⁰ Cour EDH (déc.), 1^{er} mars 2016, *Tabbane c. Suisse*, n° 41069/12, § 25.

¹⁹⁵¹ Voy. par exemple A. MOURRE, « Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.*, 2000, n° 337, pp. 26-29.

¹⁹⁵² Dans la célèbre décision *Cubic*, la première chambre civile avait en effet retenu que l'arbitrage échappait à l'empire de l'article 6 § 1 au motif que la Convention « ne concerne que les États et les juridictions étatiques », même si elle avait pris soin de rejeter ensuite, de manière surabondante donc, le moyen au fond ; Civ. 1^{ère}, 20 février 2001, n° 99-12574.

devaient s'appliquer uniquement à l'organe de recours. Initialement, la Cour avait semblé opter à la suite de la Commission¹⁹⁵³ pour une applicabilité indirecte, c'est-à-dire qu'elle acceptait d'examiner l'office du juge étatique de recours ou de *l'exequatur*¹⁹⁵⁴. Elle a ensuite accepté de contrôler au fond, malgré un rejet de la requête pour irrecevabilité, le caractère équitable de la procédure suivie devant un tribunal arbitral ainsi que son impartialité¹⁹⁵⁵. Il a cependant fallu attendre l'arrêt *Regent Company* pour que la Cour consacre explicitement l'applicabilité de l'article 6 aux procédures arbitrales. L'État défendeur alléguait que le fondement contractuel de l'établissement du tribunal emportait renonciation intégrale des garanties de l'article 6 et par conséquent l'inapplicabilité de celui-ci. La Cour, maintenant d'ailleurs les incertitudes au regard de la notion de « juridiction » comme critère d'applicabilité, rejeta l'exception d'incompétence aux motifs que l'article 6 ne prohibait pas l'établissement de tribunaux, notamment quand ils sont permis par le droit interne¹⁹⁵⁶, et que le volet civil était bien applicable dans la mesure où l'objet du litige était une créance¹⁹⁵⁷. La Cour a par conséquent rejeté l'approche formelle défendue par l'État, pour défendre l'assimilation de l'arbitrage à une juridiction interne¹⁹⁵⁸.

775. Néanmoins, parce qu'elle est soumise à un rapport de proportionnalité, l'adaptation des garanties conventionnelles à la spécificité de l'arbitrage en matière économique se trouve limitée par la préservation de la substance même de ces dernières. Si elle a rapidement jugé qu'elles s'appliquaient au moins indirectement à l'arbitrage par le truchement des obligations imposées aux juges de recours ou de *l'exequatur*, ce que la doctrine arbitragiste ne perçoit plus comme une atteinte aux spécificités de l'arbitrage¹⁹⁵⁹, l'applicabilité directe des garanties à la

¹⁹⁵³ Com. EDH (déc.), 27 novembre 1996, *Nordstrom-Janzon et Nordstrom-Lehtinen c. Pays-Bas*, n° 28101/95 : la Commission avait estimé que « l'article 6 par I de la Convention n'exige pas que les juridictions néerlandaises appliquent d'autres critères pour décider d'annuler ou non une sentence arbitrale ».

¹⁹⁵⁴ Cour EDH, 23 février 1999, *Suovaniemi et autres c. Finlande*, n° 31737/96,

¹⁹⁵⁵ Cour EDH (déc.), 16 décembre 2003, *Transado-Transportes Fluviais do Sado c. Portugal*, n° 35943/03, CEDH 2003-XII, § 2.

¹⁹⁵⁶ Cour EDH, 3 avril 2008, *Regent Company c. Ukraine*, n° 773/03, § 54: « the Court reiterates that Article 6 does not preclude the setting up of arbitration tribunals in order to settle disputes between private entities. (...) It further considers that the Arbitration Tribunal was a "tribunal established by law", acting in accordance with the 1994 International Commercial Arbitration Act and internal procedural rules ».

¹⁹⁵⁷ *Idem*, 55.

¹⁹⁵⁸ La Cour s'appuie d'ailleurs expressément sur cette analogie, puisqu'elle relève également que « [t]he proceedings before the Arbitration Tribunal were similar to those before an ordinary State civil or commercial court and due provision was made for appeals to the Kyiv City Court of Appeal (as applicable at the material time), which could review the award on the grounds specified in the 1994 Arbitration Act » (*idem*, § 54).

¹⁹⁵⁹ Voy. par exemple C. Chanais, pour qui la « jurisprudence européenne s'adapte ainsi aux particularités de cette forme de protection juridictionnelle privée qu'est l'arbitrage », qui a toujours fait une large place au secret et à la discrétion : C. CHANAIS, « Exigences du procès équitable et arbitrage : existence et essence du droit à un procès arbitral équitable », in L. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, *op. cit.*, pp. 265-321, spéc. p. 306.

procédure arbitrale demeure fonction de la nature de la renonciation aux garanties conventionnelles. Ainsi, alors que l'arbitrage forcé ou obligatoire implique l'application de l'ensemble des garanties conventionnelles, l'arbitrage volontaire entraîne une application sélective selon l'objet et la portée de la renonciation.

776. Ce régime différencié traduit la logique d'adaptation conduite dans le respect du cadre conventionnel. En faisant du caractère forcé de l'arbitrage non une condition de sa licéité mais un simple critère de détermination de l'applicabilité des garanties, la Cour, comme la Commission avant elle¹⁹⁶⁰, accepte que la nature de certains différends puisse conduire le législateur national à dessaisir la justice étatique au profit de la justice arbitrale. En revanche, ce choix est sanctionné par une applicabilité intégrale des garanties de l'article 6, ce qui témoigne ici encore d'une adaptation des garanties conventionnelles alors même qu'une partie de la doctrine considère qu'il s'agit d'une « juridiction d'exception »¹⁹⁶¹ que l'article 6 § 1 avait pourtant pour objet de prohiber.

777. Saluée par une partie de la doctrine spécialisée comme le signe d'un refus du « fondamentalisme des droits de l'homme »¹⁹⁶², cette adaptation reste cependant encadrée.

1. L'encadrement de la faculté de renonciation aux garanties procédurales en matière économique

778. Comme le note L. Maurin, dans le domaine de la renonciation, « la question s'est déplacée de la question de 'à quoi peut-on renoncer ?' » vers celle du « comment peut-on valablement renoncer ? »¹⁹⁶³. En effet, le simple fait que le recours à l'arbitrage soit le fruit de la volonté contractuelle des parties ne suffit pas à entraîner une applicabilité différenciée. Aux termes de la jurisprudence de la Cour, celle-ci est conditionnée à l'existence d'une renonciation « libre, licite et sans équivoque »¹⁹⁶⁴ et entourée d'un « *minimum* de garanties correspondant à

¹⁹⁶⁰ Com. EDH, 12 décembre 1983, *Bramelid et Malmström c. Suède*, nos 8588/79 et 8589/79, § 30.

¹⁹⁶¹ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Paris, PUF, 2016, XVII- 641 p., spéc. p. 93, qui cite Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, n° 26.

¹⁹⁶² C. CHANAIS, « Exigences du procès équitable et arbitrage : existence et essence du droit à un procès arbitral équitable », *op. cit.*, p. 306.

¹⁹⁶³ L. MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 245.

¹⁹⁶⁴ La formulation exhaustive semble être issue de Cour EDH, 28 octobre 2010, *Suda c. République tchèque*, n° 1643/06, § 48 ; la logique est cependant ancienne, voy. déjà en effet Com. EDH (déc.), 4 mars 1987, *R. c. Suisse*, n° 10881/84, *D.R.* n° 51, p. 83, dans laquelle la Commission estimait déjà que le compromis emportait renonciation pour autant qu'il « n'ait pas été signé sous la contrainte ».

sa gravité »¹⁹⁶⁵. Certes, le premier critère renvoie *a priori* à la seule vérification de ce que la renonciation est le fruit de l'exercice de la liberté contractuelle entre les parties. Cela exclut d'une part le recours imposé directement par des dispositions internes impératives, mais également lorsque ces dernières permettent le recours forcé à l'arbitrage du fait de tiers. Cela est notamment le cas lorsqu'un contrat de reprise des biens conclu entre une société et son actionnaire majoritaire prévoit la possibilité pour les actionnaires minoritaires de saisir une juridiction arbitrale d'une demande de réexamen du prix de la cession forcée de leurs actions¹⁹⁶⁶. La Cour contrôle alors la conventionnalité de ce mécanisme au regard de l'intégralité des garanties de l'article 6, ou du moins en jugeant que le refus par le requérant de saisir les arbitres ne lui était pas opposable. Cela la conduit à constater une violation de l'article 6 § 1 dans la mesure où les arbitres figuraient sur liste décidée par la société à responsabilité limitée et en raison de l'absence de publicité des débats¹⁹⁶⁷.

779. Or, la nécessité d'adapter le contenu conventionnel sans en dénaturer l'essence apparaît clairement dans un quasi *obiter dictum* de la Cour au dernier paragraphe de ses motifs. Elle ajoute alors en effet que, au fond, « les réglementations nationales sur les sociétés, réglant les rapports entre actionnaires entre eux, *sont indispensables à toute vie sous un régime de marché* »¹⁹⁶⁸ et qu'il peut en résulter « l'obligation faite aux actionnaires minoritaires de céder leurs actions à l'actionnaire majoritaire ». La Cour ne fait que constater la nature et les effets du système économique choisi, y compris vis-à-vis de l'article 1P1, lesquels ne doivent néanmoins pas aboutir à un « déséquilibre tel qu'il aboutirait à dépouiller arbitrairement et injustement une personne au profit d'une autre »¹⁹⁶⁹. Dès lors, l'encadrement par le système conventionnel ne conduit pas à une remise en cause du système économique, mais simplement au fait d'offrir aux actionnaires minoritaires les « moyens de défense appropriés »¹⁹⁷⁰.

¹⁹⁶⁵ Cour EDH (déc.), 1^{er} mars 2016, *Tabbane c. Suisse*, n° 41069/12, § 27.

¹⁹⁶⁶ Cour EDH, 28 octobre 2010, *Suda c. République tchèque*, n° 1643/06, § 50 : « Dans la présente affaire, il convient de noter que le requérant n'a pas lui-même renoncé à la possibilité de soumettre le litige à un tribunal ordinaire ni à l'exercice des garanties prévues à l'article 6 § 1 de la Convention. Les parties s'accordent néanmoins pour dire qu'il ne s'agissait pas d'un arbitrage forcé, c'est-à-dire imposé par la loi, mais d'un arbitrage contracté par des tiers, à savoir la société dont le requérant était actionnaire minoritaire et l'actionnaire principal de celle-ci, sur la base de l'article 220k § 1 du code de commerce ».

¹⁹⁶⁷ La confirmation de l'application stricte des garanties de l'article 6 se trouve également dans le fait que ; *idem*, § 53 : Les parties ne contestent pas non plus que la procédure arbitrale n'aurait pas été publique, alors que le requérant n'a aucunement renoncé à ce droit. Dans ces circonstances, la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner la question de savoir si l'affaire du requérant entre dans la catégorie des affaires hautement techniques qu'il peut être préférable de traiter dans le cadre d'une procédure écrite ».

¹⁹⁶⁸ Nous soulignons.

¹⁹⁶⁹ *Idem*, § 55.

¹⁹⁷⁰ *Idem*.

780. L'encadrement du système économique passe également par l'adaptation des critères conventionnels à la réalité des effets de ce dernier sur la situation des titulaires des droits garantis. La reconnaissance récente par la Cour de l'idée de « contrainte économique », aussi appelée « violence économique » dans d'autres systèmes juridiques, en témoigne. La reconnaissance en matière pénale était ancienne, puisque la Cour avait jugé dès l'arrêt *Deweer* qu'un ordre de fermeture par un procureur à l'encontre du magasin d'un commerçant avait constitué une contrainte exercée sur ce dernier dans le but de le forcer à accepter une amende de composition¹⁹⁷¹. Néanmoins, elle n'avait pas été étendue à la matière civile et le degré particulier de violence dans l'arrêt *Deweer* – la menace du maintien de la fermeture du commerce – pouvait laisser penser que sa portée était limitée. Les décisions portant sur la conformité à l'article 11 des mécanismes de *closed-shop* en droit du travail semblaient elles-aussi traduire une approche limitée de la contrainte économique par la Cour. Certes, elle relevait à cette occasion d'une part qu'il y avait un « élément de contrainte inhérent au fait qu'ils [avaient] dû adhérer à un syndicat contre leur gré », mais refusait de statuer sur la question de savoir s'ils auraient pu trouver un autre emploi « ailleurs, auprès d'un employeur non partie à un accord de monopole syndical » en ce que cela « relèv[ait] de la spéculation »¹⁹⁷². Elle jugeait donc que l'atteinte à la substance résultait de leur licenciement, réel ou potentiel¹⁹⁷³. Cette solution traduisait déjà un certain infléchissement par rapport à la décision dans laquelle elle avait jugé que les mesures de rétorsion consistant en le blocage de la livraison de marchandises adoptées par un syndicat contre un restaurateur qui avait refusé d'adhérer à une convention collective n'était pas contraire à l'article 11¹⁹⁷⁴, mais c'est réellement la nécessité d'articuler l'arbitrage avec l'article 6 § 1 qui a traduit l'adaptation la plus forte.

¹⁹⁷¹ Cour EDH, 27 février 1980, *Deweer c. Belgique*, *op. cit.*, §51 : « La "contrainte" incriminée par lui résidait ailleurs, dans l'ordre de fermeture du 30 septembre 1974. Cet ordre devait produire ses effets quarante-huit heures après la signification de la décision de procureur du Roi ; il pouvait demeurer en vigueur jusqu'à la date à laquelle la juridiction compétente aurait statué sur l'infraction (articles 11 § 2 et 9 § 5b) de la loi de 1945-1971, paragraphe 13 ci-dessus). Entre-temps, c'est-à-dire pendant des mois peut-être, le requérant aurait perdu les revenus de son activité professionnelle ; il courait le risque de devoir pourtant continuer à rémunérer son personnel et de ne pas retrouver toute sa clientèle après la réouverture de son magasin (pages 2, 7, 46, 47 et 49 du compte rendu des débats du 9 décembre 1977 devant la Commission ; compte rendu des audiences du 27 septembre 1979, réponse du conseil des requérantes à la troisième question de la Cour). Il aurait par conséquent subi un dommage considérable ».

¹⁹⁷² Cour EDH (GC), 11 janvier 2006, *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, *op. cit.*, §§ 61-62.

¹⁹⁷³ *Idem*, *in fine*.

¹⁹⁷⁴ Cour EDH (GC), 25 avril 1996, *Gustafsson c. Suède*, n° 15573/89, §§ 52-55.

781. Dans l'affaire *Mutu et Pechstein*¹⁹⁷⁵, la Cour avait été saisie par deux sportifs qui jugeaient que la procédure suivie dans le Tribunal arbitral du sport (TAS) était contraire à l'article 6. Celui-ci avait été saisi par les requérants en tant que juge d'appel de décisions disciplinaires adoptées par les organes compétents de leurs fédérations sportives respectives. Sur le fondement commun du dopage, le Tribunal avait déterminé le montant des dommages-intérêts que le premier devait verser à son ancien club et ordonné une suspension rétroactive d'une durée de deux ans pour la seconde. Les griefs des requérants étaient variés, certains ayant par exemple trait à la publicité de la procédure, mais l'essentiel concernait l'indépendance et l'impartialité, objective comme subjective, du TAS. Classiquement, après avoir écarté l'exception d'incompétence *ratione personae*¹⁹⁷⁶ afin de statuer sur la conformité de la procédure et des caractéristiques de celui-ci, la Cour s'est attachée à déterminer dans un premier temps la mesure dans laquelle les requérants avaient renoncé au bénéfice des garanties de l'article 6 § 1.

782. La renonciation devant être permise et organisée dans la poursuite d'un but légitime, la Cour confirme que la « mise en valeur de la place arbitrale suisse »¹⁹⁷⁷ et l'« intérêt certain à ce que les différends qui naissent dans le cadre du sport professionnel, notamment ceux qui comportent une dimension internationale, puisse être soumis à une juridiction spécialisées qui soit à même de statuer de manière rapide et économique » constituent des buts légitimes.

783. Rejetant au nom de son caractère *in abstracto* l'argument invoqué par le gouvernement défendeur lié aux risques de « délocalisation » du TAS¹⁹⁷⁸, elle a par ailleurs maintenu le régime d'applicabilité directe mais différenciée des garanties selon la nature de la renonciation. Toutefois, elle va s'appuyer sur l'objet sportif de la procédure arbitrale pour l'opposer aux affaires arbitrales précédentes qui revêtaient pour leur part un caractère purement « commercial ». En analysant rétrospectivement les circonstances des décisions dans lesquelles

¹⁹⁷⁵ Cour EDH, 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, n^{os} 4057510 et 67474/10.

¹⁹⁷⁶ Le fait que le recours à la juridiction du TAS soit organisé par des dispositions internes qui instituent un recours devant le tribunal fédéral suisse suffit selon elle à attribuer les actes ou omissions litigieuses à l'État défendeur malgré la nature privée de la fondation dont émane le tribunal arbitral ; §§ 65-67.

¹⁹⁷⁷ *Idem*, § 36 ; voy. déjà en ce sens Cour EDH, 1^{er} mars 2016, *Tabbane c. Suisse*, *op. cit.*, §§ 33 et 36, décision à laquelle se réfère explicitement la Cour dans l'affaire *Mutu et Pechstein*.

¹⁹⁷⁸ *Idem*, § 99 ; la Cour prend néanmoins le soin de la volonté de déplacer aux seules fins d'échapper aux garanties procédurales imposées par la Convention serait largement contrecarrée par le contrôle qu'elle exercerait sur les juridictions des États parties agissant comme juge de l'exequatur ; *idem* : « Si une telle hypothèse devait se réaliser, il appartiendrait à la Cour de statuer, au cas par cas, lors de l'examen de requêtes introduites devant elle à la suite du prononcé par les juridictions États parties à la Convention de décisions donnant force exécutoire aux sentences du TAS dans les ordres juridiques respectifs de ces États ».

elle avait jugé le choix des requérants comme « libre », elle relève que ceux-ci étaient « étaient libres d'établir ou non des relations commerciales avec les partenaires de leur choix sans que cela affectât leur liberté et leur capacité de mener, avec d'autres partenaires, des projets relevant de leurs domaines d'activité respectifs »¹⁹⁷⁹. Elle avait en effet été précédemment saisie par un homme d'affaires tunisien ayant conclu une convention d'arbitrage avec une société multinationale, ou bien par une société commerciale importante – Eiffage – pour laquelle « la renonciation à un ou plusieurs marchés publics comportant une clause d'arbitrage pourrait avoir des répercussions en termes de chiffre d'affaires mais probablement pas en termes de capacité à vivre de son activité de construction »¹⁹⁸⁰. La Cour juge alors que, les sportifs n'étant pas dans la même situation, il convient de déterminer la *réalité* du caractère libre de la renonciation alléguée¹⁹⁸¹.

784. Or, l'intégration de la violence économique dans ce cadre est alors indéniable, la Cour parvenant d'ailleurs à deux résultats opposés sur le fondement de la différence concrète de situation entre les deux requérants. S'agissant du premier requérant, elle constate le déséquilibre économique entre les parties, un « grand club de football » et un joueur « de grande renommée »¹⁹⁸². Elle juge cependant, en donnant l'impression de lui reprocher sa cupidité¹⁹⁸³, que le requérant n'avait pas rapporté la preuve de ce que son employeur contraignait systématiquement ses joueurs à accepter la clause, ni qu'aucun autre club n'aurait accepté de l'embaucher « sur la base d'un contrat prévoyant le recours à une juridiction ordinaire »¹⁹⁸⁴. Le déséquilibre économique peut donc constituer un vice affectant la renonciation, mais à la condition que cela ait un impact sur la capacité de l'individu « à gagner sa vie ». La Cour a ainsi jugé que la seconde requérante avait été contrainte de souscrire la clause compromissaire dans la mesure où le « seul choix » qui lui était présenté « était soit d'accepter la clause d'arbitrage et de pouvoir gagner sa vie en pratiquant sa discipline au niveau professionnel, soit de ne pas

¹⁹⁷⁹ *Idem*, § 107.

¹⁹⁸⁰ *Idem*.

¹⁹⁸¹ *Idem*, § 108

¹⁹⁸² *Idem*, § 119.

¹⁹⁸³ Elle affirme en effet qu'il « n'apporte pas non plus la preuve que d'autres clubs de football professionnel, disposant peut-être de moyens financiers plus modestes, auraient refusé de l'embaucher (...) » ; elle avait relevé au paragraphe 9 le montant du salaire du requérant (2 350 000 GBP) et de la « prime à la signature » (330 000 GBP) qui devaient être perçus par lui, ainsi que celui de son transfert (22 500 000 GBP).

¹⁹⁸⁴ *Idem*, § 119.

l'accepter et de devoir renoncer complètement à gagner sa vie en pratiquant sa discipline à un tel niveau »¹⁹⁸⁵.

785. Cette décision semble assouplir la jurisprudence antérieure de la Cour rendue sur le fondement de droits substantiels. Elle avait par exemple hésité dans l'affaire *Sørensen et Rasmussen* à se prononcer sur la question de savoir si l'un des requérants aurait pu retrouver un emploi en refusant d'adhérer à un syndicat disposant d'un monopole¹⁹⁸⁶. Certes, le standard demeure élevé et sa portée incertaine – formellement, il n'est pas certain qu'il soit applicable *ipso facto* à l'arbitrage commercial puisqu'il concernait l'arbitrage sportif. La prise en considération de la contrainte économique, ou violence économique, est une manifestation de la violence qui émane du système économique et dont il est difficile pour l'ordre juridique en général « d'en appréhender les contours »¹⁹⁸⁷. Dès lors, la consécration, en substance, de la notion de violence économique caractérise à nouveau une double volonté. La Cour donne en effet l'impression de vouloir adapter d'un côté le contenu et la structure des obligations conventionnelles afin d'en préserver la substance et l'effectivité vis-à-vis du système économique de marché sans que celles-ci conduisent pour autant à la définition d'un ordre public économique donné ou à ce qu'elles constituent un frein trop important au système existant. Si cette reconnaissance paraît en effet relever d'une logique commune avec l'ordre public de protection au sens du droit privé continental¹⁹⁸⁸, force est de constater que la sanction choisie n'est, même dans le cadre donné du mécanisme conventionnel, qu'indirecte.

786. En effet, si l'applicabilité intégrale permet souvent de caractériser la violation des dispositions conventionnelles, cela n'est pas systématique – ce que l'affaire *Mutu et Pechstein* montre aisément¹⁹⁸⁹. La volonté d'adapter le contenu des obligations conventionnelles se traduit alors à nouveau par une appréciation relâchée des garanties applicables. Certes, certains griefs semblent vouloir faire appliquer à la justice arbitrale des garanties que n'octroie pas davantage

¹⁹⁸⁵ *Idem*, § 114 ; comme elle le confirme au paragraphe suivant, c'est bien la « restriction que la non-acceptation de la clause d'arbitrage aurait apportée à la vie professionnelle de la requérante » qui justifie l'absence de renonciation libre et non équivoque.

¹⁹⁸⁶ Cour EDH (GC) 11 janvier 2006, *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, *op. cit.*, §§ 61 et s.

¹⁹⁸⁷ Y. PICOD, « La violence économique. Rapport introductif », in Association Henri Capitant (dir.), *La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Paris, Dalloz, 2017, pp. VI-142 p., pp. 1-7, spéc. p. 2.

¹⁹⁸⁸ Entendu ici simplement comme un ordre public orienté « vers la sauvegarde d'un intérêt privé », en l'occurrence celui de la partie économiquement faible ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Regards privatistes sur la notion d'ordre public économique », in A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 2018, 406 p., pp. 109-134, spéc. p. 112.

¹⁹⁸⁹ La Cour y en effet rejeté à la fois les griefs tirés du manque d'indépendance et d'impartialité subjective.

la justice étatique, ce qui explique que la Cour ait rejeté le grief du manque d'impartialité subjective d'un des arbitres tiré de ce qu'il avait siégé à la fois au sein du TA ayant statué sur l'engagement de la responsabilité contractuelle du requérant. En revanche, le rejet des griefs tirés du manque d'impartialité objective témoigne d'une volonté d'empêcher l'écroulement du système arbitral du TAS. Alors qu'elle reconnaît que « les organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes dans le cadre des litiges portées devant le TAS exerçaient une réelle influence dans le mécanisme de nomination des arbitres »¹⁹⁹⁰, elle conclut à l'absence de violation en exigeant la preuve d'un défaut dans le cadre individuel de la requérante¹⁹⁹¹. Comme le notent les juges Keller et Serghides, cette exigence est beaucoup plus restrictive que celle appliquée par la Cour au sein des juridictions étatiques paritaires, et semble quoi qu'il en soit contrevenir directement à la théorie qui a fondé de multiples condamnations pour la seule « apparence » d'impartialité¹⁹⁹². F. LATTY, qui a approuvé la solution au fond dont il rappelle qu'elle est cohérente avec celles des juridictions nationales allemandes et suisses, admet que la motivation pouvait « néanmoins passer pour exagérément ramassée »¹⁹⁹³.

787. Ce choix effectué par jurisprudence de la Cour en termes de licéité de la conclusion de la convention d'arbitrage et non simplement en termes d'opposabilité ou d'applicabilité des garanties conventionnelles traduit à nouveau une logique dialectique entre spécificité du domaine économique et garantie des droits fondamentaux. Des solutions plus radicales ont en effet été préférées dans d'autres ordres juridiques, et du point de vue de normes qui n'ont pourtant pas *stricto sensu* pour objet la protection des droits fondamentaux. Une pure logique de licéité a par exemple inspiré l'inscription des clauses compromissaires au sein des clauses abusives sanctionnées de nullité dans le cadre du droit européen comme national de la consommation, ce qui constitue d'ailleurs l'un des éléments de rapprochement de ce dernier avec la logique propre des droits fondamentaux¹⁹⁹⁴. C'est également la conception qui avait été

¹⁹⁹⁰ *Idem*, § 157.

¹⁹⁹¹ *Idem*.

¹⁹⁹² Opinion dissidente commune des juges Keller et Serghides sous Cour EDH, 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein*, *op. cit.*, spéc. §§ 13 et 15.

¹⁹⁹³ F. LATTY, « Le TAS marque des points devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme, 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c. Suisse* », *Jurisport*, 2018, n° 192, pp. 31-36, spéc. p. 35.

¹⁹⁹⁴ Il dispose : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

retenue par la Cour de cassation française dans son arrêt *Larousse-Bordas*¹⁹⁹⁵ et qui semble avoir été consacrée par le nouvel article 1143 du Code civil, lequel conserve le rattachement de la violence économique au vice subjectif du consentement sanctionné par la nullité du contrat¹⁹⁹⁶. Poursuivant la logique générale de sanction indirecte au moyen du degré d'applicabilité des garanties conventionnelles, la Cour choisit donc, y compris dans le cadre juridictionnel qui est le sien, une voie médiane.

788. Cependant, l'adaptation des garanties n'est pas illimitée, la Cour estimant que la qualité de certaines règles justifie le maintien des garanties en dépit de la singularité du contentieux économique.

§2. Le maintien variable du contenu des garanties procédurales en dépit de la singularité du contentieux économique

789. La volonté d'adaptation ne conduit pas pour autant à un effacement complet des garanties procédurales au motif des impératifs entourant les spécificités des contentieux économiques. D'une part, la possibilité de délégation de tout ou partie de la fonction juridictionnelle à des organes particuliers doit être contrebalancée par l'existence d'un organe de recours satisfaisant aux conditions de l'article 6 (4). La limite de l'adaptation des garanties procédurales en matière économiques semble par ailleurs trouver un écho particulier dans la matière pénale, ce qui relève que la Cour envisage avant tout la question du point de vue de la nature et de l'importance des normes qu'elle s'apprête à appliquer, plutôt que d'un point de vue externe ou uniquement fondé sur une doctrine économique donnée (B).

A. Le maintien variable de l'exigence d'une voie de recours satisfaisant aux conditions de l'article 6

790. La portée de l'adaptation est alors double. D'une part en effet, l'ensemble des garanties normalement applicables à une « juridiction » ne le sera pas forcément à une autorité

¹⁹⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, n° 00-12.932 ; la jurisprudence plus récente en la matière témoigne de l'applicabilité aux sociétés commerciales comme de la convergence des critères, notamment le chiffre d'affaires et la liberté de chercher un nouveau contractant ; voy. ainsi Civ. 1^{ère}, 18 février 2015, n° 13-28-278.

¹⁹⁹⁶ Article 1143 du Code civil (dans sa version issue de la loi du n° 2018-287 du 20 avril 2018) : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte ou en tire un avantage manifestement excessif ».

administrative indépendante à laquelle la Cour aura néanmoins décidé d'appliquer l'article 6. Dans ce type d'hypothèse, la conformité du droit interne à la Convention sera appréciée « globalement », les garanties offertes par l'organe de recours étant susceptibles de compenser les garanties non respectées par la procédure administrative. Ainsi, dans plusieurs affaires, la Cour a noté que les constats de « manquements » aux garanties procédurales au sujet de l'autorité de régulation ne suffisaient pas à « conclure à la violation de l'article 6 »¹⁹⁹⁷. Les requêtes devant la Cour sont d'ailleurs parfois directement dirigées à l'encontre des qualités du juge de recours¹⁹⁹⁸. L'adaptation trouve ici en principe ses limites, puisque la juridiction de recours doit par la suite offrir toutes les garanties de l'article 6¹⁹⁹⁹ et parmi lesquelles figurent une compétence « de pleine juridiction »²⁰⁰⁰ pour contrôler la décision adoptée par les autorités spécialisées. L'organe de recours doit en principe pouvoir contrôler les éléments de fait et de droit, ce qui signifie donc que la juridiction doit disposer d'un pouvoir entier de contrôle qui n'est pas limité par la technicité de certains contentieux économiques.

791. La Cour a parfois appliqué parfois strictement cette exigence. Dans l'affaire *Capital Bank AD*, par exemple, elle n'a pas été convaincue par l'impossibilité pour les juridictions de recours d'apprécier elles-mêmes l'insolvabilité de la banque requérante. Admettant que l'avis de l'autorité sur cette question « *carrie[d] sufficient weight because of its special expertise in the area* »²⁰⁰¹, mais que les juridictions auraient pu par exemple se faire assister par des experts²⁰⁰². Elle a même suggéré qu'une juridiction spécialisée aurait pu être mise en place, dans la mesure où elle remplirait les garanties de l'article 6²⁰⁰³. La Cour légitime donc la nécessité de faire intervenir des juridictions spécialisées en matière économique, mais uniquement dans la mesure où le cœur des garanties procédurales est préservé.

792. Pourtant, force est de constater que la Cour adapte parfois davantage encore le contenu des garanties procédurales au motif du caractère économique de la procédure en cause. L'exigence d'une voie de recours n'implique tout d'abord pas nécessairement un pouvoir de

¹⁹⁹⁷ Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 138.

¹⁹⁹⁸ Cour EDH, 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, *op. cit.*, spéc. § 51.

¹⁹⁹⁹ *Idem*, § 58 ; Cour EDH, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 104.

²⁰⁰⁰ Voy. parmi beaucoup d'autres, Cour EDH, 23 octobre 1995, *Schmautzer et autres c. Autriche*, *op. cit.*, § 34.

²⁰⁰¹ Cour EDH, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 113.

²⁰⁰² *Idem*, § 113.

²⁰⁰³ *Idem* : « *The difficulties encountered in this respect could also be overcome through the provision of a right of appeal against the BNB's decision to an adjudicatory body other than a traditional court integrated within the standard judicial machinery of the country, but which otherwise fully complies with all the requirements of Article 6 § 1, or whose decision is subject to review by a judicial body with full jurisdiction which itself provides the safeguards required by that provision* ».

substitution ou de réformation de l'autorité en cause, même si cela dépend dans une certaine mesure de la voie – civile ou pénale – par laquelle la procédure a été intégrée dans le champ conventionnel. De manière générale, les contentieux économiques qui ont été intégrés alors qu'ils ne font pas partie du « noyau dur » des droits visés par l'article 6 bénéficieront d'une garantie moindre. Or, les contentieux purement économiques, en raison de la nature des droits auxquels ils ont trait et de la part d'appréciation discrétionnaire que les décisions en matière économique impliquent, sont généralement exclus de ce « noyau dur ».

793. En matière civile, par exemple, il existerait un « noyau dur » de droits qui justifierait l'exigence d'une pleine juridiction incluant par exemple le pouvoir de réformation ou de substitution à la décision attaquée auquel n'appartiendraient pas les contentieux purement économiques. Dans l'arrêt *Bryan c. Royaume-Uni* par exemple, la Cour a jugé qu'il fallait prendre en considération « l'objet de la décision attaquée, la méthode suivie pour parvenir à cette décision et la teneur du litige, y compris les moyens d'appels, tant souhaités que réel »²⁰⁰⁴. Ces éléments jouent généralement en défaveur des intérêts économiques dont les requérants recherchent la protection. Dans cette affaire, il s'agissait d'un contentieux qui, s'il n'est pas économique par essence, a d'importantes conséquences économiques puisqu'il relevait d'un contentieux d'urbanisme initié par un agriculteur. Or, la Cour a jugé que le contrôle de l'organe de recours, limité au contrôle de l'arbitraire ou de l'irrationnel et dépourvu de pouvoir de substitution, était « le parfait exemple de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de jugement destiné à régir le comportement des citoyens dans le secteur de l'aménagement urbain et rural »²⁰⁰⁵.

794. D'autre part, dans ce qui semble être une contrepartie à l'extension *pro persona* de son champ d'application, la Cour module l'application des garanties au sein d'un même volet, en fonction de la part de « discrétionnaire » que le droit en cause permet de reconnaître aux autorités en question. Or, la nature économique de l'objet du choix des autorités comme celle du droit invoqué par le requérant tendent à accroître la part de discrétionnaire que la Cour juge légitime et, partant, le degré des garanties qu'elle entend préserver. Tout dépend en effet de la nature du droit par lequel le contentieux a été intégré. S'il a été rattaché à la nature « civile » sans le truchement du critère économique, les garanties seront interprétées strictement. Ainsi, les garanties procédurales octroyées aux requérants face aux visites domiciliaires de

²⁰⁰⁴ Cour EDH, 22 novembre 1995, *Bryan c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 45.

²⁰⁰⁵ *Idem*, § 47.

l'administration fiscale ou même en matière de concurrence seront interprétées strictement malgré les intérêts économiques qu'elles visent à préserver parce que le critère de rattachement est « le domicile »²⁰⁰⁶, qui est réputé appartenir à ce noyau dur.

795. La protection « différée »²⁰⁰⁷, justifiée par l'équilibre entre les garanties appliquées à la procédure administrative *per se* et celle applicable à la qualité des voies de recours ne doit cependant pas masquer que certaines garanties sont jugées trop fondamentales, notamment en matière pénale, pour faire l'objet d'une adaptation.

B. Le maintien des principes fondamentaux du droit pénal en matière économique

796. La préservation des garanties conventionnelles par la Cour de Strasbourg est particulièrement marquée lorsque la confrontation avec les questions économiques implique des principes fondamentaux du droit pénal, qu'il s'agisse de l'application de l'exigence d'impartialité objective (1) ou du principe de personnalité des peines (2).

1. Le maintien de l'exigence d'impartialité

797. Le contentieux européen fondé sur les exigences d'impartialité et d'indépendance est extrêmement abondant. En étendant le champ d'application des droits procéduraux aux procédures administratives auxquelles les législateurs nationaux avaient entendu attribuer la régulation de certains secteurs économiques, la Cour n'a pas seulement été contrainte d'adopter un équilibre au sein des garanties conventionnelles. En refusant de soustraire l'ensemble des garanties conventionnelles, elle a en effet contribué à l'adaptation du fonctionnement des contentieux économiques.

798. En droit français, par exemple, le fait que les autorités de régulation ne constituent pas des « juridictions » au sens de la Constitution a pour conséquence que l'octroi de certains

²⁰⁰⁶ Voy. ainsi Cour EDH, *Ravon et autres c. France* et Cour EDH, 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, n° 29408/08, à propos de l'inefficacité du recours en cassation. (voy. aussi Cour EDH, 16 octobre 2008, *Maschino c. France* n° 10447/03 et 18 septembre 2009, *Kandler et autres c. France*, n° 18659/05).

²⁰⁰⁷ Th. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., 657.

pouvoirs de sanctions ne peuvent leur être attribués²⁰⁰⁸. A l'inverse, la qualification de « tribunal » au sens de la Convention permet à la Cour de sanctionner l'insuffisance des garanties offertes par les organes qui ont pour charge ces procédures administratives. Certes, les griefs ayant trait à l'impartialité subjective au regard des modalités de nomination des membres n'ont à notre connaissance pas prospéré à ce jour, s'agissant notamment de la question des conflits d'intérêts²⁰⁰⁹, et ce d'autant plus que le contentieux semble davantage porté vers la question de l'indépendance vers l'exécutif.

799. En revanche, la nature particulière des autorités de régulation a conduit la Cour à apprécier la licéité de ce cumul de fonction au regard de l'exigence d'impartialité objective. Celle-ci prohibe de manière générale tout cumul de fonctions qui conduit à mettre en doute l'impartialité de la « juridiction » examinée, comme par exemple la fonction de conseil et de jugement au sein des juridictions administratives²⁰¹⁰. Or de nombreux systèmes nationaux confient aux autorités de régulation à la fois des fonctions d'enquête et des fonctions de jugement. De fait, l'octroi des unes comme des autres répond à la logique générale d'expertise et d'efficacité qui a présidé à leur développement. Or, la Cour refuse d'adapter le contenu de cette garantie dans la mesure où l'applicabilité du droit au procès équitable résulte du volet pénal. Elle a ainsi sanctionné, du fait de l'insuffisance de séparation organique, le cumul des fonctions et de contrôle de la Commission bancaire française²⁰¹¹. Elle a toutefois évité de se prononcer, dans ce cadre, sur la question de la licéité de la faculté d'auto-saisine *per se* de l'autorité comme autorité répressive sur le fondement d'indications qui lui sont fournies dans le cadre de ses fonctions purement régulateur ou de contrôle²⁰¹², ce qui a permis au Conseil

²⁰⁰⁸ Voy. par exemple Cons. const., 11 octobre 2014, n° 84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 81 : « [c]onsidérant que l'ensemble de ces dispositions, dont les autres dispositions des articles 19 et 20 ne sont pas séparables, produit des effets équivalant à ceux d'un régime d'autorisation préalable ; qu'elles sont, de ce chef, contraires à l'article 11 de la Déclaration de 1789 ; qu'à supposer même qu'elles aient pour objet de réprimer des "abus" au sens dudit article 11, cette répression ne saurait être confiée à une autorité administrative ».

²⁰⁰⁹ La solution retenue dans l'arrêt *Mutu et Pechstein* en matière d'arbitrage, semble augurer une jurisprudence assez restrictive sur ce point ; voy. *supra*, §§ 781 et s.

²⁰¹⁰ Cour EDH, 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg*, n° 14570/89, Série A, n° 326, § 45.

²⁰¹¹ Cour EDH, 11 juin 2009, *Dubus S.A. c. France*, n° 5242/04, §§ 59-61.

²⁰¹² Cette question, d'un intérêt pratique très important, été expressément soulevée par le requérant (§ 45) et défendue par le gouvernement défendeur (§ 51), mais la motivation de la Cour s'est attachée à sanctionner « l'enchaînement d'actes pris au cours de la procédure juridictionnelle » (§ 60) ; le Conseil d'État en a déduit qu'il n'était pas contraire « en soi » à l'article 6 mais qu'il devait être « encadré ».

d'État français d'adapter à son tour les exigences de l'article 6 en jugeant qu'il n'était pas « en soi » contraire à celui-ci mais qu'il devait néanmoins être encadré²⁰¹³.

800. Le maintien des exigences se traduit par le refus des séparations purement fonctionnelles entre les divers organes internes des autorités auxquels sont confiés chacun des missions. Ainsi, dans l'affaire *Grande Stevens*, la Cour a constaté une violation du fait que l'autorité en matière boursière exerçait un tel cumul et a rejeté l'idée qu'une séparation fonctionnelle était suffisante. Elle avait en effet admis que, fonctionnellement, il existait « une certaine séparation entre les organes chargés de l'enquête et l'organe compétent pour décider de l'existence d'une infraction »²⁰¹⁴. Cependant, elle avait maintenu qu'il n'existait aucune séparation organique et le cumul qui en résultait n'était pas, « *en matière pénale* (...) compatible avec l'exigence d'impartialité voulue par l'article 6 § 1 »²⁰¹⁵. Certaines décisions adoptées en section s'éloignent de ce strict maintien. La Cour a par exemple adopté une approche beaucoup plus clémentine envers l'articulation entre les formations de poursuite, de jugement et même d'édition des règles qui fondent ces poursuites et les jugements, de l'AMF française. Elle s'est contentée de relever que le fait que le Président de l'AMF ait été sollicité, sur le fond du droit, « en sa qualité de président de l'organe de poursuite » n'est pas contraire à l'article 6 parce que ses observations ont été soumises au contradictoire²⁰¹⁶, et que « l'indépendance » et la « plénitude de juridiction » de l'organe de jugement étaient également suffisantes²⁰¹⁷.

801. Généralement, cependant, la résistance de la garantie découle de sa coloration pénale, c'est-à-dire de ce qui a permis de soumettre la procédure aux garanties procédurales. Les contentieux et la régulation économique sont intégrés au sein du champ conventionnel au moyen d'une adaptation de son champ d'application, mais se heurtent, le cas échéant, à une résistance fondée sur sa propre hiérarchie de valeurs.

²⁰¹³ CE, 8 novembre 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*, n° 329384, cons. 4, in F. BRUNET, « De la procédure administrative au procès : le pouvoir de sanction des autorités de régulation indépendantes », *RFDA*, 2013, n° 1, pp. 113-126, note 83.

²⁰¹⁴ Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, *op. cit.*, § 136.

²⁰¹⁵ *Idem*, § 137 (nous soulignons).

²⁰¹⁶ Cour EDH, 1^{er} septembre 2016, *X. et Y. c. France*, n° 48158/11, § 43.

²⁰¹⁷ *Idem*, § 44.

2. Le maintien du principe de personnalité des peines

802. La Cour a également maintenu une interprétation stricte du principe de personnalité des peines, lequel découle dans le cadre en substance du droit au respect de la présomption d'innocence consacré par l'article 6 § 2, en s'opposant à ce que les pénalités fiscales soient transmissibles aux héritiers du *de cuius*. Confirmant que le patrimoine est par nature transmissible, elle a estimé « à vrai dire normal que les dettes fiscales, à l'instar des autres dettes contractées par le *de cuius*, soient réglées par prélèvement sur la masse successorale »²⁰¹⁸. En revanche, cette circulation intergénérationnelle de la richesse se heurte à l'interdiction de frapper de sanction un individu pour des actes commis par un autre, fut-il, donc, son héritier. Le refus d'assimiler la pénalité fiscale à la dette fiscale dont elle vient pourtant sanctionner l'inexécution revient alors à faire primer l'intégrité du droit garanti et son contenu initial sur les intérêts économiques de l'État, et traduit un choix en ce sens.

803. L'opinion dissidente du juge Baka sous la décision l'illustre parfaitement. En fondant son raisonnement sur la prémisse selon laquelle les amendes ont « pour objectif principal de protéger les intérêts financiers de l'État », il parvient à la conclusion inverse, à savoir qu'elles sont « de nature foncièrement fiscale »²⁰¹⁹ et par conséquent susceptibles de transmission au même titre que la dette au principal. La réalité du choix ainsi effectué dans la résolution de la tension entre la nécessité de préserver certains intérêts économiques et les limites de l'adaptation des droits de l'homme est également perceptible dans la jurisprudence d'autres juridictions qui parviennent, elles aussi, sur le fondement de normes identiques en substance, au résultat inverse. Le Conseil constitutionnel français a ainsi fait primer la « nature fiscale » d'une majoration à laquelle il avait pourtant reconnu le caractère de « sanction » pour juger conforme au principe de personnalité une disposition législative similaire²⁰²⁰.

804. Ce maintien de cette solution par la Cour EDH pourrait donc être appréhendé comme une approche *pro persona* des droits fondamentaux conduisant au refus de la surdétermination des droits garantis par les intérêts économiques étatiques ou, au prix d'une extension trop rapide,

²⁰¹⁸ Cour EDH, 29 août 1997, *R.L. et J.O.-L. c. Suisse*, n° 20919/92, § 51.

²⁰¹⁹ Opinion dissidente sous l'arrêt Cour EDH, 29 août 1997, *E.L., R.L. et J.O.-L. c. Suisse*, *op. cit.*

²⁰²⁰ Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-329 QPC, *Mme Altmann [Transmission des amendes, majorations et intérêts dus par un contribuable défunt ou une société dissoute]*, cons. 5 à 8.

par le système économique. Pourtant, la question voisine de la transmissibilité des sanctions entre personnes morales montre que l'adaptation du contenu des droits pour des motifs peut au contraire, et peut-être paradoxalement, contribuer non à la surdétermination du droit par l'économie, mais à empêcher sa dilution dans celle-ci²⁰²¹. Le Conseil d'État a ainsi souligné dans un avis contentieux interprétant tant l'article 6 § 2 de la Convention que les articles 8 et 9 de la DDHC que la nécessité de « préserver les intérêts financiers légitimes de l'État », impliquait qu'il était nécessaire « d'appliquer le principe de personnalité des peines en tenant compte des spécificités des personnes morales ». Il en a conclu que ce dernier ne faisait dès lors pas obstacle à ce que « à l'occasion d'une opération de fusion ou de scission, ces sanctions pécuniaires soient mises, compte tenu de la transmission universelle du patrimoine, à la charge de la société absorbante, d'une nouvelle société créée pour réaliser la fusion ou de sociétés issues de la scission, à raison des manquements commis, avant cette opération, par la société absorbée ou fusionnée ou par la société scindée »²⁰²².

805. Le Conseil constitutionnel a lui aussi, dans le sillage de la Cour de Luxembourg²⁰²³, non seulement consacré la même solution, mais en a explicité les motifs économiques. Il a en effet jugé une disposition législative similaire à celle du droit suisse appréhendée par la Cour conforme au principe de personnalité des peines dans la mesure où « appliqué en dehors du droit pénal, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait peut faire l'objet d'adaptations », ce qui est le cas en cas lors de la transmission de patrimoine entre sociétés « compte tenu de la mutabilité des formes juridiques sous lesquelles s'exercent les activités économiques concernées »²⁰²⁴. Ainsi, il apparaît incontestable que, dans certains domaines au moins, la notion économique d'entreprise, sur laquelle s'est développé tant le droit de la concurrence que le droit social de l'Union européenne²⁰²⁵, pollinise la notion juridique de personne sur laquelle sont fondés les droits fondamentaux.

²⁰²¹ Cette idée est souvent traduite par la volonté d'assurer « l'effectivité du droit » ; voy. par exemple L. ARCELIN, « 'L'adaptabilité' du principe de personnalité des peines aux sanctions administratives du droit économique », *AJ Contrats d'affaires – Concurrences – Distribution*, 2016, n° 7, pp. 338-341.

²⁰²² CE (avis contentieux), 4 décembre 2009, *Sté Rueil Sports*, n° 329173.

²⁰²³ On sait ainsi que la Cour de justice a très tôt retenu une conception économique de l'entreprise qui la conduit notamment à admettre que le « successeur économique » d'une association d'entreprise puisse être sanctionné du fait des agissements de l'entreprise initiale : CJCE, 16 décembre 1975, *Coöperatieve Vereniging 'Suiker Unie' UA et autres c. Commission*, C 40-73, §§ 84-87.

²⁰²⁴ Cons. const., déc. QPC n° 2016-542 du 18 mai 2016, *Société ITM Alimentaire Internationale SAS [Prononcé d'une amende à l'encontre d'une personne morale à laquelle une entreprise a été transmise]*, cons. 6 et 10 (nous soulignons).

²⁰²⁵ La Cour de justice la définit « dans le contexte du droit de la concurrence » comme « toute entité, indépendamment de sa forme juridique et de son mode de financement, qui exerce une activité économique »

806. À ce jour, la Cour EDH n'a pas été amenée à statuer directement que sur la question de l'application de ce principe au sujet des personnes physiques. Toutefois la diversité des réponses que les autres juridictions européennes, nationales comme supranationales²⁰²⁶ lui ont apportée montre qu'il existe une pluralité de solutions juridiques par les normes de protection des droits fondamentaux, et que le choix de l'une d'entre elles qui peut consister à adapter le contenu de la norme aux noms de motifs économiques. L'adaptation résulte donc d'un choix de politique juridictionnelle et, en définitive, de nature politique *stricto sensu*.

807. De plus, cet exemple particulier montre également que l'articulation des droits fondamentaux avec le système économique s'inscrit dans celle, plus large, du système juridique avec le système économique. L'institution de la personnalité morale a découlé en grande partie de la volonté de faciliter l'activité économique tout en préservant l'emprise du droit sur son exercice. Or, l'adaptation du contenu et de l'application des droits fondamentaux au nom de la spécificité de l'application du droit au système économique montre que celle-ci peut également permettre, non uniquement la soumission ou la dilution du droit dans l'économie, mais sa préservation face à son instrumentalisation par les acteurs économiques. De fait, Georges Ripert a montré comment la logique capitaliste avait plutôt conduit à une revendication d'égalité des personnes morales, et à une disparition de leur spécificité comme « le meilleur moyen de pouvoir contester « toute réglementation » en matière économique et de « dissimuler » leur puissance économique vis-à-vis des individus physiques²⁰²⁷. En d'autres termes, la surdétermination apparente des droits fondamentaux par des motifs économiques peut en réalité permettre, non pas d'assurer la protection du système économique spontané, mais au contraire celle de son encadrement par le droit. La relation ambivalente de ces droits vis-à-vis de l'économie découle donc, presque tautologiquement, de la diversité des intérêts économiques qu'ils sont susceptibles de protéger.

*

(CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, C 41/90, § 21) ; voy. L. IDOT, « La notion d'entreprise », *Revue des sociétés*, 2011, n° 2, pp. 191-210.

²⁰²⁶ I. M. BARSAN, « La personnalité des peines appliquée aux personnes morales en cas de fusion », *Revue des sociétés*, 2018, n° 3, pp. 156-167.

²⁰²⁷ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1946, 348 p., p. 74.

CONCLUSION DU CHAPITRE 5

809. L'interaction entre le système économique et les garanties procédurales illustre particulièrement le phénomène de balancement entre banalisation et spécificité qui marque les relations entre les droits fondamentaux en général et le système économique. La procéduralisation permet tout d'abord de maintenir dans le giron conventionnel des contentieux ou des procédures qui n'en relevaient pas nécessairement. Dans un mouvement extrêmement similaire à celui qui affecte les droits substantiels, la patrimonialisation de la matière « civile » au sens de l'article 6 montre comment le critère économique peut combler l'absence d'acceptation juridique propre, puisque les « droits » en question n'ont de réalité juridique que dans l'ordre interne des États parties. Cependant, d'autres considérations peuvent faire échec à cette dilution du *juridique* dans le critère *économique*. La volonté de maintenir, en termes de principe, une spécificité de la matière fiscale démontre que la logique intégrative de l'économie au sein du mécanisme conventionnel n'est pas uniformisatrice. De même, l'intégration des contentieux économiques par le volet pénal conforte l'approche matérielle de l'action étatique en matière économique. En acceptant d'assimiler des objectifs de régulation économique, comme ceux poursuivis par le droit de la concurrence ou le droit financier, à ceux traditionnellement poursuivis par le droit pénal, la Cour banalise l'économie au profit des bénéficiaires des droits. Sa spécificité est gommée et elle est intégrée au sein du cadre conventionnel existant. Non seulement cette assimilation, aux fins de l'applicabilité de garanties procédurales, n'implique pas la légitimation de leurs finalités économiques, mais elle permet de préserver l'effectivité des droits en rendant le champ d'application de la Convention évolutif. Pour autant, des facteurs extérieurs de modulation peuvent conduire la Cour à adopter une logique inverse, qui tend à préserver la spécificité de l'action étatique. Le revirement opéré au regard du principe *non bis in idem* montre que la juge peut admettre, face aux réactions des États, qu'un principe d'efficacité conduise à un amenuisement des garanties offertes par la Convention, en intégrant une logique de proportionnalité qui conduit, cette fois, à les faire dépendre de considérations économiques substantielles.

810. L'adaptation variable du contenu des garanties procédurales montre également que l'adaptation est réelle mais protéique. La Cour ne juge pas illicite, par principe, que la spécificité des contentieux et de la régulation en matière économique justifie des aménagements considérables au droit d'accès à un tribunal, et permette ainsi l'organisation de mécanismes d'arbitrage ou la délégation à des autorités de régulation. Cependant, l'abandon d'une logique

principielle ne conduit pas non plus la Cour à soustraire ces mécanismes aux garanties, mais à organiser au contraire leur application modulée. L'adaptation est alors double : les considérations économiques justifiant le refus de l'interdiction conventionnelle comme la sanction de dessaisissements si importants qu'ils en viendraient à altérer l'essence même des droits. L'ambivalence des considérations économiques rejaillit alors à nouveau lorsque la Cour adopte une approche matérielle des conditions économiques, comme par exemple la conclusion d'une clause compromissoire. Cette reconnaissance d'une forme de violence économique est cependant sanctionnée de manière indirecte, sous la forme d'une application intégrale des garanties procédurales et d'un alignement sur le régime de l'arbitrage « obligatoire ». Cette nouvelle adaptation face aux conditions économiques de conclusion des clauses augmente alors mécaniquement le risque de constat de violation sans pour autant remettre en cause l'absence d'illicéité initiale. L'application est alors graduelle, et n'est pas fondée sur une logique d'exclusion/inclusion. Elle ne correspond pas davantage à une alternative stricte entre licéité et illicéité. La délégation à un organe non juridictionnel de fonctions de « régulation » suit une logique similaire, à défaut d'être identique. Pas illicite par principe, elle peut toutefois fonder une application différenciée ou incomplète des garanties procédurales. Plus encore, même un défaut constaté ne conduit pas à une violation, celle-ci étant susceptible d'être compensée par l'existence d'une voie de recours auprès d'un organe qui satisfait pour sa part aux conditions énoncées par l'article 6.

811. L'idée qu'un certain nombre de garanties procédurales centrales sont insusceptibles d'être adaptées illustre cependant que le refus de l'adaptation peut aussi être le fruit de considérations économiques. En maintenant par exemple des principes fondamentaux du droit pénal, la Cour empêche l'instrumentalisation excessive des garanties procédurales par les acteurs économiques, et notamment par l'État. Les intérêts de ce dernier ne surdéterminent en effet pas systématiquement le contenu des droits. Pour autant, la jurisprudence comparée montre que le refus d'adaptation au nom des intérêts économiques étatiques comme en matière de personnalité des peines, peut conduire, ou permettre, à la préservation d'intérêts économiques concurrents. Dans ce type d'hypothèse, c'est alors le refus d'adapter les garanties face à l'instrumentalisation des règles juridiques par les opérateurs économiques qui peut réduire ou annihiler leur effectivité.

812. En somme, en termes de contenu comme en termes de champ d'application, l'adaptation du sens des dispositions conventionnelles n'est pas linéaire ni univoque. Les intérêts

économiques, qu'ils soient particuliers ou généraux, sont utilisés comme critères d'applicabilité des garanties ou intégrés à des critères préexistants, mais ils peuvent être contrebalancés par des considérations d'autre nature, comme le lien unissant le contribuable à l'État, ou issues d'acteurs extérieurs, et notamment des gouvernements et des juridictions nationales. La Cour ne se prononce alors pas sur leur substance, mais leur reconnaissance est susceptible d'asseoir leur légitimité, juridique et discursive. Cette légitimité est encore plus forte lorsque l'intérêt économique considéré fonde l'adaptation du contenu des droits. Cependant, là encore, des intérêts successifs et concurrents ou divergents fondent des adaptations successives, voire gigognes. Ce mécanisme semble invalider la thèse d'une surdétermination des droits procéduraux par des intérêts économiques donnés. Au contraire, elle indique davantage une dialectique qui semble viser un certain équilibre entre la préservation des droits pour eux-mêmes et celle d'intérêts économiques concurrents, malgré l'absence de tout contrôle substantiel. En cela, la jurisprudence de la Cour ne traduit pas nécessairement une orientation économique homogène. Elle semble toutefois s'inscrire dans une réaction commune – à défaut d'être toujours identique – des juridictions statuant en matière de droits fondamentaux. Le phénomène, inverse mais parallèle, de la procéduralisation des droits substantiels montre que l'ajout d'obligations procédurales peut par ailleurs venir concurrencer ou évincer ce contrôle substantiel.

CHAPITRE 6 : LA PROCÉDURALISATION DES DROITS SUBSTANTIELS

814. La dichotomie entre la procédure et la substance est ancienne, mais elle n'est pas aussi étanche qu'elle n'y paraît, d'autant que les obligations procédurales font elles-mêmes l'objet d'une certaine substantialisation²⁰²⁸. Sans pouvoir prétendre résoudre ces incertitudes, on peut néanmoins affirmer que le contrôle de la substance renvoie ici non pas à ce qui est essentiel par rapport à ce qui est accessoire²⁰²⁹, mais négativement à ce qui ne relève pas des droits procéduraux, c'est-à-dire ceux qui relèvent du « *jura supra jura* » ou des « droits sanctionneurs »²⁰³⁰ des droits substantiels. En d'autres termes, les droits substantiels protègent des intérêts économiques, tandis que les droits procéduraux ont pour objet d'organiser le respect des droits qui garantissent des intérêts économiques. Le caractère international du mécanisme conventionnel implique d'ailleurs que les obligations procédurales sont celles qui régissent et organisent la sanction des droits substantiels au niveau interne.

815. Cependant, l'existence de cette fonction de sanction n'épuise pas la question de l'articulation entre les obligations procédurales et les obligations substantielles. L'évolution du contrôle du juge que peut traduire le phénomène de procéduralisation, entendu comme « l'adjonction jurisprudentielle d'une obligation procédurale à la charge d'une autorité des autorités nationales destinée à renforcer la protection interne d'un droit substantiel garanti par la Convention »²⁰³¹, est nécessairement contingent. L'expérience constitutionnelle a en effet montré que la temporalité entre les deux types d'obligation est fondamentale. Les clauses de « *due process* » avaient en effet d'abord été interprétées comme le fondement d'un « *procedural due process* », tandis que c'est l'affirmation dans l'arrêt *Lochner* d'un « *substantive due process* » qui avait entraîné une intensification du contrôle effectué par le juge américain en matière économique controversée et inspiré les craintes du « gouvernement des juges » chez E. Lambert²⁰³².

²⁰²⁸ L. MILANO, *Le droit d'accès à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 367 et s.

²⁰²⁹ « Substantiel », in G. CORNU, Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire Juridique*, spéc. op. cit., p. 995.

²⁰³⁰ L. CADIET, « Procédure », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 1216-1222, spéc. p. 1219.

²⁰³¹ « Substantiel », in G. CORNU, Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire Juridique*, op. cit., spéc. p. 995.

²⁰³² E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, op. cit.

816. Or, en ajoutant dans une dynamique inverse des obligations procédurales à des droits substantiels qui n'en contenaient pas textuellement, la Cour a certainement contribué à étendre le contrôle européen de l'action économique de l'État (Section 1). Cependant, la coexistence de ces deux obligations ainsi que l'adaptation de leur contenu à la spécificité économique a néanmoins également conduit à une transformation de ce contrôle parfois au détriment du contrôle substantiel (Section 2).

SECTION 1 : L'EXTENSION DU CONTRÔLE DE L'ACTION ÉCONOMIQUE DE L'ÉTAT

817. Les droits initialement identifiés comme procéduraux comportent un certain nombre de limites. Malgré une interprétation généreuse de leur champ d'application, ils comportent certains angles morts que le recours au champ d'application des droits substantiels permet de compenser (§1) De la même manière, malgré la substantialisation des garanties procédurales, l'enrichissement des droits substantiels entraîne un élargissement du contrôle des atteintes qui sont susceptibles d'y être portées (§2).

§1. Le contournement du champ d'application des droits procéduraux

818. La procéduralisation des droits substantiels permet à la Cour de s'extraire des limites des droits conçus comme procéduraux par rapport aux questions économiques. L'adaptation du champ d'application conventionnel face aux questions économiques n'est certes pas systématique, d'autres aspects de la délimitation du champ conventionnel comme le critère *ratione temporis* continuant à y échapper²⁰³³. En revanche, il permet d'arrimer les garanties procédurales au champ d'application large des droits substantiels (A), ce qui produit néanmoins des effets ambivalents (B).

²⁰³³ On note en effet que, à l'exception d'une privation de propriété illégale *ab initio* du point de vue du droit interne de propriété, la Cour analyse les atteintes au « biens » comme des violations instantanées, malgré les effets qui perdurent sur la situation économique du requérant ; voy. au sujet d'une expropriation Cour EDH, 13 décembre 2000, *Malhous c. République tchèque*, n° 33071/96, p. 16 , ou encore au sujet d'une autorisation de pêche : Cour EDH (déc.), 24 septembre 2002, *Posti et Rahko c. Finlande*, n° 27824/95, § 43 : « *The fact that an event has significant consequences over time – such as the restriction on the applicant's fishing during specific periods in 1996 and subsequent years – does not mean that the event has produced a 'continuing situation'* » ; la Cour reconnaît d'ailleurs, pour la période postérieure à la date critique, que ces activités constituent un « bien » au sens de l'article 1-P1 (§ 76). Or, l'existence de procédures juridictionnelles internes portant sur ces droits n'a pas pour effet d'étendre la compétence de la Cour à la situation litigieuse initiale ; voy. Cour EDH (GC) , 8 mars 2006, *Blecic c. Croatie*, n° 59532/00, CEDH 2006-III, spéc. §§ 79-85.

A. Le dépassement des limites matérielles d'applicabilité

819. Le cadre des droits procéduraux, tel qu'il a été interprété par la Cour, est trop étroit pour intégrer l'intégralité des questions intéressant la matière économique. D'une part en effet, l'interventionnisme de l'État ne se traduit pas, ou plus, par la seule adoption de lois régissant les activités privées que le juge a pour charge d'exécuter. D'autre part, ensuite, les individus n'ont pas nécessairement exclusivement des prétentions économiques à faire valoir à l'encontre de décisions adoptées en matière économique. Dès lors, cette porosité à la sphère économique n'a pas conduit à une intégration exhaustive. L'adaptation demeure limitée par certaines spécificités, en matière fiscale et réglementaire notamment, au nom desquelles la Cour a limité l'incidence du critère économique comme seul critère d'examen du volet civil. Le recours aux droits substantiels lui permet en ce sens de pallier cette portée relative. Le phénomène est particulièrement visible dans deux types de contentieux : celui intéressant les externalités négatives des activités industrielles d'une part (1), et la matière fiscale d'autre part (2).

1. Une fonction palliative : les externalités négatives des activités industrielles et l'environnement

820. La patrimonialisation, au sens économique du terme, du volet civil de l'article 6 est insuffisante pour permettre à l'ensemble des questions économiques d'être intégrées dans le champ conventionnel. Cette insuffisance se manifeste par exemple dans le cas de revendications par les bénéficiaires des garanties conventionnelles de leurs droits procéduraux face à des intérêts économiques tiers. En effet, les droits que les requérants revendiquent peuvent ne pas être de nature économique, mais se trouver affectés par des activités de nature économique, notamment dans le cadre des externalités négatives en matière environnementale ou sanitaire. À l'inverse, la Cour n'a eu aucune difficulté à reconnaître que ces externalités ont une incidence sur le domicile des requérants depuis l'arrêt *López-Ostra*, qui concernait l'incidence de l'autorisation d'exploitation d'un centre de traitement des déchets²⁰³⁴. La Cour a étendu cette solution au droit au respect de la vie privée et familiale²⁰³⁵ et identifie désormais clairement le déclenchement de l'atteinte au nom des externalités négatives²⁰³⁶. De la même manière, un

²⁰³⁴ Cour EDH, 9 décembre 1994, *López-Ostra c. Espagne*, *op. cit.*, §§ 50-51.

²⁰³⁵ Cour EDH, 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, *op. cit.*, § 58.

²⁰³⁶ Cour EDH, 16 novembre 2004, *Moreno Gómez c. Espagne*, n° 4143/02, CEDH 2004-X, § 53 : « Des atteintes au droit au respect du domicile ne visent pas seulement les atteintes matérielles ou corporelles, telles que l'entrée dans le domicile d'une personne non autorisée, mais aussi les atteintes immatérielles ou incorporelles, telles que

incident est susceptible d'emporter une atteinte au droit à la vie²⁰³⁷ et la santé, bien que le standard apparaisse alors plus élevé²⁰³⁸. D'ailleurs, on peut concevoir, en dehors du cas particulier de la destruction matérielle de leurs biens²⁰³⁹, l'existence d'une atteinte du seul fait de la dépréciation de leurs biens immobiliers²⁰⁴⁰. En outre, ces contentieux bénéficient également de la théorie des obligations positives, qui permet de dépasser l'asymétrie du contentieux européen et le fait que les « atteintes » ne soient pas nécessairement le fait de l'État, mais celui d'un opérateur privé²⁰⁴¹.

821. Cela ne signifie pas pour autant que la contestation par des tiers de la décision d'autorisation d'exploitation d'une activité dangereuse ou des règles qui l'encadrent constituent des droits et obligations au sens du volet civil de l'article 6. En effet, une autorisation d'exploitation ne confère pas des droits aux tiers, mais à son titulaire. Ainsi, dans l'arrêt *Powell et Rayner*, au sujet des externalités produites par l'implantation d'un aéroport au sein d'une zone urbaine dense, la Cour avait rejeté l'applicabilité de l'article 6 § 1 même aux procédures qui auraient dû, selon les requérants, leur permettre d'obtenir réparation pour les nuisances subies²⁰⁴².

822. Néanmoins, cette fonction palliative est corrélée à la portée de la patrimonialisation du volet civil. L'intérêt du contournement perd en intensité à mesure que la Cour continue d'étendre l'interprétation économique du volet civil. Tout d'abord, la Cour a admis dans l'arrêt *L'Érablière* que la simple atteinte à la valeur marchande d'une propriété puisse en partie justifier l'applicabilité du volet civil²⁰⁴³, ce qui revient à faire dépendre l'applicabilité du volet

les bruits, les émissions, les odeurs et autres ingérences. Si les atteintes sont graves, elles peuvent priver une personne de son droit au respect du domicile parce qu'elles l'empêchent de jouir de son domicile ».

²⁰³⁷ Cour EDH (GC), 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, *op. cit.*, § 71.

²⁰³⁸ Voy. Cour EDH, 10 janvier 2012, *Di Sarno et autres c. Italie*, § 108 : la présence de déchets en grandes quantités sur la voie publique du fait de la délégation par les autorités de la gestion du service de ramassage à un opérateur privé n'atteint pas un degré de gravité suffisant pour justifier l'examen de la requête sous l'angle de l'article 2.

²⁰³⁹ Comme cela était le cas dans l'affaire *Öneryildiz* précitée ; voy. aussi Cour EDH, 20 mars 2008, *Boudaïva et autres c. Russie*, n° 15339/02 *et al.*, CEDH 2008.

²⁰⁴⁰ Dans l'affaire *Flamenbaum*, par exemple, la Cour n'a rejeté l'existence d'une atteinte au droit des propriétés des requérants au seul motif que les requérants n'avaient pas « si et dans quelle mesure l'allongement de la piste de l'aéroport de Deauville a pu avoir une incidence sur la valeur de leurs biens » ; Cour EDH, 13 décembre 2012, *Flamenbaum et autres c. France*, *op. cit.*, § 190.

²⁰⁴¹ Voy *supra*, Chapitre IV.

²⁰⁴² Cour EDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, n° 9310/81, Série A, n° 172, § 36.

²⁰⁴³ Cour EDH, 24 février 2009, *L'Érablière A.S.B.L. c. Belgique*, n° 49230/07, § 28 : « [o]r l'augmentation de la capacité de la déchèterie de plus du cinquième de sa capacité initiale risquait d'avoir des incidences non négligeables sur la vie privée de ceux-ci, de par les nuisances qu'elle provoquerait pour la qualité de leur vie quotidienne, et par voie de conséquence sur la valeur marchande de leurs propriétés situées dans ces communes, laquelle risquait de subir de ce fait une dépréciation ».

par l'intégration par le jeu du marché des externalités négatives que le requérant entend contester. L'attention portée à ce critère économique est telle qu'il facilite davantage l'applicabilité de l'article 6 que les effets sur la santé et la vie privée des requérants. Lorsque sont invoqués à la fois des intérêts économiques et des intérêts non-économiques en effet, la Cour préfère se fonder sur ceux-là, comme dans l'arrêt *Karin Andersson et autres c. Suède*. Dans cette affaire, les requérants alléguaient une violation de l'article 6 § 1 en raison de l'absence de droit à un contrôle intégral de la légalité par un juge de la décision du gouvernement d'avoir autorisé la construction un chemin de fer sur ou proche de leurs biens immobiliers. La Cour rejeta l'effet général sur l'environnement comme critère d'applicabilité du volet civil, mais jugea que « *in particular the effects of the railway project on their homes and land, related to their "civil rights"* »²⁰⁴⁴.

823. Le recours à une approche économique est encore poussé plus loin par la Cour et aboutit à un raisonnement circulaire. Le contentieux le plus récent étend encore davantage le champ d'application en le jugeant systématiquement applicable dès lors qu'existe un recours en droit interne susceptible de donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts au requérant²⁰⁴⁵, même lorsqu'il s'agit de la responsabilité des autorités publiques, celle-ci étant elle aussi de nature civile²⁰⁴⁶. En d'autres termes, la seule possibilité d'obtenir un gain pécuniaire dans le cadre d'un recours ayant pour objet la contestation des droits économiques octroyés aux tiers suffit à rendre applicable le volet civil de l'article 6. Ainsi, la possibilité d'obtenir des injonctions tendant à la suspension d'une exploitation ou à l'annulation de l'autorisation d'exploitation constitue désormais un droit « civil » au sens de l'article 6 § 1 dans la mesure où tout refus d'exécution d'un tel jugement ouvre la voie en indemnisation²⁰⁴⁷. Certes, la défense de

²⁰⁴⁴ Cour EDH, 25 septembre 2014, *Karin Andersson et autres c. Suède*, n° 29878/09, § 46 : « *The Court first notes that the applicants, in the domestic as well as the instant proceedings, have complained about the railway construction and its location, invoking both general environmental aspects and more individual concerns such as the impact of noise and vibrations on the enjoyment of their homes and property and on human health, necessarily including their own, as well as the reduction in value of their property. While public interests such as environmental harm in general may be recognised as valid grounds for an individual complaint under domestic law, in the present case the Court cannot find that these claims concerned the applicants' "civil rights" within the meaning of Article 6. However, the other issues raised by the applicants, in particular the effects of the railway project on their homes and land, related to their "civil rights"* ».

²⁰⁴⁵ Le « rôle d'instrument privilégié des échanges de valeurs joué par la monnaie » explique en effet « la prééminence de fait, sinon de droit, de l'indemnisation pécuniaire » dans la plupart des ordres juridiques contemporains ; G. VINER, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 2017, 872 p., pp. 1-2 ; les auteurs se réfèrent à H. STOLL, « Consequences of liability remedies », *International Encyclopedia of Comparative Law*, n° 8, p. 135.

²⁰⁴⁶ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2018, XXV-1646 p, p. 634.

²⁰⁴⁷ Cour EDH, 19 juin 2018, *Bursa Barosu Başkanlığı et autres c. Turquie*, n° 25680/05, § 127.

l'environnement apparaît également dans les motifs d'applicabilité, mais plutôt comme motif surabondant²⁰⁴⁸.

824. Or, la dilution absolue du droit « civil » dans ce qui est indemnisable, c'est-à-dire évaluable et octroyé en argent, conduit à une applicabilité quasi-illimitée des garanties procédurales, car tout droit qui ne porte pas lui-même sur une somme d'argent est susceptible, dans l'ordre interne, de donner lieu à indemnisation en cas de non-respect. Il est cependant possible de voir dans cette apparente dissolution le retour au sens initial d'une responsabilité de *nature* civile, qu'elle soit ensuite qualifiée de droit civil ou de droit public ou administratif par le droit interne²⁰⁴⁹. Comme le note B. Plessix, ce type de responsabilité s'entend en effet comme l'appauvrissement du patrimoine de l'administré²⁰⁵⁰. Pour autant, la Cour va plus loin puisqu'elle attribue une valeur économique au simple fait d'avoir obtenu une décision exécutoire, même si elle-même n'a pas directement un objet pécuniaire. En retenant comme critère l'espoir d'une réparation pécuniaire secondaire, la Cour altère le critère patrimonial sur lequel elle se fonde pourtant et tend à faire de la protection procédurale, qui inclut l'engagement juridictionnel de la responsabilité de l'État, un bien par elle-même. Le *medium* de réparation, la monnaie, modifie ainsi la nature initiale des droits et suffit à intégrer tout type de contentieux dans le giron conventionnel, indépendamment de la nature initiale des droits.

825. Néanmoins, cette logique n'est pas propre à la Cour EDH, et ne fait que s'inscrire dans le tropisme contemporain vers l'économie dans l'approche du droit. Sa jurisprudence est en effet cohérente avec l'évolution générale de la responsabilité civile, laquelle « ne se borne plus aujourd'hui à protéger les individus et les groupes contre les atteintes à leur patrimoine [mais] tend également, dans de nombreux pays, à les garantir contre certains dommages de nature non économique »²⁰⁵¹, même s'il faut passer par une apparente atteinte au patrimoine pour ce faire. La jurisprudence de la Cour Suprême américaine a également montré la difficulté à distinguer un droit procédural d'un intérêt économique ou patrimonial. Celle-ci a dû à plusieurs reprises rappeler que « *[p]roperty' cannot be defined by the procedures provided for its*

²⁰⁴⁸ *Idem* : « Il convient aussi d'observer que, dans leurs recours internes, les requérants ont soulevé des arguments relatifs non seulement à la conformité des plans d'urbanisme de différentes échelles, mais aussi aux effets nuisibles de l'exploitation en question sur l'environnement ».

²⁰⁴⁹ C'est le cas en droit administratif français, qui consacre une responsabilité publique de nature civile, c'est-à-dire qu'elle a pour vocation de « réparer » un « équilibre économique rompu » ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 641.

²⁰⁵⁰ *Idem*.

²⁰⁵¹ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, op. cit., p. 3.

deprivation »²⁰⁵², notamment parce qu'elle était saisie sur le fondement de la protection des intérêts de « *property* » de la clause « *due process* » pour contester des procédures qui n'avaient pas d'objet économique. C'était par exemple le cas dans l'arrêt *Goldberg*, dans lequel elle était saisie de l'inexécution par une police locale d'un ordre d'éloignement. Si l'on suit le raisonnement adopté par la Cour EDH, il existe un droit de nature civil si l'inexécution est susceptible de se résoudre par l'octroi de dommages-intérêts. Le risque est alors d'intégrer comme relevant du volet « civil » pratiquement toute procédure contentieuse, la sanction par les dommages-intérêts étant l'une des voies naturelles de remède à l'inexécution du droit. Face à un tel risque, la Cour Suprême a tenté de délimiter l'intérêt patrimonial en recourant au critère économique de l'« *ascertainable monetary value* »²⁰⁵³ de l'objet de la procédure initiale. À la différence de la Cour EDH, la Cour Suprême ne semble pas déduire ce caractère évaluable en argent du seul fait que l'absence de réalisation est susceptible de se traduire par l'octroi de dommages-intérêts. Même s'il lui a permis de rejeter les prétentions, il n'est que d'une efficacité apparente, car il contribue lui aussi à faire dépendre l'applicabilité de garanties d'une approche économique qu'il est ensuite tout aussi impossible de délimiter. Et cela, comme le relèvent à la fois le *Justice Stevens* dans son opinion dissidente et la doctrine, même si c'est afin de justifier l'extension des garanties, puisque tout est *in fine* évaluable sous forme pécuniaire. J. Hugenbergger note en particulier que, même dans le cas d'une injonction en matière familiale, un « *restraining order* » est toujours évaluable en argent, soit en évaluant le coût de l'économie provoquée par le fait de ne pas confier contractuellement, lorsque que cela est légal, à une entreprise privée son exécution, soit dans la mesure où l'absence d'exécution aurait contrainte la requérante à déménager loin de son ancien conjoint²⁰⁵⁴. Le raisonnement est en ce sens transposable à tout type de contentieux, dont le contentieux environnemental.

²⁰⁵² Cour Suprême, 18 mars 1985, *Cleveland Bd. of Ed. v. Loudermill*, 470 U. S. 532, 541 (1985) ; voy. aussi : « *[p]rocess is not an end in itself. Its constitutional purpose is to protect a substantive interest to which the individual has a legitimate claim of entitlement* », Cour Suprême, *Olim v. Wakinekona*, 461 U. S. 238, 250 (1983), *in* opinion concordante du *Justice Souter* dans *Castle Rock v. Gonzales*, 545 U.S. 748 (2005).

²⁰⁵³ Cour Suprême, 27 juin 2005, *Castle Rock v. Gonzales*, 545 U.S. 748 (2005).

²⁰⁵⁴ J. HUGENBERGGER, « Redefining Property under the Due Process Clause : Town of Castle Rock v. Gonzales and the Demise of the Positive Law Approach, » *Boston College Law Review*, 2016, n° 47, pp. 773-814, spéc. p. 804.

2. Une fonction palliative : l'exemple fiscal

826. La différence des champs d'application des droits substantiels et procéduraux en matière économique est également notable en matière fiscale. L'article 1P1 est ainsi, comme l'article 8, le fondement d'obligations procédurales, la Cour ayant jugé dès l'arrêt *Agosi* qu'elle devait « rechercher, *nonobstant le silence du second alinéa de l'article 1 (P1-1) en la matière*, si les procédures applicables en l'espèce permettaient, entre autres, d'avoir raisonnablement égard au degré de faute ou de prudence d'Agosi »²⁰⁵⁵. La portée de l'obligation a été par la suite généralisée. La Cour a précisé dans l'arrêt *Chassagnou* que « nonobstant le silence de l'article 1er du Protocole n° 1 en matière d'exigences procédurales, les procédures applicables en l'espèce doivent aussi offrir à la personne concernée une occasion adéquate d'exposer sa cause aux autorités compétentes afin de contester effectivement les mesures portant atteinte aux droits garantis par cette disposition »²⁰⁵⁶. S'il n'y a substantiellement pas de différence fondamentale avec le droit d'accès à un juge, il reste que malgré la patrimonialisation du critère d'applicabilité de l'article 6, le champ d'application de l'article 1P1 ne coïncide pas totalement avec celui-là.

827. La Cour estime en effet que, même si le second alinéa de l'article 1P1 semble réserver un droit au profit de l'État, elle doit néanmoins assurer le contrôle de sa mise en œuvre²⁰⁵⁷. Dès lors, les garanties procédurales s'appliquent à toute l'action de l'État en la matière et permet de transcender à la fois l'appréhension de la matière économique par les ordres juridiques internes et de dépasser les difficultés liées à la proximité avec le cœur de la « souveraineté » des compétences étatiques en la matière²⁰⁵⁸. Dès lors, toute mesure d'imposition est susceptible d'être encadrée par les obligations procédurales que contient l'article 1P1. Il est tout d'abord indifférent à la distinction entre le volet civil et le volet pénal, et peut donc intégrer les questions relatives à l'obligation fiscale principale quelle qu'elle soit²⁰⁵⁹ comme à d'éventuelles sanctions fiscales²⁰⁶⁰. Si le phénomène de procéduralisation du droit au respect des biens n'est pas à

²⁰⁵⁵ Cour EDH, 24 octobre 1986, *Agosi c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 55.

²⁰⁵⁶ Cour EDH (GC), 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, *op. cit.*, § 45 (nous soulignons).

²⁰⁵⁷ Voy. *supra*, Chapitre 4.

²⁰⁵⁸ Voy. *supra*, Chapitre 5.

²⁰⁵⁹ Voy. parmi tant d'autres, Cour EDH, 4 janvier 2008, *Imbert de Trémiolles*, n°s 25834/05 et 27815/05, au sujet de l'impôt sur la fortune.

²⁰⁶⁰ Voy. par exemple Cour EDH, 20 septembre 2011, *OAO Neftyanaya Kompaniy Yukos*, *op. cit.*, § 618 : « [t]he Court reiterates that the enforcement of the debt resulting from the Tax Assessments 2000-2003 involved the seizure of the company's assets, the imposition of a 7% enforcement fee on the overall amount of the debt and the forced sale of the applicant company's main production unit OAO Yuganskneftegaz. These measures constituted

l'origine de cette incohérence, il contribue à la révéler. Au-delà de l'écart de solutions qu'il tend à combler, puisque tout ou partie des garanties procédurales de l'article 6 sont susceptibles d'être réintégrées par le biais de l'article 1P1, il souligne la variabilité de l'importance accordée par la Cour au caractère souverain de l'impôt et renverse l'approche usuelle en termes de distinction entre droits procéduraux et droits substantiels, ces derniers étant ici traités comme moins attentatoires que les premiers.

828. On sait en effet que la Cour a refusé dans l'arrêt *Ferrazzini* de « patrimonialiser » les litiges fiscaux sous l'angle civil en raison des liens particuliers unissant le contribuable-citoyen à l'État et la souveraineté²⁰⁶¹. De la même manière, la Cour refuse d'étendre le lien même si les droits procéduraux permettent d'intégrer la phase administrative des enquêtes dans la mesure où celle-ci est assimilable à une sanction pénale²⁰⁶². Elle ne le sera toutefois pas si elle constitue le préalable d'une procédure qui n'en relève pas, comme celle qui porte sur la créance au principal. Mais l'article 1P1 contient également ses propres limites, puisqu'il faut qu'il y ait eu une atteinte aux biens, c'est-à-dire une imposition ou une sanction effective. Cela aurait par conséquent dû entraîner l'exclusion des visites domiciliaires des garanties procédurales conventionnelles, ou du moins la rendre variable. Or, pour permettre malgré ces obstacles la réintégration des procédures de perquisition fiscale dans le giron conventionnel tout en préservant en apparence cette particularité, la Cour s'est détachée du critère économique pour mieux y revenir.

829. Dans l'arrêt *Funke*, la Cour avait accepté d'examiner la licéité de procédures douanières au regard, pour partie, du volet pénal de l'article 6, mais également au regard de l'article 8 au sujet d'une saisie et d'une visite domiciliaire effectuée²⁰⁶³. L'existence de l'ingérence n'avait alors pas été contestée par le gouvernement défendeur au regard du droit au respect de la vie privée, mais la Commission et la Cour à sa suite avaient ajouté le droit au respect du domicile²⁰⁶⁴.

an interference with the applicant company's rights under Article 1 of Protocol No. 1 and it remains to be decided whether these measures met the requirement of lawfulness, pursued a legitimate aim and were proportionate to the aim pursued ».

²⁰⁶¹ Voy. *supra*, Chapitre 5.

²⁰⁶² Voy. par exemple Cour EDH (déc.), 3 mai 2001, *J.B. c. Suisse*, n° 31827/96, CEDH 2001-III, spéc. §§ 47-50 ; *supra* Chapitre 5.

²⁰⁶³ Cour EDH, 25 février 1993, *Funke c. France*, n° 10828/84, Série A, § 48 : « Le Gouvernement concède qu'il y a eu atteinte au droit de M. Funke au respect de sa vie privée ».

²⁰⁶⁴ *Idem* : « (...) la Commission ajoute le droit au respect du domicile. La Cour considère que l'ensemble des droits garantis par l'article 8 par. 1 (art. 8-1) se trouve en cause, à l'exception du droit au respect de la vie familiale. Il échet, dès lors, de déterminer si les ingérences litigieuses remplissaient les conditions du paragraphe 2 (art. 8-2) ».

Dans une autre espèce du même jour, la Cour s'était uniquement prononcée au regard des garanties de l'article 8, jugeant inutile de se prononcer sur les griefs soulevés sur le fondement de l'article 6²⁰⁶⁵ tandis qu'il n'était même pas invoqué dans la troisième espèce²⁰⁶⁶. Les garanties procédurales étaient donc susceptibles de s'appliquer malgré l'exclusion postérieure du contentieux fiscal du volet civil par l'arrêt *Ferrazzini*. Pourtant, la Cour s'est par la suite appuyée sur cette protection du domicile pour contourner celle-ci. Dans l'arrêt *Ravon*, qualifié « d'onde de choc »²⁰⁶⁷, la Cour a relevé la nature « civile » du droit au respect du domicile, y compris dans le droit interne pertinent, pour contourner la jurisprudence *Ferrazzini*. Alors que la nature essentielle de l'obligation pour les individus et les entreprises de payer des impôts²⁰⁶⁸ n'est pas civile en dépit ses répercussions économiques, la protection du domicile elle l'est, même si elle permet la protection d'intérêts économiques face aux prérogatives fiscales de l'État.

830. La Cour a en effet préféré retenir que le contentieux en l'espèce, qui portait pourtant sur la contestation d'une perquisition ordonnée dans le cadre de soupçon de fraude fiscale, que cela ne relevait pas du « contentieux fiscal » mais sur « la méconnaissance ou par les autorités [du] droit au respect du domicile », dont le caractère civil est « manifeste »²⁰⁶⁹. En l'espèce, c'est donc l'applicabilité de l'article 8 qui permet d'établir, par voie d'interprétation conjointe, de contourner les critères d'applicabilité de l'article 6. Cette solution a été permise par le fait que la Cour avait déjà jugé dans l'arrêt *Funke* sans difficultés que l'article 8 était applicable en matière fiscale, la liberté individuelle du contribuable, professionnel ou non²⁰⁷⁰.

831. Cette solution traduit une instrumentalisation par la Cour de sa faculté d'adaptation des critères d'applicabilité de la Convention en matière économique, en choisissant discrétionnairement de confondre les champs d'application comme le contenu des droits substantiels et des droits procéduraux. Néanmoins, il en résulte un régime comme à un discours

²⁰⁶⁵ Cour EDH, 25 février 1993, *Crémieux c. France*, n° 11471/85, Série A, n° 256-B, § 42.

²⁰⁶⁶ Cour EDH, 25 février 1993, *Mialhe c. France (n° 1)*, n° 12661/87, Série A, n° 256-C.

²⁰⁶⁷ B. HATOUX, « Visites domiciliaires et droits de l'Homme : l'arrêt *Ravon*. 2^{ème} partie : l'onde de choc », *Revue de jurisprudence et des conclusions fiscales*, 2008, n° 6, pp. 552-560.

²⁰⁶⁸ Cour EDH (GC), 12 juillet 2001, *Ferrazzini c. Italie*, *op. cit.*, § 29.

²⁰⁶⁹ Cour EDH, 21 février 2008, *Ravon et autres c. France*, *op. cit.*, § 24.

²⁰⁷⁰ Les deux questions sont en effet indépendantes ; dans l'arrêt *Funke*, c'est le domicile personnel du requérant qui avait été l'objet de la visite dans le cadre de procédure ayant pour objet sa qualité propre de contribuable ; à l'inverse ; peu après l'arrêt *Ravon*, la Cour a par exemple rendu un arrêt dans une affaire impliquant une visite domiciliaire effectuée au siège d'une société commerciale ; Cour EDH, 20 novembre 2008, *Société IFB c. France*, n° 2058/04 ; cela peut également concerner des professionnels réglementés, et notamment les avocats ; Cour EDH, 24 juillet 2008, *André et autres c. France*, n° 18603/03.

sur l'action économique de l'État peu cohérent. Cela conduit tout d'abord à un découpage étonnant des prérogatives fiscales de l'État et de son pouvoir d'imposition, auxquels elle semblait pourtant attacher une importance particulière. Comme l'a souligné A. Mangiavillano dans sa thèse, cela conduit en effet à « méconnaître que le *jus tributi* de l'État ne se réduit pas à l'établissement de l'impôt, mais qu'il s'étend aussi, parce qu'elle lui est dissociable, à la lutte contre la fraude fiscale »²⁰⁷¹. Du reste, l'assimilation à un droit purement « civil », en écartant l'effet patrimonial de la procédure comme critère, paraît largement artificielle si l'on considère la portée de cette jurisprudence. En effet, dans la mesure où la Cour a interprété la notion de « domicile » comme incluant le siège d'activités économiques, qu'elles soient le fruit de personnes physiques ou de personnes morales comme des sociétés commerciales, l'article 6 § 1 est devenu applicable à tout un ensemble de procédures qui concernent uniquement des activités professionnelles ou commerciales²⁰⁷². En ayant adapté l'ensemble des critères sur le fondement d'une rationalité économique, la Cour ne parvient que difficilement à préserver une spécificité de la matière fiscale en termes d'applicabilité.

B. Le contournement ambivalent des droits procéduraux

832. Le phénomène de contournement est néanmoins ambivalent dans sa matérialisation. D'une part en effet, il conduit, dans un sens restrictif pour les requérants, à devoir réintégrer sous une autre forme la spécificité de certaines politiques étatiques qu'elle reconnaît dans le cadre des droits procéduraux (1). D'autre part, en revanche, il étend par ricochet considérablement la portée des garanties procédurales d'un point de vue *ratione personae* (2).

1. La procéduralisation comme contrepartie à l'extension du contrôle conventionnel

833. Cette solution étend au domaine fiscal une procéduralisation des garanties qui existait déjà dans le cadre de l'article 8, puisque la Cour avait déjà examiné à l'aune de garanties procédurales la question des écoutes téléphoniques. Elle avait alors jugé que l'article 8 était applicable dans toutes ses composantes, mais aussi que l'objectif poursuivi n'exonérait pas les

²⁰⁷¹ A. MANGIAVILLANO, *Le contribuable et l'État. L'impôt et la garantie constitutionnelle de la propriété (Allemagne-France)*, op. cit., p. 98.

²⁰⁷² Voy. Cour EDH, 10 novembre 2008, *Société IFB c. France*, n°2058/04.

États des « garanties adéquates et suffisantes de protection contre les abus »²⁰⁷³. Or, la Cour a clairement indiqué dans les arrêts *Funke*, *Crémieux* et *Miailhe* le souhait d'aligner le régime procédural des prérogatives fiscales de l'État sur celui dégagé dans l'arrêt *Klass*. Elle s'est en effet référée à ce dernier pour subordonner la régularité de la visite domiciliaire en matière fiscale à ce que « que [la] législation et [la] pratique en la matière offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus »²⁰⁷⁴.

834. Pourtant, le contenu de la procéduralisation traduit aussi la reconnaissance de la spécificité de ce domaine de l'activité économique de l'État. Certes, les modalités de cette reconnaissance diffèrent de celle opérée par l'arrêt *Ferrazzini*, dans lequel la Cour en avait rejeté l'applicabilité. Elle fait au contraire jouer le rapport de proportionnalité dans le cadre des droits substantiels. Ainsi, elle reconnaît tout d'abord la difficulté pour les États de recueillir des éléments de preuve en matière de « lutte contre l'évasion des capitaux et contre la fuite devant l'impôt (...) résultant de l'étendue et la complexité des réseaux bancaires et des circuits financiers ainsi que de multiples possibilités de placements internationaux, facilités par la relative perméabilité »²⁰⁷⁵. Elle poursuit en affirmant qu'elle « reconnaît donc qu'ils peuvent estimer nécessaire de recourir à certaines mesures, telles les visites domiciliaires et les saisies, pour établir la preuve matérielle de délits de change et en poursuivre le cas échéant les auteurs »²⁰⁷⁶ sous la réserve des garanties suffisantes issues de la jurisprudence *Klass*.

835. En d'autres termes, la légitimité de l'action étatique se répercute dans le refus d'une approche principielle des visites domiciliaires. Celles-ci ne sont pas condamnées dans leur principe, mais soumises dans leurs modalités au principe de procéduralisation. L'adaptation face à la complexité économique ne conduit pas à l'exclusion des garanties octroyées par la jurisprudence conventionnelle, mais à nouveau à une extension différenciée de ces dernières.

836. Cette solution a à la fois été étendue à d'autres procédures fiscales, et notamment celles fondées sur les dispositions réprimant le délit général de fraude fiscale²⁰⁷⁷, comme à d'autres

²⁰⁷³ Cour EDH (plén.), 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 50291/71, A 28, § 50.

²⁰⁷⁴ Cour EDH, 25 février 1993, *Funke c. France*, *op. cit.*, § 56 ; *Crémieux c. France*, *op. cit.*, § 39 ; *Miailhe c. France*, *op. cit.*, § 37.

²⁰⁷⁵ *Idem.*

²⁰⁷⁶ *Idem.*

²⁰⁷⁷ À partir de la décision Cour EDH (déc.), 8 janvier 2002, *Keslassy c. France*, n° 51578/99, CEDH 2002-I.

sphères de régulation économique²⁰⁷⁸, sans que le choix d'appliquer l'article 8 ou au contraire l'article 6 § 1 soit expliqué²⁰⁷⁹ ou compréhensible²⁰⁸⁰. La convergence de méthode comme de solution entre la Cour et les autres juridictions européennes semble alors patente et illustre cette tension entre spécificité et banalisation. Quelques années auparavant, le Conseil constitutionnel avait estimé que « l'exercice des libertés et droits individuels ne saurait en rien excuser la fraude fiscale ni en entraver la légitime répression ; qu'ainsi, dans leur principe, les dispositions de l'article 89 ne peuvent être critiquées » mais « les nécessités de l'action fiscale » ne pouvaient notamment conduire à l'exclusion de l'intervention de l'autorité judiciaire²⁰⁸¹. Cette distinction entre la légitimité d'un principe à l'aune de considérations économiques et l'encadrement des modalités de réalisations malgré les considérations économiques est une « exigence constitutionnelle très répandue », selon les termes d'A. Mangiavillano, et que l'adaptation résulte d'une « tension dialectique »²⁰⁸². La procéduralisation des obligations étatiques en la matière a alors contribué à l'extension du contrôle comme à la légitimation de la lutte contre la fraude fiscale, contribuant de manière paradoxale à l'effectivité de l'un comme de l'autre.

2. L'extension en dehors du cadre *ratione personae* du « procès »

837. En recourant aux droits substantiels, la Cour facilite également l'intégration dans le champ conventionnel de procédures qui sont fréquentes en matière économique mais qui s'intègrent mal dans le cadre textuel initial. Cela permet en effet de dépasser la notion de « juridiction » dont on a vu que, si elle n'est plus nécessairement une condition d'applicabilité des droits procéduraux, elle conduit à une focalisation sur le traitement juridictionnel postérieur

²⁰⁷⁸ Voy. en matière de droit de la concurrence : Cour EDH, 21 mars 2017, *Janssen Cilag SAS c. France*, n° 33931/12, ou bien encore en matière de protection de la transparence des marchés financiers, Cour EDH, 9 novembre 2010, *Société internationale de règlement c. France*, n° 52149/08.

²⁰⁷⁹ L'exemple précité en matière concurrentielle est à cet égard particulièrement édifiant. Les visites domiciliaires en matière de droit de la concurrence françaises, toutes adoptées sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce, en effet alternativement été examinée sous l'angle de l'article 6 § 1 et de l'article 8 : Cour EDH, 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, n° 29408/08 ; Cour EDH, 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie civil et services c. France*, n° 63629/10.

²⁰⁸⁰ Voy. pour une procédure de saisie fondée sur la même disposition, alors que les articles 6 § et 8 étaient invoqués Cour EDH, 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie civil et services c. France*, *op. cit.*, § 47 : La Cour affirme alors que « les griefs, concernant le déroulement des mesures litigieuses et leur contrôle juridictionnel, portent principalement sur le droit au respect du domicile, de la vie privée et du secret des correspondances relevant notamment de la confidentialité qui s'attache aux relations entre un avocat et son client et doivent être analysés sous l'angle du seul article 8 de la Convention, lequel comprend également un volet procédural ».

²⁰⁸¹ Cons. const., 29 décembre 1983, n° 83-164 DC du, *Loi de finances pour 1984*, cons. 27 et 28.

²⁰⁸² M. T. SOLER ROCH, « Deberes tributarios y derechos humanos », *Rev. tec. tribut.*, 1995, n° 30, pp. 101-115, spéc. p. 101, in A. MANGIVILANO, « La Cour européenne et la garantie juridictionnelle de l'inviolabilité du domicile en matière fiscale (harmonies et discordes dans les dialogues des juges de l'impôt) », *RIDC*, 2009, n° 1, pp. 93-145, spéc. p. 103.

à une phrase administrative (a). Par ailleurs, elle permet aussi de préserver les droits des opérateurs économiques qui subissent l'action de l'État même s'ils n'étaient pas initialement visés, élargissant ainsi les destinataires de la « procédure » (b).

a. L'enrichissement de l'auteur de la procédure

838. L'un des inconvénients des droits procéduraux dans le texte conventionnel est qu'ils ont été pensés autour de la notion de procès. Or, les procédures administratives sont très importantes en matière économique. Initialement liées à la matière fiscale, elles se sont considérablement développées sous l'effet de la dévolution de l'activité de régulation économique à des autorités administratives²⁰⁸³. L'absence de garantie procédurale explicite dans le texte de l'article 1P1 est alors susceptible de jouer, en termes d'applicabilité, au bénéfice des opérateurs économiques. L'effectivité de la garantie du droit au respect des biens implique en effet que soit offerte aux opérateurs une « *reasonable opportunity of presenting their case to the responsible authorities* »²⁰⁸⁴. Or, la notion d'autorité est plus large que celle de juridiction, et cela conduit la Cour, afin de contrôler le respect de cette garantie, à adopter « *a comprehensive view must be taken of the applicable judicial and administrative procedures* »²⁰⁸⁵. Certes, l'examen est alors global, les garanties entourant la procédure juridictionnelle étant susceptibles de contrebalancer les défauts de la procédure administrative préalable, d'une manière similaire aux solutions retenues dans le cadre des droits procéduraux *stricto sensu*²⁰⁸⁶.

839. Le bénéfice est d'autant plus incontestable que le contenu des garanties est par ailleurs très similaire à celui qui découle de ceux-ci. Peuvent ainsi être contestés la longueur d'adoption ou d'exécution d'une décision juridictionnelle, mais également celle d'une décision administrative, comme celle de verser une indemnisation ou de restituer un bien immobilier²⁰⁸⁷, ou encore de celle d'une procédure de sauvegarde d'une société ordonnée par une juridiction nationale²⁰⁸⁸. Cela peut aussi consister dans l'obligation de laisser un temps d'adaptation aux opérateurs qui dépendaient de la licence retirée pour leur survie, notamment quand ce retrait

²⁰⁸³ Voy. *supra*, Chapitre 5.

²⁰⁸⁴ Cour EDH, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 134.

²⁰⁸⁵ *Idem.*

²⁰⁸⁶ Voy. *supra*, Chapitre 5.

²⁰⁸⁷ Cour EDH, 28 mai 2013, *Nedelcheva et autres c. Bulgarie*, n° 5516/05, §§ 75-76.

²⁰⁸⁸ Cour EDH, 25 octobre 2011, *Saggio c. Italie*, n° 41879/98.

n'est pas la conséquence d'une violation de la loi qui leur serait imputable²⁰⁸⁹, du droit pour les dirigeants d'une société de participer et le cas échéant d'objecter aux mesures envisagées à l'encontre de cette dernière²⁰⁹⁰.

840. Néanmoins, la différence de fondement juridique conduit la Cour à un examen plus approfondi de la procédure administrative, à la lueur de l'exigence procédurale comme de la spécificité des opérations d'administration ou de régulation de l'économie. La Cour peut ainsi contrôler l'existence de procédures alternatives ou aux modalités distinctes à même de concilier ces deux objectifs contradictoires. Dans l'affaire *Capital Bank*, par exemple, la Cour a sanctionné la notification très tardive du retrait du licence à l'opérateur, puisque celle-ci intervient une fois la décision déjà adoptée. La Cour rejette alors les arguments liés à l'impact potentiel d'une procédure plus respectueuse des droits de la défense sur la situation économique de l'établissement bancaire concerné et par rapport à l'objectif de préservation de la stabilité du système bancaire de l'État défendeur. La Cour s'appuie sur ce que les difficultés financières de la société requérantes étaient déjà connues du public et qu'une procédure de révocation complète aurait pu être menée de manière confidentielle et au moyen de mesures provisoires²⁰⁹¹.

841. Dès lors, malgré l'interprétation large et l'adaptation très large du texte conventionnel à l'évolution de l'action économique des opérateurs comme de la puissance publique, ce dernier demeure un élément de contrainte qui limite la faculté d'adaptation par la Cour des garanties conventionnelles. Néanmoins, en rattachant ce type d'obligations procédurales, la Cour a contribué à rapprocher le standard conventionnel des clauses de *due process* de la Constitution américaine, dans le cadre desquelles les obligations sont à la fois liées à des intérêts substantiels et déconnectées de la notion de procès. Certes, du point de vue du résultat en droit positif, il demeure plus limité que les standards découlant par exemple des traités de protection des

²⁰⁸⁹ Cour EDH, 13 janvier 2015, *Vékony c. Hongrie*, n° 65681/13, § 35: « *the very short period provided to licence holders to make adequate arrangements to respond to the impending change to their source of livelihood was not alleviated by any positive measures on behalf of the State, for example, the adoption of a scheme of reasonable compensation. Moreover, it has not been suggested that the applicant, although his family enterprise was active in the lawful selling of products harmful for the health, was in any breach of the law* ».

²⁰⁹⁰ Cour EDH, 21 décembre 2017, *Feldman et Slovyanskyy Bank c. Ukraine*, n° 42758/05, § 58.

²⁰⁹¹ *Idem*, § 137 : « *As regards the potential concern of a run on the applicant bank as a result of the negative publicity which a revocation procedure might generate, the Court notes that by the time the BNB decided to withdraw the licence, the public must have already been amply aware that the bank was experiencing difficulties. Moreover, such a procedure could have been confidential and closed to the public. The procedure could also have been expedited, so as to avoid the damaging consequences of any undue delay. It could also be contemplated that, if the case was considered urgent, the BNB could have provisionally suspended the bank's licence pending the examination of the bank's objections and representations before taking its final decision* ».

investissements ou du droit de l'Union. Dans le premier cas, l'investisseur bénéficie des garanties du traitement juste et équitable, peu important la nature en droit interne de la procédure envisagée, dès lors que les conditions d'applicabilité du traité sont établies²⁰⁹². Dans le second cas, la Charte énonce désormais un droit à la bonne administration qui n'est pas restreint aux questions juridictionnelles²⁰⁹³.

842. Mais tous ces éléments de comparaison conduisent en réalité à mettre en lumière l'adaptation importante qu'a réalisée la Cour du texte conventionnel. Dans ces autres ordres juridiques en effet, soit les normes ne restreignent pas explicitement le champ des obligations procédurales, soit elles l'intègrent de manière plus large²⁰⁹⁴. Dans d'autres cas encore, aucun texte n'édicte aucune obligation, comme c'était initialement dans l'ordre communautaire, ce qui a permis à la Cour de justice de reconnaître l'ampleur des pouvoirs attribués à la Commission en matière économique et d'y imposer plusieurs obligations²⁰⁹⁵, désormais textuellement consacrées à l'article 41. La motivation adoptée par la Cour de justice illustre d'ailleurs la nécessité d'adapter les droits fondamentaux à une nouvelle réalité, puisque cette solution était fondée sur l'octroi de pouvoir importants de décision ou de régulation à des autorités administratives en matière économique²⁰⁹⁶.

b. L'élargissement de la garantie au-delà du destinataire de la procédure

843. De même, l'intégration des garanties par le truchement du droit substantiel permet d'intégrer dans le champ conventionnel des hypothèses dans lesquelles l'opérateur, qui subit l'action économique de l'État, n'en était pas le destinataire mais que celle-ci affecte par ricochet. C'est notamment le cas dans l'ensemble des affaires qui affectent les « tiers ». Le volet pénal de l'article 6 est alors par exemple inapplicable, puisqu'il ne vise que « toute accusation en

²⁰⁹² Les clauses prévoient généralement une obligation de traitement de la part de l'État, ce qui implique, en vertu des règles internationales régissant l'attribution d'actes à l'État, que l'obligation couvre les actes de toute autorité, qu'elle relève de la branche exécutive, législative ou juridictionnelle.

²⁰⁹³ L'article 41 § 1, intitulé « droit à une bonne administration », de la CFDEU dispose en effet que « [t]oute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union ».

²⁰⁹⁴ Le Cinquième amendement n'est en effet pas cantonné à la propriété, mais comprend également la privation de la vie (« life ») ou de la liberté (« liberty »), ce dernier champ permettant d'inclure une variété de situations, et notamment le droit au respect de la vie privée et du domicile.

²⁰⁹⁵ CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München c. Hauptzollamt München-Mitte*, C-269/90, § 14 ; la procédure concernait l'octroi d'une franchise douanière.

²⁰⁹⁶ *Idem*, § 14 : « [M]ais, dans les cas où les institutions de la Communauté disposent d'un tel pouvoir d'appréciation, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale (...) ».

matière pénale dirigée contre elle ». Or, par définition, le tiers faisant l'objet d'une accusation est susceptible d'avoir conclu des contrats visant, par exemple, à la cession de biens acquis frauduleusement. Or, la saisine d'un bien du fait de procédures visant un tiers constitue une atteinte au droit au respect de son détenteur au moment de la saisie, indépendamment de sa qualité de complice ou d'auteur de l'infraction. Cela explique par exemple que la Cour ait accepté de contrôler la satisfaction des garanties procédurales dans l'affaire *Agosi*, laquelle concernait la confiscation de biens mobiliers par les douanes du Royaume-Uni en raison de leur importation frauduleuse par son cocontractant²⁰⁹⁷. La Cour opéra en effet un tel contrôle alors qu'elle avait jugé le volet pénal de l'article 6 inapplicable dans la mesure où la société requérante n'était pas la personne poursuivie, même si elle avait « pâti, dans ses droits patrimoniaux, de mesures qui avait entraîné l'inculpation de tiers »²⁰⁹⁸.

844. Le raisonnement est extensible à l'ensemble des droits matériels. Il en va également, toujours en matière pénale, de la saisie de données bancaires d'individus ayant entretenu des relations d'affaires avec une personne physique ou morale qui est, elle, poursuivie. C'était le cas dans l'affaire *M.N. c. Saint Marin*, par exemple. Plusieurs individus et sociétés étaient ainsi poursuivies pour diverses infractions, notamment pour blanchiment d'argent et trafic d'influence dans le domaine financier. Les requérants n'avaient été affectés qu'indirectement par la procédure ; ils n'étaient pas poursuivis, ni comme auteurs d'une infraction, ni pour complicité, mais l'État italien avait demandé et obtenu l'assistance de l'État de Saint-Marin dans la collecte d'informations bancaires qui permettrait d'établir la véracité des infractions incriminées. En vertu d'une commission rogatoire, les autorités de l'État défendeur avaient procédé à la saisie de données bancaires relatives à des comptes qu'ils détenaient auprès d'établissements bancaires. Dans la mesure où les données bancaires relèvent du droit au respect de la vie privée, la Cour juge l'article 8 applicable et constate une ingérence. La cour rejette au contraire les prétentions fondées sur l'article 6, qui était également invoqué par les requérants, précisément en raison de l'absence de poursuites dirigées contre eux – à tout le moins au stade de la décision²⁰⁹⁹. Cette affaire a par ailleurs mis en lumière l'intérêt de cette

²⁰⁹⁷ La Cour s'est contentée de constater que « La confiscation des kruegerrands introduits en contrebande a constitué une ingérence dans la jouissance du droit de la requérante au respect de ses biens, protégé par la première phrase de l'article 1 (P1-1); la chose n'a pas prêté à discussion » ; Cour EDH, 24 octobre 1986, *Agosi c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 49.

²⁰⁹⁸ *Idem*, § 65.

²⁰⁹⁹ Cour EDH, 7 juillet 2015, *M. N. c. Saint-Marin*, *op. cit.*, § 98 : « *In the present case, to date, there is no suggestion that criminal proceedings have been initiated, or are even being considered, against the applicants in San Marino. The complaint is, thus premature and, is therefore, inadmissible for non-exhaustion of domestic remedies, pursuant to Article 35 §§ 1 and 4 of the Convention* ».

applicabilité différenciée, puisque les requérants se plaignaient notamment de pas bénéficier de garanties comparables à celles des personnes poursuivies ou aux établissements bancaires et financiers qui détiennent les comptes concernés²¹⁰⁰.

§2. L'enrichissement de la fonction des droits substantiels

845. Conçu sur un modèle négatif, les droits substantiels ont avant tout pour fonction de préserver une sphère de liberté individuelle face à l'action de l'État. Si les obligations positives ont contribué à permettre de sanctionner l'absence de l'action de l'État, les obligations procédurales²¹⁰¹ ont permis le développement, au nom de la préservation des droits individuels, de normes qui encadrent davantage la manière dont l'État adopte des décisions que les effets de leur contenu de celles-ci sur la sphère de liberté individuelle.

846. Procédant donc d'une finalité commune, ces deux types d'obligations ne poursuivent pas nécessairement des fonctions identiques. Plutôt qu'en examen du choix de la substance ou du fond²¹⁰² des droits, ils se transforment en obligation comportementale²¹⁰³. L'intégration d'obligations procédurales se traduit en effet par une évolution de leur fonction en matière économique, à travers le développement d'un principe de bonne gouvernance (A) et d'un encadrement des processus décisionnels (B).

A. L'allocation des ressources, fondement d'un principe de bonne gouvernance

847. Le principe de gouvernance dégagé par la Cour repose sur l'idée, désormais explicitée, d'une allocation efficace des ressources publiques (1), de même qu'il permet en réalité l'opposition du principe de l'interdiction de l'enrichissement sans cause (2).

²¹⁰⁰ *Idem*, § 80.

²¹⁰¹ Les unes et les autres ne se recoupent qu'imparfaitement, une obligation procédurale pouvant être négative ou positive ; voy. cependant *contra*, N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 681 p., pp. 92-111 et p. 142, qui y voit un critère certes « problématique » mais en fait un élément de définition de la procéduralisation.

²¹⁰² Envisagé comme le « bien fondé des prétentions » ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 467.

²¹⁰³ P. WACHSMANN, « Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2010, n° 38, pp. 2138-2146.

1. Un fondement économique

848. La Cour a jugé pour la première fois dans l'arrêt *Beyeler*, dans lequel était alléguée une violation de l'article 1P1, que « les pouvoirs publics sont tenus de réagir en temps utile, de façon correcte et avec la plus grande cohérence »²¹⁰⁴. Ainsi formulée, cette obligation semblait pouvoir investir tous les champs du domaine conventionnel, et ne pas entretenir de lien particulier avec le domaine économique. Pourtant, force est de constater qu'elle n'est soulevée par la Cour presque uniquement dans le cadre de raisonnements impliquant l'article 1P1²¹⁰⁵. Par ailleurs, lorsqu'elle ne l'est pas, elle a souvent trait à des questions qui s'y rattachent. Dans l'affaire *Bigaeva*, par exemple, l'article 8 était invoqué et non le droit au respect des biens. Néanmoins, il s'agissait d'une atteinte à la vie privée du fait d'une ingérence incohérente dans l'activité professionnelle de la requérante, ce qu'a explicitement rappelé la Cour en jugeant que « ce comportement des autorités compétentes a manqué de cohérence et de respect pour la personne et la vie professionnelle de la requérante et a ainsi porté atteinte à son droit à la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention »²¹⁰⁶.

849. Ce lien a ensuite été doublement confirmé. La Cour a en effet jugé, uniquement à ce jour dans des décisions rédigées en langue anglaise²¹⁰⁷ et, curieusement, uniquement dans des affaires concernant des pays d'Europe centrale et de l'Est²¹⁰⁸, que cette obligation découlait du principe de « *good governance* »²¹⁰⁹. Or, comme le relève P. Bodeau-Livinec, le principe de « bonne gouvernance » est à la fois d'origine juridique et extra-étatique²¹¹⁰. De fait, si la notion de « *governance* » a émergé dans l'ensemble des sciences sociales au début du XX^{ème} siècle, notamment en matière économique²¹¹¹, elle ne figurait pas dans les instruments de protection des droits fondamentaux et se déploie dans de multiples domaines. M. Jacob et S. W. Schill ont

²¹⁰⁴ Cour EDH (GC), 5 janvier 2000, *Beyeler c. Italie*, *op. cit.*, § 120.

²¹⁰⁵ La base des données de la Cour fait en effet apparaître d'autres droits, mais qui sont parfois invoqués dans la même requête, mais l'obligation n'est alors rappelée que dans le raisonnement consacré à l'article 1P1.

²¹⁰⁶ Cour EDH, 28 mai 2009, *Bigaeva c. Grèce*, *op. cit.*, § 35 (nous soulignons).

²¹⁰⁷ Il n'apparaît en effet expressément que dans des décisions rédigées en langue anglaise. Néanmoins, beaucoup de décisions rédigées en langue française s'appuient matériellement sur une obligation au contenu identique, le contenant n'étant alors simplement pas nommé.

²¹⁰⁸ Nommément, l'Albanie, la Croatie, la Lituanie, La Pologne, la Serbie, la Slovénie et l'Ukraine.

²¹⁰⁹ Voy. par exemple Cour EDH, 15 septembre 2009, *Moksal c. Pologne*, n° 10373/05, § 51 ; Cour EDH, 31 mai 2016, *Vukusić c. Croatie*, n° 69735/11, § 64.

²¹¹⁰ P. BODEAU-LIVINEC, « Le droit administratif global et l'organisation de la bonne gouvernance », C. BORIES, *Un droit administratif global ? A Global Administrative Law*, Paris, Pedone, 2011, 393 p., pp. 219-235, spéc. p. 221.

²¹¹¹ J. CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme ? », *Revue française d'administration publique*, 2003, vol. 1, n° 105-206, pp. 203-217, p. 205.

d'ailleurs montré comment la promotion de cette interaction a largement été le fruit des approches institutionnalistes de l'économie²¹¹², et du mouvement « *law & development* »²¹¹³. Divers travaux d'organisations et d'institutions internationales agissant en matière économique, même s'ils ne sont pas toujours dotés d'une portée normative, ont tracé un lien entre la nécessité d'une « bonne gouvernance » pour permettre le développement économique et le bon fonctionnement des marchés²¹¹⁴. D'autre part, non seulement ce motif n'a été soulevé par la Cour qu'à l'occasion de litiges économiques, mais cette-dernière a également jugé que « in the context of property rights, particular importance must be attached to the principle of good governance »²¹¹⁵. Dans d'autres décisions, la fondamentale du droit de propriété est expressément affirmée puisque le principe est jugé important « *in particular when the matter affects fundamental human rights such as those involving property* »²¹¹⁶. Dans l'affaire *Rysovskyy*, la Cour a encore accru le fondement économique de ces obligations, puisqu'elle a jugé que « *it is incumbent on the public authorities to put in place internal procedures which enhance the transparency and clarity of their operations, minimise the risk of mistakes and foster legal certainty in civil transactions affecting property interests* »²¹¹⁷.

2. Une fonction économique

850. Le développement d'une telle obligation permet à la Cour d'encadrer divers comportements attribuables aux autorités publiques en les jugeant illicites indépendamment de la validité substantielle du choix économique initial dont ils procèdent. Ainsi, elle peut conduire à sanctionner la réaction tardive de l'État, comme c'était le cas lors de sa consécration dans

²¹¹² R. POSNER, « Creating a Legal Framework for Economic Development », The new law and economic development : a critical appraisal », in M. JACOB, S. W. SCHILL, « Chapter 8. Standards of Protection. I. Fair and Equitable Treatment : Content, Practice and Method », in M. BUNGENBERG *et al.*, *International Investment Law, op. cit.*, pp. 699-763, spéc. pp. 754-758.

²¹¹³ *Idem.*

²¹¹⁴ Banque Mondiale, *Governance and development*, 1992, p. 28 : « *Some elements of the rule of law are needed to create a sufficient stable setting for economic actors-entrepreneurs, farmers, and workers- to assess economic opportunities and risks, to make investments of capital and labor, to transact business with each other, and to have reasonable assurance or recourse against arbitrary interference or expropriation. This connection of the rule of law with efficient use of resources and productive investment, which must be understood and dealt with in highly specific and differentiated cultural and political settings, is the aspect most important to economic development, and hence to World Bank assistance* », in M. JACOB, S. W. SCHILL, « Chapter 8. Standards of Protection. I. Fair and Equitable Treatment : Content, Practice and Method », *op. cit.*, p. 759.

²¹¹⁵ Cour EDH, 15 septembre 2009, *Moskal c. Pologne*, n° 10373/05, § 51 ; cette formule a été réitérée récemment : Cour EDH, 26 avril 2018, *Čakarevic c. Croatie*, n° 48921/13, § 84.

²¹¹⁶ Cour EDH, 16 mai 2013, *Maksymenko et Gerasymenko c. Ukraine*, n° 49317/07, § 63 ; (déc.), 8 octobre 2013, *Lawyer Partners A.S. c. Slovaquie*, n° 51550/07, § 87

²¹¹⁷ Cour EDH, 20 octobre 2011, *Rysovskyy c. Ukraine*, n° 29979/04, § 70 (nous soulignons).

l'affaire *Beyeler*. La Cour n'avait alors pas sanctionné la réappropriation par l'État du bien du requérant en tant que telle, mais le fait qu'il ait soulevé des irrégularités près de cinq ans après en avoir obtenu connaissance²¹¹⁸. Plus encore, elle peut conduire à sanctionner la manière incohérente avec laquelle une politique est mise en œuvre, toujours sans que la Cour n'en remette en question la légitimité. Cela explique qu'elle ait par exemple constaté des violations de l'article 1P1 dans le cadre de politique de restitution de biens, mises en œuvre par les anciens États communistes lors de la transition vers l'économie de marché. Ainsi, dans l'affaire *Broniowski*, c'est l'échec de l'État à « concrétiser un droit conféré » par la législation nationale qui a fondé la violation²¹¹⁹. D'ailleurs, même la question du niveau de l'indemnisation effectivement versée au requérant au jour de l'arrêt est envisagée par rapport à l'écart qu'il traduit avec le droit consacré dans l'ordre interne ainsi qu'avec d'autres bénéficiaires, et non au regard d'un critère matériel qui aurait été dégagé par la Cour²¹²⁰. Dans ce type de situations, la Cour se réfère systématiquement à l'incertitude dans laquelle cela plonge le titulaire du droit invoqué.

851. Or, la lutte par le droit contre cette incertitude qui est au cœur de certaines approches économiques normatives de la fonction du droit et du juge. Certes, pour R. Posner, le juge doit prescrire la solution qui permet la meilleure allocation des ressources²¹²¹. F. Hayek jugeait en revanche que son rôle se limitait à « soutenir les anticipations » des acteurs économiques en assurant la prééminence du droit²¹²². En ce sens, la jurisprudence de la Cour comme *résultat* converge avec cette appréhension économique. Elle en diffère toujours comme *processus*. La Cour maintient en effet une approche « auto-référentielle », puisqu'elle oppose cette incertitude à des principes traduisant une rationalité juridique, comme l'État de droit ou la prééminence du droit²¹²³.

²¹¹⁸ Cour EDH (GC), 5 mai 2000, *Beyeler c. Italie*, *op. cit.*, § 120 ; la Cour sanctionne le fait que les autorités aient reproché au requérant des irrégularités qui ont servi à saisir l'un de ses biens près de cinq ans auparavant ;

²¹¹⁹ Cour EDH (GC), 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, *op. cit.*, § 183.

²¹²⁰ *Idem*, § 186.

²¹²¹ R. A. POSNER, « A theory of negligence », *Journal of Legal Studies*, 1972, vol. 1, n° 1, pp. 29–96.

²¹²² F. von HAYEK, *Droit législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2013, 948 p., pp. 272-278 : « la fonction du juge a pour seul cadre un ordre spontané », et elle se limite à maintenir un « ordre qui fonctionne sans que personne en ait eu le dessein » ; voy. déjà F. von HAYEK, « The use of knowledge in society », *American Economic Review*, 1945, vol. 35, n°4, pp. 519-530, cité in F. MARTY, « Les droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'efficacité économique : une application à la politique de la concurrence », in H. HURPY, S. TORCOL (dir.), *Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché*, Toulon, 2015, 167 p., pp. 7-22, spéc. p. 12, disponible à <https://journals.openedition.org/revdh/2957?file=1> (consulté pour la dernière fois le 10 octobre 2019) ;

²¹²³ Cour EDH, 30 mai 2000, *Carbonara et Ventura c. Italie*, n° 24638/94, CEDH 2000-VI, § 40.

852. Elle permet également de sanctionner les manœuvres dolosives des autorités publiques, comme le fait pour une agence de régulation de laisser penser dans sa communication avec une société qu'elle pourrait conserver ses licences d'exploitation si elle se conformait à ses instructions, alors qu'elle a *in fine* et malgré le comportement de ladite société procéder au retrait de ces dernières²¹²⁴. Plus généralement, cette obligation permet à la Cour d'appliquer à l'État la théorie de l'enrichissement sans cause, auquel elle se réfère désormais parfois explicitement²¹²⁵. Le principe est ancien et amène la Cour à examiner non pas si le choix économique effectué était légitime au regard de l'article 1P1, mais s'il n'a pas permis à l'administration de retirer un bénéfice économique de ses propres torts. Cela l'a par exemple très tôt conduite à condamner la théorie de l'expropriation indirecte en droit italien. Dans l'arrêt de principe, *Carbonara et Ventura*, la Cour avait de manière modérée émis « des réserves sur la compatibilité avec le principe de légalité d'un mécanisme qui, de manière générale, permet à l'administration de tirer bénéfice d'une situation illégale »²¹²⁶. Les arrêts plus récents analysent expressément le bénéfice économique retiré. Dans l'arrêt *Guiso-Gallisay*, la Cour a ainsi relevé que « le mécanisme de l'expropriation indirecte permet[tait] à l'administration de tirer parti de son comportement illégal, et que le prix à payer n'est que de 10% plus élevé que dans le cas d'une expropriation en bonne et due forme » et qu'elle « [avait] pu s'approprier le terrain au mépris des règles régissant l'expropriation en bonne et due forme, et, entre autres, sans qu'une indemnité soit mise en parallèle à la disposition des intéressés »²¹²⁷. De la même manière, le fait pour une société de se voir refuser, par l'application d'une loi nouvelle, une hausse de subvention à l'investissement, alors qu'elle remplissait les conditions exigées par la loi en vigueur antérieure du seul fait de la lenteur de l'administration dans l'accomplissement des formalités nécessaires est susceptible d'entraîner la violation de l'article 1P1, d'autant plus si le retard semble délibéré en vue de favoriser l'application de la nouvelle législation au bénéfice des finances publiques²¹²⁸.

²¹²⁴ Cour EDH, 8 avril 2008, *Megadat.com Srl c. Moldova*, n° 21151/04, §§ 71-72.

²¹²⁵ Cour EDH, 15 septembre 2009, *Moskal c. Pologne*, *op. cit.*, § 73.

²¹²⁶ Cour EDH, 30 mai 2000, *Carbonara et Ventura c. Italie*, *op. cit.*, § 66.

²¹²⁷ Cour EDH, 8 décembre 2005, *Guiso-Gallisay c. Italie*, *op. cit.*, §§ 91 et 94 (nous soulignons).

²¹²⁸ Cour EDH, 18 mai 2010, *Plalam S.P.A. c. Italie*, n° 16021/02, §§ 50-51 ; la Cour note que « [l]a réticence de l'administration à procéder au versement du solde dans la perspective d'appliquer le moment venu une réglementation alors en cours d'élaboration et défavorable à la requérante est par ailleurs confirmée par les autorités elles-mêmes, et notamment par la note du ministère des Activités productives du 26 janvier 2005, d'où il ressort que les procédures concernant la subvention des dépenses supplémentaires étaient de facto suspendues, dans l'attente des décisions du Gouvernement et du Parlement en la matière ».

853. Malgré cette affirmation claire du principe, la décision de la Cour dans cette affaire est paradoxale et traduit une certaine hésitation à lui faire produire tous ses effets juridiques non seulement dans l'ordre interne, mais également dans le cadre du mécanisme conventionnel. La Cour a en effet, dans cette même affaire, réintroduit au stade de la satisfaction équitable le bénéfice qu'elle juge illicite au moment de statuer sur l'existence d'une violation des dispositions conventionnelles²¹²⁹.

854. C'est enfin l'erreur de l'État qui peut être sanctionnée, et plus précisément le fait pour l'État de revenir sur une décision d'octroi d'une aide ou d'un privilège. Cette obligation d'agir de manière cohérente n'est pas absolue, puisqu'elle n'interdit pas l'erreur étatique. Par exemple, le fait pour l'État d'octroyer une aide par erreur à un individu et de procéder, une fois l'erreur découverte, au retrait de ladite aide n'entraîne pas *ipso facto* la violation de l'article 1P1. Or, la Cour a fondé ce caractère relatif sur des motifs de justice matérielle en matière économique et sociale. Outre la théorie de l'enrichissement sans cause, et la question particulière de l'égalité vis-à-vis des autres contributeurs aux mécanismes de redistribution sociale, elle a jugé que retenir le contraire « *would amount to sanctioning an inappropriate allocation of scarce public resources, which in itself would be contrary to the public interest* »²¹³⁰.

855. Cette « interdépendance »²¹³¹ indépassable entre les droits substantiels et droits procéduraux est également perceptible dans les obligations qui ont pour objet d'encadrer la manière dont sont déterminés les motifs des décisions étatiques en matière économique, démontrant une fois de plus le caractère parfaitement « banalisé »²¹³² du contrôle par la Cour de la bonne gouvernance des États en la matière.

²¹²⁹ On rappellera en effet que le choix par la Cour du jour de la certitude pour le requérant d'avoir perdu son droit en raison l'expropriation illégale, et non la valeur actuelle du bien. Cela revient alors à permettre à l'État de conserver le bénéfice de la valorisation du bien à laquelle il a procédé alors que son appropriation était illégale. Voy. *supra*, Chapitre 2.

²¹³⁰ Cour EDH, 15 septembre 2009, *Moskal c. Pologne*, n° 1037305, § 73 ; la formule est également employée par la Cour au stade de l'évaluation du but légitime du test de proportionnalité substantiel ; voy. Titre IV (par exemple Cour EDH, 31 mai 2016, *Vukusić c. Croatie*, n° 69735/11).

²¹³¹ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 401.

²¹³² J.-F. FLAUSS, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de démocratie administrative », *RFPA*, 2011, n° 1, pp. 57-58.

B. L'encadrement variable des processus décisionnels en matière économique

856. Hors les cas où la rationalisation ne provient plus de la cohérence avec le droit interne, la Cour peut constater une violation des dispositions conventionnelles du fait de l'absence de respect des procédures directement établies par le droit interne²¹³³. Cette rationalisation peut être de nature verticale, et encadrer les processus décisionnels des autorités dans la poursuite de l'intérêt général (1), ou de nature horizontale, en obligeant l'État à fournir un cadre approprié aux relations économiques privées (2).

1. La rationalisation verticale

857. Au moment d'examiner l'intérêt général poursuivi par les autorités étatiques, la Cour peut recourir à la procéduralisation pour examiner, non pas la légitimité du contenu du choix effectué par rapport à l'ordre conventionnel, mais au contraire la manière dont son existence a été établie (a). Le caractère relatif de cette obligation démontre par ailleurs qu'elle est mise en balance avec la nécessité de ne pas paralyser l'action étatique en matière économique qui se traduit par la sanction variable de sa méconnaissance (b).

a. L'obligation positive d'élaboration d'un processus décisionnel rationnel

858. Les obligations procédurales imposées au titre des droits substantiels garantis par la Convention concernent également le processus de décision en matière économique. Dans cette hypothèse, l'obligation ne concerne pas, contrairement à la rationalité des droits procéduraux, l'évaluation *ex post* de la décision par les juridictions nationales mais bel et bien l'adoption de la décision *ex ante* par les autorités nationales législative ou exécutive. Cela est particulièrement vrai dans les hypothèses dans lesquelles la décision de l'État concerne l'autorisation ou les conditions d'exploitation et les externalités négatives qu'elle est susceptible de produire. La récurrence du contentieux devant la Cour à ce sujet montre d'ailleurs la difficulté, dans le fonctionnement réel du système économique, de parvenir à une solution transactionnelle du coût social de l'activité économique comme le prônait R. Coase, selon lequel l'intervention de

²¹³³ Voy. par exemple Cour EDH (GC), 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, *op. cit.*, §§ 59-60.

l'ordre juridique devait se cantonner à la détermination des droits de propriété en cause²¹³⁴. Les requérants recherchent au contraire l'intervention et l'arbitrage des autorités publiques.

859. Initialement, le lien entre obligations positives et encadrement du processus décisionnel était hésitant. Dans l'arrêt *López-Ostra*, la Cour avait énoncé, au sujet de l'autorisation de l'exploitation d'une station d'épuration, l'obligation d'adopter des mesures « raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu » afin de respecter « le juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ». À ce titre, elle avait vaguement reconnu que les « obligations positives p[ouvaient] jouer *un certain rôle* dans la recherche de l'équilibre voulu »²¹³⁵, mais elle a par la suite explicité ces exigences.

860. Dans l'affaire *Zammit Maempel c. Malte*, la Cour était saisie par des propriétaires qui contestaient l'octroi de permis de tirage de feu d'artifices pour des fêtes communales. Cette tradition maltaise générait selon l'État défendeur « *substantial economic activity, with a huge positive impact on the economy of the country* »²¹³⁶. En appliquant au cas d'espèce l'obligation dégagée dans l'arrêt *López-Ostra*, la Cour a jugé que « a governmental decision-making process concerning issues of cultural, environmental and economic impact *such as in the present case must necessarily involve appropriate investigations and studies in order to allow them to strike a fair balance* between the various conflicting interests at stake »²¹³⁷. Cela signifie que la décision doit résulter à la fois de la prise en considération d'intérêts généraux, collectifs mais également individuels²¹³⁸, qu'ils soient de nature économique ou non, ce qui conduit la Cour à examiner tous les types d'études d'impact qui peuvent être réalisées. Dans l'arrêt *Flamenbaum*, par exemple, la Cour a d'abord noté que le but poursuivi, à savoir la défense de l'économie

²¹³⁴ Th. KIAT, *Économie du droit*, Paris, La Découverte, 2012, 125 p., p. 58.

²¹³⁵ Cour EDH, 9 décembre 1994, *López-Ostra c. Espagne*, *op. cit.*, § 51 (nous soulignons).

²¹³⁶ Cour EDH, 22 novembre 2011, *Zammit Maempel c. Malte*, n° 24202/10, § 52.

²¹³⁷ *Idem*, § 70 (nous soulignons).

²¹³⁸ Voy. sur ce point Cour EDH (GC), 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §§ 121-122.

locale, avait été suffisamment établie²¹³⁹, mais également qu'une étude avait aussi pu permettre d'apprécier l'incidence sur des intérêts non économiques²¹⁴⁰.

861. La fonction de cette rationalisation était d'assurer la légitimité de la décision finale par le processus qui a conduit à son adoption. Comme le notait F. Tulkens, il s'agit en effet d'une rationalisation finalisée qui a pour objectif de s'assurer que les États ont, au niveau interne et « sur un plan méthodologique et formel, multiplié les chances d'aboutir à la bonne décision en se mettant à l'écoute, de manière équitable et impartiale, de l'ensemble des intérêts concurrents »²¹⁴¹. Il semble tout aussi indéniable que cette rationalisation s'inscrit dans le cadre de la subsidiarité de l'ordre européen, ce que la Cour a d'ailleurs explicitement affirmé. Dans l'arrêt *Flamenbaum*, la Cour a tracé le lien entre la procédure et la marge d'appréciation octroyée à l'État. Elle a en effet jugé que « [s]'agissant de l'aspect procédural, (...) chaque fois que les autorités nationales se voient reconnaître une marge d'appréciation susceptible de porter atteinte au respect d'un droit protégé par la Convention tel que celui en jeu en l'espèce, il convient d'examiner les garanties procédurales dont disposent les individus concernés pour déterminer si l'État défendeur n'a pas outrepassé les limites de sa marge d'appréciation »²¹⁴².

862. Il semblerait pourtant excessif de n'y voir qu'une dynamique particulière au mécanisme strasbourgeois, tant il apparaît qu'il s'agit d'une évolution générale du droit et du droit international en particulier. S. Robert-Cuendet a ainsi montré comment des obligations similaires avaient été dégagées par les arbitres de l'investissement, dans des termes parfois quasiment identiques, sous l'influence du *due process* des États-Unis²¹⁴³.

²¹³⁹ Cour EDH, 13 décembre 2012, *Flamenbaum et autres c. France*, n^{os} 3675/04 et 23264/04, § 148 : « Dans la présente affaire, la Cour note que l'étude d'impact réalisée en 1990 relevait la présence d'un bassin de clientèle important en raison de la situation géographique de l'aéroport et soulignait les effets favorables prévisibles de l'allongement de la piste, non seulement sur l'activité de ce dernier, mais également sur l'économie locale, voire régionale (paragraphe 24 ci-dessus). La commission d'enquête a également conclu que l'extension de la piste contribuerait au développement économique de la région (paragraphe 29 ci-dessus). La Cour observe que les juridictions administratives ont confirmé l'intérêt économique de cet allongement, destiné à permettre l'accueil d'avions de plus grande capacité. Ainsi, dans son jugement du 13 juin 1995 (relatif à l'arrêté autorisant l'extension de la piste) ».

²¹⁴⁰ *Idem*, § 156 : « l'étude est jugée satisfaisante dans la mesure où elle envisageait « les effets du projet non seulement sur les milieux physique et biologique, les activités, l'urbanisme, le patrimoine et le paysage, mais également sur les nuisances sonores ».

²¹⁴¹ F. TULKENS, « La réglementation de l'usage des biens dans l'intérêt général. La troisième norme de l'article 1^{er} du Premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme », in H. VANDENBERGHE (dir.), *Propriété et droits de l'homme. Property and Human rights*, Bruxelles, Die keure-La Chartre/Bruylant, 2006, 305 p., pp. 61-103, spéc. p. 88.

²¹⁴² Cour EDH, 13 décembre 2012, *Flamenbaum et autres c. France*, *op. cit.*, § 137.

²¹⁴³ S. ROBERT-CUENDET, « Standards internationaux de protection des investissements et encadrement procédural de l'action de l'État », in I. PREZAS (dir.), *Substance et procédure en droit international public : dialectique et influences croisées*, *op. cit.*, pp. 47-68, spéc. pp. 51-55.

b. Une obligation procédurale de moyen

863. Les limites apportées à cette obligation traduisent à leur tour la recherche d'équilibre entre une rationalisation des processus de décision et la volonté de ne pas paralyser, sous couverts de la protection des droits individuels, l'action de l'État en matière économique. Certes, son champ d'application est étendu, puisque le bénéfice des garanties procédurales n'est pas limité à l'invocation des droits qui seraient garantis conventionnellement²¹⁴⁴. En outre, le seul fait qu'une décision ait été adoptée à la suite d'études d'impact n'exclut nullement l'applicabilité de l'article 8²¹⁴⁵. Néanmoins, dès l'arrêt *Hatton*, la Cour a affirmé que la portée de cette obligation était relative. Elle a en effet estimé qu'elle n'impliquait pas « que des décisions ne p[uisse]nt être prises qu'en présence de données exhaustives et vérifiables sur tous les aspects de la question à trancher »²¹⁴⁶, ce qu'elle a confirmé dans des décisions ultérieures²¹⁴⁷. Dans cette affaire, la Cour s'est appuyée sur cette relativité pour se satisfaire de la qualité des études d'impact ayant pour objet les externalités négatives de l'activité envisagée – l'exploitation de vols de nuit – dans la mesure où elles correspondaient à « l'état de la recherche »²¹⁴⁸. Dans d'autres décisions, elle en a également déduit le caractère suffisant d'études prenant en considération à la fois les conséquences économiques bénéfiques et les externalités négatives²¹⁴⁹.

864. Ce mouvement traduit cependant un net recul par rapport à la solution adoptée par la chambre dans la même affaire, qui avait retenu une conception substantielle de l'exigence de preuves en matière économique. En l'espèce, la décision litigieuse portait sur l'autorisation par le gouvernement britannique de l'augmentation des niveaux légaux de nuisance sonores autour de l'aéroport *Heathrow*. Or la décision était, selon le gouvernement, fondée sur l'intérêt économique lié à l'augmentation des vols de nuit que cela représentait. La chambre avait noté que « *[i]n order to do that, a proper and complete investigation and study with the aim of*

²¹⁴⁴ Cette technique a par exemple longtemps été employée par la Cour Suprême afin de limiter le champ des garanties du *due process*, en distinguant entre les « *rights* » susceptibles de fonder leur octroi et les « *mere proprietary interests* » qui n'en bénéficiaient pas.

²¹⁴⁵ Cour EDH, 10 novembre 2004, *Taskin et autres c. Turquie*, n° 46117/79, CEDH 2004-X, § 113 :

²¹⁴⁶ Cour EDH (GC), 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 128.

²¹⁴⁷ Voy. par exemple Cour EDH, 13 décembre 2012, *Flamenbaum et autres c. France*, *op. cit.*, § 138.

²¹⁴⁸ Cour EDH (GC), 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 128.

²¹⁴⁹ Dans l'affaire *Flamenbaum*, par exemple, la Cour a jugé suffisante à l'aune de ce principe une « étude d'impact détaillée » qui « envisageait les effets du projet non seulement sur les milieux physique et biologique, les activités, l'urbanisme, le patrimoine et le paysage, mais également sur les nuisances sonores » (*idem*, § 156).

finding the best possible solution which will, in reality, strike the right balance should precede the relevant project »²¹⁵⁰. Or en l'espèce, selon elle, les informations au sujet de l'intérêt économique allégué provenaient principalement des réponses à des consultations des « *industry and commerce* »²¹⁵¹, laissant apparaître une possible sanction du défaut d'impartialité et des difficultés résultant de pratiques de *lobbying* inégales par les acteurs économiques importants.

865. Elle reprochait alors à l'État défendeur de ne pas avoir « *carried out any research of their own as to the reality or extent of that economic interest* », ou en tout état de cause uniquement postérieurement à l'adoption dudit schéma²¹⁵², ce qui la conduit à conclure à une violation de l'article 8. La chambre n'était pas parvenue à ce constat en sanctionnant *per se* le défaut de but légitime, mais elle avait en revanche attribué une importance moindre à l'intérêt économique avancé au stade de l'examen de la proportionnalité²¹⁵³. Devant la Grande Chambre, le gouvernement a à nouveau invoqué ces évaluations économiques, fournies par les bénéficiaires de la décision litigieuse²¹⁵⁴, alors que les requérants reprenaient en substance les motifs de l'arrêt de la chambre²¹⁵⁵. D'ailleurs, on notera que lesdits opérateurs économiques intéressés sont, et c'est assez rare pour être noté²¹⁵⁶, intervenus à l'instance²¹⁵⁷. Mais la Grande

²¹⁵⁰ *Idem*, § 98.

²¹⁵¹ Cour EDH, 2 octobre 2001, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 100.

²¹⁵² *Idem*, § 101.

²¹⁵³ *Idem*.

²¹⁵⁴ Cour EDH (GC), 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 108 : « Dans leurs réponses, les compagnies aériennes auraient souligné l'importance économique des vols de nuit, telle qu'exposée ci-dessus. Elles auraient fourni des informations montrant qu'en 1993 un vol nocturne quotidien générerait, en moyenne, une recette annuelle se situant entre 70 et 175 millions de GBP et un bénéfice annuel pouvant aller jusqu'à 15 millions de GBP. La perte de ces recettes et bénéfices aurait de graves répercussions sur la capacité de fonctionnement des compagnies aériennes et sur le coût du transport aérien, de jour comme de nuit. Le Gouvernement soutient que nul n'a jamais véritablement contesté les éléments fondamentaux justifiant les vols de nuit du point de vue économique, ni lors de ladite procédure de consultation ni par la suite » (nous soulignons).

²¹⁵⁵ *Idem*, § 114.

²¹⁵⁶ Linos-Alexandre Sicilianos notait ainsi dans son étude qu'il était courant que les intervenants devant la Cour soient directement concernés par le litige et non pas systématiquement comme de « véritables » amici curiae, mais il ne mentionnait aucune intervention d'entreprises ; L.-A. SICILIANOS, « La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, 266 p. pp. 123-150, spéc. pp. 133-43.

²¹⁵⁷ *Idem*, § 115 : « British Airways, dont les observations sont approuvées par l'Association britannique du transport aérien (British Air Transport Association – « la BATA ») et l'Association internationale du transport aérien (« l'AITA »), fait valoir que les vols de nuit à Heathrow jouent un rôle essentiel dans l'infrastructure des transports au Royaume-Uni et contribuent de façon notable à la productivité de l'économie du pays et au niveau de vie de ses citoyens. La compagnie affirme qu'une interdiction ou une diminution des vols de nuit causerait un tort majeur et disproportionné à son activité et réduirait le choix des consommateurs. La perte de vols de nuit serait hautement préjudiciable à l'économie britannique ».

Chambre a considérablement amoindri la portée de l'obligation, en se contentant de présomptions²¹⁵⁸ ou de déductions abstraites²¹⁵⁹.

866. Pour autant, il semble que ce défaut de sanction est davantage dû à l'appartenance de ce litige au domaine environnemental qu'à un refus de sanctionner toute recherche insuffisante en matière économique, puisqu'on la retrouve presque systématiquement dans le contentieux postérieur²¹⁶⁰. Ce défaut de satisfaction de l'obligation procédurale est néanmoins parfois sanctionné, de manière indirecte, par l'absence de qualification de « but légitime », la procédure permettant à la Cour de ne pas examiner la substance du choix effectué. Dans l'affaire *Le Carpentier*, par exemple, la Cour était saisie de la licéité d'une loi rétroactive en matière de tableau d'amortissement. La Cour de cassation avait en effet appliqué rétroactivement une loi aux emprunteurs qui avaient initialement obtenu judiciairement la déchéance des intérêts dus à l'établissement bancaire qui n'avait pas joint un tableau d'amortissement à l'offre préalable de prêt. Le gouvernement, la Cour de cassation lorsqu'elle avait été saisie par les requérants et le Conseil constitutionnel jugeaient conventionnelle et constitutionnelle cette intervention législative au nom de la nécessité de « sauvegarder l'équilibre du système bancaire »²¹⁶¹.

867. Or, la Cour va s'appuyer sur l'absence d'éléments suffisamment probants pour constater la violation, mais également pour légitimer un contrôle plus substantiel. Elle commence par relever qu'« aucun élément ne vient étayer l'argument selon lequel l'impact aurait été d'une telle importance que l'équilibre du secteur bancaire et l'activité économique en général auraient été mis en péril »²¹⁶². L'objet procédural de l'analyse ainsi menée est ensuite immédiatement affirmé, la Cour notant que « [l]es sénateurs eux-mêmes, semble-t-il, n'ont pas reçu d'informations précises à ce sujet » ainsi que « l'absence d'évaluation crédible du coût virtuel

²¹⁵⁸ Cour EDH (GC), 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 126 : « quant aux intérêts économiques faisant contrepois à l'opportunité de restreindre ou supprimer les vols de nuit

²¹⁵⁹ *Idem* ; la Cour note en effet que « bien que ces documents [les études et rapports fournis par le gouvernement] ne renferment aucune indication précise du coût économique de la suppression des volets de nuit spécifiques, on peut en déduire qu'il existe un lien entre les liaisons aériennes en général et les vols de nuit ».

²¹⁶⁰ Voy. par exemple Cour EDH, *Taskin et autres c. Turquie*, *op. cit.*, § 118 ou Cour EDH, 2 novembre 2006, *Giacomelli c. Italie*, n° 59909/00, CEDH 2006-XII, § 82.

²¹⁶¹ Le Conseil s'était appuyé sur la « volonté du législateur d'éviter un développement des contentieux d'une ampleur telle qu'il aurait entraîné des risques considérables pour l'équilibre financier du système bancaire dans son ensemble et, partant, pour l'activité économique générale » (Cons. const., 9 avril 1996, DC n° 96-375, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 11) ; la Cour de cassation avait retenu des termes quasiment identiques, en jugeant que le texte litigieux « était destiné à régulariser des situations anciennes en vue d'éviter, dans un souci d'intérêt général, le développement du contentieux bancaire et les inconvénients économiques subséquents » (Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2002, *époux Achache c/ BNP Paris*, n° 00-11.415)

²¹⁶² Cour EDH, 14 février 2006, *Lecarpentier et autres c. France*, n° 67847/01, § 47.

des procédures en cours et futures, lesquelles n'ont pas davantage été recensées »²¹⁶³. Cette absence d'établissement suffisant n'est pas sanctionnée directement, mais il permet à la Cour de mettre en doute, malgré la large marge d'appréciation octroyée et le principe de subsidiarité, la réalité du motif invoqué. Elle conclut alors qu'il n'était pas établi « que leur survie, et *a fortiori*, l'équilibre général de l'économie nationale, auraient été menacés »²¹⁶⁴. Ici encore, la substance du but poursuivi – la préservation de l'économie nationale via celle de l'équilibre économique du secteur bancaire – n'est pas jugée, mais plutôt la manière dont l'État s'est assuré que ce risque existait bel et bien.

868. Dans d'autres décisions encore, l'absence de travail préparatoire de l'action gouvernementale en matière économique est directement sanctionnée sur le terrain de la proportionnalité *stricto sensu*. Dans l'arrêt *Malysh* par exemple, au sujet du non-paiement par l'État russe d'obligations émises lors de la transition économique, la Cour ne refuse pas *in abstracto* l'hypothèse de l'absence de remboursement de ces obligations au motif de la préservation de l'équilibre budgétaire de l'État défendeur, un impératif dont elle reconnaît d'ailleurs le caractère légitime au regard des conditions de licéité des atteintes à l'article 1P1²¹⁶⁵. Néanmoins, elle juge l'absence d'exécution disproportionnée au motif que l'argument invoqué n'est pas suffisamment étayé, dans la mesure où aucun inventaire des obligations n'avait été mené, alors qu'« *[a]n appropriate balancing exercise determining the exact amount that would be required to settle the debt under the bonds in relation to other priority expenses could not have been possible in the absence of crucial figures, such as the quantity and total valuation of the remaining bonds* »²¹⁶⁶. De la même manière, dans l'affaire *Evaldsson et autres c. Suède*, la Cour a jugé illicite le prélèvement de cotisations obligatoires par un syndicat. Sans le formuler en des termes aussi généraux que dans la jurisprudence *Hatton*, la Cour a jugé qu'indépendamment de la légitimité et de la proportionnalité en substance desdites cotisations, « *the Court finds that the absence of full information enabling a reliable*

²¹⁶³ Cour EDH, 14 février 2006, *LeCarpentier et autres c. France*, *op. cit.*, n° 67847/01, §47.

²¹⁶⁴ *Idem*.

²¹⁶⁵ Cour EDH, 11 février 2010, *Malysh et autres c. Russie*, *op. cit.*, § 80 : « *[T]he Court observes that in the 1990s the Russian State went through a tumultuous transition from a State-controlled to a market economy. Its economic well-being was further jeopardised by the financial crisis of 1998 and the sharp devaluation of the national currency. Even though it has achieved relative prosperity and wealth in recent years, the Court agrees that defining budgetary priorities in terms of favouring expenditure on pressing social issues to the detriment of claims with a purely pecuniary nature was a legitimate aim in the public interest* ».

²¹⁶⁶ *Idem*, § 83.

examination of the results of the Union's inspection work and the actual use of the money received for that work raises an issue under Article 1 of Protocol No. 1 »²¹⁶⁷.

869. Certes, l'adaptation des garanties conventionnelle en matière économique ne se traduit pas ici par des modalités qui lui seraient exclusives. Au contraire, il est indéniable que ce type d'obligation procédurale n'est pas exclusif aux questions de politique économique, la Cour dégageant et appliquant les mêmes obligations dans d'autres domaines, comme l'avortement par exemple dans l'arrêt *Tysiac*²¹⁶⁸. Cette absence d'exclusivité ne traduit toutefois pas une indifférence à la matière économique, mais au contraire que celle-ci se situe dans la même catégorie que des sujets sociaux ou éthiques dans le cadre desquels le contrôle conventionnel recule en raison de la difficulté d'établir un consensus²¹⁶⁹. À l'inverse, il est susceptible de se déployer dans le cadre économique au-delà de son appréhension par le prisme de l'article 8²¹⁷⁰, même s'il est alors souvent formulé de manière plus explicite.

2. Une rationalisation horizontale indirecte

870. La procéduralisation contribue à l'émergence d'une obligation pour l'État d'assurer que les relations économiques entre opérateurs privés, c'est-à-dire les rapports horizontaux, puissent bénéficier d'un cadre juridique propice à leur bon déroulement. La Cour a en effet jugé que les obligations positives découlant du droit au respect des biens pouvaient « impliquer certaines mesures *nécessaires pour protéger le droit de propriété*, même dans les cas où il s'agit d'un litige entre des personnes physiques ou morales » - la version anglaise de l'arrêt comme celle de décisions postérieures mentionne des « *companies* », et non des « personnes morales »²¹⁷¹. Ainsi, la protection due au droit de propriété implique des garanties procédurales malgré la nature purement économique de leur litige. Ici encore, au nom d'un mouvement

²¹⁶⁷ Cour EDH, 13 février 2007, *Evaldsson et autres c. Suède*, n° 75252/01, § 62.

²¹⁶⁸ Cour EDH, 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03, CEDH 2007-I, § 113 : « L'article 8 ne renferme certes aucune exigence procédurale explicite mais il importe, pour la jouissance effective des droits garantis par cette disposition, que le processus décisionnel soit équitable et permette de respecter comme il se doit les intérêts qui y sont protégés. Il y a lieu de déterminer, eu égard aux circonstances particulières de la cause et notamment à la nature des décisions à prendre, si l'individu a joué dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle suffisamment important pour lui assurer la protection requise de ses intérêts » ; la Cour renvoie d'ailleurs, « *mutatis mutandis* », à l'arrêt *Hatton*.

²¹⁶⁹ E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, p. 282 : l'auteur met par exemple sur le même plan la jurisprudence *Hatton* en matière environnementale et le contentieux relatif à l'IVG.

²¹⁷⁰ Même si L. Lavrysen note une prépondérance du contentieux fondé sur l'article 8 à ce sujet ; L. LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Right*, *op. cit.*, p. 76.

²¹⁷¹ Cour EDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, *op. cit.*, § 96.

« auto-référentiel », la Cour adopte un standard de traitement de l'opérateur économique qui est conforme aux développements de l'État de droit en matière économique.

871. La fonction de l'obligation constitue également sa limite. Certes, le contenu de l'obligation ne diffère pas en matière économique des garanties procédurales générales, et concerne aussi bien l'impartialité de l'organe en question, ses pouvoirs dans l'évaluation des prétentions juridiques du titulaire du droit lésé et dans les modalités de réparation qu'il est susceptible de présenter. Néanmoins, dans la mesure où cette garantie procédurale est destinée à permettre l'effectivité du droit substantiel qui protège l'intérêt économique invoqué, encore faut-il que ce dernier soit suffisamment affecté par les manquements ou insuffisances procédurales qui auront pu être décelés. Ce caractère finaliste de la garantie procédurale existait déjà dans l'affaire *Sovtransavto*, puisque la Cour avait sanctionné l'intrusion de l'exécutif dans les procédures judiciaires et le refus par les juridictions nationales de se conformer aux décisions arbitrales pertinentes dans la mesure où celui avait créé une « incertitude » chez la société requérante et des « changements dans sa capacité à gérer [sa filiale] et à en contrôler les biens »²¹⁷². Il a néanmoins été plus clairement affirmé par la suite, la Cour ayant jugé que :

*« [t]he latter Article concerns the substance of the right of property and its breach cannot be determined solely in the light of the same criteria relevant for determining whether there was a breach of Article 6 of the Convention (...). In particular, under the Court's case-law, in order to find a violation of Article 1 of Protocol No. 1 in such cases it is necessary for the unfairness established under Article 6 of the Convention to have a "direct impact" on the applicant's property rights »*²¹⁷³.

872. Cela signifie par exemple qu'une procédure trop longue qui ne respecte pas le principe du délai raisonnable peut constituer une violation dans la mesure où elle a une incidence sur le droit au respect des biens²¹⁷⁴, ou du fait de procédures banqueroute qui, en raison du manque d'impartialité, avaient privé une société des droits dont elle cherchait à obtenir l'exécution²¹⁷⁵. En revanche, comme en matière de satisfaction équitable, l'aléa inhérent aux garanties procédurales peut conduire à l'absence de violation de l'article 1P1. Dans l'arrêt *Zagrebacka*,

²¹⁷² *Idem*, § 97.

²¹⁷³ Cour EDH, 12 décembre 2013, *Zagrebačka Banka D.D. c. Croatie*, n° 39544/05, § 269.

²¹⁷⁴ Cour EDH, 11 janvier 2007, *Kunić c. Croatie*, n° 22344/02, § 67.

²¹⁷⁵ La société n'avait en effet obtenu en compensation que l'octroi d'actions, à l'encontre du capital du débiteur, non cessibles et n'octroyant pas de droit à des dividendes au lieu de sommes d'argent et de paiement en nature sous forme de livraison de produits dérivés du pétrole ; Cour EDH, 6 octobre 2011, *Agrokompleks c. Ukraine*, n° § 170.

le refus par une juridiction commerciale d'octroyer à un établissement bancaire le droit d'émettre des observations quant à un mode retenu de calcul d'un taux d'intérêt est réputé n'avoir aucun impact direct sur les droits de la requérante sur les sommes saisies²¹⁷⁶.

873. La fonction des garanties procédurales renforce alors le caractère *in concreto* du contrôle conventionnel, en même temps qu'il diminue ses aspects constitutionnels. Dès lors, s'il est incontestable que les garanties conventionnelles sont adaptées par la Cour aux spécificités des questions économiques qui lui sont soumises, les rationalités qui sous-tendent ces adaptations sont multiples, voire parfois contradictoires. Cela est particulièrement évident dans la manière dont le contenu du contrôle conventionnel en la matière se trouve modifié par le phénomène de procéduralisation.

SECTION 2 : LA MODIFICATION DU CONTENU DU CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE L'ACTION ÉCONOMIQUE DE L'ÉTAT

874. Toutes les modalités d'obligations procédurales ne se retrouvent pas dans le domaine économique. Ainsi, par exemple, l'acceptation formelle de la notion de « loi », qui fonctionnerait à la manière d'une clause de répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir exécutif n'a, à notre connaissance, pas été appliquée en matière économique²¹⁷⁷. Cela permet tout d'abord de constater que la procéduralisation n'a pas pour effet de transformer la Convention en texte constitutionnel qui aurait pour objet non seulement de garantir les droits et

²¹⁷⁶ Cour EDH, 12 décembre 2013, *Zagrebacka Banka D.D. c. Croatie*, *op. cit.*, § 270: « *the Court considers that in the present case it cannot be said that the failure of the Zagreb Commercial Court in the enforcement proceedings to enable the applicant bank to comment on FINA's calculation of statutory default interest, on account of which the Court has found a violation of Article 6 § 1 of the Convention (see paragraphs 196-205 above), had a "direct impact" on the applicant bank's right to peaceful enjoyment of its possessions. That is so because the Court cannot speculate as to what the outcome of those enforcement proceedings would have been had the applicant bank been afforded that opportunity* ».

²¹⁷⁷ Si la Cour de Strasbourg, à l'inverse de la Cour IADH, n'entend pas systématiquement la condition de légalité en ce sens, il lui est arrivé de le faire, mais uniquement à notre connaissance dans des domaines comme la liberté de la religion et hors de la sphère économique ; voy. par exemple Cour EDH (GC), 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, n° 30985/96, § 84.

libertés fondamentaux, mais également d'assurer l'organisation des pouvoirs publics ²¹⁷⁸, bien que des considérations liées à ceux-ci puissent influencer celles-là²¹⁷⁹.

875. En revanche, cela démontre également que la procéduralisation, bien qu'elle impose aux États des obligations supplémentaires, ne traduit pas toujours une extension du contrôle européen en matière économique. Au contraire, la Cour peut s'appuyer sur une rationalité économique pour affaiblir le contenu des obligations dégagées (§1) ou pour déplacer le contrôle de la substance des décisions économiques vers la seule procédure (§2).

§1. L'affaiblissement du contrôle en matière économique

876. La Cour a reconnu la spécificité de l'activité des opérateurs économiques afin d'amoindrir les obligations procédurales qu'imposent les dispositions substantielles. Elle a d'une part déduit de leur qualité particulière un standard moins élevé de prévisibilité des normes juridiques qui leur sont destinées (A). Elle a d'autre part conclu que la prise de risque inhérente à l'opération contractuelle privée justifiait l'amoindrissement du droit d'accéder à une juridiction nationale pour résoudre les litiges qui pourraient en découler (B).

A. Un standard de prévisibilité moins élevé pour l'opérateur économique

877. L'exigence de sécurité juridique est un exemple topique des convergences qui peuvent exister entre les exigences du système économique et celles du système juridique. Il est en tout cas incontestable que M. Weber avait déjà souligné dans son ouvrage *Économie et Société* le

²¹⁷⁸ Le Conseil constitutionnel français a ainsi pu sanctionner la délégation à la négociation collective de règles qui relevaient du domaine de la loi (Cons. const., 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC, *Force ouvrière [Portage salarial]*).

cons. 5-6) alors que le contentieux en la matière devant la Cour EDH tend par exemple à faire examiner l'équilibre obtenu du fait des négociations, la Cour ayant par ailleurs rejeté que la Convention impose un mécanisme de négociation collective obligatoire (Cour EDH (déc.), 3 mai 2016, *Unite the Union c. Royaume-Uni*, n° 6539713, § 65). Quoi qu'il en soit, même l'existence de règles explicites de répartition des compétences entre législateur et d'autres pouvoirs ou autorités, claire des compétences n'assure pas nécessairement une distribution claire et effective de celles-ci en matière économique. Dans l'ordre constitutionnel français la question de l'incompétence négative du législateur en matière économique ne nourrit ainsi pas un contentieux abondant, en raison notamment des interprétations neutralisantes du Conseil constitutionnel et de sa timidité à penser la notion de « politique économique » comme un fondement cohérent ; voy. M.-L. DUSSART, *Constitution et économie, op. cit.*, spéc. pp. 274-281.

²¹⁷⁹ En ce sens, la compétence octroyée au législateur par l'article 34 de la Constitution en matière de « libertés publiques » reflète également l'idée qu'il faut, en raison de leur importance, leur « assurer un haut niveau de garantie juridique » (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 2016, XXVI- 792 p., p. 266). Elle est donc proche de l'acception matérielle de la « loi » retenue par la Cour IADH et, dans certaines circonstances, par la Cour EDH.

rôle joué dans la construction du système capitaliste par l'exigence de stabilité et de prévisibilité de l'ordre juridique²¹⁸⁰. Les théories ordo-libérales²¹⁸¹ et néolibérales²¹⁸² en ont fait un des principes fondamentaux du système juridique en tant que garantie du système économique. Pour les juristes, elle est même l'une des finalités de la régulation²¹⁸³. Certes, dans l'ordre juridique conventionnel comme dans d'autres, il trouve son fondement dans le système de valeurs propres à la protection des droits de l'homme, à travers la « prééminence du droit » notamment²¹⁸⁴, et bénéficie donc d'une légitimité endogène, encore que la Cour fait parfois explicitement référence à une rationalité économique²¹⁸⁵. Plus encore, l'importance accordée à ce principe par la Cour EDH serait caractéristique pour M. de Salvia de « l'ordre public européen », voire de sa dimension constitutionnelle²¹⁸⁶. Malgré tout, dans une perspective marxiste, cela signifierait que ce principe est en réalité entièrement surdéterminé par le système économique, en ce sens que son existence comme son contenu reflèteraient les seules exigences de ce système.

878. Pourtant, la jurisprudence de la Cour montre qu'une telle surdétermination, à la supposer établie, n'est pas univoque. Lorsqu'elle infléchit le bénéfice du principe de sécurité juridique au détriment de l'opérateur économique (1), elle montre en effet que l'adaptation des normes conventionnelles au nom de motifs économiques peut servir à rétablir un certain équilibre entre

²¹⁸⁰ M. WEBER, *Économie et société, Tome 2. L'organisation et la puissance de la société dans leur rapport avec l'économie*, op. cit., pp. 48-49 : il affirmait en effet que si le droit étatique n'était pas une condition d'apparition du phénomène économique, mais qu'« un ordre économique, spécialement s'il est de type moderne, ne saurait être réalisé sans un ordre juridique répondant à des exigences tout à fait précises », précisant ensuite que « l'extension universelle des sociations de marché exige que le droit soit appliqué d'une manière prévisible, selon des règles rationnelles » (nos italiques).

²¹⁸¹ J. DREXI, « La Constitution économique européenne : l'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE*, 2011, t. 4, pp. 419-454, spéc. p. 434.

²¹⁸² F. HAYEK, *La route de la servitude*, cité in J. CHEVALLIER, « L'État régulateur », *Revue française d'administration publique*, 2004, n° 111, pp. 473-482 ; la distinction entre libéralisme et néolibéralisme est incertaine, mais S. Audier note que l'approche de Foucault permet de l'éclairer. Le libéralisme serait un ordre économique et social qui doit être « ordonné et soutenu par une politique d'interventions sociales » alors que le néolibéralisme consisterait à étendre la rationalité économique à des « domaines non exclusivement ou non première économiques » ; S. AUDIER, *Penser le 'néolibéralisme'. Le moment néolibérale, Foucault et la crise du socialisme*, Lormont, Le bord de l'Eau, 2015, 563 p., spéc. pp. 76-77.

²¹⁸³ A. DELION, cité in J. CHEVALLIER, « Synthèse. Le droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique », L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, 2008, Larcier, 586 p., pp. 559-578, spéc. p. 576.

²¹⁸⁴ Voy. déjà Cour EDH (plén.), 2 août 1984, *Malone c. : Royaume-Uni*, n° 8691/789, § 67 : « La Cour rappelle qu'à ses yeux le membre de phrase "prévues par la loi" ne se borne pas à renvoyer au droit interne, mais concerne aussi la qualité de la "loi" ; il la veut compatible avec la prééminence du droit, mentionnée dans le préambule de la Convention ».

²¹⁸⁵ Cour EDH, 4 octobre 2011, *Zafranias c. Grèce*, n° 4056/08, § 44 : « Une telle approche contredit le principe de la sécurité juridique sur lequel les justiciables se fondent inévitablement pour procéder à la transaction de biens immobiliers ».

²¹⁸⁶ M. DE SALVIA, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, pp. 93-97.

les différentes exigences de l'ordre économique spontané au nom d'un ordre économique régulé (2).

1. La réalité de l'infléchissement au détriment de l'opérateur économique

879. L'exigence de prévisibilité du droit est sans conteste l'un des exemples les plus symptomatiques de l'identité de principes du point de vue de la perspective politiquement libérale de préservation de l'État de droit et celle, économiquement libérale, de l'efficacité du système économique. En d'autres termes, bien que les finalités poursuivies soient différentes – l'exclusion de l'arbitraire d'une part, le maintien de la faculté d'opérer des choix rationnels d'autre part, les exigences de l'État de droit et ceux du marché convergent sur ce point. Sur le fondement de plusieurs dispositions différentes, notamment les articles 7 § 1, 6 § 1, 1P1 et les clauses d'ordre public des articles 8 à 11, la Cour a dégagé une conception matérielle de l'exigence de légalité. Celle-ci implique notamment une certaine « qualité », parmi laquelle figure l'exigence de prévisibilité, qu'elle définit comme la faculté pour le citoyen « de prévoir à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé »²¹⁸⁷.

880. Or, cette exigence est extrêmement relative. D'une part en effet, elle dépend « dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires »²¹⁸⁸. D'autre part, elle ne s'oppose pas à ce que le titulaire du droit doive « recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé »²¹⁸⁹. De fait, le standard de prévisibilité de la loi pénale est moins contraignant lorsque celui qui cherche à s'en prévaloir agit dans le cadre des activités professionnelles, et donc notamment dans le cadre d'activités économiques. Dans sa décision *Fortum Oil and Gas Oy c. Finlande*, la Cour avait été saisie par une société commerciale qui avait été condamnée pour abus de position dominante. La Cour avait alors conclu que l'obligation de recourir à des conseils était « *particularly true in relation to physical or legal persons carrying on a business activity, as such persons are*

²¹⁸⁷ Voy., parmi d'autres, Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, op. cit., § 49.

²¹⁸⁸ Sur le fondement de l'article 7 : Cour EDH, 10 octobre 2006, *Pessino c. France*, n° 40403/02,

²¹⁸⁹ Voy. par exemple, au sujet d'un individu ayant été poursuivi pour exercice illégal de pharmacien, Cour EDH (GC), 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, n° 17862/91, CEDH 1996-V, § 35 : « À l'aide de conseils appropriés, M. Cantoni, de surcroît gérant d'un supermarché, devait savoir, à l'époque des faits, qu'en égard à la tendance se dégageant de la jurisprudence de la Cour de cassation et d'une partie des juridictions du fond, il courait un danger réel de se voir poursuivre pour exercice illégal de la pharmacie ».

used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation »²¹⁹⁰. Plus encore, les professionnels, personnes morales ou physiques, « *can on this account be excepted to take special care in assessing the risks that such activity entails* »²¹⁹¹. Il semble d'ailleurs que le standard continue de varier, au moins dans son application, selon la taille et la puissance économique de l'entité considérée. La Cour a en effet jugé suffisamment prévisibles les dispositions finlandaises du droit de la concurrence notamment dans la mesure où la société requérante était une « *multinational company with a large expertise at its disposal* »²¹⁹². Cette solution n'est pas isolée et a été retenue à nouveau par la Cour dans son arrêt au fond sur la requête *Yukos*²¹⁹³.

881. Elle est d'ailleurs bel et bien liée à la nature économique de l'activité poursuivie par le requérant, et non à la nature ou l'incidence économique de la mise en œuvre de la législation. Au contraire, le degré de prévisibilité attendu à la charge de l'État sera par exemple plus important en matière fiscale lorsque le requérant n'agit pas à titre professionnel. La Cour a ainsi opposé les deux cas de figure dans l'arrêt *Spacek*. Pour juger satisfaisante l'exigence de publicité adéquate, qui découle de celle de prévisibilité, la Cour a affirmé prendre en considération le fait que « *the applicant company as a legal entity, contrary to an individual taxpayer, could and should have consulted the competent specialists, the publication of the Regulations in the Financial Bulletin was sufficient* »²¹⁹⁴. Dans l'affaire *Soros* également, la Cour a noté que le requérant était « *un investisseur institutionnel et habitué à être contacté pour participer à des projets financiers de grande envergure* »²¹⁹⁵ pour juger licite l'application à son encontre d'une loi sur le délit d'initié, dont elle admet qu'elle était alors inédite²¹⁹⁶.

²¹⁹⁰ Cour EDH (déc.), 12 novembre 2002, *Fortum Oil Gas and Gas Oy c. Finlande*, n° 32559/96, § 3 (en droit).

²¹⁹¹ *Idem*.

²¹⁹² *Idem*.

²¹⁹³ Cour EDH, 20 septembre 2011, *OAO Neftyanaya Kompanyia Yukos c. Russie*, *op. cit.*, § 599 : « *the fact that the applicant company was a large business holding which at the relevant time could have been excepted to have recourse to professional auditors and consultants* ».

²¹⁹⁴ Cour EDH, 9 novembre 1999, *Spacek s.r.o. c. République tchèque*, n° 26449/95, § 59.

²¹⁹⁵ Cour EDH, 6 octobre 2011, *Soros c. France*, n° 50425/06, § 59.

²¹⁹⁶ *Idem*, § 57 : « Elle observe avec le requérant que ces affaires ne concernent pas des situations analogues à la sienne puisque les personnes auxquelles elles se rapportent avaient toutes un lien professionnel avec la société convoitée. Toutefois, de l'avis de la Cour, ces jurisprudences, même si elles émanent de juridictions de première instance, ont trait à des situations suffisamment proches de celle du requérant pour lui permettre de savoir, ou à tout le moins de se douter, que son comportement était répréhensible. En effet, s'il était interdit aux professionnels qui, de par l'exercice de leurs fonctions, avaient connaissance d'une information privilégiée, d'intervenir sur le marché boursier, une interprétation raisonnable de cette jurisprudence permettait de penser que le requérant pouvait être concerné par cette interdiction, qu'il soit ou non lié contractuellement à la banque S ».

882. Dans la mesure où la nature du domaine en cause est également expressément invoquée par la Cour. En dehors du principe de légalité des peines, sur le fondement de l'article 10, la Cour a en effet jugé dès l'arrêt *Barthold* que « l'impossibilité d'arriver à une exactitude absolue dans la rédaction des lois » était d'autant plus justifiée dans le domaine de « la concurrence, problème dont les données ne cessent de changer en fonction de l'évolution du marché ainsi que des moyens de communication »²¹⁹⁷, ce qu'elle a réitéré dans le plus connu arrêt *Markt Intern*²¹⁹⁸. Outre l'objet économique du droit en cause, l'amointrissement du contenu conventionnel peut également découler de la nature du secteur économique en cause. Comme dans l'affaire *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, dans laquelle la Cour a jugé que « les dispositions litigieuses du droit international des télécommunications présentaient un aspect fort technique et complexe », ce qui impliquait un standard moins élevé s'agissant d'une « d'une société commerciale désireuse d'exercer une activité transfrontière de radiodiffusion – telle Gropperra Radio AG », laquelle aurait dû « au besoin avec l'aide de conseils, [veiller] à se renseigner de manière complète sur les règles applicables en Suisse »²¹⁹⁹.

2. La finalité de l'infléchissement : l'équilibre entre ordre économique spontané et ordre économique régulé

883. Cette modulation des obligations conventionnelles en raison de la qualité d'opérateur économique sinon professionnel, du moins non occasionnel, n'est peut-être pas liée, en tout cas pas uniquement, à la confrontation avec un objet conventionnel pensé par les juges comme étant « a-économique ». En effet, le droit comparé nous enseigne que d'autres juridictions, nationales ou internationales, ont dégagé des solutions similaires. Le Conseil constitutionnel a ainsi par exemple jugé que la conformité avec l'exigence d'intelligibilité de la loi devait être appréciée « au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée » et notamment, s'agissant de sociétés au sujet d'une législation fiscale, en distinguant ici encore entre le contribuable ordinaire et le « professionnel »²²⁰⁰. En outre, même dans le cadre du droit des investissements, qui a pourtant pour objet l'octroi de droits aux opérateurs économiques pris en tant que tels, certains tribunaux arbitraux ont tempéré l'obligation de clarté et de prévisibilité

²¹⁹⁷ Cour EDH, 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*, *op. cit.*, § 47.

²¹⁹⁸ Cour EDH (plén.), 28 novembre 1989, *Markt Inter verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, *op. cit.*, § 30.

²¹⁹⁹ Cour EDH (plén.), 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, n° 1980/84, série A no 173, p. 26, § 68.

²²⁰⁰ Cons. const., 29 décembre 2005, n° 2005-530 DC, *Loi de finances pour 2006*, spéc. cons. 77 et 82 ; en l'espèce, néanmoins, la complexité était telle que le Conseil a abrogé la loi qui lui était déférée.

du cadre juridique, en retenant que « *it is the responsibility of the investor to assure itself that is it properly advised, particularly when investing abroad in an unfamiliar environment* »²²⁰¹. De la même manière, l'exigence de légalité a généralement été analysée comme ne conduisant pas à la neutralisation du cadre juridique existant, d'autant plus s'agissant d'un investisseur²²⁰².

884. C'est pourtant la Cour de Luxembourg qui a explicité le plus ouvertement la finalité possible d'un tel mécanisme d'adaptation. Cette dernière a en effet à la fois intégré cette variabilité en matière, et en a décidé d'une neutralisation totale du principe de confiance légitime en matière d'aides d'État. Relevant, à la suite de la Cour de Strasbourg, que « la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires », la Cour de justice a d'abord souligné qu'« [i]l en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte ». Elle a ensuite relevé que « les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions communautaires, et cela spécialement dans un domaine comme celui des organisations communes des marchés, dont l'objet comporte une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique »²²⁰³.

885. La motivation est donc pratiquement identique à celle de la Cour de Strasbourg. Mais la Cour de justice a poussé plus loin cette logique, illustrant les dangers du facteur économique comme motif d'adaptation. Elle a jugé que ce principe ne s'opposait pas à la récupération d'une aide qui a été illégalement versée à l'opérateur au motif qu'un « opérateur économique diligent doit normalement être en mesure de s'assurer une procédure a été respectée »²²⁰⁴. La sensibilité à « l'économie » chez la Cour de Luxembourg est en réalité une sensibilité à l'ordre économique tel qu'il est organisé par le droit de l'Union, et non nécessairement aux droits des

²²⁰¹ TA CIRDI, 25 mai 2004, *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chili S.A. c. Chili*, n° ARB/01/7, § 164.

²²⁰² TA CIRDI, 11 septembre 2007, *Parkerings-Compagnie et AS c. Lituanie*, n° ARB/05/8, § 332 : « (...) there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time ».

²²⁰³ CJCE, 14 octobre 1999, *Atlanta AG*, C-104/97 P, § 52 (nous soulignons).

²²⁰⁴ CJCE, 20 mars 1997, *Alcan Deutschland*, C-24/95, § 25.

opérateurs économiques²²⁰⁵. La fonction économique de l'infléchissement est particulièrement perceptible dans l'arrêt *Kotnik*. La Cour y a jugé que :

« si le principe de protection de la confiance légitime s'inscrit parmi les principes fondamentaux de l'Union, les opérateurs économiques ne sont pas fondés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions de l'Union, et cela spécialement dans un domaine comme celui des aides d'État dans le secteur bancaire, *dont l'objet comporte une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique* »²²⁰⁶

Lorsque les droits individuels économiques et l'ordre économique de l'Union entrent en conflit, la rationalité économique propre à la construction de l'Union est susceptible de l'emporter sur la rationalité propre à un libéralisme économique indifférencié.

886. Dans le système de l'Union européenne, l'ordre concurrentiel est assuré par l'ordre juridique, dont il constitue même l'une des finalités. Dans le mécanisme conventionnel, l'ordre concurrentiel n'est pas prescrit par la Convention, mais cela n'empêche pas la Cour de juger qu'il s'agit d'un motif d'adaptation légitime. La différence contextuelle et structurelle ne suffit pas donc à masquer la similarité du raisonnement, la CJUE s'étant d'ailleurs probablement appuyée sur jurisprudence de la Cour de Strasbourg pour fonder sa propre décision²²⁰⁷. En outre, cette convergence des ordres juridiques confirme, d'une part que le principe de sécurité juridique est fréquemment invoqué par les opérateurs économiques, et d'autre part que les juridictions font prévaloir les risques de paralysie de l'action de régulation de l'État sur la défense des intérêts particuliers de ces opérateurs. Dans ce cas, l'adaptation du contenu des normes de protection des droits fondamentaux au nom d'impératifs économiques ne remplit donc pas qu'une fonction de légitimation de l'ordre économique spontané, celui des opérateurs, mais sert aussi pour contenir l'expansion des droits subjectifs de ces derniers face aux tentatives de contrôle par le pouvoir politique de l'organisation du système économique – qui est défini strictement dans le système de l'UE ou de l'investissement, et de manière plus ouverte dans le système CEDH.

²²⁰⁵ La Cour l'affirme d'ailleurs, bien qu'en des termes strictement juridiques, cette solution était justifiée selon elle « compte tenu du caractère impératif du contrôle des aides étatiques opéré par la Commission au titre de l'article 93 du traité » (*idem*).

²²⁰⁶ CJUE, (GC), 19 juillet 2016, *Kotnik et autres*, C- 562/4, § 66.

²²⁰⁷ Dans certains arrêts, la CJUE s'y réfère explicitement ; voy. par exemple CJCE, 20 mai 2003, *Rechnungsho*, C-465/00, § 77.

887. Il paraît cependant difficile de nier que cette dynamique d'adaptation conduit à une altération de l'exigence de légalité. Pour certains auteurs, une telle altération est alors significative. Pour D. Roets, commentant l'affaire *Soros c. France* et à la suite de S. van Drooghenbroek²²⁰⁸, elle conduit en effet celle-ci à devenir un « principe de légitimité »²²⁰⁹ des politiques menées. Cette critique, d'ailleurs partagée par la doctrine au sujet de la jurisprudence de la CJUE, traduit l'ambiguïté de l'adaptation du régime des droits fondamentaux pour protéger un ordre économique des velléités d'opérateurs qui n'en demeurent pas moins des sujets de droit derrière lesquels se trouvent *in fine*, des individus.

888. Ces dangers sont davantage perceptibles, et perçus par la Cour, en matière d'obligations positives procédurales.

B. L'obligation variable d'assurer un contrôle juridictionnel pour la relation économique librement choisie

889. La procéduralisation des droits substantiels répond à une logique d'effectivité de ces droits. Elle présente un caractère finalisé qui se traduit, on l'a vu, par la sanction des violations qui ont une incidence réelle sur les intérêts économiques des requérants. En d'autres termes, seules seront sanctionnées les défaillances procédurales qui ont une incidence concrète sur la situation du requérant, c'est-à-dire sur sa situation économique. Néanmoins, la logique d'effectivité limite également l'obligation du point de vue de son intensité. La prise de risques en matière économique, sans être sanctionnée, amoindrit en effet les caractéristiques du contrôle juridictionnel national qui doit être exercé (1). Ce faisant, la Cour reconnaît le principe de liberté contractuelle, mais pour l'opposer au requérant et non pour le garantir à son bénéficiaire, sous réserve que l'étendue de l'atteinte qui en résulte ne soit pas disproportionnée par rapport au risque assumé (2).

²²⁰⁸ En ce sens, à propos de l'arrêt *S.W. c/ Royaume-Uni*, préc., S. VAN DROOGHENBROEK, « Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale. Obs. sous Cour EDH, S.W. c. Royaume-Uni, 22 septembre 1995 », *RTDH*, 1996, n° 27, pp. 463 et s.

²²⁰⁹ D. ROETS, « Le raisonnable prévisibilité au secours de la morale boursière », *Revue de science criminelle*, 2012, n° 1, pp. 252-255, spéc. p. 253.

1. L'affaiblissement de l'obligation, sanction du risque dans la relation économique privée

890. La Cour module également le contenu des obligations en raison de l'activité d'opérateur économique au regard du droit d'accès à une juridiction nationale. Ici encore, la Cour ne statue pas sur la substance des choix économiques étatiques, mais les modalités selon lesquelles ces choix sont effectués et imposés à l'opérateur. Comme on l'a vu, l'horizontalisation du droit de propriété implique une obligation de moyen pour l'État de permettre l'accès à une juridiction. De telles obligations procédurales existent néanmoins également lorsque la protection de l'intérêt économique invoqué est recherchée sur le fondement d'autres dispositions. Ainsi, dans les affaires portant sur la saisie de biens immobiliers qui constituent la résidence des requérants, ceux-ci invoquent généralement l'article 8, en raison probablement de la protection plus importante qui y est attachée. De manière générale, on sait que la prise inconsidérée de risques par un individu ou le manque de diligence est susceptible d'être pris en considération dans le rapport de proportionnalité, y compris en matière économique²²¹⁰. Pourtant, dans ce cas-là, la Cour va distinguer selon la nature de la relation économique en vertu de laquelle l'ingérence est advenue, légitimant à nouveau une adaptation des garanties conventionnelles lorsque l'ingérence est le fruit de l'activité libre d'un opérateur économique privé avec un autre.

891. Ainsi lorsque la relation économique est nouée entre un opérateur économique privé et un opérateur public, elle est selon la Cour, caractérisée par la poursuite d'intérêts particuliers et généraux. Dès lors, au titre de la proportionnalité, les requérants doivent pouvoir obtenir de la juridiction nationale l'examen de la proportionnalité de l'ordre d'éviction malgré la disparition du droit d'occupation en vertu du droit interne. Cette solution était justifiée par l'importance du droit au domicile, la Cour jugeant que :

« la perte d'un logement est une atteinte des plus graves au droit au respect du domicile. Toute personne qui risque d'en être victime doit en principe pouvoir faire examiner la proportionnalité de cette mesure par un tribunal indépendant à la lumière des principes

²²¹⁰ Voy. par exemple Cour EDH, 24 octobre 1986, *Agosi c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 55 : « Dès lors la Cour doit rechercher, nonobstant le silence du second alinéa de l'article 1 (P1-1) en la matière, si les procédures applicables en l'espèce permettaient, entre autres, d'avoir raisonnablement égard au degré de faute ou de prudence d'Agosi ou, pour le moins, au rapport entre la conduite de celle-ci et l'infraction qui avait sans nul doute eu lieu. Il échet aussi de déterminer si elles offraient à la requérante une occasion adéquate d'exposer sa cause aux autorités compétentes. Pour contrôler le respect de ces conditions, il faut avoir une vue globale desdites procédures ».

pertinents qui découlent de l'article 8 de la Convention, quand bien même son droit d'occuper les lieux aurait été éteint par l'application du droit interne »²²¹¹.

892. À ce titre, la Cour avait sanctionné l'absence d'examen par les juridictions nationales de la situation réelle de personnes expulsées au détriment d'une approche juridique formelle²²¹². L'immixtion obligatoire des obligations conventionnelles au sein des hiérarchies internes des normes et de la séparation des pouvoirs qui en résultait était donc légitimée en raison de l'importance de l'intérêt pour l'individu.

893. Pourtant, la Cour a récemment jugé que les choix économiques de l'opérateur étaient susceptibles de modifier le contenu de cette nouvelle garantie. Dans l'arrêt *Vrzić*, la Cour était saisie de la licéité d'un ordre d'éviction obtenu en vertu du droit interne. Dans cette affaire, le domicile du requérant avait été donné en nantissement dans le cadre d'un prêt professionnel. Les créanciers n'ayant pas obtenu du requérant l'exécution de ses obligations contractuelles, une société et son principal actionnaire, avaient alors saisi et obtenu des juridictions nationales l'exécution forcée, et notamment la vente judiciaire du domicile du requérant. Outre le fondement de l'article 8, ce dernier alléguait notamment que l'interférence était in conventionnelle en ce que les juridictions nationales n'avaient pas pris en considération le fait que le bien immobilier « *had been satisfying for their basic housing needs* »²²¹³.

894. Or, au moment d'appliquer sa jurisprudence *McCann*, la Cour effectue un *distinguo* fondé sur la nature privée de la relation économique au fondement de l'expulsion. Elle note en effet que « *[t]he situation in the present case is different inasmuch as the other parties in the enforcement proceedings were either a private person, namely M.G., or private enterprises, namely a bank and a company* »²²¹⁴. Poursuivant sur le risque consciemment assumé par les requérants, elle note par ailleurs que « *the applicants voluntarily used their home as collateral for their loan* » et que, par conséquent, « *[t]he risk inherent in borrowing such a high sum is that the debtor might not be able to repay it. The applicants expressly agreed to take such risk* »²²¹⁵. Bien que la Cour ait essayé de s'appuyer sur deux anciennes décisions de la

²²¹¹ Cour EDH, 13 mai 2008, *McCann c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 50.

²²¹² Voy. par exemple Cour EDH, 18 juillet 2013, *Brezec c. Croatie*, n° 7177/10, § 49 : « *The national courts thus confined themselves to finding that occupation by the applicant was without legal basis, but made no further analysis as to the proportionality of the measure to be applied against the applicant* ».

²²¹³ Cour EDH, 12 juillet 2016, *Vrzić c. Croatie*, n° 43777/13, § 56.

²²¹⁴ *Idem*, § 67.

²²¹⁵ *Idem*, §§ 68-69 (nous soulignons).

Commission pour présenter cette solution dans une continuité jurisprudentielle²²¹⁶, cette adaptation constitue incontestablement une inflexion de la jurisprudence *McCann* qui a été maintenue, et même clarifiée, par la suite. Dans l'affaire *F.J.M. c. Royaume-Uni*, la Cour a en effet explicité l'exclusion de la garantie du fait de la nature contractuelle et semble désormais reconnaître, indirectement, le principe de liberté contractuelle, non en tant que principe garanti par la Convention au bénéfice des requérants, mais en tant que principe justifiant l'exclusion de certaines garanties²²¹⁷.

895. La Cour, jugeant que la distinction était « plus profonde »²²¹⁸ que la nature privée des intérêts en cause, note que « is that the two private individuals or entities have entered voluntarily into a contractual relationship in respect of which the legislature has prescribed how their respective Convention rights are to be respected ». La Cour en tire donc les conséquences en termes de contenu des garanties conventionnelles : « if the domestic courts could override the balance struck by the legislation in such a case, the Convention would be directly enforceable between private citizens so as to alter the contractual rights and obligations that they had freely entered into »²²¹⁹. La Cour estime ensuite que, de ce point de vue, la jurisprudence de la Cour Suprême anglaise selon laquelle l'objectif, en substance, du législateur anglais serait « *best achieved through contractual certainty and consistency in the application of the law* » et l'absence d'examen de proportionnalité était par conséquent conforme aux exigences conventionnelles, au regard notamment des conséquences économiques d'une

²²¹⁶ Dans la première décision (Com. EDH (déc.), 6 septembre 1995, *J. P. c. France*, n° 26215/95) la Commission avait jugé sur le fondement de l'article 8 sur le seul fait pour une partie à un litige privé de succomber n'emportait pas attribution de l'atteinte aux droits à l'État défendeur, et que, substantiellement, la résiliation du bail aux dépens du requérant n'était pas contraire aux prescriptions de l'article 8 § 2. Dans la seconde décision (Com. EDH (déc.), 1^{er} décembre 1986, *D.P. c. Royaume-Uni*, n° 11949/86, D.R. 51, p. 195, la Commission avait à nouveau estimé que le fait que le jugement rendu par une juridiction nationale statuant dans le cadre d'un litige privé relatif à un contrat de bail n'emportait pas attribution de l'atteinte à ses droits à l'État sur le fondement de l'article 1P1. De même, elle avait affirmé que le seul fait qu'il n'existât pas de juridiction supérieure de contrôle n'était pas en soi contraire aux prescriptions de l'article 6 § 1 dans la mesure où le tribunal de première instance était compétent pour connaître des points de droit et de fait. Si donc les deux décisions concernaient des relations privées, l'idée d'un amoindrissement des obligations procédurales en raison de l'exercice de la liberté contractuelle n'avait même pas jamais été esquissée par la Commission.

²²¹⁷ La plupart des auteurs avaient à ce sujet estimé que la reconnaissance de la liberté contractuelle comme bénéfique des requérants ; voy. par exemple D. DE BECHILLON, « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, XXX-882 p. pp. 53-64, ou J.-P. MARGUÉNAUD, « Un petit pas de plus vers l'assimilation de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale. CEDH (GC), 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c. Turquie, Revue des contrats*, 2009, n° 3, pp. 1211-1217.

²²¹⁸ Cour EDH, 6 novembre 2018, *F.J.M. c. Royaume-Uni*, n° 76202/16, § 42 : « *However, the distinction in fact runs deeper than that* ».

²²¹⁹ *Idem*, § 42.

décision en sens inverse²²²⁰. Comme souvent, la Cour paraît tempérer la rigueur de sa solution. D'un point de vue plus formel, en exprimant « à titre surabondant sa compassion »²²²¹, selon les mots d'A. Schamaneche qui a mis en évidence la récurrence de ce type de stratégie discursive, puisqu'elle reformule sa solution en ces termes : « *while the applicant's particular circumstances are undoubtedly deserving of sympathy, having regard to the considerations set out above they cannot justify the conclusion that in cases where a private sector landlord seeks possession, a residential tenant should be entitled to require the court to consider the proportionality of the possession order* »²²²².

896. La solution inverse aurait en effet pu être soutenue. La Cour aurait pu juger que, dans la mesure où il s'agit de relations économiques purement privées, le contrôle juridictionnel était légitime²²²³. Cette logique de différenciation selon des considérations de justice matérielle, que l'on retrouve dans d'autres types de contentieux devant la Cour, traduit une logique d'adaptation dont la ressemblance avec le contentieux constitutionnel américain frappe.

897. Cette approche « conséquentialiste » retenue montre que ça n'est pas seulement la nature économique de la question soulevée par l'affaire, mais également l'incidence des actes litigieux sur l'existence de l'individu qui sont pris en considération. Elle illustre une volonté d'adapter le contenu des garanties procédurales aux situations économiques concrètes, ce que permet dans un cas comme dans l'autre le contrôle concret exercé par ces juridictions²²²⁴, et contribue à expliquer la diversité des logiques économiques auxquelles la Cour de Strasbourg peut être sensible.

²²²⁰ *Idem*, § 43 : « [a]s the Supreme Court made clear, a tenant entering into an assured shorthold tenancy agrees to the terms – clearly set out in the 1988 Act – under which it could be brought to an end and if, once it comes to an end, he or she could require a court to conduct a proportionality assessment before making a possession order, the resulting impact on the private rental sector would be wholly unpredictable and potentially very damaging ».

²²²¹ A. SCHAMENECHÉ, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 675.

²²²² *Idem*, § 45.

²²²³ Voy. En ce sens une jurisprudence très ancienne de la Cour Suprême des États-Unis, laquelle faisait dire exactement l'inverse à des prémisses relativement similaires ; 28 février 1877, *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876) 134 : « *Undoubtedly, in mere private contracts relating to matters in which the public has no interest, what is reasonable must be ascertained judicially (...) But a mere common law regulation of trade or business may be changed by statute (...) We know that this is a power which may be abused, but that is no argument against its existence. For protection against abuses by legislatures, the people must resort to the polls, not to the courts* » (nous soulignons).

²²²⁴ Même si le contrôle *in abstracto* permet aussi au juge constitutionnel de sanctionner une loi en raison de la gravité des atteintes économiques portées à certaines catégories d'individus ; S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LDGJ-Lextenso, 2016, XIX-779 p., pp. 371-371

2. Le rétablissement de l'obligation : la disproportion entre le risque assumé et l'office de la juridiction nationale

898. Les décisions précédentes montrent que ce sont bien la nature et les caractéristiques de ce type de relation économique qui conduisent la Cour à moduler le contenu de garanties procédurales. Elle n'exclut cependant pas toute nécessité d'un contrôle important par les juridictions internes. Cela confirme que l'appréhension des relations économiques n'entraîne l'exclusion ou l'affaiblissement de certaines garanties conventionnelles, mais sous réserve que les conséquences économiques ne soient pas trop drastiques pour le requérant.

899. Dans une autre affaire concernant la vente judiciaire du domicile d'un individu en raison de sa défaillance dans ses obligations contractuelles, la Cour a pu sanctionner, sur le fondement de l'article 1P1, le contrôle insuffisant des juridictions internes sur la proportionnalité de la mesure. Dans l'affaire *Vaskrsic*, par exemple, la Cour était saisie par un requérant dont le domicile avait été vendu pour la moitié de sa valeur de marché – soit 70 000 euros – en paiement d'une dette d'une valeur n'excédant pas 500 euros. Or, bien que la relation ait été contractuelle, la Cour jugea non seulement que la juridiction d'exécution aurait dû conduire un examen de proportionnalité, mais que cet examen aurait dû être intégral. En effet, en raison de la disproportion entre la dette et les conséquences de la mesure d'exécution, la Cour juge que les garanties procédurales de l'article 1P1 impliquaient que la Cour « *take careful and explicit account of other suitable but less intrusive alternatives* »²²²⁵.

900. Si elle s'appuie sur le précédent dans l'affaire *Yukos* pour affirmer la préexistence de cette exception, on notera que le raisonnement dans celle-là n'était pas exactement identique. La circonstance que l'autorité dont l'examen et les décisions étaient contrôlés étaient composée d'huissiers, contrairement à une juridiction, est sans conséquence sur le raisonnement. La Cour avait certes reproché à l'autorité nationale de ne pas avoir « *given very serious consideration to other options, especially those that could mitigate the damage to the applicant company's structure* »²²²⁶, elle a avant tout jugé que le droit national avait laissé aux huissiers « *a decisive*

²²²⁵ Cour EDH, 25 avril 2017, *Vaskrsic c. Slovénie*, n° 31371/12, § 83 ; le caractère décisif de cette absence de contrôle est ensuite clairement réitéré § 87 : « *Having regard to the above considerations, in particular the low value of the debt that was enforced through the judicial sale of the applicant's house and the lack of consideration of other suitable and less onerous measures by the domestic authorities, the Court concludes that the State failed to strike a fair balance between the aim sought and the measure employed in the enforcement proceedings against the applicant. There has accordingly been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention* ».

²²²⁶ Cour EDH, 20 septembre 2011, *OAO Neftyanaya Kompanyia Yukos c. Russie*, *op. cit.*, § 654.

freedom of choice ». La Cour n'avait pas donc été jusqu'à juger que l'examen par l'autorité devait comporter un examen de proportionnalité intégral susceptible, le cas échéant, d'écarter le droit interne. Cependant, l'idée que des conséquences économiques trop défavorables peuvent conduire la Cour à exiger une application moins formelle du droit interne était déjà bel et bien présente. Elle avait en effet affirmé que « *[b]ecause of its rigid application, instead of inciting voluntary compliance, it contributed very seriously to the applicant company's demise* »²²²⁷ et que si « *[a]dmitedly, this rigidity may have resulted at least in part from the relevant requirements of the domestic law. Nevertheless, the Court finds that in the circumstances of the case such lack of flexibility had a negative overall effect on the conduct of the enforcement proceedings against the applicant company* »²²²⁸.

901. En d'autres termes, un faisceau d'indices détermine l'intensité de la procéduralisation imposée par la Convention. Elle est moindre lorsque la relation économique est purement privée, parce qu'elle dépasse le cadre conventionnel, qu'elle comporte un risque et qu'elle ne met pas en jeu des intérêts situés au centre du mécanisme conventionnel. Néanmoins, un déséquilibre économique excessif au détriment justifie le rétablissement d'un contrôle normal, voire l'établissement d'un contrôle plus poussé encore. L'adaptation est donc un principe en quelque sorte à « finalité multidirectionnelle »²²²⁹, dont le jeu peut soit conduire à exclusion, soit conduire à réintégrer des garanties conventionnelles.

902. Cette adaptation protéiforme au nom de considérations économiques est également susceptible de conduire à un déplacement du contrôle en matière économique.

§2. L'articulation variable du contrôle en matière économique

903. Une partie des défenseurs de la « justice procédurale » souligne régulièrement que celle-ci n'a pas vocation à se substituer à la justice distributive, mais qu'elle a notamment vocation à asseoir la légitimité de l'organe juridictionnel²²³⁰. Pour d'autres au contraire, c'en est tout l'intérêt. P. Popelier qualifie ainsi cette technique de « *middle way between deference and rights*

²²²⁷ *Idem*, § 655.

²²²⁸ *Idem*, § 656 (nous soulignons).

²²²⁹ L'expression est empruntée à M. LARCHE, *Les fonctions des sources internationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris 1, 2019, thèse, X-552-CVII, p. 359.

²²³⁰ Voy. par exemple E. BREMS, L. LAVRYSEN, « Procedural Justice in Human Rights Adjudication : the European Court of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2013, vol. 35, pp. 176-200, spéc. p. 183.

protection » en vertu de laquelle une juridiction peut éviter « *a substantive balance of interest* »²²³¹. S'il est impossible de dégager une relation systématique entre obligations substantielles et obligations procédurales, l'autonomie normative de celle-ci n'étant pas toujours identique²²³², la complexité des interactions soulignent les hésitations jurisprudentielles quant à la portée du contrôle à octroyer en matière économique. Parfois, les obligations procédurales interagissent de manière harmonieuse (A), alors que le développement des premières conduit parfois à un déplacement du contrôle vers elles au détriment des obligations matérielles (B).

A. L'harmonisation entre les obligations procédurales et substantielles

904. Le développement d'obligations procédurales n'implique pas nécessairement de conflit entre les deux, ou d'altération du contrôle substantiel des actes de l'État en matière économique. Au contraire, les deux catégories peuvent faire l'objet d'un examen cumulatif, au bénéfice de l'individu (1). Dans d'autres circonstances, le contrôle substantiel conserve une forme de primauté, puisqu'il joue un rôle correctif dans celui du respect des obligations procédurales (2).

1. L'examen cumulatif des obligations procédurales et matérielles : une justice procédurale parfaite

905. L'un des trois types de justice procédurale développée par J. Rawls renvoie à une articulation entre un critère substantiel et l'élaboration d'une procédure pour y parvenir²²³³, type de justice procédurale « parfaite » dont il ne prône pas le développement dans les systèmes juridiques libéraux²²³⁴. En effet, la procédure est alors considérée comme juste uniquement parce qu'elle permet de parvenir à un objectif matériel déjà déterminé. Or, la procéduralisation des droits substantiels par la Cour paraît parfois remplir cette fonction. De manière générale, on sait en effet que les fonctions premières des obligations procédurales sont de nature complémentaire aux garanties substantielles. Comme le note E. Dubout dans son étude, elles

²²³¹ P. POPELIER, « The Court as a Regulatory Watchdog. The Procedural Approach in the case-law of the European Court of Human Rights », in P. PATRICIA, A. MAZMA NYAN, W. WERNER VANDENBRUWAENE (dir.), *The role of constitutional courts in multilevel governance*, Cambridge Anwert, Intersentia, 2013, XI-310 p., p. 252.

²²³² I. PANAGOULIS, « La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 71 ; E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, n° 70, pp. 397-425, p. 415.

²²³³ J. RAWLS, *Une théorie de la justice*, *op. cit.*, p. 117

²²³⁴ *Idem.*

ont initialement trois fonctions principales : « éviter la réalisation d'une violation potentielle », « favoriser la démonstration d'une violation alléguée » et « augmenter la sanction d'une violation avérée »²²³⁵. De fait, parfois l'examen de l'existence de garanties procédurales suffisantes est bien complémentaire avec l'examen de l'équilibre économique substantiel résultant de la situation ou des actes litigieux.

906. Cette situation est perceptible dans une partie de la jurisprudence en matière d'examen de l'indemnité d'expropriation. Dans le cadre d'un « *substantive due process* », le contrôle de la Cour signifie qu'elle établit si le montant de l'indemnité de l'expropriation s'inscrit dans un rapport suffisant de proportionnalité avec la valeur du bien. En revanche, dans la perspective d'un « *procedural due process* », la Cour examinera la régularité du mode de calcul de l'indemnité, et du rapport avec la valeur économique du bien qu'elle est censée refléter. Or, souvent, l'examen est cumulatif, à l'instar du raisonnement de la Cour dans l'affaire *Jokela*. La Cour s'était en effet alors satisfaite de ce que « la baisse importante du prix des biens immobiliers jusqu'à au début de 1993 a[vait] été prise en considération »²²³⁶, mais aussi de ce que la « procédure d'expropriation prise dans son ensemble a fourni aux requérants une occasion raisonnable de présenter leur affaire aux autorités compétentes afin qu'elles ménagent un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu »²²³⁷, afin de conclure au rapport raisonnable de proportionnalité entre l'indemnité versée et la valeur du bien exproprié.

907. De la même manière, le contentieux environnemental fait souvent apparaître une complémentarité des contrôles. On a vu par exemple que la Cour avait contrôlé dans l'arrêt *Flamenbaum* que les autorités locales avaient suffisamment recouru à des études d'impact qui permettaient d'établir que l'agrandissement projeté permettrait d'assurer le développement économique local. Néanmoins, la Cour poursuit son analyse et juge ce but légitime d'un point de vue substantiel. Elle s'est également prononcée sur la question de savoir si un intérêt économique local pouvait être assimilé au « bien-être économique du pays » visé par l'article 8 § 2, et a également conclu en l'espèce à l'existence d'un tel intérêt²²³⁸. De manière similaire, sur le fondement de l'article 1P1, la Cour a examiné dans l'affaire *Gauchin* que la juridiction spécialisée avait dûment pris en considération des prétentions du preneur à bail comme du

²²³⁵ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. pp. 408-412.

²²³⁶ Cour EDH, 21 mai 2002, *Jokela c. Finlande*, n° 28856/95, CEDH 2002-IV, § 54.

²²³⁷ *Idem*, § 55.

²²³⁸ Cour EDH, 13 décembre 2012, *Flamenbaum et autres c. France*, *op. cit.*, §§ 147 et 148.

propriétaire des parcelles agricoles litigieuses²²³⁹, mais relève néanmoins, avant de conclure à l'absence de violation, que le requérant « per[cevait] pour leur exploitation un loyer dont il n'allègue pas qu'il serait insuffisant »²²⁴⁰.

908. Dans un autre domaine, la jurisprudence postérieure de la Cour a montré l'impossibilité d'envisager la question de la bonne gouvernance sous un angle purement procédural, et fait même découler une obligation substantielle d'une obligation procédurale. En particulier, dans une affaire concernant l'impossibilité pour un individu d'obtenir l'exécution d'un contrat de vente, la Cour a réitéré l'allocation des ressources comme motif de la relativité du principe de « bonne gouvernance », confirmant que cette motivation excède la seule question des mécanismes de redistribution²²⁴¹. Elle a cependant précisé que celle-ci ne devait pas permettre à l'État de « *profit from their wrongdoing or to escape their obligations* » pour en déduire que « *the “good governance” principle may not only impose on the authorities an obligation to act promptly in correcting their mistake but may also necessitate the payment of adequate compensation or another type of appropriate reparation to its former good-faith holder* ». Le contrôle ensuite effectué montre que l'obligation de bonne gouvernance, entendue comme l'obligation de corriger ses erreurs, implique inévitablement un contrôle de la substance des actes initiaux de l'État défendeur comme des requérants pour évaluer la situation dans laquelle ils ont laissé ces derniers²²⁴².

909. L'autonomie normative de cette obligation demeure incertaine, ou en tout état de cause variable. Le défaut de procédure ne sera ainsi pas sanctionné si la situation économique du requérant finale n'est pas intrinsèquement plus désavantageuse, notamment s'il a reçu un autre bien en compensation, voire une indemnisation²²⁴³.

²²³⁹ Cour EDH, 19 juin 2008, *Gauchin c. France*, n° 7801/03, §§ 65-66 : « La Cour note par ailleurs qu'en présence d'intérêts contradictoires comme dans la présente affaire, le droit français prévoit des garanties procédurales pour le propriétaire, puisqu'il appartient au tribunal paritaire des baux ruraux et à la cour d'appel de statuer sur les demandes de cession du bail et de reprise. La Cour relève qu'en l'espèce, pour autoriser la cession, la cour d'appel s'est tout d'abord assurée que l'opération ne risquait pas de nuire aux intérêts légitimes du bailleur, au sens de l'article L. 411-53 précité, en vérifiant de façon détaillée si les époux C-G avaient satisfait à toutes les obligations découlant du bail, notamment le versement des loyers et la bonne exploitation du fonds. Elle a ensuite examiné si le cessionnaire remplissait les conditions de diplôme et d'expérience professionnelle requises et s'il bénéficiait d'une autorisation administrative d'exploiter. Ce n'est qu'après avoir vérifié la réunion de l'ensemble de ces conditions qu'elle a autorisé la cession ».

²²⁴⁰ *Idem*, § 67.

²²⁴¹ On note qu'il est fait l'économie de cette mention dans certains arrêts récentes ; voy. Cour EDH, 12 décembre 2018, *Grafov c. Ukraine*, n° 4809/10, § 37.

²²⁴² *Idem*, spéc. §§ 65-68.

²²⁴³ Cour EDH, 19 octobre 2017, *Spiridonovska et Popovoski c. Macédoine*, n° 40676/11, § 74.

2. Le critère substantiel comme correctif : une justice procédurale imparfaite

910. Comme le relève G. Timsit en s'appuyant sur les travaux de P. Ricoeur, « une théorie purement procédurale de la justice est sans doute impossible » puisque le choix et l'édiction des procédures renvoie inévitablement à « un sens de la justice toujours présupposé et déjà là »²²⁴⁴. De fait, le choix des obligations procédurales lui-même paraît dans une certaine mesure dépendre de conceptions substantielles de la justice en matière économique. C'est ainsi la bonne allocation des ressources qui fonde, ou légitime, le principe de bonne gouvernance ou la complexité perçue des décisions économiques qui conduisent à un encadrement du processus décisionnel.

911. De manière générale, les motifs de consécration des obligations procédurales que l'on peut identifier dans le domaine économique renferment souvent des considérations économiques matérielles. L'exemple du lien opéré par la Cour entre le principe de bonne gouvernance et l'allocation des ressources est à cet égard particulièrement parlant²²⁴⁵. Mais le jeu des considérations matérielles ne s'opère parfois plus seulement en aval de l'obligation procédurale, ou même en addition avec l'obligation matérielle, mais va venir neutraliser les effets de l'obligation procédurale initialement dégagée parce qu'ils seront, matériellement, considérés comme injustes. En d'autres termes, des considérations substantielles de justice économique ou sociale peuvent jouer un rôle correctif à la procéduralisation de l'action de l'État en la matière. Parfois, la persistance de la considération matérielle prend la forme d'un correctif à la procéduralisation de l'examen. En d'autres termes, des considérations de justice matérielle vont dans ces cas permettre d'infléchir la solution obtenue au moyen de la justice procédurale.

912. Cette correction joue alors dans les deux sens. Elle peut conduire à un affaiblissement de l'obligation procédurale lorsque son maintien à un niveau ordinaire conduit à une protection jugée trop importante. On peut interpréter en ce sens l'affaiblissement du contrôle de la légalité de l'action étatique en destination des opérateurs économiques professionnels, ou à l'exigence moins grande quant aux pouvoirs octroyés aux juridictions internes, lorsque la relation est

²²⁴⁴ G. TIMSIT, « L'invention de la légitimité procédurale », in *La Conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, 710 p., pp. 635-648, spéc. p. 640.

²²⁴⁵ Voy. *supra*, §§ 847 et s.

purement contractuelle et que l'opérateur est présumé avoir assumé certains risques en toute connaissance de cause²²⁴⁶. L'effet de correction peut néanmoins également jouer dans le sens d'un renforcement de l'obligation du contrôle, notamment grâce au caractère concret du contrôle effectué. Ainsi, dans l'affaire *Moskal*, qui concernait le retrait d'une prestation sociale octroyée par erreur, la Cour met en balance la nécessité pour l'État de corriger ses erreurs, au nom d'une allocation efficace des ressources publiques, avec les conséquences du retrait sur la situation de la requérante :

*« In this connection it should be observed that as a result of the impugned measure, the applicant was faced, practically from one day to the next, with the total loss of her early-retirement pension, which constituted her sole source of income. Moreover, the Court is aware of the potential risk that, in view of her age and the economic reality in the country, particularly in the undeveloped Podkarpacki region, the applicant might have considerable difficulty in securing new employment »*²²⁴⁷.

913. En ce sens, la portée relative du principe de « *good governance* » dépend de la nature de l'intérêt économique examiné et de son importance pour le requérant. En effet, le principe de « bonne gouvernance » est non seulement d'une importance particulière dans le contexte des « *property rights* », mais la Cour juge qu'il l'est davantage « *in particular when dealing with matters of vital importance to individuals, such as welfare benefits and other property rights* »²²⁴⁸. La formule n'est pas exempte d'ambiguïté du fait de l'indétermination de la réserve des « *other property rights* ». Néanmoins, il semble raisonnable d'en conclure que la bonne gouvernance sera appréciée plus rigoureusement si l'intérêt économique constitue la source principale, voire unique, de revenu du requérant, alors qu'un investissement spéculatif, ou simplement accessoire, conduira à la reconnaissance d'un droit à l'erreur plus important au bénéfice de l'État. D'ailleurs, la Cour l'a confirmé lors de sa saisine par une société spécialisée dans le rachat et le recouvrement de redevances audiovisuelles impayées, en faisant primer sur le principe de « *good governance* » le « *certain business risk as to the prospects of recovering the claims transferred* »²²⁴⁹ assumé par la société, malgré une modification par l'État de la réglementation applicable qui n'avait pas été réservée par les dispositions du contrat de cession.

²²⁴⁶ Voy. *supra*, §§ 890 et s.

²²⁴⁷ Cour EDH, 15 septembre 2009, *Moskal c. Pologne*, *op. cit.*, § 74.

²²⁴⁸ *Idem*, § 72.

²²⁴⁹ Cour EDH, 8 octobre 2013, *Lawyer Partners A.S. c. Slovaquie*, *op. cit.*, § 89.

914. Cette imbrication ambivalente entre les aspects procéduraux et matériels de l'appréhension des questions économiques ne paraît pas spécifique aux choix de la Cour de Strasbourg. On retrouve au contraire des motifs et solutions très similaires dans le droit constitutionnel américain par exemple. Initialement, toujours en raison de considérations matérielles des manifestations de l'État providence, la Cour rejetait l'extension du « *due process* » aux prestations sociales au motif qu'il s'agissait seulement de « *privileges* » discrétionnaires octroyés par l'État. Elle a par la suite non seulement abandonné cette distinction mais elle a également jugé, par des motifs particulièrement similaires à ceux de l'affaire *Moskal*, que l'obligation procédurale d'accorder une audience au bénéficiaire d'une prestation sociale dans les situations où cela constituait sa seule ressource²²⁵⁰, « des forces qui échappent au contrôle des pauvres contribuent à leur pauvreté »²²⁵¹. En d'autres termes, tant l'existence que le contenu et l'intensité des obligations procédurales peuvent résulter de considérations économiques substantielles, parfois contradictoires, que le recours à la seule procéduralisation ne permet pas de trancher.

915. Dès lors, la procéduralisation implique bien une distanciation du juge européen vis-à-vis de la substance du choix effectué, sans impliquer nécessairement l'interdiction de toute considération matérielle. Cependant, elle dispose parfois au contraire d'une autonomie normative beaucoup plus forte qui est susceptible de conduire à un recul du contrôle européen.

B. Le déplacement du contrôle substantiel vers le contrôle procédural

916. Dans certaines hypothèses, le développement d'obligations procédurales se traduit par un déplacement au détriment des obligations substantielles. Celui-ci peut certes être contraint et découler de la structure même de l'obligation procédurale imposée (1), mais il peut aussi résulter d'un choix d'évitement du contrôle substantiel, alors qu'il demeurerait possible (2).

²²⁵⁰ Cour Suprême, 22 mars 1970, *Goldberg c. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970) : « *Thus, the crucial factor in this context -- a factor not present in the case of the blacklisted government contractor, the discharged government employee, the taxpayer denied a tax exemption, or virtually anyone else whose governmental entitlements are ended -- is that termination of aid pending resolution of a controversy over eligibility may deprive an eligible recipient of the very means by which to live while he waits. Since he lacks independent resources, his situation becomes immediately desperate. His need to concentrate upon finding the means for daily subsistence, in turn, adversely affects his ability to seek redress from the welfare bureaucracy* ».

²²⁵¹ *Idem*, « *We have come to recognize that forces not within the control of the poor contribute to their poverty* » (*idem*).

1. Le déplacement contraint

917. L'article 1P1 contient l'obligation de « prévoir une procédure judiciaire offrant les garanties procédurales nécessaires et permettant ainsi aux tribunaux nationaux de trancher efficacement et équitablement tout litige éventuel en particuliers », lesquels incluent des litiges économiques comme ceux entre actionnaires²²⁵², entre concurrents au sujet de droits de propriété intellectuelle²²⁵³ ou dans la cadre de procédures de faillite²²⁵⁴. L'applicabilité de l'article 1P1 se traduit donc par une procéduralisation positive de ses dispositions, puisqu'il conduit l'État à devoir fournir aux particuliers des *fora* internes leur permettant de régler leurs différends économiques pour assurer le respect de la propriété privée.

918. D'ailleurs, la Cour souligne parfois expressément l'importance que revêtent selon elle ces obligations procédurales de protection de la propriété privée pour l'économie nationale. Dans l'arrêt *Kotov*, par exemple, la Cour a considéré, à propos d'irrégularités commises par un liquidateur dont elle avait jugé qu'il ne constituait pas un organe étatique, que celles-ci s'étaient « produites dans un domaine où toute négligence de la part de l'État dans la lutte contre la mauvaise gestion ou la fraude peut avoir des conséquences catastrophiques sur l'économie du pays et léser un grand nombre de personnes dans leur droit de propriété »²²⁵⁵. Ce motif économique n'est certes pas le seul discours de légitimation de l'obligation ainsi dégagée, puisque la Cour ajoute que tout État « qui n'agirait pas ainsi manquerait en effet gravement à son obligation de protéger la prééminence du droit et de prévenir l'arbitraire »²²⁵⁶. En d'autres termes, le motif économique, qui ne figure pas parmi les valeurs sociales conventionnelles clairement affirmées par le texte, coexiste avec un motif tiré de l'objet explicite de la Convention.

919. Cela entraîne une dissociation entre l'obligation par laquelle est tenue l'État et la cause initiale du litige. Pour autant, ce phénomène ne peut conduire à transférer à l'État la charge financière des opérateurs économiques défaillants, sans grever de manière disproportionnée ses

²²⁵² Cour EDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, *op. cit.*; la même exigence ? recours pour les actionnaires minoritaires qui se voient contraints de céder leurs parts aux actionnaires majoritaires, ou encore qui entendent contester la part qui leur est attribuée la suite d'une fusion de sociétés : Cour EDH, 19 juillet 2007, *Freitag c. Allemagne*, n° 71440/01, §§ 53-54.

²²⁵³ Cour EDH (GC), 11 janvier 2007, *Anheuser Inc c. Portugal*, *op. cit.*, § 93.

²²⁵⁴ Cour EDH (GC), 3 avril 2012, *Kotov c. Russie*, *op. cit.*, spéc. § 117.

²²⁵⁵ *Idem*, § 117.

²²⁵⁶ *Idem*.

ressources et le contraindre à une multitude d'actions récursoires. En d'autres termes, cet effet horizontal ne conduit pas pour autant la puissance publique à devenir un mécanisme assurantiel des créances privées. Dans l'affaire *Kotov*, la Cour a ainsi rappelé que « l'État ne peut être tenu pour directement responsable des dettes d'une société privée ni des fautes commises par ses dirigeants (ou, comme en l'occurrence, par un liquidateur de faillite) »²²⁵⁷. La situation est en effet inversée par rapport à celles dans lesquelles les dettes sont attribuables à l'État directement. Dans ce cas, ce dernier est non seulement « tenu de régler ces dettes sur des fonds publics », mais il ne peut surtout exciper du manque de ressources publiques pour justifier le refus d'honorer la décision de justice concernée²²⁵⁸.

920. Au contraire, l'obligation qui reste à la charge de l'État lorsque la créance est détenue à l'encontre d'un opérateur privé consiste simplement à mettre en œuvre des « voies de droit adéquates »²²⁵⁹ ou à « apporter le concours nécessaire aux créanciers pour faire exécuter les jugements en cause, par exemple par le biais d'un sere d'huissiers ou par le biais de liquidateurs nommés par la justice dans le cadre de procédures de faillite »²²⁶⁰. C'est donc l'État dans sa fonction de depositaire de la force publique qui est le débiteur de l'obligation, et non un État garant « du défaut de paiement d'une créance exécutoire dû à l'insolvabilité d'un débiteur privé »²²⁶¹. La Cour a ici encore parfois conforté cette solution, qui découle pourtant de la structure du contentieux strasbourgeois, une fois admise l'applicabilité de l'article 1P1 au moyen de motifs purement économiques. En s'engageant dans des relations économiques privées, l'opérateur est en effet réputé avoir accepté les risques économiques qui y sont inhérents. Au sujet par exemple du client d'un établissement bancaire, elle a jugé qu'« en déposant son argent dans une banque privée, le requérant en l'espèce a[vait] pris certains risques, tenant notamment à la possibilité d'erreurs de gestion voire d'abus de confiance »²²⁶². Cette présomption d'acceptation du risque peut également jouer hors des obligations procédurales

²²⁵⁷ Cour EDH (GC), 3 avril 2012, *Kotov c. Russie*, *op. cit.*, § 116.

²²⁵⁸ Voy. parmi d'autres, Cour EDH, 30 novembre 2004, *Mikhailenki et autres c. Ukraine*, *op. cit.*, § 52 : « [u]ne autorité de l'État ne saurait prétendre du manque de ressources pour ne pas honorer un jugement ».

²²⁵⁹ *Idem.*

²²⁶⁰ Cour EDH (déc.), 16 septembre 2004, *Samsonov c. Russie*, *op. cit.*, § 62.

²²⁶¹ Cour EDH, 27 mai 2003, *Sanglier c. France*, n° 50342/99, § 39.

²²⁶² *Idem.*

découlant de l'article 1P1²²⁶³. Cette insolvabilité ne pourra dès lors jouer qu'au stade de la proportionnalité de l'ingérence²²⁶⁴.

921. En d'autres termes, l'adaptation permet de préserver la volonté d'étendre l'intégration des relations économiques, même privées, au sein du champ conventionnel tout en s'assurant que cet élargissement ne conduise pas à un déséquilibre excessif au détriment de l'État débiteur des obligations devant la Cour. En revanche, la nature de l'obligation de moyen et le retrait du contrôle de la Cour ne conduit pas pour autant à la disparition de toute appréciation qualitative des moyens mis en cause, puisque ceux-ci doivent être suffisamment efficaces²²⁶⁵. Toutefois, l'impossibilité pour le créancier d'obtenir *in fine* satisfaction ne constitue pas *per se* une violation des dispositions conventionnelles.

922. Évidemment, l'existence et le contenu de telles obligations procédurales ne sont pas le fruit de la mise en œuvre par la Cour des constatations d'une analyse économique du droit qui déterminerait que la maximisation du bien-être économique suppose telle ou telle garantie procédurale. Néanmoins, la coexistence de motifs économiques au côté de motifs plus directement juridiques, liés à des principes transversaux comme la prééminence du droit, indique que la Cour est consciente de leur importance économique. Au contraire, le caractère économique d'un contentieux ne conduit pas à l'exclusion *per se* des garanties conventionnelles, mais seulement à une adaptation nécessaire dans le cadre dominant d'une large banalisation.

²²⁶³ Voy. Par exemple Cour EDH, 20 juillet 2004, *Bäck c. Finlande*, n° 37598/97, CEDH 2004-VIII, § 62 : « Toutefois, il est vrai aussi qu'en garantissant le prêt accordé à N., le requérant devait évaluer le risque que N. se trouvât dans l'incapacité d'assumer ses engagements. Il devait également envisager la possibilité que N. fût déclaré failli, auquel cas sa créance envers lui perdrait vraisemblablement toute valeur. Qu'une situation de faillite eût préservé la validité juridique et l'exigibilité, à un stade ultérieur, de la créance ne change rien au fait qu'en se portant caution M. Bäck a accepté un risque de perte financière ».

²²⁶⁴ Voy. par exemple : Cour EDH (déc.), 10 octobre 2000, *Dachar c. France*, n° 42338/98 § 16: « Enfin, le requérant avait plusieurs fois attiré l'attention du juge d'instruction sur la circonstance – avérée – qu'il ne disposait que de revenus limités et que sa situation financière était devenue plus que précaire à la suite de l'abus de confiance dont il était question ; la Cour estime que dans ces conditions, l'enjeu de la procédure pour l'intéressé militait en faveur d'un traitement diligent de l'affaire ».

²²⁶⁵ Voy. par exemple Cour EDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, *op.cit.*, §§ 96-98.

2. Le déplacement choisi : l'évitement du contrôle substantiel

923. Néanmoins, la Cour s'appuie régulièrement sur les obligations procédurales pour se dispenser d'un contrôle au fond, c'est-à-dire une justice procédurale « pure » au sens de la théorie rawlsienne, ou encore « substitutive » selon les termes d'E. Dubout²²⁶⁶. Elle a ainsi à plusieurs reprises jugé que le défaut de satisfaction d'exigences procédurales la dispense d'examiner au fond l'équilibre économique résultant de l'action litigieuse de l'État défendeur²²⁶⁷. Dans le cas particulier du contrôle de la légalité de l'atteinte ou de l'ingérence, cela résulte de la structure des dispositions conventionnelles qui lui permettent de se dispenser de l'examen de proportionnalité, puisque l'absence de base légale suffit à constater la violation. En revanche, un contrôle du respect par l'État de ses obligations procédurales internes est opéré dans le cadre du contrôle de nécessité. La Cour n'hésite d'ailleurs pas à sanctionner ce motif de violation plutôt qu'un examen substantiel, voire même qu'un examen des obligations procédurales conventionnelles²²⁶⁸.

924. L'absence de légitimité procédurale de la décision adoptée est d'autant plus facilement constatée lorsque la Cour pousse ce contrôle au maximum en envisageant la possibilité d'imaginer une procédure qui satisfasse les impératifs économiques invoqués par l'État et qu'elle a jugé légitimes. Dans l'affaire *Capital Bank AD*, par exemple, la Cour a jugé légitime la révocation de la licence d'un établissement bancaire en raison du risque systémique posé par les difficultés qu'il rencontrait²²⁶⁹. Néanmoins, elle a également contrôlé la réalité *in concreto* de la nécessité de cette révocation urgente. Elle a également fondé le constat du défaut de

²²⁶⁶ E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis-Anrthemis, 411 p., pp. 265-300, spéc. p. 281.

²²⁶⁷ Voy. par exemple Cour EDH (GC), 25 mars 1999, *Iatridis c. Grèce*, *op. cit.*, § 62 ; Cour EDH, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 139.

²²⁶⁸ Voy. par exemple Cour EDH, 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, *op. cit.*, § 60, dans laquelle la violation n'est fondée que sur le défaut d'information des requérants en violation du droit interne ; l'arrêt Lopez-Ostra était plus ambigu, puisque la Cour estime qu'il « lui suffit de rechercher si, à supposer même que la municipalité se soit acquittée des tâches qui lui revenaient d'après le droit interne », mais évalue également l'offre de relogement offerte par la municipalité ; Cour EDH, 9 décembre 1994, *López-Ostra c. Espagne*, *op. cit.*, §§ 55-58. La lecture qu'en fait la Cour est en tout cas révélatrice, puisqu'elle a tenu à souligner dans l'affaire Hatton que les constats de violation antérieurs étaient systématiquement fondés sur un tel défaut ; (GC), 25 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 120.

²²⁶⁹ *Idem*, § 136 : « It is true that (...) in that in certain situations – especially in the context of a banking crisis such as the one facing Bulgaria in 1996-97 there may be a paramount need to act expeditiously and without advance notice in order to avoid irreparable harm to the bank, its depositors and other creditors, or the banking and financial system as a whole » (nous soulignons).

légitimité procédurale sur le fait qu'une telle procédure n'aurait nécessairement pas entraîné la survenance de difficultés économiques supplémentaires. Selon elle en effet, la publicité qu'elle aurait entraînée sur les difficultés rencontrées par la société requérante était déjà existante auprès du public²²⁷⁰, et la procédure aurait quoi qu'il en soit pu être adaptée à ce risque en étant « *confidential and closed to the public* », et aurait pu être traité de manière à prévenir ces difficultés.

925. De la même manière, dans l'affaire *Sovtransavto* comme dans d'autres, ce sont uniquement les conséquences des défauts procéduraux qui sont sanctionnés, notamment l'intervention de l'exécutif dans les procédures juridictionnelles ou le rejet d'un pourvoi en cassation pour le défaut de justificatif approprié de paiement de droits d'enregistrements alors qu'ils avaient été acquittés. Ces défaillances ont un impact sur la situation matérielle de la société requérante, la Cour justifiant le constat de violation par « l'incertitude » qu'elle a subie et les « changements dans sa capacité à gérer les biens [de sa filiale] » qui ont pu en résulter. Néanmoins, de son propre aveu, à aucun moment elle n'entend « mettre en question les résultats auxquels sont parvenues les juridictions ukrainiennes »²²⁷¹ et par ricochet l'examen substantiel ainsi effectué. De la même manière, la Cour peut se contenter d'affirmer l'absence d'illicéité de principe d'une législation économique pour se dispenser d'examiner la proportionnalité concrète de son application dans le chef du requérant. Dans l'affaire *Freitag* par exemple, un actionnaire minoritaire s'estimait lésé du fait de la part et de la valeur des actions qui lui avaient été octroyés à l'encontre du capital de la société acquiritrice. La Cour refuse alors de condamner par principe l'octroi contraint en l'assimilant aux mécanismes de cession forcée au détriment des actionnaires minoritaires²²⁷². Elle se contente ensuite de déplacer le contrôle sur le terrain procédural pour conclure au constat de non-violation²²⁷³.

926. Au-delà de ces contentieux qui mettaient en jeu des intérêts économiques concurrents, la Cour a également recours à la procéduralisation pour éviter de se prononcer sur la conciliation

²²⁷⁰ *Idem*, § 137 : « *As regards the potential concern of a run on the applicant bank as a result of the negative publicity which a revocation procedure might generate, the Court notes that by the time the BNB decided to withdraw the licence, the public must have already been amply aware that the bank was experiencing difficulties* ».

²²⁷¹ Cour EDH, 6 novembre 2002, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, *op. cit.*, § 97.

²²⁷² Cour EDH, 19 juillet 2007, *Freitag c. Allemagne*, *op. cit.*, § 53 : « *The Court has accepted that the obligation imposed in certain circumstances on minority shareholders to surrender their shares to majority shareholders could not in principle be considered contrary to Article 1 of Protocol No. 1 as long as the law did not create such inequality that one person could be arbitrarily deprived of property in favour of another. The same must apply in cases in which a minority shareholder is allocated shares in the acquiring shareholder company* ».

²²⁷³ *Idem*, §§ 54-55.

entre des intérêts économiques et des intérêts de nature différente. E. Dubout note d'ailleurs c'est probablement l'affaire *Hatton* qui constitue « le point de départ de la forme substitutive de la procéduralisation »²²⁷⁴, mais si une appréciation substantielle semble avoir été menée²²⁷⁵. Les contentieux postérieurs ont cependant confirmé ce sentiment. Dans l'affaire *Taşkin*, par exemple, des riverains d'une mine d'or contestaient sur le fondement de l'article 8 l'autorisation d'exploitation qui avait été délivrée par les autorités étatiques. Sur le volet matériel, la Cour s'est contentée de relever l'appréciation qui avait été effectuée par les juridictions nationales et n'a conduit aucun examen propre. Après avoir relevé en effet que le Conseil d'État turc avait « procédé à la mise en balance des intérêts concurrents en l'espèce (...) pour conclure que cette autorisation n'était en aucune manière conforme à l'intérêt public », la Cour a conclu qu'« aucun autre examen concernant l'aspect matériel de l'affaire au regard de la marge d'appréciation généralement reconnue aux autorités nationales en la matière ne s'impose » et que « [p]ar conséquent, il reste à la Cour à vérifier si, dans son ensemble, le processus décisionnel s'est déroulé dans le respect des garanties procédurales reconnues par l'article 8 »²²⁷⁶.

927. De fait, elle va bel et bien conclure à une violation de l'article 8, mais uniquement sur le volet procédural – alors que l'octroi de l'autorisation avait été jugé contraire aux droits conventionnels par les juridictions nationales – en raison de l'inexécution de la décision de justice déjà mentionnée sous l'angle matériel²²⁷⁷. Dès lors, à aucun moment la Cour n'a eu à se prononcer sur l'équilibre ménagé par le choix d'autoriser cette exploitation, et donc à mettre en balance les intérêts économiques qui y sont liés avec les intérêts physiques et sanitaires des requérants. Comme le notait C. Picheral, il semble que les obligations procédurales ne permettent pas de « compenser la marge d'appréciation qui leur a été reconnue au plan matériel »²²⁷⁸.

²²⁷⁴ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 282.

²²⁷⁵ L'examen mené aux paragraphes 126 et 127 nous semble en effet relever d'une analyse substantielle du fond des actions de l'État, contrairement au paragraphe 128 ; Cour EDH (GC), 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

²²⁷⁶ Cour EDH, 10 novembre 2004, *Taskin et autres c. Turquie*, *op. cit.*, § 117.

²²⁷⁷ *Idem*, spéc. §§ 123-125.

²²⁷⁸ C. PICHERAL, « Chronique de jurisprudence de la CEDH », *RDP*, 2004, n° 3, p. 835.

928. Plus encore, dans certaines hypothèses, le déplacement vers la légitimité procédurale est complet, puisque que la Cour juge que celle-ci est à même de compenser l'invalidité substantielle constatée. Dans l'affaire *Hentrich*, par exemple, la Cour était saisie de la compatibilité avec l'article 1P1 d'un droit de préemption de l'administration fiscale. La Cour commence d'abord par constater les motifs substantiels de l'atteinte excessive que constitue ce droit. Elle note ainsi qu'il ne « semble pas avoir d'équivalent dans les autres systèmes fiscaux des autres États parties », qu'il n'a pas été mis en œuvre selon des critères économiques rationnels puisqu'il « n'entre pas systématiquement en jeu, c'est-à-dire chaque fois qu'il y a sous-estimation plus ou moins nette du prix », et que l'État défendeur « dispos[ait] d'autres techniques propres à décourager la fraude fiscale »²²⁷⁹. Elle juge d'ailleurs le déséquilibre tel qu'elle poursuit en affirmant que « le remboursement du prix payé – majoré de 10% - et des frais et loyaux coûts du contrat *ne saurait compenser la perte d'un bien acquis sans intention frauduleuse* »²²⁸⁰.

929. En d'autres termes, les contreparties économiques substantielles à ce droit étaient insuffisantes pour compenser le déséquilibre créé par l'exorbitance insuffisamment encadrée de ce droit de préemption. Pourtant, au moment de conclure à cette disproportion, la Cour ajoute qu'il a fait peser sur la requérante « 'une charge spéciale et exorbitante' que *seule aurait pu rendre légitime la possibilité, qui lui fut refusée, de contester utilement la mesure prise à son égard* »²²⁸¹. L'inversion entre validité substantielle et légitimité procédurale est alors particulièrement apparente, puisque le sens de la décision et ses effets économiques pourraient ne plus constituer un déséquilibre à partir du moment où ils sont suffisamment légitimés d'un point de vue procédural. Il suffit alors que l'opérateur affecté ait pu faire valoir ses droits, intérêts et opinions, sans que l'exercice de cette faculté ait forcément prospéré ou résulté dans l'adoption d'une décision plus favorable. Le contrôle opéré par la Cour semble alors coïncider avec ce que J. Rawls qualifiait de « justice procédurale pure », à savoir les situations dans lesquelles :

« il n'y a pas de critère indépendant pour déterminer le résultat concret ; au lieu de cela, c'est une procédure correcte ou équitable qui détermine si un résultat est également

²²⁷⁹ Cour EDH, 22 septembre 1994, *Hentrich c. France*, *op. cit.*, § 48.

²²⁸⁰ *Idem.*

²²⁸¹ *Idem.*, § 49 (nos italiques).

correct ou équitable, quel qu'en soit le contenu, pourvu que la procédure ait été correctement appliquée »²²⁸².

930. Certes, dans l'architecture du système conventionnel, cela ne revient pas à priver le requérant de tout droit à l'examen substantiel des actions de l'État, mais à renvoyer cet examen dans la sphère de ce dernier, ce qui ne paraît pas incohérent au regard du principe de subsidiarité qui le gouverne. La procéduralisation en matière économique permet donc au juge européen de se dessaisir partiellement d'évaluations pour lesquelles il ne s'estime en réalité pas légitime.

931. En d'autres termes, la jurisprudence de la Cour confirme en partie que la justice procédurale pure n'existe pas. De fait, la théorie de J. Rawls s'inscrit dans le cadre de choix substantiels que l'on ne trouve pas, tels quels, dans le système conventionnel. Néanmoins, le recul est incontestable. D'ailleurs, l'existence d'autres domaines dans lesquels ce type de justice procédurale pure existe dans la jurisprudence de la Cour confirme qu'il résulte bien d'une volonté d'évitement du choix au fond lorsque le domaine est jugé sensible ou trop périphérique au consensus social conventionnel²²⁸³, dont l'économie fait donc indéniablement partie.

²²⁸² J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 118.

²²⁸³ Voy. par exemple en matière d'accouchement sous X, Cour EDH (GC), 13 février 2003, *Odièvre c. France*, § 49, ou de conciliation entre la liberté de la femme d'avorter et la liberté de conscience des professionnels de santé, Cour EDH, 26 mai 2011, *R.R. c. Pologne*, n° 27617/04, §§ 206-208.

CONCLUSION DU CHAPITRE 6

933. La procéduralisation des droits substantiels est en partie un facteur d'accroissement du contrôle européen en matière économique. En arrimant des obligations procédurales à des droits substantiels, la Cour étend le champ d'application de celles-ci à des domaines qui bénéficient de l'intégration large des intérêts économiques dans le cadre des droits substantiels. Parfois, ce bénéfice découle de la structure des questions économiques soulevées, notamment dans le cadre des externalités négatives produites par les activités économiques, ou lorsque des procédures pénales affectent les tiers qui ont mené des activités économiques avec le prévenu. Le contentieux fiscal souligne cependant les différences peu compréhensibles qui existent parfois entre une intégration large en matière substantielle et une intégration plus restreinte en matière procédurale. L'exclusion du contentieux fiscal du champ du droit au procès équitable s'explique difficilement au regard du contrôle, sur le fondement du droit au respect des biens, de toute imposition. Plus généralement cependant, la dissolution croissante du critère d'applicabilité des droits procéduraux dans l'existence d'un intérêt économique rend l'intégration des phases non juridictionnelles des procédures de régulation diminuent l'intensité la fonction palliative des droits substantiels dans l'extension du contrôle européen. En revanche, l'adjonction d'obligations procédurales enrichit indéniablement la fonction des droits substantiels en matière économique. Détachés du seul « procès », ils rapprochent les droits substantiels de vecteurs de « procéduralisation » du droit en général et conduisent à l'émergence d'un principe de bonne allocation des ressources publiques qui permet à la Cour de sanctionner les erreurs de l'État en matière économique et d'empêcher son enrichissement sans cause. De la même manière, ils conduisent à une rationalisation des processus décisionnels en matière économique, lesquels participent autant à une transformation de l'État de droit qu'à l'accentuation de la subsidiarité du mécanisme européen.

934. Cette adjonction d'obligations ne conduit cependant pas seulement à une extension du contrôle européen, la Cour en maîtrisant intégralement le contenu. Elle choisit en effet parfois de moduler la portée même de l'obligation procédurale en raison de la nature économique de son objet ou de celle de l'activité du sujet de droit qui s'en prévaut. L'obligation de prévisibilité et d'accessibilité du droit, que la Cour a déduite de l'exigence d'une base légale aux ingérences portées aux droits substantiels, est à cet égard particulièrement topique de la modulation des obligations au détriment des opérateurs économiques. En raison de leur nature particulière, le standard est abaissé par la Cour, l'adaptation de la garantie lui permettant de contenir

l'importance accordée aux droits des opérateurs économiques, confirmant ainsi que les standards développés par la Cour s'éloignent d'une conception néo-libérale du droit et que le choix d'une rationalité économique peut être retourné contre ceux qui tentent de s'en prévaloir. De la même manière, la Cour semble sanctionner indirectement la prise de risque par les opérateurs économiques en modulant l'obligation d'accès à une juridiction nationale lorsque la relation économique en cause est de nature purement privée. Ici encore, la reconnaissance de la liberté contractuelle dessert les opérateurs économiques. L'obligation n'est susceptible d'être rétablie dans sa portée initiale qu'en raison de considérations substantielles de justice distributive lorsque les conséquences sont excessivement néfastes pour les opérateurs économiques en cause. De fait, le phénomène de procéduralisation dépend étroitement de ce type considérations substantielles, et l'articulation entre le contrôle procédural et le contrôle substantiel n'est pas toujours linéaire. Elle peut en effet être harmonieuse, soit parce que les deux volets sont examinés de manière cumulative, soit parce que l'examen substantiel vient corriger les excès auxquels conduit l'examen procédural. Dans ce cas, la procéduralisation ne conduit pas à l'abandon de toute justice distributive en matière économique, mais à son renforcement. Dans d'autres hypothèses, cependant, le développement d'une justice procédurale se fait au détriment de la justice substantielle. Ce déplacement de l'objet du contrôle est parfois contraint par la nature des obligations dégagées par la Cour en matière économique, notamment dans le cadre d'une intégration des relations économiques purement privées. Il résulte cependant parfois d'un choix de la Cour, soit parce que le volet substantiel n'est pas examiné du tout, soit lorsque la satisfaction de l'obligation procédurale aurait suffi à empêcher le constat de violation malgré le déséquilibre substantiel. La procéduralisation sert alors de vecteur à un recul du contrôle européen en matière économique, montrant que l'adaptation des garanties peut poursuivre des finalités différentes.

CONCLUSION DU TITRE 3

936. Les deux volets de la procéduralisation montrent que les questions économiques peuvent conduire à une adaptation des garanties conventionnelles même lorsque ce sont les procédures internes, et non la substance de la politique économique, qui est examinée. Elle illustre le mouvement de balancier entre la banalisation des questions économiques du point de vue conventionnel et le maintien de leur spécificité. La banalisation peut se traduire par une intégration plus large des contentieux et procédures en matière économique, l'enjeu ou la fonction économique de ces derniers suffisant à légitimer leur intégration au sein du cadre préexistant du procès équitable. Pourtant, la nature spécifique de certains domaines, comme la fiscalité, ou l'impératif d'efficacité qui sous-tend le phénomène des réponses mixtes montrent que la Cour peut, au moyen d'une logique proportionnelle et de manière fluctuante, justifier des restrictions du champ d'application des garanties. Ce faisant, c'est la légitimité des politiques menées qui est néanmoins acceptée par la Cour, malgré le caractère procédural des dispositions invoquées. L'adaptation des garanties est encore plus prégnante lorsque la Cour sort des dichotomies application/exclusion, ou licéité/illicéité, comme en matière d'arbitrage ou de procédures de régulation. Ce choix correspond certainement à une volonté d'équilibre entre les intérêts économiques des particuliers, des États et de la préservation de l'objet conventionnel. Cet équilibre est contingent et en tout cas linéaire, et la Cour choisit parfois au contraire de faire prévaloir l'intégrité du contenu des droits procéduraux au nom d'impératifs supérieurs, comme en matière pénale. Là encore, ce type de rationalité ne préjuge pas du sens de la solution choisie, laquelle peut bénéficier aux requérants sans que cela soit systématique.

937. La procéduralisation des droits substantiels fait apparaître des dynamiques similaires. Facteur d'extension du contrôle européen, elle montre que l'adaptation peut permettre de contrecarrer les spécificités des procédures ou de celles des circonstances économiques factuelles qui font surgir les contentieux. La diversification des fonctions des droits qui en résulte permet même d'imposer une certaine rationalité économique, à travers un principe de bonne gouvernance, et une rationalité des processus décisionnels en matière économique. Pourtant, l'adaptation des garanties au nom de considérations économiques n'est ici encore pas linéaire. Celles-ci peuvent au contraire conduire à l'affaiblissement des garanties procédurales offertes au nom de la spécificité de l'activité des opérateurs économiques. D'ailleurs, les interactions entre les obligations procédurales et les obligations substantielles montrent qu'elles

sont parfois concurrentes, et que cette concurrence n'est elle-même pas linéaire. Parfois, l'analyse substantielle de la situation économique peut corriger les résultats d'une justice excessivement procédurale, notamment lorsque les garanties de celles-ci étaient elles-mêmes limitées par des considérations économiques. Dans d'autres hypothèses, la Cour accorde au contraire une telle importance à la justice procédurale qu'elle se rapproche de la « justice procédurale pure » de J. Rawls, et elle traduit une volonté de ne pas décider, au fond, de la légitimité de la décision économique litigieuse.

938. Ce phénomène de procéduralisation du droit n'est cependant pas spécifique au mécanisme européen, mais semble au contraire traverser toutes les branches du droit, même celles qui ont un objet économique²²⁸⁴. Symptomatique d'un libéralisme politique²²⁸⁵, il implique une perméabilité certaine aux considérations économiques sans pour autant traduire un libéralisme économique permanent. Porté au sein du système conventionnel par des dynamiques propres, il illustre une dialectique entre des considérations économiques variées, voire contradictoires, et l'objet et la finalité des garanties procédurales. La Cour, sans pourtant être appelée à se prononcer sur le fond des prétentions économiques des requérants, n'en est pas moins amenée à déterminer la légitimité et la portée qu'elle accorde aux divers intérêts économiques. Ceux-ci sont banalisés dans la mesure où leur seule existence ne suffit ni à assurer l'intégration des procédures en cause dans le giron conventionnel, ni au contraire à les en exclure. De même, ils ne permettent pas de préjuger de la transformation du contenu des garanties que la Cour est susceptible d'opérer. À l'inverse, elle admet fréquemment leur spécificité pour moduler leur champ d'application ou leur intensité, ou même développer un régime original qui conjugue une application différenciée pour permettre d'atteindre un équilibre entre banalisation et spécificité. Ce faisant, la Cour produit également un discours qui légitime certaines politiques ou activités économiques. Néanmoins, cette pratique n'est pas uniforme et conduit parfois au contraire à sanctionner indirectement ces dernières. Les garanties procédurales peuvent donc conduire à un examen substantiel des intérêts économiques en présence, tout comme elles peuvent permettre à la Cour de l'éviter. Elles ne traduisent en tout état de cause pas une doctrine économique uniforme. Les considérations économiques retenues

²²⁸⁴ S. ROBERT-CUENDET, « Standards internationaux de protection des investissements et encadrement procédural de l'action de l'État », in I. PREZAS (dir.), *Substance et procédure en droit international public : dialectique et influences croisées*, op. cit., pp. 47-68.

²²⁸⁵ P. WACHSMANN notait ainsi que la procéduralisation « a pour résultat de promouvoir une image du droit et du juge qui est celle du libéralisme juridique contemporain » ; « De la qualité de la loi à la qualité du système juridique », in *Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan. Mélanges doyen Cohen*, 2004, XXVI-1784 p., pp. 11687-705 p., spéc. p. 1705.

sont à la fois variées et dotées d'une portée différente. Malgré les phénomènes de retrait du contrôle, sa procéduralisation témoigne de l'intégration de rationalités économiques diverses qui traduisent une dialectique entre intérêts économiques et garanties procédurales, davantage qu'une logique principielle.

TITRE 4 : LA HIÉRARCHISATION DES OBJETS

939. L'économie est l'objet du déploiement des garanties conventionnelles. Cette intégration, particulièrement large, a été permise par le décloisonnement entre les droits garantis et la sphère économique. Ce faisant, la Cour a dépassé, en termes de champ d'application des droits matériels, la thèse d'une contradiction intrinsèque entre les droits civils et politiques qui seraient garantis par la Convention et l'ordre économique, mais sans que cela épuise la question de leurs interactions réciproques.

940. Ce processus d'intégration poussée de l'économie dans le giron conventionnel place la Cour dans une situation difficile. En ayant multiplié les intérêts économiques protégés par l'ordre conventionnel, elle a accentué la fréquence des requêtes à vocation économique comme la variété des situations économiques nationales qui lui sont déférées. Or, l'ordre conventionnel ainsi étendu génère en la matière un potentiel normatif pour lequel il n'a pas été conçu. En effet, il ne fournit à première vue ni de principes substantiels, ni d'instruments jurisprudentiels susceptibles de guider la Cour dans le contrôle du respect par les États de leurs droits et obligations. Là où l'absence d'ordre économique conventionnel a paradoxalement pu faciliter l'intégration de la sphère économique, elle en complique le contrôle en risquant d'exposer le pouvoir du juge comme ses éventuelles préférences économiques. En ayant permis l'interpénétration des droits de l'homme et du système économique, la Cour a mis à jour l'ambivalence de normes qui, sous couvert de la protection des droits subjectifs, sont susceptibles de mener, bien au-delà du droit de propriété, à un gouvernement des juges que certains rédacteurs avaient craint²²⁸⁶ et qui a été tant critiqué pendant l'ère *Lochner* aux États-Unis.

941. L'adaptation du contrôle des garanties conventionnelles a pourtant permis à la Cour d'aboutir à un certain équilibre. Cet équilibre traduit la résurgence d'une certaine contradiction entre les deux sphères ainsi qu'une hiérarchisation, au détriment de l'économie, de l'objet économique par rapport à l'objet initial, ou principal, des droits garantis. Le décloisonnement opéré au niveau du champ application est en effet contrebalancé par un contrôle en matière économique qui, s'il est plus fréquent, est également plus restreint que pour les domaines perçus

²²⁸⁶ Voy. *supra*, Introduction.

comme relevant du cœur de l'ordre conventionnel (Chapitre 7). Ce faisant, la Cour évite de transformer la Convention en fondement d'un ordre public économique européen (Chapitre 8).

CHAPITRE 7 : LE CONTRÔLE RESTREINT DE L'ACTION DE L'ÉTAT EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE

943. En protégeant les intérêts économiques des bénéficiaires des droits par le truchement des droits conventionnels, la Cour soumet les choix économiques nationaux au contrôle européen. Ce faisant, elle devrait en principe être amenée à décider, dans le cadre de son office, si ces choix économiques nationaux sont permis par l'ordre conventionnel, et donc à opérer un contrôle économique.

944. La difficulté pour la Cour ne découle pas uniquement de la nature particulière des droits garantis, ou de leur incomplétude. Le contrôle européen est également susceptible d'être affecté par sa nature de juridiction internationale. Création des États, elle demeure un organe dont la compétence et l'existence même dépend, *in fine*, de l'acceptation par eux des solutions rendues. Avec l'adoption du Protocole 15, et les références tant au « principe de subsidiarité » qu'à « la marge d'appréciation » qu'il introduit au sein du texte conventionnel, les États ont incontestablement entendu peser sur l'équilibre des pouvoirs au sein du mécanisme conventionnel en se réappropriant des créations jurisprudentielles. Si toute juridiction, y compris celles des ordres internes, est enserrée dans un cadre institutionnel qui influe sur ses décisions, les juridictions internationales le semblent davantage.

945. Sensible à ce cadre institutionnel comme à un objet principal des droits qui ne serait pas économique, la Cour a choisi d'adapter les droits garantis et de moduler les modalités de garantie des droits. Cette adaptation face à une sphère économique perçue comme étrangère à l'ordre conventionnel se traduit alors par un recul de la protection accordée aux droits étendus à la matière économique. Pour ce faire, la Cour a choisi d'octroyer à l'État une large marge d'appréciation en matière économique (Section 1). Cette marge d'appréciation est amplifiée par les modalités d'exercice du contrôle de proportionnalité, dont la généralisation ne compense pas un affaiblissement significatif du contrôle en matière économique (Section 2).

SECTION 1 : L'OCTROI D'UNE MARGE D'APPRÉCIATION PARTICULIÈREMENT LARGE

946. Née dans le cadre du contentieux relatif à l'article 15²²⁸⁷, la marge d'appréciation est un élément qui s'est imposé dans le contrôle – et le discours – du juge européen dans des affaires qui interrogeaient les sphères autres que celles plus traditionnelles des droits civils et politiques auxquels le texte conventionnel devait se limiter. Elle s'est cependant imposée par la suite comme un élément à la fois structurel et contesté dans ses effets²²⁸⁸ comme dans ses modalités²²⁸⁹ du contrôle exercé par le juge européen. Si ce dernier a tenu à rappeler dès ses premiers arrêts rendu que la marge d'appréciation n'était pas exclusive de tout contrôle²²⁹⁰, elle conditionne néanmoins l'autonomie des États par rapport aux restrictions qui résultent de l'ordre conventionnel. Or, les causes de la marge d'appréciation en matière économique, comme les effets sur le contrôle exercé, conduisent à la création de catégories concentriques de droits, les droits appliqués ou étendus en matière économique se trouvant rejetés à la périphérie des garanties conventionnelles (§1). Cependant, le facteur tenant à la nature des droits ou à celle des politiques menées se conjugue, autant qu'il révèle, la traduction dans le mécanisme européen de l'équilibre des pouvoirs en matière économique, confirmant que la protection moindre est aussi le fruit de la nature juridictionnelle du contrôle exercé (§2).

§1. La création de catégories concentriques de droits

947. La marge d'appréciation révèle autant qu'elle contribue à créer des catégories concentriques de droits à partir d'un point central qui serait les éléments les plus fondamentaux de l'ordre conventionnel. De fait, la marge octroyée en matière économique est importante à la fois en raison de la nature économique des droits qui peuvent être invoqués (A) comme en raison de la nature économique et sociale de la politique menée conduisant à leur restriction (B).

²²⁸⁷ Com. EDH (plén.), 26 septembre 1958, *Grèce c. Royaume-Uni*, n° 176/56 ; consacrée expressément dans Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, § 207.

²²⁸⁸ J. CALLEWAERT, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 149 ; voy. aussi l'opinion dissidente du juge De Meyer sous Cour EDH, 25 février 1997, *Z. c. Finlande*, requête n° 22009/93.

²²⁸⁹ A.-D. OLINGA, C. PICHERAL, « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 602 ; les auteurs notent qu'il est impossible d'en fixer « les contours ».

²²⁹⁰ Cour EDH (plén.), 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 49 : « La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen ».

A. La nature économique des droits

948. Aux termes mêmes de la jurisprudence de la Cour, l'étendue de la marge d'appréciation « est variable et dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature du droit en cause garanti par la Convention, son importance pour la personne concernée »²²⁹¹. Or, la jurisprudence montre que la nature économique des droits, ou celle de la sphère dans laquelle la Cour les applique, justifie l'octroi d'une marge d'appréciation plus importante, ce qui a pour effet de leur assurer une protection conventionnelle limitée (1). Naturellement dictée par le cadre conventionnel, cette attitude du juge européen s'inscrit en réalité dans un phénomène global de protection diminuée des droits de l'homme en matière économique, qui traduit la persistance d'une certaine contradiction, ou dissociation entre les droits de l'homme et les droits économiques de l'homme (2).

1. L'octroi d'une marge d'appréciation ample pour les droits conventionnels étendus à la matière économique

949. Comme on l'a vu, la Cour fait preuve d'un libéralisme certain s'agissant du champ d'application des droits substantiels dans le cadre économique. Cette extension est cependant contrebalancée par l'octroi d'une marge d'appréciation plus importante, traduisant la résurgence d'une distinction entre ces droits et l'objet conventionnel. Ce mouvement de retrait est particulièrement visible en matière de liberté d'expression (a) et du droit au respect de la vie privée (b).

a. L'exemple de la liberté d'expression

950. Dès l'arrêt *Handyside*, la Cour avait jugé que la liberté d'expression était « l'un des fondements essentiels [d'une société démocratique] »²²⁹² et appelait en principe un degré de protection élevé²²⁹³. Comme on l'a vu, la Cour a très tôt estimé que le discours commercial

²²⁹¹ V., parmi beaucoup d'autres, Cour EDH (GC), 4 décembre 2012, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, n^{os} 30562/04 et 30566/04, *Rec.* 2008, § 102.

²²⁹² Cour EDH (plén.), 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 49.

²²⁹³ Il s'agit même, selon M. Afroukh, d'un droit doté d'un « statut singulier au sein de la Convention », même si sa primauté demeure incertaine ; M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et des libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 236-249.

relevait du champ d'application de l'article 10. Elle a en effet jugé que « l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États contractants en la matière varie en fonction de plusieurs éléments, parmi lesquels le type de « discours ou d'information en cause »²²⁹⁴. Or, dans cette hiérarchisation des discours, le discours à vocation commerciale bénéficie d'une protection moindre. La Cour n'a pas toujours hiérarchisé le discours commercial de cette manière. Elle s'était davantage référée à la nature de la politique menée dans l'arrêt *Markt Intern*²²⁹⁵, et avait adopté une solution ambiguë dans l'arrêt *Casado Coca*. Certes, elle avait dans un premier temps étendu la marge d'appréciation liée au « domaine complexe et fluctuant de la concurrence déloyale » à la publicité²²⁹⁶. Mais elle avait ensuite nuancé cette solution en rappelant que « la publicité constitue pour le citoyen un moyen de connaître les caractéristiques des services et des biens qui lui sont offerts » et que, si elles pouvaient faire l'objet de restrictions destinées, notamment à empêcher la concurrence déloyale et la publicité mensongère », celles-ci en « appel[aient] cependant un contrôle *attentif* de la Cour »²²⁹⁷. Par la suite, la Cour a plus explicitement affirmé que « le discours commercial » impliquait une « large marge d'appréciation »²²⁹⁸, ce qui inclut par exemple la diffusion de photographies à des fins commerciales²²⁹⁹, ou des publicités pour des vêtements qui incluent des éléments religieux²³⁰⁰.

951. La hiérarchisation se retrouve également dans les hypothèses dans lesquelles le discours n'est pas strictement commercial. Lorsque le discours, à défaut d'être strictement commercial, relève d'une logique similaire, une protection moindre lui sera aussi octroyée. C'était ainsi le cas dans l'affaire du *mouvement raëlien*. L'association requérante se plaignait de diverses restrictions à sa campagne d'affichage au sujet d'un « message donné par les extraterrestres ». La Cour reconnut que ce discours « échapp[ait] au cadre publicitaire [puisqu'il] ne s'agit pas d'inciter le public à acheter un produit particulier », et qu'il s'apparentait « davantage au discours commercial qu'au discours politique au sens strict en ce qu'il vise à un certain prosélytisme ». Elle en déduit ainsi que « la marge d'appréciation de l'État est en conséquence plus large »²³⁰¹.

²²⁹⁴ Cour EDH, 10 janvier 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, *op. cit.*, § 39.

²²⁹⁵ Dans ces deux arrêts, c'est davantage la nature des politiques menées qui semble fonder la protection moindre ; voy. *infra*.

²²⁹⁶ Cour EDH, 24 février 1994, *Casado Coca c. Espagne*, Série A, n° 285-A, n° 15450/89, § 50.

²²⁹⁷ *Idem*, § 51.

²²⁹⁸ Cour EDH (GC), 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, n°16354/06, CEDH 2012, § 61.

²²⁹⁹ Cour EDH, 10 janvier 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, *op. cit.*, § 39.

²³⁰⁰ Cour EDH, 30 janvier 2018, *Sekmadienis Litd c. Lituanie*, n° 69317/14, § 76.

²³⁰¹ Cour EDH (GC), 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, *op. cit.*, § 62.

952. À l'inverse, lorsque le discours n'est pas « strictement 'commercial' » parce qu'il contribue à un « débat touchant l'intérêt général »²³⁰², la Cour estime que la marge d'appréciation doit être relativisée. Il en va ainsi d'un discours portant sur le commerce des micro-ondes dans la mesure où il avait pour objet de convaincre de la dangerosité de ces appareils pour la santé de leurs utilisateurs²³⁰³. En revanche, des photographies de défilés de mode accessibles au public, demeurent protégées au titre du discours commercial en dépit de « l'attrait du public pour la mode en général et les défilés de haute couture en particulier »²³⁰⁴. En ce sens, la protection sera susceptible de varier selon la position du requérant. Plus encore, le discours bénéficiera d'une protection particulièrement forte s'il porte sur une activité commerciale. Dans ce cas, la nature commerciale jouera au détriment de l'opérateur économique dont les activités sont l'objet du discours litigieux, « et non l'inverse en raison de l'intérêt général que revêt un débat libre sur les pratiques commerciales »²³⁰⁵. Cela est d'autant plus vrai que l'intérêt de la société tierce est lui aussi de nature économique²³⁰⁶.

b. L'exemple du droit au respect de la vie privée et du domicile

953. On retrouve un phénomène similaire de hiérarchisation comme contrepartie à l'extension des droits garantis dans le contentieux fondé sur l'article 8. Ainsi, lorsqu'elle a choisi d'étendre la protection du « domicile » au domicile professionnel dans l'arrêt *Niemietz*, la Cour a immédiatement ajouté que « les États contractant ne s'en trouveraient pas indûment bridés, car ils conserveraient, dans la mesure autorisée par le paragraphe 2 de l'article 8 (article 8-2), leur droit 'd'ingérence' et celui-ci pourrait bien aller plus loin pour des locaux ou activités professionnels ou commerciaux que dans d'autres cas »²³⁰⁷. Comme au sujet de l'article 10, la Cour a semblé hésiter quant à la portée de cette affirmation. Dans l'arrêt *Société Colas*, dans lequel elle a choisi d'étendre la protection du domicile aux sièges sociaux, la Cour avait réaffirmé que « les exceptions que ménage le paragraphe 2 de l'article 8 appellent une interprétation étroite » avant de conclure qu'« à supposer que le droit d'ingérence puisse aller

²³⁰² Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, *op. cit.*, § 47.

²³⁰³ *Idem*.

²³⁰⁴ Cour EDH, 10 janvier 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, *op. cit.*, § 39.

²³⁰⁵ Cour EDH, 15 février 2005, *Steel et Morris*, *op. cit.*, § 94 ; la Cour en conclut que « l'État jouit par conséquent d'une marge d'appréciation quant aux recours dont une entreprise doit bénéficier en droit interne pour contester la véracité d'allégations susceptibles de nuire à sa réputation et pour en limiter les effets ».

²³⁰⁶ *Idem* : la Cour fonde la largeur de la marge d'appréciation également sur l'« intérêt concurrent à protéger le succès commercial et la viabilité des entreprises pour le bénéfice des actionnaires et des employés mais aussi pour le bien économique au sens large » ; voy. également Cour EDH, 19 juillet 2011, *Uj c. Hongrie*, *op. cit.*, § 22.

²³⁰⁷ Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, *op. cit.*, § 31.

loin pour les locaux commerciaux d'une personne morale, la Cour considère, eu égard aux modalités décrites plus haut, que les opérations litigieuses menées dans le domaine de la concurrence ne sauraient passer comme étroitement proportionnées aux buts légitimes recherchés »²³⁰⁸. Dans des arrêts plus récents, la Cour a cependant préféré revenir à la solution de l'arrêt *Niemietz*²³⁰⁹.

954. Un phénomène similaire peut être décelé au sujet de la protection des données bancaires. Dans l'arrêt *GSB c. Suisse*, dans lequel la Cour était saisie d'un requérant contestant la transmission de données à caractère personnel par les autorités suisses. Elle a d'abord rappelé, par une formule particulièrement proche de celle employée au sujet de l'article 10, que « la protection accordée aux données à caractère personnel dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature du droit en cause garanti par la Convention, son importance pour la personne concernée, la nature de l'ingérence et la finalité de celle-ci ». Or, elle a par la suite jugé que « seules [étaient] en question ses données bancaires, soit des informations purement financières ». Elle en a en effet déduit qu'il « ne s'agissait donc nullement de données intimes ou liées étroitement à son identité qui auraient mérité une protection accrue », ce dont il « s'ensuit que la marge d'appréciation était ample »²³¹⁰. Cette solution constitue un inflexionnement par rapport à l'arrêt *M. N.* qui avait été rendu quelques mois plus tôt au sujet de données bancaires et qui ne faisait pas mention de cette marge d'appréciation accrue, voire de l'inverse²³¹¹.

955. À nouveau, la protection moindre accordée à l'extension des droits aux intérêts économiques est soulignée par l'hypothèse inverse. Ainsi, la protection accordée à une activité professionnelle bénéficierait d'une protection accrue si elle présente un lien fort avec le standard démocratique qui serait l'objet conventionnel. Sans se référer expressément à la marge d'appréciation, la Cour avait constaté l'existence d'une violation dans l'affaire *Niemietz* en

²³⁰⁸ Cour EDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, *op. cit.*, § 49.

²³⁰⁹ Cour EDH, 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding As et autres c. Norvège*, *op. cit.*, § 104 : « Such an interpretation would not unduly hamper the Contracting States, for they would retain their entitlement to "interfere" to the extent permitted by paragraph 2 of Article 8; that entitlement might well be more far-reaching where professional or business activities or premises were involved than would otherwise be the case ».

²³¹⁰ Cour EDH, 22 décembre 2015, *GSB c. Suisse*, *op. cit.*, § 93.

²³¹¹ La Cour avait en effet noté avoir « consistently held that the Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing the need for an interference, but it goes hand in hand with European supervision. The exceptions provided for in Article 8 § 2 are to be interpreted narrowly and the need for them in a given case must be convincingly established. Moreover, when considering the necessity of interference, the Court must be satisfied that there existed sufficient and adequate guarantees against arbitrariness » (références omises); Cour EDH, 7 juillet 2015, *M. N. c. Saint-Marin*, *op. cit.*, § 73.

relevant que la perquisition au cabinet d'un avocat ne s'accompagnait pas de « garanties spéciales » alors que « pareille intrusion peut se répercuter sur la bonne administration de la justice »²³¹². La jurisprudence postérieure a été constante sur ce point²³¹³, et justifie d'ailleurs la prise en considération stricte du secret professionnel. Le poids accordé à ce dernier est en effet justifié, non par sa qualité d'activité professionnelle, mais parce qu'il « peut avoir des répercussions sur la bonne administration de la justice »²³¹⁴ et la Cour a semble-t-il refusé de saisir cette protection pour fonder celle d'un secret des affaires comme les requérants l'avaient invité à le faire dans l'affaire *Vinci*²³¹⁵. Il manque une petite transition ici, je pense.

2. Un phénomène global de restriction

956. Il est indéniable que la Cour perçoit une contradiction avec les droits économiques, ou en tout état de cause un certain éloignement vis-à-vis de l'objet conventionnel initial. Néanmoins, ce constat doit être replacé dans un mouvement plus global de contrôle restreint par les juges statuant en matière de droits fondamentaux lorsqu'il s'agit d'intérêts économiques, en Europe (a) comme aux États-Unis (b).

a. Un phénomène européen

957. Le phénomène est décelable devant la Cour de justice de l'Union européenne, et laisse transparaître que l'existence d'un projet économique identifié au sein de l'ordre juridique de l'Union n'implique pas une perméabilité plus grande à tous les intérêts économiques, mais principalement à ceux qui sont construits par cet ordre juridique. Sans pouvoir résoudre le débat nourri au sujet de l'existence d'une « Constitution économique » au sein de l'Union²³¹⁶, on

²³¹² Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, *op. cit.*, § 37.

²³¹³ Cour EDH, 16 octobre 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, n° 74336/01, CEDH 2007-IV, § 65 : « (...) la manière dont la perquisition a été effectuée comportait un risque d'atteinte au secret professionnel. La Cour accorde un poids particulier à ce risque car il peut avoir des répercussions sur la bonne administration de la justice ».

²³¹⁴ Voy. par exemple Cour EDH, 21 janvier 2010, *Xavier da Silveira c. France*, n° 43757/05, § 36 : « des perquisitions et des saisies chez un avocat sont susceptibles de porter atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre son client et lui ».

²³¹⁵ Cour EDH, 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c. France*, n°s 63629/10 et 60567/10 : les requérants avaient en effet invoqué « la vie privée des intéressés, le secret des affaires et surtout de la confidentialité qui s'attache aux relations entre un avocat et son client » (§ 49) ; la Cour n'a retenu que « la confidentialité qui s'attache aux relations entre un avocat et son client » (§ 79).

²³¹⁶ Sur ces questions, voy. notamment F. MARTUCCI, C. MONGUACHON (dir.), *La Constitution économique. En hommage au Professeur Guy Carcassonne*, Paris, LGDJ, 212 p.

notera cependant que la jurisprudence de la Cour de Justice hiérarchise de manière similaire les droits fondamentaux exercés en matière économique et les autres. Tout d'abord, la liberté d'entreprise, bien qu'elle ait été consacrée par la Charte, bénéficie d'une protection moindre, la Cour ayant reconnu qu'elle pouvait « être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique » et que cela « trouve notamment son reflet dans la manière dont il convient de mettre en œuvre le principe de proportionnalité »²³¹⁷. De la même manière, la Cour de Luxembourg avait précisé dès sa reconnaissance du droit de propriété comme principe général du droit que « les droits ainsi garantis, loin d'apparaître comme des prérogatives absolues, doivent être considérés en vue de la fonction sociale des biens et activités protégés », ce qui se traduit souvent par un contrôle limité à ce que ne soit pas infligée « une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit garanti »²³¹⁸. Elle a aussi étendu cette protection amoindrie à la liberté d'expression lorsqu'elle est invoquée au

²³¹⁷ CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, C- 283/11, § 46 ; R. Tinière évoque ainsi une « large applicabilité mais une faible intensité normative » ; « Les juridictions de l'Union européenne et les droits fondamentaux – Chronique », *RTDH*, 2017, vol. 57, n° 111, pp. 527-556, spéc. p. 536 ; dans le même sens, Th. LÉONARD, J. SALTEUR, « Article 16 », in F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire Article par Article, op. cit.*, pp. 347-368, spéc. p. 360 ; K. LENEARTS, K. VANVOORDEN, « The Right to Property in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities », in H. VANDENBERHE (dir.), *Propriété et droits de l'homme. Property and Human Rights, op. cit.*, pp. 195-240.

²³¹⁸ Voy. par exemple, dans le cadre de la contestation du plan de sauvetage des banques chypriotes, l'arrêt *Ledra*, dans lequel la Cour a jugé que « compte tenu de l'objectif consistant à assurer la stabilité du système bancaire dans la zone euro, et eu égard au risque imminent de pertes financières auquel les déposants auprès des deux banques concernées auraient été exposés en cas de faillite de ces dernières, de telles mesures ne constituent pas une intervention démesurée et intolérable portant atteinte à la substance même du droit de propriété des requérants » (CJUE (GC), 20 septembre 2016, *Ledra Advertising Ltd et al.*, C-8/15P à C-10/15-P, § 74).

soutien d'« intérêts commerciaux »²³¹⁹, même si elle effectue un test de proportionnalité, ou celle du « domicile » des sociétés commerciales²³²⁰.

958. La même tendance au rejet en périphérie du contrôle des droits fondamentaux est également perceptible au sein des jurisprudences nationales. Sans l'affirmer aussi explicitement, le Conseil constitutionnel accorde une protection faible à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété. Ainsi, B. Genevois a démontré que la protection était « moindre ²³²¹,» pour tout un ensemble de droits et libertés, lesquels comprenait notamment le droit de propriété et la liberté d'entreprendre. Cela se traduit, dans un cas comme dans l'autre, par un contrôle limité à la « disproportion »²³²². De la même manière, il n'a conféré qu'une protection relative au domicile en matière professionnelle, soit en autorisant qu'une perquisition soit effectuée sur l'ordre d'un magistrat du parquet²³²³ ou même en jugeant une disposition constitutionnelle uniquement parce qu'elle exclut les locaux d'habitation²³²⁴. De fait, J.-B. Duclercq a relevé que les auteurs des commentaires des décisions du Conseil avaient eux-mêmes estimé que le

²³¹⁹ Initialement, la Cour se référait directement à la Convention, voire à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ; voy. par exemple CJCE, 12 décembre 2006, *RFA c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-380-03, § 155 : « [d]e même, ainsi que l'ont souligné à juste titre le Parlement, le Conseil et les parties intervenant à leur soutien, le pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités compétentes, s'agissant de la question de déterminer où se trouve le juste équilibre entre la liberté d'expression et les objectifs d'intérêt général visés à l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH, est variable pour chacun des buts justifiant la limitation de ce droit et selon la nature des activités en jeu. Lorsqu'il existe une certaine marge d'appréciation, le contrôle se limite à un examen du caractère raisonnable et proportionné de l'ingérence. Il en va ainsi de l'usage commercial de la liberté d'expression dans un domaine aussi complexe et fluctuant que la publicité » ; CJCE, 23 octobre 2003, *RTL c. Autriche*, C-245/01, § 73 : « Il ressort par ailleurs de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH que les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un besoin social impérieux susceptible de justifier une restriction à la liberté d'expression. Selon cette jurisprudence, ceci est particulièrement indispensable en matière commerciale et spécialement dans un domaine aussi complexe et fluctuant que la publicité. Elle a plus récemment rappelé que la préservation d'intérêts sanitaire revêtait « une importance supérieure par rapport aux intérêts [commerciaux] avancés par les requérantes au principal » (CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris Brands SARL et autres*, C-547/14, § 156).

²³²⁰ Dans l'arrêt *Roquette Frères SA*, qui a mis fin à la divergence de jurisprudence entre les deux Cours, la Cour de justice a cité l'arrêt *Niemietz* (lors de la détermination de la portée dudit principe, en ce qui concerne la protection des locaux commerciaux des sociétés, il convient de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme postérieure à l'arrêt *Hoechst/Commission*, précité, jurisprudence dont il ressort (...) d'autre part, que le droit d'ingérence autorisé par l'article 8, paragraphe 2, de la CEDH « pourrait fort bien aller plus loin pour des locaux ou activités professionnels ou commerciaux que dans d'autres cas » (arrêt *Niemietz c. Allemagne*, précité, § 31) » ; la jurisprudence ultérieure semble moins catégorique.

²³²¹ B. GENEVOIS, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, 1991, n° 59, pp. 129-142.

²³²² S'agissant du droit de propriété : Cons. const., 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, cons. 20 ; s'agissant de la liberté d'entreprendre, Cons. const., 16 janvier 2001, n° 2000-439 DC, *Loi relative à l'archéologie préventive*, cons. 13.

²³²³ Cons. const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme*, cons. 18, in P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, op. cit., p. 373.

²³²⁴ Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 48-52, in *idem*, p. 374.

principe d'égalité faisait par exemple lui aussi l'objet d'un contrôle d'une intensité inférieure lorsqu'étaient en jeu « les droits économiques et sociaux »²³²⁵.

959. La doctrine a montré que la Cour de Karlsruhe a elle aussi adopté une solution identique, en appliquant la « théorie des sphères ». En distinguant entre les diverses « sphères » de la vie d'un individu – intime, privée et publique –²³²⁶, la Cour fédérale accorde une protection moindre au domicile professionnel qu'au domicile privé²³²⁷. Cette théorie, qui implique un degré de protection croissant à mesure que l'ingérence dénoncée se situe au cœur de l'intimité de l'individu, semble proche de la protection différenciée accordée par la Cour EDH²³²⁸ et confirmerait que les intérêts économiques relèvent, au sein des ordres européens, des droits fondamentaux des individus, mais pas des droits fondamentaux 'essentiels'.

960. Un phénomène similaire est également perceptible aux États-Unis d'Amérique, ce qui semblerait confirmer qu'il s'agit d'un statut général accordé aux libertés économiques par les ordres juridiques libéraux.

b. Un phénomène américain

961. La jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis confirme à la fois qu'il existe actuellement une perception générale au sein des ordres juridiques libéraux en défaveur des droits fondamentaux appliqués en matière économique et que cette perception est contingente. Comme le montre J. L. Huffman, le « *second-class status of economic liberties* » est caché derrière une « *facade of deference to economic and social legislation* »²³²⁹. Depuis la fin de

²³²⁵ Commentaires sous la décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009, *Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et les zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires* in J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LDGJ-Lextenso, 2015, XX-357 p., p. 319 : « le Conseil constitutionnel lui donne toutefois une intensité variable selon les matières concernées : plus fortes pour les droits civils ou politiques, pour le droit pénal ou la procédure pénale, plus souple pour les droits économiques et sociaux ou la démocratie locale ».

²³²⁶ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, New-York, Oxford University Press, trad. J. RIVERS, 2010, 2XVI- 462 p., p. 237 : l'auteur distingue en effet « *the innermost sphere* », the « *broader sphere of privacy* » et la « *social sphere* ».

²³²⁷ C. GREWE, « Constitution et secret de la vie privée – Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2001, n° 16-2000, pp. 135-152, spéc. p. 142

²³²⁸ Voy ; en ce sens E. DEAL, « L'inviolabilité du domicile 'privé' dans la décision n° 2004-492 DC du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la théorie des sphères », *Cahiers de droit européen*, 2004, n° 1-2, pp. 157- 195, spéc. pp. 185-187.

²³²⁹ J. L. HUFFMAN, *Private Property and the Constitution. State Powers, Public Rights and Economic Liberties*, *op. cit.*, pp. 124-125.

l'ère *Lochner*, la Cour Suprême ne censure que l'absence de « *rational basis* »²³³⁰ en matière économique. Elle s'est même référée à plusieurs reprises à une « présomption de constitutionnalité » en matière économique²³³¹ ou au « *deferential standard of review echoes the rational-basis test used to review economic regulation* »²³³². De la même manière, le discours commercial relevait, au moins jusqu'à la décision *Sorrell v. IMS*, d'un type de « *low value speech* »²³³³ en rappelant que « *The Constitution therefore accords a lesser protection to commercial speech than to other constitutionally guaranteed expression* »²³³⁴. Contrairement à la Cour de Strasbourg, la Cour Suprême a cependant pris soin de rappeler que toute protection ne disparaissait pas pour autant²³³⁵ dans la mesure où « *[c]ommercial expression not only serves the economic interest of the speaker, but also assists consumers and furthers the societal interest in the fullest possible* »²³³⁶.

962. Cet état du droit positif, qui est toujours l'objet de vives controverses doctrinales²³³⁷, n'en marque pas moins l'inégalité qui existe entre les droits fondamentaux à vocation économique et les autres droits fondamentaux. L'évolution du droit américain rappelle cependant que le droit positif résulte d'un choix de politique jurisprudentielle. La Cour avait en effet initié²³³⁸ avec l'arrêt *Lochner* un *substantive due process* en la matière, alors que la jurisprudence postérieure à l'arrêt *West Coast Hotel Co. v. Parrish*²³³⁹ traduit désormais un recul de la garantie des libertés économiques, les mesures adoptées étant soumises à un simple contrôle du « *raisonnable* » en la matière²³⁴⁰. Pourtant, aucune modification du contexte

²³³⁰ Cour Suprême, 24 avril 1938, *United States v. Carolene Products Co*, 304 U.S. 144, 153 (1938) : « *[e]ven in the absence of such aids, the existence of facts supporting the legislative judgment is to be presumed, for regulatory legislation affecting ordinary commercial transactions is not to be pronounced unconstitutional unless, in the light of the facts made known or generally assumed, it is of such a character as to preclude the assumption that it rests upon some rational basis within the knowledge and experience of the legislators* » (nous soulignons).

²³³¹ *Idem*.

²³³² Cour Suprême, 23 juin 2005, *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469, 490.

²³³³ Voy. l'article fondamental de C. R. SUNSTEIN, « *Low Value Speech Revisited* », *Northwestern Law Review*, 1989, vol. 83, n° 3, pp. 555-561.

²³³⁴ Cour Suprême, 19 juin 1980, *Central Hudson Gas & Elec. v. Public Service. Commission of New-York*, 447 U.S. 557 (1980), Page 447 U. S. 563.

²³³⁵ *Idem* ; la Cour a en effet commencé par rappeler dans la même décision qu'elle avait toujours rejeté « *the "highly paternalistic" view that government has complete power to suppress or regulate commercial speech* ».

²³³⁶ *Idem*.

²³³⁷ Des monographies ont ainsi été consacrées à la question ; voy. par exemple D. E. BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights Against Progressive Reform*, 2011, viii-194 p.

²³³⁸ Ou du moins entériné, la plupart des auteurs s'accordant à dire que ce type de contrôle existait avant l'arrêt *Lochner* ; « *Resurrecting Economic Rights : The Doctrine of Due Process Reconsidered* », *op. cit.*, pp. 1365-1366.

²³³⁹ Cour Suprême, 28 mars 1937, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

²³⁴⁰ *Idem* : « *Liberty under the Constitution is thus necessarily subject to the restraints of due process, and regulation which is reasonable in relation to its subject and is adopted in the interests of the community is due process* ».

normatif de la Cour Suprême n'est à même d'expliquer ce phénomène. Ce type de politique jurisprudentielle tient donc à la perception qu'ont les juges statuant en matière de droits fondamentaux de la place que les droits appliqués en matière économique occupent au sein de l'ordre juridique et partant de l'ordre social dont ils ont à connaître. Au-delà de leurs choix personnels, il semble également qu'il s'agisse pour ces Cours d'une question d'acceptabilité des solutions²³⁴¹. Aux États-Unis, cela s'est traduit par un retrait du contrôle, tandis qu'à Strasbourg cela se manifeste par un équilibre entre une large applicabilité et une protection moindre.

963. Même en postulant l'existence d'un *consensus* au sein des rédacteurs de la Constitution qui est attribué parfois à une tradition philosophique²³⁴² parfois à l'intérêt particulier des rédacteurs à la préservation de leurs intérêts économiques²³⁴³, il apparaît que le texte constitutionnel américain ne suffit pas à permettre une interprétation fixe du statut juridique des droits appliqués en matière économique. D'ailleurs, la Cour Suprême n'affirmait-elle pas en 1798 qu'il allait « *against all reason and justice* » de permettre au législateur d'adopter « *a law that destroys or impairs the lawful private contracts of citizens* » ou qui « *that takes property from A. and gives it to B* »²³⁴⁴. Au-delà des contraintes textuelles, le retrait généralisé du contrôle et la protection accordée aux droits fondamentaux en matière économique n'est donc pas un retrait essentiel, mais un retrait conjoncturel lié à la perception des juges en la matière.

964. Cette perception s'étend également à la nature économique de la politique menée.

²³⁴¹ Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1999, 93 p., p. 9, qui affirme que les « juristes » cherchent toujours « à concilier les techniques du raisonnement juridique avec la justice, ou du moins l'acceptabilité sociale de la décision » ; voy., au sujet de *Lochner* l'article de Victoria F. Nourse, qui a montré comment la réception, voire l'instrumentalisation, de la jurisprudence *Lochner* par Roosevelt a largement contribué à créer un nouveau « récit » constitutionnel sur une jurisprudence finalement plus nuancée. L'auteure juge cependant que les mouvements de jurisprudence sont davantage le produit des « peurs » politiques de chaque époque et plus précisément, pendant l'ère *Lochner*, su socialisme ; V. N. NOURSE, « A Tale of Two Lochners : The Untold History of Substantive Due Process », *California Law Review*, 2009, vol. 97, n° 3, pp. 751-800, spéc. pp. 792-793 et 797.

²³⁴² « Resurrecting Economic Rights : the Doctrine of Economic Due Process Reconsidered », *op. cit.*, p. 1368 : l'auteur s'appuie sur plusieurs écrits des principaux rédacteurs de la Constitution, et surtout de J. Madison, pour juger que « *[t]he framers of the Constitution were greatly concerned with property rights and market freedoms* ».

²³⁴³ C'était la thèse de C. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution*, *op. cit.*

²³⁴⁴ Cour Suprême, 7 février 1798, *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798), p. 3, U.S. 388.

B. La nature économique de la politique menée

965. Dans d'autres circonstances, c'est la nature économique de la politique menée qui justifie l'octroi d'une marge d'appréciation et d'une protection moindre au niveau conventionnel. C'est ainsi particulièrement le cas au sujet du droit au respect des biens (1), ce qui constitue un reflet de la nécessité d'assurer le pluralisme politique en soustrayant la détermination de ce type de politique sociale à une conventionnalisation excessive (2).

1. La marge d'appréciation large dans la réglementation des biens

966. Le droit au respect des biens bénéficie souvent, par ricochet, d'une protection moindre parce que les ingérences impliquent la détermination d'une politique économique et sociale (a). À cet égard, les crises économiques ne revêtent aucune différence de nature. La Cour octroie une marge d'appréciation importante aux États parce qu'elle implique, avec peut-être davantage d'intensité, des choix politiques en matière économique et sociale (b).

a. La détermination de la politique économique et sociale

967. Bien qu'il ne soit pas toujours relevé²³⁴⁵, l'objet économique et social de la politique à l'origine de l'ingérence constatée est un facteur susceptible de fonder l'octroi d'une marge d'appréciation plus large à l'État défendeur. La question se pose différemment au sujet de la garantie accordée au droit au respect des biens. En effet, celui-ci figure textuellement au sein de la Convention, et ne résulte pas par lui-même d'une extension d'une catégorie préexistante à des intérêts économiques. Dès lors, admettre que le simple jeu de l'article 1P1 entraînerait une marge d'appréciation plus ample reviendrait à établir une hiérarchisation expresse entre les droits garantis envisagés abstraitement. Selon F. Tulkens et L. Donnay, l'article 1P1 fait partie des « terrains naturels » d'élection de la marge d'appréciation en tant que « droits à protection

²³⁴⁵ Javier Garcia Roca mentionne ainsi, au titre de la « *natureleza de la regulación* » comme élément d'augmentation de la marge d'appréciation, les « *traiciones políticas, culturales o religiosas u diversidades jurídicas* » ; J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos : soberanía e integración*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, 389 p., p. 162.

relative »²³⁴⁶. Cependant, la seule relativité ne semble pas pouvoir expliquer la variation, au sein des diverses sphères d'exercice d'un droit qui a été examinée précédemment. En outre, la Cour semble fonder la marge d'appréciation ample conférée aux États en la matière sur la nature économique et sociale des actes et des politiques qui sont à l'origine des ingérences portées à l'article 1P1.

968. La Cour a ainsi très tôt jugé, dans l'arrêt *Lithgow* et au sujet de la détermination du niveau d'indemnisation²³⁴⁷, que « la nationalisation est une mesure économique de caractère général, pour laquelle l'État doit conserver une large marge d'appréciation »²³⁴⁸. Ce postulat se décline ensuite dans toute une variété de domaines. Ainsi, l'État jouit d'une « grande marge d'appréciation » en matière fiscale « comme c'est habituellement le cas lorsqu'il s'agit de mesures de stratégie économique ou sociale »²³⁴⁹ ; la fixation et les modalités des départs en retraite dans les systèmes de redistribution²³⁵⁰, ou « le domaine du logement qui occupe une place centrale dans les politiques sociales et économiques des sociétés modernes »²³⁵¹. Il en va de même des politiques d'aménagement du foncier²³⁵². Dans l'affaire concernant la restructuration des dépôts bancaires à la suite de la dissolution de la Yougoslavie, la Cour a expressément rappelé qu'il appartient aux autorités nationales de « se prononcer les premières sur l'existence d'un problème d'intérêt général *justifiant des mesures applicables dans le domaine de l'exercice du droit de propriété* » et qu'elles « jouissent ici d'une certaine marge d'appréciation », qualifiée de « large marge d'appréciation »²³⁵³.

969. Dans l'arrêt *James et autres*, la Cour avait déjà effectué le lien entre les formes d'ingérence dans le droit de propriété, la nature des politiques menées et la marge d'appréciation en relevant que « la décision d'adopter des lois portant privation de propriété implique d'ordinaire (...) l'examen de questions politiques, économiques et sociales » et qu'elle

²³⁴⁶ L. DONNAY, F. TULKENS, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme : paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, n° 1, pp. 3-23.

²³⁴⁷ Cour EDH (plén.), 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 44.

²³⁴⁸ *Idem*, § 143.

²³⁴⁹ Cour EDH, 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 54.

²³⁵⁰ Cour EDH (GC), 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §§ 52 et 57 : « (...) une ample latitude est d'ordinaire laissée à l'État pour prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale (...). La Cour considère que d'une manière générale pareilles questions d'économie et de cohérence administratives relèvent de la marge d'appréciation ».

²³⁵¹ Cour EDH (GC), 28 juillet 1999, *Immobilier Saffi c. Italie*, n° 22774/93, CEDH 1999-V, § 49.

²³⁵² Cour EDH (GC), 18 janvier 2001, 25154/94, *Jane Smith c. Royaume-Uni*, § 99.

²³⁵³ Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et ex-République Yougoslave de Macédoine*, *op. cit.*, §§ 106-107 (nous soulignons).

« estim[ait] normal que le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale »²³⁵⁴. Il ne semble pas y avoir de différence fondamentale, de ce point de vue, entre les trois normes de l'article 1P1. La marge d'appréciation large a ainsi été reconnue dans des affaires examinées à la lumière de la première phrase du premier paragraphe, comme une politique de « *haircut* » d'obligations souveraines²³⁵⁵, la radiation d'office d'une société en réponse à la transition vers une économie de marché²³⁵⁶, l'affiliation des détenus à un régime de pensions de retraite²³⁵⁷ ou encore le plafonnement de pensions de retraite²³⁵⁸. Une telle marge d'appréciation est également octroyée à l'État dans le cadre des privations de propriété, malgré l'intensité plus importante de l'atteinte ainsi constatée²³⁵⁹. Il peut s'agir d'expropriations *de jure*, de biens tangibles²³⁶⁰ ou intangibles²³⁶¹, ou *de facto*²³⁶². D'ailleurs, la Cour juge régulièrement que « *the classification of a general measure taken in furtherance of a social policy of redistribution as a "control of use" of property rather than a "deprivation" of possessions is not decisive in so far as the principles governing the question of justification are substantially the same* » pour ensuite octroyer « *a particularly broad margin of appreciation* »²³⁶³ aux États défendeurs.

970. De la même manière, les ingérences soulevées sous l'angle du second alinéa de l'article 1P1 sont examinées à travers l'exigence d'un « rapport raisonnable de proportionnalité entre

²³⁵⁴ Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 46 ; (GC), 23 novembre 2000, *Ex-Roi de Grèce et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 87.

²³⁵⁵ Cour EDH, 21 juillet 2016, *Mamatas et autres c. Grèce*, *op. cit.*, §§ 88, 89 et 94.

²³⁵⁶ Cour EDH (GC), 11 décembre 2018, *Lekić c. Slovénie*, *op. cit.*, §§ 93 et 108-109.

²³⁵⁷ Cour EDH (GC), 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, *op. cit.*, § 101 : la Cour a d'ailleurs jugé à cette occasion que cette question est « associée à des questions et choix complexes de stratégie sociale, domaine dans lequel les États jouissent d'une ample marge d'appréciation ».

²³⁵⁸ Cour EDH, 25 octobre 2011, *Valkov et autres c. Bulgarie*, n^{os} 2033/04 et s., § 91.

²³⁵⁹ Les deux éléments de raisonnement coexistent souvent dans les « principes » rappelés par la Cour ; dans l'arrêt *Bélané Nagy*, par exemple, la Cour rappelle qu'elle « *finds it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one* ». Elle nuance ensuite en rappelant que « *the deprivation of the entirety of a pension is likely to breach the provisions of Article 1 of Protocol No. 1 and that, conversely, reasonable reductions to a pension or related benefits are likely not to do so* », mais que « *the fair balance test cannot be based solely on the amount or percentage of the reduction suffered, in the abstract* ». La marge d'appréciation sera donc susceptible de jouer dans ce cadre ; Cour EDH (GC), 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, *op. cit.*, §§ 113-117 ; voy. *contra*, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 890.

²³⁶⁰ Cour EDH (GC), 23 novembre 2000, *Ex-Roi de Grèce et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 87.

²³⁶¹ Pour l'expropriation d'un actionnaire majoritaire d'un établissement bancaire : Cour EDH (déc.), 10 juillet 2012, *Grainger et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §§ 36-37.

²³⁶² Voy. par exemple pour une privation résultant d'une modification du capital d'une société dans lequel la part que détenait l'actionnaire requérant valait 0,4% de sa valeur antérieure : Cour EDH (déc.), 7 novembre 2002, *Olczak c. Pologne*, *op. cit.*, §§ 77 et 85 : La Cour s'est contentée de citer les motifs de l'arrêt *James et autres*, puis de rappeler la « *wide margin of appreciation enjoyed by the Contracting States in this area* » au moment de conclure ».

²³⁶³ Cour EDH, 14 mai 2013, *NKM c. Hongrie*, n^o 6652911, respectivement §§ 44 et 47.

les moyens employés et le but visé », pour lequel les États disposent d'une grande marge d'appréciation »²³⁶⁴. Alors même que cette clause de réserve a été transformée en clause d'examen par la Cour, la marge d'appréciation ne semble pas différer par nature de celle octroyée dans le cadre des deux autres normes. Contrairement à ce qui se passe au regard de l'article 6 § 1, l'attention portée aux prérogatives de l'État comme détenteur d'un pouvoir d'imposition est ici la même que celle de l'État agissant sur les « biens » en général. La Cour a par exemple jugé dans l'affaire *Gasus Dossier* que l'État, dans cette perspective, doit « se voir reconnaître une ample marge d'appréciation, spécialement en ce qui concerne la question de savoir si - et, dans l'affirmative, jusqu'où - le fisc doit être placé dans une position meilleure pour recouvrer ses créances que les créanciers ordinaires pour recouvrer leurs créances commerciales »²³⁶⁵. Certaines formules ont pu laisser penser que la marge d'appréciation est d'autant plus importante dans le cadre du second alinéa, comme celle retenue dans l'affaire *Yukos* au regard de la lutte contre l'évasion fiscale, mais rien n'indique que cela soit le cas en droit positif²³⁶⁶.

b. Les crises économiques, simple confirmation de la marge d'appréciation en matière économique

971. Les épisodes de crises économiques ne viennent pas modifier l'état du droit sur l'existence d'une marge d'appréciation. Ainsi, l'octroi d'une ample marge d'appréciation au nom de la nécessité pour les États d'adopter des mesures en réaction aux crises s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence relative à la marge d'appréciation en matière de politique économique et sociale. Dans l'arrêt *Jahn et autres*, par exemple, la Cour a réitéré que cette jurisprudence « va[lait] nécessairement, sinon *a fortiori*, pour des changements aussi radicaux que ceux qui sont intervenus lors de la réunification allemande, où il y a eu passage vers un système d'économie de marché »²³⁶⁷. De fait, la plupart des décisions relatives à la crise économique font état de ce que c'est parce que les crises économiques impliquent à leur tour des décisions de nature économique et sociale que la marge d'appréciation est ample. La Cour

²³⁶⁴ Cour EDH (GC), 30 août 2007, *J. A. Pye (Oxford) Ltd et J. A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 55.

²³⁶⁵ Cour EDH, 23 février 1995, *Gasus Dossier – und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, n° 15375/89, § 60.

²³⁶⁶ La Cour y en a effet affirmé que « *that the third rule of this Convention provision explicitly reserves the right of Contracting States to pass “such laws as they may deem necessary to secure the payment of taxes” which means that the States are afforded an exceptionally wide margin of appreciation in this sphere* », il semble que cette formule soit isolée – elle n'a été reprise dans aucune autre jurisprudence, et ne se traduit pas dans la réalité du contrôle, celui-ci conduisant d'ailleurs à une violation en l'espèce ; il peut s'agir, précisément, d'une volonté d'équilibre dans le discours par rapport au constat de violation ; Cour EDH, 20 septembre 2011, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, *op. cit.*, § 566.

²³⁶⁷ Cour EDH (GC), 30 juin 2005, *Jahn et autres c. Allemagne*, *op. cit.*, § 91.

a affirmé dans l'arrêt *Mamatas* qu'elle avait « construit une jurisprudence relative à la marge d'appréciation des États dans le contexte de crise économique qui sévit en Europe depuis 2008, et plus particulièrement en relation avec des mesures d'austérité prises par voie législative ou autre et visant des couches entières de la population »²³⁶⁸. Pourtant, elle poursuit en justifiant la marge d'appréciation en rappelant « aussi que les États parties à la Convention jouissent d'une marge d'appréciation assez ample lorsqu'il s'agit de déterminer leur politique sociale. Elle en conclut que « l'adoption des lois pour établir l'équilibre entre les dépenses et les recettes de l'État impliquant d'ordinaire un examen de questions politiques, économiques et sociales, la Cour considère que les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées qu'un tribunal international pour choisir les moyens les plus appropriés pour parvenir à cette fin et elle respecte leur choix, sauf s'ils se révèlent manifestement dépourvus de base raisonnable »²³⁶⁹. De fait, la spécificité de la crise économique comme motif d'extension de la marge d'appréciation s'en trouve notablement relativisée. Elle s'en trouve également nuancée du point de vue de son régime, ou du moins du régime annoncé. Bien qu'elle affirme que « les autorités nationales devaient bénéficier d'un large pouvoir discrétionnaire »²³⁷⁰, le standard du contrôle demeure bien celui de l'erreur manifeste ou du raisonnable²³⁷¹.

972. La marge d'appréciation étant la conséquence de plusieurs facteurs, la seule présence d'intérêts, de droits ou de politiques de nature économique ne conduit pas nécessairement à l'augmentation de la marge octroyée à l'État, d'autres intérêts étant susceptibles de contrebalancer la nature économique de l'affaire.

2. La réduction de la marge d'appréciation en dépit du caractère économique

973. Dans certains cas, la Cour réduit en effet, malgré la nature économique des intérêts protégés par les droits, la marge d'appréciation. Cette réduction, en apparence antinomique avec l'idée que la protection des intérêts économiques ne se situerait pas au cœur de l'ordre

²³⁶⁸ Cour EDH, 21 juillet 2016, *Mamatas et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 88 (références omises).

²³⁶⁹ *Idem*, § 88.

²³⁷⁰ *Idem*, § 89.

²³⁷¹ Sans revenir sur la jurisprudence abondante de la Cour en la matière, voy. Cour EDH, 8 septembre 2009, *Valkov et autres c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 91 ; (déc.), 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, n^{os}57665/12 et 57657/12, § 31, et même si la Cour juge que cette marge est « d'autant plus ample lorsque les questions en litige impliquent la fixation des priorités pour ce qui est de l'affectation des ressources limitées de l'État » ; (GC), 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, *op. cit.*, §§ 113-114.

conventionnel, la conforte pourtant. En effet, c'est parce que l'ordre conventionnel protège l'ensemble des intérêts concurrents (a) ou parce que la restriction à un intérêt économique risque de porter atteinte à un intérêt ou principe essentiel protégé par lui que la marge d'appréciation s'en trouve réduite (b).

a. La protection par l'ordre conventionnel des intérêts concurrents

974. Les affaires dans le domaine économique impliquent fréquemment l'arbitrage entre plusieurs intérêts privés antagonistes. Or, parce qu'un tel arbitrage implique la détermination de politiques économiques et sociales, l'État se voit en principe octroyer une marge d'appréciation ample. Aux termes de la jurisprudence de la Cour, la « nécessité » dans une société démocratique implique d'avoir « égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu de la société dans son ensemble »²³⁷². Or, le caractère « sensible » des questions que peut soulever l'arbitrage entre des intérêts économiques et sociaux justifie en principe, selon la Cour, l'octroi d'une ample marge d'appréciation.

975. Plusieurs séries de contentieux illustrent ce mouvement, tel que celui portant sur la liberté syndicale. Ce lien avait été indirectement effectué dans l'arrêt *Young, James et Webster*²³⁷³, mais il a été explicité par la suite, notamment dans l'arrêt *Gustafsson* puis dans l'arrêt *Sørensen*. Dans les deux cas, c'est parce que la « recherche d'un juste équilibre entre les divers intérêts en présence »²³⁷⁴, ou, plus précisément, « entre les intérêts respectifs des salariés et des employeurs »²³⁷⁵ « fait entrer en jeu des questions sensibles d'ordre social et politique »²³⁷⁶ que la marge est large. Or, cette logique a été étendue à d'autres dispositions.

976. D'autres formulations approchantes peuvent en effet être trouvées en dehors du contentieux relatif aux mécanismes de négociation collective porté sur le fondement de l'article

²³⁷² Voy. parmi tant d'autres Cour EDH (GC), 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, *op. cit.*, § 114.

²³⁷³ Dans lequel la Cour avait jugé que « [à] la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, le tort infligé à MM. Young, James et Webster se révèle supérieur à ce qu'exigeait la réalisation d'un juste équilibre entre les différents intérêts en présence; on ne saurait le considérer comme proportionné aux buts poursuivis » et ce « [m]ême en ayant égard, comme elle le doit, à la "marge d'appréciation" de l'État » ; Cour EDH (plén.), 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 65.

²³⁷⁴ Cour EDH (GC), 25 avril 1996, *Gustafsson c. Suède*, *op. cit.*, § 45.

²³⁷⁵ Cour EDH (GC), 11 janvier 2006, *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, *op. cit.* § 58.

²³⁷⁶ Cour EDH, 8 avril 2014, *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni*, n° 31045/10, CEDH 2014, § 86 ; la formule était pratiquement identique dans l'arrêt *Sørensen et Rasmussen*, *idem* : « [vu] le caractère sensible des questions sociales et politiques qu'implique la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts respectifs des salariés et des employeurs ».

11. Cela peut concerner l'arbitrage entre le droit d'informer sur des pratiques commerciales et la préservation de l'intérêt des entreprises ou du secteur concerné. C'est, par exemple, le cas dans l'arrêt *Steel et Morris* qui concernait la licéité d'amendes infligées à des militants en raison de la diffusion au sein d'un centre commercial de tract au sujet d'une multinationale. La Cour a alors jugé qu' « en plus de l'intérêt général que revêt un débat libre sur les pratiques commerciales, il existe un intérêt concurrent à protéger le succès commercial et la viabilité des entreprises pour le bénéfice des actionnaires et des employés mais aussi pour le bien économique au sens large » et que « [l]'État joui[ssait] par conséquent d'une marge d'appréciation quant aux recours dont une entreprise doit bénéficier en droit interne pour contester la véracité d'allégations susceptibles de nuire à sa réputation et pour en limiter les effets »²³⁷⁷. On trouve également la même formulation dans les contentieux fondés sur l'article 1P1²³⁷⁸.

977. Cependant, ce critère tiré de la nature politique des choix à effectuer dans le domaine économique et social est susceptible d'être concurrencé par la manière dont sont appréhendés les intérêts économiques concurrents par le mécanisme conventionnel. Lorsque les intérêts en question relèvent tous du champ d'application des droits conventionnels, la protection qu'il leur accorde relève du même niveau. Dès lors, aucune solution ne s'impose avec évidence du point de vue conventionnel. La marge d'appréciation restera alors ample, ou sera même accentuée. Dans l'affaire *Ashby Donald et autres* par exemple, les requérants invoquaient l'article 10 de la Convention au soutien de la diffusion par eux d'images dans un but commercial. Le gouvernement alléguait notamment de la nécessité de protéger le droit d'auteur des créateurs de mode dont les créations avaient été prises en photo. Dans la mesure où le droit d'auteur était protégé par l'article 1P1 et où le droit invoqué – la liberté d'expression au sens de l'article 10 - l'était dans une perspective commerciale, la Cour a jugé que « ces deux éléments cumulés conduisent la Cour à considérer que les autorités internes disposaient en l'espèce d'une marge d'appréciation particulièrement importante »²³⁷⁹. H. Surrel note d'ailleurs que dans ce type

²³⁷⁷ Cour EDH, 15 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 94 ; voy. également Cour EDH, 10 janvier 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, *op. cit.*, § 40, dans lequel la Cour établit expressément le lien avec l'article 11 : « La Cour rappelle ensuite qu'elle a jugé sur le terrain de l'article 11 de la Convention que, lorsque le but poursuivi est celui de la « protection des droits et libertés d'autrui » et que ces « droits et libertés » figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les États à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention. La mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les États contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante ».

²³⁷⁸ Cour EDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, *op. cit.*, § 113.

²³⁷⁹ Cour EDH, 10 octobre 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, *op. cit.*, § 41 ; voy. Cour EDH (déc.), 19 février 2013, *Nei et Sunde Kolmisoppi c. Suède*, n° 40397/12, dans le même sens, le rejet comme « manifestement

d'hypothèse, l'amplitude de la marge d'appréciation en raison la combinaison de la faiblesse de la protection accordée à l'intérêt économique protégé par le droit conventionnel et la protection de l'intérêt concurrent n'est pas purement rhétorique, mais exerce bel et bien une « influence décisive » sur la résolution du conflit au détriment des requérants²³⁸⁰.

978. En revanche, lorsque seuls les intérêts soulevés par les requérants sont protégés par l'ordre conventionnel, la marge d'appréciation sera réduite et l'État défendeur devra justifier « d'un besoin social impérieux » pour justifier l'atteinte aux intérêts conventionnellement protégés. Aux termes de la jurisprudence de la Cour, lorsque tous les intérêts sont protégés par les droits conventionnels, la mise en balance est considérée comme « difficile à faire et les États doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante »²³⁸¹. À l'inverse, lorsque les autres intérêts ne relèvent pas de cette protection, la marge d'appréciation de l'État se réduit dans la mesure où le consensus conventionnel en la matière doit le conduire à privilégier le droit protégé, à moins qu'il ne puisse établir les « impératifs indiscutables (...) susceptibles de justifier une ingérence dans la jouissance d'un droit garanti »²³⁸². C'est donc bien l'existence d'un consensus social au sein de l'ordre conventionnel sur la protection de l'intérêt économique constaté qui est susceptible de déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation²³⁸³.

b. L'intensité de l'atteinte à un principe essentiel du droit européen

979. Le dernier cas de figure, certes moins fréquent dans la jurisprudence, conserve cette logique concentrique et se produit notamment lorsque l'atteinte au droit en cause est d'une telle intensité qu'elle met en jeu la notion même de liberté. L'exemple le plus symptomatique d'une telle réduction de la marge d'appréciation est certainement l'arrêt *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*. La Cour avait pourtant relevé plusieurs facteurs dans cet arrêt qui auraient dû

mal fondée » de la requête des exploitants de la plateforme « *The Pirate Bay* » : « la Cour souligne aussi que l'amplitude de la marge d'appréciation de l'État varie et dépend d'un certain nombre d'éléments, notamment de la question de savoir si la nature des informations litigieuses revêt une importance particulière. En l'espèce, si les œuvres pour lesquelles les requérants ont été condamnés relèvent du champ de la garantie accordée par l'article 10, elles ne bénéficient toutefois pas du même niveau de protection que l'expression et le débat politiques. Prises isolément, la nature de l'information ici en cause et la protection des titulaires de droits d'auteur appellent une marge d'appréciation étendue. Combinées, comme en l'espèce, elles offrent à l'État une latitude particulièrement importante ».

²³⁸⁰ H. SURREL « La détermination prétorienne du cadre d'examen des conflits de droit », in F. SUDRE (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2014, 326 p., pp. 166-201, spéc. pp. 196-198.

²³⁸¹ Cour EDH (GC), 20 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, *op. cit.*, § 113.

²³⁸² *Idem*.

²³⁸³ F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

conduire à une marge d'appréciation ample : le caractère « sensible des questions sociales et politiques qu'implique la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts respectifs des salariés et des employeurs » ainsi que « le fort degré de divergence entre les systèmes des États contractants »²³⁸⁴. Pourtant, la Cour réduisit ensuite la marge d'appréciation dans la mesure où les accords de monopole syndical allaient « à l'encontre de la liberté de choix de l'individu inhérente à l'article 11 »²³⁸⁵. La Cour effectue ensuite expressément le lien entre cette réserve de la réduction de la marge et sa conception de la démocratie. Elle note en effet, dans une terminologie directement inspirée des mises en garde d'A. de Tocqueville, que la démocratie « ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante »²³⁸⁶.

980. Le facteur tiré de la nature des droits ou de la politique menée ne justifie cependant pas entièrement et à lui seul le retrait du contrôle européen. Il se conjugue, voire s'explique en partie, au regard de la question de l'équilibre des pouvoirs au sein du mécanisme conventionnel.

§2. L'équilibre des pouvoirs au sein du mécanisme conventionnel

981. La marge d'appréciation ne répond pas qu'à une infériorité des droits et intérêts économiques protégés par les dispositions conventionnelles. Elle répond également à une logique d'équilibre des pouvoirs, notamment en raison de la spécificité perçue par la Cour de son office comme juridiction *internationale* spécialisée en matière de droits fondamentaux au sein du Conseil de l'Europe (A). Malgré l'indéniable réalité de cette spécificité, il semble que cette difficulté à statuer sur ces questions d'ordre économique soit également la traduction, dans le cadre du mécanisme européen, d'une problématique tenant avant tout à sa qualité de juge (B).

²³⁸⁴ Cour EDH (GC), 11 janvier 2006, *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, *op. cit.*, § 58.

²³⁸⁵ *Idem.*

²³⁸⁶ *Idem.*

A. La spécificité perçue de l'office d'un juge *international*

982. La large marge d'appréciation octroyée à l'État en matière économique est à la fois la manifestation de la subsidiarité « matérielle » sur laquelle repose le mécanisme européen (1) autant qu'elle peut refléter le jeu négatif du « *consensus* » en la matière (2).

1. La marge d'appréciation comme manifestation de la subsidiarité

983. La subsidiarité se décline doublement au sein du mécanisme européen. Dans un sens procédural, elle renvoie à l'idée que le contrôle européen ne doit s'exercer qu'après que l'État ait été mis à même d'empêcher ou le cas échéant de réparer la violation commise, et se traduit par exemple par l'inclusion de la règle internationale de l'épuisement préalable des voies de recours internes²³⁸⁷. Dans un sens matériel, cette subsidiarité se manifeste, lors de l'examen de l'affaire, par le retrait du contrôle européen et justifie notamment le recours à la marge d'appréciation. Il constitue bien une « composante même de l'économie du système de contrôle »²³⁸⁸ et non simplement une nécessité fonctionnelle.

984. Or, on retrouve fréquemment dans les motifs pour justifier la marge d'appréciation ample en matière économique et sociale le caractère subsidiaire du contrôle européen. La Cour avait d'ailleurs dès l'arrêt *Handyside* relevé que « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu des exigences »²³⁸⁹ et que cela impliquait « dès lors » une marge d'appréciation aux États. Cette idée de légitimité par la « proximité » a été rapidement étendue en matière économique. Dès l'arrêt *James et autres*, la Cour l'a intégré comme élément de justification dans la détermination de ce qui relève de « l'utilité publique » au sens de l'article 1P1²³⁹⁰. Elle a précisé par la suite dans l'arrêt *Burden et Burden* que « grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales sont en principe mieux placées que le juge international ce qui pour des motifs sociaux ou économiques correspond à l'intérêt général »²³⁹¹.

²³⁸⁷ Article 35 § 1 Conv. EDH.

²³⁸⁸ S. TOUZÉ, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in F. SUDRE (dir.), *La subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 59-86, spéc. p. 61.

²³⁸⁹ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, Série A, n° 24, § 48.

²³⁹⁰ Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, op. cit., § 46.

²³⁹¹ Cour EDH, 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, op. cit., § 54.

985. Cette formule, dégagée en matière de fiscalité, a été réitérée dans divers domaines de l'action économique de l'État, mais elle a été particulièrement privilégiée dans les affaires ayant trait aux mécanismes de redistribution sociale. On la retrouve dans des décisions concernant l'indexation de pensions de retraite sur l'inflation de personnes résidant à l'étranger²³⁹², l'affiliation des détenus au régime de pensions de retraite²³⁹³, en matière de discrimination fondée sur la nationalité dans l'octroi de pensions²³⁹⁴ ou encore le choix de ne pas rembourser les frais occasionnés par les accouchements à domicile²³⁹⁵, comme d'autres contentieux liés à des pensions²³⁹⁶. On la retrouve également dans des affaires concernant la nationalisation d'un établissement bancaire lors de la crise financière²³⁹⁷ et dans d'autres domaines selon des formules approchantes²³⁹⁸.

986. L'argument de proximité renvoie à l'idée d'une meilleure compétence des autorités nationales pour effectuer des choix politiques, en matière économique comme dans d'autres domaines. On le retrouve ainsi en matière économique dans des domaines qui appellent des choix difficiles, soit en raison de leur technicité²³⁹⁹, de la multiplicité des facteurs qui doivent être pris en considération²⁴⁰⁰ ou même plus simplement du « caractère sensible des questions sociales et politiques »²⁴⁰¹ qu'ils impliquent. Une analyse statistique de la récurrence de la formule confirme d'ailleurs que cette formulation est privilégiée dans le domaine économique²⁴⁰². Cela ne diffère cependant pas fondamentalement de domaines distincts,

²³⁹² Cour EDH (GC), 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 61.

²³⁹³ Cour EDH (GC), 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, *op. cit.*, § 89.

²³⁹⁴ Cour EDH, (GC), 18 février 2009, *Andrejeva c. Lettonie*, *op. cit.*, § 83 ; 15 septembre 2016, *British Gurkha Welfare Society et autres c. Royaume-Uni*, n° 44818/11, § 62.

²³⁹⁵ Cour EDH, 4 octobre 2018, *Pojatina c. Croatie*, *op. cit.*, § 76.

²³⁹⁶ Cour EDH, 10 mai 2007, *Runkee et White c. Royaume-Uni*, 42948/98, § 36.

²³⁹⁷ Cour EDH (déc.), 10 juillet 2012, *Grainger c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 36.

²³⁹⁸ Voy. par exemple Cour EDH (GC), 21 juin 2006, *Maurice c. France*, *op. cit.*, § 116.

²³⁹⁹ Cet argument revient régulièrement en matière de régulation des activités industrielles dangereuses : voy. Cour EDH, 20 mars 2008, *Boudaïeva et autres c. Russie*, *op. cit.*, § 135 ou Cour EDH (GC), 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, *op. cit.*, § 107.

²⁴⁰⁰ Au sujet, par exemple, des politiques d'aménagement foncier, voy. Cour EDH, 25 septembre 1995, *Buckley c. Royaume-Uni*, n° 20348/92, CEDH 1995-IV, *op. cit.*, § 75 : « étant en prise directe et permanente avec les forces vitales de leur pays, les autorités nationales sont en principe mieux placées qu'une juridiction internationale pour évaluer les besoins et le contexte locaux. Dans la mesure où l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire portant sur une multitude de facteurs locaux est inhérent au choix et à l'application de politiques d'aménagement foncier, les autorités nationales jouissent en principe d'une marge d'appréciation étendue ».

²⁴⁰¹ Voy. par exemple au sujet de l'équilibre entre les intérêts des salariés et des employeurs, Cour EDH (GC), 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen*, *op. cit.*, § 58.

²⁴⁰² Même en prenant comme critère l'article 1P1, alors que les questions économiques n'y sont évidemment pas confinées, on trouve que l'expression « *better placed than the international judge* » revient dans 203 arrêts et décisions, dont 158— soit 78% — portaient sur cette disposition.

comme celui de la fécondation *in vitro*²⁴⁰³, par exemple, même si cette extension a été contestée par certains juges selon lesquels l'argument devrait être réservé au domaine économique, ou en tout état de cause développé s'il doit être appliqué dans d'autres domaines²⁴⁰⁴.

987. Il renvoie également à l'idée d'une plus grande légitimité. Certes, comme l'a montré C. Picheral, il est conceptuellement indépendant de l'argument tiré du caractère démocratique, lequel est venu se greffer sur l'argument de proximité et n'est du reste pas apte à justifier la marge d'appréciation lorsque celle-ci s'opère vis-à-vis de décisions adoptées par des autorités nationales non élues²⁴⁰⁵. La Cour établit pourtant parfois le lien, la proximité comme compétence, la proximité comme légitimité et le principe général de subsidiarité. Dans l'arrêt *Maurice c. France*, par exemple, la Grande Chambre s'est appuyée sur « le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention » pour rappeler que « les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe, et ainsi que la Cour l'a affirmé à maintes reprises, se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux »²⁴⁰⁶. Dans des arrêts plus récents, la Cour a même concilié les deux arguments en estimant que les autorités élues étaient d'autant plus légitimes que le juge international²⁴⁰⁷.

988. Ce défaut de légitimité se manifeste enfin de manière aiguë dans la terminologie parfois employée par la Cour lorsqu'elle indique qu'elle doit octroyer une marge d'appréciation afin ne pas « substituer » son appréciation à celles des autorités nationales. Dans l'arrêt *Maurice*, elle a clairement affirmé qu'il « il [ne lui] appartient pas (...) *de se substituer aux autorités*

²⁴⁰³ Cour EDH (GC), 3 novembre 2011, *SH c. Autriche*, 3 novembre 2011, n° 57813/00, § 94.

²⁴⁰⁴ Le juge Nicolaou, sous l'arrêt *Parrillo*, qui portait sur les embryons, a en effet estimé que l'argument du « mieux placées » se comprenait en matière économique et sociale du fait du « l'avantage cognitif » des autorités nationales en la matière, il ne pouvait être appliqué « sans raisons additionnelles et convaincantes à des domaines où la question n'est pas d'« utilité publique » en matière de politiques économiques et sociales mais tient à la morale, la politique de santé ou la science » ; opinion partiellement dissidente du juge Nicolaou sous l'arrêt Cour EDH, (GC), 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*, n° 46470/11, CEDH 2015, § 7.

²⁴⁰⁵ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la *subsidiarité* par la marge nationale d'appréciation », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 87-114, spéc. pp. 91-91.

²⁴⁰⁶ Cour EDH (GC), 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, n° 11810/03, CEDH 2005-IX, § 177.

²⁴⁰⁷ Voy. par exemple Cour EDH, 8 avril 2014, *Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 89 : « [i]n this regard the Court has usually allowed a wide margin of appreciation since, by virtue of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities, and in particular the democratically elected Parliaments, are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds and which legislative measures are best suited for the conditions in their country in order to implement the chosen social, economic or industrial policy » (nous soulignons).

nationales pour apprécier l'opportunité de la mise en place d'un tel régime, *ni en quoi pourrait consister la politique optimale en ce domaine social difficile* »²⁴⁰⁸.

989. Renvoyées au niveau national pour défaut de légitimité en tant qu'organe juridictionnel, ces décisions bénéficient également d'une marge d'appréciation indexée sur l'existence d'un consensus, européen ou national.

2. La marge d'appréciation comme reflet du consensus

990. Le lien entre le consensus et le marge d'appréciation en matière économique est double. L'absence de consensus au niveau interétatique peut jouer, comme dans d'autres domaines, comme un facteur de variation (a). Cependant, la marge d'appréciation vise aussi à refléter et à préserver au niveau national le pluralisme qui doit pouvoir exister en matière politique (b).

a. Le recours au consensus interétatique

991. Comme dans d'autres domaines, la Cour a recours à la technique du consensus existant au sein des États membres comme facteur de variation de la marge d'appréciation en matière économique.

992. Introduit concomitamment au développement de la marge d'appréciation²⁴⁰⁹, ce facteur de variation est susceptible de jouer dans un sens comme dans l'autre. Le constat par la Cour d'une certaine diversité conduit à une marge d'appréciation plus grande, comme dans l'arrêt *Sorensen et Rasmussen*²⁴¹⁰, qui reste toutefois susceptible d'être contrebalancée par l'intensité de l'atteinte constatée²⁴¹¹. L'affaire *Petrovic* est également particulièrement topique de la marge d'appréciation large comme fruit d'une politique sociale plus redistributrice que celles pratiquées par la majorité des pays européens. La Cour y était saisie de la compatibilité avec

²⁴⁰⁸ Cour EDH (GC), 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, *op. cit.*, § 123 (nous soulignons).

²⁴⁰⁹ Voy. déjà Cour EDH (plén.), 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 48 : « [e]n particulier, on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la "morale" ».

²⁴¹⁰ Cour EDH, 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, *op. cit.*, § 58 : « compte tenu du fort degré de divergence entre les systèmes nationaux à cet égard, les États contractants bénéficient d'une ample marge d'appréciation quant à la manière d'assurer la liberté syndicale et la possibilité pour les syndicats de protéger les intérêts professionnels de leurs membres ».

²⁴¹¹ *Idem* : « [t]outefois, lorsque le droit interne d'un État contractant autorise la conclusion entre syndicats et employeurs d'accords de monopole syndical qui vont à l'encontre de la liberté de choix de l'individu inhérente à l'article 11, la marge d'appréciation doit être considérée comme réduite ».

l'article 8 combiné à l'article 14 du refus de l'État d'accorder une allocation de congé parental – liée au mécanisme d'assurance chômage – à un parent de sexe masculin. Notant l'absence de consensus, « la majorité des États contractants ne prévoyant pas le versement d'une allocation congé parental au père », la Cour a jugé qu'il était dès lors « difficile de reprocher au législateur autrichien d'avoir introduit de manière graduelle, à l'image de l'évolution de la société en la matière, une législation somme toute très progressiste »²⁴¹². La persistance d'une « très grande disparité » au moment où la Cour statue la conduit à conclure que le refus des autorités autrichiennes « n'a donc pas excédé la marge d'appréciation dont elles bénéficiaient »²⁴¹³. Le consensus, qui est apprécié de manière dynamique²⁴¹⁴, permet donc d'intégrer les évolutions au sein des États européens sans le leur imposer.

993. À l'inverse, il est susceptible de conduire à la réduction de la marge d'appréciation malgré le domaine économique et social concerné. Ainsi, dans l'arrêt *The National of Union of Rail et a.*, la Cour était saisie de la question de la licéité de l'interdiction de la grève secondaire. L'affaire mettait donc en jeu l'intérêt des salariés face aux intérêts des employeurs ainsi qu'à l'intérêt économique général de l'État et appelait donc en principe à une large marge d'appréciation²⁴¹⁵. Pourtant, la Cour a intégré au titre des éléments qui « milit[aient] en sens inverse s'agissant des choix qui étaient ouvertes au législateur britannique » une certaine « homogénéité »²⁴¹⁶ en la matière, et qu'à défaut de consensus *stricto sensu*, l'État britannique se situait « à l'un des extrêmes et qu'il faisait ainsi partie du petit groupe d'États européens à avoir adopté une position aussi catégorique en la matière »²⁴¹⁷.

²⁴¹² Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, *op. cit.*, §§ 39-41.

²⁴¹³ *Idem*, §§ 42-43.

²⁴¹⁴ Au sujet de la correction des inégalités factuelles entre femmes et hommes du point de vue ou au moyen de mécanisme de redistribution, la Cour a par la suite relevé que « l'évolution de la société – qui, comme la Cour l'a observé dans l'affaire *Petrovic*, a débuté dans les années 1980 – a beaucoup progressé depuis lors » et qu'il en résultait « que, dans une majorité d'États européens, dont la Russie, la législation prévoit désormais, dans le secteur civil, que les hommes comme les femmes peuvent prendre un congé parental, et que les pays où le droit au congé parental dans le civil est limité aux femmes forment une faible minorité », Cour EDH (GC), 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, *op. cit.*, § 140.

²⁴¹⁵ La Cour note ainsi que « les autorités ont considéré [que] les actions secondaires entraînaient un risque pour l'économie et pour les investissements étrangers dans l'activité économique » et que par conséquent, malgré la forte divergence au sein du parlement britannique et des acteurs sociaux, « l'objet de la présente affaire [était] indubitablement lié à la stratégie économique et sociale de l'État défendeur », ce qui justifiait une « ample marge d'appréciation ».

²⁴¹⁶ L'expression est empruntée à H. SURREL, et renvoie notamment aux situations dans lesquelles le juge européen « souligne la position très isolée de l'État défendeur » ; H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruyant-Nemesis, 2010, 378 p., pp. 61-86, spéc. p. 67.

²⁴¹⁷ *Idem*.

994. Parfois, la Cour emploie le consensus pour conforter la proposition antérieure, et sans que cela remette en cause les autres facteurs de variation de la marge. Dans l'affaire *Weller*, par exemple, elle avait noté que les États bénéficiaient de manière générale d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la similarité de situations, et conforté ce principe en notant que « *widely different social security systems exist in member States* », sans que cela justifie la possibilité de discriminer²⁴¹⁸. De la même manière, la position minoritaire, ou même seulement l'existence d'autres systèmes est susceptible de s'ajouter à une marge d'appréciation déjà réduite. Dans l'affaire *Informationsverein Lentia et autres*²⁴¹⁹, les requérants alléguaient de l'incompatibilité avec l'article 10 du monopole octroyé à un organisme de droit public en matière de création et d'exploitation d'une station de radio. Puisqu'il s'agissait d'une restriction apportée à l'article 10 dans un domaine non strictement commercial, la marge d'appréciation octroyée était réduite²⁴²⁰.

995. La portée du consensus est indéniable lorsque la Cour entend justifier la solution choisie. Ainsi, le consensus est susceptible de justifier un constat de non-violation dans le cadre de l'application d'un droit dit inconditionnel, sous couvert de l'interprétation de la notion de « travail forcé et obligatoire » et alors que dans ce cas l'interprétation et l'application se confondent. Dans l'affaire *Stummer et autres*, par exemple, la Cour était saisie de la conventionnalité de l'absence d'affiliation des détenus exerçant une activité rémunérée au sein de leur établissement d'incarcération au système de retraite. Or, la Cour justifie que la portée de l'article 4 se limite à l'affiliation au système social général, mais pas au régime de retraite, au nom de l'état du consensus européen en la matière. Notant pourtant que les « Règles pénitentiaires européennes »²⁴²¹ « font du principe de normalisation du travail accompli en

²⁴¹⁸ Cour EDH, 31 mars 2009, *Weller c. Hongrie*, n° 44399/05, § 34 : « [t]he Court recognises that the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify different treatment under the law. Moreover, the Court notes that widely different social security systems exist in the Member States. However, the lack of a common standard does not absolve those States which adopt family allowance schemes from making such grants without discrimination ».

²⁴¹⁹ Cour EDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, n°s 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89, 17207/90, Série A, n° 276.

²⁴²⁰ *Idem*, § 35 : « The Contracting States enjoy a margin of appreciation in assessing the need for an interference, but this margin goes hand in hand with European supervision, whose extent will vary according to the circumstances. In cases such as the present one, where there has been an interference with the exercise of the rights and freedoms guaranteed in paragraph 1 of Article 10 (art. 10-1), the supervision must be strict because of the importance - frequently stressed by the Court - of the rights in question. The necessity for any restriction must be convincingly established » (nous soulignons).

²⁴²¹ Cet instrument dépourvu de caractère obligatoire est décrit par la Cour elle-même comme « des recommandations du Comité des Ministres aux États membres du Conseil de l'Europe quant aux normes minimales à appliquer dans les prisons » (Cour EDH (GC), 7 juillet 2011, *Stummer et autres c. Autriche*, *op. cit.*, § 49).

prison un des principes de base en la matière »²⁴²², elle rejette les prétentions du requérant en jugeant que « si une majorité absolue des États contractants affilient les détenus d'une manière ou d'une autre à leur système national de sécurité sociale ou font bénéficier les intéressés d'un système d'assurance spécifique, seule une faible majorité d'entre eux affilient les détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite ». La solution retenue par le droit national – affiliation à une couverture santé et accidents, à l'assurance chômage mais pas à celui des retraites – est donc jugée conventionnelle parce qu'elle « reflète l'évolution du droit européen »²⁴²³.

996. Si le recours au droit international ou même au droit de l'UE, relativement fréquent en matière sociale²⁴²⁴, l'est beaucoup moins en matière économique²⁴²⁵, la Cour ne semble pas hermétique à toute intégration d'éléments de droit international, universel ou régional, économique. Parfois, la Cour répertorie les normes à vocation économique sans s'y référer au stade des motifs de sa solution. C'était notamment le cas dans l'arrêt *Anheuser*, dans lequel la Cour s'est référée à la Convention de Paris en matière de propriété intellectuelle, à l'ADPIC issu du droit de l'OMC, ainsi qu'au droit communautaire applicable – dérivé comme la Charte – en matière de propriété intellectuelle²⁴²⁶. Cependant, aucune de ces normes ne figure dans les motifs retenus, à l'exception de l'accord bilatéral dont l'application en droit interne était l'objet même de la requête²⁴²⁷. De ce point de vue, l'affaire *Lekic* constitue un développement intéressant, dans lequel la Cour devait statuer sur la licéité de la levée du voile social permise par une loi interne devant conduire à la liquidation de sociétés inactives et à faciliter le désintéressement de leurs créanciers. Le requérant s'était appuyé sur les « principes fondamentaux du droit des sociétés applicables dans l'Union européenne »²⁴²⁸. Or, la Cour a répondu à cet argument non pas parce qu'il aurait été par nature inopérant, mais parce que l'interprétation du droit de l'Union et la jurisprudence de la Cour de justice développée par le

²⁴²² *Idem*, § 49.

²⁴²³ *Idem*.

²⁴²⁴ On prendra comme exemple l'affaire *Demir et Baykaya*, abondamment commentée, mais aussi l'affaire *Stummer* précédemment commentée.

²⁴²⁵ Voy. par exemple l'affaire *Anheuser*, dans laquelle la Cour référence l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle conclu dans le cadre de l'OMC ainsi au droit de l'Union européenne en matière de propriété intellectuelle au titre du « droit et pratique internes et internationaux pertinents », mais ces éléments ne sont – en tout cas expressément – pas mobilisés par la Cour dans ses motifs, ni au stade de l'applicabilité, ni au stade de l'application de l'article 1PI.

²⁴²⁶ Cour EDH (GC), 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. Portugal*, *op. cit.*, §§ 25-38.

²⁴²⁷ *Idem*, spéc. §§ 85-86.

²⁴²⁸ Cour EDH (GC), 11 décembre 2018, *Lekic c. Slovénie*, *op. cit.*, § 82.

requérant était erronée²⁴²⁹. Elle s'est en outre également référée tant à l'arrêt de la *Barcelona Traction* qu'à la « jurisprudence des cours suprêmes de certains États membres du Conseil de l'Europe »²⁴³⁰, et même, dans le cadre de l'examen de la légalité, à la production du FMI et de l'OCDE quant au critère à appliquer pour identifier les « investisseurs non actifs »²⁴³¹. Si le discours relatif au consensus n'est pas expressément mobilisé à chacune de ces occurrences, celles-ci illustrent néanmoins le décloisonnement. La Cour n'hésite plus à le mobiliser, aucune étanchéité de principe n'existant à ce stade, même s'il faut noter que cela dépend probablement de la capacité des parties à l'invoquer devant elle comme à celle de tiers intervenant à éclairer la Cour²⁴³². Ensuite, rien n'interdit de déduire de la réponse donnée par la Cour à l'argument fondé sur la jurisprudence de la Cour de justice que l'existence d'une règle telle qu'elle avait été argumentée par le requérant aurait conduit à la réduction de la marge d'appréciation de l'État et la fixation du standard conventionnel sur le fondement du standard de l'Union en matière de droit des sociétés.

997. La jurisprudence de la Cour abonde de prises en considération de normes régionales, parfois sur des éléments juridiques relativement précis²⁴³³. Dans d'autres cas au contraire, c'est la diversité des conceptions économiques structurelles au sein de la communauté européenne qui est relevée par la Cour pour justifier l'octroi d'une marge d'appréciation ample. Ainsi, en matière de protection sociale, la Grande Chambre a récemment rappelé que « les méthodes de financement des régimes de retraite publics varient considérablement d'un État contractant à

²⁴²⁹ Cour EDH (GC), 11 décembre 2018, *Lekic c. Slovénie*, *op. cit.*, § 126 : « Son argument ne semble toutefois pas refléter exactement le contenu dudit arrêt (...). Dans cette affaire, la CJUE a conclu à la violation des principes de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux au motif que la mesure nationale en cause permettait de tenir les actionnaires d'une société anonyme de télévision pour responsables des amendes infligées à cette société, de manière à les faire veiller à ce que ladite société respectât la législation et les règles de déontologie helléniques, alors que les pouvoirs qui étaient reconnus à ces actionnaires par les règles applicables au fonctionnement des organes des sociétés anonymes ne leur en donnaient pas la possibilité matérielle (paragraphe 57 de l'arrêt). Or la loi sur les opérations financières des sociétés, telle que modifiée par la décision de la Cour constitutionnelle de 2002, disposait au contraire que seuls les associés ayant le pouvoir d'influer de manière active sur le fonctionnement de la société étaient responsables de ses dettes. Par ailleurs, la CJUE a également considéré que l'effet dissuasif de la mesure incriminée dans ladite affaire était plus important pour les investisseurs d'autres États membres que pour les investisseurs hellènes. Pareil argument n'a pas été avancé en l'espèce ».

²⁴³⁰ *Idem*, § 111.

²⁴³¹ *Idem*, § 100.

²⁴³² S'agissant du droit comparé des États membres du Conseil de l'Europe, on notera en effet que la Cour relève que « [i]ant les parties que l'Institut maltais de gestion ont fourni des informations sur la manière dont la question de la responsabilité des associés de sociétés à responsabilité limitée pour les dettes de leurs sociétés est réglemantée dans les cinq anciennes républiques de l'ex-RFSY autres que la Slovénie (la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, le Monténégro et la Serbie), en Allemagne, en Autriche, en Estonie, en Italie, à Malte, aux Pays-Bas, en Pologne, en République tchèque, en Roumanie, en Russie et en Suède » (*idem*, § 56 ; références omises ; nous soulignons).

²⁴³³ Voy. Par exemple sur les critères de calcul de la valeur de l'indemnité pour l'expropriation de biens culturels, Cour EDH, 31 juillet 2007, *Kozacioglu c. Turquie*, *op. cit.*, § 41.

l'autre, de même que varie l'importance accordée au principe de la solidarité entre les cotisants et les bénéficiaires au sein de ces régimes », ce qui justifie l'exercice d'un contrôle restreint²⁴³⁴. En matière économique comme dans d'autres, la marge d'appréciation semble permettre la préservation des spécificités culturelles des États²⁴³⁵.

998. Malgré une absence de clarté souvent constatée dans son utilisation²⁴³⁶, il est clair que le consensus porte une fonction de « recentrage des interventions de la Cour » sur les questions qui « revêt[raient] une importance commune aux États parties »²⁴³⁷. En ce sens, il n'apparaît pas que le consensus opère une fonction spéciale ou selon des modalités particulières en matière économique. Il constitue, en ce sens, un critère de variation de la marge d'appréciation, généralement pas toujours dans le sens de son accroissement.

b. La préservation du pluralisme politique au niveau national

999. La nécessité pour le juge de tenir compte du consensus ne se manifeste pas seulement de manière « externe », mais inclut également le consensus interne à l'État défendeur, notamment dans son acception négative.

1000. La préservation de la possibilité de choix démocratiques parmi des divergences en matière d'opinions en matière économique constitue tout d'abord un motif de légitimité d'une ample marge d'appréciation. Dans l'affaire *James et autres*, la Cour, à la suite de la Commission²⁴³⁸, avait noté que la notion « d'utilité publique » est « ample par nature » dans la

²⁴³⁴ Cour EDH (GC), 5 septembre 2017, *Fabian c. Hongrie*, *op. cit.* § 72 : la Cour poursuit en rappelant que « [c]es questions faisant entrer en jeu les politiques économiques et sociales, elles relèvent en principe de l'ample marge d'appréciation accordée aux États dans ce domaine ».

²⁴³⁵ P. MAHONEY, « Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?, The doctrine of the margin of appreciation under the European Convention on Human Rights: its legitimacy in theory and application in practice », *Human Rights Law Journal*, 1998, vol. 11, pp. 57 et s.

²⁴³⁶ G. GONZALEZ parle d'« aléas » de l'interprétation consensuelle ; pp. 117-140 « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Anthemis-Nemesis, Bruxelles, 412 p., pp. 117-140.

²⁴³⁷ J. CALLEWAERT, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Protecting Human Rights : The European Perspective. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL*, *op. cit.*, pp. 146-166, spéc. p. 166.

²⁴³⁸ Com. EDH (plén.) (déc.), 28 janvier 1983, *James et autres c. Royaume-Uni*, n° 8793/79, D. R. 30, p. 61, p. 89 : « [o]r, la présente affaire ne concerne pas des mesures prises par l'administration de l'État mais par le législateur qui, sur une question pouvant raisonnablement susciter des opinions fort divergentes, a décidé démocratiquement au sein du Parlement et conformément aux voies constitutionnelles. En pareil cas, la marge d'appréciation est très large. Ce que les requérants demandent en réalité à la Commission, c'est de substituer son propre point de vue à celui de la majorité des parlementaires, qui ont voté une loi sur une question nationale et générale au sein d'un parlement souverain ».

mesure où « l'examen de questions politiques, économiques et sociales sur lesquelles de profondes divergences d'opinions peuvent raisonnablement régner dans un État démocratique »²⁴³⁹. La formule a cependant évolué récemment. La Cour estime ainsi que « lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national »²⁴⁴⁰. Ainsi, par exemple, « la décision d'adopter des lois régissant le fonctionnement du marché commercial et la gestion des biens des sociétés, dans le but de renforcer la sécurité juridique sur l'ensemble de ce marché, implique d'ordinaire l'examen de questions politiques, économiques et sociales » sur lesquelles peuvent exister de telles divergences²⁴⁴¹, de la même manière qu'inversement, « [l]a décision d'adopter une loi de nationalisation implique souvent l'examen de diverses questions sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement régner dans une société démocratique »²⁴⁴².

1001. Ici encore, c'est bien la nature politique des choix économiques affectant les droits garantis qui justifie cette attention particulière. D'une part en effet, ce recul de la marge d'appréciation en matière économique concerne aussi bien l'article 1P¹²⁴⁴³, l'article 11²⁴⁴⁴, l'article 8²⁴⁴⁵ et même l'article 2 du Protocole n° 4²⁴⁴⁶. C'est également la nature politique du choix qui est en cause, puisque la nécessité de préserver le pluralisme au niveau national est également rappelée dans le cadre d'autres domaines que la matière économique²⁴⁴⁷ ou qui intéressent la matière économique et une autre question²⁴⁴⁸. Enfin, la nécessité particulière de préserver le pluralisme en matière économique en raison de la nature politique de ces questions a également conduit la Cour à réduire la marge d'appréciation lorsque de telles questions

²⁴³⁹ Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 46.

²⁴⁴⁰ Cour EDH (GC), 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, n° 43944/09, CEDH 2017, § 137.

²⁴⁴¹ Cour EDH (GC), 14 février 2017, *Lekić c. Slovénie*, *op. cit.*, § 110.

²⁴⁴² Cour EDH (plén.), 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 122.

²⁴⁴³ Cour EDH (plén.), *James et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.* ; Cour EDH, (GC), 25 octobre 2012, *Vistins et Perep Jolkins c. Lettonie*, *op. cit.*, § 98.

²⁴⁴⁴ Cour EDH, 8 avril 2014, *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 99.

²⁴⁴⁵ Dans le cadre de l'État providence, voy. par exemple au sujet de la mise en place d'un mécanisme de compensation pour les « charges particulières » liée au handicap un enfant Cour EDH (GC), 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, *op. cit.*, § 117 ; au sujet de la conciliation entre activités économiques et environnement ; Cour EDH (GC), 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 97.

²⁴⁴⁶ Cour EDH (GC), 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, n° 43494/09, CEDH 2017, § 137.

²⁴⁴⁷ C'est ainsi souvent le cas au sujet du droit de manifester ses convictions religieuses ; voy. par exemple Cour EDH (GC), 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, CEDH 2014, n° 43835/11, § 129.

²⁴⁴⁸ Voy. par exemple Cour EDH, 9 juillet 2013, *Sindical « Pastoral Cel Bun » c. Roumanie*, *op. cit.*, § 138 : l'arrêt concernait le refus d'enregistrement d'un syndicat au sein de l'Église orthodoxe de Roumanie ; la Cour fait appel au pluralisme au sujet de l'autonomie des organisations religieuses, au prisme de laquelle devait être analysée la licéité de l'interdiction de constitution d'un syndicat de ses salariés.

n'étaient pas en jeu²⁴⁴⁹. À l'inverse, pour certains auteurs, la marge d'appréciation importante semblerait refléter que le processus démocratique y joue un rôle peu important²⁴⁵⁰.

1002. Parce qu'elles sont politiques, les questions de nature économique doivent avant tout être décidées par les autorités nationales, surtout si elles sont des autorités élues, plutôt que par le juge de la Convention. On retrouve aussi une préoccupation liée à la fonction juridictionnelle comme la volonté de ne pas figer un ordre conventionnel économique provenu de choix qui lui sont extérieurs. Cette préoccupation est consubstantielle à l'appréhension de l'ordre économique par le biais des libertés et droits fondamentaux. Comme le notait le juge Harlan sous l'arrêt *Lochner* de la Cour Suprême, il devrait en effet importer peu au juge que « *whether any particular view of this economic question present the sounder theory* » et qu'il suffit « *for the Court to know, that the question is one about which there is room for debate and for an honest difference of opinion* »²⁴⁵¹. Ce point de vue illustre tant l'absence de légitimité du juge à s'ériger en décideur économique, peu importe la structure particulière de l'ordre juridique considéré, que la volonté d'empêcher que les droits de l'homme surdéterminent un ordre économique donné. En ce sens, la jurisprudence conventionnelle emprunte aux expériences constitutionnelles qui l'ont précédée et qui visent à contenir l'avènement d'une constitution économique. En ce sens, la Cour entend faire sienne l'idée qu'une solution inverse « engage[rait] le caractère démocratique de l'État en soustrayant le choix économique à la société et à sa représentation »²⁴⁵².

1003. Si la nature internationale de la Cour constitue un facteur qui explique cette marge d'appréciation en matière économique, sa nature de juridiction tout court l'explique également en partie.

²⁴⁴⁹ Cour EDH, 22 février 2007, *Society of Locomotive Engineers and Fireman (ASLEF) c. Royaume-Uni*, n° 11002/05, § 47 : « Enfin, lorsqu'il recherche un juste équilibre entre les intérêts concurrents, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer les dispositions à prendre afin d'assurer le respect de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres arrêts, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], no 36022/97, § 98, CEDH 2003-VIII). Toutefois, étant donné qu'il ne s'agit pas en l'espèce de questions de politique générale, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, et pour lesquelles il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (voir, par exemple, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 46, série A no 98, où la Cour avait estimé normal que le législateur « dispos[ât] d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale »), la marge d'appréciation est ici limitée »

²⁴⁵⁰ S. MARKS, « The European Convention on Human Rights and its 'Democratic Society' », *British Yearbook of International Law*, 1995, vol. 66, p. 220 : Ainsi, la marge octroyée dans l'affaire *Markt Intern* dans le cadre compétition déloyale ou publicité professionnelle indiquerait que le processus démocratique joue un rôle peu important dans ce domaine.

²⁴⁵¹ Opinion concurrente du Justice Harlan, à laquelle se sont ralliés les juges *White* et *Day*, P. 198, U.S. 72 (nous soulignons).

²⁴⁵² M.-L. DUSSART, *Constitution et économie*, op. cit., p. 293.

B. La réalité problématique de l'office d'un *juge* international

1004. Certains auteurs, comme la Cour, insistent sur la spécificité du mécanisme européen comme justification de la marge d'appréciation²⁴⁵³. Pourtant, les phénomènes perçus dans la jurisprudence de la Cour sont similaires à la fois avec ceux que l'on peut retrouver dans la jurisprudence de juridictions constitutionnelles (1) comme celles internationales (2) ou même ordinaires (3).

1. La similarité avec l'office d'un juge constitutionnel

1005. La problématique de l'équilibre des pouvoirs n'est pas propre à l'exercice de son pouvoir par la Cour, et on retrouve l'existence d'un contrôle plus restreint dans la jurisprudence de nombreuses juridictions constitutionnelles lorsqu'elles statuent en matière de protection des droits fondamentaux.

1006. En France, par exemple, la problématique liée à l'équilibre des pouvoirs a conduit le Conseil constitutionnel à affirmer, au moins comme principe²⁴⁵⁴, qu'il ne disposait pas « d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement »²⁴⁵⁵. Ce retrait n'est pas davantage cantonné au domaine économique que la « marge d'appréciation » européenne, mais concerne en général les choix politiques du législateur²⁴⁵⁶. Il produit par ailleurs des effets analogues à celle-ci puisque le contenu des objectifs comme les moyens font

²⁴⁵³ Voy. par exemple F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 217 et s.

²⁴⁵⁴ Un certain nombre d'auteurs soulignent en effet le décalage entre l'affirmation de ce pouvoir d'appréciation différent et la réalité du contrôle effectué, notamment pour critiquer l'inspiration « libérale » des décisions du Conseil ; voy. par exemple V. CHAMPEIL-DESPLATS, « De quelques usages récents de la liberté d'entreprendre. À propos des décisions n° 2018-76 DC du 21 mars 2018 et n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018 », *Revue du droit du travail*, 2018, n° 10, pp. 666-670 ; contra D. de BÉCHILLON, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015 ; n° 4, pp. 5-14, qui salue « la fermeté du juge » qui lui permet d'affirmer « qu'au plan des principes, nous ne sommes pas vraiment en Union soviétique ».

²⁴⁵⁵ On retrouve également une préoccupation identique à celle de la Cour EDH lorsque le Conseil rappelle qu'« il ne lui appartient pas, dès lors, de substituer sa propre appréciation à celle du législateur » ; voy. Cons. const., 25 juillet 1984, n° 84-176 DC, *Loi modifiant la loi du 19 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle*, cons. 10, cité par J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 366.

²⁴⁵⁶ La première apparition de la formule remonte d'ailleurs à la célèbre décisions « IVG » ; Cons. const., 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, cons. 1.

en principe l'objet d'un contrôle restreint²⁴⁵⁷. Dans les systèmes juridiques plus intégrés que sont les États, la prégnance de l'interrogation relative à l'équilibre des pouvoirs est d'autant plus perceptible que les débats relatifs au contrôle juridictionnel en matière économique débordent largement le débat juridique. Ainsi, on sait que la Cour Suprême des États-Unis a fini par abandonner le contrôle de forte intensité assumé dans l'arrêt *Locher*. Dans l'arrêt *Nebbia*, la Cour Suprême a d'abord rappelé que « *a State is free to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare, and to enforce that policy by legislation adapted to its purpose* », puis que « *the courts are without authority either to declare such policy, or, when it is declared by the legislature, to override it* »²⁴⁵⁸. Elle a déduit une présomption de constitutionnalité des lois adoptées en matière économique²⁴⁵⁹. L'état du droit semble depuis fixé, et l'intensité du contrôle ramenée à un simple test de « rationalité »²⁴⁶⁰

1007. Néanmoins, la critique tenant à l'équilibre des pouvoirs et au rôle du juge ne s'est pas limitée aux opinions dissidentes du juge *Holmes*, ni à la doctrine spécialisée. V. Nourse a montré comment le débat constitutionnel sur ce point s'était également développé dans le cadre du discours politique de Theodore Roosevelt, et que le « récit » sur le contrôle juridictionnel et sa place au sein du système politique importe au moins autant que le raisonnement juridique *stricto sensu* qui a été mené²⁴⁶¹. D'ailleurs, la question a récemment ressurgi du fait de l'imbrication plus forte, ou plus visible, entre pouvoir politique et pouvoir juridique puisque certains juges, candidats plus ou moins déclarés à la Cour Suprême, militent à cette fin pour la fin de l'ère *Lochner*, comme certains universitaires ont pu écrire des ouvrages destinés au grand public dénonçant le contrôle réduit²⁴⁶². Par conséquent, des intérêts politiques particuliers, l'état du débat politique ou du rapport de pouvoir sont tout autant susceptibles d'influencer la position de toute juridiction. En ce sens, et même si l'ordre conventionnel n'est pas politiquement intégré comme un cadre étatique, les menaces de la part de certains États, les pressions plus ou

²⁴⁵⁷ J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., pp. 360-362 ; D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 311.

²⁴⁵⁸ Cour Suprême, 4 mars 1934, *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934), p. 291, § 12.

²⁴⁵⁹ Voy. *idem*, § 12 : « *The legislature is primarily the judge of the necessity of such an enactment; every possible presumption is in favor of its validity* ».

²⁴⁶⁰ Voy. par exemple Cour Suprême, 14 juin 1981, *Hodel v. Indiana*, 452 U.S. 314 (1981), p. 452 U.S. 331 : « *Social and economic legislation like the Surface Mining Act that does not employ suspect classifications or impinge on fundamental rights must be upheld against equal protection attack when the legislative means are rationally related to a legitimate governmental purpose* ».

²⁴⁶¹ V. F. NOURSE, « A Tale of Two *Lochners*; The Untold History of Substantive Due Process and the Idea of Fundamental Rights », *California Law Review*, 2009, vol. 97, n° 3, pp. 751-p. 800.

²⁴⁶² Voy. B. R. MAGNER, « *Lochner* ; Why Courts Should Reject Coming Attempts to Revive Economic Due Process », *Kentucky Law Journal*, 2017, vol. 106, pp. 463-509, spéc. pp. 477-489.

moins explicites et les modifications apportées à la Convention – avec l’adoption du Protocole n° 15 notamment – peuvent jouer un rôle, *mutatis mutandis*, sur l’équilibre des pouvoirs.

1008. En d’autres termes, même en supprimant la variable du caractère international²⁴⁶³ ainsi que les spécificités européennes, la difficulté ressentie par le juge avec les questions économiques tient à la nature politique des actes et décisions dont il est saisi. La nature politique ne saurait à elle seule suffire à exclure la capacité du droit à se saisir de la question, tout comme la nature politique d’une décision juridique ne suffit pas à retirer à celle-ci son caractère juridique. Mais la simultanéité des deux phénomènes, à l’intérieur du processus comme dans le cadre des rapports du juge avec son environnement institutionnel, contribuent à moduler le contrôle juridictionnel exercé.

1009. En ce sens l’équilibre des pouvoirs est similaire à l’office de tout juge international, qu’il soit ou non « spécialisé » en matière de droits de l’homme.

2. La similarité avec l’office du juge international

1010. De la même manière, on retrouve cette problématique devant la plupart des autres juridictions internationales, même quand elles s’inscrivent dans un système juridique qui a pour objet la protection de droits ou libertés économiques. C’est naturellement le cas dans l’ordre juridiction de l’Union, dont la structure est pourtant davantage intégrée que dans le cadre conventionnel. On retrouve dans la jurisprudence communautaire les arguments tirés du défaut de compétence technique comme de légitimité – que l’on pourrait assimiler à une compétence politique –. La Cour a ainsi reconnu, au profit du « législateur » européen qu’il convient de :

« reconnaître au législateur communautaire un large pouvoir d'appréciation dans un domaine tel que [ceux-là], qui implique[nt] de sa part des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lequel il est appelé à effectuer des appréciations complexes » et que, « par conséquent, seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure »²⁴⁶⁴.

²⁴⁶³ Même si l’organisation fédérale présente à cet égard des analogies certaines avec la société internationale sur ce point lorsque la cour contrôle l’action des États fédérés.

²⁴⁶⁴ CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) Ltd*, C-491/01, § 123 (nous soulignons).

1011. Ces restrictions, valables tant que la politique économique de l'État ne contrevient pas aux principes et règles économiques de l'Union²⁴⁶⁵, comme aux domaines dans lesquelles les choix ont été harmonisés, illustre bien que la nature de juridiction internationale induit en partie les limites du contrôle, même lorsque la variable de l'objet spécifique de la Convention, les droits de l'homme, est retirée et remplacée par une vocation économique.

1012. Cette similarité est particulièrement éclatante dans le cadre des juridictions internationales à vocation économique. L'absence de légitimité du contrôle effectué par le juge se traduit alors généralement par le recours à une nécessaire « déférence », la différence terminologique avec la marge d'appréciation ne suffisant pas à les rendre différentes par nature. Par ailleurs, la coïncidence entre la nature économique des politiques menées et l'objet économique des dispositions que le juge a la charge d'appliquer ne suffit généralement pas davantage à évacuer toute déférence. Le tribunal d'investissement dans l'affaire *SD Myers* a par exemple jugé qu'un « *tribunal does not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making* »²⁴⁶⁶. D'autres se sont même explicitement inspirés du cadre développé par la Cour de Strasbourg, et la vocation économique des traités relatifs à l'investissement n'empêche pas que les politiques de nature économique justifient une marge d'appréciation certaine²⁴⁶⁷. Seule la Cour interaméricaine semble faire figure de contre-exemple en la matière, en n'ayant pas développé de doctrine structurelle qui ressemblerait à la « marge d'appréciation »²⁴⁶⁸.

²⁴⁶⁵ Dans ce cas, la Cour rétablit un contrôle intense ; voy. CJCE, 4 octobre 2004, *Omega*, C-36/02, § 30 : « En outre, la notion d' « ordre public » dans le contexte communautaire et, notamment, *en tant que justification d'une dérogation à la liberté fondamentale de prestation des services doit être entendue strictement*, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté » (nous soulignons).

²⁴⁶⁶ TA CNUDCI, 13 novembre 2000, *S.D. Myers Inc. c. Canada*, § 261 ; il a conforté cette affirmation en rappelant que « *Governments have to make many potentially controversial choices. In doing so, they may appear to have made mistakes, to have misjudged the facts, proceeded on the basis of a misguided economic or sociological theory, placed too much emphasis on some social values over others and adopted solutions that are ultimately ineffective or counterproductive. The ordinary remedy, if there were one, for errors in modern governments is through internal political and legal processes, including elections* ».

²⁴⁶⁷ TA CIRDI, 5 septembre 2008, *Continental Casualty Company c. Argentine*, n° ARB/03/9, § 181 : « *Moreover, in the Tribunal's view, this objective assessment must contain a significant margin of appreciation for the State applying the particular measure: a time of grave crisis is not the time for nice judgments, particularly when examined by others with the disadvantage of hindsight* ». Le tribunal se réfère explicitement à l'arrêt *Jahn et autres c. Allemagne* en note de bas de page (n° 270), et ajoute même que « *[a] certain deference to such a discretion when the application of general standards in a specific factual situation is at issue, such as reasonable, necessary, fair and equitable, may well be by now a general feature of international law also in respect of the protection of foreign investors under BITs* » (références omises).

²⁴⁶⁸ L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'homme*, op. cit., p. 711.

1013. D'ailleurs, d'autres motifs, plus matériels, figurent parfois explicitement dans la jurisprudence de la Cour, et traduisent également les difficultés fonctionnelles auxquelles elle peut être confrontée comme juridiction internationale, comme l'impossibilité de se « rendre sur tous les sites » pertinents²⁴⁶⁹, ou la faiblesse de sa connaissance des données économiques et financières pertinentes²⁴⁷⁰.

3. La similarité avec l'office d'un juge ordinaire

1014. Finalement, cette problématique à laquelle fait face la Cour européenne semble commune aux difficultés rencontrées par tous les types de juridictions. L'extension du contrôle opéré sur le fondement des libertés fait resurgir le débat entre le contrôle de la légalité et le contrôle de l'opportunité, plus généralement évoqué comme l'activisme ou l'auto-limitation ou à la différence entre droit et politique au sein du monde anglo-saxon. Ainsi, le développement de la théorie du bilan en droit de l'expropriation en France a fait resurgir la dénonciation du contrôle d'opportunité²⁴⁷¹ qui avait « alimenté le fantasme du gouvernement des juges »²⁴⁷², l'histoire générale du contrôle administratif semblant marquée par la question de la substitution du juge à l'autorité administrative à qui incombe en premier lieu la décision. De la même manière, les juges de *common law*, et notamment ceux du Royaume-Uni, opèrent un retrait similaire au motif, *mutatis mutandis*, de l'équilibre des pouvoirs avec les autres branches du gouvernement, dans des termes d'ailleurs très proches de ceux employés par le juge français²⁴⁷³.

²⁴⁶⁹ Au sujet de l'aménagement foncier : Cour EDH (GC), 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 92 : « La Cour n'est pas à même de contester l'avis rendu par les autorités nationales dans une affaire donnée selon lequel l'usage particulier d'un terrain suscite des objections légitimes en matière d'aménagement. Elle ne peut se rendre sur tous les sites pour apprécier l'impact d'un certain projet sur une région donnée quant à la beauté des lieux, la circulation routière, l'adduction d'eau et le système d'égouts, les installations scolaires, les services médicaux, la situation de l'emploi, etc. ».

²⁴⁷⁰ Voy. ainsi Cour EDH, 20 mai 2014, *McDonald c. Royaume-Uni*, n° 4241/12 § 54 : « in view of their familiarity with the demands made on the health care system as well as with the funds available to meet those demands, *the national authorities are in a better position to carry out this assessment than an international court* » (nous soulignons).

²⁴⁷¹ Aux termes de la jurisprudence la plus récente, le juge administratif, saisi d'un recours contre une déclaration d'utilité publique, contrôle depuis l'arrêt, *Ville Nouvelle Est* (CE, ass., 28 mai 1971, n° 78825, Lebon p. 561) « l'existence d'un intérêt public, ainsi que les atteintes portées à la propriété privée, à d'autres intérêts privés, les inconvénients aux autres intérêts privés, dont le droit de propriété, ou publics » (CE, 15 avril 2016, *FNAUT*).

²⁴⁷² R. HOSTIOU, « Nature et portée du contrôle exercé par le juge administratif sur la légalité des décisions administratives complexes : le contentieux de la déclaration d'utilité publique en droit français », *Les Petites Affiches*, 2001, n° 127, pp. 8-14 ; l'auteur conclut que ce type de contrôle « témoigne en particulier du caractère infiniment délicat des relations entre les autorités étatiques et la juridiction administrative *chaque fois que, sous le couvert de la légalité, ce sont des politiques publiques, des options stratégiques qui sont susceptibles d'être remises en cause au plan contentieux* » (nous soulignons).

²⁴⁷³ J. Rivers note ainsi que dans l'ordre juridique du Royaume-Uni, « *the domestic equivalent addresses the relationship of the judiciary to other branches of government, requiring regard to be held at some point to their assessment of proportionality* » et qu'ils recourent aux expressions « *margin of discretion, discretionary area of*

1015. Ces quelques éléments de comparaison permettent, non pas d'ignorer certaines des spécificités de la Cour comme organe juridictionnel, ou celles relatives aux normes qu'elle doit interpréter ou appliquer, mais de souligner que beaucoup des questions se rapportent en réalité à la place pouvoir juridictionnel. Malgré l'irruption des théories réalistes du droit et de l'interprétation, celles-ci peinent à s'affranchir d'un débat souvent borné par l'activisme et l'auto-limitation ainsi que la différence entre droit et politique. En d'autres termes, puisqu'il existerait un sens intrinsèque de la norme par rapport auquel les décisions des juges pourraient être classées selon qu'elles sont alignées sur ce sens ou qu'elles s'en écartent, dans un sens comme dans l'autre²⁴⁷⁴. Ce sens devrait à son tour ainsi déterminer l'intensité du contrôle, puisque celle-ci résulterait du sens de la norme. Sans pouvoir utilement contribuer à ce débat, l'analyse de la jurisprudence de la Cour comme la similitude avec d'autres juridictions permet de constater que l'intensité du contrôle exercé dépend aussi en grande partie sinon avant tout de la perception par les juges de leur capacité et leur légitimité au sujet d'un domaine donné à un moment donné. Or, force est de constater que les juges, quels qu'ils soient, s'estiment rarement compétents pour déterminer la politique sociale et économique qui doit être menée, à moins que les normes qu'ils doivent appliquer la déterminent eux-mêmes et qu'elle y contrevienne directement. Si la marge d'appréciation ne ménage pas un « domaine réservé » aux États²⁴⁷⁵, elle traduit en tout état de cause, en matière économique, l'extranéité perçue des questions économiques par rapport au cœur des obligations conventionnelles et par rapport à la fonction juridictionnelle de la Cour.

1016. Loin de n'être qu'un discours, la marge d'appréciation s'accompagne d'un affaiblissement réel du contrôle de proportionnalité en matière économique.

judgment » ou « *judicial deference* »; J. RIVERS, « Proportionality and Variable Intensity of Review », *Cambridge Journal of Law*, 2006, vol. 65, n° 1, pp. 174-207, p. 175.

²⁴⁷⁴ C'est par exemple sur ce type de postulat que B Delzangles a mené sa thèse ; B DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

²⁴⁷⁵ D. SPIELMANN, « Allowing the Right Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review ? », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, vol. 14, pp. 381-418, spec. p. 417 ; dans le même sens, L. Wildhaber, The « Margin of Appreciation » in National Law and the Law of the Strasbourg Institutions, discours prononcé le 1er juin 2000, à l'occasion de la Conférence des présidents des Cours suprêmes et des procureurs généraux des États membres de l'Union européenne : « *the margin of appreciation is sometimes misunderstood as being a discretion available to States to resort to measures that would otherwise constitute infringements or violations of the guaranteed rights and freedoms. That is not so. It is a simply a recognition that the Convention does not impose uniform solutions and that, in some domains and to some degrees, countries may behave differently, regulate differently the enjoyment of a Convention right, apply different restrictions, without violating the Convention* ».

SECTION 2 : L'AFFAIBLISSEMENT DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ

1017. Le degré de liberté dont dispose l'État dépend des hypothèses et de la manière dont la Cour exerce le contrôle de proportionnalité. En dépit de la multitude des formules employées par la Cour²⁴⁷⁶, la proportionnalité implique en principe, dans le cadre conventionnel, l'examen d'un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »²⁴⁷⁷, ou encore l'adoption de mesures « raisonnables et appropriées pour assurer le respect effectif »²⁴⁷⁸ des droits dans les rapports entre personnes privées. Cette adéquation entre le moyen et l'objectif visé traduit « la nécessité dans une société démocratique » au sens des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la Convention, mais aussi par exemple à la seconde phrase de l'article 1P1²⁴⁷⁹, mais aussi à la première ou au second alinéa. Pour certains, d'ailleurs nombreux parmi la doctrine continentale, elle introduit un élément de subjectivité dans l'office du juge en le conduisant à décider sur le fondement de valeurs subjectives personnelles²⁴⁸⁰. Pour d'autres, elle constitue au contraire un vecteur de technicisation, et donc de rationalisation ou de « dépolitisation »²⁴⁸¹ de la décision juridictionnelle au moyen d'un empirisme qui fait défaut dans l'approche syllogistique²⁴⁸².

1018. Le caractère périphérique associé aux questions économiques dans l'ordre conventionnel que reflètent la protection moindre et la marge d'appréciation accrue est supposé se traduire dans le contrôle européen de la proportionnalité. Or, le contrôle européen en la matière apparaît ambivalent. Malgré l'extension considérable de son champ d'application (§1), son intensité, variable mais généralement faible, confirme le rejet de la matière économique hors du centre de l'ordre conventionnel (§2).

²⁴⁷⁶ Voy. sur ce point l'étude particulièrement exhaustive de l'ensemble de ces assimilations par P. MUZNY, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 143 et s.

²⁴⁷⁷ Cour EDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, op. cit., § 38.

²⁴⁷⁸ Cour EDH, 11 janvier 2006, *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, op. cit., § 57.

²⁴⁷⁹ Cour EDH, 23 novembre 2000, *Ex-Roi de Grèce c. Grèce*, op. cit., § 89 ; plus récemment, Cour EDH, 20 juillet 2017, *Poulimenos et autres c. Grèce*, n° 41230/12, § 44.

²⁴⁸⁰ Voy. la critique relativement virulente de certains auteurs français lorsque la Cour de cassation a effectué explicitement un contrôle de proportionnalité pour la première fois.

²⁴⁸¹ E. DUBOUT, « Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise », in L. CLEMENT-WILZ, *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, 472 p., spéc. p. 169.

²⁴⁸² Voy. dans le même sens M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne-LGDJ, 2014, XV-546 p., pp. 129 puis 137-168.

§1. L'extension du domaine d'application du contrôle de proportionnalité

1019. La proportionnalité est un instrument dont les effets sur l'équilibre entre les droits individuels et les prérogatives étatiques sont en soi neutres, ou pas prévisibles par déduction. De fait, sa généralisation en matière de droit au respect des biens est particulièrement ambivalente, notamment si on l'examine du point de vue de la question de l'indemnisation des propriétaires en cas d'atteintes à leurs biens (A). En revanche, lorsque l'application de la proportionnalité est étendue à des « clauses de réserve », elle assure un contrôle et un encadrement européens de toute prérogative étatique en matière économique (B).

A. Les effets ambivalents dans le cadre du droit au respect des biens

1020. En ramenant le contrôle de tout type d'ingérence à un contrôle de proportionnalité, la Cour relativise le droit à l'indemnisation en matière de privation de propriété, éloignant le droit au respect des biens d'une conception libérale et accroissant le pouvoir étatique en matière économique (2). Elle introduit au contraire parfois une obligation d'indemnisation en l'absence de toute privation de propriété, ce qui tend à accroître cette fois les intérêts individuels et à renforcer le contrôle européen de l'action économique de l'État (1).

1. L'introduction d'un droit possible à l'indemnisation en cas de réglementation de l'usage des biens

1021. Le droit à indemnisation en cas d'expropriation est un indicateur particulièrement pertinent tant du degré de contrôle exercé par une juridiction statuant en matière de droits fondamentaux que d'une éventuelle orientation économique en la matière. Cela est d'autant plus le cas que l'article 1P1, contrairement à la plupart des dispositions nationales²⁴⁸³ ou internationales pertinentes²⁴⁸⁴, ne contient aucune exigence relativement au paiement d'une indemnisation. La protection du droit de propriété comme droit de l'homme n'a pas été

²⁴⁸³ Voy. en France l'article 17 de la DDHC, lequel qualifie la propriété de « droit inviolable et sacré », la privation devant s'effectuer « sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; voy. cependant, dans un cadre contemporain de l'adoption de la Convention, la Constitution italienne de 1947, fruit d'un compromis entre chrétiens-démocrates et socialistes et communistes matière de politique économique et de régime de la propriété. En effet, l'article 42 dispose que « *la proprietà è pubblica or privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o privati* » et que « *la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale* » (nous soulignons). L'indemnité n'est cependant pas qualifiée.

²⁴⁸⁴ L'article 21 de la Convention IADH impose par exemple une obligation d'indemnisation, tandis le standard de l'indemnisation fait également partie du droit international général.

nécessairement – ou uniquement – pensée comme permettant l'avènement du système économique capitaliste contemporain. Au contraire, elle a historiquement aussi pu être pensée comme une condition de déploiement de l'individu, voire même une preuve de sa capacité à participer au processus démocratique²⁴⁸⁵. Dans le cadre conventionnel, les hésitations comme la volonté de protéger la propriété ont souligné que si la propriété conditionne le système économique tel qu'on le connaît aujourd'hui, sa protection est également nécessaire afin de préserver le système démocratique du totalitarisme et de la privation de propriété comme arme politique. Dans ce cadre, l'indemnisation ne paraissait pas tant nécessaire que l'interdiction de la privation arbitraire.

1022. Néanmoins, derrière cette dualité indépassable, le traitement de la question de l'indemnisation traduit nécessairement une conception d'économie politique sous-jacente. Comme le note T. Allen, si la propriété privée est reconnue, l'indemnisation sera envisagée différemment selon une approche libérale ou une approche qu'il qualifie de « sociale-démocrate ». Dans une approche libérale, la compensation pour la privation traduit la nécessité de corriger une atteinte – « *injury* » –, et ne se perçoit pas comme un outil de justice sociale. À l'inverse, dans la seconde perspective, il note que la compensation elle-même devient un instrument de « justice distributive »²⁴⁸⁶. En d'autres termes, la compensation devient le *medium* par lequel un transfert jugé plus juste est effectué entre plusieurs individus, ou plusieurs catégories d'individus. Or, de l'approche dépend *in fine* le standard de compensation. Si la compensation ne vise qu'à la correction d'une « *injury* » infligée à l'opérateur économique, elle devra refléter la valeur économique du bien. Si, au contraire, elle traduit un mécanisme de justice redistributive, elle sera susceptible d'être modulée selon la charge que l'opérateur doit assumer dans l'opération de justice sociale²⁴⁸⁷.

1023. Or, la jurisprudence de la Cour montre que la généralisation de la proportionnalité traduit un balancement et une acclimatation aux deux types de perception.

²⁴⁸⁵ T. R.G. VAN BANNING, *The Human Right to Property, Intersentia, Antwerpen-Oxford- New-York*, XVI-445 p., pp. 181-184.

²⁴⁸⁶ T. ALLEN, « Liberalism, Social Democracy and the Value of Property under the European Convention on Human Rights », *I.C.L.Q.*, 2010, vol. 59, pp. 1055-1078, spéc, p. 1059.

²⁴⁸⁷ L'article 14 de la Loi fondamentale allemande en est une parfaite illustration de ce type d'approche conciliatrice, puisque le paragraphe 3 dispose que l'expropriation ne « peut être opérée que par la loi ou en vertu d'une loi qui fixe le mode et la mesure de l'indemnisation », et que « *l'indemnité doit être déterminée en faisant équitablement la part des intérêts de la collectivité et deux des parties intéressées* » (nous soulignons).

1024. La généralisation de la proportionnalité a incontestablement fixé une limite substantielle à cette intention des rédacteurs²⁴⁸⁸, en même temps qu'elle a permis une extension du contrôle européen en la matière. La proportionnalité et la nécessité du juste équilibre prohibent en effet certainement une situation comme celle qui décrivait le Secrétaire général²⁴⁸⁹. En plus d'avoir jugé qu'elle pouvait exercer un contrôle sur l'exercice du « droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général »²⁴⁹⁰, la Cour a très tôt transformé les composantes de ce contrôle. Dans l'arrêt *Handyside*, la Cour l'avait en effet limité à la finalité et à la légalité interne de l'ingérence, et avait marqué la différence avec les droits issus des articles 8 à 11 qui disposent de clauses d'ordre public²⁴⁹¹. Dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*, la Cour a, au contraire, étendu l'exigence d'un « juste équilibre (...) entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu » à cette disposition en jugeant qu'il « était inhérent à l'ensemble de la Convention » et qu'il « se reflét[ait] aussi dans la structure de l'article 1 (P1-1) »²⁴⁹². Cette première « rupture »²⁴⁹³, opérée à travers l'extension du contrôle du juste équilibre, a par ailleurs été constante depuis l'arrêt *Sporrong* et le constat de violation dans l'arrêt *Chassagnou* ne permet plus de douter de son effectivité²⁴⁹⁴. Elle contraste d'ailleurs avec l'esprit dans lequel elle a été insérée au sein du texte conventionnel par ses rédacteurs. Le Secrétaire général avait assuré aux membres de l'Assemblée consultative que cette réserve revêtait un caractère absolu qui préservait le droit d'imposer ou d'infliger des amendes « même s'ils représentent la totalité des biens de la personne en question »²⁴⁹⁵.

²⁴⁸⁸ L'exclusion de tout contrôle européen paraissait illusoire, ou contradictoire, puisqu'une telle hypothèse équivalait à une privation de propriété ; il s'agissait donc vraisemblablement d'une légitimation en substance.

²⁴⁸⁹ Sur le fondement de l'atteinte à la substance du droit de propriété, la Cour a par exemple jugé que même des mesures d'austérité qui conduisaient à une suppression totale d'une pension rompaient le « juste équilibre » inhérent à l'article 1P1 ; Cour EDH (GC), 13 juin 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, *op. cit.*, § 123 ; on voit donc mal comment l'imposition à hauteur de la totalité des biens serait, en l'état du droit, conventionnelle. De même, dans une interprétation *a contrario*, la Cour a jugé que l'assujettissement de contribuables à l'impôt sur la fortune n'était pas contraire au droit au respect des biens en raison du plafonnement de l'impôt à 85% des revenus, malgré l'exclusion de certains autres impôts de ce plafonnement ; Cour EDH (déc.), 4 janvier 2008, *Imbert de Trémiolles c. France*, *op. cit.*

²⁴⁹⁰ Voy. *supra*, Chapitre 4.

²⁴⁹¹ Cour EDH (plén.), 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 62 : « [c]elui-ci, à la différence de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) de la Convention, érige les États contractants en seuls juges de la "nécessité" d'une ingérence. La Cour doit par conséquent se borner à contrôler la légalité et la finalité de la restriction dont il s'agit ».

²⁴⁹² Cour EDH (plén.), 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, *op. cit.*, § 69.

²⁴⁹³ F. TULKENS, « La réglementation de l'usage des biens dans l'intérêt général. La troisième norme de l'article 1^{er} du Premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 82.

²⁴⁹⁴ Cour EDH (GC), 20 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, *op. cit.*, § 85.

²⁴⁹⁵ Conseil de l'Europe, *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Volume VIII*, 226 p., p. 11 : Observations du secrétariat général sur le projet de protocole additionnel « la dernière phrase du texte de l'assemblée a été quelque peu développée de façon à préciser que cet article ne porte pas atteinte au droit des États de percevoir des impôts ou d'autres pénalités, telles que des amendes, même s'ils représentent la totalité des biens de la personne en question ».

1025. La généralisation de la proportionnalité a incontestablement fixé une limite substantielle à cette intention des rédacteurs²⁴⁹⁶, en même temps qu'elle a permis une extension du contrôle européen en la matière. La proportionnalité et la nécessité du juste équilibre prohibent en effet certainement une situation comme celle que décrivait le Secrétariat général²⁴⁹⁷. Le caractère *in concreto* de l'examen, conjugué à l'exigence d'effectivité des droits à laquelle s'astreint la Cour²⁴⁹⁸, influence également le contenu des garanties. La considération du juste équilibre conduit la Cour à apprécier la réalité des préjudices subis par les requérants en raison de l'usage du pouvoir de réglementation. Dès lors, non seulement une réglementation de l'usage des biens n'échappe plus au contrôle européen, mais elle peut impliquer l'octroi d'une indemnisation au propriétaire et rejoindre, en substance, le contrôle exercé au titre de la privation de propriété. Si cette exigence pouvait se déduire *a contrario* de certaines décisions²⁴⁹⁹, la Cour a *in fine* clairement affirmé que « lorsqu'une mesure de réglementation de l'usage des biens est en cause, l'absence d'indemnisation est l'un des facteurs à tenir en compte pour établir si un juste équilibre a été respecté, mais ne saurait, à elle seule, être constitutive d'une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 »²⁵⁰⁰. Ce faisant, elle a d'ailleurs rejeté les arguments des États relatifs aux entraves que cela susciterait dans la réglementation des biens²⁵⁰¹. Cette prise en considération

²⁴⁹⁶ L'exclusion de tout contrôle européen paraissait illusoire, ou contradictoire, puisqu'une telle hypothèse équivalait à une privation de propriété ; il s'agissait donc vraisemblablement d'une légitimation en substance.

²⁴⁹⁷ Sur le fondement de l'atteinte à la substance du droit de propriété, la Cour a par exemple jugé que même des mesures d'austérité qui conduisaient à une suppression totale d'une pension rompaient le « juste équilibre » inhérent à l'article 1P1 ; Cour EDH (GC), 13 juin 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, *op. cit.*, § 123 ; on voit donc mal comment l'imposition à hauteur de la totalité des biens serait, en l'état du droit, conventionnelle. De même, dans une interprétation *a contrario*, la Cour a jugé que l'assujettissement de contribuables à l'impôt sur la fortune n'était pas contraire au droit au respect des biens en raison du plafonnement de l'impôt à 85% des revenus, malgré l'exclusion de certains autres impôts de ce plafonnement ; Cour EDH (déc.), 4 janvier 2008, *Imbert de Trémiolles c. France*, *op. cit.*

²⁴⁹⁸ La Cour rappelle fréquemment au sujet de l'article 1P1 – comme d'autres dispositions – qu'elle doit « se livrer à un examen global des divers intérêts en jeu, en gardant à l'esprit que la Convention a pour but de sauvegarder des droits qui sont 'concrets et effectifs' » et « aller au-delà des apparences et rechercher la réalité de la situation litigieuse » ; voy. entre autres Cour EDH (GC), 19 juin 2009, *Hutten-Czapska c. Pologne*, *op. cit.*, § 168.

²⁴⁹⁹ Voy. par exemple, Cour EDH, 18 décembre 1984, *Sporrong et Lönnroth*, *op. cit.*, § 71 ; de manière encore plus indirecte, Cour EDH, 16 septembre 1996, *Mato et Silva, Lda et autres c. Portugal*, n° 15777/89, § 92 ; la Cour se contente de mentionner « la longue incertitude au sujet tant du sort des biens que de la question de l'indemnisation a encore aggravé les effets préjudiciables des mesures litigieuses », alors que la Commission avait pour sa part explicitement estimé que « l'impossibilité d'obtenir jusqu'ici un dédommagement » était un facteur de violation.

²⁵⁰⁰ Cour EDH (déc.), 24 janvier 2006, *Galtieri c. Italie*, n° 72864/01 ; Cour EDH, 21 février 2008, *Anonymos Touristiki Etaira Xenodocheia Kritisi c. Grèce*, n° 35332/05, § 45 : « le but légitime de protéger le patrimoine naturel ou culturel, aussi important soit-il, ne dispense pas l'État de son obligation d'indemniser les intéressés lorsque l'atteinte à leur droit de propriété est excessive » ; cette position a été confirmée en Grande Chambre dans l'affaire *Depalle* ; Cour EDH (GC), 29 mars 2010, *Depalle c. France*, *op. cit.*, § 91.

²⁵⁰¹ Dans l'affaire *Galtieri*, l'Italie soulignait ainsi qu'une exigence d'indemnisation serait « difficile à réconcilier avec le souci de réglementer d'une manière efficace la croissance des agglomérations urbaines » et qu'admettre que « toute diminution de la valeur de marché » d'un bien entraîne (...) limiterait de manière excessive la liberté dont doivent jouir les États dans ce secteur ».

ne fait pas d'une indemnisation une condition de licéité de toute réglementation, ce qui rend pour certains la jurisprudence de la Cour « pragmatique »²⁵⁰² mais constitue l'un des effets que peut produire le contrôle de proportionnalité en rendant concret le contrôle²⁵⁰³. La recherche d'un équilibre se traduit par exemple par la réticence de la Cour à sanctionner l'absence d'indemnisation lorsque le seul préjudice réellement subi est la baisse de la valeur de marché du bien grevé²⁵⁰⁴.

1026. La proportionnalité semble dans ce cadre pouvoir constituer une réduction de la liberté offerte à l'État en matière économique, un accroissement corrélatif des droits des requérants. L'irruption d'un droit à l'indemnisation dans certaines circonstances traduit alors la conventionnalisation d'un certain équilibre, l'État conservant ses prérogatives de régulation tout en devant en assumer, au moins en partie, le coût économique. Ce faisant, la proportionnalité paraît également révéler le degré de protection offert au droit au respect de ses biens, et favorise une conception relativement libérale de la propriété. Elle constitue une réduction de la liberté offerte à l'État en matière économique, un accroissement corrélatif des droits du requérants.

1027. Pourtant, la proportionnalité est également susceptible de produire l'effet inverse, à savoir une relativisation de la protection du droit de propriété, notamment face à la forme la plus grave d'ingérence – la privation de propriété.

2. La relativisation du droit à l'indemnisation en cas d'expropriation

1028. L'ambivalence de la généralisation de la norme de proportionnalité en matière économique est également particulièrement perceptible en matière de privation de propriété. La proportionnalité a ainsi permis d'affirmer le principe d'une indemnisation en cas de privation

²⁵⁰² S. PAVAGEAU, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, op. cit., p. 345.

²⁵⁰³ Si c'est principalement cet effet qui est perçu et critiqué dans les pays de tradition civiliste comme la France, cela n'implique en effet pas que le contrôle de proportionnalité soit par nature concret, et il peut tout à fait être abstrait. Généralement décrit comme du « *categorical balancing* », et c'est même en raison de cet effet supposé « vertueux » qu'il a connu un développement important dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis, par exemple ; A. BARAK, *Proportionality : Constitutional Rights and Their Limitations*, traduit de l'hébreu par D. KLAIR, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, xxvi-611 p., p. 546.

²⁵⁰⁴ Cour EDH, 26 avril 2011, *Antunes Rodrigues c. Portugal*, n° 18070/08, § 37 : « [l]a Cour estime que la baisse de la valeur de marché de l'immeuble en cause ne saurait suffire, en tant que telle et en l'absence d'autres éléments, à mettre en cause les décisions des juridictions nationales »

de propriété. Dans ce cas, l'extension de la logique proportionnelle souligne davantage une « perspective socialisée des droits »²⁵⁰⁵.

1029. Si la Cour avait laissé entendre dès l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* que ce principe irriguait « l'ensemble de la Convention » et se « réflét[ait] aussi dans structure de l'article 1P1 »²⁵⁰⁶, elle l'a rapidement confirmé en jugeant dans l'arrêt *James et autres* qu'il « ne suffit pas qu'une mesure privative de propriété poursuive, en l'espèce comme en principe, un objectif légitime "d'utilité publique"; il doit aussi exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »²⁵⁰⁷. Or, l'assimilation du « rapport raisonnable de proportionnalité » à un juste équilibre a été mobilisée par la Cour pour justifier l'examen de l'octroi d'une indemnité au propriétaire affecté. L'article 1P1 ne mentionne en effet aucune exigence d'indemnité, mais se cantonne à l'existence d'une « cause d'utilité publique » et aux « conditions prévues par la loi et principes généraux du droit international ». Les travaux préparatoires montrent que cette formulation est le fruit d'un compromis visant à obtenir le consentement de ceux des États qui rejetaient toute inscription de l'obligation de verser une indemnité. Le renvoi aux conditions du droit national était alors une « conciliation »²⁵⁰⁸ qui réservait en réalité une compétence discrétionnaire s'agissant des nationaux et conditionnée par le renvoi au droit international au sujet des non-nationaux²⁵⁰⁹.

1030. Le principe demeure l'indemnisation intégrale, et traduit donc l'inspiration libérale. En effet, malgré la référence du principe de proportionnalité, l'indemnisation doit en principe refléter la « valeur marchande »²⁵¹⁰ ou « *market value* »²⁵¹¹ du bien, bien que la Cour se réfère parfois à la « valeur cadastrale » des biens immobiliers²⁵¹². Néanmoins, la fonction libérale de la compensation se traduit par la découverte d'obligations complémentaires selon la situation

²⁵⁰⁵ L. SERMET, « Le contrôle de proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *LPA*, 2009, n° 46, pp. 26-31.

²⁵⁰⁶ Cour EDH (plén.) 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, *op. cit.*, § 68.

²⁵⁰⁷ Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 50.

²⁵⁰⁸ Ce sont à nouveau les termes du Secrétaire général dans sa lettre du 17 septembre 1951 ; pp. 9-11.

²⁵⁰⁹ Ce renvoi est par conséquent, en l'état actuel du droit conventionnel, devenu largement obsolète, bien que la Cour ait tenu dans les premiers arrêts concernant la privation de propriété à rappeler que ces principes ne s'appliqueraient qu'aux non-nationaux ; Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 66.

²⁵¹⁰ Cour EDH (GC), 30 août 2007, *J.A. Pye (oxford) Ltd et J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 54.

²⁵¹¹ *Idem.*

²⁵¹² Cour EDH (GC), 25 octobre 2012, *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, *op. cit.* ; ce type de critère est d'ailleurs pleinement accepté par la Cour dans son principe, puisqu'elle note que « loin de constituer une valeur théorique ou fantaisiste, la valeur cadastrale d'un terrain est celle retenue pour le calcul de l'impôt foncier auquel il est assujéti » dans le droit interne (§ 116).

dont la Cour a à connaître. Cela se traduit notamment dans les modalités de calcul de l'indemnisation. Tout d'abord, la Cour a sanctionné un mode de calcul qui ne permettait de tenir compte que de la moins-value engendrée par une décision de classement d'un bien relevant du patrimoine architectural de l'État, et non d'une éventuelle plus-value²⁵¹³. De plus, l'indemnité doit être réévaluée en raison de l'écoulement du temps en raison de la variation de la valeur de la monnaie²⁵¹⁴. Cette réévaluation doit en outre être suffisante, l'octroi d'intérêts largement inférieurs au taux d'inflation étant à même de rompre le « juste équilibre » dans la mesure où « un retard anormalement long dans le paiement d'une indemnité a pour conséquence d'aggraver la perte financière de la personne expropriée et de la placer dans une situation d'incertitude, surtout si l'on tient compte de la dépréciation monétaire de certains États »²⁵¹⁵. Enfin, la logique libérale de protection de l'individu se traduit également par le dépassement de la valeur de marché lorsque celle-ci n'est pas apte à rendre compte de la perte financière effectivement subie par le requérant. Ainsi, il semble que, loin de consacrer dans son fondement une vision « socialisante » du droit de propriété, l'arrêt *Lallement* illustre la manière dont la proportionnalité peut conforter une vision libérale lorsque le juste équilibre commande de tenir compte du fait que « la privation de propriété se doubl[ait] d'une atteinte au moyen de productions de l'agriculture concerné » et qu'en conséquence, le standard du raisonnable s'élevait jusqu'à la couverture spécifique de la perte de l'outil de travail²⁵¹⁶.

1031. À l'inverse, l'analyse proportionnelle peut justifier la réduction du niveau de l'indemnisation en dessous de la valeur marchande, et traduit alors l'idée que l'individu n'a pas un droit à la préservation intégrale de ses intérêts économiques, lesquels peuvent subir et supporter tout ou partie de la politique de redistribution mise en œuvre par l'État. Le niveau d'indemnisation, on l'a vu, a été fixé dès l'arrêt *James et autres* à une « somme *raisonnablement* en rapport avec la valeur du bien »²⁵¹⁷. Le recours à la valeur économique permet à la Cour de soustraire à l'empire du droit national la détermination du montant de l'indemnisation, mais aussi d'introduire une vision « sociale-démocrate » de l'indemnisation au sens où l'entend T.

²⁵¹³ Cour EDH, 31 juillet 2007, *Kozacioglu c. Turquie*, n° 2334/03, §§ 36-41.

²⁵¹⁴ Cour EDH, 1^{er} mars 2001, *Malama c. Grèce*, n° 43622/98, CEDH 2001-II, §§ 51 et 52.

²⁵¹⁵ Cour EDH, 9 juillet 1997, *Akkus c. Turquie*, *op. cit.*, § 29 ; en l'espèce, la violation était caractérisée du fait l'indemnité complémentaire avait été majorée du taux légal de 30% par an, alors que l'inflation dans l'État défendeur atteignant 70%.

²⁵¹⁶ Cour EDH, 11 avril 2002, *Lallement c. France*, *op. cit.*, §§ 23-24 ; en ce sens, il nous semble que, si ses effets conduisent à une plus grande protection de l'outil de travail, la rationalité est intrinsèquement libérale ; voy. *contra*, J.-P. MARGUÉNAUD, qui y voit une « socialisation » de la protection des « biens » ; J.-P. MARGUÉNAUD, in F. SUDRE (dir.) *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp.

²⁵¹⁷ Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 54 (nous soulignons).

Allen. En effet, l'opération de mise en balance lui permet de soupeser le niveau de l'indemnisation, d'une part par rapport à la valeur « marchande » du bien, et d'autre part par rapport aux « objectifs d'utilité publique [qui] peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande »²⁵¹⁸. Le contrôle de la Cour demeure, et il ne suffit pas à l'État d'invoquer un changement de consensus idéologique au sein de la société pour fonder la dérogation à la valeur de marché. Ainsi, dans l'arrêt *Scordino*, la Cour n'a pas été convaincue par l'État défendeur qui alléguait que la loi nationale, en instaurant un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande, « refl[était] un 'sentiment de communauté' et «la volonté politique actuelle de mettre en œuvre un système dépassant le libéralisme classique du XIXème siècle »²⁵¹⁹. Selon elle en effet, l'expropriation litigieuse était un cas « isolé, qui ne se situ[ait] pas dans un contexte de réforme économique, sociale ou politique » et qu'elle « n'apercev[ait] aucun objectif légitime d'utilité publique pouvant justifier un remboursement inférieur à la valeur marchande »²⁵²⁰. À l'inverse, la Cour a par exemple admis, en termes de principe, que la protection de l'environnement pouvait constituer un motif de dérogation à la valeur marchande du bien, voire même à l'octroi de toute indemnisation²⁵²¹. De la même manière, une politique de nationalisation et de réorganisation des biens peut conduire à un remboursement inférieur de 75% à la valeur marchande²⁵²². Dans chaque cas, l'idée est que le juste équilibre fait reposer sur la personne privée de propriété une partie de la charge de l'intérêt général assumé par la communauté, comme par exemple lorsqu'il s'agit d'une réforme ayant pour objet d'assurer la justice sociale entre locataires et propriétaires²⁵²³.

1032. C'est également ce qui explique que certaines circonstances exceptionnelles puissent justifier l'absence totale d'indemnisation. La proportionnalité de l'atteinte n'est alors pas rompue dans la mesure où la gravité de la situation à laquelle faisait face l'État et la société implique que la mesure était nécessaire au point de sacrifier entièrement le droit individuel de propriété. La formule employée par la Cour, introduite manière négative²⁵²⁴, suggérait déjà une

²⁵¹⁸ *Idem.*

²⁵¹⁹ Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Scordino c. Italie (n° 1)*, *op. cit.*, § 90.

²⁵²⁰ *Idem.*, § 102.

²⁵²¹ Cour EDH, 4 juillet 2019, *Svitlana Ilchenko c. Ukraine*, *op. cit.*, § 70.

²⁵²² Cour EDH (GC) (satisfaction équitable), 25 mars 2014, *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, *op. cit.*, § 39.

²⁵²³ Cour EDH (plén.), 21 février 1982, *James et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.* ; il semble d'ailleurs que le contentieux des rapports entre propriétaires et locataires soit un terrain de prédilection de déploiement de la justice sociale conventionnelle ; voy. C. NIVARD, « La justice sociale dans la jurisprudence conventionnelle », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, pp. 67-70.

²⁵²⁴ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Les Saints Monastères c. Grèce*, *op. cit.*, § 71 : « un manque total d'indemnisation ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 (P1-1) que dans des circonstances exceptionnelles » (nous soulignons).

acceptation très restrictive de cette exception. La jurisprudence postérieure l'a confirmé, puisqu'elle n'a admis l'absence totale d'indemnisation que dans le « contexte unique de la réunification allemande », et seulement « eu égard à l'immense tâche à laquelle le législateur allemand a dû s'atteler pour régler notamment toutes les questions complexes relatives au droit de propriété lors du passage vers un régime démocratique d'économie de marché » et qu'en l'espèce le législateur « [était] intervenu dans un délai raisonnable pour corriger les effets – injustes à ses yeux – de la loi »²⁵²⁵ précédente. Elle a conclu que l'absence d'indemnisation au sujet d'une loi de redistribution des titres de propriété qui n'avait fondé qu'un titre fragile dans le patrimoine des requérants²⁵²⁶. Si cette exception absolue implique que le droit de propriété peut s'effacer totalement devant l'intérêt général, la rareté de son admission²⁵²⁷ permet de confirmer que l'indemnisation demeure majoritairement au sein d'un spectre allant de l'approche libérale à l'approche social-démocrate. La Cour le confirme lorsqu'elle note que l'absence d'indemnisation sera d'autant plus facilement admise qu'elle « ne profitait pas seulement à l'État, mais prévoyait aussi dans certains cas la redistribution » des biens expropriés à d'autres personnes privées²⁵²⁸. Cette finalité rappelle que le juste équilibre, en matière d'indemnisation et plus généralement en matière de propriété, interdit à l'État de faire reposer sur un seul groupe le poids financier résultant d'une situation économique donnée²⁵²⁹.

1033. Le droit à une indemnisation n'est certes pas privé de toute efficacité. Il continue à ordonner le contrôle européen selon un schéma de principe et d'exception. En effet, la Cour a établi que « sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constitue *normalement* une atteinte excessive » et qu'« un manque total d'indemnisation ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 du Protocole n° 1 que

²⁵²⁵ Cour EDH (GC), 30 juin 2005, *Jahn et autres c. Allemagne*, *op. cit.*, § 116.

²⁵²⁶ *Idem*, § 117 : « En tenant compte de tous ces éléments, et étant donné en particulier l'incertitude de la situation juridique des héritiers et les motifs de justice sociale invoqués par les autorités allemandes, la Cour conclut que, dans le contexte unique de la réunification allemande, l'absence de toute indemnisation ne rompt pas le « juste équilibre » à ménager entre la protection de la propriété et les exigences de l'intérêt général ».

²⁵²⁷ Voy. pour des exemples de rejet : Cour EDH (GC), 23 novembre 2000, *Ex Roi de Grèce et autres c. Grèce*, *op. cit.* ; (GC), 25 octobre 2012, *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, *op. cit.*

²⁵²⁸ Cour EDH (GC), 30 juin 2005, *Jahn et autres c. Allemagne*, *op. cit.*, § 116, *in fine* ; voy. à l'inverse, Cour EDH (GC), 25 octobre 2012, *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, *op. cit.*, § 126 : « la Cour se demande ici si la 'justice sociale' peut être invoquée dans la présente affaire, dès lors que l'expropriation litigieuse a bénéficié uniquement à l'État, qui n'a procédé à aucune redistribution au profit des particuliers » (nous soulignons).

²⁵²⁹ Cour EDH (GC), 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, *op. cit.* ; 2 novembre 2006, *Radovici et Stanescu c. Roumanie*, nos 68479/01, 71351/01, 71352/01, CEDH 2006-XIII, § 88 : « *this burden cannot, as in the present case, be placed on one particular social group, however important the interests of the other groups or the community as a whole* ».

dans des circonstances exceptionnelles »²⁵³⁰. La Cour a confirmé dans d'autres affaires ce jeu de principe et d'exception. Dans l'arrêt *Scordino (n°1)* par exemple, elle a ainsi rappelé que « [s]'il est vrai que dans de nombreux cas d'expropriation licite, comme l'expropriation isolée d'un terrain en vue de la construction d'une route ou à d'autres fins « d'utilité publique », *seule une indemnisation intégrale peut être considérée comme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, cette règle n'est toutefois pas sans exception* »²⁵³¹.

1034. Cette réécriture des garanties de l'article 1P1 traduit ici encore une sensibilité importante aux questions économiques, sans qu'une vision idéologique consistante, subjective ou objective, puisse être décelée. L'expansion du contrôle par la Cour, dans ces modalités, produit des effets ambivalents, qui ne permettent que de rejeter la thèse d'un néo-libéralisme économique absolu qui donnerait une primauté systématiquement aux intérêts particuliers comme une socialisation ou une désintégration absolue du droit de propriété. D'ailleurs, l'état du droit tient davantage d'une uniformisation du raisonnement de la Cour en matière de proportionnalité, qui dépasse le seul champ économique et d'ailleurs même le champ conventionnel. Le niveau du contrôle qui en résulte traduit ici encore l'acceptation d'un contrôle moins intrusif, et le développement d'un standard substantiel moins élevé. Ce recul témoigne en outre du maintien d'une certaine spécificité de la protection des intérêts économiques par le truchement du droit conventionnel. L'examen de la question de l'indemnisation échappe généralement à cette réduction à un rapport de proportionnalité, comme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁵³².

1035. Loin d'être limité aux droits subjectifs, le principe de proportionnalité a aussi été étendu aux clauses qui conféraient des prérogatives aux États.

B. La transformation des clauses de réserve

1036. La transformation des clauses de réserve en droit dont l'abus est contrôlé au moyen de l'existence d'un équilibre entraîne une extension du contrôle européen. La première de ces

²⁵³⁰ Cour EDH (GC), 23 novembre 2000, *Ex Roi de Grèce et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 89 ; (GC), 30 juin 2005, *Jahn et autres c. Allemagne*, *op. cit.*, § 94.

²⁵³¹ Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Scordino c. Italie (n° 1)*, *op. cit.*, § 96.

²⁵³² Voy. par exemple Conseil constitutionnel français ; J.-F. de MONTGOLFIER qualifie le contrôle de « renforcé » ; « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n° 2, pp. 35-49.

clauses, et celle dont la portée est la plus importante, est le second alinéa de l'article 1P1 de la Convention. Comme on l'a vu, la Cour reconnaît que, malgré sa formulation, une « ingérence » puisse être découverte dans le chef des requérants sur son fondement et ainsi déclencher le contrôle conventionnel²⁵³³. Or, ce contrôle a été entièrement fondu dans le juste équilibre dans lequel se traduit la proportionnalité au sens de la Convention. Ainsi, la Cour a-t-elle jugé dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* qu' « elle doit rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu » et que cet équilibre était « inhérent à l'ensemble de la Convention »²⁵³⁴

1037. De même, l'une des rares dispositions se référant à un régime d'autorisation susceptible d'affecter la régulation économique a subi la même évolution que la réserve du droit au respect des biens. En effet, la troisième phrase de l'article 10 § 1 énonce que « [l]e présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations ». Cette clause avait été insérée pour des raisons tenant davantage aux particularités techniques de ce secteur, même si elle répondait également à la volonté de certains États de préserver les monopoles publics en la matière²⁵³⁵, et alors que la restriction de la liberté d'expression pour la préservation de la balance des paiements comme ne relevant pas d'un « instrument international »²⁵³⁶. Néanmoins, la Cour a estimé dans l'arrêt *Groppera Radio* que « [l]'objet et le but de la troisième phrase de l'article 10 § 1 (art. 10-1), ainsi que son champ d'application, doivent toutefois s'envisager dans le contexte de l'article pris dans son ensemble et notamment au regard des exigences du paragraphe 2 (art. 10-2) »²⁵³⁷.

1038. Les motifs avancés tiennent principalement au risque que ferait courir une interprétation contraire pour la liberté d'expression. Selon la Cour en effet, on aboutirait à un « résultat contraire à l'objet et au but de l'article 10 dans son ensemble », et ce serait la raison qui aurait conduit à l'éviction d'une clause similaire dans le cadre de l'article 19 du PIDCP²⁵³⁸. L'évolution de la structure économique de ce secteur a d'ailleurs également été soulignée par

²⁵³³ Voir Chapitre 4, *supra*.

²⁵³⁴ Cour EDH (plén.), 23 septembre 2009, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, *op. cit.*, § 69.

²⁵³⁵ La Cour le relève d'ailleurs dans l'arrêt Cour EDH (plén.), 28 mars 1980, *Groppera Radio AG c. Suisse*, *op. cit.*, § 60.

²⁵³⁶ Commission européenne des droits de l'homme, « Travaux préparatoires à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », DH 56 (15), Annexe, p. 24, § 137.

²⁵³⁷ *Idem (Groppera)*, § 61.

²⁵³⁸ *Idem*.

la Cour afin de relativiser la portée d'une interprétation textuelle de la clause, qui a relevé que « [d]epuis lors, l'évolution des conceptions et le progrès technique, en particulier l'apparition de la transmission par câble, ont entraîné dans de nombreux pays d'Europe l'abolition des monopoles étatiques et la création, en sus des chaînes publiques, de radios privées »²⁵³⁹.

1039. De fait, elle a alors soumis le régime litigieux à un contrôle de proportionnalité, ce qu'a confirmé une jurisprudence constante. La Cour a ainsi rappelé qu'il pouvait résulter de la mise en œuvre de cette prérogative des ingérences dont le but, légitime au regard de la troisième phrase du paragraphe 1 (art. 10-1), ne coïncide pourtant pas avec l'une des fins que vise le paragraphe 2 (art. 10-2) » et que la « conformité à la Convention » devait donc être analysée au regard des exigences du second paragraphe. De fait, en l'espèce, elle note que « si le régime de monopole appliqué en Autriche peut contribuer à la qualité et à l'équilibre des programmes, par le contrôle qu'il confère aux autorités sur les media », il « cadr[ait] en l'occurrence avec la troisième phrase du paragraphe 1, mais il rest[ait] à déterminer s'il remplit aussi les conditions pertinentes du paragraphe 2 ». L'extension de la proportionnalité joue alors un rôle de relativisation et de contrôle accru. Le droit des États de soumettre à un régime d'autorisation est alors en effet être soupesé au regard de l'objectif légitime invoqué et des intérêts, économiques notamment, des titulaires du droit à la liberté d'expression. Ainsi, des régimes plus restrictifs que la simple autorisation, comme le monopole public, sont susceptibles d'être sanctionnés par la Cour au regard de leur disproportion²⁵⁴⁰.

1040. Le contrôle de proportionnalité, en étant étendu à l'ensemble des clauses, produit un effet ambigu, car il ne conduit pas seulement à relativiser les intérêts étatiques, mais également - et peut-être davantage - ceux des requérants. S'il conduit d'un côté à transformer toute prérogative étatique en simple élément susceptible d'être contrebalancé par les intérêts économiques individuels, comme dans le cas des clauses de réserve, il conduit également à sauvegarder la possibilité laissée aux États de mener des politiques de redistribution.

1041. L'exigence d'indemnisation dans le cadre du règlement des biens comme dans le cadre de la privation de propriété font de ces outils des outils d'intégration et de légitimation de politiques de redistribution, les obligations conventionnelles n'imposant par la suite qu'une répartition équilibrée de la charge. Ce double tempérament des intérêts des individus comme

²⁵³⁹ *Idem*, § 60.

²⁵⁴⁰ Cour EDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, op. cit., § 39.

des prérogatives étatiques ne masque cependant pas que les autres composantes du test de proportionnalité sont l'objet d'un contrôle généralement faible de la part de la Cour, ce qui contribue à éloigner la décision économique du contrôle conventionnel – comme celle d'une idéologie intrinsèquement libérale qui permettrait la protection du « capitalisme »²⁵⁴¹.

§2. Le contrôle réduit de la proportionnalité

1042. Si le domaine de la proportionnalité s'étend et produit, en matière économique, des effets équivoques, l'intensité du contrôle traduit à nouveau cet éloignement des intérêts économiques par rapport au cœur de la garantie conventionnelle. Le standard est en effet relativement peu élevé (A), ce qui est amplifié par la tendance de la Cour à ne pas procéder à un contrôle des mesures alternatives (B).

A. L'abaissement du standard de contrôle

1043. L'abaissement du standard du contrôle de la proportionnalité se traduit par la réduction à l'erreur manifeste d'appréciation (1), ainsi qu'à l'intensité peu élevée du contrôle de l'adéquation en matière économique (2).

1. Un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation

1044. La traduction accordée à l'ample marge d'appréciation sur le contrôle de proportionnalité est en apparence claire, puisqu'elle doit entraîner une réduction de l'intensité du contrôle opéré par la Cour de Strasbourg²⁵⁴². Celui-ci doit en effet se trouver réduit au contrôle de l'existence d'une base raisonnable.

1045. Les manifestations de cette réduction sont doubles. Elle porte en premier lieu sur la légitimité du but poursuivi. La Cour a en effet affirmé dès l'arrêt *James*, en matière économique, que compte tenu de la « grande latitude » dont dispose l'État pour « mener une politique économique et sociale », « la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs « d'utilité publique » sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable »²⁵⁴³.

²⁵⁴¹ D. NICOL, *The Constitutional Protection of Capitalism*, op. cit., p. 143.

²⁵⁴² Voy. *infra*, Chapitre 8, pour l'interaction avec la légitimité du but poursuivi.

²⁵⁴³ Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, op. cit., § 46.

1046. En revanche, la réduction du contrôle à la base raisonnable en matière de proportionnalité des mesures semble plus incertaine. Dans certains arrêts, la Cour étend expressément ce type de contrôle à la proportionnalité. Dans l'affaire *Mamatas*, par exemple, elle a affirmé que : « L'adoption des lois pour établir l'équilibre entre les dépenses et les recettes de l'État impliquant d'ordinaire un examen de questions politiques, économiques et sociales, la Cour considère que les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées qu'un tribunal international *pour choisir les moyens les plus appropriés pour parvenir à cette fin et elle respecte leurs choix, sauf s'ils se révèlent manifestement dépourvus de base raisonnable* »²⁵⁴⁴. Cette formule manifeste explicitement les effets de la marge d'appréciation sur le contrôle de proportionnalité, alors que la plupart des décisions antérieures se contentaient de la mentionner.

1047. Elle a d'ailleurs été réemployée par la Grande Chambre dans l'affaire *Bélané Nagy*²⁵⁴⁵ puis peu après dans l'arrêt *Fábián*²⁵⁴⁶. Ces affaires semblent donc initier une tendance jurisprudentielle qui pourrait être envisagée comme la réaction de la Cour à l'explosion des contentieux liés aux répercussions des différentes crises financières, économiques et budgétaires qu'a connu l'Europe. L'affaire *Mamatas* était en effet liée à la restructuration de la dette grecque à la suite de la crise de sa dette souveraine, tandis que les affaires *Bélané Nagy* et *Fabian* s'inscrivaient toutes les deux dans les plans d'austérité budgétaire adoptés en réaction aux crises économiques et budgétaires qui ont affecté les États européens. Elles semblent en partie pouvoir expliquer cette affirmation claire des effets de la marge d'appréciation sur le contrôle de proportionnalité.

1048. La Cour avait déjà affirmé ces effets dans la décision *Grainger*. Saisie par des actionnaires de l'établissement bancaire *Northern Rock*, lequel avait été privatisé par le gouvernement britannique au début de la crise de 2008, elle avait noté que « *[t]hroughout the entire process, the Government's focus was on protecting a key sector of the national economy* » et que, selon elle « *[i]n accordance with its case-law, therefore, the Court must respect the decisions of the national authorities unless it finds them to be "manifestly without*

²⁵⁴⁴ Cour EDH, 21 juillet 2016, *Mamatas et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 88.

²⁵⁴⁵ Cour EDH (GC), 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, *op. cit.*, § 113.

²⁵⁴⁶ Cour EDH (GC), 5 septembre 2017, *Fabian c. Hongrie*, *op. cit.*, § 65.

reasonable foundation »²⁵⁴⁷. Les décisions antérieures similaires semblent également avoir été systématiquement affirmées dans des contextes de crises économiques particulières²⁵⁴⁸.

1049. Pourtant, comme l’avaient souligné de nombreux auteurs²⁵⁴⁹, la jurisprudence n’était pas toujours très limpide au sujet des effets de la marge d’appréciation sur le contrôle de proportionnalité. Parfois, elle était rappelée dans un principe unique, sans qu’aucune réduction du contrôle effectué ne semble envisagée²⁵⁵⁰. Parfois, la Cour se contentait de rappeler, comme dans l’affaire *Yukos*, qu’elle trouve « *it natural that in the tax sphere the Contracting States should enjoy a wide margin of appreciation in order to implement their policies* », mais qu’elle ne doit pas pour autant « *fail to exercise its power of review and must determine whether the requisite balance was maintained in a manner consonant with the applicant company’s right to “the peaceful enjoyment of [its] possessions* »²⁵⁵¹, sans mentionner le contrôle du défaut manifeste de base raisonnable²⁵⁵². Dans d’autres arrêts, la marge d’appréciation apparaissait au stade du contrôle de la nécessité, mais pas au stade de celui du contrôle de la légitimité du but poursuivi²⁵⁵³. Dans d’autres encore, la marge d’appréciation et le contrôle du défaut manifeste

²⁵⁴⁷ Cour EDH (déc.), 10 juillet 2012, *Grainger c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 39 (nous soulignons) ; cette affaire illustre par ailleurs le phénomène d’instrumentalisation des conditions de recevabilité pour appuyer la marge d’appréciation octroyée aux États ; la requête étant rejetée comme étant « manifestement mal fondée » au sens de l’article 35 § 3 a) de la Convention alors que la Cour réalise un examen de la proportionnalité de la mesure attaquée.

²⁵⁴⁸ Voy. par exemple dans le contexte de crise financière liée à l’effondrement de la Yougoslavie, Cour EDH, 8 décembre 2009, *Molnar Gabor c. Serbie*, n° 22762/05, § 47 : « *the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 reserves to States the right to enact such laws, as they deem necessary to control the use of property in accordance with the general interest. In order to implement economic policies, legislatures must have a wide margin of appreciation both with regard to the existence of a problem of public concern warranting measures of control and as to the choice of the detailed rules for the implementation of such measures. The Court will respect the legislature’s judgment as to what is in the general interest unless that judgment is manifestly without reasonable foundation* » (nous soulignons).

²⁵⁴⁹ S. VAN DROOGHENBOECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme*, *op. cit.*, pp. 544-545 ; J. GERARDS, « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine », *European Law Journal*, 2011, vol. 17, n° 1, pp. 80-120, spéc. p. 106.

²⁵⁵⁰ Cour EDH (GC), 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, *op. cit.*, § 75 : « doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. En contrôlant le respect de cette exigence, la Cour reconnaît à l’État une grande marge d’appréciation tant pour choisir les modalités de mise en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l’intérêt général, par le souci d’atteindre l’objectif de la loi en cause » ; voy. en ce sens C. L. ROZAKIS, « Through The Looking Glass : an ‘insider’ view of the margin of appreciation », *La conscience des droits : mélanges en l’honneur de Jean-Paul COSTA*, Paris, Dalloz, 2011, XXXI-710 p., pp. 527-537.

²⁵⁵¹ Cour EDH, 23 juillet 2011, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, *op. cit.*, § 648 (nous soulignons).

²⁵⁵² Voy. dans le même sens : Cour EDH (GC), 26 juin 2018, *G.I.E.M. S.R.L. c. Italie*, *op. cit.*, § 293 : « Ce faisant, elle reconnaît à l’État une ample marge d’appréciation tant pour choisir les moyens à mettre en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l’intérêt général, par le souci d’atteindre l’objectif poursuivi ».

²⁵⁵³ Voy. par exemple Cour EDH, 22 septembre 2015, *GSB c. Suisse*, *op. cit.* : elle n’apparaît en effet pas aux paragraphes 83 et 84, dans lesquels la Cour admet la légitimité du but poursuivi – la préservation d’un établissement bancaire important pour un secteur lui-même essentiel à l’économie nationale –, alors qu’elle réapparaît au stade du contrôle de la nécessité au paragraphe 90, et sans référence particulière d’ailleurs à la matière économique.

étaient tous les deux mentionnés au stade de la détermination du but d'utilité publique, mais aucune mention de la marge d'appréciation même n'apparaissait au stade du juste équilibre²⁵⁵⁴.

2. Le faible contrôle de l'adéquation

1050. Le contrôle de l'adéquation n'est pas constant en matière économique, ou en tout état de cause il est souvent conduit implicitement. Celui-ci est le plus souvent admis, sans autre forme de discussion, au stade de la détermination de l'existence d'un « but légitime », seule la proportionnalité étant alors examinée, que cela conduise ou non à un constat de violation²⁵⁵⁵.

1051. Dans certains arrêts, cependant, un certain contrôle est opéré, mais généralement pour conforter le choix fait par l'État, soit parce qu'il serait demeuré dans la marge d'appréciation, soit plus substantiellement parce que la Cour approuve la réalité de l'adéquation. Dans l'arrêt *Mellacher*, par exemple, il semble que la Cour ait conduit à la fois un contrôle de proportionnalité et un contrôle d'adéquation, puisqu'elle conclut que « dès lors, eu égard aux buts légitimes recherchés par la législation, la Cour juge que les mesures adoptées à ces fins et dénoncées par les requérants ne sauraient passer pour inadéquates ou disproportionnées au point de sortir de la marge d'appréciation de l'État »²⁵⁵⁶. De fait, la Cour a procédé à un rappel des objectifs poursuivis par le législateur, puis à l'énumération de l'ensemble du dispositif interne applicable à la réglementation des loyers et à la prise en considération des frais liés aux travaux d'entretien et d'amélioration²⁵⁵⁷. Le recul du contrôle se traduit ici par l'absence du caractère déraisonnable, sans que l'on sache sur quoi est fondée précisément l'adéquation²⁵⁵⁸.

²⁵⁵⁴ Cour EDH (GC), 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, *op. cit.*, §§ 165-166, s'agissant du but d'utilité publique, puis §§ 167-225 pour l'examen du juste équilibre ; le rappel des principes généraux au paragraphe 167 semble d'ailleurs faire fi de l'idée même de la marge d'appréciation.

²⁵⁵⁵ Cour EDH (GC), 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, *op. cit.* : la Cour se contente de noter de manière lapidaire que « [t]he Court further considers that the interference complained of pursued the communal interest in protecting the public purse, by means of rationalising the system of disability-related social-security benefits » (§ 121). Elle réitère d'ailleurs cette adéquation au moment de conclure à l'absence de juste équilibre, ce qui permet de souligner sa reconnaissance de la légitimité de la mesure. Elle conclut en effet qu'« [i]n the light of the above considerations, the Court is of the view that the disputed measure, albeit aimed at protecting the public purse by overhauling and rationalising the scheme of disability benefits, consisted in legislation which, in the circumstances, failed to strike a fair balance between the interests at stake » (§ 124).

²⁵⁵⁶ Cour EDH (plén.), 19 décembre 1989, *Mellacher et autres c. Autriche*, *op. cit.* § 55.

²⁵⁵⁷ *Idem*.

²⁵⁵⁸ Cette traduction de la marge d'appréciation rejoint certaines critiques selon lesquelles la Cour y a parfois recours pour éviter de dévoiler son raisonnement ou ses motifs ; voy. par exemple L. HERNE HILL, « Universality v. Subsidiarity : A Reply », *European Human Rights Law Review*, 1998, pp. 73-81, spéc. p. 78, selon lequel « the problem with the Court's invocation of the margin of appreciation is that it removes the need for the Court to discern and explicain the criteria appropriate to particular problems ».

1052. D'ailleurs, si le fait que les requérants contestent l'adéquation de la mesure semble constituer un facteur de déclenchement du contrôle, cela n'en altère pas pour le moins le caractère limité. Dans l'affaire *Mamatas*, par exemple, les requérants contestaient l'efficacité de la mesure d'échange des obligations et qu'elle ait contribué à la réduction de la dette souveraine en raison notamment du faible poids de la dette privée dans la part de la dette souveraine grecque²⁵⁵⁹. Or, la Cour a contrôlé l'adéquation de la mesure. Après avoir admis la légitimité intrinsèque du but invoqué, à savoir la réduction de la dette²⁵⁶⁰, elle a noté que « l'opération d'échange a abouti à la diminution de la dette grecque d'environ 107 milliards d'euros », que « 85% de la dette est passée et qu'en 2013 « le service de la dette a baissé considérablement », les intérêts ayant été progressivement réduits de 17,5 milliards d'euros à 12,2 puis à 6²⁵⁶¹.

1053. Même déclenché par les requérants, le caractère restreint est particulièrement notable lorsque la Cour admet que la mesure outrepassé probablement l'objectif poursuivi, mais que ce dernier suffit à la justifier. Dans l'arrêt *Lindheim*, la Cour était ainsi saisie par les requérants d'une législation qui réglementait les baux d'habitation et avait octroyé à tous les locataires un droit de solliciter, à l'échéance du terme, la reconduction du bail pour une durée indéterminée et aux mêmes conditions. L'objectif poursuivi par l'État défendeur était une plus grande justice sociale, ce que la Cour admit sans difficulté²⁵⁶². Pourtant, elle a accepté l'argument des requérants selon lesquels la loi était applicable, malgré cet objectif affiché, « *irrespective of the financial means of the lessee concerned or of whether the land was used for a permanent home or a holiday home* »²⁵⁶³. Elle a déduit que « *[i]t most likely had a much wider reach than merely addressing situations of potential financial hardship and social injustice and rather reflected social policy in a broad sense* ». Pourtant, elle conclut à l'adéquation de la mesure en tant que mesure « *not manifestly unreasonable* »²⁵⁶⁴. Dans d'autres arrêts, le recul se traduit également

²⁵⁵⁹ Cour EDH, 21 juillet 2016, *Mamatas et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 75 : ils alléguaient en effet que « l'allègement qui en est résulté pour la dette publique, de l'ordre de 0,7 à 0,8 % de la dette globale du pays, était minime au regard des problèmes sociaux qui auraient frappé les petits épargnants comme eux » et que « alors que le but déclaré de la participation du secteur privé à la décote de la dette publique aurait été d'en réduire le montant, de manière à ce qu'elle ne représentât plus en 2020 que 120,5 % du PIB, les éléments fournis par Eurostat et la Banque de Grèce mettent en évidence que cela ne sera[it] pas faisable ».

²⁵⁶⁰ *Idem*, § 103 : « l'État défendeur pouvait légitimement prendre des mesures en vue d'atteindre ces buts, à savoir le maintien de la stabilité économique et la restructuration de la dette, dans l'intérêt général de la communauté ».

²⁵⁶¹ *Idem*, § 104.

²⁵⁶² Cour EDH, 12 juin 2012, *Lindheim et autres c. Norvège*, *op. cit.*, §§ 97-98.

²⁵⁶³ *Idem*, § 99.

²⁵⁶⁴ *Idem*, § 100.

par une analyse en apparence approfondie, mais qui écarte les incertitudes liées au caractère adéquat que le juge reconnaît pourtant²⁵⁶⁵.

1054. Les constats de violation pour défaut d'adéquation semblent par conséquent extrêmement rares, et tout aussi rarement identifiés comme tels par la Cour. Certes, lorsque la Cour sanctionne l'incohérence de l'action étatique, on peut estimer qu'elle sanctionne indirectement l'absence d'adéquation de l'acte par rapport au but recherché. Ainsi, dans l'arrêt *Malysh*, la Cour a sanctionné non pas le choix de restreindre le montant des obligations émises, mais le fait que l'État n'avait pas exécuté le montant de remboursement qu'il s'était lui-même imposé²⁵⁶⁶. Dans ce type d'hypothèse, cependant, l'adéquation de la mesure initiale n'est pas contestée. L'arrêt *Chassagnou* peut constituer un cas de constat d'absence d'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi. Sur le fondement de l'article 11, la Cour a en effet jugé que l'État n'avait pas expliqué en quoi l'exemption des propriétés de plus de 20 hectares était justifiable au regard du but affiché, à savoir « assurer un exercice démocratique de la chasse »²⁵⁶⁷. Néanmoins, l'objet particulier du principe de non-discrimination amène lui aussi à relativiser cette exception, puisqu'elle n'implique pas de contrôle de proportionnalité et que l'adéquation se confond avec la légitimité de la distinction, seul contrôle opéré par le juge à ce stade du raisonnement.

1055. Les conséquences de ce recul sont à nouveau ambiguës, en partie à raison de la fonction par nature ambivalente de cette composante du contrôle de proportionnalité. Si elle permet d'éviter l'abus ou le détournement de pouvoir par l'État, elle peut conduire comme le note S.

²⁵⁶⁵ Cour EDH (GC), 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 126 : la Cour affirme qu'elle « juge raisonnable de présumer que ces vols contribuent, du moins dans une certaine mesure, à l'économie générale » ; elle développe ensuite assez extensivement, quoi que principalement sur le fondement des allégations de l'État défendeur. Reconnaisant qu'il n'existe « aucune indication précise du coût économique de la suppression de vols de nuit spécifiques », elle juge tout de même « qu'il existe un lien entre les liaisons aériennes en général et les vols de nuit ».

²⁵⁶⁶ Cour EDH, 11 février 2002, *Malysh et autres c. Russie*, *op. cit.*, § 83 : « [w]hile the Court agrees that the radical reform of Russia's political and economic system, as well as the state of the country's finances, may have justified stringent financial limitations on rights of a purely pecuniary nature, it finds that the Russian Government were not able to adduce satisfactory grounds justifying, in terms of Article 1 of Protocol No. 1, the continuous failure over many years to implement an entitlement conferred on the applicants by Russian legislation ».

²⁵⁶⁷ Cour EDH (GC), 20 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, *op. cit.*, § 121 : « La Cour estime que le Gouvernement n'a avancé aucune justification objective et raisonnable de cette différence de traitement, qui oblige les petits propriétaires à être membres des ACCA et permet aux grands propriétaires d'échapper à cette affiliation obligatoire, qu'ils exercent leur droit de chasse exclusif sur leur propriété ou qu'ils préfèrent, en raison de leurs convictions, affecter celle-ci à l'instauration d'un refuge ou d'une réserve naturelle. D'une part, la Cour note que dans la première de ces hypothèses, il ne s'explique pas que les propriétés de plus de 20 hectares échappent à l'emprise des ACCA, si celles-ci ont pour but, comme l'allègue le Gouvernement, d'assurer un exercice démocratique de la chasse ».

van Drooghenboeck à « inviter indirectement l’auteur de cette mesure à adopter des moyens plus énergiques, et par conséquent, plus attentatoire aux droits et libertés des requérants eux-mêmes ou d’autres personnes »²⁵⁶⁸, même si cela ne paraît pas systématiquement devoir être le cas²⁵⁶⁹.

B. La dilution du contrôle des mesures alternatives

1056. Le contrôle des mesures alternatives est généralement perçu²⁵⁷⁰ comme la forme la plus intrusive du contrôle juridictionnel et qui réduit, selon l’ordre juridique considéré, soit le pouvoir de l’autorité législative ou exécutive, soit la souveraineté de l’État en général. Dès lors, la conduite ou l’absence de ce type de contrôle est particulièrement révélatrice de l’importance accordée aux droits ou aux principes limités par la mesure contrôlée. Ainsi, son contrôle par l’Organe d’appel de l’OMC au titre de l’article XX du GATT ou par la Cour de justice face aux mesures étatiques, et même privées en matière de libertés de circulation note l’importance accordée à la liberté de circulation économique, pour les marchandises dans le cas du premier et dans pour le marché intérieur dans le cadre de la seconde²⁵⁷¹. À l’inverse, l’abandon du contrôle par la Cour Suprême est un indice salué ou regretté selon l’importance que l’observateur accorde aux libertés économiques²⁵⁷². C’est alors le caractère axiologique de cette composante du contrôle de proportionnalité²⁵⁷³ « à l’allemande » qui explique les critiques comme le sens de celles-ci, comme la transformation du contrôle en un critère « d’efficience » qui trouve un écho naturel en matière économique²⁵⁷⁴. Cependant, comme le note M. Yetano, la question de l’intensité du contrôle est essentiellement indépendante de celle de ses

²⁵⁶⁸ S. VAN DROOGHENBOECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l’homme*, op. cit., p. 182.

²⁵⁶⁹ L’exemple de l’affaire *Mamatras* montre ainsi que ce risque n’existe pas toujours ; l’argument tenant à l’inadéquation n’impliquerait pas l’affectation supplémentaire des droits des requérants ou des tiers.

²⁵⁷⁰ Voy. *contra* E. DUBOUT, selon lequel le but légitime comme la proportionnalité *stricto sensu* « requièrent une position axiologique et un jugement de valeurs » ; E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l’homme à la croise des droits. Mélanges en l’honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, xliv-855 p., pp. 184-192.

²⁵⁷¹ C’est d’ailleurs l’une des principales critiques adressées aux arrêts *Viking* et *Laval*, qui auraient assuré la primauté des libertés de circulation en soumettant les actions collectives à un contrôle de proportionnalité incluant la nécessité.

²⁵⁷² G.-M. STRUVE, « The Less Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process » *Havard Law Review*, 1967, vol. 80, pp. 1463-1488; voy. *supra*, Section 1.

²⁵⁷³ S. VAN DROOGHENBOECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme*, op. cit., p. 209.

²⁵⁷⁴ Certains auteurs font d’ailleurs le lien avec l’*optimum* de Pareto ; E. BREMS, L. LAVRYSEN, « ‘Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’ : Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2015, vol. 15, pp. 139-168, spéc. p. 144.

composantes²⁵⁷⁵. Le contrôle des mesures restrictives pourrait en ce sens figurer dans le contrôle de la Cour, mais être réduit à un contrôle manifeste, ou être au contraire déployé dans toute son intensité.

1057. Néanmoins, dans le cadre conventionnel, le souhait d'effectuer un contrôle moins intrusif en matière économique, se traduit alors par une tendance nette à exclure l'analyse de mesures alternatives dans le cadre du contrôle de proportionnalité (1). Néanmoins, lorsque le droit en jeu revêt une importance particulière au sein de l'ordre conventionnel, la Cour semble plus encline à réintroduire l'analyse des mesures alternatives, confirmant ainsi que le caractère économique d'une question ne conduit à un retrait du contrôle que s'il n'implique pas simultanément une atteinte à des intérêts essentiels de l'ordre conventionnel (2).

1. Le contrôle non-décisif des mesures alternatives en matière économique

1058. Ce recul traduit l'infériorité structurelle de la protection accordée aux normes de l'article 1P1 (a), mais paraît bien liée aux questions économiques en général, puisqu'on le retrouve dans les contentieux fondés sur d'autres dispositions (b).

a. Une relativité affirmée dans le cadre du droit au respect des biens

1059. Dès l'affaire *James et autres*, les requérants – des propriétaires – alléguaient de la rupture du juste équilibre dans la mesure où il existait selon eux un moyen moins attentatoire au respect de leur bien afin de parvenir à l'objectif poursuivi. En l'espèce, ils estimaient que le droit au maintien des locataires dans les lieux permettait d'atteindre l'objectif recherché sans que le législateur doive leur imposer une cession obligatoire des biens immobiliers en cause. La Cour a refusé de conférer un caractère décisif à cette circonstance et a jugé que « l'existence de solutions de rechange ne rend[ait] pas injustifiée la législation litigieuse »²⁵⁷⁶. Le caractère trop intrusif dans les choix politiques de l'État défendeur en constitue explicitement le motif, puisque la Cour estime que cela reviendrait à « dégager du texte un critère de stricte nécessité », lequel aboutirait à son tour à déterminer si ce dernier « a choisi la meilleure façon de traiter le problème ou s'il aurait dû exercer différemment son pouvoir d'appréciation ». Il semble bien

²⁵⁷⁵ M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 122.

²⁵⁷⁶ Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, op. cit., § 51.

que ce soit le contrôle d'opportunité que la Cour entend alors éviter. Cette dernière a réitéré à plusieurs reprises, et dans le cadre de contentieux variés, ce refus d'exercer un contrôle strict de nécessité²⁵⁷⁷, ou a relevé l'existence de mesures alternatives mais sans modifier son constat pour autant²⁵⁷⁸. En ce sens, F. Sudre écrit que le droit de propriété ne conduit qu'à un « contrôle de proportionnalité simplifié – ou au sens étroit – »²⁵⁷⁹ qui est réduit au « juste équilibre ».

1060. Pourtant, la Cour elle-même estime qu'il s'agit d'un élément qui est susceptible d'être pris en considération dans la détermination de ce « juste équilibre ». L'exclusion n'est donc que partielle. Cette prise en considération semble de plus en plus assumée dans la jurisprudence récente de la Cour. Dans l'arrêt *G.I.E.M.*, par exemple, la Cour a affirmé, sans rappeler la relativité des mesures alternatives, qu'« [a]fin d'apprécier le caractère proportionné de la confiscation, les éléments suivants peuvent être pris en compte : la possibilité d'adopter des mesures moins contraignantes, telles que la démolition des ouvrages non conformes aux dispositions pertinentes ou l'annulation du projet de lotissement »²⁵⁸⁰. L'existence de mesures alternatives fonde d'ailleurs parfois la violation, notamment dans le cadre de mesures individuelles. La Cour sanctionne alors les autorités nationales pour n'avoir pas envisagé de mesures alternatives qui imposeraient une charge moins importante. Ainsi, la Cour a en partie constaté une violation dans l'affaire *Yukos* au motif que les huissiers auraient dû considérer d'autres choix, et notamment ceux qui « *could mitigate the damage to the applicant company's structure* »²⁵⁸¹, ce qui a été contesté par le juge national au motif que le contrôle des mesures

²⁵⁷⁷ Cour EDH (plén.), 19 décembre 1989, *Mellacher et autres c. Autriche*, *op. cit.*, § 53 au sujet de la réglementation des loyers ; 20 juillet 2004, *Bäck c. Finlande*, n° 37598/97, CEDH 2004-VIII, au sujet de mécanismes d'étalement et de restructuration des dettes des particuliers ; 29 janvier 2013, *Zolotas c. Grèce (n° 2)*, *op. cit.*, § 44, dans le cadre de ; (déc.), 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, *op. cit.*, § 48, de la réduction de salaires et de pensions de retraite d'agents publics.

²⁵⁷⁸ Voy. Cour EDH, 7 juillet 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Suède*, *op. cit.*, § 62 : la Cour relève que le droit interne « eût permis [aux autorités nationales] de prendre des mesures moins sévères », mais qu'« eu égard aux objectifs légitimes de la politique sociale suédoise en matière de consommation d'alcool, que l'État défendeur n'a pas manqué de ménager un "juste équilibre" entre les intérêts économiques de la requérante et l'intérêt général de la société suédoise » malgré la charge « lourde » infligée à la société requérante.

²⁵⁷⁹ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, n° 11, pp. 502-512.

²⁵⁸⁰ Cour EDH (GC), 28 juin 2018, *G.I.E.M. S.R.L. c. Italie*, *op. cit.*, § 301.

²⁵⁸¹ Cour EDH, 20 septembre 2011, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, *op. cit.*, § 654 ; le passage pris dans son intégralité ne laisse aucun doute quant au poids accordé à ces mesures alternatives : « *Although the Court, in principle, does not find the choice of OAO Yuganskneftegaz entirely unreasonable, especially in view of the overall amount of the tax-related debt and the pending as well as probable claims against the company, it is of the view that before definitively selecting for sale the asset that was the company's only hope of survival, the authorities should have given very serious consideration to other options, especially those that could mitigate the damage to the applicant company's structure* » ; voy. Également Cour EDH, 24 juillet 2012, *Waldemar Nowakowski c. Pologne*, n° 55167/11, § 56 : au sujet de la confiscation d'une collection d'armes et de leur attribution à titre gratuit à un musée, dans lequel la Cour reproche à la juridiction nationale d'avoir « *failed to*

alternatives n'était précisément pas décisif²⁵⁸². Certaines juridictions constitutionnelles, comme le Tribunal constitutionnel espagnol, semble par ailleurs avoir distingué selon que la mesure est une loi générale adoptée par le législateur ou qu'il s'agit au contraire uniquement d'analyser les décisions d'un organe d'application des lois²⁵⁸³.

1061. À part ces incursions, il semble que ce retrait corresponde effectivement, comme l'a démonté J. Christoffersen, au caractère minimal de la Convention et à la liberté d'« *implementation* »²⁵⁸⁴ dont bénéficieraient les États c'est-à-dire du libre choix des moyens par l'État défendeur. Opérer un tel contrôle reviendrait en effet à annihiler le choix des autorités nationales. Le seul choix serait en effet celui du « meilleur moyen possible, ce qui revient à ne plus pouvoir choisir »²⁵⁸⁵ et érigerait le juge conventionnel en juge des méthodes les plus efficaces pour atteindre les objectifs fixés en matière de politique économique. La Cour met alors en œuvre la règle selon laquelle « [e]n principe, il n'appartient pas à la Cour d'indiquer aux Parties contractantes quelles sont les mesures législatives ou réglementaires concrètes à prendre pour se conformer aux obligations qui leur incombent »²⁵⁸⁶, ce que le contentieux relatif aux mesures adoptées par les États en réaction à la crise budgétaire illustre particulièrement. Dans l'affaire *Plaisier BV et autres*, les requérants, des contribuables néerlandais, jugeaient que l'impôt exceptionnel décidé par les Pays-Bas, et appliqué aux employeurs qui versaient un salaire à 150 000 euros annuels à au moins un de leurs salariés rompait l'exigence de juste équilibre. Selon eux, d'autres mesures, et notamment une assiette élargie qu'un impôt à l'assiette plus élargie, aurait « *spread the load more evenly among all persons earning such high revenues* »²⁵⁸⁷. Après avoir jugé la mesure « efficace », la Cour a expressément rejeté l'idée que « *other measures would have resulted in a more meaningful revenue* » au motif que « *provided that the legislature chose a method that could be regarded as reasonable and suited*

consider any alternative measures which could have been taken in order to alleviate the burden imposed on the applicant, including by way of seeking registration of the collection ».

²⁵⁸² Opinion partiellement dissidente du juge Bushev, à laquelle se joint en partie le juge Hajiyev, § 2.7.

²⁵⁸³ M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, Thomson-Arandazi, 2003, 222 p., spéc. p. 72-73 ; l'auteur cite ainsi une décision du Tribunal constitutionnel dans laquelle celui-ci, sans exclure tout contrôle de nécessité, a néanmoins jugé qu'en raison de « *de su naturaleza como representante en cada momento histórico de la soberanía popular* », « *el control constitucional de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada tiene un alcance et una intensidad muy limitadas* ».

²⁵⁸⁴ J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance, Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 133-134.

²⁵⁸⁵ J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 442.

²⁵⁸⁶ Cour EDH (GC), 25 octobre 2012, *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, *op. cit.*, § 129.

²⁵⁸⁷ Cour EDH (déc.), 14 novembre 2017, *Plaisier B.V. et autres c. Pays-Bas*, *op. cit.*, § 69.

to achieving the legitimate aim being pursued, it is not for the Court to say whether the legislation represented the best solution for dealing with the problem or whether the legislative discretion should have been exercised in another way »²⁵⁸⁸. Admettre l'inverse aurait contraint la Cour à déterminer –abstraitement – l'existence de modalités plus efficaces et plus justes d'un impôt, ce qu'elle ne s'estime ni compétente ni légitime de faire. La jurisprudence relative à la crise est particulièrement éclairante de ce rejet du contrôle des mesures moins restrictives lorsque la Cour estime que le droit en cause bénéficie d'une protection faible, ou que l'État doit voir une large marge d'appréciation préservée²⁵⁸⁹.

1062. De manière générale, les juges qui statuent en matière de droits fondamentaux, et notamment les juridictions constitutionnelles, restreignent le contrôle des mesures alternatives. Même la Cour constitutionnelle fédérale allemande, qui est pourtant historiquement l'auteure de cette composante de la « proportionnalité » au sens large, semble réserver un pouvoir d'appréciation au législateur, qui n'est susceptible de se réduire que lorsque des intérêts particuliers forts de la protection des droits fondamentaux sont en jeu comme le domicile privé des personnes physiques ou l'intégrité physique²⁵⁹⁰. Le caractère intrusif du contrôle ne serait susceptible de se justifier que par l'importance des intérêts en jeu, ce que le caractère périphérique de la protection des intérêts économiques par les droits conventionnels ne permettrait pas. La variation du contrôle dans la jurisprudence de la Cour de justice illustre également la propension des juges à n'opérer un tel contrôle que lorsque les intérêts les plus fondamentaux, ou jugés comme tels, de l'ordre juridique et des normes dont ils ont la charge sont en jeu²⁵⁹¹.

²⁵⁸⁸ *Idem*, § 97 ; la formule a été rappelée dans d'autres affaires liées à ce contexte de crise budgétaire, sans pour autant que l'on puisse déterminer si la Cour répondait ce faisant à des allégations précises de la part des requérants ; voy. en ce sens Cour EDH (déc.), 7 mars 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, *op. cit.*, § 48 ; (déc.), 8 octobre 2013, *Da Conceição Mateus et Santos Januário c. Portugal*, n^{os} 62235/12 et 57725/12, § 28 ; (déc.) 1^{er} septembre 2015, *Da Silva Carvalho Rico c. Portugal*, n^o 13341/14, § 45.

²⁵⁸⁹ Cour EDH, 25 octobre 2011, *Valkov et autres c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 94 ; Cour EDH (déc.), 7 mars 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, *op. cit.*, § 48 ; Cour EDH (déc.), 1 septembre 2015, *Da Silva Carvalho Rico c. Portugal*, n^o 13341/14, § 45 ; dans une hypothèse légèrement différente, à savoir les conséquences de la dénationalisation des biens, Cour EDH, 25 mars 2013, *Vistins et Perepjilkins c. Lettonie*, *op. cit.*, 129 .

²⁵⁹⁰ R. ARNOLD, « Allemagne. Rapport », in « Le juge constitutionnel et la proportionnalité », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2009, vol. 25, pp. 115-122, spéc. 118-119.

²⁵⁹¹ Le contrôle de la Cour de justice inclut en effet un contrôle des mesures alternatives dans le contrôle de proportionnalité opéré dans le cadre des libertés de circulation ; Marzal Yetano a par ailleurs montré comment le test de nécessité, et le test de proportionnalité n'était réellement mené que lorsque la question était de nature technique, ou analysée comme telle par la Cour, et non dogmatique, parce que la technicité serait au cœur de la construction de l'Union européenne ; M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 481-482.

b. Une relativité confirmée dans le cadre des autres droits

1063. La jurisprudence de la Cour est cependant fluctuante, et plusieurs affaires récentes ont pu laisser penser qu'elle entendait effectuer un contrôle de nécessité. Dans l'affaire *Nada*, par exemple, qui concernait l'assignation à résidence d'un individu en application des résolutions du Conseil de sécurité, la Grande Chambre a affirmé que pour « qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, la possibilité de recourir à une autre mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue »²⁵⁹². Certains auteurs y ont pourtant vu une « tendance très nette »²⁵⁹³ de la jurisprudence à effectuer un contrôle *strict* de nécessité. La réalité du contrôle exercé demeure pourtant incertaine. D'une part, dans cette affaire, la Cour n'a pas directement examiné l'existence de mesures alternatives, mais a reproché à l'État de n'avoir pas « pris toutes les mesures envisageables en vue d'adapter le régime des sanctions à la situation individuelle du requérant »²⁵⁹⁴. D'autre part, les contentieux impliquant des questions économiques et sociales, même récents, semblent au contraire confirmer l'absence de systématicité et son arrimage aux questions et intérêts en cause.

1064. La Cour a en effet fini par rejeter explicitement l'existence d'un critère strict d'efficience dans le cadre des contentieux qui impliquent la détermination d'un équilibre entre salariés et employeurs. Elle avait déjà conféré une certaine valeur à l'existence de méthodes moins contraignantes dans l'arrêt *Sigurjónsson*, qui concernait l'affiliation obligatoire d'un chauffeur de taxi à une association syndicale afin de pouvoir conserver sa licence d'exploitation. Or, parmi les motifs avancés par la Cour pour juger non « nécessaire dans une société démocratique » le mécanisme de l'affiliation obligatoire, elle considère que « l'affiliation ne représentait nullement l'unique moyen concevable de forcer les titulaires de licence à s'acquitter des devoirs et responsabilités qui pouvaient aller de pair avec les fonctions correspondantes ; ainsi, l'exercice efficace de certaines de celles que prévoyait la législation en vigueur n'exigeait pas une affiliation obligatoire »²⁵⁹⁵. La Cour ne détaille pas quelles seraient

²⁵⁹² Cour EDH (GC), 12 septembre 2009, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08, CEDH 2012, § 183.

²⁵⁹³ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour EDH des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *op. cit.* ; voy. dans le même sens, E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'homme à la croise des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, xliv-855 p., pp. 184-192.

²⁵⁹⁴ Cour EDH (GC), 12 septembre 2009, *Nada c. Suisse*, *op. cit.*, § 189.

²⁵⁹⁵ Cour EDH, 30 juin 1993, *Sigurdur A. Sigurjónsson c. Islande*, *op. cit.*, § 41

ces mesures, mais les fonctions de contrôle attribuées à un syndicat auraient vraisemblablement pu être dévolues à une autorité administrative, indépendante ou non²⁵⁹⁶.

1065. Il ne s'agit cependant pas d'un élément « déterminant », ce que la Cour a clairement affirmé dans l'arrêt *The National Union of Rail*, refusant clairement de dégager sur le fondement de la nécessité dans une société démocratique un principe d'efficience. Le syndicat requérant, sur le fondement de la théorie de la « substance » de la liberté d'association, alléguait que l'interdiction générale des grèves secondaires devait être soumise à un « critère strict de nécessité »²⁵⁹⁷ et proposait que la grève secondaire soit licite mais encadrée par certains critères²⁵⁹⁸. Le gouvernement défendeur avait alors contesté non seulement les critères et tenté de cristalliser l'analyse sur la seule loi existante, à l'exclusion des mesures alternatives, sans pour autant mobiliser la jurisprudence de la Cour sur l'absence de contrôle des mesures alternatives²⁵⁹⁹. En outre, le régime critiqué était issu d'une loi de 1990 qui était plus restrictive que la loi antérieure, qui avait organisé un examen au cas par cas et selon certains critères. Pourtant, et probablement en raison de l'insuffisante mobilisation de ces éléments par le syndicat requérant²⁶⁰⁰, la Cour a observé que « l'histoire législative du Royaume-Uni montre qu'il pouvait exister des solutions autres qu'une interdiction totale, cela n'est pas déterminant pour trancher la question » et le contrôle des mesures alternatives²⁶⁰¹.

1066. L'exclusion du contrôle des mesures moins attentatoires aux droits et libertés économiques contribue donc à préserver une souveraineté étatique significative en matière économique. Toutefois, dans la mesure où la Convention n'établit pas un ordre économique

²⁵⁹⁶ *Idem.*, § 22 : « Les fonctions principales dévolues au syndicat étaient effet de « a) suggérer des limitations du genre de celles que mentionne le paragraphe 19 ci-dessus; b) jouer le rôle de dépositaires des licences ; c) agréer les véhicules destinés à servir de taxis ; d) dans la mesure restreinte que précise l'arrêté de 1989, réglementer les dérogations temporaires à l'obligation, pour le titulaire d'une licence, d'exploiter en personne son propre véhicule, et statuer sur les demandes de pareille dispense » (référence aux dispositions de droit interne omises).

²⁵⁹⁷ Cour EDH, 8 avril 2014, *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 55.

²⁵⁹⁸ Il proposait en effet un critère de licéité du mouvement initial, ou, à défaut, un critère de « proximité » en vertu duquel il devrait exister « d'exiger une forme de lien entre les travailleurs menant l'action primaire et ceux menant une grève de solidarité avec eux » ; *idem.*

²⁵⁹⁹ Le gouvernement faisait en effet uniquement valoir que dans la mesure où « le Parlement a[vait] décidé de ne pas autoriser un examen au cas par cas et aurait préféré adopter une règle claire et uniforme (...), soit l'interdiction [était] conforme à la Convention soit elle ne [l'était pas] pas » ; *idem.*, § 68.

²⁶⁰⁰ La Cour insiste en effet sur le fait que l'État défendeur avait pu « fonctionner avec une restriction sur les actions secondaires plus légère » et que le « gouvernement n'a pas avancé que ce régime législatif présentait les difficultés évoquées ou que celles-ci étaient à l'origine de l'interdiction litigieuse ». Mais le syndicat requérant avait jugé que « la question de sa compatibilité avec la Convention présentait un 'intérêt purement théorique' » et qu'elle aurait quoi qu'il en soit « inacceptable » ; *idem.*, § 103.

²⁶⁰¹ *Idem.*

donné, le retrait du contrôle ne conduit pas à préserver une forme homogène d'intérêts économiques. Si la Cour avait exercé ce contrôle dans l'affaire *National Union of Rail et al.* et vraisemblablement conclu à une violation, le contrôle aurait conduit à conforter des atténuations au libéralisme économique. À l'inverse, l'absence de contrôle en matière d'imposition dans l'affaire *Plaisier BV* favorise l'interventionnisme étatique et la redistribution sociale, tout comme son exclusion dans les affaires concernant les autres mesures d'austérité consolide l'orthodoxie budgétaire décidées par les créanciers institutionnels de l'État grecs et celles, d'inspiration ordo-libérale, qui ont présidé à l'élaboration des divers mécanismes européens lors de la crise des dettes souveraine²⁶⁰².

1067. Il en va différemment lorsque ce contrôle s'inscrit dans le cadre de dispositions²⁶⁰³ établissant ou favorisant un ordre ou principe économique donné. Ainsi, comme dans le cadre de l'Union, le contrôle des mesures alternatives effectué par la Cour de justice réduit la liberté des États d'apporter des restrictions aux libertés de circulation établies par le traité et conduisent à relativiser l'importance accordée à d'autres préoccupations²⁶⁰⁴. Or, puisque les traités établissent la liberté de circulation comme principe afin de permettre la réalisation du marché intérieur, le contrôle contribue à la consolidation de l'ordre économique ainsi construit, et inversement. Dans la mesure où le cadre conventionnel n'établit pas structurellement de tels principes en matière économique, l'exclusion du contrôle des mesures alternatives conduira, du point de vue du système économique, à des effets qui dépendent de l'objet, de la finalité des actes internes litigieux et des intérêts soulevés par les requérants. La situation serait différente uniquement si la Cour effectuait un contrôle des mesures alternatives dans le cadre de certains contentieux économiques et pas dans d'autres, ce qui ne semble pas être le cas, à l'exception des cas dans lesquels les intérêts économiques coïncident avec un principe de l'ordre public

²⁶⁰² Voy. parmi les exemples référencés *supra* Cour EDH (déc.), 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, *op. cit.*, § 48 ; la Cour paraît effectuer un contrôle dans l'arrêt *Mamatas*, mais qui relève davantage de l'affirmation que de la démonstration ; Cour EDH, 21 juillet 2016, *Mamatas et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 116.

²⁶⁰³ Il semble en effet difficile de raisonner à partir de l'ordre juridique dans son ensemble, car si on transpose le contrôle à l'hypothèse d'une norme qui instaure par exemple des droits sociaux, l'exercice du contrôle des mesures alternatives réduira la possibilité pour les États de revenir sur ces droits.

²⁶⁰⁴ Voy. sur ce point les arrêts *Viking et Laval*, dans lesquels le contrôle des mesures alternatives annihile les effets de l'importance reconnue par la Cour de la « finalité sociale » de l'Union ; CJCE (GC), 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/095, § 79 ; 18 décembre 2007, *Laval*, C-341/05, § 105 ; en ce sens, le contrôle des mesures alternatives n'est effectivement pas une mise en balance, lequel aurait peut-être conduit à une meilleure protection des droits sociaux par rapport aux libertés économiques ; M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 121-122 ; *contra* , D. SARMIENTO, « La justice sociale dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, pp. 33-59, spéc. p. 47.

« politique » européen fondamental. Il en résulte que n'est pas « nécessaire dans une société démocratique » au sens de la Convention ce qui est économiquement le plus efficient ou socialement le plus juste.

1068. Au contraire, le contrôle des mesures alternatives est réintégré non en raison de considérations économiques, mais au nom de l'importance des droits en cause.

2. La réintégration au nom de l'importance des droits en cause

1069. À l'inverse, la Cour semble²⁶⁰⁵ recourir au contrôle de l'existence de mesures alternatives malgré la nature économique de la politique menée, ou de l'intérêt protégé, dès lors que celles-ci mettent en cause un principe jugé fondamental au sein de la « société démocratique » résultant de l'ordre conventionnel.

1070. Le contentieux relatif à la liberté d'expression est particulièrement topique de cette intensification du contrôle en cas de coïncidence entre l'intérêt économique et un intérêt tenant à la société démocratique. Dans l'affaire *Informationsverein Lentia et autres*, la Cour était saisie par deux associations, une société commerciale et plusieurs personnes physiques qui s'étaient vu refuser le droit de créer et d'exploiter une fréquence de radiodiffusion au nom du monopole attribué à un organe de droit public. Après avoir rapidement rejeté le grief fondé sur la troisième phrase de l'article 10 § 1, comme l'existence alléguée par les requérants « d'une grave atteinte à la liberté d'entreprise »²⁶⁰⁶, la Cour examine la licéité de ce monopole au regard de l'article 10 § 2. Elle commença par rappeler « le rôle fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique notamment quand, à travers la presse écrite, elle sert à communiquer des informations et des idées d'intérêt général » et que « pareille entreprise ne saurait réussir si elle

²⁶⁰⁵ La jurisprudence et l'abondance de contre-exemples rendent impossible de faire cette affirmation un principe ; voy. par exemple et parmi tant d'autres, Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Alisic et autres c. Bosnie et al.*, *op. cit.*, § 123 ; Cour EDH (GC), 25 octobre 2012, *Vistins et Perepjolkins, op. cit.*, § 129 : « En principe, il n'appartient pas à la Cour d'indiquer aux Parties contractantes quelles sont les mesures législatives ou réglementaires concrètes à prendre pour se conformer aux obligations qui leur incombent. Cela dit, l'échange de terrains ou la réduction des loyers dus aux requérants – tant que l'État ne disposait pas des moyens budgétaires requis pour procéder à une expropriation contre une juste indemnité – en constituent des exemples aisément envisageables. Enfin, les autorités auraient pu calculer les indemnités d'après la valeur cadastrale des terrains à la date où les requérants avaient effectivement perdu leur droit de propriété, au lieu de s'en tenir à leur valeur cadastrale de 1940 ».

²⁶⁰⁶ Cour EDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, n^{os}13914/88. 15041/89, 15717/89, 15779/89, 17207/90, Série A, n^o 276, §§ 31-33 ; la Cour ne relève d'ailleurs pas le moyen fondé sur la liberté d'entreprise.

se fonde sur le pluralisme, dont l'État est l'ultime garant »²⁶⁰⁷. Or, si la Cour reconnaît que le choix du monopole public est un « moyen d'assurer le respect de ces valeurs », elle juge que sa « radicalité » n'est pas en l'espèce justifiée. La centralité de l'existence de mesures alternatives est alors explicite, puisqu'elle affirme qu' « [e]nfin, et surtout, on ne saurait alléguer l'absence de solutions équivalentes moins contraignantes » comme l'imposition de cahiers des charges dans les licences ou des « formes de participation privée à l'activité de l'institution national »²⁶⁰⁸.

1071. L'importance du pluralisme et, par ricochet, de la liberté d'expression est attestée par d'autres affaires, dans lesquelles la Cour a également accepté d'opérer un contrôle des mesures alternatives, parfois pour les juger trop risquées et conforter le choix de l'État²⁶⁰⁹. À l'inverse, après avoir assimilé le discours litigieux à un discours commercial et rappelé la marge d'appréciation « élargie » qui s'imposait, la Cour a affirmé que « lorsqu'elles décident de restreindre les droits fondamentaux des intéressés, les autorités doivent choisir les moyens les moins attentatoires aux droits en cause »²⁶¹⁰, mais pour justifier à nouveau le choix effectué par l'État²⁶¹¹. On retrouve un procédé similaire dans l'arrêt *Stec* relatif aux inégalités économiques entre femmes et hommes²⁶¹².

²⁶⁰⁷ *Idem*, § 38.

²⁶⁰⁸ *Idem*, § 39.

²⁶⁰⁹ Cour EDH (GC), 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, n° 48876/08, CEDH 2013, § 122 : « [t]he risk of abuse is to be primarily assessed by the domestic authorities and the Court considers it reasonable to fear that this option would give rise to a risk of wealthy bodies with agendas being fronted by social advocacy groups created for that precise purpose. Financial caps on advertising could be circumvented by those wealthy bodies creating a large number of similar interest groups, thereby accumulating advertising time. The Court also considers rational the concern that a prohibition requiring a case-by-case distinction between advertisers and advertisements might not be a feasible means of achieving the legitimate aim. In particular, having regard to the complex regulatory background, this form of control could lead to uncertainty, litigation, expense and delay as well as to allegations of discrimination and arbitrariness, these being reasons which can justify a general measure. It was reasonable therefore for the Government to fear that the proposed alternative option was not feasible and that it might compromise the principle of broadcasting impartiality, a cornerstone of the regulatory system at issue » (références omises).

²⁶¹⁰ Cour EDH (GC), 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien c. Suisse*, *op. cit.* § 75 : la Cour note en effet que « [l]imiter la portée de la restriction incriminée au seul affichage sur le domaine public était ainsi une manière de réduire au minimum l'ingérence dans les droits de la requérante ».

²⁶¹¹ *Idem*.

²⁶¹² Cour EDH (GC), 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 56 ; les requérants estimaient qu'un âge unique de départ à la retraite aurait « pu aboutir au même résultat », sans passer donc par une discrimination, à quoi la Cour répond que « qu'un âge limite unique n'aurait pas abouti au même niveau de cohérence avec le régime légal de retraite, qui se fonde sur une « fin de la vie active » nominalement fixée à 60 ans pour les femmes et à 65 ans pour les hommes. Les prestations censées être perçues au même âge par les hommes et par les femmes auxquelles les requérants se réfèrent – l'allocation de chauffage pour la période hivernale et la gratuité des prescriptions médicales et des abonnements de bus (paragraphe 44 ci-dessus) – ne sont pas comme l'est la REA inextricablement liées à la notion d'emploi rémunéré ou de « vie active ». Les règles de péréquation des prestations destinées à garantir que lorsqu'une REA est versée, elle est déduite de la pension légale de retraite auraient de surcroît maintenu la différence de traitement litigieuse, dans la mesure où les femmes auraient toujours pu faire valoir leurs droits à la retraite et commencer à percevoir une REA à taux réduit cinq ans plus tôt que les hommes ».

1072. L'état de la jurisprudence reste cependant incertain, et il semble impossible d'identifier des critères précis qui entraînent le contrôle des mesures alternatives. Ce retour du contrôle semble néanmoins dépendre de l'appréciation du droit en cause et de l'intérêt et de sa place au sein des différentes sphères de protection dans l'ordre conventionnel et donc, d'un choix de valeurs qui est susceptible de conduire à une hiérarchisation. Les contentieux non économiques n'infirmement pas cette hypothèse. Le contrôle a par exemple été exercé dans le cadre des actes d'exécution des décisions du Conseil de sécurité²⁶¹³, ou les atteintes à la vie privée résultant de l'impossibilité de récupérer les corps et d'assister à l'enterrement d'un défunt ayant commis un acte terroriste²⁶¹⁴. L'arrêt *Glor*, auquel la Cour s'est référé dans l'arrêt *Nada*, ne l'infirmement pas davantage, puisque le requérant alléguait que le paiement de la taxe résultait était constitutif d'une discrimination liée à son handicap, ce qui pourrait également expliquer le recours à un contrôle plus intense²⁶¹⁵.

1073. Le contentieux environnemental l'illustre enfin particulièrement²⁶¹⁶. La chambre avait dégagé une obligation pour les États défendeurs selon laquelle « les États sont tenus de minimiser autant que possible l'ingérence dans l'exercice de ces droits, en recherchant d'autres solutions et, de manière générale, en s'efforçant d'atteindre leurs buts de la façon la plus respectueuse des droits de l'homme »²⁶¹⁷. La centralité de la question environnementale fondait à l'évidence cette solution, puisque la chambre avait rappelé dans le même paragraphe, au titre

²⁶¹³ Cour EDH (GC), 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08, § 183.

²⁶¹⁴ Cour EDH, 6 juin 2013, *Sabanchiyeva et autres c. Russie*, CEDH 2013, n° 38450/05, § 133, au sujet de l'impossibilité pour famille de récupérer les corps de terroristes ou même de participer aux funérailles ; voy. déjà Cour EDH, 12 novembre 2002, *Ploski c. Pologne*, n° 26761/95, § 37 ; dans cet arrêt, la Cour ne dit pas que des mesures alternatives existent, mais que le refus n'est légitime seulement si l'État fournit la preuve d'absence de mesures alternatives.

²⁶¹⁵ Cour EDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, n° 13444/04, CEDH 2009, § 52 ; voy. déjà en matière de discrimination entre héritiers « légitimes » et héritiers « naturels » ; Cour EDH, 28 septembre 1987, *Inze c. Autriche*, *op. cit.*, § 44 : « Le gouvernement autrichien lui-même a reconnu l'évolution de la société rurale et préparé un projet de loi qui les prend en compte. Désormais, l'attribution d'une exploitation agricole héréditaire dépendrait de circonstances objectives, notamment la formation à la gestion d'une ferme et le fait d'avoir été élevé dans la propriété dont il s'agit (paragraphe 26 ci-dessus). La réforme ainsi proposée, la Cour tient à le préciser, ne saurait en soi passer pour démontrer que les règles antérieures allaient à l'encontre de la Convention. Elle indique cependant que la législation incriminée aurait aussi pu atteindre son but en recourant à d'autres critères que la naissance légitime ou hors mariage » (nous soulignons).

²⁶¹⁶ Ici encore, il s'agit d'un exemple choisi parmi d'autres ; voy. en matière de discrimination fondée sur le sexe : Cour EDH, 20 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, *op. cit.*, § 147 : « Cela étant, la Cour admet que, eu égard à l'importance de l'armée pour la protection de la sécurité nationale, certaines restrictions au droit au congé parental peuvent se justifier, à condition qu'elles ne soient pas discriminatoires. Pour la Cour, il est possible d'atteindre le but légitime que constitue la protection de la sécurité nationale autrement qu'en limitant le droit au congé parental aux militaires de sexe féminin et en excluant tous les militaires de sexe masculin du bénéfice de ce droit ».

²⁶¹⁷ Cour EDH, 2 octobre 2001, *Hatton c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 97.

de postulat, que « dans le domaine particulièrement sensible de la protection de l'environnement, la simple référence au bien-être économique du pays n'est pas suffisante pour faire passer les droits d'autrui au second plan »²⁶¹⁸. L'obligation dégagée était d'ailleurs de nature procédurale, et permettait une conciliation entre marge d'appréciation, caractère intrusif du contrôle et importance des intérêts en cause.

1074. La Grande Chambre a cependant rejeté cette approche, au motif classique qu'il y avait lieu de « laisser à l'État le choix des moyens à employer pour remplir cette obligation [au regard du] caractère subsidiaire de sa fonction de contrôle », lequel « se born[ait] à examiner si telle ou telle solution adoptée peut passer ou non pour ménager un juste équilibre »²⁶¹⁹. L'opinion dissidente commune des cinq juges minoritaires – sur dix sept – éclaire à nouveau la réalité du choix de valeur. Partant du postulat, plus nettement affirmé encore, du lien entre le droit au domicile et la protection environnementale, de l'importance de celle-ci²⁶²⁰ et du caractère « fondamental du droit au sommeil »²⁶²¹, ceux-ci estiment que la violation est caractérisée parce que l'État défendeur n'avait « pas non plus réellement montré qu'il a envisagé toutes les autres solutions possibles, par exemple l'utilisation d'aéroports plus éloignés »²⁶²².

1075. Il semble donc que, en substance au moins, le test des mesures alternatives soit bien corrélé comme le souhaitent les partisans de sa généralisation dans le contentieux strasbourgeois²⁶²³ à l'importance accordée à l'intérêt protégé par le droit en cause, ou par le caractère intolérable de la situation examinée au regard des fondements axiologiques de l'ordre conventionnel²⁶²⁴.

²⁶¹⁸ *Idem.*

²⁶¹⁹ Cour EDH (GC), 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 123.

²⁶²⁰ Les juges affirment non seulement fonder leur opinion sur leur « interprétation de la jurisprudence pertinente », mais également sur le lien étroit entre la protection des droits de l'homme et la nécessité urgente de décontaminer l'environnement [qui les] amène à considérer la santé comme le besoin humain le plus fondamental et à la juger prééminente ». Ils poursuivent au regard du droit invoqué en s'interrogeant : Après tout, que représentent les droits de l'homme afférents au respect du domicile si, comme en l'espèce, le domicile d'une personne résonne de jour comme de nuit, constamment ou par intermittence, du vacarme des moteurs d'aéronefs ? » ; opinion dissidente commune aux juges *Costa, Ressa, Türmen, Zupančič et Steiner*.

²⁶²¹ *Idem.*, § 17.

²⁶²² *Idem.*, § 15.

²⁶²³ E. BREMS, L. LAVRYSEN, « 'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut' : Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 150.

²⁶²⁴ Sur les suppressions totales de pensions mettant en danger la subsistance même de l'individu ; Cour EDH (GC), 13 décembre 2016, *Belané Nagy c. Hongrie*, *op. cit.*, § 123. « La Cour constate que la requérante a été totalement privée de toute prestation au lieu d'être soumise à une réduction proportionnée de son allocation, par exemple grâce à un calcul au prorata du nombre de jours de cotisation existants et manquants sachant que sa durée de cotisation n'était inférieure que de 148 jours à celle requise. Il s'agit d'un élément d'autant plus important que la requérante ne dispose pas d'autre source conséquente de revenus pour assurer sa subsistance et qu'elle a manifestement du mal à trouver un emploi rémunérateur et appartient au groupe vulnérable des personnes

handicapées. La Cour tient en effet compte des caractéristiques particulières du type de pension en cause. Alors même que, ainsi qu'il a déjà été indiqué, la réadaptation de la requérante avait été recommandée en décembre 2011, cette mesure n'a pas été adoptée et l'allocation correspondante ne lui a pas été attribuée » (nous soulignons ; références omises).

CONCLUSION DU CHAPITRE 7

1076. J. Bomboff notait dans sa thèse que les « *arguments* » utilisés par les juges ne traduisaient pas seulement leur rôle dans la solution juridique apportée, mais étaient « *ultimately also as reflective of a particular underlying conception of the appropriate roles for law and judges* »²⁶²⁵. En ce sens, la jurisprudence de la Cour relative au contrôle des actions de l'État en matière économique reflète indéniablement le caractère périphérique de ces questions par rapport à l'ordre conventionnel comme au contrôle juridictionnel dont elle a la charge.

1077. La marge d'appréciation témoigne de cette volonté de situer les droits économiques à la périphérie de l'ordre conventionnel. Alors que le décloisonnement est assumé en matière de champ d'application des droits matériels, la distinction resurgit au stade de l'application des droits entre une sphère qui serait traditionnelle et mériterait un contrôle européen poussé et une sphère économique qui impliquerait un retrait du contrôle. Ce retrait est justifié soit par la nature même des droits, soit par la nature même des politiques économiques et sociales menées et traduit dès lors une hiérarchisation au sein du mécanisme conventionnel opérée au détriment des droits en matière économique. Très répandu dans la jurisprudence internationale et nationale, il illustre un mouvement généralisé dans le droit occidental qui affaiblit la normativité des droits et libertés fondamentaux en matière économique.

1078. Cette action centrifuge ne tient pourtant pas qu'à la nature des droits garantis ou à leurs interactions avec les politiques nationales, mais procède également de la nécessité pour la Cour d'assurer un équilibre des pouvoirs acceptable par les États. Ce second facteur ne se confond ni n'exclut le facteur de la nature des droits, mais contribue au contraire à l'éclairer. Parce que l'aménagement de ces droits implique des choix économiques, la Cour ne s'estime ni la plus compétente, ni la plus légitime pour les effectuer. En ce sens, la marge d'appréciation est bien un reflet du caractère subsidiaire de son contrôle. La nature politique de ces choix induit de plus que la marge est susceptible de varier selon le jeu bien connu – à défaut d'être toujours prévisible – du consensus européen, mais également afin de préserver la possibilité d'un débat démocratique interne à l'État. En réalité, malgré un discours spécifique, ni la nature internationale ou européenne, ni l'office particulier du juge européen – un catalogue limité que de droits de l'homme – ne suffisent à expliquer entièrement ce retrait du contrôle. Le droit

²⁶²⁵ J. A. BOMBOFF, *Two discourses of balancing: the origins and meaning of 'balancing' in 1950s and 1960s German and U.S. Constitutional Rights Discourse*, thèse de doctorat, Université de Leiden, 2012, 388 p., p. 44.

comparé permet en effet de relativiser la spécificité du mécanisme européen. C'est la nature *juridictionnelle* qui explique en grande partie l'atténuation du contrôle dans une matière perçue, à tort ou raison, par les juges comme par leurs destinataires comme relevant de l'attribution d'autres autorités – les États pour les uns, le législateur pour d'autres. Certains contre-exemples apparents n'infirmes pas ce constat. Au contraire, le contrôle du juge n'est facilement rétabli que lorsque les normes qu'il doit appliquer définissent un ordre économique, c'est-à-dire lorsque leurs auteurs, qui ne sont pas des juges, ont effectué les choix que le juge refuse de faire.

1079. Les modalités du contrôle de proportionnalité confirment ce phénomène de retrait en matière économique. Étendu dans son domaine, le contrôle de proportionnalité accroît parfois le champ du contrôle européen en transformant des dispositions pensées comme de clauses de réserve des prérogatives étatiques en prérogatives conditionnées par le juste équilibre et le raisonnable. Il permet même parfois d'ajouter des conditions de licéité aux ingérences étatiques, comme en matière de juste indemnisation. Ce faisant, cependant, il conduit à une dilution des prérogatives étatiques comme des intérêts individuels dans la figure du juste équilibre. Celui-ci, comme le montre l'exemple de l'indemnisation en cas d'ingérence dans le droit au respect des biens, est économiquement indéfini. Il autorise aussi bien une acception libérale des droits subjectifs qu'il légitime les politiques de redistribution qui affectent le droit de propriété. Le cadre posé est donc large, et la liberté de moyens des États est particulièrement préservée par la faible intensité du contrôle de l'adéquation. De plus, l'absence d'examen systématique de la nécessité des mesures en matière économique conforte cette liberté de moyens autant qu'elle confirme la persistance de l'opposition perçue entre les droits garantis et la matière économique. Souvent exclue en matière économique, elle est plus volontiers réintroduite lorsque des intérêts ou des principes non économiques se confondent avec la question économique posée. En d'autres termes, le contrôle devient plus restrictif en matière économique lorsque des considérations non économiques l'imposent. Cependant, parce que l'ordre conventionnel ne définit pas un cadre ou un sens économique précis, un tel contrôle plus intense demeure intrinsèquement ambivalent du point de vue de ses effets, et peut amener à la remise en cause de politiques libérales comme de politiques non libérales.

CHAPITRE 8 : L'ABSENCE D'UN ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE EUROPÉEN

1080. La Cour percevant les questions économiques comme étant, prises par elles-mêmes, périphériques ou non centrales dans le système social créé par l'ordre conventionnel, la Convention ne devrait pas créer un ordre public économique européen. La définition de l'ordre public économique est incertaine, et par suite celle de l'ordre public économique, et elle ne figure d'ailleurs pas directement dans la jurisprudence conventionnelle²⁶²⁶. Évolutive par nature²⁶²⁷, la notion renverrait à une technique de contrainte des volontés particulières en matière économique²⁶²⁸. Si la nature internationale du mécanisme européen n'exclut en rien la possibilité que la Convention fonde un tel ordre²⁶²⁹, elle impliquerait qu'un consensus « social » se dégage en matière économique, et aurait ensuite pour effet non seulement de contraindre les volontés particulières, mais également la volonté étatique dans les limites et le sens qu'elle souhaiterait apporter à celles-ci.

1081. Or, dans la mesure où le texte conventionnel ne définit pas explicitement un ordre public économique, seule la Cour pourrait en définir le contenu ou le sens. Pourtant, la large invocabilité des motifs d'ordre public économique nationaux (Section 1) comme l'absence d'équilibre économique structurel et assumé dans sa jurisprudence de la Cour témoignent de ce que la Cour n'entend pas définir un ordre public économique européen comme elle a affirmé l'existence d'un « ordre public européen »²⁶³⁰ en matière non économique (Section 2).

²⁶²⁶ La seule exception, à notre connaissance, n'en est pas vraiment une puisque Cour EDH (déc.), 17 janv. 2012, *GALEC c. France*, n° 51255/08, p. 7. La Cour s'était en effet contentée de s'approprier l'expression qui avait été employée par le Conseil constitutionnel lorsqu'il avait apprécié la constitutionnalité de l'article L. 442-6 du Code de commerce qui fonde l'action autonome du ministre de l'Économie française en matière de pratiques anticoncurrentielles afin d'en confirmer la conventionalité au regard des garanties de l'article 6 de la Convention » ; sur la possibilité d'une analyse matérielle de la notion en droit européen des droits de l'homme, voy. O. BAILLET, « La notion d'ordre public économique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'ordre public économique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2018, 406 p., pp. 201-227.

²⁶²⁷ On se rappellera pour s'en convaincre que G. Farjat, le premier à avoir employé la notion en langue française, l'avait employé pour caractériser son évolution – du point de vue du droit privé – d'un ordre libéral au XIX^{ème} siècle vers un ordre interventionniste au XX^{ème} siècle ; aujourd'hui, l'ordre serait concurrentiel ; voy. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1961, 543 p ; Th. PEZ, « L'ordre public économique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2015, vol. 49, pp. 43-57.

²⁶²⁸ Th. PEZ, « L'ordre public économique », *idem*.

²⁶²⁹ F. LATTY, « L'ordre public sans l'État », in Ch.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Paris, Éditions Cujas, 2013, 342 p., pp. 21-31.

²⁶³⁰ Cour EDH (GC), 28 juillet 1998, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, CEDH 1998-IV, § 48.

SECTION 1 : L'INVOCABILITÉ LARGE DES MOTIFS D'ORDRE PUBLIC
ÉCONOMIQUE NATIONAUX

1082. L'invocabilité large des motifs d'ordre public économique nationaux découle d'abord de la diffusion du motif d'ordre public économique au sein de l'ensemble des droits garantis (§1), mais aussi de l'indétermination du contenu de ces ordres publics économiques nationaux (§2).

§1. L'extension du motif d'ordre public économique

1083. Le phénomène d'extension du motif économique comme motif d'ingérence dans les droits conditionnels, dont la restriction est organisée par le texte conventionnel, a été facilité par la diffusion en substance des motifs invocables malgré les quelques différences de rédaction des clauses conventionnelles (A), et son irruption ambivalente au sein des autres droits (B).

A. La diffusion au sein des droits conditionnels

1084. La diffusion du motif économique a été permise par l'uniformisation du motif économique d'intérêt général (1) comme par la mobilisation de la protection des « droits d'autrui » (2).

1. L'uniformisation du motif économique d'intérêt général

1085. Le motif économique d'intérêt général transcende les distinctions textuelles qui figurent dans la Convention. Le « bien-être économique » a été étendu au-delà de l'article 8 au sein seul duquel il figurait (a), et la Cour a effacé toute distinction entre « utilité publique » et « intérêt général » au sein de l'article 1P1 (b).

a. Le bien-être économique au-delà de l'article 8

1086. Contrairement à certains instruments plus récents, comme la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁶³¹, et même à certains instruments plus anciens, la Convention ne dispose pas d'une clause générale qui organise la limitation des droits fondamentaux.

1087. Parmi les articles 8 à 11 du texte conventionnel initial, seul le second paragraphe de l'article 8 renvoie expressément au motif économique comme motif d'ingérence dans les droits garantis. Les travaux préparatoires montrent que cette introduction a été dictée par des motifs à la fois restrictifs et précis. Le gouvernement britannique souhaitant en effet assurer la préservation du droit de l'État d'ouvrir les correspondances afin d'empêcher l'exportation illégale de devises²⁶³². Les buts visés par les seconds paragraphes des articles 9 et 11 visent des composantes classiques de l'ordre public, à savoir « la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui » tandis que celui de l'article 10 y ajoute les actes adoptés « pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

1088. La spécificité des motifs ayant conduit à l'inclusion du « bien-être économique » au sein de l'article 8 comme l'absence de toute référence textuelle à l'absence d'exhaustivité des objectifs auraient pu conduire à une interprétation restrictive de la part de la Cour. Dans le cadre de l'article 10, par exemple, la Cour a ainsi fait référence au « bien économique »²⁶³³. La terminologie a également été employée, dans le cadre de l'application de l'article 1P1, pris isolément²⁶³⁴ ou combiné avec l'article 14²⁶³⁵, même si certains juges ont relevé l'absence du

²⁶³¹ L'article 52 § 1 de la Charte énonce en effet de manière générale que « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

²⁶³² Voy. *supra*, § 54.

²⁶³³ Cour EDH, 12 mai 2005, *Steel et Morris*, *op. cit.*, § 94

²⁶³⁴ Cour EDH (déc.), 6 janvier 2005, *Hoogendijk c. Pays-Bas*, n° 58641/00, § 1 ; (déc.), 22 septembre 2005, *Goudswaard-Van der Lans c. Pays-Bas*, n° 75255/01, CEDH 2005-XI ; 13 décembre 2011, *Lakićević et autres c. Monténégro et Serbie*, n°s 27458/06, 33604/07, 37205/06 et 37207/06, § 68.

²⁶³⁵ Cour EDH (GC), 18 février 2009, *Andrejeva c. Lettonie*, *op. cit.*, § 86.

« bien-être économique » au sein de l'article 1P1 afin de tenter de limiter l'importance accordée aux considérations économiques²⁶³⁶.

1089. Cette intégration est par ailleurs indépendante de la nature économique des intérêts invoqués par les requérants.

b. L'assimilation de l'utilité publique et de l'intérêt général

1090. Le second phénomène d'uniformisation du motif économique se situe dans l'interprétation des diverses normes de l'article 1P1. La norme concernant la privation de propriété subordonne en effet celle-ci à « l'utilité publique », tandis que le second alinéa se réfère à « l'intérêt général » et la première phrase du premier alinéa ne se réfère ni à l'un, ni à l'autre.

1091. Dans l'affaire *James et autres*, les requérants avaient tenté d'établir une distinction entre « l'utilité publique » au sens de la privation de propriété, et « l'intérêt général » au sens du droit du règlementation des biens. Selon eux, l'utilité publique consistait en un standard plus élevé qui impliquait un bénéfice à l'ensemble de la société, qui n'englobait notamment pas les transferts de propriété d'une personne privée à une autre, et que « l'article 1(P1-1) laisserait plus de latitude à l'État pour règlementer l'usage des biens que pour priver quelqu'un de sa propriété »²⁶³⁷. La Cour a rejeté cette interprétation non seulement en recourant aux méthodes d'interprétation du droit international et en tenant compte de l'objet et du but de l'article 1P1. Elle s'est cependant aussi appuyée sur une conception accueillante de la diversité des politiques économiques et sociales des États. Elle a en effet jugé que l'utilité publique était « de nature à englober des mesures d'expropriation prises dans le cadre d'une politique de justice sociale »²⁶³⁸. Elle a en outre rejeté toute différence de nature entre l'expropriation et « des mesures fiscales, destinées à assurer une distribution équitable des richesses »²⁶³⁹. Alors qu'elle avait admis qu'il pouvait exister une différence entre les deux, la Cour a rapidement transformé

²⁶³⁶ Opinion en partie dissidente commune aux juges Tulkens, Kovler, Gyulumyan, Spielmann, Popović, Malinverni et Pardalos sous Cour EDH (GC), 7 juillet 2011, *Stummer et autres c. Autriche*, op. cit., § 3.

²⁶³⁷ Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, op. cit., §§ 39, 43 et 44.

²⁶³⁸ *Idem*, § 42.

²⁶³⁹ *Idem*, § 44.

les deux notions en synonymes, regroupant régulièrement les deux sous la notion de « but légitime »²⁶⁴⁰, celui-ci devant être « conforme à l'intérêt général »²⁶⁴¹.

1092. De la même manière, un régime similaire a été appliqué à la « première norme » issue de l'article 1P1, à savoir le principe général selon lequel « [t]oute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ». L'uniformisation sous l'angle du « juste équilibre » a en effet conduit la Cour à juger « que l'existence d'une « cause d'utilité publique » exigée en vertu de la deuxième phrase, ou encore « l'intérêt général » mentionné dans le deuxième alinéa, constituent en fait des corollaires du principe énoncé à la première phrase » et qu'[en conséquence, une ingérence dans l'exercice du droit au respect des biens, au sens de la première phrase de l'article 1, doit également poursuivre un but d'utilité publique »²⁶⁴². De fait, la Cour examine parfois la licéité d'une ingérence dans cette première norme en se référant à « l'intérêt général »²⁶⁴³, parfois à « l'utilité publique »²⁶⁴⁴, parfois encore aux deux²⁶⁴⁵. Elle fait d'ailleurs de temps à autre explicitement référence au régime homogène sous lequel sont placées les normes de l'article 1P1²⁶⁴⁶, notamment lorsqu'elle affirme que « [a]ny interference with a property right,

²⁶⁴⁰ Voy. parmi tant d'autres exemples Cour EDH (GC), 30 juin 2005, *Jahn et autres c. Allemagne*, op. cit., §§ 88 et 91 : « La Cour doit maintenant rechercher si cette privation de propriété poursuivait un but légitime, à savoir s'il existait une « cause d'utilité publique » au sens de la seconde règle énoncée par l'article 1 du Protocole n° 1 (...) La Cour estime que, grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'« utilité publique ». Dans le mécanisme de protection créé par la Convention, il leur appartient par conséquent de se prononcer les premières sur l'existence d'un problème d'intérêt général justifiant des privations de propriété » (nous soulignons).

²⁶⁴¹ Voy. par exemple Cour EDH (GC), 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, op. cit., : il s'agit de l'intitulé de la subdivision « b » entre les paragraphes 173-174.

²⁶⁴² Cour EDH (GC), 5 janvier 2000, *Beyeler c. Italie*, op. cit., § 111 ; (GC), 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, op. cit., § 148.

²⁶⁴³ Cour EDH, 16 avril 2002, *S.A. Dangeville c. France*, op. cit., §§ 52-58 ;

²⁶⁴⁴ Cour EDH, 21 juillet 2016, *Mamatas et autres c. Grèce*, op. cit., §§ 96 et 101-105.

²⁶⁴⁵ Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Alisić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et « l'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, op. cit., § 106 : « Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est « d'utilité publique ». Dans le mécanisme de protection créé par la Convention, il leur appartient par conséquent de se prononcer les premières sur l'existence d'un problème d'intérêt général justifiant des mesures applicables dans le domaine de l'exercice du droit de propriété. Dès lors, elles jouissent ici d'une certaine marge d'appréciation, comme en d'autres domaines auxquels s'étendent les garanties de la Convention. Le législateur disposant d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'« utilité publique » ; voy. aussi Cour EDH (GC), 11 décembre 2018, *Lekić c. Slovénie*, op. cit., § 105 : la Cour se réfère à l'intérêt général, mais cite la jurisprudence *Jahn et autres* qui se fonde elle sur l'utilité « publique » ; voy. déjà (GC), 30 août 2007, *J.A. Pye (Oxford) et J.A. Pye (Oxford) land Ltd c. Royaume-Uni*, op. cit., § 71.

²⁶⁴⁶ Cour EDH, 25 septembre 2014, *Viaropoulou et autres c. Grèce*, nos 570/11 et 737/11, § 44 : « [L]a Cour rappelle que l'article 1 du Protocole n° 1 exige, avant tout et surtout, qu'une ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens soit légale et poursuive un but légitime « d'utilité publique » ; la norme à partir de laquelle l'examen est mené n'est d'ailleurs même pas précisée par la Cour.

irrespective of the rule it falls under, can be justified only if it serves a public (or general) interest »²⁶⁴⁷.

1093. Le caractère purement sémantique de cette variété terminologique n'est pas anodin. Il traduit en effet cette uniformisation du standard entre les diverses normes qui constituent le droit au respect des biens, et implique qu'aucune différence intrinsèque de nature ou de légitimité n'existe entre les motifs qui permettent de porter des atteintes pourtant d'intensité différentes aux biens protégés par l'ordre conventionnel, contrairement à ce que tentaient de faire valoir les requérants dans l'arrêt *James et autres*.

2. Le recours aux droits d'autrui

1094. Les droits d'autrui sont systématiquement mentionnés dans les clauses d'ordre public que renferme le texte conventionnel. Envisageant l'État dans son rôle d'arbitre entre les intérêts particuliers, et ces « droits d'autrui » ont permis l'intégration de motifs économiques variés d'action de la part des autorités nationales.

1095. La reconnaissance, par exemple, de la fonction de régulation des États de la liberté d'expression en matière commerciale au nom de la préservation de la concurrence est identifiée au moyen de la protection des « droits d'autrui », qu'ils bénéficient ou non de la protection conventionnelle. Dès l'affaire *Barthold*, par exemple, la Cour avait admis que l'encadrement du discours commercial de certaines professions visait, selon les termes du gouvernement défendeur, « les 'droits' des confrères et des consommateurs »²⁶⁴⁸, ce qui vaut également pour d'autres professions comme les avocats. Il en va également ainsi des législations ou décisions des autorités nationales qui restreignent le discours porté sur les activités économiques et commerciales des opérateurs²⁶⁴⁹, la Cour ayant parfois explicitement assimilé la concurrence

²⁶⁴⁷ Cour EDH, 31 mai 2016, *Vukusić c. Croatie*, *op. cit.*, § 55.

²⁶⁴⁸ Cour EDH, 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*, *op. cit.*, § 50 : la Cour se contente en réponse, au regard des conclusions d'une juridiction nationale, de noter qu'il n'existe « aucune raison de penser qu'elle ait poursuivi d'autres objectifs, étrangers à la Convention » (§ 51).

²⁶⁴⁹ Cour EDH (plén.), 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, *op. cit.*, § 31 : « Selon les termes mêmes de l'arrêt du 16 janvier 1980, l'article litigieux risquait de provoquer des soupçons injustifiés quant à la politique commerciale du Club et de nuire ainsi à l'activité économique de ce dernier. La Cour constate que l'ingérence tendait donc à protéger la réputation et les droits d'autrui, à des fins légitimes au regard du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2) » ; 12 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 94 : Toutefois, en plus de l'intérêt général que revêt un débat libre sur les pratiques commerciales, il existe un intérêt concurrent à protéger le succès commercial et la viabilité des entreprises pour le bénéfice des actionnaires et des employés mais aussi pour le bien économique au sens large » ; dans le même sens, 19 juillet 2011, *Uj c.*

loyale à « la protection des droits d'autrui »²⁶⁵⁰. De la même manière, la protection des titulaires de droit de propriété intellectuelle relève de la protection des droits d'autrui²⁶⁵¹.

1096. La Cour assimile également la protection d'intérêts économiques concurrents ou divergents même lorsque le conflit se noue dans le cadre de l'article 8 et malgré la mention du « bien-être économique ». Ainsi, a été reconnu comme légitime au nom de la « protection des droits d'autrui » le but d'une loi qui visait à recueillir des informations relatives à la situation patrimoniale du failli afin d'éviter que celui-ci ne détourne son patrimoine au détriment des créanciers »²⁶⁵². Cela peut également être constitué par les droits de la société vis-à-vis d'une personne qui a été inscrite au registre des faillis²⁶⁵³. Une même finalité peut d'ailleurs parfois être reconnue comme participant à la réalisation des deux finalités²⁶⁵⁴.

1097. La catégorie « d'autrui » est par ailleurs entendue largement, permettant ainsi une intégration d'autant plus large d'intérêts économiques des concurrents. Le contentieux illustre parfois le caractère extensible de la notion. La Cour a ainsi reconnu que « les droits d'autrui » pouvaient viser les droits de l'employeur, public ou privé, et notamment sa capacité à conclure et exécuter des contrats²⁶⁵⁵. Cette position avait été contestée par le syndicat requérant dans l'affaire qui concernait les grèves secondaires, justement au motif que cela permettait de « restreindre le droit de grève à cause de son impact éventuel sur l'employeur puisque, pour lui,

Hongrie, op. cit., § 22 ; Cour EDH, 24 février 1994, *Casado Coca c. Espagne, op. cit.*, § 46, encore que les termes employés par la Cour sont moins explicites que ceux retenus par la Commission ou l'État défendeur et sans qu'elle réponde directement aux arguments du requérants selon laquelle la législation incriminée « constituerait une manière de préserver les intérêts de certains professionnels privilégiés ».

²⁶⁵⁰ Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse, op. cit.*, § 42.

²⁶⁵¹ Cour EDH (déc.), 19 février 2013, *Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède, op. cit.* : « [I]a Cour admet que l'ingérence poursuivait un but légitime, à savoir la protection des parties civiles titulaires de droits d'auteur sur les œuvres litigieuses. Il s'ensuit que la condamnation des requérants à des peines d'emprisonnement poursuivait les buts légitimes de « protection des droits d'autrui » et de « prévention des infractions » au sens de l'article 10 § 2 » ; dans le même sens, 10 janvier 2013, *Ashby McDonald et autres c. France, op. cit.*, § 40.

²⁶⁵² Cour EDH, 17 juillet 2003, *Luordo c. Italie*, n° 32190/96, CEDH 2003-IX, § 76 ; du même jour, Cour EDH, 17 juillet 2003, *Bottaro c. Italie*, n° 56298/00, § 29.

²⁶⁵³ Cour EDH, 23 mars 2006, *Campagno c. Italie*, n° 77955/01, § 60 : « En même temps, la Cour reconnaît que certaines incapacités poursuivent le but consistant à protéger les droits d'autrui. Cela est le cas, par exemple, de l'exclusion *ex lege* de l'associé failli d'une société, mesure dont le but est de préserver la société *in bonis* des effets de l'insolvabilité personnelle de l'associé » (bien qu'elle mette en doute la réalité *in casu* du but poursuivi).

²⁶⁵⁴ Cour EDH, 21 novembre 1995, *Velosa Barreto c. Portugal*, n° 18072/91, § 25 ; voy. aussi Cour EDH, 25 juillet 2013, *Rousk c. Suède*, n° 27183/04, § 135 : dans laquelle la Cour note que la vente forcée d'un bien immobilier était fondée sur une loi qui « *had the legitimate objective of protecting the rights and freedoms of others, namely that of the purchaser of the property, as well as the economic well-being of the country, by ensuring the collection of taxes* ».

²⁶⁵⁵ Cour EDH (déc.), 10 janvier 2002, *Unison c. Royaume-Uni*, n° 53574/99, CEDH 2002-I : « *The Court is satisfied that the employer UCLH could claim that its ability to carry out its functions effectively, including the securing of contracts with other bodies, might be adversely affected by the actions of the applicant and accordingly the measures taken to prevent the strike may be regarded as concerning the "rights of others", namely those of UCLH* ».

le but même d'une grève est d'avoir un fort impact sur l'employeur afin de l'inciter à accéder aux demandes des travailleurs » et qu'il ne fallait « pas que les intérêts économiques de l'employeur l'emportent sur les droits de l'homme dans le chef des salariés »²⁶⁵⁶. La Cour a pourtant confirmé la position adoptée dans l'affaire *UNISON*, mais a considéré que les droits et libertés d'autrui pouvaient recouvrir un spectre plus large et relativement indéfini. Relevant en effet que les actions secondaires pouvaient éventuellement « empiéter sur les droits de personnes étrangères au conflit du travail, provoquer de grosses perturbations économiques et affecter les services rendus au public », elle a jugé que l'interdiction litigieuse « visait un but légitime, à savoir la protection des droits et libertés d'autrui, étant entendu que le terme « autrui » ne désigne pas uniquement l'employeur pris dans un conflit du travail »²⁶⁵⁷ sans identifier plus précisément ces autres « tiers ». La Cour a aussi admis, sur le fondement de l'article 8, que l'expulsion d'un résident du parc social de logement avait pour but la protection des « *rights of welfare recipients, to whom the flat should be reallocated* »²⁶⁵⁸.

1098. Le motif économique n'est pas aussi uniformément présent dans le cadre des autres droits garantis.

B. La présence inégale au sein d'autres droits

1099. Le motif économique de limitation, ou d'aménagement, dépasse largement la sphère des droits dont la Convention permet expressément l'invocation de motifs. La jurisprudence de la Cour témoigne de ce que ce motif fait insidieusement irruption dans le cadre des droits inconditionnels, c'est-à-dire en principe insusceptibles de dérogation (1). En revanche, la Cour contient plus fortement son irruption dans le cadre de l'exécution des obligations de l'État débiteur (2), témoignant d'un pouvoir de décision très fort en la matière.

²⁶⁵⁶ Cour EDH, 8 avril 2014, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, 80.

²⁶⁵⁷ *Idem*, § 82.

²⁶⁵⁸ Cour EDH, 6 décembre 2011, *Gladysheva c. Russie*, n° 7097/10, § 92.

1. L'intégration insidieuse au sein des droits inconditionnels

1100. La large diffusion du motif économique a été permise dans l'ensemble des droits au sujet desquels la Convention organise la conditionnalité. En d'autres termes, les droits insusceptibles de dérogation ne sont pas censés permettre la prise en considération d'intérêts étatiques comme motif légitime d'ingérence dans les droits.

1101. Les conséquences de la crise économique en Grèce, conjuguée à la crise migratoire, ont d'ailleurs été particulièrement soulignées de l'asymétrie de la prise en considération des conditions de vie économique dans la situation des réfugiés ou migrants. La Cour a en effet pris en considération du côté des requérants, la possibilité que l'insuffisance de l'aide publique conduise à des conditions matérielles d'existence contraires à l'article 3. Elle a également pris en considération la réalité des perspectives économiques du requérant. Elle nota que le droit grec prévoyait « munis de la carte rose, les demandeurs d'asile [avaient] accès au marché du travail, ce qui aurait permis au requérant d'essayer de mettre un terme à sa situation et de pourvoir à ses besoins essentiels (...) ». Elle jugea cependant que « pratiquement, l'accès au marché du travail comporte tant d'obstacles administratifs qu'il ne peut être considéré comme une alternative réaliste », notamment dans le « le contexte général de crise économique »²⁶⁵⁹. En revanche, la crise économique ne constitue pas un motif d'exonération pour les États défendeurs. Si la Cour a souvent jugé utile de rappeler qu'« elle ne saurait sous-estimer le poids et la pression que cette situation fait peser sur les pays concernés, d'autant plus lourds qu'elle s'inscrit dans un contexte de crise économique »²⁶⁶⁰, cela n'a pas suffi à empêcher les constats de violation. Au contraire, il semble que ce rappel serve avant tout à favoriser

²⁶⁵⁹ Cour EDH (GC), 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, *op. cit.*, § 261 ; dans le même sens, la réalité de l'accès au marché du travail peut également jouer comme facteur aggravant lorsque le droit interne rend plus compliqué encore le droit de travailler ; voy. par exemple Cour EDH, 13 octobre 2016, *B.A.C. c. Grèce*, n° 11981/15, § 43 : « *It should be noted in that connection that at the material time there were restrictive conditions on asylum-seekers vis-à-vis obtaining work permits. According to Article 4 of Decree No. 189/1998 (abolished in April 2016), proof had to be provided, in particular, that no person already holding refugee status had expressed interest in working in the particular occupational sector. Moreover, a 19 October 2012 circular from the Labour Minister pointed out that in order to obtain a work permit an asylum-seeker had to present a certificate from a public body attesting that there had been no unemployed nationals, EU nationals or persons with refugee status wishing to work in the sector in question.* In addition to this statutory obstacle, there was also a further practical difficulty bound up with the economic crisis and the large number of unemployed job-seekers » (nous soulignons).

²⁶⁶⁰ Cour EDH (GC), 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, *op. cit.*, § 223 ; (GC), 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09, CEDH 2012, § 122 ; le rappel est parfois effectué dans le cadre de constats de non-violation, sans que la motivation permette d'évaluer s'il s'agit d'un rappel rhétorique ou si cela a pesé dans le raisonnement de la majorité ; voy. par exemple au sujet de l'article 4P4, Cour EDH (GC), 15 décembre 2016, *Khlaifia et autres c. Italie*, n° 16483/12, CEDH 2016, § 241.

« l'acceptabilité »²⁶⁶¹ de celui-ci du point de vue des États défendeurs et de jouer, en quelque sorte, une fonction « explicative »²⁶⁶².

1102. Dans d'autres domaines d'application de l'article 3, pourtant, la réaffirmation du principe est claire mais l'ensemble de la jurisprudence dresse un tableau ambigu. En matière pénitentiaire, par exemple, le manque de ressources et/ou d'infrastructures n'est pas un motif de justification des traitements infligés aux détenus, la Cour jugeant qu' « il incombe à l'État défendeur d'organiser son système pénitentiaire de manière à assurer le respect de la dignité des détenus, indépendamment de difficultés financières ou logistiques »²⁶⁶³. En revanche, dans l'affaire *Gheorghe*, le requérant, atteint d'une hémophilie de type A, jugeait que l'absence de fourniture d'un traitement préventif avait conduit à l'aggravation considérable de sa maladie. Si la Cour a admis, sous l'angle de l'article 2, qu' « une question peut se poser sous l'angle de l'article 2 de la Convention lorsqu'il est prouvé que les autorités d'un État contractant ont mis la vie d'une personne en danger en lui refusant les soins médicaux », elle a immédiatement restreint la portée du droit en ne visant que les soins médicaux que les autorités « se sont engagées à fournir à l'ensemble de la population ». Cela lui a ensuite permis de justifier l'absence de traitement au motif de son « coût élevé » et des « choix à faire en termes de priorités et de ressources » qui incombent aux autorités nationales²⁶⁶⁴. La Cour ne semble en réalité admettre la fourniture gratuite de soins que dans la mesure où l'État est directement responsable de la situation du requérant, soit parce qu'il l'a lui-même causée soit parce que l'individu est placé sous sa responsabilité²⁶⁶⁵.

1103. Cette dernière hypothèse illustre que la Cour n'est pas tant guidée par une conception absolue de la dignité humaine, que par la nature particulière des requérants et leur charge pour l'État. D'ailleurs comme on l'a vu, la Cour a, jusqu'à présent, systématiquement refusé de

²⁶⁶¹ Entendue comme « la capacité du juge à coller constamment au plus près de la réalité qui l'environne » ; P. MUZNY, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratie*, op. cit., p.147.

²⁶⁶² Ch. DENIZEAU, « Crise économique et peine ou traitements inhumains et dégradants », in V. TCHEN (dir.), *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la crise économique et financière*, Paris, L'Harmattan, 2013, 207 p., pp. 178-201, spéc. p. 193.

²⁶⁶³ Cour EDH (GC) 20 octobre 2016, *Mursić c. Croatie*, n° 7334/13, CEDH 2016, § 100.

²⁶⁶⁴ Cour EDH (déc.), 22 septembre 2005, *Gheorghe c. Roumanie*, op. cit.

²⁶⁶⁵ L'État ne saurait non plus s'exonérer de son obligation de protection d'une personne blessée par un agent de police dans le cadre d'une garde à vue et qui n'a pas reçu les soins nécessaires au motif qu'elle ne s'est pas acquittée des frais médicaux y afférents : Cour EDH, 12 octobre 2010, *Umar Karatepe c. Turquie*, n° 20502/05, § 72 : « Pour la Cour, le fait que le requérant n'ait pas bénéficié de soins médicaux appropriés alors qu'il était blessé à la tête pendant sa garde à vue et cela au seul motif qu'il n'avait pas payé les frais relatifs à l'acte médical, a porté atteinte à sa dignité ».

caractériser un traitement inhumain et dégradant dans les cas de grande pauvreté²⁶⁶⁶. Comme le note M. Colombine, cette jurisprudence traduit la voie « évitée » de la socialisation de l'État par l'ordre conventionnel²⁶⁶⁷ qui découle d'une logique proportionnelle de mise en balance entre la situation des requérants, le coût d'y remédier et les ressources économiques de l'État.

1104. Une telle mise en balance entre des considérations économiques et le droit subjectif est particulièrement facilitée par la technique de l'obligation positive, mais elle s'étend parfois au-delà. La Cour a expressément reconnu l'importance accordée aux intérêts économiques nationaux dans l'affaire *N c. Royaume-Uni* et leur traduction par une absence de violation malgré le caractère absolu de l'article 3. La requérante, une ressortissante ougandaise séropositive et fortement immunodéprimée, alléguait que son extradition vers son pays d'origine l'exposait à des traitements inhumains et dégradants en raison de l'absence de traitements disponibles et accessibles en Ouganda. Comme le note J.-P. Marguénaud, la Cour a procédé à une « inversion »²⁶⁶⁸ du postulat de l'arrêt *Airey* en jugeant que « [m]ême si nombre des droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre économique ou social, la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques »²⁶⁶⁹. Si dans l'arrêt *Airey* la Cour avait jugé que le prolongement d'ordre économique n'était pas un obstacle principal à sa protection par la Convention, la Grande Chambre dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* montre que le poids accordé aux intérêts économiques de l'État peut être supérieur à l'effectivité des droits. Ce faisant, la Cour introduit une hiérarchisation au sein des droits conventionnellement protégés, entre les volets « initiaux » des droits garantis et les volets « nouveaux » qui découlent de l'extension du champ d'application des droits garantis conduite par la Cour et qui sont moins neutres pour les ressources publiques. *In fine*, la Cour hiérarchise donc celles-ci par rapport aux droits conventionnels en faisant primer les considérations budgétaires sur le droit subjectif protégé par l'article 3²⁶⁷⁰, même si la Cour masque cette hiérarchisation en mobilisant le vocabulaire de « l'absence d'obligation » qui dissimule en partie la violation du droit subjectif.

²⁶⁶⁶ Voy. *supra*, §§ 562 et s.

²⁶⁶⁷ M. COLOMBINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 449 et s.

²⁶⁶⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, « La trahison des étrangers sidéens. Cour EDH Gr. Ch. 27 mai 2008, *N c. Royaume-Uni* », *RTDC*, 2008, n° 4, pp. 643-646, spéc. p. 645.

²⁶⁶⁹ Cour EDH (GC), 25 mai 2008, *N c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 44.

²⁶⁷⁰ La Cour note en effet que « [l]es progrès de la médecine et les différences socio-économiques entre les pays font que le niveau de traitement disponible dans l'État contractant et celui existant dans le pays d'origine peuvent varier considérablement ». Elle ajoute cependant que « [c]ompte tenu de l'importance fondamentale que revêt l'article 3 dans le système de la Convention, doit continuer de se ménager une certaine souplesse afin d'empêcher l'expulsion dans des cas très exceptionnels, l'article 3 ne fait pas obligation à l'État contractant de pallier lesdites disparités en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer

1105. Ce phénomène de hiérarchisation est alors d'autant plus significatif qu'il intervient dans le cadre d'un droit réputé indérogeable, situé à ce titre au sommet d'une hiérarchie des droits conventionnels, hiérarchie qui serait fondée sur le régime juridique des droits. La cour conforte d'ailleurs la solution retenue en donnant l'impression que la fourniture de soins s'assimile à une forme de charité de la part l'État défendeur, et en refusant expressément la qualification d'obligation juridique²⁶⁷¹. Ce type de décision n'est pas isolée si l'on considère les nombreux constats de non-violation dans le cadre de l'article 3 au sujet de la fourniture de soins aux malades²⁶⁷². Cette hiérarchie explique aussi probablement le standard particulièrement élevé retenu par la Cour lorsqu'elle juge conforme à l'article 3 certaines conditions de vie matérielles extrêmement précaires²⁶⁷³. Une condamnation entraînerait une obligation de prestation qui soulignerait l'absence de neutralité budgétaire de la Convention. En ce sens, la pauvreté constitue toujours, dans l'ordre conventionnel, un « défi » face aux considérations budgétaires²⁶⁷⁴ qui entament grandement leur « effectivité »²⁶⁷⁵.

2. L'intégration contenue dans le cadre des obligations de l'État débiteur

1106. En dehors des droits inconditionnels, plusieurs situations conduisent la Cour à refuser – en principe – que l'État défendeur puisse exciper d'un manque de ressources financières pour justifier l'atteinte à des droits conventionnels. C'est particulièrement le cas au sujet de l'État débiteur et de sa solvabilité.

sur son territoire » et que « [c]onclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants » ; *idem*, § 44.

²⁶⁷¹ La Cour insiste en effet sur les dépenses déjà engagées par l'État défendeur lorsqu'elle rappelle que « [l]es autorités britanniques ont fourni à la requérante une assistance médicale et sociale financée sur fonds publics pendant les neuf années qu'il a fallu aux juridictions internes et à la Cour pour statuer sur sa demande d'asile et sur ses griefs tirés des articles 3 et 8 de la Convention » avant d'affirmer que « cela n'implique pas en soi que l'État défendeur soit dans l'obligation de continuer à lui offrir pareille assistance » ; *idem*, § 49.

²⁶⁷² La solution a été confirmée en matière d'étrangers mais pas uniquement ; Cour EDH, 27 février 2014, *S. J. c. Belgique*, n° 70055/10, § 132, dans laquelle la Cour admet qu'elle « n'est pas sans ignorer que l'accès aux médicaments au Nigéria est aléatoire et que, faute de ressources suffisantes, la distribution gratuite des traitements contre le sida ne bénéficie pas à la majorité des personnes qui en ont (et) (...) que, comme toutes les personnes vivant avec le VIH dans sa situation, priver la requérante des médicaments essentiels pourrait avoir pour conséquence de détériorer son état de santé et même engager son pronostic vital à court ou moyen terme », mais elle juge la requérante en « état de voyager » au moment de l'expulsion.

²⁶⁷³ Voy. les décisions *Budina* et *Larioshina* notamment ; voy. *supra*, Chapitre 4.

²⁶⁷⁴ E. DECAUX, A. YOTOPOULOS, D. SINOU, *La pauvreté, un défi pour les droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, 281 p ; Fr. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Pauvreté et droits de l'homme. La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme », *Pauvreté – dignité – droits de l'homme. Les 10 ans de l'accord de coopération*, Bruxelles, Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, 2008, pp. 65 et s.

²⁶⁷⁵ E. DECAUX, « Les droits des pauvres : une pierre blanche sur un long chemin », *Droits fondamentaux*, 2005, n° 5, p. 2.

1107. La Cour a ainsi jugé, tant sur le fondement de l'article 6 de la Convention que sur celui de l'article 1P1, qu' « [u]ne autorité de l'État ne saurait prétexter du manque de ressources pour ne pas honorer une dette fondée sur une décision de justice »²⁶⁷⁶. La Cour n'exclut pas toute prise en considération de l'état des ressources budgétaires publiques, mais cela ne peut justifier qu'un certain retard²⁶⁷⁷. Le même régime a été établi s'agissant de l'application de lois rétroactives à des litiges en cours. Dans l'affaire *Zielinski*, la Cour était saisie par des requérants qui s'étaient vu opposer une loi adoptée par le législateur français, applicable rétroactivement aux procédures juridictionnelles en cours et qui avait pour objet de fixer un taux d'indemnité inférieur à celui que les requérants avaient obtenu dans le cadre de décisions non définitives. Ces indemnités devaient être versées aux agents des organismes de sécurité sociale qui, s'ils relèvent dans l'ordre français du droit privé, n'en sont pas moins financés par les mécanismes de redistribution. Le gouvernement invoquait la nécessité « d'éviter de mettre en péril l'équilibre des comptes sociaux »²⁶⁷⁸, élément sur lequel le Conseil constitutionnel s'était d'ailleurs appuyé pour fonder la constitutionnalité de la loi²⁶⁷⁹. Or, la Cour a jugé que ce « risque financier » ne constituait pas un « impérieux motif d'intérêt général » susceptible de légitimer l'immixtion rétroactive du législateur dans l'exercice du pouvoir juridictionnel²⁶⁸⁰. Cette jurisprudence est constante, et l'État français a d'ailleurs été condamné sur son fondement à plusieurs reprises depuis, en matière bancaire dans l'affaire du « tableau d'amortissement »²⁶⁸¹, alors que le Conseil constitutionnel avait adopté une position similaire

²⁶⁷⁶ Cour EDH, 7 mai 2002, *Bourdov c. Russie*, *op. cit.*, § 35.

²⁶⁷⁷ Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Cocchiarella c. Italie*, n° 64886/01, CEDH 2006-V, § 89 : « [l]a Cour peut admettre qu'une administration puisse avoir besoin d'un certain laps de temps pour procéder à un paiement ; néanmoins, s'agissant d'un recours indemnitaire visant à redresser les conséquences de la durée excessive de procédures ce laps de temps ne devrait généralement pas dépasser six mois à compter du moment où la décision d'indemnisation devient exécutoire » ; la même formule a été retenue dans l'arrêt du même jour *Scordino c. Italie* (n° 1), *op. cit.*, § 199.

²⁶⁷⁸ Cour EDH (GC), 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France*, n°s 24846/94, 34165/96, 34166/96, 34167/96, 34168/96, 34169/96, 34170/96, 34171/96, 34172/96, 34173/96, CEDH 1999-VII, § 53.

²⁶⁷⁹ Cons. const., 13 janvier 1994, reproduit dans l'arrêt, au paragraphe 26.

²⁶⁸⁰ Cour EDH (GC), 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France*, *op. cit.*, § 59 ; la Cour précise d'ailleurs que « Avec la Commission, la Cour estime que la décision du Conseil constitutionnel ne suffit pas à établir la conformité de l'article 85 de la loi du 18 janvier 1994 avec les dispositions de la Convention »

²⁶⁸¹ Cour EDH, 14 février 2006, *Lecarpentier c. France*, *op. cit.*

à celle dans l'affaire *Zielinski*²⁶⁸². On retrouve d'ailleurs des solutions parfaitement identiques dans d'autres situations²⁶⁸³

1108. Or, ça n'est pas la valeur de l'intérêt économique protégé par le droit conventionnel qui fonde le renforcement de ce régime. Il s'agit davantage de la valeur du principe auquel le droit conventionnel est rattaché, qui est jugé supérieur à celle de l'intérêt économique et financier de l'État. De fait, la motivation employée par la Cour montre une volonté indéniable de relativiser le poids accordé aux considérations budgétaires dans ces circonstances²⁶⁸⁴. Si l'aléa est inhérent par exemple à l'exécution des jugements à l'encontre de débiteurs privés²⁶⁸⁵, la question de la solvabilité de la puissance publique ne saurait constituer une exception. C'est également ce qui permet d'expliquer pourquoi, à l'inverse, la Cour a jugé dans l'affaire *Maurice* qu'il existait un motif d'utilité publique suffisant, parce que celui-ci n'était pas de nature financière²⁶⁸⁶, même si elle a *in fine* jugé que l'ingérence était disproportionnée. De la même manière, elle avait pu juger dans l'affaire des « O.G.E.C. » qu'il existait un intérêt général tenant au fait de « combler un vide juridique » et d'empêcher certaines catégories de personnes privées, dont les requérants,

²⁶⁸² Il avait en effet retenu dans sa décision concernant la loi en cause dans l'affaire Lecarpentier que le législateur a[vait] entendu éviter un développement des contentieux d'une ampleur telle qu'il aurait entraîné des risques considérables pour l'équilibre financier du système bancaire dans son ensemble et, partant, pour l'activité économique générale » ; Cons. const., 6 avril 1996, n° 96-375 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 11.

²⁶⁸³ Voy. par exemple au sujet de taux d'intérêts moratoires différents selon que le débiteur est une personne de droit public ou de droit privé : Cour EDH, 22 mai 2008, *Meidanis c. Grèce*, n° 33977/06, § 31 : « (...) la Cour ne saurait accepter la thèse du Gouvernement, selon laquelle la différenciation dans la détermination du taux des intérêts moratoires était indispensable en l'espèce pour assurer le bon fonctionnement de l'hôpital. Comme l'ont bien exprimé le tribunal de grande instance d'Athènes et les magistrats de la Cour de cassation dans leur opinion dissidente, le simple intérêt de trésorerie de la personne morale de droit public ne peut pas être assimilé à un intérêt public ou général et ne peut pas justifier la violation du droit au respect des biens du créancier qu'entraîne la réglementation litigieuse. Par ailleurs, la Cour note que le Gouvernement n'avance aucun autre motif raisonnable et objectif de nature à justifier la distinction au regard des exigences de l'article 1 du Protocole no 1 » (références omises).

²⁶⁸⁴ Voy. par exemple Cour EDH, 31 octobre 2006, *Jeličić c. Bosnie-Herzégovie*, n° 41183/02, CEDH 2006-XII, § 42 : « *The Court does not consider that the payment of the award made by the domestic courts in the present case, even with the accumulated default interest, would be a significant burden for the State, let alone result in the collapse of its economy as suggested by the Government.* In any event, the applicant should not be prevented from benefiting from the success of her litigation on the ground of alleged financial difficulties experienced by the State » (nous soulignons).

²⁶⁸⁵ Cour EDH (déc.), 16 septembre 2014, *Samsonov c. Russie*, *op. cit.*, § 61 : « une créance pécuniaire, fût-elle constatée par jugement, est alors moins certaine, car ses chances de recouvrement dépendent dans une large mesure de la solvabilité du débiteur ».

²⁶⁸⁶ Cour EDH (GC), 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, *op. cit.*, § 85 : « [e]n l'espèce, le Gouvernement affirme que l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 procède de motifs d'intérêt général relevant de trois domaines : l'éthique, et notamment la nécessité de se prononcer sur un choix fondamental de société, l'équité et la bonne organisation du système de santé. A cet égard, la Cour n'a pas de raisons de douter que la volonté du législateur français de mettre un terme à une jurisprudence qu'il désapprouvait et de modifier l'état du droit en matière de responsabilité médicale, même en rendant les nouvelles règles applicables aux situations en cours, servait une « cause d'utilité publique ». Une autre question est celle de savoir si ce but d'intérêt public pesait d'un poids suffisant dans le cadre de l'appréciation de la proportionnalité de l'ingérence » (références omises).

« de bénéficier d'un effet d'aubaine »²⁶⁸⁷. Même si certains critères demeurent « parfois incertains »²⁶⁸⁸, et que la sanction est parfois effectuée sur le fondement du motif économique, parfois sur le rapport de proportionnalité²⁶⁸⁹, il reste que l'appréciation celui-ci demeure conditionnée par l'importance du principe auquel l'État entend déroger.

1109. À l'inverse, la Cour EDH a admis sans difficulté particulière la rétroactivité²⁶⁹⁰ de loi fiscale et au prix semble-t-il d'une confusion quant au fait générateur de l'impôt²⁶⁹¹. Elle a jugé que cette application rétroactive d'une convention fiscale bilatérale « ne présent[ait] aucun caractère exceptionnel du point de vue du droit fiscal », puisque l'autorisation d'approbation de la convention était « intervenue en cours d'exercice » et qu'en la matière, la loi de finances votée à la fin de chaque année civile définit notamment les règles en matière d'impôt sur le revenu applicable aux revenus perçus au cours de l'exercice écoulé »²⁶⁹². Cette banalisation de la « rétroactivité » en matière fiscale est pourtant le fruit d'un choix, que ne partagent d'ailleurs plus les juridictions françaises²⁶⁹³ : celui de ne pas examiner l'affaire sous l'angle de la rétroactivité *stricto sensu*.

1110. Ces limites²⁶⁹⁴ à la mise en balance témoignent ici de l'existence de certains ilots de résistance aux considérations économiques, au nom de considérations indexées sur une échelle

²⁶⁸⁷ Cour EDH, 27 mai 2004, *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche de Castille et autres c. France*, n^{os} 42219.98 et 54563/00, § 69 ; 23 octobre 1997, *National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society et The Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 81: De fait, un intérêt général évident et impérieux commande de veiller à ce que les organismes privés ne bénéficient pas d'une manne en cas de changement de régime de collecte de l'impôt et ne privent pas le fisc de recettes pour de simples failles dues à l'inadvertance dans la législation fiscale d'habilitation, surtout lorsque ces organismes ont suivi les débats du Parlement sur la proposition initiale et, tout en la désapprouvant, ont manifestement compris que le législateur avait la ferme intention de l'intégrer à la législation ; voy. déjà Com. EDH (plén.) (déc.), 10 mars 1981, *A, B, C and D v United Kingdom*, n^o 8531/79, D. R. 23, p. 203, spec. p. 211.

²⁶⁸⁸ Ch. PETTITI, « La rétroactivité des lois civiles une nouvelle fois sanctionnée par la Cour européenne sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n^o 1 (Cour européenne des droits de l'homme, 14 février 2006, Lecarpentier et autres c. France et 3 octobre 2006, Achache c. France) », *RTDH*, 2007, vol. 70, pp. 493-507, spéc. p. 504.

²⁶⁸⁹ Cour EDH, 23 juillet 2009, *Joubert c. France*, n^o 30345/05, §§ 60-68.

²⁶⁹⁰ La rétroactivité des lois fiscales s'entend des situations dans lesquelles une loi entre en vigueur au cours d'une période d'imposition et qu'elle régira par exemple l'ensemble des revenus perçus au cours de la période fiscale pertinente, y compris ceux antérieurs à son entrée en vigueur ; elle n'est pas jugée rétroactive car le fait générateur de l'impôt est postérieur à cette entrée en vigueur.

²⁶⁹¹ L. AYRAULT, « Droit fiscal européen des droits de l'homme », *Droit fiscal*, 2016, n^o 9, p. 9, selon lequel la Cour assimile à tort le fait générateur de l'ISF à celui de l'impôt sur le revenu des personnes physiques.

²⁶⁹² Cour EDH, 15 janvier 2015, *Arnaud et autres c. France*, *op. cit.*, § 30.

²⁶⁹³ F. PERROTIN, « Une nouvelle remise en cause de la petite rétroactivité », *LPA*, 2017, n^o 126, pp. 4-7 ; G. BLANLUET, « Rétroactivité, rétrospectivité, rétro-prospectivité : quelle protection pour les attentes légitimes des contribuables ? », *Droit fiscal*, 2016, n^o 6, pp. 60-67.

²⁶⁹⁴ En matière d'exécution des jugements, la Cour admet en effet que l'exécution puisse être retardée ; voy. Cour EDH (GC), 28 juillet 1999, *Immobiliare Saffi c. Italie*, *op. cit.*, § 70 : « si on peut admettre que les États contractants, dans des circonstances exceptionnelles et, comme en l'espèce, dans le cadre de la marge d'appréciation dont ils jouissent en matière de réglementation de l'usage des biens, interviennent dans une

de valeurs perçue comme propre à l'ordre conventionnel. Cette échelle peut résulter du régime établi par le texte lui-même, comme dans le cadre de l'article 3, ou de la création d'une hiérarchie par la Cour au sein d'un régime qu'elle a elle-même aménagé, comme c'est dans le cadre du droit à la rétroactivité ou à l'exécution des décisions de justice. Pourtant, le contentieux en demi-teinte des obligations positives montre que les considérations économiques sont souvent soupesées avec les intérêts individuels malgré le caractère inconditionnel de certains droits, par le truchement d'une mise en balance au stade de la détermination de l'existence d'une obligation.

1111. Maîtresse du domaine d'irruption des considérations économiques dans l'aménagement ou l'application des droits, la Cour ne définit en revanche pas le contenu de l'ordre public économique des États parties à la Convention.

§2. La contingence du motif d'ordre public économique national

1112. L'intérêt général est, historiquement et dans la tradition politique et juridique continentale, consubstantiel à l'idée d'une construction politique²⁶⁹⁵. Il suppose qu'une entité donnée soit légitime à en définir le sens, et particulièrement en matière économique. Cette idée n'est pas naturelle, et les marxistes comme les néolibéraux²⁶⁹⁶ en contestent tous les deux la possibilité, pour les premiers parce que l'État ne serait que la représentation d'intérêts particuliers²⁶⁹⁷, et pour les seconds, le marché serait le seul vecteur à même de permettre l'avancement de la société.

procédure d'exécution d'une décision de justice, pareille intervention ne peut avoir comme conséquence ni d'empêcher, invalider ou encore retarder de manière excessive l'exécution, ni, encore moins, de remettre en question le fond de cette décision » ; voy. aussi *a contrario* Cour EDH, 23 juillet 2009, *Joubert c. France*, *op. cit.*, § 63 : La Cour constate également que le Gouvernement ne prétend pas que le montant des recettes dont l'État aurait pu être privé en raison du constat d'incompétence de ses agents par les juridictions administratives, à savoir environ 1,1 milliard de FRF, aurait une telle importance sur son budget que l'intérêt général s'en trouverait affecté ».

²⁶⁹⁵ A l'inverse de la conception britannique ; voy. A. DUFFY-MEUNIER, « La conception britannique de l'intérêt général », in G. J. GUGLIELMI (dir.), *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017, 225p., pp. 47-66, spéc. p. 52.

²⁶⁹⁶ F. von HAYEK, *Droit législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, *op. cit.* : pour l'auteur, puisque l'ordre économique est spontané, aucun « commandement » ne peut intervenir en matière économique, qu'il soit le fruit de l'activité du juge ou du législateur ; voy. not. pp. 272-278 et pp. 567-570.

²⁶⁹⁷ À savoir ceux de la bourgeoisie, l'intérêt général politique étant selon Marx indissociable de l'intérêt économique découlant de la structure capitaliste ; F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, pp. 187-189 ; voy. aussi J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », « in J. CHEVALLIER (dir.), *Variations autour de l'intérêt général. Volume 1*, Paris, PUF, 1978, 255 p., pp. 11-45, spéc. pp. 35-41.

1113. La Convention permet cette détermination, mais impose une articulation entre le niveau étatique et le niveau européen. Or, si elle constitue elle-même le cadre juridique d'une construction politique au sein de laquelle des choix axiologiques ont été effectués, elle n'a pas été, on l'a vu, pensée comme ayant ni un objet, ni une finalité économique. Par conséquent, et malgré l'extension des droits garantis au domaine économique, cette absence de consensus conventionnel sur l'économie, la définition du contenu de l'ordre public économique est largement renvoyé au niveau des États parties (A), la Cour ne sanctionnant que très marginalement les motifs invoqués en ce sens par les États (B).

A. Le contenu indéterminé du contenu de l'ordre public économique national

1114. Les exemples du droit interne²⁶⁹⁸ et de la construction de l'Union européenne²⁶⁹⁹ montrent que les évolutions du consensus sont susceptibles d'évoluer, mais qu'ils conduisent à la définition à un instant donné d'un sens de l'ordre public économique. Ainsi, dans le cadre français, l'ordre public économique aurait évolué d'une conception libérale au XIX^e siècle, à un ordre interventionniste dans la première moitié du XX^e siècle puis à un ordre concurrentiel aujourd'hui. Dans la mesure où la Convention n'est pas le critère de définition, on observe ce type de variété substantielle (1) comme structurelle (2) qui restent toutes les deux permises par l'ordre conventionnel observable dans le cadre conventionnel.

1. Une variété substantielle

1115. La variété substantielle se traduit par l'acceptation par la Cour de politiques économiques de de natures extrêmement variées, voire contradictoires. De fait, « ample par nature » ou « *necessarily extensive* »²⁷⁰⁰, la Convention ne conduit pas à une définition de l'intérêt général en matière économique. Ainsi, la Convention permet l'établissement comme la préservation du marché (a), mais aussi l'interventionnisme sur le marché (c) ainsi que la

²⁶⁹⁸ Voy. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1961, 543 p.

²⁶⁹⁹ Voy. ainsi F. MARTUCCI, « L'ordre public économique en droit de l'Union européenne », in A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'ordre public économique*, Issy-les-moulineaux, LDGJ-Lextenso, 2018, 406 p., pp. 188-199. L'auteur souligne comment l'évolution peut concerner tant le contenu de l'ordre public, qui est passé, sous l'influence néolibérale, d'un laissez-passer à davantage de « laissez-faire » par l'association des libertés économiques aux libertés de circulation (spéc. p. 191), qu'à ses instruments, qui s'orientent davantage vers la direction que la répression (pp. 195-198).

²⁷⁰⁰ Cour EDH, 31 mai 2016, *Vukusić c. Croatie*, op. cit., § 57.

préservation des ressources publiques (b). De plus, l'absence d'ordre public économique conventionnel se traduit également par l'acceptation de la limitation de la protection accordée aux droits économiques par les interactions avec des motifs économiques (d).

a. La reconnaissance du marché

1116. La construction du marché est, aux termes de la jurisprudence de la Cour, un objectif légitime d'ingérence dans les droits garantis. Dans le cadre des très nombreuses décisions ayant trait à des mécanismes adoptés par les anciens États communiste, la Cour a fréquemment reconnu, en même temps qu'elle estimait qu'il s'agissait d'un motif d'octroi d'une ample marge d'appréciation, que la « transformation de l'économie en une économie de marché »²⁷⁰¹ était un but légitime. Le déploiement de l'économie de marché peut concerner un secteur particulier, comme le secteur immobilier²⁷⁰² ou le marché des biens ruraux²⁷⁰³, ou concerner plus généralement les activités commerciales. Ainsi, dans l'arrêt *Lekić*, la Cour a reconnu qu'une mesure destinée à éviter la « détérioration du marché commercial » est légitime notamment lorsqu'elle vise à remédier aux « effets indésirables » générés par « le passage d'une économie socialiste à une économie de marché »²⁷⁰⁴. Cette idée de « correction » des effets de l'instauration de marché au nom de la « justice sociale » justifie également la réglementation, par exemple, des contrats de fiducie²⁷⁰⁵ ou des baux d'habitation²⁷⁰⁶. Plus encore, la Cour a, à plusieurs reprises et au prix d'une certaine simplification, opposé le régime communiste ou socialiste à un système qui serait compatible avec l'« État de droit » et « avec l'économie de marché »²⁷⁰⁷ et qui serait celui vers lequel ces États auraient effectué leur transition.

1117. L'amélioration du fonctionnement du marché a également été reconnue comme un motif légitime d'ingérence dans les droits garantis, qu'il s'agisse de la dissolution à grande échelle

²⁷⁰¹ Cour EDH, 15 novembre 2011, *Sivova et Koleva c. Bulgarie*, n° 30383/03, § 106.

²⁷⁰² Cour EDH, 8 février 2007, *Cleja et Mihălcea c. Roumanie*, op. cit., § 48 : en dehors de l'objectif de justice sociale la Cour reconnaît comme légitime « la transition progressive d'un système des baux d'habitation contrôlés par l'État à un système où ces baux sont librement négociés sur le marché locatif » ; déjà (GC), 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, op. cit., § 160 : l'objectif légitime était de « ménager – notamment pour les locataires ayant des difficultés financières – une transition progressive d'un système de loyers contrôlés par l'État à un système où les loyers sont entièrement négociés par contrat, et ce pendant la profonde réforme du pays qui a suivi l'effondrement du régime communiste ».

²⁷⁰³ Cour EDH, 22 mai 2018, *Zelenchuk et Tsytsyura c. Ukraine*, n°s 846/16 et 1075/16, §§ 108-109.

²⁷⁰⁴ Cour EDH (GC), 11 décembre 2018, *Lekić c. Slovénie*, op. cit., § 106.

²⁷⁰⁵ Cour EDH, 9 janvier 2018, *Europa-Trust S.A. c. République de Moldova*, n° 42044/05, § 33.

²⁷⁰⁶ Cour EDH (plén.), 19 décembre 1989, *Mellacher et autres c. Autriche*, op. cit. § 47 ; 12 juin 2012, *Lindeim et autres c. Norvège*, op. cit., § 100.

²⁷⁰⁷ Cour EDH, 14 novembre 2006, *Skibinscy c. Pologne*, n° 52589/99, § 96.

de sociétés inactives ou insolvables. Dans ce cas, la Cour a admis qu'il « peut être primordial pour l'État d'intervenir afin d'éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à l'économie en cause et de renforcer la sécurité juridique et la confiance des acteurs du marché »²⁷⁰⁸, reconnaissant même le lien entre sécurité juridique et jeu du marché. De la même manière, le remembrement territorial vise une cause d'utilité publique lorsqu'il sert à la fois l'intérêt des propriétaires concernés, mais également celui de « la collectivité dans son ensemble en accroissant la rentabilité des exploitations dans son ensemble et en rationalisant la culture »²⁷⁰⁹. De la même manière, le contrôle des produits autorisés à la vente, ou celui des modalités de leur vente constitue un but d'utilité publique²⁷¹⁰, comme la protection de la stabilité financière²⁷¹¹. La Cour a aussi sans difficulté assimilé l'application du droit de la concurrence au bien-être économique de l'État défendeur²⁷¹², la protection de la réputation des opérateurs économiques et de leurs dirigeants²⁷¹³ et même la résolution rapide des contentieux économiques liés au droit de la famille²⁷¹⁴.

1118. Plus généralement, et les nombreuses décisions relatives aux crises économiques l'ont montré, l'État est légitime à adopter des mesures visant à y remédier, qu'il s'agisse de crises économiques sectorielles, comme le marché de l'immobilier²⁷¹⁵ ou le système bancaire²⁷¹⁶, ou

²⁷⁰⁸ Cour EDH (GC), 11 décembre 2018, *Lekić c. Slovénie*, *op. cit.*, § 106.

²⁷⁰⁹ Cour EDH, 30 octobre 1991, *Wiesinger c. Autriche*, série A n° 213, p. 26, § 74 ; 14 novembre 2000, *Piron c. France*, n° 36436/97, § 40.

²⁷¹⁰ Sur la saisine de biens en raison de l'absence d'autorisation de vente dans le chef du vendeur : Cour EDH, 4 mars 2014, *Microintellect OOD c. Bulgarie*, n° 4129/03, § 40.

²⁷¹¹ Cour EDH, 28 mai 2019, *Electric Industry and Commerce JSC et autres c. Turquie*, n°s 34394/08, 51224/08, 38629/10, § 48.

²⁷¹² Cour EDH, 2 octobre 2014, *Delta Pekárny A.S. c. République tchèque*, *op. cit.*, § 81 : « La Cour observe que l'inspection a été effectuée dans le cadre d'une procédure administrative ouverte à l'encontre de la société requérante et portant sur une possible violation des règles de la concurrence. Elle tendait à la recherche d'indices et de preuves de l'existence d'une entente illicite sur les prix entre les producteurs de produits boulangers. De toute évidence, l'ingérence poursuivait donc le « bien-être économique du pays » (nous soulignons).

²⁷¹³ Cour EDH, 21 octobre 2010, *Saliyev c. Russie*, n° 35016/03, § 73.

²⁷¹⁴ Au sujet de l'attribution forcée d'un bien immobilier au titre d'une prestation compensatoire, Cour EDH, 10 juillet 2014, *Milhau c. France*, n° 4944/11, § 47 : « [u]ne telle mesure poursuivait un but légitime, à savoir régler rapidement les effets pécuniaires du divorce et limiter le risque de contentieux postérieurs à son prononcé »

²⁷¹⁵ Cour EDH (plén.), 19 décembre 1989, *Mellacher et autres c. Autriche*, *op. cit.*, § 47.

²⁷¹⁶ Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et « Lex République yougoslave de Macédoine »*, *op. cit.*, § 107 : « la Cour est disposée à admettre que, après la dissolution de la RSFY et les conflits armés qui s'en sont suivis, les États défendeurs ont dû prendre des mesures pour protéger leur système bancaire et, plus généralement, leur économie. Eu égard au montant total des « anciens » fonds d'épargne en devises, il est évident qu'aucun des États successeurs n'était en mesure d'autoriser leurs détenteurs à les retirer de manière incontrôlée » ; voy. aussi Cour EDH (déc.), 10 juillet 2012, *Grainger et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 42 : « the Court accepts that the Government's objective throughout its dealings with Northern Rock during this period was to protect the United Kingdom's financial sector. As part of this policy, they aimed to maintain depositor confidence in the safety of placing money with banks »

des problèmes structurels de l'économie nationale comme le rétablissement de la balance commerciale²⁷¹⁷.

b. La préservation des ressources de l'État

1119. La Cour admet également de manière extensive la légitimité *per se* des mesures liées à la préservation des ressources de l'État. De manière générale, la Cour admet que la volonté « d'assurer une meilleure allocation des ressources et des effectifs disponibles de l'État »²⁷¹⁸ constitue un motif « légitime » d'ingérence dans les droits garantis. Cela implique tout d'abord la légitimité de la faculté pour l'État de saisir et de procéder à la vente forcée des biens des contribuables débiteurs²⁷¹⁹, et plus généralement d'assurer le paiement des taxes et contributions, quelle que soit leur nature : taxe à l'importation²⁷²⁰, taxe sur la valeur ajoutée²⁷²¹, impôt sur le revenu²⁷²², sur le capital²⁷²³ ou les successions en général²⁷²⁴. Dans certaines affaires concernant la TVA, la Cour a particulièrement insisté sur la légitimité de la préservation de « *financial stability of the VAT system* », en recherchant notamment son efficacité²⁷²⁵. La lutte contre la fraude fiscale a par ailleurs elle aussi été reconnue comme un objectif légitime, tant au regard de l'article 1P1²⁷²⁶ que de l'article 8. Dans le cadre de ce dernier, elle a parfois été assimilée au « bien-être économique du pays »²⁷²⁷, parfois à la « défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales »²⁷²⁸, parfois aux deux²⁷²⁹. Cette lutte est susceptible de rendre légitime dans son principe la conclusion et la ratification de conventions fiscales

²⁷¹⁷ Cour EDH (déc.), 27 juin 2002, *Syndicats de travailleurs offshore et autres c. Norvège*, *op. cit.*

²⁷¹⁸ Voy. parmi d'autres Cour EDH (déc.), 15 mai 2006, *Tomov c. Bulgarie*, n° 66290/01.

²⁷¹⁹ Cour EDH, 25 juillet 2013, *Rousk c. Suède*, n° 27183/04, § 138.

²⁷²⁰ Voy. déjà : Com. EDH (déc.), 30 novembre 1994, *Schneider Austria GmbH c. Autriche*, n° 2135/93 ; Cour EDH (déc.), 11 juin 2019, *Matić c. Croatie*, n° 1962/12, § 47.

²⁷²¹ Cour EDH, 22 janvier 2009, « *Bulves* » *AD c. Bulgarie*, n° 3991/03, § 65.

²⁷²² Cour EDH (déc.), 20 novembre 2018, *Wallace c. France*, n° 9793/16, § 52.

²⁷²³ Cour EDH (déc.), 4 janvier 2008, *Imbert de Trémiolles*, *op. cit.*

²⁷²⁴ Cour EDH (déc.), 15 décembre 2009, *Tardieu de Maleissye c. France*, n° 51854/07.

²⁷²⁵ Cour EDH, 22 janvier 2009, *Bulves AD c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 65 : « *Essential elements of the preservation of that stability were the attainment of full and timely discharge by all VAT-registered persons of their VAT reporting and payment obligations and, ultimately, the prevention of any fraudulent abuse of the said system. In this respect, the Court accepts that attempts to abuse the VAT system of taxation need to be curbed and that it may be reasonable for domestic legislation to require special diligence by VAT-registered persons in order to prevent such abuse* ».

²⁷²⁶ Cour EDH, 22 septembre 1994, *Hentrich c. France*, *op. cit.*, § 39 : « Elle reconnaît que la prévention de la fraude fiscale constitue un objectif légitime relevant de l'utilité publique » ;

²⁷²⁷ Cour EDH, 25 février 1993, *Crémieux c. France*, *op. cit.*, § 35. ; Cour EDH, 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS et autres c. Norvège*, *op. cit.*, §§ 135-135.

²⁷²⁸ Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, *op. cit.*, § 99.

²⁷²⁹ Cour EDH, 7 juillet 2015, *M.N. et autres c. Saint-Marin*, *op. cit.*, § 75 : l'exequatur litigieux avait été octroyée dans le cadre de poursuites pour blanchiment d'argent, fraude et détournement de fonds ; la Cour note que « *[t]he measure pursued various legitimate aims, namely, the prevention of crime, the protection of the rights and freedoms of others, and also the economic well-being of the country* ».

internationales avec effet rétroactif²⁷³⁰, ou l'imposition d'obligations déclaratives à la charge de diverses professions²⁷³¹. Cependant, la Cour a été plus loin, puisqu'elle a considéré que ne juger que le juste équilibre empêcherait la correction d'erreurs par l'État « *would, inter alia, amount to sanctioning an inappropriate allocation of scarce public resources, which in itself would be contrary to the public interest* »²⁷³².

1120. Le « contrôle » des dépenses publiques²⁷³³ est également un motif légitime d'interférence dans les droits garantis, notamment l'article 1P1 mais également l'article 8²⁷³⁴. La jurisprudence de la Cour, et notamment celle liée aux mesures d'austérité adoptées en réaction face aux crises économiques et budgétaires montre une grande sensibilité de la Cour aux programmes de réduction de la dépense publique, à travers la réduction des salaires du secteur public²⁷³⁵, celle des pensions de retraite²⁷³⁶ ou des prestations sociales en général²⁷³⁷, et même à la libéralisation de certains marchés²⁷³⁸ ou la réduction des obligations souveraines²⁷³⁹. La Cour admet parfois explicitement l'idée que la réduction des dépenses publiques est une

²⁷³⁰ Cour EDH, 15 janvier 2015, *Arnaud et autres c. France*, *op. cit.*, § 26.

²⁷³¹ Pour les avocats au sujet de l'obligation de déclaration à TRACFIN : Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, n° 12323/11, §§ 99-100.

²⁷³² Cour EDH, 21 mai 2016, *Vukusic c. Croatie*, *op. cit.*, § 64.

²⁷³³ Cour EDH, 1^{er} juin 2017, *Stefanetti et autres c. Italie*, n°s 21838/10, 21849/10, 21852/10, 21855/10, 21860/10, 21863/10, 21869/10, 21870/10, § 56: « [t]he Court reiterates that the removal of discriminatory regulations and the control of public expenses by the State are legitimate aims for the purposes of securing social justice and protecting the State's economic well-being ».

²⁷³⁴ Voy. pour l'« *allocation of scarce resources* » : Cour EDH, 20 mai 2014, *McDonald c. Royaume-Uni*, n° 4241/12, § 58.

²⁷³⁵ Cour EDH (déc.), 20 mars 2012, *Ionel Panfile c. Roumanie*, n° 13902/11, § 21: « [i]n its assessment of the public interest of the impugned measures, the Court takes account of the Constitutional Court's reasoning, which confirmed that the Romanian legislature had imposed new rules in the field of public-sector salaries for the purpose of rationalising public expenditure, as dictated by the exceptional context of a global crisis on a financial and economic level (...). The Court sees no reason to depart from the Constitutional Court's finding that the contested measures pursued a legitimate aim » ; Cour EDH (déc.), 15 octobre 2013, *Savickas et autres c. Lituanie*, n°s 66365/09, 12845/10, 28367/11, 29809/10, 29813/10 et 30623/10, §§ 92-93 : « the Court sees nothing that would allow it to conclude that in deciding to lower civil servants' salaries the legislator did not have the public interest in mind », la Cour notant au stade la proportionnalité qu'il s'agissait d'« *austerity measures were taken against the background of an actual, unexpected budgetary crisis in Lithuania* » ; Cour EDH, 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, *op. cit.*, § 41.

²⁷³⁶ *Idem* ; *mutatis mutandis*, au sujet de pension d'invalidité : Cour EDH, 4 juillet 2017, *Mockienė c. Lituanie*, *op. cit.*, § 42 ; de compléments de pension pour vacances et fêtes de Noël : Cour EDH, 8 octobre 2013, *Da Conceição Lateus et Santos Januário c. Portugal*, n°s 62235/12, 57725/12, § 25.

²⁷³⁷ Cour EDH (GC), 13 décembre 2016, *Béláné Nagy c. Hongrie*, *op. cit.*, § 121.

²⁷³⁸ Cour EDH, 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, *op. cit.*, § 40 : « la Cour note que la mesure incriminée avait été introduite avec d'autres, l'ensemble ayant pour objet de « rétablir la justice fiscale et faire face à l'évasion fiscale, réformer le système de sécurité sociale et le système de mise à la retraite des fonctionnaires, réviser les procédures de vérification et de contrôle des finances publiques, ouvrir certaines professions fermées et assainir les entreprises publiques ».

²⁷³⁹ Cour EDH, 21 juillet 2016, *Mamatas et autres c. Grèce*, *op. cit.*

manière de permettre la résorption de la crise économique²⁷⁴⁰, ce qui constitue un choix de politique économique et non d'une donnée naturelle. Ces affaires mettent par ailleurs en lumière des références accrues aux études ou normes élaborées dans le cadre d'organisations et institutions internationales à vocation économique²⁷⁴¹.

1121. Plus encore, le retrait de la Cour en matière économique la conduit à admettre que des mesures puissent être adoptées pour répondre à un sentiment de « justice sociale » de l'opinion publique, indépendamment de la question de savoir si des mesures contribuent effectivement à l'équilibre d'un mécanisme de redistribution. Dans l'affaire *Valkov*, par exemple, les requérants réfutaient l'assertion du gouvernement selon laquelle la réduction drastique de leur pension de retraite avait pour objectif la préservation de la « *financial viability* » du système de retraite. Selon eux, la mesure était uniquement fondée sur « *the perceptions that the public would not tolerate very high pensions* » et que le système dont ils bénéficiaient était perçu comme « *overly generous* »²⁷⁴². Bien qu'elle nota que la mesure contribuait certainement en des économies pour le système en cause, la Cour jugeant qu'elle n'avait pas besoin de déterminer si ces économies étaient « *indeed necessary* », dans la mesure où l'accent entre les « *redistributive vis-à-vis insurance elements* » d'un système de pension variait fortement d'un pays à l'autre et que le choix de l'autorité nationale n'était dès lors pas déraisonnable²⁷⁴³. En conséquence, l'existence d'un but d'utilité publique en matière économique n'est souvent même plus contesté par les requérants²⁷⁴⁴.

²⁷⁴⁰ Voy. par exemple Cour EDH, 8 octobre 2013, *Da Conceição Lateus et Santos Januário c. Portugal*, n^{os} 62235/12 et 57725/12, § 25 : « *to reduce public spending (...) to allow Portugal to secure the necessary short-term liquidity to the State budget with a view to achieving medium-term economic recovery* ».

²⁷⁴¹ *Idem* ; la Cour se réfère au programme adopté avec l'UE et le FMI ; la cour ne s'y réfère cependant pas systématiquement ; dans la décision *Koufaki et Adedy*, par exemple, l'une des lois litigieuses était intitulée « Mesures de mise en œuvre du mécanisme de soutien de l'économie hellénique par les États membres de la zone euro et par le Fonds monétaire international », mais la Cour n'appuie pas son raisonnement sur des instruments en provenance de ces deux entités ; dans l'arrêt *Mamatas*, la Cour se réfère aux données produites par la Commission européenne : Cour, 21 juillet 2016, *Mamatas et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 102 ; *Valkov et autres c. Bulgarie*, *op. cit.*, §§ 92 ; sur le cadre des accords de conditionnalité ; *were exceptional in nature, as the Constitutional Court indeed recognised in its decision of 5 July 2012* » ; [GC], 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, *op. cit.*, § 121 : « L'ingérence dénoncée poursuivait le but d'intérêt général consistant à économiser les deniers publics, en ce qu'elle était censée rationaliser le régime des prestations sociales d'invalidité ».

²⁷⁴² Cour EDH, 25 octobre 2011, *Valkov et autres c. Bulgarie*, n^{os} 2033/04, 171/05, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 2041/05, 24729/04, § 92.

²⁷⁴³ *Idem*, § 92 ; on notera d'ailleurs que la Cour s'appuie sur des études menées dans le cadre de la Banque Mondiale et de l'OCDE.

²⁷⁴⁴ Cour EDH (déc.), 14 novembre 2017, *Plaisier B.V. et autres c. Pays-Bas*, *op. cit.*, § 66 ; même dans l'affaire *Fábián*, le requérant ne contestait pas que « la suspension du versement de la pension en cause s'inscrivait entre autres dans un ensemble de mesures destinées à assurer la pérennité du système de retraite hongrois et à comprimer la dette publique », mais l'efficacité de cette mesure ; (GC), 5 septembre 2017, *Fábián c. Hongrie*, *op. cit.*, § 67.

c. L'interventionnisme : la réglementation des marchés

1122. La protection des droits des salariés est un objectif légitime en matière économique. Dès l'arrêt *James et autres*, la Cour a ainsi jugé, dans le cadre du marché immobilier, que « [l]a marge d'appréciation va assez loin pour englober une législation destinée à assurer en la matière plus de justice sociale, même quand pareille législation s'immisce dans des relations contractuelles entre particuliers et ne confère aucun avantage direct à l'États ni à la collectivité dans son ensemble »²⁷⁴⁵. Or, cette notion de 'justice sociale' a permis à la Cour d'accepter la légitimité de nombreux transferts. Il en va notamment ainsi des politiques de transferts sous forme de prestations sociales. Dans l'arrêt *Stefanetti*, par exemple, la Cour a rappelé que « *the removal of discriminatory regulations and the control of public expenses by the State are legitimate aims for the purposes of securing social justice and protecting the State's economic well-being* »²⁷⁴⁶. L'idée de justice sociale trouve également son prolongement dans la recherche d'une « efficacité » accrue des mécanismes de redistribution²⁷⁴⁷. C'est également sur ce fondement que sont jugées légitimées dans leur principe les indemnisations inférieures à la valeur de marché inférieure du bien exproprié²⁷⁴⁸, ou encore, implicitement, la création d'un impôt sur le capital destiné au financement d'un revenu de distribution sous la forme d'une prestation sociale²⁷⁴⁹.

1123. Cela légitime également diverses modalités de réglementation et d'organisation des marchés. La Cour a admis que la réglementation du marché immobilier constituait une mesure légitime lorsqu'elle visait à « réduire les écarts excessifs et injustifiés entre loyers d'appartements équivalents et à combattre la spéculation immobilière »²⁷⁵⁰. De la même manière, une cotisation syndicale peut se voir conférer un caractère obligatoire destiné à financer le syndicat bénéficiaire si le système de l'État défendeur laisse au « *parties on the*

²⁷⁴⁵ Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 47.

²⁷⁴⁶ Cour EDH, 15 avril 2014, *Stefanetti et autres c. Italie*, *op. cit.*, § 56.

²⁷⁴⁷ Cour EDH, 18 novembre 2004, *Pravednaya c. Suisse*, n° 69529/01, § 40 : « [t]he “public interest” may admittedly include an efficient and harmonised State pension scheme, for the sake of which the State may adjust its legislation ».

²⁷⁴⁸ Cour EDH (plén.), *James et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 54 ; *Jahn et autres c. Allemagne*, *op. cit.*, § 117 ; (GC), 29 mars 2006, *Scordino c. Italie (n° 1)*, *op. cit.*, § 97 : « [l]egitimate objectives in the “public interest”, such as those pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may call for less than reimbursement of the full market value » (nous soulignons).

²⁷⁴⁹ Cour EDH (déc.), 4 janvier 2008, *Imbert de Trémolles c. France*, *op. cit.*, : au sujet de l'ISF français, la Cour note qu' « il a été créé comme un impôt de solidarité afin de financer une partie du revenu minimum d'insertion. Incontestablement, il était conçu pour répondre à un intérêt général ».

²⁷⁵⁰ Cour EDH (plén.), 19 décembre 1989, *Mellacher et autres c. Autriche*, § 47.

labour market » la charge de « *regulate wages and various work conditions through collective agreements* »²⁷⁵¹. L'idée qu'il faille réglementer un marché pour parvenir *in fine* à sa libéralisation est acceptée sans davantage de difficulté par la Cour. Elle a ainsi admis la légitimité d'une loi qui avait pour objectif de « libéraliser le secteur de l'électricité et de l'ouvrir à la concurrence », l'intérêt général de la société étant caractérisé par « la libéralisation et la réglementation du marché de l'électricité pour mieux satisfaire la demande nationale »²⁷⁵².

d. Les motifs non-économiques d'atteintes aux intérêts économiques

1124. La latitude laissée aux États parties en matière économique se manifeste également dans la manière dont la Cour admet que des motifs qui ne sont pas immédiatement ou purement de nature économique puissent justifier la limitation des droits garantis. De manière générale, la promotion des valeurs propres à l'ordre conventionnel permet aux autorités de porter atteinte aux intérêts économiques. Il en va notamment ainsi de la promotion de l'État de droit ou de la prééminence du droit, ou en langue anglaise de la « *rule of law* »²⁷⁵³, ou la correction des effets des actions d'un régime totalitaire. Cet objectif non économique se traduit alors par la correction des atteintes portées à la propriété privée et à la sécurité juridique²⁷⁵⁴, ou des conséquences économiques plus générales du processus de transition politique²⁷⁵⁵. De la même manière, mais cette fois hors ou à la marge du consensus conventionnel, la Cour admet que la « réalisation d'un ouvrage destiné à l'usage de la collectivité relève de l'intérêt général » même lorsque cela conduit à une restriction, voire une suppression des droits de propriété²⁷⁵⁶ tout comme la préservation des relations internationales de l'État²⁷⁵⁷.

²⁷⁵¹ Cour EDH, 13 février 2007, *Evaldsson et autres c. Suède*, *op. cit.*, § 54.

²⁷⁵² Cour EDH, 29 mars 2011, *Uzan et autres c. Turquie*, n° 18240/03, §§ 100-101 ; on notera qu'ici encore, la Cour s'appuie sur les recommandations de la Banque mondiale et du FMI ainsi que sur le droit de dérivé de l'Union pour relever que « [l]a libéralisation de ce marché de l'électricité avait donc une importance vitale pour le développement social et économique de l'État défendeur ».

²⁷⁵³ Cour EDH, 31 mai 2016, *Vukusic c. Croatie*, n° 69735/11, § 59.

²⁷⁵⁴ Cour EDH, 5 novembre 2002, *Pincová et Pinc c. République tchèque*, « atténuation de torts patrimoniaux » causés sous les régimes communistes ; Cour EDH, 12 novembre 2013, *Pyrantienė c. Lituanie*, n° 45092/07, § 48 : « The Court accepts that the general objective of restitution laws, namely to mitigate the consequences of certain infringements of property rights committed by the communist regime, is a legitimate aim and a means of safeguarding the lawfulness of legal transactions, protecting the country's socio-economic development ».

²⁷⁵⁵ Cour EDH, 3 novembre 2009, *Suljacic c. Bosnie-Herzégovine*, n° 27912/02, § 42 « *fundamental changes of a country's system as the transition from a totalitarian regime to a democratic form of government, the reform of the State's political, legal and economic structure and indeed the dissolution of the State followed by a brutal war, phenomena which inevitably involve the enactment of large-scale economic and social legislation* ».

²⁷⁵⁶ Cour EDH, 26 avril 2011, *Antunes Rodrigues c. Portugal*, n° 18070/08, § 31.

²⁷⁵⁷ Voy. au sujet de l'application des règles relatives aux immunités : Cour EDH (déc.), 12 décembre 2002, *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*, n° 59021/00.

1125. L'importance de cette reconnaissance est particulièrement topique lorsqu'elle concerne la protection de valeurs souvent appréhendées comme antinomiques du système économique. La Cour assume à cet égard le vecteur d'intégration dans l'ordre conventionnel du consensus politique existant au sein des sociétés européennes. S'il n'existe pas à ce jour de droit à jouir de sa propriété dans un environnement sain²⁷⁵⁸, la Cour a revanche affirmé dès l'arrêt *Fredin*, au sujet du retrait d'un permis d'exploitation d'une gravière, qu'une disposition interne ayant pour finalité la protection de l'environnement poursuivait un but légitime et soulignant qu'elle « n'ignor[ait] pas que la société d'aujourd'hui se soucie sans cesse de préserver l'environnement »²⁷⁵⁹. Plus encore, la Cour a amoindri la protection des droits subjectifs face aux préoccupations environnementales lorsque ceux-ci sont jugés « exclusivement civils », dans la mesure où « l'intérêt général de la communauté occupe une place prééminente »²⁷⁶⁰. Cette attention « croissante » justifie ainsi un changement de décision de la part des autorités²⁷⁶¹, et a même conduit la Cour à juger que « *[f]inancial imperatives should not be afforded priority over environmental protection considerations* »²⁷⁶². Cette « progression »²⁷⁶³ de la place de l'environnement dans la jurisprudence de la Cour face aux intérêts économiques privés est significative de la volonté affichée de la Cour de placer l'environnement parmi les « valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »²⁷⁶⁴, même si l'équilibre au regard de la proportionnalité ne suit pas toujours²⁷⁶⁵.

²⁷⁵⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, « La protection constitutionnelle de l'environnement en droit comparé », *Environnement*, 2012, n° 12 ; l'auteur se réfère la décision *Zapletal*, dans laquelle la Cour rejette comme manifestement mal-fondée une requête fondée sur l'article 1P1 dans laquelle le requérant se plaignait des conséquences d'une activité industrielle sur sa propriété ; Cour EDH (déc.), 30 novembre 2010, *Zapletal c. République tchèque*, n° 12720/06.

²⁷⁵⁹ Cour EDH, 18 février 1991, *Fredin c. Suède (n° 1)*, n° 12033/86, § 48 ; voy. la même année, Cour EDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, *op. cit.*, § 57.

²⁷⁶⁰ Cour EDH (GC), 29 mars 2010, *Depalle c. France*, *op. cit.*, § 84.

²⁷⁶¹ *Idem*, § 86 : « la Cour rejette en effet le grief de négligence porté à l'encontre des autorités nationales, jugeant que « L'exceptionnelle longueur de l'occupation litigieuse et certaines hésitations de la part des autorités se situaient à une époque où les préoccupations d'aménagement du territoire et environnementales n'avaient pas atteint leur développement actuel » (références omises ; nous soulignons).

²⁷⁶² Cour EDH, 13 décembre 2016, *S.C. Fiercolect Impex S.R.L. c. Roumanie*, n° 26429/07, § 65.

²⁷⁶³ B. PARANCE, « La progression de la protection de l'environnement dans la jurisprudence de la CEDH », *Revue Lamy Droit Civil*, 2010, n° 75, pp. 63-64.

²⁷⁶⁴ La Cour a expressément employé ce qualificatif dans l'affaire *Mangouras* pour juger conforme à l'article 5 § 3 le montant particulièrement élevé d'une caution (3 000 000 d'euros) afin d'assurer son « efficacité » au regard du « milieu professionnel dans lequel se situe l'activité en cause doit entrer en ligne de compte » ; Cour EDH (GC), 28 septembre 2010, *Mangouras c. Espagne*, n° 12050/04, CEDH 2010, § 87.

²⁷⁶⁵ Voy. *supra*, Chapitre 6, au sujet de l'arrêt *Hatton*.

1126. La Cour admet que divers objectifs liés à la protection de l'environnement justifient la limitation de droits économiques, comme la « protection de la nature ou des forêts »²⁷⁶⁶, d'une île²⁷⁶⁷ ou du « rivage de la mer »²⁷⁶⁸. Ce faisant, par le truchement de l'intérêt général, la Cour favorise une « justiciabilité indirecte »²⁷⁶⁹ du droit à un environnement sain. La Cour admet que l'intervention de l'État est légitime pour corriger les effets « a-économiques » de l'ordre économique existant. Néanmoins, cette appréhension est toujours fonction des postulats économiques et politiques retenus par les États membres. La Cour admet ainsi qu'une même réforme puisse poursuivre à la fois une rationalité économique et une rationalité environnementale. Ainsi, dans l'arrêt *Urbarska Obec Trencianske Biskupice c. Slovaquie*, la Cour avait à connaître d'une législation qui avait organisé, dans le cadre d'une transition vers l'économie de marché, le transfert de la propriété de parcelles de terre à ceux qui les avaient cultivés d'abord en vertu d'un bail, puis sans titre. Rappelant d'abord que la législation litigieuse avait pour objectif le « *rational arrangement of land ownership in accordance with the need for protection of the environment and the creation of stable ecological systems* »²⁷⁷⁰, la Cour juge que ce transfert n'était pas économiquement déraisonnable pour le législateur dans la mesure où les occupants en avaient augmenté la valeur par leur investissement et leur labeur²⁷⁷¹.

1127. De la même manière, la protection du patrimoine culturel offre une perspective intéressante sur l'admission par la Cour de politiques qui visent à remédier à l'incapacité du marché à satisfaire d'autres finalités que la meilleure allocation des ressources. Certes, la protection du patrimoine culturel justifie dans leur principe des mesures d'expropriation, la propriété publique étant alors jugée légitime pour la préservation d'un patrimoine culturel, notamment architectural²⁷⁷². De manière plus significative cependant, la protection du

²⁷⁶⁶ Cour EDH, 9 février 2010, *Bölükbas et autres c. Turquie*, n° 29799/02, § 34.

²⁷⁶⁷ Cour EDH, 18 novembre 2010, *Consorts Richet et Le Ber c. France*, n°s 18990/07 et 23905/07, § 116 : « La Cour estime tout d'abord qu'il ne fait aucun doute qu'en concluant à l'amiable les contrats de vente, l'État entendait poursuivre un but légitime d'intérêt général, à savoir la protection de l'environnement et en particulier la préservation de l'île de Porquerolles – domaines dans lesquelles les États disposent d'une certaine marge d'appréciation –, et que l'ingérence litigieuse poursuivait le même objectif ».

²⁷⁶⁸ Cour EDH, 6 octobre 2016, *Malfatto et Mieille c. France*, n°s 40886/06 et 51946/07, § 63.

²⁷⁶⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, « La protection constitutionnelle de l'environnement en droit comparé », *op. cit.*

²⁷⁷⁰ Cour EDH, 21 novembre 2007, *Urbarska Obec Trencianske Biskupice c. Slovaquie*, n° 74258/01, § 118.

²⁷⁷¹ *Idem*, §§ 119-120 : « *As regards agricultural land situated in allotment gardens, in introducing Act 64/1997 the legislator took the position that it was in the general interest that the rights of the persons using the land for gardening should prevail. Particular emphasis was laid on the fact that through their work and investments those persons had considerably increased the value of the land. (...) Notwithstanding, it accepts that in pursuit of its economic and social policies the respondent State was entitled to protect in a certain way the interests of individual gardeners using land on allotment sites* ».

²⁷⁷² Cour EDH (GC), 19 février 2009, *Kozacioglu c. Turquie*, n° 2334/03, § 54.

patrimoine culturel permet également de justifier des restrictions au fonctionnement du marché des œuvres d'art. Ainsi, dans l'arrêt *Beyeler*, la Cour a explicitement admis que « le contrôle du marché des œuvres d'art par l'État constitue un but légitime dans le cadre de la protection du patrimoine culturel et artistique d'un pays »²⁷⁷³. Cependant, elle a également jugé légitime un droit de préemption aux fins de confier un tableau à un musée public plutôt qu'à un musée privé constituait aussi un but légitime dans la mesure où, en réponse aux allégations du requérant²⁷⁷⁴, elle a admis « le caractère légitime de l'action d'un État qui accueille de façon licite sur son territoire des œuvres appartenant au patrimoine culturel de toutes les nations et qui vise à privilégier la solution la plus apte à garantir une large accessibilité au bénéfice du public, dans l'intérêt général de la culture universelle »²⁷⁷⁵.

1128. Ces conceptions variées pourraient relever de diverses catégorisations plus ou moins nettes. Les politiques ordolibérales d'intervention de l'État pour assurer ou parfaire le fonctionnement du marché sont ainsi jugées comme des motifs légitimes d'ingérence dans la sphère de liberté des individus. Similairement, des politiques de redistribution le sont tout autant. L'intérêt général économique conventionnel n'existe pas, mais il accueille une multitude d'intérêts généraux économiques nationaux. Cette indétermination de l'intérêt général en matière économique ne doit pas occulter que l'ensemble des directions jugées légitimes par la Cour ne sont pas naturelles, mais traduisent bien l'acceptation de cadres économiques, certes variés, mais « politiques »²⁷⁷⁶ qui peuvent être chacun critiqué d'un point de vue politique, économique ou moral.

1129. Néanmoins, ce produit est avant tout le résultat d'une « forme d'auto-limitation » qui découle du caractère « indéterminé » de l'intérêt général²⁷⁷⁷, et notamment par l'ordre conventionnel. La faiblesse du contrôle comme de la sanction implique ainsi une faible dissociation entre l'intérêt général et l'intérêt avancé par l'État en matière économique.

²⁷⁷³ Cour EDH (GC), 5 janvier 2000, *Beyeler c. Italie*, *op. cit.*, § 112.

²⁷⁷⁴ *Idem*, § 83 : « selon lui, il n'était pas établi en quoi il y aurait un intérêt public à ce que le tableau en cause soit exposé dans un musée public plutôt que dans un musée privé d'autant que, selon le requérant, la Peggy Guggenheim Collection de Venise serait en mesure de conserver des œuvres d'art autant, sinon davantage, que l'État italien : en effet, ce dernier a été victime de divers vols dont précisément celui du tableau litigieux, dérobé à la Galerie d'art moderne et contemporain à Rome ».

²⁷⁷⁵ *Idem*, § 113.

²⁷⁷⁶ La critique marxiste a par exemple montré comment l'intérêt général était une idéologie qui avait pour fonction d'assurer la domination des groupes économiquement dominants ; J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », *op. cit.*, pp. 35 et s.

²⁷⁷⁷ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007, 108 p., pp. 46-67, spéc. pp. 60-61.

L'intérêt général ne joue qu'à la marge sa fonction de « limite »²⁷⁷⁸ au pouvoir de l'État vis-à-vis des droits individuels et des intérêts particuliers qu'ils protègent, alors que son introduction dans les premiers instruments de protection des droits de l'homme devait permettre d'atteindre par le droit un équilibre entre l'individualisme et les prérogatives étatiques.

1130. Outre que des politiques économiques extrêmement variées sont permises par l'ordre conventionnel, la structure par rapport à laquelle il s'apprécie révèle également une acception large de l'intérêt général en matière économique.

2. Une variété structurelle

1131. Le premier niveau de variation structurelle de l'intérêt se situe d'abord dans son extension au-delà ou en deçà de l'État entendu comme État central. L'intérêt économique peut en effet exister au niveau *infra* étatique. Les intérêts économiques locaux sont ainsi parfaitement susceptibles de légitimer une décision des autorités publiques. On retrouve dans la jurisprudence la reconnaissance du « développement économique » d'une commune et de sa région²⁷⁷⁹. Elle inclut également les intérêts économiques *interétatiques*, puisque les intérêts économiques découlant des relations entre l'État et d'autres sujets internationaux fondent des décisions émanant des autorités nationales²⁷⁸⁰. Enfin, de manière plus originale, les constructions économiques *supra-étatiques* étendent également l'intérêt général. La Cour a par exemple accordé une attention particulière à la construction de l'Union européenne, en lui attribuant un état d'intégration avancé. Dans l'affaire *Othymia Investments BV*, la Cour a reconnu que le recouvrement d'impôts par un État membre au profit d'un autre État membre était légitime, comme pourrait l'être un recouvrement purement interne, dans la mesure où les « *economies of the European Union Member States form[ed] a unified whole* »²⁷⁸¹.

²⁷⁷⁸ F. RANGEON identifiait ainsi trois fonctions à « l'idéologie de l'intérêt général » : celle de fonder le pouvoir de l'État, d'en définir le but mais aussi d'en limiter les prérogatives ; F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Économica, 1986, 246 p., spéc. pp. 21-27.

²⁷⁷⁹ Cour EDH, 4 novembre 2010, *Dervaux c. France*, n° 40975/07, §§ 48 et 54 : « En l'espèce, l'extension de la ZAC concernée, et les expropriations qui en découlaient, ont été déclarées d'utilité publique par un arrêté préfectoral du 4 juin 1998 dans la mesure où elles devaient permettre l'implantation d'une usine de production automobile. Elles visaient ainsi à accroître le développement économique de la région en créant des emplois. (...) Compte tenu de ce qui précède, et notamment du contexte de développement économique de la région de Valenciennes dans lequel s'inscrit cette affaire (...).

²⁷⁸⁰ Cour EDH (déc.), 27 juin 2002, *Fédération des syndicats de travailleurs offshore et autres c. France*, *op. cit.*

²⁷⁸¹ Cour EDH (déc.), 16 juin 2015, *Othymia Investments BV c. Pays-Bas*, n° 75292/10, § 41 (nous soulignons) : le paragraphe entier se lit comme suit : « *the Court does not doubt that the aim of ensuring that taxes are paid is a legitimate one for the purposes of Article 8 § 2, namely the economic well-being of the country. In the Court's*

1132. Néanmoins, l'extension la plus significative de l'intérêt général se situe dans sa porosité vis-à-vis d'un intérêt privé. La question de savoir si le fait de bénéficier à un intérêt privé peut être assimilable ou ressortir, par ricochet, à l'intérêt général est une question éminemment dépendante de la philosophie comme de l'économie politique. Les outils économiques, comme le critère de Pareto, ainsi que l'utilitarisme et l'analyse économique du droit, ont certainement favorisé l'assimilation de l'un à l'autre dans la culture occidentale. La Cour a ici encore opté pour une voie intermédiaire.

1133. Elle admet en premier lieu que la satisfaction de l'intérêt privé puisse contribuer fortement à l'intérêt public dans plusieurs circonstances. Elle a ainsi jugé légitime des mécanismes généraux d'articulations ou de transferts entre certaines catégories d'intérêts privés. Le fait qu'une politique bénéficie à une catégorie donnée, c'est-à-dire à un intérêt collectif, contribue à l'intérêt économique général. Aux termes de l'arrêt *James et autres*, par exemple, « un transfert de propriété opéré dans le cadre d'une politique légitime – d'ordre social, économique ou autre – peut répondre à l' "utilité publique" même si la collectivité dans son ensemble ne se sert ou ne profite pas elle-même du bien dont il s'agit »²⁷⁸². De plus, dans la mesure où les droits d'autrui incluent les droits économiques des tiers, la limitation peut également être légitime dès lors qu'elle permet la protection des droits de tiers identifiés, comme les créanciers du requérant²⁷⁸³, les clients d'un établissement bancaire²⁷⁸⁴ ou l'acquéreur de bonne foi en tant que composante du « principe de la sécurité des rapports juridiques »²⁷⁸⁵, ou le droit d'un propriétaire lorsqu'une privatisation au bénéfice du requérant lui a permis d'expulser des habitants²⁷⁸⁶.

1134. L'assimilation de l'intérêt privé à l'intérêt général et les liens qu'il entretient avec le maintien de l'économie de marché est particulièrement perceptible dans la jurisprudence

opinion, this is so even though the taxes concerned be due to Spain, the economies of the European Union Member States forming a unified whole ».

²⁷⁸² Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 45 (nous soulignons).

²⁷⁸³ Cour EDH, 5 novembre 2009, *Société Anonyme Thaleia Karydi Axte c. Grèce*, n° 44769/07, § 34 : la Cour admet comme but légitime « la satisfaction des créances pécuniaires de son créancier ».

²⁷⁸⁴ Cour EDH (déc.), 7 novembre 2002, *Olczak c. Pologne*, *op. cit.*, § 84 : « [t]he Court considers that the measures taken by the National Bank of Poland were undeniably intended to protect the interests of the bank's customers who had entrusted their assets to the bank, and to avoid the heavy financial losses that the bank's bankruptcy would have entailed for its customers. This aim was clearly within the mandate of the National Bank as set forth in the Banking Act and compatible with the notion of public interest ».

²⁷⁸⁵ Cour EDH, 21 juillet 2005, *Strain et autres c. Roumanie*, *op. cit.*, § 50.

²⁷⁸⁶ Cour EDH, 16 mai 2013, *Maksymenko et Gerasymenko c. Ukraine*, n° 49317/07, §§ 58-59.

relative aux mécanismes de cession forcée entre actionnaires. La Cour a en effet admis, en évitant de les qualifier de « privation de propriété », que de telles réglementations étaient « indispensables à toute vie en société sous un régime d'économie de marché »²⁷⁸⁷ et ne sauraient être, en principe, contraires à l'article 1P1, sous réserve des garanties procédurales et du montant de l'indemnité éventuellement octroyée. En évitant la qualification de propriété, la Cour évite de se prononcer sur la compatibilité de principe d'expropriations parfois qualifiées par la doctrine francophone « d'utilité privée »²⁷⁸⁸ avec la Convention, ou du moins d'admettre qu'elles ne sont pas toutes illicites, en même qu'elle conforte l'interventionnisme étatique aux fins d'assurer le fonctionnement du marché.

1135. L'importance d'un acteur ou d'un secteur privé pour une économie peut par ailleurs conforter, voire justifier une mesure de la part de l'État. Dans l'affaire *GSB c. Suisse*, par exemple, la Cour était saisie de l'application par la Suisse d'un accord bilatéral de coopération fiscale avec les États-Unis d'Amérique dans le cadre d'un conflit entre une société bancaire, UBS, et les autorités fiscales américaines. Selon le requérant, la conclusion et la mise en œuvre de cet accord international ne poursuivait aucun « but légitime », dans la mesure où il servait « uniquement » l'intérêt d'un établissement bancaire, et non celui du pays dans son intégralité. La Cour a pour sa part accepté d'assimiler l'intérêt général de l'État à celui de cette société, parce qu'il s'agissait d'« un acteur important de l'économie suisse et employeur d'un nombre considérable de personnes », dans le cadre du « secteur bancaire représentant une branche économique importante »²⁷⁸⁹. On retrouve un raisonnement similaire dans l'arrêt *Hatton*, au regard de la préservation de l'intérêt des compagnies aériennes, la Cour ayant même jugé « difficile, voire impossible, de faire le départ entre les intérêts de l'industrie aérienne et les intérêts économiques du pays dans son ensemble »²⁷⁹⁰

1136. À l'inverse, une expropriation qui serait menée uniquement dans l'intérêt d'un opérateur privé ne se verra vraisemblablement pas reconnaître un but d'utilité publique ». Cela sera d'autant plus le cas dans les situations dans lesquelles l'expropriation est constitutive d'un

²⁷⁸⁷ Cour EDH (déc.), 12 octobre 1982, *Bramelid et Malmström c. Suède*, *op. cit.* ; Cour EDH (déc.), 30 mars 2000, *Kind c. Allemagne*, n° 44324/98.

²⁷⁸⁸ Voy. R. HOSTIOU, « De l'utilité publique à l'utilité privée », *JCP A*, 2011, n° 8, pp. 27-31.

²⁷⁸⁹ Cour EDH, 22 décembre 2015, *GSB c. Suisse*, *op. cit.*, § 83 ; voy. dans le même sens Cour EDH, 30 mars 2010, *Bacila c./ Roumanie*, n° 19234/04, § 70 : « (...) la Cour ne méconnaît pas l'intérêt que peuvent avoir les autorités internes à maintenir l'activité économique du plus grand employeur d'une ville déjà fragilisée par la fermeture d'autres industries ».

²⁷⁹⁰ Cour EDH (GC), 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 126.

détournement de pouvoir. Dans l'affaire *Tkachevy*, par exemple, la Cour a jugé que l'expropriation du requérant, dont l'État défendeur alléguait qu'elle répondait à une exigence de « sécurité », avait en réalité été réalisée au profit d'une société privée aux fins de la construction de locaux résidentiels²⁷⁹¹. De manière plus intéressante encore, la Cour a semblé dégager un intérêt privé de l'État, qui serait lui aussi distinct de l'intérêt général. Dans l'affaire *Visting et Perepjolkins*, la Cour s'est interrogée sur le fait de savoir si la « justice sociale » pouvait être invoquée dans la présente affaire, dès lors que l'expropriation litigieuse a bénéficié uniquement à l'État, qui n'a procédé à aucune redistribution au profit des particuliers »²⁷⁹². Bien que la Cour ait émis cette réserve au stade de la proportionnalité *stricto sensu*, il semble que le bénéfice, purement économique et financier, serait étranger à la fonction de réalisation de l'intérêt général associée à l'État et impropre, en tant que tel, à fonder l'ingérence au sein d'intérêts économiques privés.

1137. Cette vision traduit une vision peu absolutiste de l'intérêt général, plus proche de l'intérêt « commun » platonicien, qui résulte de la combinaison et de l'articulation des intérêts particuliers plutôt que sa réduction à un intérêt purement « public » de la communauté politique transcendant comme chez Aristote²⁷⁹³. La voie médiane choisie par la Cour n'est pas nouvelle, et même peu étonnante malgré la diversité des traditions juridiques des États parties. Même dans la tradition française, dans laquelle l'intérêt général est généralement présenté comme transcendant, cette extension a été reconnue et l'on retrouve une approche similaire. Le Conseil d'État a ainsi opéré la même association en matière d'expropriation²⁷⁹⁴, tandis que le Conseil constitutionnel a, comme la Cour, reconnu qu'en adoptant une loi permettant la cession forcée des titres d'associés, d'actionnaires ou de dirigeants et destinée à « encourager » ou à

²⁷⁹¹ Cour EDH, 14 février 2012, *Tkachevy c. Russie*, n° 35430/05, spéc. §§ 44-50: la Cour commence par noter que « *whereas under the original arrangement (Decree 373-PP) 40% of the reconstructed building was to go to the Moscow Government, in 2008 the whole of the building went to Tverskaya Finance (Decree 221-PP). The withdrawal of the authorities' share in the building diminished the public element of the transaction, and it became in essence an alienation of property from one private party (the applicants) to another (Tverskaya Finance)* » puis, en analysant le site internet de la société, conclut que « *the building has become residential premises contrary to the project's declared goals* ». Elle fonde alors directement le constat de violation sur l'absence de but d'utilité publique, ce qui est extrêmement rare.

²⁷⁹² Cour EDH (GC), 25 octobre 2012, *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, *op. cit.*, § 126.

²⁷⁹³ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, pp. 41-52.

²⁷⁹⁴ D. Truchet avait déjà montré dans sa thèse que le Conseil d'État admettait certains cas de « confusion » (sans appréciation péjorative) entre l'intérêt privé et l'intérêt général, en jugeant par exemple qu'il était légitime pour l'administration de considérer qu'il « est dans l'intérêt de l'économie nationale de favoriser l'expansion d'une entreprise déterminée, ou » qu'il était « conforme à l'intérêt général de satisfaire à la fois les besoins de la circulation publique et les exigences d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie nationale » ; D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1977, 394 p., pp. 308-309 ; les arrêts cités sont CE, 13 juillet 1963, *Aureille*, et CE, 20 juin 1971, *Ville de Sochaux*, p. 561.

« permettre la poursuite d'activité des entreprises »²⁷⁹⁵, le législateur avait « poursuivi un objectif d'intérêt général »²⁷⁹⁶. Ni inédite ni isolée, elle n'en constitue pas moins un élargissement de la notion d'intérêt général en matière économique permis par l'ordre conventionnel.

1138. En réalité, elle souligne à nouveau l'absence de détermination par l'ordre conventionnel de ce que doit ou devrait être l'ordre économique des États parties, ou la conception de l'intérêt général en matière économique sur laquelle il reposerait. Loin de fonder un ordre public économique européen, celui-ci s'adapte largement aux directions imprimées par les États. Cela constitue un élément qui vient s'ajouter à la nature juridictionnelle du contrôle effectué, sans se confondre totalement avec lui. L'expérience d'autres juridictions internationales montrent en effet que, lorsque l'ordre juridique au sein duquel elles évoluent repose sur une conception ou une orientation économique donnée, le juge n'hésite pas à augmenter l'intensité de son contrôle et à sanctionner toute mesure étatique qui y contreviendrait. Cela est particulièrement notable dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg. Celle-ci n'admet aucune restriction aux libertés de circulation, et désormais à la liberté d'entreprendre consacrée par la Charte²⁷⁹⁷, qui serait fondée sur un motif « de nature purement économique » entendu comme la protection de l'économie nationale²⁷⁹⁸ vis-à-vis des opérateurs des autres États membres. De même, dès qu'une politique, économique ou non économique, a été harmonisée non plus par le droit primaire mais par le droit dérivé, la Cour sanctionnera toute conception nationale de l'intérêt général qui y contreviendrait²⁷⁹⁹. En ce sens, comme l'a montré C. Picheral, l'ordre public de l'Union se déploie en matière économique à l'inverse de l'ordre public conventionnel²⁸⁰⁰. De la même manière, et malgré une approche très similaire à celle de la Cour de Strasbourg, les

²⁷⁹⁵ Respectivement Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, cons. 142 ; 7 octobre 2015, n° 2015-486 QPC, *M. Gil L. [Cession forcée des droits sociaux d'un dirigeant dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire]*, cons. 8.

²⁷⁹⁶ *Idem.*

²⁷⁹⁷ Les deux peuvent en effet être équivalents : CJUE, 20 déc. 2017, *Global Starnet Ltd*, C-322/16, § 50 : la Cour juge qu' « [u]n examen de la restriction représentée par une réglementation nationale au titre des articles 49 et 56 TFUE couvre également les éventuelles restrictions de l'exercice des droits et des libertés prévus aux articles 15 à 17 de la charte des droits fondamentaux de sorte qu'un examen séparé de la liberté d'entreprise n'est pas nécessaire »

²⁷⁹⁸ Voy. déjà CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited*, C-72/83, § 7.

²⁷⁹⁹ Voy. par exemple en matière de jeux de hasard : CJUE (GC), 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd*, C-42/07, § 57 : « en l'absence d'une harmonisation communautaire en la matière, il appartient à chaque État membre d'apprécier, dans ces domaines, selon sa propre échelle des valeurs, les exigences que comporte la protection des intérêts concernés ».

²⁸⁰⁰ C. PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris – Aix-en-Provence, La Documentation française, 2001, 426 p., spéc. pp. 257-258 : l'ordre de la Convention serait « en charge des valeurs démocratiques » tandis que l'ordre de l'Union serait « en charge des valeurs économiques ».

tribunaux arbitraux n'hésitent pas à sanctionner la légitimité de mesures purement protectionnistes qui reposent sur une discrimination prohibée par la logique même de l'intégration négative des investissements sur laquelle les traités reposent²⁸⁰¹.

1139. Si l'ordre conventionnel permet un large éventail de politiques économiques, tout contrôle par la Cour ne disparaît pas pour autant.

B. Le contrôle maintenu de la réalité du motif

1140. Cette grande diversité des motifs économiques n'implique pas pour autant la disparition de tout contrôle européen sur la finalité économique de l'ingérence ou des actes litigieux constatés. Ainsi, la nature économique de l'intérêt invoqué n'empêche pas le contrôle du détournement de pouvoir (1), et parfois un contrôle résiduel de l'existence du motif, même si celui-ci est rarement sanctionné (2).

1. Le détournement de pouvoir

1141. Le détournement de pouvoir s'entend généralement comme le recours à une prérogative dans un but qui n'est pas celui annoncé, ou celui qu'elle permet. En revanche, la situation est différente lorsque l'État n'a pas réellement mis en œuvre l'objectif poursuivi dans le temps. Le défaut d'utilité publique est alors sanctionné à la fois sur le fondement du contrôle du but légitime et indirectement sur celui de la rupture du juste équilibre²⁸⁰². Ce contrôle a été particulièrement développé dans plusieurs décisions relatives à la technique des « réserves foncières ». Cette technique, fréquente en droit français, consiste à autoriser l'expropriation d'un bien immobilier en vue d'une affectation « future » à l'utilité publique, la collectivité expropriante étant notamment prémunie « contre le risque que l'annonce même de ce projet conduise, mécaniquement, à une augmentation du prix de ces biens, qui pèserait sur sa capacité à le mener à bien »²⁸⁰³. Or, la Cour n'a pas sanctionné pour défaut d'utilité publique ce type de

²⁸⁰¹ C. HENCKELS a ainsi par exemple montré qu'il en allait de même pour les tribunaux statuant en matière d'investissement, les arbitres ayant par exemple jugé dans *SD Myers* qu'un objectif réellement protectionniste était illégitime (*Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XXXII-225 p., pp. 135-138).

²⁸⁰² Pour un exemple typique du double constat de violation, voy. Cour EDH, 11 octobre 2011, *Vassallo c. Malte*, n° 57862/09, §§ 43 et 48.

²⁸⁰³ J. JEANNENEY, « Le détournement des réserves foncières à des fins mercantiles », *RFDA*, 2015, n° 5, pp. 937-955.

mécanisme, admettant par exemple qu'une expropriation ainsi menée « en vue de la constitution de réserves foncières destinées à l'habitat très social », tient « de l'organisation de la politique foncière et de la mise en œuvre d'une politique [et qui] est légitime en principe et relève de l'intérêt public »²⁸⁰⁴.

1142. En revanche, la Cour a sanctionné sur le fondement d'un certain déséquilibre « le maintien du bien en réserve » alors que le but d'utilité projeté n'a pas été réalisé. C'est bien une forme de détournement de pouvoir au profit des intérêts économiques de l'État défendeur que la Cour sanctionne, puisqu'elle juge que « [l']article 1 du Protocole n° 1 oblige en effet les États contractants à prémunir les individus contre le risque d'un usage de la technique des réserves foncières autorisant ce qui pourrait être perçu comme une forme de spéculation foncière à leur détriment »²⁸⁰⁵. Elle avait en l'espèce constaté qu' « aucun élément dont il pourrait être déduit que la non réalisation de l'opération d'urbanisation prévue et, conséquemment, le maintien du terrain en réserve foncière, reposent sur une quelconque raison tenant de l'utilité publique »²⁸⁰⁶.

1143. Dans l'arrêt *Vassallo*, elle a pareillement jugé « the lapse of twenty-eight years from the date of the taking of the property without any concrete use having been made of it, in accordance with the requirements of the initial taking, raises an issue under Article 1 of Protocol No. 1, in respect of the public interest requirement »²⁸⁰⁷, et a relevé dans les deux arrêts que les biens en cause avaient effectivement vu leur valeur augmenter²⁸⁰⁸. La Cour a dès lors sanctionné des expropriations constituées en vue du développement de logements sociaux mais non réalisés dix-neuf²⁸⁰⁹ ou vingt-huit ans après²⁸¹⁰, ou encore des biens partiellement ou

²⁸⁰⁴ Cour EDH, 2 juillet 2002, *Motais de Narbonne c. France*, *op. cit.*, § 18.

²⁸⁰⁵ *Idem*, § 21.

²⁸⁰⁶ *Idem*, § 22.

²⁸⁰⁷ Cour EDH, 11 octobre 2011, *Vassallo c. Malte*, *op. cit.*, § 43 ; dans le même sens Cour EDH, 8 avril 2008, § 26 : lorsqu'un laps de temps notable s'écoule entre la prise de décision portant expropriation d'un lieu et la réalisation concrète du projet d'utilité publique à l'origine de la privation de propriété, l'expropriation peut avoir pour effet de priver l'individu exproprié d'une plus-value rapportée par le bien en cause

²⁸⁰⁸ *Idem*, § 42 : « *The Court considers that it is undisputable that the land has generated an increase in value of which the owners have been deprived* » ; Cour EDH, 2 juillet 2002, *Motais de Narbonne c. France*, *op. cit.*, § 22 : En l'espèce, les requérants exposent, sans être contredits par le Gouvernement, que la valeur du terrain litigieux a notablement augmenté au cours des dix-neuf années qui ont suivi l'expropriation ; ils produisent divers documents étayant cette thèse. Ledit terrain a donc engendré une plus-value, dont ils se sont trouvés privés pour l'essentiel.

²⁸⁰⁹ Cour EDH, 2 juillet 2002, *Motais de Narbonne*, *op. cit.*

²⁸¹⁰ Cour EDH, 11 octobre 2011, *Vassallo c. Malte*, *op. cit.*

aucunement employés aux travaux d'urbanisation auxquels ils étaient destinés²⁸¹¹ et même lorsque les biens avaient été cédés volontairement à l'administration²⁸¹².

1144. Le texte conventionnel comporte par ailleurs une clause qui permet de sanctionner l'abus de droit, puisque l'article 18 de la Convention énonce que « [I]es restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues ». Dépourvue d'autonomie, cette disposition permet néanmoins d'empêcher que l'État invoque un objectif économique dont la légitimité sera facilement reconnue, afin de favoriser ses propres intérêts financiers ou au contraire afin de masquer la poursuite d'autres intérêts comme des intérêts politiques. Néanmoins, le standard élevé comme la répartition de la charge de la preuve, adoptés par la Cour rendent son effectivité moindre²⁸¹³. Dans les décisions relatives aux poursuites intentées contre l'oligarque russe *Khodorkovskiy* et à l'entreprise *Yukos*, la Cour a admis à plusieurs reprises qu'une entreprise d'État avait bénéficié du démantèlement de l'« empire industriel » du requérant²⁸¹⁴. De la même manière, la Cour a rejeté les prétentions de la société en question sur le fondement de l'article 18, alors même qu'elle avait constaté une violation des article 6 § 1 et 1P1. Niant la valeur probatoire de plusieurs commentaires effectués par divers autorités et organes de l'État, la Cour a jugé que la finalité poursuivie par les autorités nationales, ne comportait ni motifs politiques, ni volonté de détruire la société et de prendre le contrôle de ses actifs²⁸¹⁵. Dans l'affaire *Gillow* elle a également rejeté les prétentions des requérants selon lesquelles la législation était discriminatoire à l'encontre des propriétaires britanniques mais

²⁸¹¹ Cour EDH, 13 juillet 2004, *Beneficio Cappella Paolini c. Saint-Marin*, n° 40786/98, § 33 ; 8 avril 2004, *Kececioglu et autres c. Turquie*, *op. cit.*, § 28.

²⁸¹² Cour EDH, 15 janvier 2008, *Karaman c. Turquie*, n° 6489/03, §§ 32-33.

²⁸¹³ La Cour juge en effet que « [w]hen an allegation under Article 18 is made the Court applies a very exacting standard of proof » et reconnaît « as a consequence, there are only few cases where the breach of that Convention provision has been found » (Cour EDH, 31 mai 2005, *Khodorkovskiy c. Russie*, n° 5829/04, § 256 et elle n'admet pas de renversement de la charge de la preuve même en cas de commencement de preuve ; le requérant doit pouvoir « furnish the Court with an incontrovertible and direct proof in support of his or her allegations » (Cour EDH, 20 septembre 2011, *OAO Neftyanaya Kompanyia Yukos c. Russie*, *op. cit.*, § 663).

²⁸¹⁴ *Idem*, § 257: « the Court acknowledges (...) that it was a State-owned company which benefited most from the dismantlement of the applicant's industrial empire » ; 27 juillet 2013, *Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie*, nos 11082/06 et 13772/05, § 901: « business projects of Yukos ran counter to the petroleum policy of the State (...) and that the State was one of the main beneficiaries of the dismantlement of Yukos ».

²⁸¹⁵ Cour EDH, 20 septembre 2011, *OAO Neftyanaya Kompanyia Yukos c. Russie*, *op. cit.*, § 665: « the Court finds that it is true that the case attracted massive public attention and that comments of different sorts were made by various bodies and individuals in this connection. The fact remains, however, that those statements were made within their respective context and that as such they are of little evidentiary value for the purposes of Article 18 of the Convention. Apart from the findings already made earlier, the Court finds no indication of any further issues or defects in the proceedings against the applicant company which would enable it to conclude that there has been a breach of Article 18 of the Convention on account of the applicant company's claim that the State had misused those proceedings with a view to destroying the company and taking control of its assets ».

non résidents de l'île de Guernesey. Ayant constaté que la restriction au respect du domicile qui en résultait poursuivait le « bien-être économique » de l'île, la Cour a en même temps rejeté les prétentions fondées sur l'article 18²⁸¹⁶. L'hypothèse n'est cependant pas théorique, puisque le seul constat de violation fondé sur l'article 18 dans la jurisprudence de la Cour concernait la détention d'un autre oligarque russe. Si la Cour a constaté, dans le cadre de l'article 5, qu'il existait des soupçons plausibles justifiant la détention, elle n'en a pas moins jugé que la fin des poursuites avait été négociée par les autorités nationales en l'échange de la cession par le requérant de sa société à une société d'État. Elle avait alors souligné que « les questions de droit public telles que la procédure pénale et la détention provisoire n'ont pas pour finalité d'être utilisées dans le cadre de stratégies de négociation commerciale » et a par conséquent constaté une violation sur ce point²⁸¹⁷.

2. La sanction marginale de l'existence d'un motif économique légitime

1145. Mis à part de l'hypothèse du détournement de pouvoir, direct ou indirect la Cour ne fonde pratiquement jamais un constat de violation sur la remise en cause du motif économique des actes des autorités nationales. Elle s'est même montrée peu encline à censurer au nom du défaut de l'utilité publique l'annulation d'un titre de propriété plus de 60 ans après son émission²⁸¹⁸.

²⁸¹⁶ Cour EDH, 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, n° 9063/80, Série A, n° 109, § 54 : « [I]a Cour se réfère aux statistiques produites par le Gouvernement et les requérants sur la population de Guernesey et le nombre des maisons vides (paragraphe 35 et 37 ci-dessus). Sans doute peut-on dire que la situation s'est améliorée à certains égards entre 1976 et 1981, mais il n'en reste pas moins que l'île est d'une superficie très réduite. Partant, il est normal que les autorités s'efforcent de contenir la population dans des limites compatibles avec un développement économique équilibré de Guernesey. Il est également légitime qu'elles témoignent, en décidant de l'octroi de permis d'habiter des locaux à loyer modéré, de quelque faveur pour les personnes ayant avec l'île des liens étroits ou y occupant un emploi essentiel pour la collectivité. La législation litigieuse tend donc au bien-être économique de l'île; aux yeux de la Cour, il n'est pas établi qu'elle ait visé un autre objectif (article 18 de la Convention) (art. 18) ».

²⁸¹⁷ Cour EDH, 19 mai 2004, *Goussinski c. Russie*, n° 70276/01, §§ 75-76 : la Cour a en effet constaté que le fait que « Que Gazprom ait prié le requérant de signer l'accord de juillet alors qu'il était en prison, qu'un ministre ait avalisé ce pacte par sa signature et qu'un magistrat instructeur, agent de l'État, l'ait ensuite appliqué en abandonnant les accusations, constitu[ai]ent autant d'éléments donnant fortement à penser que les poursuites dirigées contre M. Goussinski étaient une manœuvre d'intimidation ».

²⁸¹⁸ Cour EDH, 8 juillet 2008, *Fener Rum Patrikligi (Patriarcat Œcuménique) c. Turquie*, n° 14340/05, § 82 : « Par conséquent, même si le fait que l'action tendant à l'annulation du titre de propriété a été engagée en 1997, soit plus de soixante et un ans après le dépôt de la déclaration de 1936, peut susciter quelques interrogations quant aux motifs qui ont inspiré la mesure litigieuse, cette circonstance à elle seule ne saurait suffire à priver de légitimité l'objectif général de la loi sur les fondations, à savoir servir une « cause d'utilité publique ».

1146. La Cour se contente au contraire d'exprimer ou de constater des « doutes », d'expliquer en quoi le but d'utilité publique paraît incertain pour ensuite conclure à une violation sur le fondement du test de proportionnalité²⁸¹⁹. Dans les hypothèses les plus extrêmes, la Cour soulève même *proprio motu* l'existence d'une finalité d'utilité publique en l'absence de toute explication de la part du gouvernement défendeur n'ait aucune d'incidence sur la qualification du but d'utilité publique. Dans l'arrêt *Strain et autres* la Cour a jugé que, malgré l'absence de toute « justification » avancée par l'État défendeur, elle était « prête à considérer qu'en l'occurrence l'ingérence en question visait un but légitime, à savoir la protection des droits d'autrui – « autrui » étant ici l'acheteur de bonne foi –, eu égard au principe de la sécurité des rapports juridiques »²⁸²⁰.

1147. La Cour refuse également parfois de constater le défaut de but légitime alors même qu'elle estime que le gouvernement défendeur n'a pas fourni suffisamment d'éléments probatoires. Dans l'affaire *Kliafas*, la Cour a jugé que, si le but invoqué – la réorganisation d'une profession réglementée – pouvait être valable *in abstracto*, le gouvernement défendeur n'avait « pas suffisamment expliqué en quoi les recettes personnelles perçues par les requérants en l'espèce ont pu nuire à la mise en place du nouveau système »²⁸²¹, mais a immédiatement ajouté que « ces interrogations ne sauraient suffire à priver de légitimité l'objectif de la loi n° 2187/1994, qui était de servir une « cause d'utilité publique »²⁸²².

²⁸¹⁹ Voy. par exemple Cour EDH, 2 juillet 2013, *R. Sz c. Hongrie*, n° 41838/11, § 48 : l'affaire concernait l'application d'une taxation de 98% à des indemnités de licenciement supérieures à un montant donné ; la Cour accepte les motifs liés au « sens of social justice in the population » avec l'intérêt du « public purse » et de la distribution des « *burdens* » entre les contribuables, mais note que « *serious doubts remain as to the relevance of these considerations in regard to the applicant who only received a contractually stipulated compensation and could not have been made responsible for the fiscal problems which the State intended to remedy* » et que « *[w]hile the Court recognises that the impugned measure was intended to protect the public purse against excessive severance payments, it is not convinced that this goal was primarily served* » ; Cour EDH, 23 juillet 2009, *Joubert c. France*, n° 30345/05, §§ 60-68 ; Cour EDH, 8 avril 2008, *Megadat.com SRL c. Moldavie*, *op. cit.*, § 67 : « Quant au point de savoir si l'atteinte en cause poursuivait un but légitime, la Cour n'est pas certaine, au vu de ce qui précède, que les mesures prises contre la société requérante par les autorités moldaves fussent tournées vers un quelconque but d'intérêt général. Elle laissera toutefois aussi cette question en suspens, pour se pencher sur la question de la proportionnalité » (nous soulignons).

²⁸²⁰ Cour EDH, 21 juillet 2005, *Strain et autres c. Roumanie*, n° 57001/00, CEDH 2005-VII, § 50 ; voy. cependant, *contra*, Cour EDH, 16 avril 2019, *Kamoy Radyo Televizyon Yayincilik Ve Organizasyon A.S. c. Turquie*, n° 19965/06, § 50 : « *In the absence of any argument raised by the Government as regards the legitimate aim pursued by the entry into force of the regulation at issue, the Court considers that the legislative intervention complained of by the applicant company, which definitively settled, in a retroactive manner, the substance of the dispute between the applicant company and the rival media group before the domestic courts, does not appear to have been justified by any grounds of general interest, as required, in particular, by the principle of the rule of law* ».

²⁸²¹ Cour EDH, 8 juillet 2004, *Kliafas et autres c. Grèce*, n° 66810/01, § 26 :

²⁸²² *Idem* ; voy. dans le même sens : Cour EDH, 1^{er} août 1997, *Les Saints Monastères c. Grèce*, *op. cit.*, § 69 : « [L]a Cour note que l'exposé des motifs du projet de la loi soumis au Parlement décrit les raisons fondant les mesures incriminées : mettre un terme aux ventes illégales, aux empiétements, à l'abandon et à l'exploitation incontrôlée des terrains litigieux (paragraphe 24 ci-dessus). Le caractère non obligatoire de la cession de l'usage

1148. Dans d'autres hypothèses, les explications données par l'État défendeur sont jugées peu convaincantes à l'égard des faits. L'exemple de l'affaire *Könyv-Tár* est à cet égard topique. La Cour ayant constaté l'existence d'un bien dans la position occupée sur le marché des livres scolaires par les requérants, examine la licéité de l'ingérence qui consistait en la création d'un monopole étatique sur ce marché aux fins d'assurer un bon usage des fonds publics, mais aussi afin de remédier aux « distorsions » existant sur le marché²⁸²³. Elle n'hésite alors pas à remettre en cause les deux arguments invoqués, notant que les prix étaient déjà auparavant « *State-regulated* », et que la marge dont bénéficiait le monopole était supérieure à celles des sociétés requérantes sous le régime de marché²⁸²⁴. Pourtant, elle ajouta procéder à l'examen de proportionnalité « *at any rate, assuming the existence of a legitimate aim pursued by those measures* »²⁸²⁵.

1149. Néanmoins, il arrive parfois que la Cour sanctionne le défaut d'utilité publique. Il arrive qu'elle le sanctionne en raison de son insuffisance au regard de l'importance des droits protégés, comme lorsqu'elle examine l'intérêt financier de l'État dans le cadre de la rétroactivité²⁸²⁶, l'exécution de dettes publiques²⁸²⁷ ou en jugeant qu'il n'était pas suffisant au regard du degré de l'atteinte portée au droit en cause, notamment en matière de compensation pour expropriation²⁸²⁸. Il arrive également que la Cour sanctionne l'absence de motif d'utilité publique du fait du retard dans l'action des autorités nationales²⁸²⁹. Cependant, outre sa rareté, deux éléments relativisent la portée de ce type de sanction. D'une part, celle-ci est relativement

de ces terrains à des agriculteurs ou à des coopératives agricoles (article 2 par. 1 de la loi - paragraphes 25 et 68 ci-dessus) et l'inclusion des organismes publics parmi les bénéficiaires de ladite cession (article 2 par. 1 de la loi) pourraient inspirer un doute sur les considérations qui ont justifié lesdites mesures, mais ils ne sauraient suffire à retirer à l'objectif global de la loi no 1700/1987 son caractère légitime "d'utilité publique" ».

²⁸²³ Cour EDH, 16 octobre 2018, *Könyv-Tár KFT et autres c. Hongrie*, n° 21623/13, §§ 35-36.

²⁸²⁴ *Idem*, § 46 : « *Even assuming that this reform was aimed at ensuring more efficient spending of public funds, the Court is not convinced that this aim consisted in protecting the end-users' (that is, the parents' or pupils') interests, given that the prices of schoolbooks were and remained State-regulated, independently of the measures under scrutiny (see paragraph 38 above). Moreover, the Court notes that the fact that the State-owned schoolbook distributor has a guaranteed margin of 20%, exceeding the margin of 11% to 16% that had been offered to the applicant companies on the free market before the New Regulations, might also call into question the Government's argument about ensuring more efficient spending of public funds* ».

²⁸²⁵ *Idem*, § 47.

²⁸²⁶ Voy. *supra*, § 1108.

²⁸²⁷ *Idem*.

²⁸²⁸ Voy. par exemple Cour EDH, 4 juillet 2019, *Svitlana Ilchenko c. Ukraine*, n° 47166/09, § 70 : « *In this context, regardless of whether the interference can be considered to have been in the "public interest", any public interest involved was, in any event, not so strong as to justify the taking of property without compensation* ».

²⁸²⁹ Cour EDH, 19 juin 2001, *Zwierzynski c. Pologne*, n° 34049/96, CEDH 2001-VI, § 72 : « [I]a Cour ne trouve aucune justification à la situation dans laquelle les pouvoirs publics ont placé le requérant. On ne décèle en l'espèce aucune « cause d'utilité publique » sérieuse de nature à justifier une privation de propriété ».

faible du point de vue des relations entre l'ordre conventionnel et le système économique, puisqu'il s'agit souvent de la sanction d'actions qui ne sont pas liées à des choix politiques structurels²⁸³⁰. D'autre part, même dans ce type d'hypothèse, comme dans celui d'ailleurs des réserves foncières, la Cour revient toujours à la terminologie de la rupture d'équilibre²⁸³¹. Ce faisant, la Cour n'a pas à évaluer la légitimité *per se* de la politique poursuivie et à exclure explicitement de l'ordre conventionnel certains choix économiques, mais à juger d'un équilibre particulier qui cantonne, en apparence, le contrôle à une forme concrète et individualiste.

1150. Cette déférence envers le choix des autorités est apparue aux États-Unis comme le meilleur moyen de préserver l'équilibre des pouvoirs et d'empêcher que l'examen du « *substantive due process* » ne soit perçu comme l'imposition au moyen du contrôle juridictionnel d'une théorie économique donnée. Comme l'exprimait le Juge Holmes dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Coppage v. Kansas*, tant que la politique menée peut paraître raisonnable, il importe qu'elle soit « *in the long run wise* » à partir du moment où rien dans l'instrument juridique appliqué ne l'interdit ²⁸³².

1151. Ce constat est confirmé au stade de l'examen par l'absence, ou l'absence de reconnaissance de la proportionnalité, d'une doctrine économique univoque.

²⁸³⁰ Dans l'affaire *Zwierzynski*, il s'agissait ainsi d'un retard dans la restitution d'un bien.

²⁸³¹ *Idem*, §§ 72-74 : « La Cour ne trouve aucune justification à la situation dans laquelle les pouvoirs publics ont placé le requérant. On ne décèle en l'espèce aucune « cause d'utilité publique » sérieuse de nature à justifier une privation de propriété. La Cour souligne que, face à une question d'intérêt général, les pouvoirs publics sont tenus de réagir de façon correcte et avec la plus grande cohérence (*Beyeler* précité). De surcroît, en sa qualité de gardien de l'ordre public, l'État a une obligation morale d'exemple, qu'il doit faire respecter par ses organes investis de la mission de protection de l'ordre public. *En l'espèce, la Cour estime que le juste équilibre évoqué plus haut a été rompu et que le requérant a supporté et continue de supporter une charge spéciale et exorbitante* » (nous soulignons).

²⁸³² Cour Suprême, 25 janvier 1915, *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), p. 236 U.S. 27 : la Cour Suprême avait été saisie de la constitutionnalité d'une loi qui imposait l'adhésion à un syndicat ; s'opposant à la majorité, le juge avait souligné que si la croyance qu'une telle loi était « *whether right or wrong, may be held by a reasonable man* », une loi devait être jugée constitutionnelle, et que « *[w]hether in the long run it is wise for the workingmen to enact legislation of this sort is not my concern, but I am strongly of opinion that there is nothing in the Constitution of the United States to prevent it* ».

SECTION 2 : L'INTROUVABLE ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE CONVENTIONNEL : ENTRE LIBÉRALISME POLITIQUE ET LIBÉRALISME ÉCONOMIQUE

1152. Les droits de l'homme garantis par la Convention sont un instrument d'établissement comme de protection du libéralisme politique. Si l'extension du champ de leur application laisse entendre que leur protection converge avec celle du – ou d'un certain – libéralisme économique, le contrôle opéré par la Cour infirme en partie cette intuition. Puisque les États peuvent définir relativement librement leur propre ordre public économique, et l'orienter vers la réglementation, la redistribution comme vers le marché, la réalité de la convergence entre les deux libéralismes doit être déterminée au moment de la définition de l'équilibre entre le principe de liberté et les limites qui y sont apportées.

1153. Or, cet équilibre se traduit au stade du contrôle de la proportionnalité, qui est généralement ramené, dans son acception européenne, à un exercice de mise en balance et de soupesée des intérêts en cause. Dès lors, parce qu'un tel exercice suppose de mesurer des intérêts entre eux, et de définir le point d'équilibre, il implique l'intégration de valeurs qui peuvent être soit inférées du cadre juridique, soit être celles de l'interprète lorsque le cadre juridique est muet. Cette intégration, qui fonde les critiques les plus acerbes qui sont adressées à ce mode de raisonnement²⁸³³ parce qu'il fait apparaître explicitement le pouvoir du juge et le risque de subjectivité que l'exercice de tout pouvoir induit par nature. Pourtant, les effets produits par ce contrôle de proportionnalité en matière économique sont particulièrement ambigus. S'il consacre un prisme d'analyse subjectif puisque tout est envisagé par rapport aux intérêts des requérants, il ne conduit pas pour autant à la primauté systématique de leurs intérêts par rapport à l'intérêt général, voire conduit à leur minoration (§1).

²⁸³³ Voy. à l'heure de son intégration dans l'office de la Cour de cassation en France : voy. par exemple Ph. Malaurie qui y voit le vecteur d'un « *judge made law* à la manière européenne » qui menacerait « une des bases de notre civilisation » Ph. MALAURIE, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le *judge made law* à la manière européenne », *JCP G*, 2016, n° 12, pp. 546-547, ; voy. aussi A Bénabent, qui critique cette subjectivité et les prérogatives dévolues au juge, qui peut « se permettre - de repousser une loi parce qu'il en trouve la mise en œuvre inappropriée » et opérer « un contrôle à l'aune de grands principes dont tout juge serait le grand prêtre (les droits de l'homme aujourd'hui, demain le droit naturel » ; A. BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.*, 2016, n° 3, pp. 137-138.

§1. Les effets ambigus de l'individualisme conventionnel

1154. L'individualisme conventionnel, entendu sans connotation péjorative, peut se traduire à la fois par la nature *in concreto* du contrôle effectué²⁸³⁴ comme par les présupposés substantiels qui le conduisent. En d'autres termes, le contrôle est avant tout effectué au niveau de la situation individuelle, et non au niveau macroéconomique, et pourrait se traduire de prime abord, comme l'affirme par exemple E. Dubout, par le « primat individuel »²⁸³⁵ en substance. En d'autres termes, il conduirait à la déclinaison du principe libéral dans la sphère économique. Pourtant l'étude de la jurisprudence montre que la nature *in concreto* du contrôle permet surtout à la Cour d'éviter de conventionnaliser des règles ou normes économiques systémiques (A), et qu'elle conduit même régulièrement à un certain déséquilibre entre les intérêts particuliers et l'intérêt étatique au profit du second, que l'approche libérale ne compense pas nécessairement (B).

A. Le contrôle *in concreto*, voie de contournement d'un ordre économique conventionnel

1155. La Cour s'attache en effet principalement à déterminer l'existence d'un équilibre économique individuel (1), le contrôle revêtant dans ce cas-là une portée limitée (2).

1. La focalisation sur l'équilibre économique individuel

1156. La hiérarchie entre plusieurs valeurs économiques, ou entre valeurs économiques entre elles pourrait se concrétiser par une méthode de résolution des conflits générale. Pourtant, comme l'a montré P. Ducoulombier, la Cour évite de recourir à ce type méthode²⁸³⁶. De fait, l'insistance, ou l'instrumentalisation, du caractère *in concreto* du contrôle opéré permet à la Cour soit d'éviter, soit de diluer les considérations économiques structurelles. Ce faisant, la

²⁸³⁴ À l'exclusion du contentieux interétatique, dont la Cour peut connaître mais demeure à ce jour marginal quantitativement (14 arrêts et 24 décisions de la Cour et de l'ancienne Commission sur 119 796 arrêts et décisions en tout, soit 0,0003%). Cette marginalité rend d'ailleurs peu représentatif tout étude des quelques considérations économiques qui y figurent.

²⁸³⁵ E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », *op. cit.*, pp. 183-192.

²⁸³⁶ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 474 et s.

Cour évite le type de raisonnement, à savoir le « *categorical balancing* » qu'avait employé la Cour Suprême dans l'arrêt *Lochner* et qui avait laissé penser – ou transparaître – une lecture économique, au sens d'une doctrine économique, de la Constitution. Saisie de la constitutionnalité d'une loi ayant imposé un temps de travail maximum au sein des boulangeries, la Cour américaine avait en effet reformulé le cas comme étant la « *question of which of two powers or rights shall prevail – the power of the State to legislate or the right of the individual to liberty of person and freedom of contract* »²⁸³⁷ et avait largement motivé l'inconstitutionnalité de la loi au nom de la régulation plus généralisée des heures de travail que le précédent aurait permis et donc par son caractère économiquement dangereux²⁸³⁸. Pourtant, en apparence, le test déployé par la Cour Suprême était similaire, dans ses composantes, au test européen de proportionnalité²⁸³⁹.

1157. Or, le contrôle européen en la matière montre que la Cour évite fréquemment – consciemment ou non – de mener ce type de contrôle. Il n'existe, semble-t-il, plus tellement de différence entre l'examen de la proportionnalité, réduit à son aspect *stricto sensu*, et la notion de juste équilibre. Comme le notait P. Muzny, il « serait vain (...) de chercher une quelconque logique animant le choix de la Cour », et qu'au contraire les deux notions devraient être substituables²⁸⁴⁰. En se concentrant sur le juste équilibre de la situation individuelle des requérants, elle favorise une mise en balance avec laquelle l'examen de la proportionnalité ne se confond pourtant ni universellement ni essentiellement²⁸⁴¹.

²⁸³⁷ Cour Suprême, 17 avril 1905, *Lochner v. New-York*, 198 U.S. 45, spéc. p. 198, U.S. 57.

²⁸³⁸ Ce conséquentialisme revient à plusieurs reprises, et traduit la « *economic theory* » sous-tendant la décision et que dénonçait le Justice Holmes ; voy. *idem*, p. 198, U.S. 58, « *If this statute be valid, and if, therefore, a proper case is made out in which to deny the right of an individual, sui juris, as employer or employee, to make contracts for the labor of the latter under the protection of the provisions of the Federal Constitution, there would seem to be no length to which legislation of this nature might not go* » ; p. 198, U.S. 59 : « *It is unfortunately true that labor, even in any department, may possibly carry with it the seeds of unhealthiness. But are we all, on that account, at the mercy of legislative majorities? A printer, a tinsmith, a locksmith, a carpenter, a cabinetmaker, a dry goods clerk, a bank's, a lawyer's or a physician's clerk, or a clerk in almost any kind of business, would all come under the power of the legislature on this assumption. No trade, no occupation, no mode of earning one's living could escape this all-pervading power, and the acts of the legislature in limiting the hours of labor in all employments would be valid although such limitation might seriously cripple the ability of the laborer to support himself and his family* » (nous soulignons) ; p. 198, U.S. 60 : « *Not only the hours of employees, but the hours of employers, could be regulated, and doctors, lawyers, scientists, all professional men, as well as athletes and artisans, could be forbidden to fatigue their brains and bodies by prolonged hours of exercise* ».

²⁸³⁹ Cour Suprême, 17 avril 1905, *Lochner v. New York*, *op. cit.* : « *[t]he act must have a more direct relation, as a means to an end, and the end itself must be appropriate and legitimate* ».

²⁸⁴⁰ P. MUZNY, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, *op. cit.*, p. 164.

²⁸⁴¹ A. MARZAL-YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 117-123, pour qui la confusion est parfois entretenue entre la mise en balance comme métaphore et la mise en balance comme forme de raisonnement ; P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, pp.

1158. Ce contrôle a pour conséquence un empirisme fort qui, s'il n'empêche pas par nature l'existence ou l'acceptation d'idéologies économiques données, les rend difficile à déceler ou à en déterminer la portée réelle. La question de l'impôt confiscatoire est à cet exemple topique. Si la Cour de Strasbourg a, dans la lignée de décisions anciennes de la Commission²⁸⁴², rappelé qu'une imposition pouvait rompre le « juste équilibre » à ménager entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, il semble difficile de déceler le seuil d'un impôt qui serait considéré comme confiscatoire. La Cour a ainsi expressément rappelé dans l'arrêt *NKM c. Hongrie* qu'elle prendrait « *into consideration in the proportionality analysis that the tax rate applied exceeds considerably the rate applicable to all other revenues, including severance paid in the private sector* », mais « *without determining in abstracto whether or not the tax burden was, quantitatively speaking, confiscatory in nature* »²⁸⁴³. En l'espèce, la prise en considération de la situation économique du contribuable conduit également à ne pas analyser le taux d'imposition en termes marginaux, mais au contraire son incidence envisagée dans sa globalité. La Cour a ainsi, dans cette affaire comme dans d'autres au regard de la même taxe²⁸⁴⁴, préféré prendre en considération le taux moyen total appliqué à l'indemnité, soit 52%, au taux marginal de 98%²⁸⁴⁵.

1159. De la même manière, la question de la réduction ou de la suppression des pensions sociales connaît un empirisme fort, la jurisprudence de la Cour étant fermement ancrée dans un critère du « raisonnable » relativement fluctuant. Ainsi, si la « suppression de la suppression de l'intégralité d'une pension *risque* d'enfreindre les dispositions de l'article 1 du Protocole n° 1, à l'inverse d'une réduction *raisonnable* d'une pension ou de prestations analogues », le « critère du juste équilibre ne saurait uniquement reposer, *dans l'abstrait*, sur le montant ou le pourcentage de la réduction en question »²⁸⁴⁶. De fait, la Cour introduit une certaine conception de justice sociale, en prenant en considération l'importance de la prestation en cause dans les

391-398 ; c'est seulement la proportionnalité stricto sensu qui se ramène en principe à une mise en balance ; A. BARAK, *Proportionality Constitutional Rights and their Limitations*, *op. cit.*, pp. 343-344.

²⁸⁴² Voy. déjà Com. EDH (déc.), 2 décembre 1985, *Swenska Managementgruppen AB c. Suède*, n° 11036/84, D.R., 45, p. 211, spéc. p. 234 : « certes, on peut tirer de l'article 1 aucune interdiction générale de créer un impôt payable exclusivement sur le capital du contribuable, mais la Commission estime qu'une obligation financière née de la levée d'impôts ou de cotisations peut nuire à la protection des biens *si elle constitue un fardeau excessif pour l'intérêt ou compromet radicalement sa situation financière* ».

²⁸⁴³ Cour EDH, 14 mai 2013, *N.K.M. c. Hongrie*, *op. cit.*, § 67 (nous soulignons).

²⁸⁴⁴ Cour EDH, 25 juin 2013, *Gáll c. Hongrie*, n° 49570/11, § 65 (environ 60%) ; 2 juillet 2013, *R. Sz. c. Hongrie*, n° 41838/11.

²⁸⁴⁵ Cour EDH, 14 mai 2013, *N.K.M. c. Hongrie*, *op. cit.*, § 66.

²⁸⁴⁶ Cour EDH, 10 juillet 2018, *Aielli et autres c. Italie*, n°s 27166/18 et 27167/18, § 33.

sources de revenu de l'intéressé, comme elle le fait d'ailleurs en cas d'expropriation de l'outil de travail²⁸⁴⁷. Ainsi, elle tend à constater une violation lorsqu'est en cause « la suppression ou l'interruption du versement d'une pension » privent le requérant de « l'intégralité de son unique source de revenus »²⁸⁴⁸ ou une part importante de celui-ci²⁸⁴⁹.

1160. La plupart des autres contentieux intervenant en matière économique traduisent la même attention particulière portée à la situation économique concrète du requérant, quelle que soit la disposition invoquée ou la nature des atteintes. Dans l'arrêt *Ashby Donald et autres c. France*, par exemple, les requérants ont tenté de faire valoir que la disproportion de l'ingérence dans leur liberté d'expression résultant de ce que les amendes et dommages-intérêts les avaient « étranglés financièrement »²⁸⁵⁰. La Cour a certes rejeté l'argument pour conclure à l'absence de violation, mais seulement dans la mesure où ils n'avaient « produit aucun élément relatif aux conséquences de ces condamnations sur leur situation financière »²⁸⁵¹. Similairement, la Cour conclut à l'absence de violation lorsqu'une subvention à des entreprises, concédée en contrepartie du paiement de cotisations sociales, ne leur est plus versée, dans la mesure où cela ne les a pas conduites « *in a position whereby they could not run their businesses because of the respective financial burdens* »²⁸⁵². Dès lors, la Cour amoindrit considérablement la portée des considérations systémiques ou hiérarchiques qu'elle avait pu introduire dans l'arrêt. Ainsi, il n'est pas possible d'affirmer que la protection des droits de la propriété intellectuelle des tiers, assurée par l'article 1P1, prime sur le droit à la liberté d'expression des requérants même s'il est exercé dans une finalité lucrative, ni même à l'inverse que l'infliction d'une amende est par principe légitime afin d'assurer le respect des droits.

1161. Même les hypothèses qui sont supposées se situer dans le cadre de principes fondamentaux de l'ordre conventionnel n'échappent à cette individualisation. Ainsi, l'interdiction d'interventions rétroactives qui ont pour seule finalité la préservation des intérêts financiers de l'État peut elle aussi être limitée du fait de la faible incidence de la loi sur la situation particulière des intéressés. La Cour ne constate ainsi pas de violation lorsque la

²⁸⁴⁷ Cour EDH, 11 avril 2002, *Lallement c. France*, *op. cit.*, § 24.

²⁸⁴⁸ Cour EDH, 15 septembre 2009, *Moskal c. Pologne*, *op. cit.*, § 74 ; 21 septembre 2009, *Apostolakis*, *op. cit.*, § 39 (GC), 13 décembre 2016, *Bélané Nagy*, *op. cit.*, § 123, (GC), 5 septembre 2017, *Fabian c. Hongrie*, *op. cit.*, § 78.

²⁸⁴⁹ Cour EDH, 13 décembre 2011, *Lakićević c. Hongrie*, *op. cit.*, § 70.

²⁸⁵⁰ Cour EDH, 10 janvier 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, *op. cit.*, § 43.

²⁸⁵¹ *Idem.*

²⁸⁵² Cour EDH, 24 juin 2014, *Azienda Agricola Silverfunghi S.A.S. c. Italie*, *op. cit.*, § 106.

situation financière des contribuables n'a pas été substantiellement affectée ou lorsqu'une société a pu continuer son activité²⁸⁵³ et même lorsque les contribuables pouvaient anticiper une application rétroactive en s'acquittant par avance de l'impôt ou se préparant aux rattrapages²⁸⁵⁴.

1162. Cette focalisation du contrôle sur la situation économique particulière des requérants produit des effets ambivalents. Cette subjectivité accrue pourrait sembler contribuer de prime abord, à asseoir le primat individualiste sur les politiques économiques et sociales nationales. On sait que la subjectivisation de règles objectives dans le droit du marché intérieur contribue à ériger la liberté économique en principe au sein de l'Union²⁸⁵⁵. Mais la situation est plus nuancée dans le cadre conventionnel. Le contrôle de l'ingérence dans des droits conçus dans une perspective subjective permet à la Cour d'échapper à la clarification de postulats économiques clairs, ou du moins en diminuer la portée. En circonscrivant davantage le contrôle des considérations économiques factuelles, la Cour évite la conventionnalisation de choix économiques structurels, au détriment de la prévisibilité des décisions mais au bénéfice de sa liberté d'appréciation.

2. La portée variable du contrôle *in concreto*

1163. Il ne faudrait pas déduire de la nature *in concreto* l'absence de considérations économiques générales, notamment lorsque la Cour est confrontée à des mesures économiques qui sont elles-mêmes de nature générale. Comme le souligne L. Burgorgue-Larsen, celles-ci influent nécessairement sur le contrôle de proportionnalité²⁸⁵⁶. De la même manière, le

²⁸⁵³ Voy. encore récemment Cour EDH, 28 février 2017, *Petro-M SRL et Rinax-TVR SRL c. République de Moldova*, n° 44787/05, § 25 : « [q]uant au montant des taxes que les sociétés requérantes se sont vu enjoindre de payer (paragraphe 8 ci-dessus), la Cour observe que les intéressées n'allèguent pas qu'il s'agissait d'une charge excessive. Elle note d'ailleurs, d'une part, qu'il ne ressort pas des éléments dont elle dispose que la mesure litigieuse ait fondamentalement porté atteinte à la situation financière des sociétés requérantes et, d'autre part, que tout porte à croire que celles-ci ont pu continuer leur activité » (références omises).

²⁸⁵⁴ Cour EDH, 15 janvier 2015, *Arnaud et autres c. France*, *op. cit.*, § 32 : « [a]insi, la Cour constate que malgré le caractère rétroactif de la mesure litigieuse, les autorités ont fourni aux contribuables une information préalable leur permettant d'anticiper ses effets, soit en procédant au paiement de l'impôt chaque année, soit en se préparant à devoir effectuer les versements au titre des années 2002 à 2005 après l'entrée en vigueur des nouveaux texte ».

²⁸⁵⁵ F. MARTUCCI, « Le tarif et la construction européenne : du libre échangisme au néolibéralisme », *Droits*, 2017, vol. 65, n° 1, pp. 65-93, spéc. pp. 74-75, qui qualifie ce phénomène de « miracle néolibéral » ; A. Bailleux identifie cette interaction à une « alliance génétique » en matière économique entre le marché intérieur et les droits fondamentaux ; A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, *op. cit.*, pp. 344-348.

²⁸⁵⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme août – décembre 2017 », *AJDA*, 2018, n° 3, pp. 150-161.

caractère *in abstracto* d'un contrôle, ou même le recours à la méthode du « *categorical balancing* » ne conduisent pas nécessairement à une hiérarchisation rigide. De fait, ils sont tout autant que dans le cadre du contrôle *in concreto* le fruit d'une mise en balance, et d'une conciliation le cas échéant entre intérêts et/ou droits antagonistes. Cependant, ils fixent une règle qui n'est en principe pas susceptible d'être neutralisée, ou renversée, en fonction de ces seuls effets sur la situation individuelle de l'auteur du recours.

1164. L'exemple fiscal et la comparaison avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel français permet d'illustrer cette distinction. Le contrôle conventionnel n'est pas confronté aux mêmes difficultés que celles qu'est par exemple susceptible de rencontrer le Conseil Constitutionnel, et notamment à la définition d'un « bouclier fiscal conventionnel ». Ce dernier, opère un contrôle *in abstracto*. Bien qu'il ait dans un premier temps refusé de déterminer un taux confiscatoire constitutionnel²⁸⁵⁷, qu'il appréhende la question au moyen de principes similaires à ceux employés par la Cour²⁸⁵⁸ et malgré la mise en place de la QPC²⁸⁵⁹, il est par conséquent contraint de raisonner en termes de taux marginaux. Ainsi, il a jugé *in abstracto* qu'un taux marginal d'imposition sur le revenu pour les revenus supérieur à 150 000 euros « ne fait pas peser sur les contribuables une charge excessive au regard de leur capacité contributive et ne crée pas de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »²⁸⁶⁰ et qu'à l'inverse un taux de 75% « fait peser sur les contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives »²⁸⁶¹ sans que l'incidence réelle sur la situation de chaque contribuable puisse être évaluée. Ainsi, cette prise en considération relativise la portée des décisions de la Cour, y compris celle rendue dans l'affaire *Imbert de Trémolles*. Comme l'avait en effet noté E. Van Brustem, loin de consacrer un « brevet de conventionnalité » à l'ISF français, cette décision a laissé la plupart des questions en suspens²⁸⁶². La Cour avait certes souligné l'existence d'un plafonnement à 75%, mais elle s'est aussi – et surtout – appuyée sur

²⁸⁵⁷ F. PEZET, « Le caractère confiscatoire de l'impôt et les exigences constitutionnelles françaises », *Revue de droit fiscal*, 2013, n° 22, pp. 25-33, spéc. p. 31.

²⁸⁵⁸ Dans la décision relative à la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus, le Conseil a ainsi jugé que l'exigence découlant de l'article 13 de la DDHC ne serait pas respectée « si l'impôt revêtait un caractère confiscatoire ou faisait peser sur une catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives » ; Cons. const., 29 décembre 2013, n° 2012-662 DC, *Loi de finances pour 2013*, cons. 15.

²⁸⁵⁹ J. BONNET, « La QPC et l'intérêt du justiciable », pp. 23-42, in J. ARLETTAZ et J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit*, op. cit., pp. 23-42.

²⁸⁶⁰ *Idem*, cons. 16.

²⁸⁶¹ *Idem*, cons. 19.

²⁸⁶² E. VAN BRUSTEM, « L'ISF et la notion 'd'impôt confiscatoire sous l'angle de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 de la Conv. EDH », *JCP E*, 2018, n° 17-18, pp. 46-51.

le constat *in concreto* des juridictions nationales selon lequel l'imposition n'avait « généré pour [les requérants] des prélèvements d'ISF et d'impôt sur les revenus qui soient supérieurs aux revenus dont ils avaient disposé », et qu' « il résultait de leurs propres déclarations qu'il avait au contraire augmenté sensiblement chaque année »²⁸⁶³. De la même manière, en matière de modification des systèmes de protection sociale, le contrôle européen diffère particulièrement d'un contrôle de constitutionnalité *in abstracto*, lequel conduit à décider de la légitimité structurelle d'une réduction de pensions et implique par là le choix d'une conception économique marquée²⁸⁶⁴. Cela n'empêche pas que la Cour dispose d'une grande latitude pour insuffler dans chaque affaire des considérations économiques plus générales. Le caractère *in concreto* permet à la Cour de comparer la situation économique du requérant avec celle de l'économie nationale avant de conclure à l'absence de violation si elle fait apparaître une situation privilégiée²⁸⁶⁵. À l'inverse, l'atteinte aux moyens de subsistance est souvent mobilisée pour conforter l'absence²⁸⁶⁶ comme l'existence d'une violation, et permet de l'expliquer même quand l'écart entre les réductions est important²⁸⁶⁷.

²⁸⁶³ *Idem.*

²⁸⁶⁴ C. FASONE a ainsi montré comment les arguments macroéconomiques étaient employés par les cours constitutionnelles espagnole, italienne et portugaise lors de la crise lorsqu'elles étaient confrontées à aux plans d'austérité, parfois d'ailleurs de manière sélective selon le résultat souhaité, comme lorsque la Cour portugaise examine l'impact du plan sur les finances publiques mais pas celui de l'éventuelle non-conformité aux obligations européennes, C. FASONE, « Constitutional Courts Facing the Euro-Zone Crisis. Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective », *EUI Working Papers*, 2014, n° 25, 51 p., spéc. pp. 43-45, la Cour se saisit d'ailleurs du caractère *in concreto* pour exclure explicitement de juger du caractère équitable d'une réforme d'un système de redistribution à partir du moment où l'effet sur le requérant n'est pas jugé disproportionné ; (GC), 5 septembre 2017, *Fábián c. Hongrie*, *op. cit.*, § 81 : « *It is true that the disbursement of the applicant's old-age pension would also have been suspended had his salary been much lower than the average salary, or if the applicant had been in part-time employment only, in which circumstances his pension would have constituted a considerably greater part of his income than was actually the case. However, it is not the Court's task to examine the domestic legislation in the abstract: it should limit its examination to the manner in which that legislation was applied to the applicant in the particular circumstances* ».

²⁸⁶⁵ Cour EDH, 25 octobre 2011, *Valkov c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 97 : « *[t]he applicants are, in the nature of things, the top earners among the more than two million persons in Bulgaria who are currently in receipt of a retirement pension. They can therefore hardly be regarded as being made to bear an excessive and disproportionate burden, or as having suffered an impairment of the essence of their pension rights* » ; Cour EDH (déc.), 20 mars 2012, *Panfile c. Roumanie*, 13902/11, § 23 : « *the applicant did not suffer a total deprivation of his entitlements, nor was he divested of all means of subsistence, considering that he would still receive a full monthly pension, whose level was higher than the level of the national gross average salary* » (nous soulignons ; références omises) ; (GC), 5 septembre 2017, *Fábián c. Hongrie*, *op. cit.*, § 80 : « *[h]aving regard to the material in its possession relating to average salaries and taxes, the Court is satisfied that the applicant was left with an income in the range of the average salary after tax in Hungary* ».

²⁸⁶⁶ Cour EDH (déc.), 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, *op. cit.*, § 48 ; (déc.) 4 juillet 2017, *Mockienė c. Lituanie*, n° 75916/13, § 45 ; (déc.) 10 juillet 2018, *Aielli et autres c. Italie*, n°s 27166/18 27167/18, § 41.

²⁸⁶⁷ Comp. Cour EDH, *Aielli et autres c. Italie*, dans lesquelles les réductions avaient un impact compris entre 1.62 et 3%, avec *Valkov et autres*, dans laquelle le plafonnement de la pension de retraite pouvait aboutir à une diminution à 1/6^{ème} du montant hors plafonnement, ou *Koufaki et Adedy* dans lesquels les salaires des requérants avaient été réduits de 22% et 19,5% ; la Cour conclut à l'absence de violation dans les trois affaires.

1165. Le contrôle n'est pas toujours exercé exclusivement *in concreto*, et le contentieux issu de l'arrêt *Hutten-Czapska* l'a particulièrement illustré. En effet, la Cour peut procéder à l'indication de mesures générales dans le cadre de la procédure de l'arrêt-pilote²⁸⁶⁸, fondée sur l'article 46 et élaborée dans le Règlement de la Cour et utilisée pour la première fois en matière économique²⁸⁶⁹. Dans ce cas même, et même si comme le note S. Touzé, la Cour opère « à travers une approche objective en apparence, c'est toutefois une finalité subjective qui est *in fine* poursuivie : la prévention des violations individuelles susceptibles de se concrétiser dans l'ordre juridique des États parties »²⁸⁷⁰. La Cour indique clairement la préférence d'un cadre, qui résulte des motifs de l'arrêt mais dont l'insertion sous l'article 46 contribue à le conventionnaliser. Cependant, la pratique de la Cour en matière économique renvoie largement la détermination de l'équilibre économique à trouver à l'État défendeur. Les éléments tracés – « les droits sociaux d'autres personnes », « la possibilité de tirer un profit de leurs biens » et « l'intérêt général de la collectivité » ne sont que repris des motifs liés au constat de violation²⁸⁷¹. Si la Cour se réfère à des « critères » tirés du loyer « de base » ou « économiquement justifié » et à celui du profit « correct », elle ne le fait qu'en « observ[ant] toutefois au passage que parmi les nombreuses possibilités dont l'État dispose figurent certainement les mesures mentionnées par la Cour constitutionnelle »²⁸⁷². En outre, une fois le cadre fixé, la Cour détermine parfois le moyen qu'elle juge le plus pertinent²⁸⁷³, auquel cas la portée de l'arrêt de la Cour est amplifiée par ce mécanisme indirect d'exécution, dans sa dimension obligatoire comme – imparfaitement – exécutoire.

1166. De plus, la jurisprudence de la Cour montre également que si les intérêts économiques particuliers constituent le prisme principal du contrôle de la Cour, ils ne bénéficient généralement pas pour autant d'une protection forte.

²⁸⁶⁸ Et d'ailleurs parfois en dehors ; voy. J.-F. RENUCCI, « Droit européen des droits de l'homme. Mesures générales ou individuelles : l'ingérence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 2011, n° 3, p. 193

²⁸⁶⁹ Cour EDH (GC), 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, *op. cit.*

²⁸⁷⁰ S. TOUZÉ, « Intérêt la victime et ordre public européen », J. ARLETTAZ et J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit?*, Paris, Pedone, 2015, 200 p., pp. 61-76, spéc. p. 69.

²⁸⁷¹ Cour EDH (GC), 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, *op. cit.*, p. 239.

²⁸⁷² *Idem.*

²⁸⁷³ Cour EDH, 6 juillet 2010, *Yetis et autres c. Turquie*, *op. cit.*, § 69 : « la Cour considère que le redressement le plus adéquat consisterait à intégrer dans le système juridique turc un mécanisme susceptible de tenir compte de la dépréciation que les indemnités d'expropriation peuvent subir sous l'effet conjugué de la durée de la procédure et de l'inflation. Cet objectif pourrait être atteint, par exemple, au travers de l'application d'intérêts moratoires propres à empêcher pareille dépréciation ou, à défaut, par l'octroi d'un redressement approprié pour la perte subie par les intéressés ».

B. L'instrumentalisation de l'approche libérale, vecteur de l'affaiblissement des intérêts économiques privés

1167. Une approche libérale qui serait entendue comme le fait de faire primer substantiellement le principe de liberté de l'individu, devrait conduire la Cour à accorder une préférence marquée à l'intérêt économique privé. Pourtant, elle conduit au contraire, traduisant peut-être une approche plus conforme aux prescriptions traditionnelles du libéralisme²⁸⁷⁴, à en relativiser la portée, ce qu'illustre particulièrement le phénomène de la prise en considération des attentes légitimes (1). De plus, le fondement libéral, au sens politique, des droits de l'homme en général et de la Convention particulièrement, ne doit pas être confondu avec la primauté de l'intérêt individuel, la Cour n'hésitant pas à reléguer celui-ci derrière la liberté et les intérêts économiques de l'État (2).

1. Les attentes légitimes, illustration de l'ambivalence de l'approche véritablement libérale

1168. Si la reconnaissance de l'existence d'attentes légitimes conduit à sanctionner l'État (a), le refus de reconnaissance est un moyen indirect de sanction de l'opérateur (b).

a. La sanction de l'État au moyen de la reconnaissance des attentes légitimes

1169. Si les attentes légitimes jouent principalement, dans le cadre conventionnel, au stade de la détermination de l'existence d'un « bien » au sens de l'article 1P1, ces attentes jouent, de manière plus ou moins explicites ou conscientes, au stade de la détermination d'un juste équilibre. Elles peuvent alors jouer soit de manière positive, en conduisant à la sanction de l'État qui a agi alors que les requérants pouvaient « raisonnablement s'attendre » à un comportement différent, soit de manière négative. La prise en considération des attentes légitimes des opérateurs est ancienne, même si elle était généralement implicite et pas toujours décisive²⁸⁷⁵. Dans ce cas, le fait que les requérants ne puissent pas s'attendre à tel ou tel

²⁸⁷⁴ Le libéralisme économique historique n'a jamais impliqué la primauté systématique des intérêts particuliers ; A. Smith notait par exemple déjà que le pouvoir étatique devait lutter contre la volonté et l'intérêt du capitaliste de vouloir obtenir ou construire un monopole ; l'évolution vers une conception plus absolutiste de l'intérêt individuel est probablement davantage due aux conceptions néo-libérales de Hayek ou de l'École de Chicago.

²⁸⁷⁵ Voy. par exemple Cour EDH, 7 juillet 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Suède*, *op. cit.*, § 61 : « la requérante « pouvait certes s'attendre à la mesure dénoncée, surtout après que la préfecture l'eut informée, le 4 novembre 1982, qu'elle songeait à y recourir (paragraphe 15 ci-dessus). Il ne faut pourtant pas oublier qu'après cette date, les autorités compétentes prirent envers la requérante trois décisions positives (...) ».

comportement, ou auraient pu s'attendre au comportement inverse, conforte alors l'absence de violation. L'arrêt *Megadat.com* en fournit un bon exemple. L'autorité de régulation du secteur des télécommunications avait enjoint les fournisseurs d'accès à internet, dont la requérante, à fournir certaines informations et à s'acquitter d'une redevance sous dix jours sous peine de suspension. Selon la Cour, en raison de ces instructions données par l'autorité de régulation, la requérante « *was clearly led to believe that it could continue to operate provided it complied with the instructions contained therein within ten days* » et, « *by submitting an application for the amendment of its licences within the time-limit, could reasonably expect that it would not incur any prejudice* »²⁸⁷⁶ en conséquence de quoi le retrait subséquent de la licence ne ménageait pas l'équilibre nécessaire. Leur portée est de plus significative, puisqu'elles peuvent naître de tout contentieux. Ainsi, elles peuvent tout aussi bien être dégagées sur le fondement de l'article 10²⁸⁷⁷ et concerner la mise en œuvre d'un régime permettant à une société de disposer d'une concession.

1170. L'attente légitime peut même avoir un objet négatif. En d'autres termes, la Cour admet que les opérateurs puissent s'attendre à ce que l'État ne modifie pas le cadre réglementaire existant. Les attentes peuvent être prises en considération même en matière d'imposition, et ce, malgré la marge d'appréciation reconnue par la Cour. Ainsi, dans l'affaire *Gáll*, la Cour a justifié le constat de violation du fait de l'imposition excessive d'une indemnité de licenciement au motif que « *those who act in good faith on the basis of law should not be frustrated in their statute-based expectations without specific and compelling reasons* »²⁸⁷⁸. Dans l'affaire *Könyv-Tár*, dans laquelle l'État avait retiré sa licence aux sociétés requérantes et organisé un monopole étatique de fait, la Cour a jugé que « *the intervention concerned a business activity that was not subject to previous regulations and was not in any sense dangerous, and the applicant companies were not expected to assume that their business would be de facto monopolised by the State* »²⁸⁷⁹. L'approche libérale ainsi dégagée par la Cour est néanmoins entière, puisque le libéralisme implique également une forme de responsabilité de la part des individus, la Cour n'hésitant pas à sanctionner l'opérateur imprudent en refusant de

²⁸⁷⁶ Cour EDH, 8 avril 2008, *Megadat.com SRL c. Moldavie*, *op. cit.*, § 71.

²⁸⁷⁷ Cour EDH, 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, *op. cit.*, § 145 : « De l'avis de la Cour, dans de telles conditions la requérante pouvait raisonnablement s'attendre à ce que, au plus tard dans les vingt-quatre mois qui ont suivi le 28 juillet 1999, l'administration adoptât les textes nécessaires à l'encadrement de son activité de radiodiffusion télévisuelle terrestre ».

²⁸⁷⁸ Cour EDH, 25 juin 2013, *Gáll c. Hongrie*, *op. cit.*, § 74.

²⁸⁷⁹ Cour EDH, 16 octobre 2018, *Könyv-Tár KFT et autres c. Hongrie*, *op. cit.*, § 58.

reconnaître l'existence d'attentes légitimes. Celles-ci sont objectivées, soulignant la dissociation entre libéralisme et individualisme.

b. La sanction de l'opérateur au moyen du rejet des attentes légitimes

1171. Ainsi, en matière fiscale, la jurisprudence de la Cour conduit à un certain équilibre général. Elle a en effet refusé de reconnaître une attente légitime systématique en matière fiscale par exemple, préservant la faculté de l'État de modifier sa législation notamment à plusieurs années²⁸⁸⁰ même si une imposition « *significantly higher* » avec un caractère rétroactif est susceptible d'être sanctionnée²⁸⁸¹. La Cour sanctionne également indirectement le comportement de l'opérateur économique au stade de la mise en balance. Pour ce faire, elle se fonde sur ce que l'opérateur ne pouvait ou aurait dû ne pas ignorer. Un exemple topique²⁸⁸², est l'arrêt *Mamatas*, dans lequel la Cour s'est directement inspirée de la jurisprudence du Tribunal de l'Union européenne pour juger que le mécanisme de restructuration de la dette grecque n'avait pas porté atteinte de manière disproportionnée au droit au respect des biens des requérants. Elle a alors repris à son compte le standard des « opérateurs économiques prudents et avisés » pour juger « qu'au regard de la situation économique », ceux-ci « ne pouvaient prétendre se prévaloir de l'existence d'attentes légitimes »²⁸⁸³. Sans présumer du caractère spéculatif des investissements des requérants, qu'elle semble disposée à sanctionner le cas échéant²⁸⁸⁴, elle a jugé que « devaient être conscients des dits aléas et risques quant à une éventuelle perte considérable de la valeur des titres acquis » et qu'ils ne pouvaient donc

²⁸⁸⁰ Voy. par exemple Cour EDH (déc.), 10 juin 2003, *M.A. et autres c. Finlande*, n° 27793/95, « [i]n this respect the Court considers that the applicants did not have an expectation protected by Article 1 of Protocol No. 1 that the tax rate would, at the time when they would have been able to draw benefits from the stock option programme according to the original terms of the programme, i.e. between 1 December 1998 and 31 January 2000, be the same as it was in 1994 when the applicants subscribed the bonds » (nous soulignons ; cette affirmation est portée au sujet du juste équilibre en matière fiscale, et non au stade de l'applicabilité de l'article 1P1).

²⁸⁸¹ *Idem* : « taxation at a considerably higher tax rate than that in force on the date of the exercise of the stock options could arguably be regarded as an unreasonable interference with expectations protected by Article 1 of Protocol No. 1 » ; cela a été sanctionné dans l'arrêt *R. Sz c. Hongrie*, § 60

²⁸⁸² Mais pas isolé : voy. par exemple, quoi que de manière moins explicite Cour EDH (GC), 29 mars 2010, *Depalle c. France*, *op. cit.*, § 86, au sujet d'une autorisation d'occupation du domaine public : « The Court concludes from this that the applicant had always known that the decisions authorising occupancy were precarious and revocable ».

²⁸⁸³ Cour EDH, 11 juillet 2016, *Mamatas et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 118.

²⁸⁸⁴ La Cour a en effet noté l'existence de « volatils, souvent soumis à des aléas et à des risques non contrôlables s'agissant de la baisse ou de l'augmentation de la valeur de tels titres » et que cela « pouvait inciter à spéculer pour obtenir des rendements élevés dans un laps de temps très court ». Elle a cependant réservé son jugement, en concluant que « [d]ès lors, à supposer même que tous les requérants ne fussent pas engagés dans des transactions de nature spéculative (...) », ils étaient ou auraient dû être conscients des risques ; *idem*.

s'attendre à obtenir l'exécution intégrale des obligations²⁸⁸⁵. La sanction cependant n'est pas automatique, le fait que les requérants auraient dû s'attendre à une procédure ou un acte donné, ou à la soumission à un droit donné²⁸⁸⁶, ne suffisant pas toujours à rétablir l'équilibre²⁸⁸⁷.

1172. La particularité de cette affaire, au regard de l'ampleur de la crise comme de celle de la restructuration, n'explique pas à elle seule ce recours à la technique des attentes légitimes pour sanctionner indirectement l'opérateur économique. On retrouve la trace de ce type de constat de non-violation dans d'autres affaires et au sujet d'autres secteurs ou domaines de la vie économique. La Cour a ainsi, de manière générale, pris appui sur le fait qu'« une entreprise commerciale » comporte « par sa nature même un élément de risque »²⁸⁸⁸, et n'hésite pas en ce sens à mobiliser les éléments dans l'attitude de l'opérateur qui démontrent cette conscience du risque²⁸⁸⁹. De la même manière, la Cour juge qu'un mécanisme interne qui impose une responsabilité solidaire à l'encontre de ceux qui « savaient ou auraient dû savoir », que l'importation litigieuse était illégale, n'est pas en soi contraire au principe de proportionnalité²⁸⁹⁰, même si un standard fixé uniquement sur la seule profession d'un individu pourrait créer un certain déséquilibre²⁸⁹¹.

1173. Que l'attente légitime serve ou desserve les intérêts particuliers, l'analyse de la Cour est similaire à celle la jurisprudence de tribunaux d'investissement²⁸⁹². Cette jurisprudence est donc

²⁸⁸⁵ *Idem*.

²⁸⁸⁶ Cour EDH, 23 février 1995, *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, *op. cit.*, § 67 : la Cour note que peu importe que *Gasus* fût une société à responsabilité limitée de droit allemand et eût son siège en Allemagne » ; dans la mesure où elle avait « avait vendu et livré sa bétonnière à un acheteur établi aux Pays-Bas et l'avait installée sur son site », elle « devait donc forcément s'attendre à ce que l'efficacité de sa réserve de propriété face à une saisie dépendît du droit néerlandais » (nous soulignons).

²⁸⁸⁷ Cour EDH (GC), 25 octobre 2012, *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, *op. cit.*, §§ 74-75. La Cour accepte que « *the applicants could have expected that any expropriation of their property would be carried out in accordance with the 1923 Act* » mais refuse de juger que cela « est suffisant » pour constituer une violation.

²⁸⁸⁸ Cour EDH, 23 février 1995, *Gasus Dossier - und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, *op. cit.*, § 70.

²⁸⁸⁹ *Idem* : la Cour note que « [l]es faits de la cause montrent que *Gasus* était en réalité suffisamment consciente du risque qu'elle encourait pour prendre des mesures propres à le limiter » et détaille ensuite ces preuves de la « conscience du risque » ; dans le même sens, Cour EDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley Development Ltd et autres c. Irlande*, *op. cit.*, § 59 ; Cour EDH, 18 février 1992, *Fredin c. Suède (n° 1)*, *op. cit.*, § 54.

²⁸⁹⁰ Cour EDH (déc.), 11 juin 2019, *Matić c. Croatie*, n° 1962/12, § 54.

²⁸⁹¹ C'est ce que laisse penser une lecture *a contrario* du dernier motif avancé par la Cour : « [l]astly, the foregoing (see paragraph 48-53 above) suggests that the applicant's profession and/or education were not decisive for the domestic authorities' conclusion that he knew or must have known that his car had been imported illegally and for finding him liable for the customs debt on that account. Their decisions thus cannot be considered discriminatory within the meaning of Articles 14 of the Convention and 1 of Protocol No. 12 » (*idem*, § 55).

²⁸⁹² Voy. par exemple *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, qui restreint la protection aux « legitimate expectations [which] were reasonable in light of the circumstance » et que « [c]onsequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment » (TA CIRDI, 11 septembre 2007, *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*,

commune aux juridictions qui statuent sur les instruments de protection des droits de l'homme et à celles qui ont en charge des instruments de protection des droits économiques. Elle opère cette limitation au nom de la responsabilité de l'opérateur et traduit une recherche globale d'équilibre entre les intérêts économiques privés, promus de manière similaire par ces instruments de protection des droits subjectifs, et l'intérêt général et la régulation qu'il peut appeler. En ce sens, il sert une logique à proprement parler libérale. Elle repose sur le principe de « rationalité » qui fonde les modèles économiques libéraux dominants²⁸⁹³ en le retournant contre les opérateurs économiques. Les droits subjectifs de ces derniers servent alors de fondement à la généralisation d'un principe de responsabilité de l'État comme de ces opérateurs. La recherche de cet équilibre permet d'éviter que les instruments de protection des droits fondamentaux comme des droits des investisseurs ne se transforment en ce qu'un tribunal a qualifié de « police d'assurance contre les mauvaises décisions d'affaires »²⁸⁹⁴. Ce faisant, la Cour adhère à une vision plutôt utilitariste – et non absolutiste – de la propriété, dont F.I. Michelmann, qui a contribué à l'émergence des attentes légitimes en droit américain, avait résumé comme « *the institutionally established understanding that existing rules governing the relationships among men with resources will continue in existence* »²⁸⁹⁵. Cette acception de la propriété n'interdit pas, sans changer de critère – l'allocation maximale des ressources – de modifier les règles existantes. Au contraire, comme F. I. Michelmann l'a justement montré à propos des règles d'indemnisation, ce critère de l'allocation maximale des ressources peut conduire à justifier une forme de « contrôle collectif »²⁸⁹⁶. En d'autres termes, la sanction des attentes légitimes peut être retournée contre les opérateurs économiques aussi bien au nom d'une rationalité purement économique qu'au nom d'une considération morale de recherche du « juste ».

n° ARB/05/8, § 333) ; TA CIRDI, 13 novembre 2000, *Maffezzini c. Espagne*, n° ARB/97/7, § 64: l'État défendeur « *cannot be deemed to relieve investors of the business risk inherent in any investment* ».

²⁸⁹³ Même s'ils ont été depuis considérablement contestés, et étudiés, par les tenants de l'économie comportementale, notamment depuis H. A. SIMON, *Models of Bounded Rationality Vol. 1 : Economic Analysis and Public Policy*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 1984, 502 p., ils continuent d'être employés par les tenants de l'analyse économique du droit ; voy. R. POSNER, « Rational Choice, Behavioral Economics and the Law », *Stanford Law Review*, 1998, vol. 50, pp. 1551-1575.

²⁸⁹⁴ TA CIRDI, 13 novembre 2000, *Maffezzini c. Espagne*, *op. cit.*, § 62.

²⁸⁹⁵ F.I. MICHELMAN, « 'Property, Utility and Fairness : Comments on The Ethical Foundations of 'Just Compensation' law », *Harvard Law Review*, 1967, vol. 80, n° 6, pp. 1165-1258, spéc. p. 1212.

²⁸⁹⁶ *Idem*, p. 1213 : « (...) because of human interdependence and the external effects inevitably associated with economic activity, the soundest allocations cannot be reached without some collective control (...). In sum, we must remember that the utilitarian's solicitude for security is instrumental and subordinate to his goal of maximizing the output of satisfactions. Security of expectation is cherished, not for its own sake, but only as a shield for morale ».

1174. Outre l'illustration de ces effets intrinsèquement ambivalents de l'approche libérale, la jurisprudence de la Cour souligne qu'elle sait se départir de toute approche libérale lorsque cela paraît servir la solution qu'elle considère appropriée.

2. La prépondérance de l'intérêt économique étatique, illustration d'un libéralisme instrumentalisé

1175. Certains auteurs ont mis à jour la tendance des juridictions qui effectuent un contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux à accorder une certaine prépondérance de l'intérêt général, ou étatique, lorsque le contrôle est effectué de manière « horizontale ». Cette horizontalité signifie que le contrôle de proportionnalité est opéré en l'absence d'examen strict de chacune de ses composantes²⁸⁹⁷. Ce phénomène semble se vérifier dans la jurisprudence de la Cour en matière économique, ce qu'illustre plusieurs séries de « blocs jurisprudentiels »²⁸⁹⁸. Ainsi, l'absence d'effet de cliquet en matière de redistribution (a), les atteintes acceptées à l'exercice de la liberté contractuelle ou de circulation (b) ou le traitement des obligations internationales de l'État en matière économique (c) illustrent cette tendance au déséquilibre.

a. L'abandon au détriment de la redistribution : l'absence d'effet de cliquet

1176. La prépondérance de l'intérêt économique étatique est particulièrement notable en matière de bénéfice des mécanismes de redistribution sociale sous la forme de prestations sociales. Certes, la Cour rappelle souvent, au titre de « principes généraux », l'importance qu'elle affirme accorder aux mécanismes de redistribution sociale. Dans l'arrêt *Bélané Nagy*, par exemple, elle a jugé qu'elle rechercherait « si l'ingérence a[vait] fait peser sur la requérante une charge spéciale et exorbitante *en tenant compte du contexte particulier de l'affaire, à savoir un régime de sécurité sociale* », « pareils régimes [étant une expression de la solidarité de la société envers ses membres vulnérables] »²⁸⁹⁹. Pourtant, les constats de violations sont minoritaires et systématiquement fondés sur l'atteinte importante portée aux revenus des

²⁸⁹⁷ A. McHARG, « Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Modern Law Review*, 1999, vol. 62, n° 5, pp. 671-696.

²⁸⁹⁸ L'expression a été utilisée par B. Bertrand au sujet de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg ; B. BERTRAND, « Les blocs de jurisprudence », *RTD Eur.*, 2012, n° 4, pp. 740-770.

²⁸⁹⁹ Cour EDH (GC), 12 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, *op. cit.*, § 116.

requérants²⁹⁰⁰. La forme de l'atteinte importe finalement peu : une suspension peut aussi bien fonder un constat de violation qu'une suppression définitive dans la mesure où elle correspondait à une part importante des revenus des requérants²⁹⁰¹.

1177. Le sens des solutions apparaît donc bien conforme au rejet par la Cour, affirmé dans les principes généraux, selon lequel la Convention n'emporte aucun effet de cliquet. Les formules varient, mais la Cour rappelle souvent que, d'une part, l'article 1P1 ne donne pas « droit à une pension d'un montant déterminé »²⁹⁰² et que, d'autre part, « *[t]he fact that a person has entered into and forms part of a State social security system (even if a compulsory one, as in the instant case) does not necessarily mean that that system cannot be changed either as to the conditions of eligibility of payment or as to the quantum of the benefit or pension* »²⁹⁰³. Reconnu dans l'ordre international et dans certains ordres internes²⁹⁰⁴, ce principe, parfois appelé « principe de non-régression » ou « *standstill* » en anglais, a été défini par un juge strasbourgeois comme l'interdiction pour le législateur « d'adopter des réglementations qui auraient pour effet d'abaisser un niveau de protection sociale déjà atteint »²⁹⁰⁵. Au contraire, l'appartenance de la mesure à un programme général d'austérité du secteur public est généralement soulignée pour justifier l'absence de violation²⁹⁰⁶, alors qu'à l'inverse l'exclusion du secteur privé n'est pas perçue comme significative²⁹⁰⁷. La jurisprudence examinée montre que la Cour, comme d'autres organes internationaux ou nationaux, refuse de consacrer un tel effet. Tout au plus la réserve des moyens de subsistance peut-elle s'analyser à ce que J.-P. Marguénaud et J. Mouly

²⁹⁰⁰ Sur la base des affaires *Kartan, Bélané Nagy, Weiczorek, Lakicevic, Khoniakina, Valkov, Koufaki et Adedy, Da Coinceicao Mateus and Santos Januario c. Portugal, Mockiené c. Lituanie, Aielli et autres c. Italie*, et *Fabian c. Hongrie*, qui concernaient toutes la réduction ou suspension de pensions ou salaires. La Cour a conclu moins de 30% du temps (3/11) à une violation, et systématiquement quand une part importante des revenus était amputée.

²⁹⁰¹ Cour EDH, 13 décembre 2011, *Lakicevic et autres c. Montenegro et Serbie*, *op. cit.*, § 70 ; comp. *Kartan et Bélané Nagy*, préc. dans lesquels il s'agissait d'une suppression totale.

²⁹⁰² Cour EDH, 12 octobre 2004, *Kjartan Asmundsson c. Islande*, *op. cit.*, § 39 ; Ce principe, de jurisprudence constante, avait déjà été affirmé par la Commission dans l'affaire Müller en 1975 (Com. EDH (plén.), 1 janvier 1975, *Müller c. Autriche*, n° 5849/72, D.R. 3, p. 25).

²⁹⁰³ Cour EDH, 10 avril 2012, *Richardson c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 17.

²⁹⁰⁴ I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux*, Athènes-Bruxelles-Baden-Baden, Editions Ant. N. Sakkoulas-Bruylant-Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, XXIX-693 p.

²⁹⁰⁵ Opinion en partie dissidente du juge Casadevall sous l'arrêt Cour EDH (GC), 20 mars 2009, *Gorou c. Grèce* n° 2), n° 12686/03.

²⁹⁰⁶ Cour EDH (déc.), 15 octobre 2013, *Savickas et autres c. Lituanie*, *op. cit.*, § 93 : « *the Court takes cognisance of the fact that the austerity measures were taken against the background of an actual, unexpected budgetary crisis in Lithuania*. In this context the Court finds it decisive that the reduction of public sector salaries did not single out the judiciary. On the contrary, the reduction of judges' salaries formed part of a much wider programme of austerity measures affecting salaries in the entire public sector » (nous soulignons).

²⁹⁰⁷ Cour EDH (déc.), 8 octobre 2013, *Da Coinceicao Mateus et Santos Januario c. Portugal*, *op. cit.*, § 28 : « In these circumstances, it was not disproportionate to reduce the State budget deficit on the expenditure side, by cutting salaries and pensions paid in the public sector, when no equivalent cuts were made in the private sector ».

ont qualifié, sur la base des décisions du Comité européen des droits sociaux, d'un « effet plancher »²⁹⁰⁸.

b. L'abandon au profit du contrôle étatique

1178. Plusieurs auteurs ont estimé que la liberté contractuelle était protégée²⁹⁰⁹, ou tendait à l'être, par la Cour européenne des droits de l'homme²⁹¹⁰. La liberté contractuelle est généralement appréhendée comme le fondement de la liberté des échanges et, à ce titre, l'un des instruments fondamentaux du système économique de marché. En ce sens, sa reconnaissance par la Cour devrait en principe contribuer à la conventionnalisation de cet ordre. Certes, une ingérence dans la liberté contractuelle est susceptible d'être assimilée à une ingérence dans le droit au respect des biens, auquel cas l'appréciation du « juste équilibre » portera notamment sur « l'étendue de l'ingérence de l'État dans la liberté contractuelle et les relations contractuelles sur le marché locatif »²⁹¹¹.

1179. Loin de consacrer pour autant un « principe de base »²⁹¹² de la Convention, la Cour reconnaît aussi que l'exercice de la liberté contractuelle peut également conduire à un affaiblissement²⁹¹³ de la protection conventionnelle. Tout d'abord, la Cour rejette l'idée que l'équilibre contractuel est nécessairement juste parce qu'il résulte de l'autonomie de la volonté. Dès l'arrêt *Mellacher*, la Cour avait rappelé que « [l]e simple fait que les loyers originaires ont été déterminés par contrat, et sur la base des conditions du marché à l'époque, ne signifie pas que pour mener sa politique le législateur ne pouvait raisonnablement les croire inacceptables du point de vue de la justice sociale »²⁹¹⁴. En d'autres termes, la Cour reconnaît ici l'idée que l'État puisse développer un ordre public économique « interventionniste », au sens où l'entendait G. Farjat²⁹¹⁵, qui viendrait restreindre la liberté contractuelle au nom de

²⁹⁰⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Le comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique », *Droit social*, 2013, n° 4, pp. 339-344.

²⁹⁰⁹ Voy. par exemple D. DE BÉCHILLON, « Le principe de la liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, XXX- 882 p., pp. 53-64.

²⁹¹⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, « Obs. ss. CEDH 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie* », *Revue des contrats*, 2009, n° 3, pp. 1211-1217.

²⁹¹¹ Cour EDH (GC), 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, *op. cit.*, § 168 ; voy. aussi Cour EDH, 8 février 2007, *Cleja c. Roumanie*, *op. cit.*, § 64.

²⁹¹² Ch. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 199.

²⁹¹³ F. MARCHADIER, « La contribution de la CEDH à la recherche d'un équilibre entre le bailleur et le preneur d'un immeuble destiné à l'habitation », *D.*, 2012, n° 30, pp. 2007-2011.

²⁹¹⁴ Cour EDH (plén.), 19 décembre 1989, *Mellacher c. Autriche*, *op. cit.*, § 56.

²⁹¹⁵ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1961, 543 p.

considérations économiques et sociales. L'équilibre sera davantage susceptible d'être rompu si l'État a imposé un locataire aux requérants que si le contrat a été conclu librement²⁹¹⁶.

1180. En outre, le contrat peut contribuer à justifier des limitations aux droits du contractant dans la mesure où il y a consenti. Sont ainsi licites les atteintes au droit au respect de la vie privée qui résultent d'un licenciement lorsque le requérant a accepté des limitations à son droit en concluant le contrat de travail²⁹¹⁷. Les seules réserves tiennent à ce que son consentement n'ait pas été vicié ou que les limitations consenties n'affectent pas la substance même des droits²⁹¹⁸. De même, dans d'autres circonstances, la Cour reconnaît son *exercice* par les individus agissant comme opérateurs économiques, et refuse que l'exercice des droits garantis leur permette d'échapper aux conséquences économiques de leurs actes. Par exemple, en matière de logement, on a vu que le fait qu'une ingérence soit le résultat plus ou moins distant de son exercice par un individu justifie une solution plus sévère à son endroit²⁹¹⁹.

1181. Plus encore, même lorsqu'elle conclut à une violation du droit au respect des biens du fait d'une rupture de l'équilibre entre les différents contractants, la Cour prend soin de souligner que cette rupture d'équilibre ne résulte pas du seul fait que l'État a porté atteinte à la liberté contractuelle. La faiblesse de la protection octroyée aux intérêts économiques privés se traduit notamment par l'absence d'un droit à bénéficier de la valeur ou du rendement de marché d'un bien, ni même d'invoquer la liberté contractuelle à cette fin. Dès l'arrêt *Mellacher*, la Cour avait noté que « [l]e simple fait que les loyers originaires ont été déterminés par contrat, et sur la base des conditions du marché à l'époque, ne signifie pas que pour mener sa politique le législateur ne pouvait raisonnablement les croire inacceptables du point de vue de la justice sociale »²⁹²⁰. De fait la jurisprudence postérieure confirme que la disproportion a été constatée lorsque la législation, ne permettant même pas de recouvrer les frais d'entretien des logements²⁹²¹, avait

²⁹¹⁶ Cour EDH (GC), 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, *op. cit.*, § 224 : la Grande chambre distingue en effet la situation dont elle a été saisie de sa jurisprudence antérieure en notant que « la requérante n'a jamais conclu librement de bail avec ses locataires puisque c'est l'État qui a attribué à ces derniers les logements de sa maison » (nous soulignons).

²⁹¹⁷ Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c. Allemagne*, *op. cit.*, §§ 64-71 : Elle observe au demeurant que le règlement sur le travail et la rémunération ecclésiastiques, qui, comme le souligne le Gouvernement, renvoyait aux principes fondamentaux des prescriptions religieuses et morales de l'Église catholique, faisait partie intégrante du contrat de travail (...) la Cour admet que le requérant, en signant son contrat de travail, a accepté un devoir de loyauté envers l'Église catholique qui limitait jusqu'à un certain degré son droit au respect de sa vie privée ».

²⁹¹⁸ *Idem*, §§ 71 et 73 ; voy. *supra*, Chapitre 6 et *infra* Chapitre 8.

²⁹¹⁹ Voy. *supra*, Chapitre 6.

²⁹²⁰ Cour EDH (plén.), 19 décembre 1989, *Mellacher et autres c. Autriche*, *op. cit.*, § 89.

²⁹²¹ Cour EDH (GC), 10 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, *op. cit.*, § 224.

fait peser sur une seule catégorie de personnes la politique en cause²⁹²². Dans l'arrêt *Lindheim*, et malgré le constat de violation de l'article 1P1 en raison d'une autre législation sur les loyers, la Cour a tenu à rappeler que « *[the lack of proportionality in this case was caused by the various factors highlighted in the Court's reasoning in paragraphs 128 to 134 above, not by the fact that the lessors could not claim market rent in the case of an extension of the lease contract]* »²⁹²³.

1182. De la même manière, la faible protection de la sphère de liberté parfois accordée aux membres « vulnérables »²⁹²⁴ – c'est-à-dire pauvres, même si la Cour semble éviter la qualification directe²⁹²⁵ – des sociétés européennes découle parfois un recul étonnant de l'approche libérale. L'arrêt *Garib* l'illustre parfaitement. La requérante, une mère avec deux enfants aux ressources limitées, avait l'intention de déménager dans un autre logement qu'elle s'était vu proposer par son bailleur, une personne privée. Les autorités nationales, saisies dans la mesure où le bien était situé dans une zone soumise à autorisation d'emménagement, refusèrent de le lui octroyer au motif qu'elle ne satisfaisait, ni au critère d'ancienneté de résidence, ni aux conditions de ressources mais qui auraient pu l'en dispenser dans la mesure « *où elle dépendait pour vivre des prestations de la sécurité sociale qui lui étaient accordées au titre de la loi sur le travail et l'aide sociale* »²⁹²⁶. Malgré la référence à l'idée de substance du droit à la liberté de circulation²⁹²⁷, la Cour a conclu à l'absence de violation en prenant appui sur la marge d'appréciation de l'État, en rejetant une approche purement subjective²⁹²⁸ et en tirant argument de ce que la requérante avait par la suite retrouvé un logement et même un

²⁹²² *Idem*, § 225, notant que l'État « avait à protéger le droit de propriété des premiers, d'une part, et à respecter les droits sociaux des seconds, qui se trouvaient souvent être des personnes vulnérables, d'autre part (paragraphes 12-19 et 176 ci-dessus). Néanmoins, les intérêts légitimes de la collectivité appellent en pareil cas une répartition équitable de la charge sociale et financière que supposent la transformation et la réforme du logement dans le pays. Cette charge ne saurait, comme c'est le cas en l'espèce, reposer sur un groupe social particulier, quelle que soit l'importance que revêtent les intérêts de l'autre groupe ou de la collectivité dans son ensemble ».

²⁹²³ Cour EDH, 12 juin 2012, *Lindheim et autres c. Norvège*, *op. cit.*, § 135 (nous soulignons).

²⁹²⁴ L'expression est empruntée à la Cour ; voy. Cour EDH (GC), 5 septembre 2017, *Fabian c. Hongrie*, *op. cit.*, § 70.

²⁹²⁵ Les linguistes ont souligné comment l'utilisation de ce type « procédés euphémiques » permettait « la présentation atténuée des réalités déplaisantes » ; J.-F. SABLAYROLLES, « Des procédés euphémiques et quelques domaines privilégiés d'apparition », *La linguistique*, 2016, vol. 52, n° 2, pp. 187-200, spéc. p. 194.

²⁹²⁶ Cour EDH (GC), 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, *op. cit.*, § 12.

²⁹²⁷ *Idem*, § 141 : « [e]n revanche, le droit de choisir librement sa résidence se trouve au cœur de l'article 2 § 1 du Protocole no 4, et cette disposition serait vidée de son sens si elle n'exigeait pas en principe des États contractants qu'ils prennent en compte les préférences individuelles en la matière » (nous soulignons).

²⁹²⁸ *Idem*, § 166 : « [o]r une préférence personnelle non définie pour laquelle aucune justification n'est avancée ne saurait l'emporter sur une décision des autorités publiques, car cela aurait pour effet de réduire à néant la marge d'appréciation de l'État ».

emploi²⁹²⁹. Pourtant, ces motifs, comme l'ont relevé les juges dissidents et la doctrine²⁹³⁰ qui ont critiqué l'absence de réelle analyse *in concreto*, ne masquent pas entièrement le postulat initial de validité du mécanisme déployé par les autorités nationales, consistant à permettre l'arrivée de nouveaux habitants dans lesdites zones sous conditions de ressources.

1183. La Cour a en effet légitimé l'effet d'éviction qui en résulte. Elle assume que « [s]i les modalités spécifiques de ce système relèvent de la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales dans ce domaine, on peut tout de même supposer que son application aux habitants de Tarwewijk *a pu avoir pour effet d'en inciter certains, comme la requérante en l'espèce, à quitter le quartier, libérant ainsi davantage de logements pour des ménages qui satisfaisaient aux critères et contribuant ainsi à renforcer la mixité sociale conformément à l'objectif défini par les autorités* »²⁹³¹. Ce type de postulat, et les débats qu'il suscite, illustre la porosité entre les considérations juridiques, portant sur les composantes du contrôle, et les considérations politiques générales susceptibles de l'emporter, au moment pour la Cour de déterminer l'équilibre et la liberté individuelle et l'intérêt général. Le juge Kulric a critiqué le manque de contrôle *in concreto* malgré les « considérations juridiques et morales » soulevées par l'arrêt, et la « stigmatisation » et la « discrimination sur la situation économique et sociale » auxquelles conduisait selon lui le mécanisme litigieux. En ce sens, le constat de S. Besson selon lequel la Cour ne s'aventur[e] pas « dans le domaine de la vulnérabilité économique et sociale »²⁹³² se vérifie toujours.

1184. Fortement critiqué par certains juges minoritaires²⁹³³, comme par une large part de la doctrine²⁹³⁴, cet arrêt illustre particulièrement que le caractère par nature subjectif du contrôle

²⁹²⁹ *Idem*, §§ 162-163.

²⁹³⁰ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2018, n° 3, p. 150 : « [a]u final, il ressort très clairement que le contrôle *in abstracto* de la loi l'emporta sur l'approche *in concreto* relative aux effets de celle-ci ».

²⁹³¹ Cour EDH (GC), 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, *op. cit.*, § 159.

²⁹³² S. BESSON, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, pp. 59-85, p. 71.

²⁹³³ Opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, à laquelle se rallie le juge Vehabović, § 20 « volonté presque avouée du Gouvernement de se débarrasser des populations les plus défavorisées par le biais de cette politique » et de « discrimination sociale » §§ 22-31 ; les critiques méthodologiques avancées par le juge Kuric reposent également sur l'idée que « l'application à la requérante a en réalité contribué à stigmatiser cette dernière » (§ 2) et que le postulat du paragraphe § 159 emporte des « questions d'ordre juridique et moral » ; selon lui, « La réponse évidente à la question ci-dessus fait du cas de la requérante une affaire de *discrimination* fondée sur la situation économique et sociale de celle-ci, ce qui, vu par le prisme de la Convention, est réhabilitaire ».

²⁹³⁴ E. DUBOUT, *Les droits de l'homme dans l'Europe en crise*, *op. cit.*, pp. 46-48 ; L. BURGORGUE-LARSEN, juge que l'arrêt constitue une « occasion manquée de statuer sur la pauvreté », et que la solution adoptée résulte en grande partie en raison de la prédominance du « contrôle *in abstracto* » (L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2018, n° 3, p. 150) ; F. SUDRE relève

européen n'implique pas nécessairement une approche fondée sur le primat de la liberté et des individus, contrairement aux craintes parfois soulevées²⁹³⁵. Au contraire, la volonté d'accorder un poids important aux intérêts ou aux politiques nationales en matière économique et sociale peut même conduire la Cour à écarter les considérations *in concreto* afin de parvenir à la solution souhaitée. Cela est peut-être en partie le résultat d'un phénomène « d'objectivation » qui serait renforcé par la présence de « mesures générales »²⁹³⁶ lesquelles, si elles ne sont évidemment pas exclusives des politiques économiques et sociales, n'en sont pas moins un cadre privilégié de déploiement.

c. La préservation systémique : le traitement des normes internationales en matière économique

1185. La prépondérance accordée aux justifications étatiques au stade du juste équilibre trouve une nouvelle illustration en matière de crise économique et à l'utilisation ou l'appréciation par la Cour des obligations internationales pouvant reposer sur l'État. En principe, le cadre conventionnel général est clair : les États parties ne peuvent prétexter de l'existence d'autres obligations internationales pour justifier le non-respect des droits garantis²⁹³⁷. Pourtant, l'importance accordée aux intérêts invoqués par l'État conduit fréquemment la Cour à accorder un poids particulier aux obligations internationales en matière économique. De fait, dès l'arrêt *Capital Bank*, la Cour a semblé adopter une position souple. Elle a rejeté les allégations de l'État défendeur selon lequel la réforme bancaire mise en œuvre résultait d'obligations

quant à lui que le contrôle est « sommaire » et que la Cour ne s'est pas penchée « sur la mesure individuelle d'application de cette loi » ; F. SUDRE, « Restrictions à la liberté de résidence dans un quartier défavorisée, *JCP G*, 2017, n° 47, p. 1129 ; voy. cependant *contra* C. BERLAUD, « Une préférence non justifiée du requérant pour son domicile ne peut être mis en balance avec l'intérêt général », *Gaz. Pal.*, 2017, n° 39, pp. 44-45.

²⁹³⁵ Voy. par exemple E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits : mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, Paris, LexisNexis, 2018, XLIV-859 p. pp. 183-192, spéc. p. 187, qui juge que la proportionnalité *in concreto* « impose le primat de l'intérêt individuel » et milite pour « un raisonnement plus conceptuel, et qui propose la fixation de règles « abstraites » et à « un raisonnement plus conceptuel » parce que cela réduirait la « aura moins de place pour s'exprimer ».

²⁹³⁶ *Idem.*

²⁹³⁷ Cour EDH (GC), 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, *op. cit.*, §§ 153-154 : « les Parties contractantes sont responsables au titre de l'article 1 de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes, qu'ils découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer des obligations juridiques internationales. (...) Lorsqu'elle tente de concilier ces deux aspects et d'établir, ce faisant, dans quelle mesure il est possible de justifier l'acte d'un État par le respect des obligations découlant pour lui de son appartenance à une organisation internationale à laquelle il a transféré une partie de sa souveraineté, la Cour reconnaît qu'il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les États contractants soient exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné : les garanties prévues par la Convention pourraient être limitées ou exclues discrétionnairement, et être par là même privées de leur caractère contraignant ainsi que de leur nature concrète et effective. L'État demeure responsable au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention ».

contenues dans un accord conclu avec le FMI dans le cadre du mécanisme de conditionnalité au motif que « *the limitation on the applicant bank's access to a court was indeed imposed pursuant to any binding international obligations undertaken by Bulgaria* »²⁹³⁸, tout en notant que « *even assuming that it was, that fact cannot necessarily justify the limitation* »²⁹³⁹.

1186. Dans d'autres décisions, la Cour s'appuie au stade de la proportionnalité sur l'existence d'obligations internationales et sur les conséquences économiques de la non-conformité, et finalement sur leur propre légitimité et proportionnalité. Dans l'arrêt *Mamatras*, par exemple, la Cour était notamment saisie du juste équilibre ménagé par l'activation de clauses d'action collective. La Cour justifie le juste équilibre dans la mesure où, après avoir relevé que « l'une des conditions posées par les investisseurs institutionnels internationaux pour réduire leurs créances consistait en l'existence et l'activation de clauses [d'action collective] »²⁹⁴⁰ et que, par conséquent, celles-ci « et la restructuration de la dette publique obtenue grâce à elles constituaient une mesure *appropriée et nécessaire* à la réduction de la dette publique grecque »²⁹⁴¹. Dans d'autres décisions encore, la Cour accorde un poids, non aux obligations internationales *stricto sensu*, mais à des analyses, juridiques ou économiques menées par des organisations internationales en matière économique²⁹⁴².

1187. Il serait excessif d'en conclure que la Cour accorde systématiquement un poids déterminant à l'existence de telles obligations ou opinions internationales sur la base d'une sélection systématique fondée sur leur orientation économique. Au contraire, dans d'autres circonstances, la Cour s'est appuyée sur des normes, de droit « dur » ou de droit « mou », dont l'objet comme la rationalité, étaient davantage sociales que libérales²⁹⁴³. De la même manière, des instruments adoptés hors de *fora* à vocation économique peuvent être mobilisés par la Cour. Dans l'affaire *Michaud et autres c. France*, la Cour avait ainsi jugé, à propos du secret professionnel des avocats, qu'il fallait « mettre son importance en balance avec celle que revêt pour les États membres la lutte contre le blanchiment de capitaux issus d'activités illicites »²⁹⁴⁴. Or, pour conforter cette relativisation d'un principe pourtant qualifié par elle-même de

²⁹³⁸ Cour EDH, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 110.

²⁹³⁹ *Idem*, § 111 (nous soulignons).

²⁹⁴⁰ *Idem*, § 111.

²⁹⁴¹ *Idem*, § 116.

²⁹⁴² Voy. Cour EDH (GC), 11 décembre 2018, *Lekic c. Slovénie*, *op. cit.*, §100.

²⁹⁴³ Voy. M. LARCHÉ, *Les fonctions du droit international dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, Paris 1, 2019, 552-CXVII p.

²⁹⁴⁴ Cour EDH, 6 juin 2012, *Michaud c. France*, *op. cit.*, § 123.

fondamental au sein de l'ordre conventionnel, la Cour a tenu à réinscrire la directive de l'Union européenne qui en constituait le fondement au sein d' « un ensemble d'instruments internationaux dont l'objectif commun est la prévention d'activités constitutives d'une grave menace pour la démocratie ». Elle s'est, pour ce faire, appuyée sur des recommandations du GAFI et de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme²⁹⁴⁵.

1188. Il n'en reste pas moins que le contrôle européen est susceptible d'être influencé, voire fondé par ce type d'obligations, et que la liberté de choix de la Cour en la matière est grande. En effet, lorsqu'elle juge qu'une certaine étanchéité doit être maintenue, elle n'hésite pas à le faire. Comme le note S. van Drooghenbroek, la Cour a semblé peu encline à mobiliser, par exemple, la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux dont l'office comme l'objet du contrôle semble pourtant proche au regard du principe d'indivisibilité consacré par l'arrêt *Airey*²⁹⁴⁶. L'écart entre les arrêts *Parti National Basque* et *Lekic* est éclairant. Dans la première affaire, elle a refusé de tenir compte du droit de l'Union européenne et de la liberté de circulation des capitaux pour juger disproportionnée la restriction du financement d'un parti politique, par un parti politique étranger, au motif qu'il ne lui appartenait pas « d'empiéter sur des questions qui touchent à la compatibilité du droit interne d'un État membre avec le projet communautaire »²⁹⁴⁷. Dans la seconde, au contraire, elle a choisi d'interpréter et d'examiner la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union en matière de droit des sociétés. Elle n'a rejeté les prétentions du requérant que dans la mesure où, selon elle, ses prétentions reposaient sur une interprétation erronée de l'arrêt en cause, et non parce que la Convention n'a pas pour objet de définir des principes européens de droit des sociétés²⁹⁴⁸.

1189. Pour O. de Schutter et P. Dermine cette prépondérance des intérêts étatiques est en partie imputable au cadre normatif dont dispose la Cour. Ils qualifient le « droit au respect des biens » de « poor lens through which the compatibility of fiscal consolidation measures with human right can be assessed », parce que les politiques économiques en question mettent en cause

²⁹⁴⁵ *Idem.*

²⁹⁴⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme », in M. ANCA AILINCAI (dir.), *Soft Law et droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2017, 318 p., pp. 185-203, spéc. pp. 194-195.

²⁹⁴⁷ Cour EDH, 7 juin 2007, *Parti National Basque – Organisation Régionale d'Iparradle c. France*, op. cit., § 48.

²⁹⁴⁸ Cour EDH (GC), 11 décembre 2018, *Lekic c. Slovénie*, op. cit., § 127.

« *the right to an adequate standard of living, the right to health, or the right to work* »²⁹⁴⁹. En d'autres termes, les solutions de la Cour seraient dictées par le fait que les questions se situent à la périphérie des droits garantis²⁹⁵⁰, davantage que par la volonté de ne pas protéger les requérants des politiques économiques des États au nom d'une idéologie économique. S'il n'est pas possible de l'affirmer avec certitude, il semble que les juges européens perçoivent cette question en ce sens²⁹⁵¹.

1190. De fait, la frilosité à l'égard des questions économiques disparaît lorsqu'elle se confond avec la protection d'intérêts jugés fondamentaux dans l'ordre conventionnel perçu comme « traditionnel », mais demeure lorsqu'il s'agit d'envisager structurellement la convergence entre libéralisme politique et libéralisme économique.

§2. Des convergences indéniables entre libéralisme politique et libéralisme économique

1191. Par nature confondus pour certains²⁹⁵², si cause l'un de l'autre pour d'autres²⁹⁵³, les liens entre le libéralisme politique qui découlent de la protection des droits de l'Homme pensés comme civils et politiques et le libéralisme économique, qui préserverait la liberté en matière économique, sont difficiles à saisir. Le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour illustre que les interactions réciproques entre les droits garantis par la Convention et la liberté économique sont ambivalents. La liberté économique peut fonder le libéralisme économique sans nécessairement engendrer un « ordre de marché » ou un système « néo-libéral » qui

²⁹⁴⁹ O. DE SCHUTTER, P. DERMINE, « The Two Constitutions of Europe : Integrating Social Rights in the New Economic Architecture of the Union », *Journal européen des droits de l'homme*, 2017, vol. 108, n° 2, pp. 108-156, spéc. p. 135 (nous soulignons).

²⁹⁵⁰ Voy. en ce sens S. Manson, qui note que la frontière entre droits économiques et sociaux est quelque sorte réactivée, et donne lieu à une forte auto-limitation de la part de la Cour ; S. MANSON, « Le droit européen de la propriété à l'épreuve de la crise économique ou la timide esquisse d'une fonction redistributive », in V. TCHEN (dir.), *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la crise économique et financière*, Paris, L'Harmattan, 2013, 207 p., pp. 137-158, spéc. 148-149.

²⁹⁵¹ Les juges de la Cour sont d'ailleurs peut-être incités à ce contrôle limité du fait de l'étendue de leurs pouvoirs, en comparaison notamment avec des organes quasi-juridictionnels ; voy. la suggestion en ce sens de D. ROMAN, « Garantie des droits fondamentaux et contrôle juridictionnel des mesures d'austérité en Europe : les 'nouvelles frontières' de l'Europe sociale », in S. BARBOU des PLACES, E. PATAUT, P. RODIERE, *Les frontières de l'Europe sociale*, Paris, Pedone, 2018, 282 p., pp. 93-113, spéc. p. 110.

²⁹⁵² Voy. K. Marx notamment ; *supra*, introduction.

²⁹⁵³ Pour K. POLANYI, par exemple, l'avènement du libéralisme économique et la soumission de la structure sociale au marché ont permis la naissance de libertés qu'il faudrait préserver même si l'on y devait soustraire ; K. POLANYI, *La Grande Transformation : aux origines politiques et économiques de notre temps*, op. cit., p. 344. : « Il y a cependant des libertés dont le maintien est d'une suprême importance. Elles étaient, comme la paix, un sous-produit de l'économie du XIX^e siècle, et nous nous mis à les aimer pour elles-mêmes (...) Les libertés civiles, l'entreprise privée et le système salarial se sont fondus en un modèle qui a favorisé la liberté morale et l'indépendance d'esprit. Ici aussi, les libertés juridiques et la liberté réelle ont fusionné dans un fonds commun dont on ne peut séparer nettement les éléments ».

soumettrait l'intégralité de l'ordre social à la rationalité économique²⁹⁵⁴. De fait, pour tirer les conséquences de la sphère de liberté économique qu'elle contribue à protéger en étendant les droits conventionnels au domaine économique, la Cour préfère s'appuyer sur des éléments hiérarchiques propres à l'ordre conventionnel « politique », l'intensité de la protection accordée aux intérêts économiques en cause n'étant alors que le fruit de leur confusion avec des valeurs conventionnelles perçues comme traditionnelles (A). Cette difficulté à assumer les liens entre les deux libéralismes se traduit avec d'autant plus de netteté dans l'identification des convergences entre l'ordre de marché et la protection des droits garantis (B).

A. L'identité entre valeurs conventionnelles et intérêts économiques

1192. La persistance d'une hiérarchie entre les intérêts économiques, protégés mais ne relevant pas du cœur de l'ordre conventionnel, et d'autres types d'intérêts est perceptible lorsque la Cour accepte au contraire d'accorder une protection accrue à ces intérêts économiques. Celle-ci est en effet justifiée, non pas en raison de leur importance d'un point de vue économique, mais au contraire en raison de l'importance du principe en cause au sein du système de valeurs conventionnelles (1), soit parce que l'atteinte met en cause la substance des droits ou l'existence même de l'individu (2).

1. La protection accrue du fait de l'importance du principe en cause au sein des valeurs conventionnelles

1193. La convergence s'illustre parfois par des hypothèses proches de « l'alliance contingente » qu'avait dégagée A. Bailleux entre les libertés économiques et les droits de l'homme. Dans ce cas, l'alliance n'est pas essentielle ou naturelle mais correspond à une situation dans laquelle « un droit fondamental, en raison des circonstances de l'espèce, se joint 'de l'extérieur' »²⁹⁵⁵ à la liberté économique en cause. Dans la jurisprudence de la Cour, c'est

²⁹⁵⁴ Strictement, l'ordre de marché est distinct du libéralisme économique en ce sens que le libéralisme économique n'implique pas nécessairement la soumission de l'ordre social au marché, ni l'organisation d'un système juridique permettant d'en préserver l'intégrité. Si la liberté en matière économique n'est pas suffisante, elle demeure cependant la plupart du temps nécessaire ; voy. K. POLANYI, *La Grande Transformation : aux origines politiques et économiques de notre temps*, *idem* ; P. ROSANVALON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, pp. 143-149 ; sur la distinction entre marchés et ordre de marché, voy. M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris, EHESS-Gallimard-Seuil, 2004, XI-355 p., pp. 31 et s.

²⁹⁵⁵ A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, *op. cit.*, p. 348.

un principe ou intérêt propre à l'ordre conventionnel qui « se joint de l'extérieur » pour justifier une protection accrue d'un intérêt économique couvert par un droit conventionnel.

1194. L'extension des droits garantis par la Convention a pour conséquence que le domicile d'une personne physique, qu'il en soit propriétaire ou qu'il dispose d'un titre d'occupation suffisamment établi, puisse relever à la fois de l'article 1P1 comme « bien » et à la fois de l'article 8 comme « domicile »²⁹⁵⁶. Pourtant, la Cour n'octroie pas le même degré de protection dans chaque hypothèse, au nom de la place du droit au respect du « domicile » au sein de l'architecture conventionnelle. Recourant à nouveau à la théorie de la marge d'appréciation, elle juge en effet que « *the margin of appreciation in housing matters is narrower when it comes to the rights guaranteed by Article 8 compared to those in Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention*, regard had to the central importance of Article 8 of the Convention to the individual's identity, self-determination, physical and moral integrity, maintenance of relationships with others and a settled and secure place in the community »²⁹⁵⁷ et conclut alors plus facilement à une violation. Ainsi, comme on l'a vu en matière procédurale, l'importance attachée au domicile comme élément de l'existence d'une personne physique – ce qui exclut donc qu'une même protection soit accordée aux sièges sociaux d'une personne morale – justifie le constat d'une violation même si l'expulsion résulte du jeu normal du droit interne et malgré l'éventuelle prise de risques économiques de l'individu »²⁹⁵⁸. De même, le domicile entendu comme siège social d'une personne morale, ou les correspondances d'un professionnel, sont susceptibles de bénéficier d'une protection importante lorsqu'ils mettent simultanément en cause le secret des relations entre l'avocat et son client²⁹⁵⁹. Cependant, comme le note J. Gerards, ces distinctions contribuent en réalité à réaffirmer la distinction entre droits civils et politiques traditionnels et droits économiques et sociaux. En effet, si les inégalités de traitement auxquelles elles conduisent peuvent être comprises « *from the perspective of the structure of the Convention and the States' obligations undertaken under the Convention (...), there are*

²⁹⁵⁶ Dans ces situations, la Cour juge régulièrement qu'il « ne se pose aucune question distincte » sous l'angle du second article ; voy. Cour EDH, 27 mai 2004, *Connors c. Royaume-Uni*, n° 66746/01, § 100.

²⁹⁵⁷ Cour EDH, 18 juillet 2017, *Malayev c. Russie*, n° 35635/14, § 38 (nous soulignons) ; la Cour avait déjà énoncé une règle similaire dans l'arrêt *Connors*, mais sans conclure expressément quant à l'étendue de la marge d'appréciation ; Cour EDH, 27 mai 2004, *Connors c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 82.

²⁹⁵⁸ Voy. *supra*, Chapitre 6.

²⁹⁵⁹ Cour EDH, 22 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie Civil et services c. France*, *op. cit.*, spéc. §§ 75-81.

*hardly any intrinsic reasons of principle to explain that so much more protection is given to certain rights if compared to others »*²⁹⁶⁰.

1195. Dans d'autres hypothèses, le recours à ces valeurs propres à la hiérarchie conventionnelle permet de trancher un conflit entre un droit économique et un droit non économique au profit du premier. Dans l'affaire *Sekmadienis Ltd*, la société requérante avait diffusé des publicités pour des vêtements dans lesquelles elle s'était servie de symboles et références chrétiens²⁹⁶¹. Elle alléguait de l'inconventionnalité au regard de l'article 10 des amendes qui lui avaient été infligées et de l'injonction de retrait des dites publicités en raison de leur contrariété aux « *public morals* ». Le conflit existait donc, entre un intérêt économique protégé par l'extension de la liberté d'expression au domaine commercial, et la protection de la liberté de conscience et religieuse de tiers. Or, la Cour a conclu à la violation de l'article 10 malgré la protection moindre accordée au discours commercial, non en raison d'une supposée prépondérance de la liberté économique, mais en raison de l'importance pour le pluralisme de la critique des idées²⁹⁶², même religieuses, et susceptibles comme telles de heurter, et de la protection de la liberté des minorités ou pensées minoritaires²⁹⁶³. En effet, selon la Cour, « even though the advertisements had a commercial purpose *and cannot be said to constitute “criticism” of religious ideas* the applicable principles are nonetheless similar »²⁹⁶⁴. En l'espèce, c'est donc la fonction principale de la liberté d'expression comme garant de l'ordre démocratique conventionnel qui fonde le constat de violation malgré la nature économique du droit invoqué.

²⁹⁶⁰ J. GERARDS, « The ECtHR's Response to Fundamental Rights Issues Related to Financial and Economic Difficulties », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2015, vol. 33, n° 3, spéc. pp. 274-292, spéc. p. 289.

²⁹⁶¹ Cour EDH, 30 janvier 2018, *Sekmadienis Ltd c. Lituanie*, op. cit., §§ 7-9 : « *The first of the three advertisements showed a young man with long hair, a headband, a halo around his head and several tattoos wearing a pair of jeans. A caption at the bottom of the image read “Jesus, what trousers!” (Jėzau, kokios tavo kelnės!). The second advertisement showed a young woman wearing a white dress and a headdress with white and red flowers in it. She had a halo around her head and was holding a string of beads. The caption at the bottom of the image read “Dear Mary, what a dress!” (Marija brangi, kokia suknelė!). The third advertisement showed the man and the woman together, wearing the same clothes and accessories as in the previous advertisements. The man was reclining and the woman was standing next to him with one hand placed on his head and the other on his shoulder. The caption at the bottom of the image read “Jesus [and] Mary, what are you wearing!” (Jėzau Marija, kuo čia apsirengė!) ».*

²⁹⁶² *Idem*, § 81 : « *in a pluralist democratic society those who choose to exercise the freedom to manifest their religion cannot reasonably expect to be exempt from all criticism* ».

²⁹⁶³ *Idem*, § 82 : « *Nonetheless, even assuming that the majority of the Lithuanian population were indeed to find the advertisements offensive, the Court reiterates that it would be incompatible with the underlying values of the Convention if the exercise of Convention rights by a minority group were made conditional on its being accepted by the majority. Were this so, a minority group's rights to, inter alia, freedom of expression would become merely theoretical rather than practical and effective as required by the Convention* » (références omises).

²⁹⁶⁴ *Idem*, § 81 (nous soulignons ; références omises).

1196. Cette logique est également particulièrement perceptible en matière de logement. Le « droit au logement », consacré dans certaines législations, constitue l'un des exemples les plus typiques des interactions entre considérations économiques et protection juridique des droits fondamentaux. Le droit au respect du domicile conçu négativement bénéficie d'une protection particulièrement forte en raison de l'importance qu'il revêt pour l'individu²⁹⁶⁵. En revanche, conçu dans son volet positif, il souffre de son appartenance supposée aux catégories des « droit-créance » ou des « droits économiques et sociaux » dont la justiciabilité échapperait au juge. La Cour EDH ne le dément pas puisqu'elle juge que s'« [i]l est à l'évidence souhaitable que tout être humain dispose d'un endroit où il puisse vivre dans la dignité et qu'il puisse désigner comme son domicile, (...) il existe malheureusement dans les États contractants beaucoup de personnes sans domicile » et que « [l]a question de savoir si l'État accorde des fonds pour que tout le monde ait un toit relève du domaine politique et non judiciaire »²⁹⁶⁶. Dès lors, en soustrayant le volet positif au rang que semble occuper le volet négatif du droit au domicile, la Cour ne juge pas disproportionné que la Convention n'impose pas aux États de fournir un logement à toutes les personnes relevant de sa juridiction.

1197. Cette réticence, liée à des considérations budgétaires, persiste même lorsque le droit interne organise un droit au logement. Dans l'arrêt *Tchokontio Happi*, la Cour était saisie par une femme qui avait obtenu du juge administratif français une injonction imposant à l'État de procéder à son relogement, sur le fondement des dispositions internes relatives au « droit opposable au logement »²⁹⁶⁷. Pourtant, malgré cette décision juridictionnelle et ce dispositif, la Cour a prétexté de ce que « [l]e jugement n'obligeait pas les autorités à lui conférer la propriété d'un appartement mais à en mettre un à sa disposition »²⁹⁶⁸ pour refuser de le qualifier d'espérance légitime au sens de l'article 1P1. A l'inverse, dès lors que la question avait été reformulée dans le cadre des valeurs jugées les plus fondamentales de l'ordre conventionnel et qui échappent aux considérations économiques, la solution a radicalement différé et traduit une

²⁹⁶⁵ Voy. *supra*, Chapitre 6.

²⁹⁶⁶ Cour EDH (GC), 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, op. cit., § 99.

²⁹⁶⁷ Voy. la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable ; même la consécration législative ne suffit pas à en assurer une justiciabilité efficace ; Fl. Roussel relevait ainsi que la Commission pour le contrôle de l'application des lois du Sénat avait qualifié, cinq après l'entrée en vigueur de la loi, évoqué « l'utilité réelle de l'intervention du juge (...) trop limitée » et un « contentieux sans espoir » ; Fl. ROUSSEL, « Le contentieux du droit au logement opposable, un 'contentieux sans espoir' ? », *RDF*, 2012, n° 6, pp. 1175-1181.

²⁹⁶⁸ Cour EDH, 9 avril 2015, *Tchokontio Happi c. France*, n° 65829/12, § 59 ; comme le notent N. Bernard et N. Derdek, l'incohérence de cette solution avec d'autres décisions concernant plusieurs États de l'Est de l'Europe ne s'expliquerait qu'au prix d'une seconde incohérence, à savoir le droit à l'acquisition offert par le bail social, ce qui est contradictoire avec son appréhension générale de l'attente légitime ; N. BERNARD, N. DERDEK, « Le DALO, un droit au logement vraiment « opposable » ? », *RTDH*, 2016, n° 107, pp. 713-731.

certaine « fermeté »²⁹⁶⁹. Saisie, dans la même affaire, du même défaut d'exécution sur le fondement l'article 6 § 1, la Cour a rejeté les considérations relatives à la pénurie de logement, au motif « qu'aux termes de sa jurisprudence constante, une autorité de l'État ne peut prétexter du manque de fonds ou d'autres ressources pour ne pas honorer, par exemple, une dette fondée sur une décision de justice »²⁹⁷⁰. Or, on l'a vu, cette exception à la force du motif économique ne découle pas de l'importance accordée à l'intérêt économique privé, mais au risque de la survenance de « situations incompatibles avec le principe de prééminence du droit que les États contractants se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention »²⁹⁷¹.

1198. Cette modulation de la protection accordée à des intérêts économiques en fonction d'une hiérarchie de valeurs non économiques qui serait propre à l'ordre conventionnel est également perceptible lorsque la Cour mobilise la technique de la « substance » du droit en cause.

2. La protection accrue du fait de l'atteinte à la substance du droit en cause

1199. La réintroduction de la substance des droits, laquelle n'est pas employée de manière systématique ou cohérente, entretient un rapport ambigu avec le contrôle de proportionnalité. S. van Drooghenboeck a bien montré comment la fonction de l'atteinte à la substance ne conduit souvent pas, contrairement à ce que l'on pourrait attendre, à une exclusion de la question du champ de la proportionnalité, notamment en matière de droit de propriété²⁹⁷² et de manière économique en général quoi que pas exclusivement²⁹⁷³. Malgré tout, l'idée d'une substance traduit une forme de hiérarchisation. Cela signifie que certains aspects des droits garantis sont, du point de vue de l'ordre conventionnel, jugés trop importants pour qu'une mesure puisse y porter atteinte, sauf à ce que l'intérêt soit impérieux. Or, la force d'attraction de la substance est telle que malgré la nature économique de l'intérêt qu'elle protège, ou la légitimité des motifs – économiques ou non – qui fondent l'interférence, la protection accordée sera plus grande que d'ordinaire, ou suffisamment pour fonder un constat de violation.

²⁹⁶⁹ D. THARAUD, « Le sort contrasté du droit au logement opposable français devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue du droit sanitaire et social*, 2015, n° 4, pp. 651-658.

²⁹⁷⁰ *Idem*, § 50.

²⁹⁷¹ Cour EDH, 7 mai 2002, *Bourdov c. Russie*, *op. cit.*, § 34.

²⁹⁷² S. VAN DROOGHENBOECK, *La proportionnalité dans la jurisprudence la Cour européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, spéc. pp. 438-440.

²⁹⁷³ J. CHRISTOFFERSEN, *Fair balance : proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 140-163.

1200. Les contentieux qui conduisent la Cour à devoir soupeser des intérêts économiques face à des intérêts sociaux ou sociétaux sont particulièrement illustratifs du retour de protection au nom du critère de la substance. Dans l'arrêt *Hutten-Czapska*, la Cour constate une violation de l'article 1P1 au sujet d'une loi qui avait eu pour effet de limiter le montant des loyers à 60% des frais d'entretien et des obligations de réparations qui avaient été imposés. De fait, la Cour a pris en considération le droit des propriétaires à « tirer profit de leurs biens »²⁹⁷⁴ et a semblé approuver la Cour constitutionnelle polonaise, qui en avait fait une « composante fondamentale » du droit de propriété²⁹⁷⁵, ainsi que la chambre²⁹⁷⁶. Cependant, la justification avancée pour fonder la violation est énoncée dans un langage propre à l'ordre conventionnel, la Cour sanctionnant cette restriction au motif qu'elle portait « atteinte à la substance même du droit de propriété de la requérante »²⁹⁷⁷. En d'autres termes, le droit des propriétaires de tirer un revenu de leurs biens est présenté comme relevant de l'ordre conventionnel, non en raison des conceptions économiques des juges, mais parce qu'il relèverait juridiquement de la substance d'un droit qui figure dans le texte conventionnel. Le résultat est sensiblement identique, mais le discours produit permet de ne pas fonder la solution sur des considérations exogènes.

1201. Ce recours à la substance des droits est un mécanisme généralisé dans les contentieux, quelle que soit l'orientation économique que laisse suggérer la solution finalement adoptée. On retrouve ainsi cette approche dans le contentieux syndical dès les premières affaires en matière de liberté négative d'association²⁹⁷⁸, mais également dans les développements plus récents. Dans l'arrêt *National Workers et autres*, la Cour a en effet motivé le constat de non-violation en excluant du cœur des actions syndicales l'action secondaire²⁹⁷⁹. De fait, au sein d'une même affaire, l'importance accordée par la Cour à tel ou tel intérêt ou aspect de l'existence du sujet construit par l'ordre conventionnel se traduit de ce fait par le choix d'exclure ou d'inclure tel

²⁹⁷⁴ Cour EDH (GC), 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, *op. cit.*, § 210.

²⁹⁷⁵ *Idem*, § 138.

²⁹⁷⁶ *Idem*, § 223 ; la chambre avait jugé qu'elle ne décelait « aucune justification au fait que l'État a constamment failli à garantir à la requérante et aux autres propriétaires, pendant toute la période considérée, les sommes nécessaires pour couvrir les frais d'entretien, sans même parler de la possibilité de tirer un minimum de profit de la location de leurs appartements ».

²⁹⁷⁷ *Idem*, § 203.

²⁹⁷⁸ Voy. déjà Cour EDH (plén.), 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §§ 52, 55 et 57.

²⁹⁷⁹ Cour EDH, 8 avril 2014, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 88 ; cet arrêt illustre le caractère interchangeable de la « substance » du « cœur », la Cour évoquant tour à tour au nom des principes généraux le « cœur même de l'activité syndicale », puis « l'aspect non pas *fondamental* mais *secondaire* ou *accessoire* de l'activité syndicale qui est touché » (§ 87), mais conclut en l'espèce qu'« [o]n ne peut pas dire que l'interdiction de l'action secondaire ait porté atteinte à la substance même de la liberté d'association du syndicat requérant » (§ 88) (nous soulignons).

ou tel élément dans la « substance du droit ». Dans l'arrêt *Tek Gida Is Sendikasi*, la Cour a ainsi exclu du « cœur même de l'activité syndicale » la méthode de comptage « pour déterminer le nombre de salariés représentant la majorité au sein d'une entreprise »²⁹⁸⁰, alors que cela conditionne la capacité du syndicat à conclure un accord avec l'employeur. Par conséquent, et alors que les juridictions nationales avaient en l'espèce interprété le droit national d'une manière plus formelle²⁹⁸¹ et ainsi augmenté le nombre de salariés requis, la Cour conclut à l'absence de violation. À l'inverse, dans la même affaire, elle conclut à la violation de l'article 11, en raison de l'absence de mesures de coercition contraignant l'employeur à réintégrer les salariés qu'il avait abusivement licenciés afin de forcer la « désyndicalisation » de la société, au motif qu'il s'agissait d'une « restriction touchant le cœur même de son activité syndicale »²⁹⁸².

1202. L'affaire *Kück c. Allemagne* est également instructive, puisqu'elle avait une finalité économique et impliquait un contrôle de proportionnalité horizontal entre deux intérêts privés. La combinaison des critères laissait donc présager un contrôle restreint et un degré de tolérance important à la restriction par les autorités nationales du droit de la requérante. La Cour a en effet accepté de constater une violation de l'article 8 du fait de la validation par les juridictions nationales du refus de la part d'une assurance privée de santé de procéder au remboursement des frais médicaux liés à une transition de sexe. Si la Cour avait appréhendé uniquement la question comme une ingérence étant de nature pécuniaire et découlant de l'exercice de la liberté contractuelle, il est peu probable qu'elle eut conclu à l'existence d'une telle violation. Or, elle a justifié le constat au nom de considérations non économiques, mais en relevant au contraire qu'au « regard de l'importance particulière que revêtent les questions touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée de la personne »²⁹⁸³, la disproportion est qualifiée du fait « d'exiger d'une personne qu'elle prouve le caractère médicalement nécessaire d'un traitement, dût-il s'agir d'une opération irréversible, lorsqu'est en jeu l'un des aspects les plus intimes de la vie privée »²⁹⁸⁴. De la même manière, dans l'arrêt *Schüt*, la Cour refuse que la

²⁹⁸⁰ Cour EDH, 4 avril 2017, *Tek Gida İş Sendikası c. Turquie*, n° 35009/05, § 46.

²⁹⁸¹ Contrairement au ministre du travail et aux requérants les juridictions civiles avaient en effet jugé que le seuil devait être calculé par rapport à l'ensemble des salariés de la société, y compris ceux du siège social, et non seulement les salariés des seules usines de la société ; la Cour rappelle qu'elles avaient justifié leur position en relevant que laquelle les activités complémentaires à l'activité principale d'une entreprise – en l'espèce, l'administration et les activités de recherche et de commercialisation – relèvent du même secteur d'activité que l'activité principale – en l'espèce, l'industrie agroalimentaire » ; *idem*, § 39.

²⁹⁸² *Idem*, § 55.

²⁹⁸³ *Idem*, § 72.

²⁹⁸⁴ *Idem*, § 82.

liberté contractuelle justifie en l'espèce l'atteinte à la vie privée résultant du licenciement du requérant, malgré la renonciation résultant du contrat de travail conclu, dans la mesure où « [u]ne telle interprétation affecterait le cœur même du droit au respect de la vie privée de l'intéressé »²⁹⁸⁵.

1203. Cette logique de la substance des droits permet de dépasser les distinctions entre droits économiques et sociaux, le critère ne découlant pas d'une catégorisation des droits, mais au contraire de l'importance de chaque droit, ou de chaque aspect du droit, en cause pour l'individu. Ce faisant, elle permet aussi, comme le note J. Gerards, de laisser « de l'espace »²⁹⁸⁶ aux arguments économiques à mesure que l'on s'éloigne du cœur des droits garantis. Il est alors plus facile d'atteindre par ce biais un équilibre entre les droits subjectifs et le caractère limité des ressources étatiques que l'approche catégorielle peine à établir. Pour X. Contiades et A. Fotiadou, cette définition d'un cœur des droits au sein même du test de proportionnalité *stricto sensu* permet même de faciliter la protection de ce qu'ils qualifient de droits « sociaux » en les rapprochant des droits civils et traditionnels et en permettant l'acceptation de « *the incommensurability of a strictly non-derogable deontological core* »²⁹⁸⁷ de droits qui doivent être garantis malgré leur coût économique. Ce constat vaut en réalité pour l'ensemble des intérêts économiques qui peuvent se présenter devant la Cour.

1204. L'introduction d'une logique de substance essentielle permet à la Cour d'adapter le degré de perméabilité aux justifications des atteintes qui sont portées à ces intérêts non en raison de l'importance intrinsèque qu'elle y accorde, mais en raison de celle qu'ils revêtent du point de vue du choix de valeurs effectué dans le cadre conventionnel. En d'autres termes, les intérêts affectés seront protégés *malgré* leur caractère économique ; la hiérarchisation des intérêts économiques est donc la conséquence d'une hiérarchie qui n'est pas établie sur le fondement de valeurs économiques. En ce sens, dans la lignée de l'arrêt *Airey*, le libéralisme politique consacré par la Convention se prolonge dans l'ordre économique et social. La substance dans

²⁹⁸⁵ Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schiith c. Allemagne*, *op. cit.*, § 71.

²⁹⁸⁶ J. GERARDS, « The ECtHR's Response to Fundamental Rights Issues Related to Financial and Economic Difficulties », *op. cit.*, p. 291.

²⁹⁸⁷ X. CONTIADES, A. FOTIADOU, « Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n° 3, pp. 660-686, spéc. pp. 670 et 672.

la jurisprudence de la Cour, comme dans d'autres²⁹⁸⁸, joue le rôle de limite à la marge d'appréciation des États comme au degré inférieur de protection des droits économiques.

1205. Pourtant, d'autres phénomènes soulignent que les rapports entre le libéralisme politique et l'ordre économique restent protéiformes.

B. Des convergences mal assumées entre l'ordre de marché et l'ordre conventionnel

1206. Dans certains cas, en effet, le régime de marché est perçu comme le meilleur instrument de garantie des caractéristiques de l'ordre démocratique européen (1), tandis qu'il tend, sans que la Cour ne l'assume toutefois, à devenir le mode privilégié de garantie des droits conventionnels (2).

1. L'identification variable des interactions entre droits fondamentaux et ordre de marché

1207. De manière générale, le rapport de proportionnalité en matière de liberté d'expression illustre l'asymétrie entre la faiblesse de la protection accordée aux intérêts économiques privés par la voie du discours commercial et l'importance de celle accordée à l'économie comme objet de discours. Le droit européen des droits de l'homme n'est, en ce sens, ni surdéterminé par le système économique existant, ni totalement indépendant. Cela tend à conforter l'existence d'une voie médiane dans la surdétermination du droit et des droits de l'homme par le système économique, notamment lorsque l'on compare ces solutions avec celles de la Cour Suprême des États-Unis. Dans l'affaire *Sorrell v. IMS Health*, celle-ci a censuré une loi qui avait interdit la revente des données de prescription médicale et son utilisation dans le cadre d'opérations de « *marketing* ». Écrivant pour la majorité, le juge Kennedy a fondé son raisonnement sur le postulat selon lequel « *[t]he State may not burden the speech of others in order to tilt public debate in a preferred direction* »²⁹⁸⁹. Ce principe ressemble au principe du pluralisme appliqué par la Cour EDH²⁹⁹⁰, mais son application en matière de discours économique rappelle que les

²⁹⁸⁸ L'étude de Fl. BENOIT-ROHMER montre que la liberté d'entreprise est appréciée selon une logique similaire par la Cour de justice ; « Économie de marché et liberté d'entreprise dans l'Union européenne », in *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'E. Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, XXII-889 p., pp. 3-22, spéc. pp. 14-15.

²⁹⁸⁹ Cour Suprême, 23 juin 2011, *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2653, 2670-72 (2011).

²⁹⁹⁰ Voy. *supra*, §§ 999 et s.

rapports qu'entretiennent les deux cours, et qu'elles font entretenir aux droits fondamentaux et au système économique différent considérablement.

1208. Comme on l'a vu en effet, la Cour de Strasbourg applique une logique concentrique qui, en rejetant le discours commercial à la périphérie des discours protégés dans le « standard européen » de la société démocratique, justifie de ce fait la plupart des restrictions qui y sont apportées. À l'inverse, la Cour Suprême, sous la plume du juge Kennedy, a adopté une logique plus horizontale en jugeant que « *[t]he commercial marketplace, like other spheres of our social and cultural life, provides a forum where ideas and information flourish* »²⁹⁹¹. Le marché est donc assimilé sans difficulté à un espace de discours et de débat, et l'ensemble de ces sphères de débat sont placées, en termes de principes, sur un pied d'égalité. La force de cette banalisation du marché est telle, que, ce faisant, elle a semblé infléchir, ou renverser, sa « *commercial speech doctrine* » au nom de laquelle elle jugeait initialement, comme la Cour de Strasbourg, que le discours commercial méritait une protection moins importante que d'autres types de discours. Probablement en raison du poids de l'analyse économique du droit comme de l'ancienneté du débat interrogeant la relation entre contrôle de constitutionnalité et ordre économique, la doctrine américaine n'hésite pas à commenter, à l'inverse de la doctrine européenne, la jurisprudence depuis cette perspective. J. Purdy a par exemple analysé cette décision *Sorrell v. IMS*, sous l'angle de ses présupposés néolibéraux, notant qu'elle tend selon elle à effacer la « *distinction between politics and markets, or principles and interests* » et à constitutionnaliser le marché comme vecteur de diffusion d'information²⁹⁹². Mais le débat n'est pas seulement externe à la Cour, puisque le juge Breyer n'a pas hésité dans son opinion dissidente à souligner que la solution retenue engendrait le risque de rétablir un contrôle des législations étatiques vis-à-vis du principe de « liberté économique »²⁹⁹³.

²⁹⁹¹ Cour Suprême, 25 avril 1993, *Edenfield v. Fane*, 507 U. S. 761, 766 (1993), cité in Cour Suprême, 21 juin 2011, *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2653, 2670-72 (2011).

²⁹⁹² J. PURDY, « Neoliberal Constitutionalism : Lochnerism For a New Economy », *Law & Contemporary Problems*, op. cit., p. 202 ; l'auteur omet cependant de préciser, alors qu'il établit une filiation cette décision et l'ère *Lochner*, que cette notion de « *market place of ideas* » a été portée par le Justice Holmes lui-même, qui pourtant était un pourfendeur des décisions *Lochner*. ; voy. Aussi T. R. PIETY, « A Necessary Cost of Freedom ? The Incoherence of *Sorrell v. IMS* », *Alabama Law Review*, 2012, vol. 64, n° 1, p. 1, qui rappelle que la différence de protection était au départ précisément justifiée par le peu d'apport du discours commercial au débat public.

²⁹⁹³ Voy. l'opinion dissidente du juge Breyer, « *Moreover, given the sheer quantity of regulatory initiatives that touch upon commercial messages, the Court's vision of its reviewing task threatens to return us to a happily bygone era when judges scrutinized legislation for its interference with economic liberty. History shows that the power was much abused and resulted in the constitutionalization of economic theories preferred by individual jurists* ».

1209. Certes, la jurisprudence européenne révèle, à première vue, une perméabilité moindre à ce type de doctrine économique et à une résistance d'un ordre de valeur distinct de celui du système économique. Pourtant, des considérations économiques, et donc axiologiques ou idéologiques, irriguent aussi la jurisprudence européenne, consciemment ou non. Tout d'abord, la distinction même entre discours commercial et discours non commercial est mobilisée par la Cour alors qu'elle est parfois beaucoup plus poreuse qu'il n'y paraît. Le discours des journalistes se voit octroyer un degré de protection supplémentaire en raison de la fonction éminente qu'il occupe au sein du système démocratique. Mais le critère de commercialité n'est pas si manichéen, et donc peut-être pas toujours opérant, dès lors que le discours des journalistes est souvent lui aussi produit dans le cadre d'un marché²⁹⁹⁴.

1210. De plus, l'assimilation d'un intérêt économique à un intérêt, un droit ou un principe qui ne le seraient pas mais qui mériteraient une protection accrue ne devrait pas masquer les considérations ou postulats économiques du raisonnement de la Cour. La Cour de Strasbourg est encline à constater une violation lorsque les restrictions concernent un discours porté sur des activités commerciales. Or, cette propension s'explique par l'alignement de l'objet économique discours et d'une finalité participant des principes considérés comme inhérents ou essentiels aux valeurs de l'ordre conventionnel. C'est donc ce critère qui oriente l'équilibre conventionnel, dans un sens comme dans l'autre. Dès lors, c'est aussi ce qui explique l'absence de constat de violation dans l'arrêt *Markt Intern*. L'auteur du discours en question était en effet un organe de presse spécialisé, mais qui défendait les intérêts de sociétés concurrentes de celle dont les pratiques étaient l'objet de l'article litigieux²⁹⁹⁵. Notant pourtant qu'en principe « dans une économie de marché, une entreprise qui cherche à s'implanter s'expose inévitablement à une surveillance étroite de ses pratiques par ses concurrents »²⁹⁹⁶, la Cour ajouta un certain nombre d'exceptions qui trahissent un biais en faveur de la protection des entreprises critiquées. Ainsi, elle relève qu'« une affirmation exacte peut se doubler et se double souvent de

²⁹⁹⁴ Cette réserve est inspirée du commentaire du juge Brennan, dans son opinion sous l'affaire *NY Times Co v Sullivan*, 376 U.S. 2454, 266 (1964), qui rappelait que la forme commerciale d'un discours ne le distinguait pas nécessairement du « *fact that newspapers and books are sold* ».

²⁹⁹⁵ La Cour décrit la société requérante comme une « maison d'édition » qui « s'emploie à défendre les intérêts des petites et moyennes entreprises du commerce de détail face à la concurrence des grandes sociétés de distribution ». On notera d'ailleurs que c'est également ce point qui avait justifié, selon les juridictions allemandes, la Cour fédérale de justice ayant noté que « [n]onobstant l'absence de relations de concurrence entre *markt intern* et le Club, la loi de 1909 trouvait à s'appliquer: il suffisait pour cela que l'acte incriminé favorisât objectivement la position d'une entreprise au détriment d'un concurrent; or là résidait précisément le but poursuivi en l'occurrence » (Cour EDH (plén.), 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, *op. cit.*, § 18).

²⁹⁹⁶ *Idem*, § 35.

remarques supplémentaires, de jugement de valeur, de suppositions voire d'insinuations ». Tout en reconnaissant la légitimité de l'objectif poursuivi par l'article litigieux, la Cour fait sienne l'argument de la Cour fédérale selon lequel la divulgation de l'incident « donnerait aux détaillants spécialisés un argument efficace pouvant être invoqué contre lui auprès de leur clientèle, pouvant servir même si l'incident se révélait isolé et n'autorisait aucune conclusion sur les pratiques commerciales du demandeur », et accepte ainsi la condamnation pour concurrence déloyale²⁹⁹⁷.

1211. Or, cette solution a été adoptée de justesse, par la voix prépondérante du président de la formation plénière, et les diverses opinions individuelles attestent que les débats entre juges ont porté principalement sur la marge d'appréciation ainsi que sur le rôle et la fonction de la liberté d'expression dans le système économique de marché. Le constat de non-violation a en effet été critiqué par les juges minoritaires comme reflétant très imparfaitement les nécessités d'un tel système économique. Certains juges ont tout d'abord critiqué l'assimilation de la société requérante à un concurrent plutôt qu'à un organe de presse du fait de sa spécialisation sectorielle²⁹⁹⁸. En d'autres termes, la Cour a transformé l'affaire en une affaire portant sur l'emploi de la liberté d'expression entre concurrents sur un marché, celui-ci justifiant une protection moindre. S'il avait reconnu la qualité d'organe de presse, l'importance attachée par l'ordre conventionnel l'aurait alors probablement conduit à juger disproportionnée la restriction.

1212. De plus, et les critiques des juges ont principalement porté sur ce point, la Cour assimile le discours en cause au discours porté sur le marché pour justifier la moindre protection, mais ne tire pas les conséquences du fonctionnement du marché. La plupart des juges « minoritaires » se sont en effet appuyés sur des considérations liées à ce que devrait être une telle économie de marché. Plusieurs d'entre eux se sont ainsi référés à la « transparence des activités économiques » ou des « activités commerciales » qu'elle présupposerait, et à cette fin « que les informations et idées concernant les produits et services proposés aux consommateurs puissent être répandues librement ; exposés à des procédés de distribution très efficaces et à des

²⁹⁹⁷ *Idem*, §§ 36-37.

²⁹⁹⁸ Opinion dissidente du juge Martens, approuvée par le juge McDonald, § 5 : « Il y a donc lieu de se demander si dans une société démocratique il peut être nécessaire de restreindre de cette façon les droits et libertés fondamentaux d'un organe de presse pour la seule raison que cet organe a épousé certains intérêts économiques, à savoir ceux d'un secteur spécial du commerce spécialisé. Je ne doute aucunement que cette question doive recevoir une réponse négative. La preuve en est que, autant que je sache, une telle règle élargissant le domaine du droit de la concurrence déloyale au détriment des libertés de la presse est inconnue dans les autres États membres du Conseil de l'Europe. Et pour cause: ne faut-il pas reconnaître que sous certains rapports tous les journaux sont partiels, puisqu'ils épousent certains intérêts spéciaux? ».

publicités souvent peu objectives, les consommateurs, ainsi que les détaillants, méritent, eux aussi, d'être protégés »²⁹⁹⁹. Pour le juge Martens, elle implique l'acceptation incontournable par une « entreprise qui cherche à s'implanter » de la critique et d'une surveillance étroite de ses activités qui n'avait en ce sens pas été outrepassée en l'espèce. En d'autres termes, la Cour aurait accepté de situer le discours dans le cadre du marché sans en assumer les conséquences en termes de contrôle de la restriction de la liberté d'expression.

1213. Plusieurs constats peuvent être dressés à la lueur de ces critiques. Tout d'abord, l'extension de la liberté d'expression au discours commercial implique qu'une question relevant du droit économique – la concurrence déloyale – coïncide parfaitement avec la question soulevée du point de vue du régime de protection des droits de l'homme, ce dont certains juges déduisent d'ailleurs l'incompétence de la Cour³⁰⁰⁰. Ensuite, l'ensemble des juges – majoritaires comme minoritaires — admettent le principe de l'économie de marché et l'assignation d'une fonction à la liberté d'expression dans le bon fonctionnement de celle-ci³⁰⁰¹, ce que d'autres juges réaffirmeront dans l'arrêt *Hertel*³⁰⁰². Enfin, la détermination du juste équilibre est en grande partie *via* déterminée sur la meilleure manière d'assurer le fonctionnement de celle-ci. L'existence d'une idéologie économique exogène au mécanisme conventionnel, entendue dans un sens non péjoratif, est donc doublement observable, même si celle-ci donne à son tour lieu à des dissensions dont la résolution détermine le constat juridique de l'existence d'une violation. La jurisprudence postérieure de la Cour ne fait pas toujours apparaître aussi distinctement ces éléments³⁰⁰³, mais on peut supposer qu'elle influe, consciemment ou non, sur le sens des

²⁹⁹⁹ Opinion dissidente commune aux juges Gölcüklü, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carrillo Salcedo et Valticos.

³⁰⁰⁰ Voy. l'opinion dissidente du juge Bernhard sous l'arrêt Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, *op. cit.* selon lequel : « [e]n dernière analyse, dans le présent arrêt, la Cour vérifie les décisions des cours et tribunaux nationaux comme une juridiction de dernière instance et ce, dans les domaines de l'économie et de la concurrence » mais aussi et surtout celle du juge Matscher sous le même arrêt, lequel tente de dissocier les deux questions : « En effet, si en la matière il y a des controverses dans les milieux concernés, celles-ci ne concernent point la licéité des ingérences dans le liberté d'expression mais seulement la question de savoir si un comportement déterminé constitue ou ne constitue pas un acte de concurrence déloyale, une question dont l'appréciation n'appartient pas à la Cour » (§ 2).

³⁰⁰¹ Le juge Martens ne fait en effet que reprendre la motivation de la Cour selon laquelle [d]ans une économie de marché, une entreprise qui cherche à s'implanter s'expose inévitablement à une surveillance étroite de ses pratiques par ses concurrents » et que « [s]a stratégie commerciale et la manière dont elle honore ses engagements peuvent susciter des critiques des consommateurs et de la presse spécialisée. Pour mener sa tâche à bien, cette dernière doit pouvoir révéler des faits de nature à intéresser ses lecteurs et contribuer ainsi à la transparence des activités commerciales » (Cour EDH (plén.), 20 novembre 1989, *Markt Intern c. Allemagne*, *op. cit.*, § 35).

³⁰⁰² Voy. l'opinion dissidente du juge Matscher, dans laquelle il estime que « le régime de la lutte contre la concurrence déloyale bénéfique pour le monde des affaires ».

³⁰⁰³ À l'exception de l'affaire *Hertel*, dans laquelle le juge Matscher juge que « le régime de la lutte contre la concurrence déloyale, bénéfique pour le monde des affaires » et justifiait ainsi une large marge d'appréciation »

décisions adoptées. Elle laisse en effet à nouveau transparaître une logique concentrique du discours porté par rapport à un épicycle conventionnel qui ne serait pas par essence économique.

1214. La jurisprudence montre ainsi que les limites imposées aux discours qui portent *sur* les activités commerciales sont généralement jugées inconventionnelles³⁰⁰⁴ tant qu'elles ne sont pas situées dans le cadre du marché, mais comme un discours extérieur portant sur les acteurs du marché. La Cour reconnaît constamment à la fois l'intérêt général que revêt un « débat libre sur les pratiques commerciales » et l'« intérêt concurrent à protéger le succès commercial et la viabilité des entreprises pour le bénéfice des actionnaires et des employés mais aussi pour le bien économique au sens large »³⁰⁰⁵. Cependant, elle parvient régulièrement à des constats de violation qui montrent une hiérarchie largement en faveur de ceux qui tiennent leur discours sur les pratiques, tant que celui-ci ne s'inscrit pas dans un rapport directement concurrentiel, c'est-à-dire, tant que la recherche du profit personnel n'est pas immédiate. Les techniques employées sont diverses et témoignent de la différence de régime avec l'hypothèse *Markt Intern*. Dans l'affaire *Steel et Morris*, elle a ainsi jugé qu'exiger de militants d'établir la véracité de leurs propos générerait un « effet inhibiteur » trop important face à « l'intérêt plus général que représente la libre circulation d'informations et d'idées sur les activités de puissantes sociétés commerciales »³⁰⁰⁶. Dans l'arrêt *Uj*, elle opère un *distinguo* peu convaincant en jugeant que les propos du requérant constituaient davantage « *satirical denouncement of the company within the context of governmental economic policies and consumer attitudes* », s'inscrivant dans le contexte du débat sur les « *government policies concerning the protection of national values and the role of private enterprise and foreign investment* » plutôt que des jugements de valeurs qui auraient porté sur la qualité des produits visés³⁰⁰⁷. Dans d'autres affaires, enfin, elle a

et que la question de savoir si un acte était ou non un acte de concurrence déloyale « n'appartenait pas à la Cour » ; opinion dissidente du Mastcher sous l'arrêt Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, *op. cit.*, § 2.

³⁰⁰⁴ L'affaire *Appleby* peut de ce point de vue être distinguée, car l'absence de violation est fondée sur la particularité du lieu du discours, à savoir les locaux même du centre commercial ; Cour EDH, 6 mai 2003, *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 48.

³⁰⁰⁵ Cour EDH, 12 février 2005, *Steel et Morris*, *op. cit.*, § 94 ; 6 octobre 2009, *Kulis et Rózycki c. Pologne*, n° 27209/03, § 35 ; 19 juin 2012, *Uj c. Hongrie*, *op. cit.*, § 22.

³⁰⁰⁶ Cour EDH, 12 février 2005, *Steel et Morris*, *op. cit.*, § 95.

³⁰⁰⁷ Cour EDH, *Uj c. Hongrie*, *op. cit.*, § 23 ; l'extrait litigieux décrivait pourtant, entre autres, le produit en question comme étant « *sour, blunt and over-oxidised stuff, bad-quality ingredients collected from all kinds of leftovers, grey mould plus a bit of sugar from Szerencs, musty barrel* » ; un recours similaire au distinguishing est décelable dans l'arrêt *Kulis* ; alors que l'extrait litigieux qualifiait de « cochonnerie » le produit de la société plaignante, la Cour juge « la publication en cause constituait une dénonciation satirique de l'entreprise et de sa campagne publicitaire, sous forme de dessin » mais que « que le but principal des requérants n'était pas de dénigrer la qualité des chips mais de porter à l'attention de leurs lecteurs le type de slogans utilisés par la plaignante et le

assimilé des dirigeants d'entreprises à des « personnages publics » afin de relativiser la protection accordée et justifier les constats de violation même dans les cas où la réalité de leur notoriété était incertaine³⁰⁰⁸. Le marché est donc un objet de discours particulièrement protégé, mais le discours au sein du marché ne l'est pas, parce que le marché n'est pas considéré comme un espace comme un autre de discours. De ce point de vue, la jurisprudence européenne est beaucoup plus sceptique vis-à-vis de l'ordre économique de marché que la Cour Suprême américaine.

1215. Pourtant, la Cour de Strasbourg n'hésite pas, par ailleurs, à assumer une préférence envers ce régime de marché si elle juge qu'il permet de satisfaire un besoin jugé essentiel, et donc au sommet de la hiérarchie du système conventionnel. En matière de liberté d'expression, l'idée d'insérer dans le texte conventionnel une obligation de suppression, notamment d'« obstacles économiques » avait été rejetée comme n'ayant pas trait à la liberté d'expression « elle-même » et ne relevant pas d'un « instrument international de caractère durable »³⁰⁰⁹.

Or, dès l'arrêt *Informationsverein Lentia et al.*, la Cour a condamné le régime monopolistique établi par le droit autrichien en s'appuyant sur un raisonnement qui part d'axiomes politiques pour en déduire des conséquences économiques qui se confondent avec la protection des droits garantis. Au nom du « rôle fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique » et de l'objectif de « pluralisme, dont l'État est l'ultime garant »³⁰¹⁰, la Cour avait jugé que « de tous les moyens d'assurer le respect de ces valeurs, le monopole public impose les restrictions les plus fortes à la liberté d'expression » et jugé qu'il n'existait, en l'espèce, aucun argument économique susceptible de justifier son maintien³⁰¹¹. Mais la Cour a poussé plus loin le lien entre le marché libre et la liberté d'expression dans l'arrêt *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano*. Repartant du même point de départ dénué de considération économique, la Cour a commencé par rappeler que l'ordre conventionnel implique le pluralisme

caractère inacceptable de telles stratégies commerciales » (Cour EDH, 6 octobre 2009, *Kulis et Rózycki c. Pologne*, *op. cit.*, § 38).

³⁰⁰⁸ Voy. par exemple, Cour EDH, 19 juin 2012, *Tanasoica c. Roumanie*, n° 3490/03, § 46 : « B.S. était, à l'époque des faits, directeur général d'une société qui assurait un service public et fonctionnait grâce à des subventions d'État. De ce point de vue, la Cour considère que même s'il n'est pas prouvé que celui-ci connaisse une large notoriété au niveau national, il peut toutefois être assimilé à un personnage public, les limites de la critique admissible étant, dans ce cas, plus larges.

³⁰⁰⁹ Commission européenne des droits de l'homme, « Travaux préparatoires à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 24, § 137

³⁰¹⁰ Cour EDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, *op. cit.*, § 38.

³⁰¹¹ *Idem*, §§ 39 et 42 (nous soulignons)

sans lequel « il n'est pas de démocratie »³⁰¹², dont la protection constitue la finalité traditionnelle du libéralisme politique. Or, la Cour identifie doublement le mécanisme du marché comme le meilleur moyen d'atteindre ce pluralisme politique. Selon elle, en effet, « dans une société démocratique, il ne suffit pas, pour assurer un véritable pluralisme dans le secteur de l'audiovisuel, de prévoir l'existence de plusieurs chaînes ou la possibilité pour des opérateurs potentiels d'accéder au marché de l'audiovisuel ». Ce faisant, la Cour présuppose non seulement l'existence du marché, mais impose également son effectivité. Elle juge en effet que l'État doit « permettre un accès effectif à ce marché »³⁰¹³, ce qui se traduit, à la fois, vis-à-vis du régime d'autorisation, voire d'interdiction³⁰¹⁴, qui peut-être mis en place par l'État, que par la nécessité pour ce marché d'être préservé des « avantages concurrentiels » que pourraient acquérir « de puissants groupes financiers » en restreignant l'indépendance des opérateurs³⁰¹⁵.

1216. Ces réserves soulignent d'ailleurs, malgré elles, que ces considérations économiques ne sont pas la conséquence logique ou inévitable du pluralisme politique. Celui-ci peut être assuré par d'autres moyens que le marché tandis les dysfonctionnements de celui-ci sont, au contraire, susceptibles de le mettre à mal. Il peut être rétorqué à cela qu'un marché efficient, sans distorsion, constitue le meilleur moyen de l'atteindre, mais cela n'en retire pas moins le caractère idéologique d'un tel choix. D'ailleurs, le développement de régimes spéciaux des entreprises de presse dans certains pays montre qu'il ne saurait en tout cas être réduit à un marché ordinaire. La Cour peine, quoi qu'il en soit, à assumer ou à réaliser ces postulats libéraux. D'un côté, elle en tire les conséquences puisqu'elle n'hésite pas à sanctionner, comme dans l'affaire *Informationsverein Lentia*, un régime monopolistique au motif qu'il devait être justifié non par un simple intérêt général, mais par aucune « nécessité impérieuse », ce que l'existence de mesures alternatives et moins restrictives et l'affirmation de la viabilité

³⁰¹² Cour EDH (GC), 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, *op. cit.*, § 129.

³⁰¹³ Et la Cour de poursuivre : « de façon à assurer dans le contenu des programmes considérés dans leur ensemble une diversité qui reflète autant que possible la variété des courants d'opinion qui traversent la société à laquelle s'adressent ces programmes » ; *idem*, § 130.

³⁰¹⁴ V. Cour EDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, *op. cit.* § 39 : « De tous les moyens d'assurer le respect de ces valeurs, le monopole public impose les restrictions les plus fortes à la liberté d'expression, à savoir l'impossibilité totale de s'exercer autrement que par le biais d'une station nationale et le cas échéant, de façon très réduite, par une station câblée locale. Eu égard à leur radicalité, elles ne sauraient se justifier qu'en cas de nécessité impérieuse ».

³⁰¹⁵ Cour EDH, 28 juin 2001, *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, *op. cit.*, § 73 ; la Cour a reformulé encore plus clairement cette nécessité dans la décision *Centro Europa*, en affirmant qu'« Une situation dans laquelle une fraction économique ou politique de la société peut obtenir une position dominante à l'égard des médias audiovisuels et exercer ainsi une pression sur les diffuseurs pour finalement restreindre leur liberté éditoriale, porte atteinte au rôle fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique telle que garantie par l'article 10 de la Convention, notamment quand elle sert à communiquer des informations et des idées d'intérêt général, auxquelles le public peut d'ailleurs prétendre » (*idem*, § 133).

économique du marché lui ont permis d'écarter³⁰¹⁶. Pourtant, à nouveau, elle a préféré ne pas répondre aux prétentions des requérants selon qui la restriction contrevenait au principe de « libre entreprise » alors même qu'il semble en constituer l'un des postulats³⁰¹⁷.

1217. La jurisprudence relative à l'article 1P1 permet de confirmer la difficulté de la Cour à assumer clairement que la protection des droits conventionnels impose selon elle, au moins dans certaines circonstances, un régime de marché.

2. La promotion indéniable de l'ordre de marché par les droits conventionnels

1218. Malgré la généralisation du régime de marché comme standard conventionnel (a), la Cour peine à assumer qu'il s'agit du régime économique promu par l'ordre conventionnel (b).

a. Le marché, standard généralisé dans l'ordre conventionnel

1219. Il pourrait être tentant, au regard de la diversité des politiques économiques jugées légitimes par la Cour, d'en tirer un constat clair : la Convention n'impose ni ne proscrie le recours au régime d'un marché libre. On l'a vu, la réglementation est permise, notamment lorsque celle-ci intervient au nom de considération de « justice sociale ». En ce sens, la pétition de principe dans l'arrêt *James et autres* selon laquelle il existe des domaines, en l'occurrence le logement, dont les États parties à la Convention *peuvent* ne pas souhaiter « abandonner la satisfaction aux forces du marché »³⁰¹⁸ reste vérifiée. Dans d'autres domaines, la Cour semble

³⁰¹⁶ Cour EDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, *op. cit.*, §§ 39, 40 et 42 : « Enfin et surtout, on ne saurait alléguer l'absence de solutions équivalentes moins contraignantes; à titre d'exemple, il n'est que de citer la pratique de certains pays consistant soit à assortir les licences de cahiers des charges au contenu modulable, soit à prévoir des formes de participation privée à l'activité de l'institut national.(...) Enfin et surtout, on ne saurait alléguer l'absence de solutions équivalentes moins contraignantes; à titre d'exemple, il n'est que de citer la pratique de certains pays consistant soit à assortir les licences de cahiers des charges au contenu modulable, soit à prévoir des formes de participation privée à l'activité de l'institut national. (...) Le raisonnement du Gouvernement ne convainc pas la Cour. Il se trouve en effet démenti par l'expérience de plusieurs États européens, de dimension comparable à celle de l'Autriche, où la coexistence de stations publiques et privées, organisée selon des modalités variables et assortie de mesures faisant échec à des positions monopolistiques privées, rend vaines les craintes exprimées ».

³⁰¹⁷ Il était d'ailleurs invoqué le requérant, selon lequel l'argument tenant à l'absence de viabilité du marché « 'un prétexte à une politique qui, en éliminant toute concurrence, vise avant tout à garantir à l'ORF le bénéfice des recettes publicitaires, aux dépens du principe de libre entreprise », mais la Cour n'en a pas fait mention.

³⁰¹⁸ Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres*, *op. cit.*, § 47.

même juger que certains intérêts commandent de soustraire certains secteurs au régime du marché pour le confier à des autorités publiques non marchandes³⁰¹⁹.

1220. Tout d'abord, dans plusieurs hypothèses, le marché et la libre entreprise fonctionnent avant tout comme standard par rapport auquel sera déterminé l'étendue de l'obligation de l'État membre. Ainsi, comme on l'a vu, si la Convention ne consacre pas un droit à obtenir une indemnisation de la valeur de marché, ou marchande, des biens expropriés, il n'en demeure pas moins que l'indemnisation inférieure est pensée comme une exception à un principe³⁰²⁰. Cette appréhension juridique du marché implique d'un point de vue juridique que la charge de la preuve est inversée pour l'État³⁰²¹ et que le manque de ressources ne peut à lui seul justifier un trop grand écart entre la compensation octroyée et la valeur marchande. En cas de charge trop importante, l'État est incité à se conformer temporairement à ses obligations et à ce standard au moyen d'une compensation par équivalent³⁰²². Cette jurisprudence de la Cour transforme alors la fonction du marché dans cette détermination. Le standard du marché ne fonctionne alors pas seulement comme un outil d'évaluation du bien, mais bien comme un standard substantiel sur lequel l'obligation de l'État est fondée. Néanmoins, la pluralité des exceptions admises par la jurisprudence de la Cour montre qu'elle est influencée par le consensus social européen en la matière. Ainsi, l'idée que des considérations environnementales puissent réduire fortement, voire totalement, l'indemnisation due est, elle, relativement récente et témoigne de l'évolution du consensus en faveur de la limitation de l'économie de marché non plus seulement pour des motifs sociaux³⁰²³. Le standard du marché est donc susceptible de s'effacer et la compensation de devenir un outil de justice redistributive « *comparable in purpose and effect to other forms*

³⁰¹⁹ Voy. par exemple en matière de protection du patrimoine culturel : Cour EDH (GC), 19 février 2009, *Kozacioglu c. Turquie*, *op. cit.*, § 59 : « [l]a Cour souligne à cet égard que la conservation du patrimoine culturel et, le cas échéant, son utilisation durable ont pour but, outre le maintien d'une certaine qualité de vie, la préservation des racines historiques, culturelles et artistiques d'une région et de ses habitants. *A ce titre, elles constituent une valeur essentielle dont la défense et la promotion incombent aux pouvoirs publics.* A cet égard, la Cour renvoie à la Convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe, qui prévoit des mesures concrètes visant notamment le patrimoine architectural » (références omises ; nous soulignons).

³⁰²⁰ Voy. *supra*, §§ 1130 et s.

³⁰²¹ *Idem.*

³⁰²² Cour EDH (GC), 25 octobre 2012, *Vistins et Perepjokins c. Lettonie*, *op. cit.*, § 129 : « [s]i la Cour reconnaît que le Gouvernement est fondé à invoquer les difficultés budgétaires de l'État, celles-ci ne constituent pas pour autant un impératif propre à justifier l'adoption de mesures exceptionnelles de cette nature. En principe, il n'appartient pas à la Cour d'indiquer aux Parties contractantes quelles sont les mesures législatives ou réglementaires concrètes à prendre pour se conformer aux obligations qui leur incombent. Cela dit, l'échange de terrains ou la réduction des loyers dus aux requérants – tant que l'État ne disposait pas des moyens budgétaires requis pour procéder à une expropriation contre une juste indemnité – en constituent des exemples aisément envisageable » (nous soulignons).

³⁰²³ Voy. *supra*, au sujet de l'irruption de la préoccupation environnementale comme motif d'absence d'indemnisation, §§ 1131 et s.

of social insurance or welfare »³⁰²⁴. De la même manière, s'il n'existe pas *per se* un droit à retirer un revenu au prix du marché d'un bien immobilier, il n'en demeure pas moins que le droit à tirer un revenu « raisonnable » est une composante du principe de proportionnalité³⁰²⁵. En ce sens, il n'est pas permis de penser que l'article 1P1 assure le fonctionnement de ce qui peut certainement s'assimiler et ce qui est parfois qualifié d'« économie sociale de marché »³⁰²⁶. Le marché n'est pas l'unique critère d'allocation des ressources, mais le critère principal, ou principal, sauf lorsqu'il est jugé inefficace d'un point de vue social et environnemental. Pourtant, la Cour continue, comme dans l'arrêt *Lindheim*, à vouloir se prémunir d'une identification entre l'ordre conventionnel et l'ordre de marché, en insistant sur le fait que le constat de violation ne découlait pas du fait que « *the lessors could not claim market rent in the case of an extension of the lease contract* »³⁰²⁷.

1221. De plus, le libre accès au marché découle d'autres droits que du droit au respect des biens. L'arrêt *Mytilinaïos et Kostakis* illustre, en ce sens, comment le développement des droits au contact du système économique conduit progressivement la Cour à devoir trancher l'équilibre sur le fondement de postulats économiques. Les requérants alléguaient la violation de l'article 11 du fait du refus des autorités nationales grecques de leur octroyer un permis individuel de vinification. Ce système de permis était fondé sur la loi nationale qui organise un système d'affiliation obligatoire à une coopérative, chargée d'assurer le contrôle et la commercialisation de l'intégralité de la production du vin en cause – le muscat de Samos. Par le jeu de la reconnaissance du volet négatif de la liberté d'association comme de l'applicabilité de celle-ci au domaine économique, la Cour reconnaît que la décision constitue une ingérence dans les droits découlant de l'article 11 et est donc amenée à examiner la licéité. Ce faisant, c'est cependant la légitimité de principe comme des modalités d'organisation de cette forme socialisée de production qu'elle était amenée à trancher. Or, la Cour a doublement conduit à placer comme exception à un principe cette forme socialisée de la production. Elle a tout d'abord jugé que la situation économique actuelle de ce produit sur le marché ne justifiait probablement plus le régime mis en place³⁰²⁸. Elle a ensuite réintroduit, en s'appuyant d'ailleurs

³⁰²⁴ T. ALLEN, « Liberalism, Social Democracy and the Value of Property under the European Convention on Human Rights », *I.C.L.Q.*, 2010, vol. 59, pp. 1055-1078, spéc. p. 1058 ; C. NIVARD, « La justice sociale dans la jurisprudence conventionnelle », *op. cit.*, spéc. p. 71

³⁰²⁵ Voy. *supra*, Cour EDH (GC), 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, *op. cit.*

³⁰²⁶ L'expression est empruntée à l'article 2 § 3 du Traité sur l'Union européenne.

³⁰²⁷ Cour EDH, 12 juin 2012, *Lindheim c. Norvège*, *op. cit.*, § 135.

³⁰²⁸ Cour EDH, 3 décembre 2015, *Mytilinaïos et Kostakis c. Grèce*, n° 29389/11, § 62 : « [d]e l'avis de la Cour, les motifs qui avaient poussé en 1934 les viticulteurs de l'île de Samos à se regrouper dans des coopératives à participation obligatoire apparaissent peu pertinents dans le contexte actuel. Aujourd'hui le nombre total des

sur l'opinion de la minorité des juges nationaux dans l'affaire³⁰²⁹ et en mettant en doute la nécessité économique, le contrôle d'adéquation pur juger qu' « en obligeant les viticulteurs à transmettre la totalité de leur production aux coopératives, la loi [litigieuse] a fait le choix le plus restrictif en ce qui concerne la liberté négative d'association »³⁰³⁰, et en a conclu que le refus subséquent « va au-delà de ce qui est nécessaire »³⁰³¹. Il est peu probable que les membres de la Première section aient jugé consciemment de l'existence d'une violation sur le fondement de préférences économiques. Pourtant, l'affaire illustre comment un droit initialement conçu dans une perspective non économique conduit, par le jeu de l'extension de l'applicabilité et le contrôle de proportionnalité, à examiner et à condamner en substance cette forme d'organisation socialisée de la production, qui n'est dès lors conventionnellement justifiée que si certaines circonstances économiques l'exigent, et que si aucun autre moyen ne permet d'assurer la qualité de la production et le « tissu économique local » mentionné par la Cour elle-même.

1222. Malgré cela, la question de savoir si la Convention impose ou interdit les situations de monopole du point de vue du droit au respect des biens fait à nouveau apparaître une certaine hésitation à tirer toutes les conséquences de ces postulats, proche de celle retenue par le droit européen de la concurrence qui, s'il ne l'interdit pas, conduit à l'ériger en exception³⁰³².

viticulteurs appartenant aux diverses coopératives locales est de 2 847, le muscat de Samos bénéficie de l'appellation d'origine contrôlée ainsi que du label VQRPD (vin de qualité produit dans une région déterminée), selon les dispositions du Règlement 1493/1999 du Conseil de l'Union européenne, et le marché de l'exportation est très important, couvrant 80 % de la production annuelle qui se monte approximativement à 7 000 tonnes ».

³⁰²⁹ *Idem*, § 63 : « La Cour relève, comme le soulignent les requérants, que le *Gouvernement ne donne qu'une explication historique pour étayer ses affirmations selon lesquelles la suppression de la participation obligatoire à des coopératives ou de celles-ci à l'Union risquerait de déstabiliser le système viticole de l'île de Samos et qu'aucun contrôle aussi intensif soit-il ne pourrait obtenir le même résultat en ce qui concerne la qualité du vin produit*. À cet égard, elle constate que la minorité du Conseil d'État a souligné dans l'arrêt du 2 novembre 2010 que les buts poursuivis par la loi no 6085/1934 pourraient être atteints par d'autres moyens comme, par exemple, par des contrôles de qualité effectués par des organes de certification étatiques ou autres. Un viticulteur pourrait avoir le choix d'adhérer à la coopérative ou s'il souhaitait vinifier et commercialiser lui-même son vin, il pourrait le soumettre à une procédure de certification dont les étapes et exigences seraient fixées à l'avance par des textes législatifs ».

³⁰³⁰ *Idem*, § 65.

³⁰³¹ *Idem*.

³⁰³² Si les articles 37 et 106 du TFUE permettent en effet le monopole, notamment dans la mesure où le droit de l'Union ne préjuge pas en principe du régime de la propriété au sein des États membres, ceux-ci sont soumis par principe aux libertés de circulation comme au droit de la concurrence, et ne sont justifiés que par exception.

b. Le marché concurrentiel, régime implicite de l'ordre conventionnel

1223. Contrairement aux cas dans lesquels la question porte sur le choix entre un marché régulé ou règlementé et un marché concurrentiel, les cas dans lesquels la Cour doit déterminer si le passage d'un régime de marché concurrentiel à un régime monopolistique enfreint le droit au respect des biens des opérateurs sont illustratifs du rapport ambigu à l'ordre de marché. L'affaire *Könyv-Tár Kft*, bien que peu commentée³⁰³³, est venue illustrer le choix de la Cour, ou du moins de la majorité des juges, de ne pas assumer entièrement les postulats économiques qui avaient pourtant présidé à son raisonnement.

1224. Les sociétés requérantes étaient des distributeurs sur le marché des manuels scolaires. L'État défendeur avait introduit une réglementation, fondée sur l'idée selon laquelle cette activité devait incomber à l'État et à réorganiser ce secteur par la création d'une entité sans but lucratif entièrement détenue par lui. Formellement, les sociétés requérantes demeureraient libres de fournir à cette entité des manuels scolaires. Au stade de l'examen de la proportionnalité, la Cour a cependant reconnu, à la fois, que les particularités de ce marché pouvaient créer des « distorsions » au détriment des consommateurs finaux³⁰³⁴, et que la nouvelle réglementation du marché aboutissait, « *in terms or market reality* » à la création d'un « *monopolised market in schoolbook distribution* »³⁰³⁵. À plusieurs reprises, la Cour semble sur le point d'indiquer, explicitement, une préférence pour le système de marché³⁰³⁶. Elle semble indiquer qu'un marché non monopolisé mais purgé des distorsions est possible³⁰³⁷, réintroduisant le contrôle d'une mesure alternative moins restrictive. A l'inverse, en l'espèce, elle juge qu'il existait un degré de concurrence suffisamment élevé et aucune entrave si importante³⁰³⁸ pour que cela

³⁰³³ À notre connaissance, elle a été l'objet d'un résumé dans le « bulletin » d'un numéro du *European Human Rights Law Review* (2019, n° 1, pp. 14-18, spéc. p. 17) ; voy. Aussi le bref commentaire de Fl. MAURY, « Le droit de clientèle, un « bien » protégé par le droit de propriété face au monopole étatique », *Journal d'actualité des droits européens*, 2018, n° 15, disponible à <https://revue-jade.eu/article/view/2387> (consulté le 30 septembre 2019).

³⁰³⁴ Cour EDH, 16 octobre 2018, *Könyv-Tár et autres c. Hongrie*, *op. cit.*, § 52.

³⁰³⁵ *Idem*, § 54.

³⁰³⁶ Le juge Wojtyczek le confirme d'ailleurs, puisqu'il affirme partager « *the majority's reluctance to accept State economic monopolies, and I respect their endeavour to give economic liberty a more prominent place in international human rights law* » ; opinion dissidente du juge Wojtyczek, § 12.

³⁰³⁷ *Idem*, § 52 : « *[i]n the Court's view, this scheme can be explained by the need to ensure that all pupils in a class use the same textbook. This arrangement might, however, entail some market distortions and a potentially exposed situation for the end-consumers. Such a situation can be offset by market regulation, for example by means of maximum prices or State subsidies* ».

³⁰³⁸ *Idem*, § 53 : « *[h]owever, the Court is not convinced that these features of the schoolbook market produce a distortive effect on competition amongst participants in the distribution business, such as the*

« *give rise to any special or privileged market conditions for the applicant companies such as to justify in itself the State intervention complained of in the present case* »³⁰³⁹. Pourtant, les motifs immédiats de violation ramènent l'examen aux conséquences sur la situation des sociétés requérantes, en rappelant que l'exigence de proportionnalité « *[m]ust not expose the business players concerned to an individual and excessive burden* »³⁰⁴⁰. Or, l'équilibre en l'espèce avait été rompu à la fois parce « *[t]he State made it impossible for the applicant companies to continue their business* », mais aussi parce qu'il n'avait pas fourni de « *possibility of judicial redress or any financial compensation* »³⁰⁴¹.

1225. Dès lors, puisque la monopolisation *de facto* serait donc acceptable en présence d'un mécanisme de compensation, il ne peut pas être inféré de cet arrêt que la Convention impose le régime de marché. En revanche, il contribue à en favoriser le choix, puisque qu'une organisation économique différente devient l'exception et est soumise à restriction. En outre, il en légitime indirectement l'existence en recourant à une analyse économique fondée sur des outils classiques du libéralisme traditionnel et son évolution ordo-libérale³⁰⁴², aujourd'hui largement diffusée en Europe et plus particulièrement au sein des États membres de l'Union européenne. La Cour s'attache en effet à déterminer l'existence de distorsions contraires aux postulats de concurrence parfaite, dont l'intervention légitimerait l'intervention de l'État, lorsqu'elle conclut qu'elle est « *satisfied that although the schoolbook market did indeed have some special attributes, these did not give rise to any special or privileged market conditions for the applicant companies such as to justify in itself the State intervention complained of in the present case* »³⁰⁴³.

1226. Les débats exposés dans les opinions individuelles sous l'arrêt, qu'elles soient d'ailleurs concordantes ou dissidentes, soulignent tous que l'analyse adoptée par la Cour est fondée sur

applicant companies. It observes that the distributors maintained contractual relationships with the schools and not with the end-users; and, for their part, the schools were entirely free to select any distributor as their long- or short-term supplier. It is true that there was a constant market outlet (that is, the multitude of pupils in need of textbooks in a given school year) ultimately corresponding to the entirety of the applicant companies' and other distributors' combined services. However, the applicant companies' respective shares in this constant market outlet were in no way guaranteed, since they needed to acquire and preserve their clientele (the schools) in a largely unregulated and competitive market environment » (nous soulignons).

³⁰³⁹ *Idem* (nous soulignons).

³⁰⁴⁰ *Idem*, § 58.

³⁰⁴¹ *Idem*, § 57.

³⁰⁴² En ce sens, l'intervention de l'État est jugée légitime lorsqu'elle a pour objet de permettre le fonctionnement du marché, voire d'en corriger les dysfonctionnements ; en ce sens, elle diffère d'une approche strictement « néo-libérale ».

³⁰⁴³ Cour EDH, 16 octobre 2018, *Könyv-Tár et autres c. Hongrie*, *op. cit.*, § 53.

des postulats économiques libéraux qui ne sont pas assumés par la majorité. Le juge Wojtyczek fait ainsi valoir que la Cour n'assume pas, « *for ideological reasons* »³⁰⁴⁴, la reconnaissance de la liberté économique en tant que droit fondamental, que ce soit au stade de l'applicabilité de l'article 1P1³⁰⁴⁵ comme au stade de la proportionnalité. En effet, lorsqu'il affirme que « *[t]he State is also entitled to intervene in order to correct the detrimental effects of market distortions. The higher the level of such distortions, the stronger the entitlement to interfere. The closer the market to the perfect competition pattern, the stronger the justification required for the interference. In exceptional circumstances – in particular, in the case of severe and unavoidable market distortions – the State may decide to establish a State monopoly* »³⁰⁴⁶, il semble expliquer pourquoi les considérations liminaires de la Cour, se réjouissant d'ailleurs que celle-ci ait « *decided to introduce an economic rationality analysis as part of the proportionality assessment* », qu'il qualifie de « *major and positive development in human rights adjudication* »³⁰⁴⁷ dont elle n'a pas tiré les conclusions en préférant se rabattre sur l'analyse de la situation des requérants³⁰⁴⁸.

1227. En substance, le juge Kūris, dans son opinion concordante, ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme qu'en mettant en question l'existence et la portée des distorsions, « *the judgment uses Article 1 of Protocol No. 1 as a tool for favouring one extreme version of economic liberalism against those versions which do not turn a blind eye to markets' social dimension* »³⁰⁴⁹. Cette idée de la promotion d'un « *extreme economic liberalism* » semble se référer à la conception néolibérale de l'économie, dans laquelle la liberté laissée au marché ne doit, non seulement pas être restreinte pour des motifs de justice sociale, mais, contrairement à l'approche libérale classique et même à l'ordolibéralisme, ne doit pas l'être davantage pour assurer le fonctionnement même du marché. En outre, les circonstances particulières de l'affaire ne doivent certainement pas être ignorées. La politique générale du gouvernement hongrois a

³⁰⁴⁴ Opinion dissidente, § 2.

³⁰⁴⁵ *Idem* : « *[i]t is a pity that the Court – for ideological reasons – was and still is reluctant to draw the obvious conclusion from the wording of the Convention and the Protocols thereto by overtly recognising economic liberty as a fundamental human right encompassed by the guarantees of Article 1 of Protocol No. 1. Instead, it has preferred and still prefers to resort to subterfuge to protect certain elements of economic liberty by using the concepts of clientele and goodwill* ».

³⁰⁴⁶ *Idem*, § 3.

³⁰⁴⁷ *Idem*, § 10.

³⁰⁴⁸ *Idem*, § 11 : « *[m]y preference would have been for the Court to establish those elements of its own motion, and to assess the reform as a whole with all its costs and benefits. All those elements are relevant for the assessment of proportionality in the instant case, but they have not been established with sufficient clarity to decide the case. The Court could have commissioned expert opinions on those matters* ».

³⁰⁴⁹ Opinion concordante du juge Kūris, § 4.

pu laisser penser à certains juges que le monopole étatique était une manière pour le gouvernement défendeur de réduire la liberté de conscience et d'opinion dans l'enseignement scolaire, soulignant à nouveau l'ambivalence entre le libéralisme politique et le libéralisme économique et le caractère instrumental de l'économie.

1228. Quoi qu'il en soit, ces débats soulignent que la détermination du juste équilibre dépendait dans ce cas de conceptions économiques. Ce faisant, ils illustrent comment la protection juridique des droits subjectifs peut impliquer des choix d'économie politique, le respect des premiers se confondant avec la validité des seconds. Parce que leur application est confiée à des organes juridictionnels, constitutionnels, internationaux ou supranationaux, la confusion des deux questions expose à la crainte du gouvernement des juges et l'imposition de leurs conceptions économiques. Comme le rappelle E. Dubout, l'incommensurabilité inhérente au contrôle de proportionnalité implique que le critère de détermination de l'équilibre dépend en ultime recours des valeurs de l'auteur de l'examen³⁰⁵⁰. Toutefois, il semble que le contrôle *in concreto* n'ait pas conduit au « primat de l'intérêt individuel », ni que le recours à un des principes abstraits puisse contribuer à la réduction du jeu de ces valeurs qui paraissent incontournables.

³⁰⁵⁰ E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », *op. cit.*, pp. 183-192, spéc. p. 189.

CONCLUSION CHAPITRE 8

1229. La Cour n'entend pas faire de la Convention un instrument de définition d'un l'ordre public économique européen. Les États demeurent largement maîtres de la manière dont ils entendent organiser leurs systèmes économiques comme de l'importance qu'ils accordent à tel ou tel intérêt économique donné.

1230. Une telle maîtrise est permise par la large diffusion et une certaine uniformisation du motif économique d'intérêt général dans la jurisprudence conventionnelle. Le « bien-être économique » mentionné à l'article 8 permet en réalité des ingérences dans la plupart des droits conditionnels, les différences sémantiques entre les différentes clauses ayant été largement gommées. De plus, la protection des « droits d'autrui » permet aux États d'invoquer les intérêts économiques particuliers de tiers, qu'ils soient protégés ou non par l'ordre conventionnel. Les considérations économiques sont d'ailleurs à ce point décloisonnées qu'elles conduisent fréquemment la Cour, derrière le maintien de l'indérogeabilité, à moduler le contenu des obligations étatiques en matière de droits réputés inconditionnels.

1231. Cette large diffusion des motifs s'accompagne de l'absence de toute définition de leur contenu. La Cour, et partant la Convention, ne définissent alors aucune orientation économique nationale donnée. L'ordre conventionnel s'accoutume donc de mesures libérales, comme la promotion du marché ou la réduction des dépenses publiques, comme de mesures interventionnistes telles que la réglementation du marché ou la redistribution. De même, la nécessité de protéger certains intérêts non-économiques peut imposer de réglementer les intérêts économiques et même de les soustraire au fonctionnement du marché. Cette variété matérielle est par ailleurs renforcée par une variété structurelle de l'intérêt général en matière économique. Celui-ci n'a pas à être national : il peut être *infra*, *inter* et même *supra* étatique. Il n'a même pas à être immédiatement public, la satisfaction d'intérêts économiques privés pouvant – mais devant – concourir à l'intérêt général.

1232. Cette limitation à la réception des politiques nationales est d'autant plus significative que la Cour ne sanctionne pratiquement jamais l'État sur le fondement du motif économique d'ingérence dans les droits garantis, même lorsqu'il n'a invoqué aucun motif ou qu'elle émet des doutes sérieux quant à sa réalité ou quant à la bonne foi de l'État défendeur. En définitive, seules des considérations non-économiques conduisent la Cour à sanctionner un motif

économique, soit parce qu'il s'agit d'un détournement de pouvoir, soit parce que le motif économique contrevient à un principe jugé trop essentiel par rapport à l'ordre de valeur propre à l'ordre conventionnel.

1233. Non seulement cette déférence en matière économique empêche de reconnaître l'existence d'un ordre public économique réellement européen, mais elle souligne que les ordres publics économiques nationaux sont faiblement « européens »³⁰⁵¹, c'est-à-dire que l'encadrement par le droit conventionnel de la conception nationale³⁰⁵² est faible. L'ordre conventionnel est en ce sens davantage un ordre de *réception* des cadres économiques nationaux qu'un ordre de leur *définition*.

1234. Le sens des décisions adoptées en matière de proportionnalité *stricto sensu* n'infirme pas cette conclusion. Il confirme au contraire que la Cour entend à la fois exercer une pression centrifuge sur les questions économiques et éviter de définir un point ou une méthode d'équilibre en matière économique. Usant de sa grande liberté dans l'exercice de son contrôle, la Cour instrumentalise le caractère *in concreto* de son office pour éviter d'avoir à déterminer des règles ou principes généraux à vocation économique et donne l'impression de ne sanctionner que le déséquilibre économique individuel. À l'inverse, l'essence individualiste de ce contrôle ne se traduit pas pour autant par la primauté de l'intérêt individuel. La réduction du contrôle de proportionnalité au juste équilibre crée un biais qui, en conduisant la Cour à ne se déterminer qu'à l'issue d'une mise en balance de l'intérêt individuel face à l'intérêt économique défendu par l'État, se déploie au détriment des intérêts particuliers. Loin de conduire à un primat libéral, le contrôle en matière économique penche le plus souvent du côté de l'intérêt étatique, ou plutôt en faveur de l'intérêt tel qu'il est conçu ou plaidé par l'État. Ce biais est d'autant plus significatif qu'il se double d'une maîtrise résolue de l'injection ou du rejet de considérations libérales dans la substance du contrôle. La Cour n'hésite par exemple pas à retourner des instruments d'inspiration libérale comme les attentes légitimes contre l'opérateur économique, retrouvant par là une approche libérale historique qu'une certaine confusion entre libéralisme et toute-puissance individuelle a conduit à oublier, ni à refuser de consacrer un effet-cliquet en matière de protection sociale.

³⁰⁵¹ G. KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire. Un concept à contenu variable », *RTD eur.*, 2002, vol. 1, pp. 1-26.

³⁰⁵² Cette distinction entre l'ordre public européen et l'ordre public européenisé est issue des travaux portant sur le droit de l'Union ; C. PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 18.

1235. Tour à tour évitées ou instrumentalisées, les considérations économiques ne sont ni homogènes, ni univoques. En définitive, la protection des droits individuels en matière économique n'est susceptible d'être plus intense et directement imposée par l'ordre conventionnel que lorsque la Cour parvient à rattacher leur exercice à un principe essentiel à cet ordre européen, ou en mobilisant la technique de l'atteinte à la substance des droits. Dans un cas comme dans l'autre, l'équilibre économique est alors assuré non pour lui-même, mais parce qu'il se superpose à un équilibre ou à une hiérarchie conventionnels non économiques qui lui préexistent. Prenant appui sur ce cadre non économique, la Cour a alors moins de difficulté à assumer une convergence entre libéralisme politique et libéralisme économique qui, pour n'être que « contingente » au sens où l'entend A. Bailleux, n'en est pas moins réelle.

1236. Elle a beaucoup plus de difficulté, en revanche, à assumer les convergences structurelles qui peuvent exister entre les deux libéralismes, alors qu'elle ne les remet pourtant pas en cause, voire qu'elle participe à leur construction. Elle refuse ainsi d'accorder une protection équivalente à la liberté d'expression exercée dans le cadre du marché alors qu'elle reconnaît que celle-ci est essentielle pour la préservation de celui-ci et qu'elle reconnaît que cet objectif de préservation est lui-même légitime. À l'inverse, elle fait du marché concurrentiel le meilleur moyen de garantir un pluralisme politique sans même – apparemment – réaliser qu'il s'agit davantage d'un postulat ou d'un axiome et non d'une vérité apolitique. Même dans le cadre du droit au respect des biens, la Cour peine à assumer que le principe est le fonctionnement libre du marché et que la restriction est une exception qui ne se justifie qu'en cas de défaillance économique du marché. Ici encore, pourtant, alors qu'elle emprunte, plus ou moins consciemment, ce raisonnement à une théorie économique donnée, la Cour n'affiche pas ses présupposés et tempère son discours au nom de considérations *in concreto*.

CONCLUSION DU TITRE 4

1238. L'adaptation des garanties conventionnelles en matière économique joue à nouveau le rôle de contrepoids au décloisonnement opéré par la Cour en matière de champ d'application des droits. Largement intégrée, la matière économique est reléguée, au moins dans le discours de la Cour, aux marges de l'ordre conventionnel.

1239. La Cour, en empruntant des instruments qui ne sont pas spécifiques à la matière économique, établit une forme de hiérarchisation entre les droits étendus au domaine économique et les droits exercés ou examinés dans une sphère qui serait la sphère originelle ou centrale de cet ordre conventionnel. Dans un mouvement circulaire, la matière économique justifie le retrait du contrôle européen, lequel conduit à renvoyer au niveau national la définition comme la mise en œuvre des choix économiques des États et assure *in fine* l'absence d'uniformisation dans le cadre conventionnel d'un ordre économique donné. Ce phénomène de hiérarchisation est en partie dicté par des considérations conséquentialistes. Parce qu'elle fonde un ordre social international qui a été pensé comme n'ayant ni un objet ni une finalité économiques, la Convention est appliquée par la Cour de manière à limiter la normativité des droits en matière économique. Produisant un discours qui mélange des arguments tenant aux droits en eux-mêmes et d'autres qui tiennent à la nature de son contrôle, la Cour élabore un régime différencié des droits appliqués en matière économique.

1240. L'ordre conventionnel s'acclimate donc de la plupart des choix économiques opérés par les États. Pratiquement jamais discutés dans leur légitimité, ces choix sont surtout susceptibles d'être sanctionnés lorsqu'ils excèdent une certaine idée de l'équilibre dans le chef du bénéficiaire des droits, ou lorsqu'ils heurtent le cœur supposé – de nature politique – de l'ordre conventionnel. De fait, l'individualisme des droits ne conduit à faire primer ni le libéralisme économique, ni la primauté des intérêts économiques individuels en général. La perméabilité à l'économie et le rétablissement de ce cloisonnement en termes de garantie des droits légitiment les choix et décisions économiques nationaux, et permettent paradoxalement dans certaines situations d'étendre la rationalité économique à la garantie des droits, conditionnels ou non. Pourtant, la modulation du contrôle ou les solutions adoptées par la Cour, lorsqu'elle peut s'appuyer sur des éléments propres à cet ordre conventionnel pensé comme non économique, illustrent que les cas de convergence entre la garantie des droits et les choix économiques

existent. En d'autres termes, dans certaines circonstances, contrôler le respect d'un droit conventionnel implique de contrôler un choix économique donné. Dans ce cas, la hiérarchie et la mise à distance opérée en matière économique conduisent la Cour à ne pas penser l'articulation entre les deux ordres en termes économiques. Pourtant, la Cour reconnaît à plusieurs reprises, plus ou moins implicitement, que le régime du marché concurrentiel est nécessaire et se confond avec le respect des droits garantis. Si cela ne signifie pas que seul cet ordre économique est possible du point de vue conventionnel, il n'en demeure pas moins qu'il demeure l'ordre économique de principe par rapport auquel tout autre régime est une exception dont la légitimité comme la nécessité devront être établies. En reléguant la matière économique à un rang inférieur, la Cour masque en partie mais n'empêche pas la convergence structurelle entre celle-ci et l'ordre économique dominant au sein des États européens.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

1242. L'économie est indéniablement un facteur d'adaptation des garanties conventionnelles, mais ce phénomène d'adaptation est protéiforme, dans ses causes comme dans ses effets.

1243. L'adaptation n'est pas toujours synonyme de retrait du contrôle ou d'affaiblissement du contenu des garanties conventionnelles. Parfois, au contraire, l'adaptation permet de préserver les garanties, procédurales comme substantielles, à la fois du point de vue de leur champ d'application et de leur substance. De même, la modification de l'équilibre des garanties en faveur des obligations procédurales comme la généralisation, en matière substantielle, du contrôle de proportionnalité peuvent conduire à l'extension du contrôle européen. Elle n'est cependant pas davantage synonyme de préservation systématique des droits garantis, puisqu'elle permet la création de contenus différenciés, la protection inférieure de certains droits et la généralisation des intérêts économiques invoqués par les États comme motifs d'aménagement ou de dérogation aux droits conventionnel même lorsque leur régime ne le permettait *a priori* pas.

1244. L'adaptation en matière économique n'est pas non plus systématiquement synonyme de l'invention de nouvelles méthodes ou techniques jurisprudentielles. Certes, la Cour a su développer certains mécanismes relativement novateurs, comme l'applicabilité différenciée des droits, mais ces mécanismes ne sont pas majoritaires. Elle mobilise plus volontiers des techniques qui, si elles ne sont pas propres à la matière économique, traduisent l'extranéité des domaines en cause par rapport à l'ordre conventionnel. Ainsi, le phénomène de procéduralisation du contrôle n'a, ni pour unique cause, ni pour seul objet le domaine économique. De la même manière, l'octroi d'une marge d'appréciation relativement importante n'est pas exclusif à la matière économique. En revanche, celle-ci est un terrain de déploiement privilégié de ces outils qui font état de la persistance, au moins perçue, d'une certaine séparation entre l'ordre conventionnel et l'ordre économique.

1245. L'adaptation n'est pas davantage la traduction d'une logique qui serait par nature celle du conflit ou celle de l'alliance. L'adaptation ou le refus de l'adaptation peuvent être les fruits de l'une comme de l'autre, et impliquer diverses rationalités économiques et les droits conventionnels. Celles-ci peuvent tour à tour conduire au développement de régime nouveaux

ou différenciés des droits en matière économique – alliance –, comme se heurter à la préservation de droits, règles ou principes jugés trop importants pour y être soumis – conflit. Mais de la même manière, les rationalités économiques peuvent également se superposer avec ces règles ou principes présentés comme non-économiques et essentiels à l'ordre conventionnel. Dans ce cas, la protection accrue générée par l'alliance a eu une cause non économique mais produit des effets économiques.

1246. L'adaptation est en revanche le révélateur de certaines contradictions. L'économie est autant un facteur de maîtrise par la Cour des garanties conventionnelles que la preuve de la prégnance incontestable de la rationalité économique. On l'a vu, les phénomènes de procéduralisation comme de hiérarchisation traduisent tous les deux, à de multiples reprises, la volonté d'éviter le contrôle des choix économiques, soit en limitant le contrôle européen à la manière dont ils ont été effectués au niveau étatique, soit en renvoyant intégralement à ce niveau la définition du contrôle ou en limitant la portée du sien. En cherchant à renvoyer la détermination des choix économiques au niveau national comme en amoindrissant la protection accordée, la Cour préserve la liberté de moyens des États mais assure la légitimation de l'ordre économique façonné par eux.

1247. La Convention permet dès lors des politiques libérales comme des politiques de redistribution, le marché libre comme le marché régulé. En ce sens, le libéralisme politique, qu'incarnent les droits garantis et l'extension de ces droits à la sphère économique, ne se traduit pas toujours par un libéralisme économique. Il ne le remet pas non plus en cause, et s'appuie fréquemment sur le marché comme standard. Il ne permet pas non plus de le remettre fondamentalement en cause et le favorise parfois. En ce sens, ni la procéduralisation du contrôle, ni, surtout, la hiérarchisation ne masquent deux réticences fondamentales. Malgré le décloisonnement opéré par l'arrêt *Airey*, la neutralité budgétaire de la Convention demeure un frein important qui empêche le développement de droits générant des mécanismes de redistribution. À l'inverse, alors que le marché libre sert régulièrement dans la jurisprudence de la Cour de standard, de critère et même de meilleur instrument de réalisation de certains principes conventionnels, elle n'assume clairement à aucun moment que l'économie de marché est un présupposé du standard de la société démocratique conventionnelle.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

1249. Le Doyen Ripert a montré comment le capitalisme avait, après la Révolution française, doublement modifié le droit, d'une part en se « glissant » dans des formes juridiques « anciennes » dont il conserve « le nom et les apparences » tout en en changeant le sens et, d'autre part, en incitant à la création d'un « droit propre »³⁰⁵³. Les rapports entretenus entre l'économie et la Convention font naître des dynamiques plus nuancées, et profondément ambivalentes.

1250. Que l'économie se soit « glissée » dans les formes juridiques conventionnelles est incontestable. Elle s'est même glissée dans l'ensemble des formes conventionnelles. D'abord un simple fait, l'économie peut constituer un élément ou un outil qui permet au juge d'opérer son office sans qu'elle soit pour autant l'objet des effets normatifs des droits conventionnels, ou l'objet direct de la protection conventionnelle. En apparence peu révélateur des interactions entre les normes de protection des droits fondamentaux et l'économie, cet emploi laisse en réalité déjà poindre le paradoxe qui existe dans la jurisprudence de la Cour entre un discours souvent complexé sur l'économie et une mobilisation largement décomplexée de l'économie. Ses hésitations affichées à manipuler certains outils économiques, en matière de réparation ou de détermination de l'intérêt à agir des requérants, contrastent avec le privilège accordé à la réparation sous forme pécuniaire ou avec l'acceptation de l'intérêt économique à agir. En d'autres termes, même lorsque cela ne concerne pas la garantie des droits à proprement parler, la Cour continue à opposer une logique qui serait propre aux droits de l'homme, ou à l'office d'un juge des droits de l'homme, à une logique économique.

1251. Le même paradoxe est perceptible dans l'interprétation des droits matériels. D'un côté, la séparation espérée par les rédacteurs entre la sphère conventionnelle et la sphère économique n'existe pas, ou n'existe plus. Le sujet des droits garantis n'est pas qu'un opérateur économique, mais il est aussi un opérateur économique qui bénéficie à ce titre de la protection conventionnelle. En intégrant l'économie dans les « formes juridiques anciennes », la Cour permet au champ d'application des droits de couvrir la plus grande partie des activités ou des situations économiques auxquelles est confronté l'individu. En ce sens, elle permet d'assurer

³⁰⁵³ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 354 p., pp. 16-17.

leur effectivité et dessine une sphère de protection individuelle complète. Cette finalité non économique des droits favorise d'ailleurs leur extension en matière économique. Ce faisant, la Convention produit des effets normatifs sur l'action économique de l'État, et même parfois davantage que certains instruments qui ont été pensés comme ayant une vocation économique. Loin de la contradiction, cette seconde hypothèse d'interaction traduit davantage une logique d'alliance entre les droits et le système économique au détriment de l'État.

1252. Pourtant, ce dépassement de la neutralité économique de la Convention est ambivalent. Fruit d'une construction continue, il n'est en effet pas déterminé par une rationalité économique univoque. Il n'est pas sélectif, et s'opère aussi bien du point de vue de l'individu que du point de vue de l'État. L'attention portée aux ressources limitées de celui-ci constitue par exemple une rationalité concurrente à celle de la préservation de la situation économique de l'individu qui justifie souvent les hésitations de la Cour à imposer des obligations positives matérielles qui redéfiniraient l'organisation économique de l'État, même lorsque sont en jeu des droits qualifiés de « valeurs fondamentales » de l'ordre conventionnel comme l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants. Le champ d'application apparaît en ce sens plus volontiers négatif que prescripteur. Si « nulle cloison étanche » ne sépare les droits de leurs prolongements économiques et sociaux, comme l'affirmait la Cour dans l'arrêt *Airey*, la porte n'est pas toujours ouverte.

1253. Pourtant, il serait probablement excessif d'en conclure que cette asymétrie fait de la Convention un instrument de protection du libéralisme économique. Le principe de la liberté économique n'est pas protégé en tant que tel par la Cour, même si l'étendue des droits garantis, et notamment du droit de propriété et de la liberté d'expression, conduisent à une convergence matérielle partielle. Certes, l'assimilation croissante du « bien » à tout intérêt économique, y compris celui qui résulte de la position d'une entreprise sur le marché, semble sous-tendu par un postulat libéral que certains juges ont récemment pressé la Cour de reconnaître. Pourtant, certains intérêts continuent à échapper au phénomène de patrimonialisation, et la Cour ne va pas jusqu'à déduire certains droits ou principes – comme l'autonomie personnelle ou le droit de nouer des relations avec ses semblables – un principe général de liberté économique ou contractuelle.

1254. Cette intégration large a-t-elle conduit à la création d'un droit propre, ou à changer le sens des garanties conventionnelles ? Ici encore, la réponse doit être plus nuancée.

1255. Inscrite dans un mouvement de balancier entre banalisation des questions économiques du point de vue de l'ordre conventionnel et maintien de leur spécificité, leur intégration a conduit à une certaine adaptation des garanties conventionnelles. La rationalité économique joue parfois le rôle d'intégrateur de contentieux internes dans le giron conventionnel, comme conduire à l'exclusion d'autres critères au nom de la préservation des prérogatives étatiques. Le contenu des garanties procédurales est également adapté à la spécificité supposée de certains contentieux économiques, comme l'arbitrage, ou du phénomène de régulation économique. Dans ce cas, la Cour développe des instruments originaux et sort des dichotomies licéité/illicéité et application/exclusion pour développer des régimes d'application soit sélective, soit différée, des garanties. Ces phénomènes d'adaptation ne sont pas tous dictés par la même rationalité économique, mais découlent au contraire de rationalités économiques variées, parfois concurrentes, qui ne se heurtent qu'au maintien de certaines garanties jugées indispensables ou inaltérables.

1256. Cette absence de linéarité, voire d'homogénéité, est confirmée par l'ambivalence de la procéduralisation des droits substantiels. Facteur de contournement des limites des champs d'application des droits procéduraux, elle permet de rattraper certains contentieux ou phénomènes économiques qui échapperaient sans cela au contrôle conventionnel. Vecteur d'enrichissement de la fonction des droits substantiels, elle conduit à imposer à l'État un principe de bonne gouvernance en matière économique et à rationaliser les processus décisionnels en matière économique. Mais la procéduralisation des garanties conduit également au retrait du contrôle européen en matière économique. La Cour choisit ainsi parfois d'opposer une rationalité économique libérale aux requérants en affaiblissant la portée de leurs droits ou des obligations de comportement pesant sur l'État parce qu'ils agissent en tant qu'opérateurs économiques. De plus, l'adjonction de ces obligations procédurales vient dans d'autres cas concurrencer les obligations substantielles qu'elles sont supposées renforcer, permettant à la Cour d'éviter d'exercer un contrôle de la légitimité de la décision économique litigieuse.

1257. Largement procéduralisée, la question économique devant la Cour se trouve en définitive hiérarchisée, à son détriment, au sein de l'ordre conventionnel. La Cour restreint son contrôle en matière économique en amplifiant la marge d'appréciation des États pour des raisons qui tiennent tant à la nature des droits garantis qu'à la nature juridictionnelle du contrôle européen. Fruits de l'intégration d'un objet – l'économie – qui n'est supposément pas

principalement le leur, les droits conventionnels appliqués en matière économique se voient octroyer un rang inférieur aux autres droits. La Cour tire également partie de la nature politique des décisions des autorités nationales susceptible de les affecter pour conforter cette protection inférieure au niveau européen et limiter son contrôle au déraisonnable. Ce faisant, elle s'inscrit dans un mouvement occidental de hiérarchisation des droits économiques qui ne tient pas uniquement à leur nature intrinsèque, mais aussi et à la peur du gouvernement des juges. La plupart des juridictions, qu'elles soient nationales ou internationales, qu'elles aient en charge d'appliquer des droits fondamentaux ou des droits économiques, exercent un contrôle restreint en matière économique, à moins que l'ordre juridique ne fixe une orientation ou un choix économique clair. En l'absence d'une telle orientation dans le cadre conventionnel, les droits garantis favorisent, aujourd'hui, ce retrait autant qu'ils le subissent. Si la société démocratique est structurée par le pluralisme politique, elle doit également l'être en matière économique, et la volonté affichée par la Cour de préserver le débat économique au niveau national le confirme.

1258. L'action de cette force centrifuge en matière économique est amplifiée par le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour. Étendu à des dispositions qui semblaient réserver certaines prérogatives aux États, parfois vecteur d'obligations supplémentaires, il ne définit qu'un cadre très large qui conduit à une protection libérale des droits comme à légitimer l'interventionnisme de l'État. Par ailleurs, sous le jeu combiné d'une faible intensité de l'examen de l'adéquation des mesures économiques et de la rareté du contrôle de leur nécessité, le contrôle de proportionnalité est peu intrusif en matière économique, sauf dans les cas dans lesquels elle se superpose à un intérêt conventionnel jugé primordial.

1259. En amoindrissant la portée de son contrôle, la Cour permet à l'ordre conventionnel d'accueillir les ordres publics économiques nationaux, et non de définir un ordre public économique véritablement européen. La normativité permise par le décloisonnement du champ conventionnel ne conduit qu'à un encadrement marginal de l'action économique de l'État. Celui-ci demeure libre de mener des politiques économiques variées, fondées sur une conception large d'un intérêt économique général qui se diffuse, explicitement ou non, jusqu'au contrôle de droits inconditionnels qui devraient y échapper.

1260. La volonté de ne pas conventionnaliser un ordre économique est particulièrement perceptible dans la manière avec laquelle la Cour intègre des considérations économiques au sein du contrôle de proportionnalité. Ramené à une exigence de juste équilibre dans la situation

individuelle, son caractère *in concreto* permet à la Cour de ne pas dévoiler ou définir des principes économiques structurels. Le primat libéral qui pourrait découler de son caractère individuel ne se vérifie pas toujours, soit parce que le jeu de la mise en balance créant un biais en faveur de l'intérêt économique défendu par l'État, soit parce que la Cour choisit de l'écarter ou de l'appliquer au détriment du requérant.

1261. Seule l'hypothèse dans laquelle la protection des intérêts économiques se superpose avec celle d'intérêts ou de principes bénéficiant d'une hiérarchie non économique permet à la Cour de rétablir un contrôle entier et d'imposer systématiquement la protection des intérêts économiques individuels. Signe d'une tension, ou d'une extranéité persistante, la Cour peine à assumer les convergences, contingentes ou structurelles, entre le libéralisme politique et le libéralisme économique. Même lorsqu'elle reconnaît une fonction à l'ordre de marché dans la garantie de la liberté d'expression, ou qu'elle y assimile en substance, la garantie du droit au respect de biens, elle n'affirme jamais clairement que l'économie de marché constitue un présupposé de l'ordre conventionnel.

1262. Il existe donc un droit européen des droits de l'homme applicable à la matière économique, mais il conforte davantage qu'il n'encadre ou ne définit un ordre économique sur lequel il vient se greffer. En ce sens, l'ordre conventionnel permet largement le développement des systèmes économiques actuels, et les légitime parfois. En ce sens, la Convention est davantage un ordre de réception qu'un ordre de définition économique, mais cette réception n'est pas neutre. La Cour a décloisonné le mécanisme conventionnel vis-à-vis de la sphère économique, et l'a même, dans une certaine mesure, adapté à ses spécificités. Ces phénomènes d'intégration et d'adaptation ne sont cependant pas linéaires, et aucune rationalité ou doctrine économique homogène ne semble s'en dégager. Malgré un « économisme » indéniable, la Cour continue généralement à se penser comme un juge qui n'a pas une vocation économique. Au contraire, elle met en œuvre plusieurs stratégies qui lui permettent d'éviter autant que possible d'effectuer elle-même des choix économiques structurels, et de minorer certaines convergences entre le libéralisme politique et le libéralisme économique. Parfois conflictuels, parfois convergents, les rapports générés par la Cour entre les droits garantis et le système économique hésitent donc entre une interpénétration croissante – qu'elle facilite – et une relégation – qu'elle continue à défendre – au bas de l'échelle de valeurs conventionnelles toujours perçues comme « non économiques ».

Bibliographie

<i>I. Travaux juridiques</i>	<i>II</i>
A. Dictionnaires	II
B. Manuels, traités	II
C. Thèses, monographies	III
D. Articles et contributions	IX
E. Chroniques	XXVIII
F. Instruments divers	XXVIII
a. Travaux préparatoires	XXVIII
b. Résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe	XXIX
c. Rapports	XXIX
d. Divers	XXIX
<i>II. Travaux économiques, philosophiques et politiques</i>	<i>XXIX</i>
A. Dictionnaires	XXIX
B. Monographies	XXX
C. Articles	XXXI

I. Travaux juridiques

A. Dictionnaires

ANDRIANTSIMBAZONIVA (J.), GAUDIN (H.), MARGUÉNAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, XIX-864 p.

ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, XXV-1649 p

CORNU (G.), Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2017, XXXI-1103 p.

SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, XLI-1198 p.

B. Manuels, traités

AUDIT (M.), BOLLÉE (S.), CALLÉ (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2016, 810 p.

BURGORGUE-LARSEN (L.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ-Lextenso Éditions, 2^{ème} éd., 2015, 302 p.

BRACONNIER (S.), *Droit public de l'économie*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., XIV-494 p

CARREAU (D.), JUILLARD (P.), BISMUTH (R.), HAMMAN (A.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2017, XIII-941 p.

COLSON (J.-Ph.), IDOUX (P.), *Droit public économique*, Issy-les-moulineaux, LGDJ, 2018, 822 p.

COHEN-JONATHAN (G.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 616 p.

CRAWFORD (J.), *Brownlie's Principles of International Law*, Oxford, O.U.P., 8^{ème} éd., 2012, LXXX-803 p.

DAILLIER (P.), de LA PRADELLE (G.), GHÉRARI (H.), (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, XVI-1119 p.

HALLO DE WOLF (A.), *Reconciling Privatisation with Human Rights*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, XVII-750 p.

HENNEBEL (L.), TIGROUDJA (H.), *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2^{ème} éd., 2018, 1721 p.

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), LOISEAU (G.), *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, Paris, LGDJ, xii-1374 p.

MARGUENAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2016, 212 p.

DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2^{ème} éd., 2017, 512 p.

NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, Paris, L.G.D.J., 5^{ème} éd., 2016, 780 p

PETTITI (P.-L.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), TEITGEN (P.-H.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, XI-1230 p.

PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2018, XXV-1646 p.

RACINE (J.-B.), *Droit de l'arbitrage*, Paris, PUF, 2016, XVII- 641 p.

RENUCCI (J.-F.), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Issy-les-Moulineaux, 2^{ème} éd., 2012, XII-1297 p.

ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P.-Y.), BONNET (J.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso Éditions, 2016, 11^{ème} éd., 870 p.

SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso Éditions, 2^{ème} éd., 105, 626 p.

SCHABAS (W. A.), *The European Convention on Human Rights*, Oxford-New-York, Oxford University Press, CXXIII- 1308 p.

SUDRE (F.), MILANO (L.), SURREL (H.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2019, 1013 p.

SUDRE (F.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GONZALEZ (G.), GOUTTENOIRE (A.), MARCHADIER (F.), MARGUÉNAUD (J.-P.), MILANO (L.), SURREL (H.), SZYMCZAK (D.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 8^{ème} éd., 2017, XII-967p.

C. Thèses, monographies

AFROUKH (M.), *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 622 p.

ALEXY (R.), *A Theory of Constitutional Rights (translation by J. RIVERS)*, New-York, Oxford University Press, 2002, XVI- 462 p.

ANTKOWIAK (Th. M.), *The American Convention on Human Rights. Essential Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2017, XIII-416 p.

BANNING (Theo R.G. van), *The Human Right to Property*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New-York, XVI-445 p.

- BARAK (A.), *Proportionality : Constitutional Rights and Their Limitations*, traduit de l'hébreu par D. KLAIR, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, xxvi-611 p.
- BASANO (A.), *Pour en finir avec l'interprétation : usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, Paris-Issy les Moulineaux, Institut universitaire Varenne-Lextenso-LGDJ, 2015, 527 p.
- BATES (E.), *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford, O.U.P., 2010, XXVII- 569 p.
- BAILLEUX (A.), *Les interactions entre libre-circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2009, 733 p.
- BARONE (L.), *L'apport de la Convention européenne des droits de l'homme au droit fiscal français*, Paris, L'Harmattan, 2000, 439 p.
- BEARD (C.), *An Economic Interpretation of the Constitution of the United-States*, New-York, McMillan, 1967, XXII-330 p.
- BOMBOFF (J. A.), *Two discourses of balancing: the origins and meaning of 'balancing' in 1950s and 1960s German and U.S. Constitutional Rights Discourse*, thèse de doctorat, Université de Leiden, 2012, 388 p
- BOURGEOIS (B.), *Philosophie et droits de l'Homme. De Kant à Marx*, Paris, PUF, 1990, 132 p.
- BORNHAUSER-MITRANI (L.), *Droits fondamentaux et vie économique*, Thèse, Paris II, 1997, 489 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2016, XIV-440 p.
- CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 4^{ème} éd., 326 p.
- CHRISTOFFERSEN (J.), *Fair Balance : Proportionality, Subsidiarity and the Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, XI-668 p.
- ÇOBAN (A. R.), *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Hants/Burlington, Ashghate Publishing Limited, 2004, 274 p.
- COLOMBINE (M.), *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2014, XVI-572 p.
- CONDORELLI (L.), « Imputation à l'État d'un fait internationalement illicite », *R.C.A.D.I.* 1984-VI, vol. 189, 213 p.
- CRAWFORD (J.), *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État : introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, XVI- 461 p.
- CRESPY-DE CONINCK (M.), *Recherches sur la singularité du contentieux de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2017, X-915 p.

DECAUX (E.), YOTOPOULOS (A.), SINOU (D.), *La pauvreté, un défi pour les droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, 281 p.

DELZANGLES (B.), *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Clermont-Ferrand-Paris, Fondation Varenne-LGDJ, 2009, XVIII- 565 p.

DOCQUIR (P.-F.), LAMBERT (P.), *Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux États-Unis*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 295 p.

DUBOUT (E.), *Les droits de l'homme dans l'Europe en crise*, Paris, Pedone, 2018, 139 p.

DUCLERCQ (J.-B.), *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LDGJ-Lextenso Éditions, XX-537 p.

DUCOULOMBIER (P.), *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, XIV-745 p.

DUSSART (M.-L.), *Constitution et économie*, Paris, Dalloz, 2015, XXI- 379 p.

DWORKIN (R.), *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1986, trad. française 1994, XII-468 p.

EMBERLAND (M.), *The Human Rights of Companies. Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford, Oxford University Press, XXVIII-239 p.

FARJAT (G.) :

- *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1961, 543 p.
- *Pour un droit économique*, Paris, PUF, 2004, 209 p.

FLAUSS (J.-F.), « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 2003, n° 4, pp. 227-230.

DE FROUVILLE (O.), *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international*, *op. cit.*, p. 158.

GARAPON (A.), HENNEBEL (L.), TIGROUDJA (H.) (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40^{ème} anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, 413 p.

GARCÍA ROCA (J.), *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos : soberanía e integración*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010, 389 p.

GERVIER (P.), *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ, 2014, XX-517 p.

GONZÁLEZ BEILFUSS (M.), *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, Thomson-Arandazi, 2003, 222p.

HAARSCHER (G.), *Philosophie des droits de l'Homme*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1987, 187 p.

HARDING (C.), KOHL (U.), SALMON (N.), *Human Rights in the Market Place : The Exploitation of Rights Protection by Economic Actors*, Aldershot (Royaume-Uni) et Burlington – (États-Unis), Ashgate, 2008, XII-252.

HENCKELS (C.), *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XXXII-225 p.

HENNEBEL (L.), *La Convention américaine des droits de l'homme*, Strasbourg, Publications de l'Institution internationale des droits de l'homme, 2007, XX-737 p.

HUFFMAN (J. L.), *Private Property and the Constitution. State Powers, Publics Rights and Economic Liberties*, New-York, Palgrave MacMillan, 220 p.

HURPY (H.), *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 1019 p.

ICHIM (O.), *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XXXIV-376 p.

JEAN-BAPTISTE (W.), *L'espérance légitime*, Clermont-Ferrand – Paris, Fondation Varrenne – LGDJ, 2011, 442 p.

KASTANAS (E.), *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, XII- 480 p.

KOCH (I. E.), *Human Rights as indivisible rights. The protection of socio-economic demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 347 p.

KOUAMÉ KOKI (H.) :

- *Les droits fondamentaux des personnes dans la Convention européenne des droits de l'Homme. Tome 1 : De l'impensable à l'indispensable*, Paris, L'Harmattan, 2014, 288 p.
- *Les droits fondamentaux des personnes dans la Convention européenne des droits de l'Homme. Tome 2 : Réalisme et activisme du juge européen*, Paris, L'Harmattan, 2014, 269 p.

LE BONNIEC (N.), *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 681 p.

LAMARCHE (L.), *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruxelles, Éditions Bruylant – Éditions de l'Université de Bruxelles, 1995, XIV-511 p.

LAMBERT (E.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. Paris, Dalloz, 2005, XIX-276 p.

LANNEAU (R.), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Paris, LGDJ, 2010, XVI-638 p.

- LARCHE (M.), *Les fonctions du droit international dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, Paris 1, 2019, CXVII-552 p.
- LATOUCHE (S.), *L'invention de l'économie*, Paris, Albin Michel, 2005, 263 p.
- LAVRYSEN (L.), *Human Rights in a Positive State : Rethinking the Relationship Between Positive and Negative Obligations Under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2016, X- 428 p.
- LECHEVALLIER (V.), *La Convention européenne des droits de l'Homme et les droits économiques*, thèse, Strasbourg 3 2003, microfiches.
- LECLERE (C.), *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit des affaires*, thèse, Nice, 2000, microfiches.
- LINARELLI (J.), SALOMON (M. E.), SORNARAJAH (M.), *The Misery of International. Confrontations with Injustice in the Global Economy*, Oxford, Oxford University Press, 334 p.
- MANGIAVILLANO (A.), *Le contribuable et l'État : l'impôt et la garantie constitutionnelle de la propriété (Allemagne-France)*, Paris, Dalloz, 2013, XIX-676 p.
- MAURIN (L.), *Contrat et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2013, XXIV-514 p.
- MILANO (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2006, XII-674 p.
- MÜLLER (D.), *La protection de l'actionnaire en droit international : l'héritage de la Barcelona Traction*, Paris, Pedone, 2015, XVI-517 p.
- MUZNY (P.), *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 2 vol., 734 p.
- NANTEUIL (A. de), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, X-650 p.
- NICOL (D.), *The Constitutionnal Protection of Capitalism*, Oxford-Portland, Hart, 2010, XIX-200 p.
- NIVARD (C.), *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, XX-807 p.
- PAVAGEAU (S.), *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, Paris-Poitiers, LGDJ, 2006, 474 p.
- PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ., 2004, trad. Ilié Antonio Pelé, 497 p.
- PERELMAN (Ch.), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1999, 193 p.
- PERIN-DUREAU (A.), *L'obligation fiscale à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2014, IX- 565 p.

PERROUD (Th.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2013, XXI-1293 p.

PIACENTINI (I.), *La réparation dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, thèse, Paris 2, 2013, 368 p.

PICHERAL (C.), *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris – Aix-en-Provence, La Documentation française, 2001, 426 p.

PRIETY (T. R.), *Brandishing the First Amendment. Commercial Expression in America*, Michigan, The University of Michigan Press, 2013, XI-328 p.

RANGEON (F.), *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Économica, 1986, 246 p.

RAUX (M.), *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, Thèse, Paris 2, 2010, 539 p.

RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 354 p.

ROMUALD (P.), *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé. Contribution à l'étude de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2011, XVI-604 p.

SALAH (M. M.), *L'irruption des droits de l'Homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?*, Paris, L.G.D.J., 2012, 305 p.

SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, 2016, XIX-779 p.

SALVIOLI (F.), « Que veulent les victimes de violations graves des droits de l'homme », in E. LAMBERT ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT (dir.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour Interaméricaine, pionnière et modèle ?*, Société de législation comparée, 2010, 334 p., pp. 31-67.

SCHAHMANECHE (A.), *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2014, 794 p.

SEIDL-HOHENVELDERN (I.), « *International Economic Law* », *R.C.A.D.I.*, 1986-III, t. 186, 400 p.

SHICHO (L.), *State Entities in International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, 249 p.

SHINER (R.), *Freedom of Commercial Expression*, Oxford, Oxford University Press, 2003, XXIV- 355 p.

SPIELMANN (D.), *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 160 p.

STERN (B.), *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, 382 p.

STOPPIONI (E.), *La réparation dans le contentieux international de l'investissement. Contribution à l'étude de la restitutio in integrum*, Paris, Pedone, 2016, 147 p.

VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, V-785 p.

VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2014, 169 p.

WINKLER (A.), *We the Corporations: How American Businesses Won Their Civil Rights*, New-York, W. W. Norton, 2018, 496 p.

WYLER (E.), *L'illicite et la condition des personnes privées : la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1995, 361 p.

YETANO (M.), *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne-LGDJ, 2014, XV-546 p.

D. Articles et contributions

AKANDJI-KOMBE (J.-F.), « Le droit à la non-discrimination vecteur de la garantie des droits sociaux », in F. SUDRE, H. SURREL, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 183-196.

ALLEN (T.), « Liberalism, Social Democracy and the Value of Property under the European Convention on Human Rights », *I.C.L.Q.*, 2010, vol. 59, pp. 1055-1078.

ANSAULT (J.-J.), « Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité des délibérations sociales », *Revue des sociétés*, 2012, n° 1, pp. 7-21.

ARCELIN (L.)

- « 'L'adaptabilité' du principe de personnalité des peines aux sanctions administratives du droit économique », *AJ Contrats d'affaires – Concurrences – Distribution*, 2016, n° 7, pp. 338-341 ;
- « L'alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH », *Revue Lamy de la concurrence*, 2007, n° 11, pp. 100-110.

ARNOLD (R.), « Allemagne. Rapport », in « Le juge constitutionnel et la proportionnalité », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2009, vol. 25, pp. 115-122.

ASCENSIO (H.), « L'interrégulation et les relations internationales entre État », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Droit et économie de la régulation. Vol. 3 : Les risques de la régulation*, Paris, Sciences Po, 2005, 334 p., pp. 93-114.

BARSAN (I. M.), « La personnalité des peines appliquée aux personnes morales en cas de fusion », *Revue des sociétés*, 2018, n° 3, pp. 156-167.

BATAILLER-DEMICHEL (F.), « Y a-t-il des 'vices cachés' dans la Convention ? », *Revue des droits de l'Homme*, 1970, vol. III, n° 4, pp. 687-717.

BÉCHILLON (D. de) :

- « Le volontarisme politique contre la liberté d’entreprendre », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015 ; n° 4, pp. 5-14 ;
- « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l’homme », in *Juger l’administration, administrer la justice. Mélanges en l’honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, 2007, XXX-882 p., pp. 53-64.

BÉCHILLON (D. de), FOURVEL (J.), GUYOMAR (M.), « L’entreprise et les droits fondamentaux », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37, pp. 157-180.

BENOÎT-ROHMER (F.), « L’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme, un travail de Pénélope ? A propos de l’avis 2/13 de la Cour de Justice », *RTD Eur.*, 2015, n° 3, pp. 593-611.

BERLAUD (C.), « Une préférence non justifiée du requérant pour son domicile ne peut être mis en balance avec l’intérêt général », *Gaz. Pal.*, 2017, n° 39, pp. 44-45.

BERGERES (M.-C.), « Une nouvelle garantie pour le contribuable : le litige fiscal doit être jugé dans un délai raisonnable », *LPA*, 2003, n° 73, pp. 9-16.

BESSON (S.), « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », in BURORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, 246 p., pp. 59-85.

BIOY (X.), « Le droit fondamental à l’accès aux soins en Europe. Vers un standard de conciliation entre libertés économiques et droits du patient ? », *Revue des affaires européennes*, 2011, n° 3, pp. 495-505.

BISMUTH (R.),

- « Fairvesta d'un autre point de vue. Une réflexion sur ce que 'soft law' veut dire », in DEUMIER (P.), SOREL (J.-M.) (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, Paris, LGDJ, 2018, X-491 p., pp. 253-262 ;
- « Customary Principles Regarding Public Contracts Concluded with Foreigners », in M AUDIT, St. SCHILL (eds), *Transnational Law of Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2016, XXII-971 p., pp. 321-350 ;
- « Agences de notation, dettes souveraines et liberté d'expression – quelques réflexions sur la légalité (et l'opportunité) - d'un contrôle européen des notations souveraines non sollicitées », DUFOUR (G.), PAVOT (D.) (dir.), *La crise des dettes souveraines et le droit : Approches croisées Canada – Europe*, Montréal, LexisNexis, 2014, pp. 87-11.

BIZIOU (M.), « Libéralisme politique et libéralisme économique », in G. KÉROVKIAN (dir.), *La pensée libérale. Histoire et controverses*, Paris, Ellipses, 2010, 380 p., pp. 9-17.

BODEAU-LIVINEC (P.), « Le droit administratif global et l'organisation de la bonne gouvernance », C. BORIES, *Un droit administratif global ? A Global Administrative Law*, Paris, Pedone, 2011, 393 p., pp. 219-235.

BONNET (J.), « La QPC et l'intérêt du justiciable », in ARLETTAZ (J.) et BONNET (J.) (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Paris, Pedone, 2015, 200 p., pp. 23-42.

BONIS-GARÇONS (E.), « La nature de la sanction pénale en droit économique », in VALETTE-ERCOLE (V.) (dir.), *Le droit pénal économique : un droit très spécial ?*, Paris, Éditions Cujas, 2018, 125 p, pp. 79-103.

BONNEAU (Th.), « Haro sur le cumul des poursuites administrative et pénale », *Bulletin Joly Bourse*, 2015, n° 5, p. 204-209.

BOSSUYT (M.), « La distinction entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », *Revue des droits de l'homme*, 1975, vol. VIII, n° 4, pp. 783-820.

BOULOC (B.), « La dépénalisation dans le droit pénal des affaires », *D.*, 2003, n° 36, pp. 2492-2494.

BRABANDÈRE (E. de), « Complementarity of Conflict ? Contrasting the Yukos Case before the European Court of Human Rights and Investment Tribunals », *ICSID Review*, 2015, vol. 30, n° 2, pp. 345-355.

BRACONNIER (S.), « Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique ? », *Revue du droit public*, 2014, n° 2, pp. 261-275.

BREMS (E.), LAVRYSEN (L.) :

- « 'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut' : Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2015, vol. 15, pp. 139-168 ;
- « Procedural Justice in Human Rights Adjudication : the European Court of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2013, vol. 35, pp. 176-200.

BROWN (C.), « Investment Treaty Tribunals and Human Rights Courts : Competitors or Collaborators ? », *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2016, vol. 15, n° 2, pp. 287-304.

BRUNET (F.), « De la procédure administrative au procès : le pouvoir de sanction des autorités de régulation indépendantes », *RFDA*, 2013, n° 1, pp. 113-126.

BRUNET (P.), « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », in LATTY (F.), THOUVENIN (J.-M.), TOUZÉ (S.) (dir.), *Les techniques interprétatives de la norme internationale*, reproduit dans *RGDIP*, 2011, t. 115, n° 2, pp. 292-540, pp. 311-327

BURGORGUE-LARSEN (L.) :

- « Actualité de la convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2018, n° 3, p. 150 ;
- « La proportionnalité, degré ultime du contrôle ? », *Congrès des vingt ans de l'association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français*, Paris, Cons. const., 16-17 nov. 2017 ;

- « L'intérêt à agir devant la Cour européenne des droits de l'homme », in TEITGEN-COLLY (C.) (dir.), *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, Paris, L.G.D.J., 2016, vii-197, pp. 91-107 ;

- « Protection du domicile- Personnes morales », in DUPRÉ DE BOULOIS (X.) (dir.), *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2017, XIII-878 p., pp. 49-55

- « La protection constitutionnelle de l'environnement en droit comparé », *Environnement*, 2012, n° 12 ;

- « La vie privée en Europe », in SUDRE (F.) (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 336 p., pp. 69-115 ;

- « Le droit au respect de la vie dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in LEVINET (M.) (dir.), *Le droit à la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2010, 342 p., pp. 153-186.

CAIRE (A.-B.), « Persistance du statut des embryons », *RTDH*, 2016, n° 107, pp. 733-747.

CALLEWAERT (J.)

- « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Protecting Human Rights : The European Perspective. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, C. Heymanns, 2000, XXI-1587 p., pp. 146-166 ;

- « L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : une norme relativement absolue ou absolument relative », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant/LGDJ, XIII-1487 p., 1995, pp. 13-34

CARIAT (N.), « Article 7. Respect de la vie privée », in PICOD (E.) (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 1279 p., pp. 161-183.

CAROLON (E.), « The problems of corporate privacy », *Dublin University Law Journal*, 2010, n° 32, pp. 51-63.

CASTELLARIN (E.), « Le principe de non-discrimination », in BEN-HAMIDA (W.), COULÉE (F.) (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 368 p., pp. 171-196.

CAZALA (J.), « Les standards indirects de traitement », in LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, XVII-1141 p., pp. 265-286.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) :

- « De quelques usages récents de la liberté d'entreprendre. À propos des décisions n° 2018-76 DC du 21 mars 2018 et n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018 », *Revue du droit du travail*, 2018, n° 10, pp. 666-670 ;
- « Droits de l'homme et libertés économiques : éléments de problématique », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LOCHAK (D.) (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, 293 p., pp. 21-33 ;
- « Réflexion sur les processus de constitutionnalisation des libertés économiques », in HURPY (H.), S. TORCOL (S.) (dir.), *Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché*, Toulon, 2015, 167 p., pp. 33-41 ;
- « Les droits sociaux : éléments de définition », in D. ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, 460 p., pp. 15-27 ;
- « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de droit du travail*, 2007, n° 1, pp. 19-29.

CHANAIS (C.), « Exigences du procès équitable et arbitrage : existence et essence du droit à un procès arbitral équitable », in MILANO (L.) (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Bruxelles, Nemesis-Anthemis, 2016, 356 p., pp. 265-321.

CHEVALLIER (J.),

- « Synthèse. Le droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique », L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, 586 p., pp. 559-578 ;
- « L'État régulateur », *Revue française d'administration publique*, 2004, n° 111, pp. 473-482 ;
- « La gouvernance, un nouveau paradigme ? », *Revue française d'administration publique*, 2003, vol. 1, n° 105-206, pp. 203-217 ;
- « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in CHEVALLIER (J.) (dir.), *Variations autour de l'intérêt général. Volume 1*, Paris, PUF, 1978, 255 p., pp. 11-45.

COHEN-JONATHA (G.):

- « Les lignes de force de l'évolution du droit de la *Convention européenne des droits de l'homme* et du contrôle de son application », *Revue québécoise de droit international*, 2000, vol. 1, pp. 63-107 ;
- « Liberté d'expression et message publicitaire », *RTDH*, 1993, n° 13, pp. 69-93.

CONDORELLI (L.),

- « Premier protocole additionnel. Article 1 », in PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), TEITGEN (P.-H.) (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, XI-1230 p., pp. 971-997 ;
- « La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo », *Rivista di diritto internazionale*, 1970, vol. LIII, pp. 170-232.

CONTIADES (X.), FOTIADOU (A.), « Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n° 3, pp. 660-686.

CORREA (C.), VIÑUALES (J. E.), « Intellectual Property Rights as Protected Investments : How Open are the Gates ? », *Journal of International Economic Law*, 2016, vol. 19, n° 1, pp. 91-120.

COSTA (I.), « L'arrêt *Jussila* de la Cour européenne : vers une pénalisation au rabais du régime des sanctions fiscales ? », *RTDH*, 2007, n° 73, pp. 239-250.

CROUY-CHANEL (M. DE), « Le Conseil constitutionnel mobilise-t-il d'autres principes constitutionnels que l'égalité en matière fiscale ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, vol. 33, no. 4, pp. 15-26.

DE BECO (G.), « Le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2010, n° 83, pp. 591-615.

DEAL (E.), « L'inviolabilité du domicile 'privé' dans la décision n° 2004-492 DC du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la théorie des sphères », *Cahiers de droit européen*, 2004, n° 1-2, pp. 157- 195.

DECAUX (E.), KUČERA (M.), « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de protection des investissements », in LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage international*, Paris, Pedone, 2015, XVII-1141 p., pp. 501-529.

DENIZEAU (Ch.), « Crise économique et peine ou traitements inhumains et dégradants », in TCHEN (V.) (dir.), *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la crise économique et financière*, Paris, L'Harmattan, 2013, 207 p., pp. 178-201.

DÉRIEUX (E.), « Liberté d'expression et information de nature commerciale », in MILANO (L.) (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Bruxelles, Nemesis-Anthemis, 2016, 356 p., pp. 191-214.

DEYER (E.), « La réversibilité des droits de l'homme dans le domaine économique », in BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, 710 p., pp. 205-245.

DONNAY, (F.) TULKENS (L.), « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme : paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, n° 1, pp. 3-23.

DRAGO (R.), « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA*, 1998, n° 7, pp. 130-135.

DREXI (J.), « La Constitution économique européenne : l'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE*, 2011, t. 4, pp. 419-454.

DUBOUT (E.) :

- « Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise », in CLEMENT-WILZ (L.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 472 p., pp. 145-175 ;
- « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », in SUDRE (F.) (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Anthemis/Nemesis, 2014, 412 p., pp. 265-300 ;
- « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, n° 70, pp. 397-425.

DUFFY-MEUNIER (A.), « La conception britannique de l'intérêt général », in GUGLIELMI (G. J.) (dir.), *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017, 225p., pp. 47-66.

DUMBERRY (P.), « Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes », *Journal of international arbitration*, 2010, vol. 27, n° 3, pp. 247-276.

DUPRE-DE BOULOIS (X.), « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits », *RDFL*, 2014, chron. n° 2.

ECKERT (G.), « Vers l'interdiction des poursuites administratives et pénales », *Revue juridique de l'Économie publique*, 2014, n° 724, pp. 31-35.

EDELAMN (B.), « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D.*, n° 13, 2011, pp. 897-904.

EVEILLARD (G.), « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA*, 2010, n° 10, pp. 531-539.

FAURA (E.), « Droits humains et monde économique : liaisons dangereuses », *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de J-P. Costa*, Paris, Dalloz, XXVI-710 p., pp. 263-269

FAURE (B.), « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDP*, 2008, n° 1, pp. 233-246.

FAVREAU (B.) :

- « La construction de la protection du domicile professionnel », in MILANO (L.) (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Bruxelles, Nemesis-Anthemis, 356 p., pp. 125-150 ;
- « La spécificité du droit de propriété à travers les États », in INSTITUT DES DROITS DE L'HOMME DES AVOCATS EUROPEENS (dir.), *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 125 p., pp. 19-52.

FERRARIO (P.), « The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist? », *Journal of International Arbitration*, 2009, vol. 5, n° 6, pp. 647-673.

FLAUSS (J.-F.) :

- « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de démocratie administrative », *RFDA*, 2011, n° 1, pp. 57-58 ;
- « La présence de la jurisprudence de la Cour Suprême dans le contentieux européen des droits de l'homme », *RTDH*, 2005, n° 62, pp. 313-331 ;
- « Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et droit des affaires », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2004, n° 5, pp. 408 et s ;
- « La Convention européenne des droits de l'homme : une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires », *RJDA*, 1995, vol. 95, n° 6, pp. 524-545.
- « Observations sous Cour EDH, Darby c. Suède », *RTDH*, 1992, n° 10, pp. 181-199.

FOOTER (M. E.), « Righting Socio-Economic Wrongs in Times of Financial and Economic Crises », in CREMONA (M.), HILPOLD (P.), LAVRANOS (N.), SCHNEIDER STAIGER

(S.), ZIEGLER (A. R.), (dir.), *Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law. Liber amicorum*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, XIV-622 p., pp. 527-542.

FORTEAU (M.), « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? » *RGDIP*, 2007, vol. 111, pp. 737-770.

FOUCHARD (Ph.), « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique. Mélanges offerts à G. Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, VI-587 p., pp. 381-395.

FRANGAKIS (N.), « A State's Exceptional Economic Measures under The European Convention on Human Rights. The Case of the 'Greek Memorandum' », in *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, IX-762 p., pp. 181-198.

FROMONT (M.), « L'autonomie de la volonté et les droits fondamentaux en droit privé allemand », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, XXV-935 p., pp. 336-356.

GARCIA (J.), « Le juge constitutionnel est-il un juge de l'économie ? », *Constitutions*, 2015, n° 4, pp. 485 et s.

GENEVOIS (B.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, 1991, n° 59, pp. 129-142.

GÉRARD (L.), « Sur l'applicabilité de l'article 6, volet civil, de la convention européenne des droits de l'homme aux contentieux fiscaux (À propos de l'arrêt CEDH, 12 juillet 2001, Ferrazzini c/ Italie) », *Droit fiscal*, 2002, n° 10, pp. 438-447.

GERARDS (J.),

- « The ECtHR's Response to Fundamental Rights Issues Related to Financial and Economic Difficulties », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2015, vol. 33, n° 3, pp. 274-292 ;
- « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine », *European Law Journal*, 2011, vol. 17, n° 1, pp. 80-120.

GONZALEZ (G.), « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in SUDRE (F.) (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Anthemis-Nemesis, Bruxelles, 412 p., pp. 117-140.

GREWE (C.), « Constitution et secret de la vie privée – Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2001, n° 16-2000, pp. 135-152.

GRISEL (F.), « L'octroi d'intérêts composés par les tribunaux arbitraux d'investissement », *JDI*, 2011, n° 3, pp. 545-562.

The Harvard Law Review Association, « Resurrecting Economic Rights : the Doctrine of Economic Due Process Reconsidered », *Harvard Law Review*, 1990, n° 103, pp. 1363-1383.

HATOUX (B.), « Visites domiciliaires et droits de l'Homme : l'arrêt Ravon. 2^{ème} partie : l'onde de choc », *Revue de jurisprudence et des conclusions fiscales*, 2008, n° 6, pp. 552-560.

HERVIEU (N.), « Droits de l'homme et libertés économiques devant les juges européens : l'illusion d'une harmonie », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LOCHAK (D.) (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, 292 p., pp. 215-228.

HOSTIOU (R.),

- « De l'utilité publique à l'utilité privée », *JCP A*, 2011, n° 8, pp. 27-31 ;
- « La patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2009, n° 1, pp. 17-23 ;
- « Nature et portée du contrôle exercé par le juge administratif sur la légalité des décisions administratives complexes : le contentieux de la déclaration d'utilité publique en droit français », *Les Petites Affiches*, 2001, n° 127, pp. 8-14.

HOTTELIER (M.), « Le droit au service de l'Humanité ; l'obligation constitutionnelle d'assurer à toute personne des conditions minimales d'existence », in HENNEBEL (L.), TIGROUDJA (H.), *Humanisme et droit. En hommage au Professeur Jean Dhommeaux*, Paris, Pedone, 2013, XVIII-464 p., pp. 243-266.

HUGENBERGER (J.), « Redefining Property under the Due Process Clause : Town of Castle Rock v. Gonzales and the Demise of the Positive Law Approach, » *Boston College Law Review*, 2016, n° 47, pp. 773-814.

IDOT (L.), « La notion d'entreprise », *Revue des sociétés*, 2011, n° 2, pp. 191-210.

ISIKSEL (T.), « The Rights of Man and the Rights of the Man-Made: Corporations and Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2016, vol. 38, pp. 294-349.

JAMIN (Ch.), « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in LEWKOWICZ (G.), XIFARAS (M.) (dir.) *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, 320 p., pp. 175-220.

KARTASHKIN (V.), « Les pays socialistes et les droits de l'homme », in VASAK (K.), UNESCO (dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Michigan, Bernan Associates, 1978, 780 p., pp. 680-701.

KESSEDJAN (C.), « Les opinions séparées des juges et arbitres comme précédent », *S.F.D.I., colloque de Strasbourg, Le précédent en droit international*, Paris, Pedone, 2016, 497 p., pp. 134-147

KRECKE (E.), « De l'autonomie du droit à l'impérialisme économique : une réflexion sur le statut normatif des sciences juridiques modernes », in BERTHOUD (A.) (dir.), *Y-a-t-il des lois en économie ?*, Villeneuve d'Ascq, PUS, 2007, 644 p., pp. 504-537.

KRENC (Fr.), « Observations en marge de l'arrêt Sorensen et Rasmussen c. Danemark rendu le 11 janvier 2006 par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2006, n° 68, pp. 787-816.

KRIEBAUM (U.):

- « Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration ? », in DUPUY (P.-M.), FRANCONI (F.), PETERSMANN (E.U.) (dir.), *Human Rights in International Investment Arbitration*, Oxford – New-York-Oakland, Oxford University Press, 2009, XLVIII-597 p., pp. 218-245 ;

- « Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights », in REINISCH (A.), KRIEBAUM (U.) (dir.), *The Law of International Relations – Liber amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International Publication, 2007, XLII-505 p., pp. 165-189 ;
- « Regulatory Takings: Balancing the interests of the investor and the State », *Journal of World Investment & Trade*, 2007, vol. 8, n° 5, pp. 717-744.

LAFAILLE (F.),

- « Une critiquable lecture du principe *non bis in idem* au nom du ‘souci d’efficacité », *Lexbase Hebdo*, 2016, n° 679 ;
- « L’arrêt Vallianatos congrès Grèce et la protection des couples homosexuels. Du contrôle de constitutionnalité des lois in abstracto opéré par la Cour constitutionnelle européenne des droits de l’homme », *D.*, 2013, n° 43, pp. 2888-289.

LAMBERT (P.), « Marge d’appréciation et contrôle de proportionnalité », in SUDRE (F.) (dir.), *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 1998, pp. 63-89.

LARRALDE (J.-M.), « La France, État proxénète ? Cour européenne des droits de l’homme (2^{ème} section), Tremblay c. France, 11 septembre 2007 », *RTDH*, 2009, n° 77, pp. 195-210.

LATTY (F.),

- « Le TAS marque des points devant la Cour européenne des droits de l’homme. Cour européenne des droits de l’homme, 2 octobre 2018, Mutu et Pechstein c. Suisse », *Jurisport*, 2018, n° 192, pp. 31-36 ;
- « L’ordre public sans l’État », in Ch.-A. DUBREUIL (dir.), *L’ordre public*, Paris, Éditions Cujas, 2013, 342 p., pp. 21-31.

LAZAUD (F.), « La pratique du paiement de la satisfaction équitable par la France », in FLAUSS (J.-F.), LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *La pratique de l’indemnisation par la Cour européenne des droits de l’homme, op. cit.*, pp. 299-328

LECLERC (H.), « La liberté d’expression », in C. TEITGEN-COLLY (dir.), Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l’homme, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 191-205, p. 193.

LECLERC (C.), DHOMMEAUX (J.), « Les droits fondamentaux de l’entreprise (Contribution à l’étude des droits fondamentaux) », in JUGAULT (J.) (dir.), *L’entreprise, nouveaux apports*, Paris, Economica, 1987, 277 p., pp. 191-209.

LÉGER (Ph.), « Les rapports entre le système de l’Union européenne et la Convention européenne des droits de l’homme », in COHEN-JONATHAN (G.), DUTEIL DE LA ROCHEDIÈRE (J.) (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 312 p., pp. 85-109.

LENEARTS (K.), VANVOORDEN (K.), « The Right to Property in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities », in H. Vandenberhe (dir.), *Propriété et droits de l’homme. Property and Human Rights*, Brugge, Die Keure – Bruylant, XI- 305p., pp. 195-240.

LEPAGE (A.), « L’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme à la conquête du Code de commerce », *Communication – Commerce électronique*, 2016, n° 3, pp. 34-36.

LÉONARD (Th.) et SALTEUR (J.), « Article 16 », in PICOD (F.), VAN DROOGHENBROECK (S.) (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire Article par Article*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 1279 p., pp. 347-368.

LEVINET (M.), « Rapport introductif. La 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie », in M. LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2010, 342 p., pp. 7-72.

LEVIVIER (J.), « Le système britannique de revalorisation des pensions de retraite n'est pas discriminatoire (obs. sous Cour eur. dr. h., *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010) », *RTDH*, 2011, n° 85, pp. 183-197.

MAHONEY (P.)

- « Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism? », The doctrine of the margin of appreciation under the European Convention on Human Rights: its legitimacy in theory and application in practice », *Human Rights Law Journal*, 1998, vol. 18, n° 1, p. 1;
- « Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin », *Yale Human Rights & Development Law Journal*, 1990, vol. 11, pp. 57 et s.

MAGNER (B. R.), « Lochner ; Why Courts Should Reject Coming Attempts to Revive Economic Due Process », *Kentucky Law Journal*, 2017, vol. 106, pp. 463-509.

MALWE (C.), « La protection du droit de propriété par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Salvador Chiriboda c. Equateur* », *RTDH*, 2009, n° 78, pp. 569-605.

MANSON (S.), « Le droit européen de la propriété à l'épreuve de la crise économique ou la timide esquisse d'une fonction redistributive », in TCHEN (V.) (dir.), *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la crise économique et financière*, Paris, L'Harmattan, 2013, 207 p., pp. 137-158.

MARCHADIER (F.),

- « La notion de biens », in F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 813-814 ;
- « La contribution de la CEDH à la recherche d'un équilibre entre le bailleur et le preneur d'un immeuble destiné à l'habitation », *D.*, 2012, n° 30, pp. 2007-2011.

MARCOU (G.), « La notion juridique de régulation », *ADJA*, 2006, n° 7, pp. 347-353.

MARGUÉNAUD (J.-P.) :

- « Le contrat, terrain d'expérimentation de la nouvelle condition de recevabilité de « préjudice important » instituée par le Protocole n° 14 », *RTD Civ.*, 2010, n°4, pp. 741-743 ;
- « Un petit pas de plus vers l'assimilation de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale. CEDH (GC), 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, *Revue des contrats*, 2009, n° 3, pp. 1211-1217 ;
- « La trahison des étrangers sidéens. Cour EDH Gr. Ch. 27 mai 2008, N c. Royaume-Uni' », *RTD Com.*, 2008, n° 4, pp. 643-646 ;

- « De l'identité à l'épanouissement : l'environnement sain », in SUDRE (F.), *Le droit au respect de vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 336 p., pp. 217-230.

MARGUÉNAUD (J.-P.), MOULY (J.),

- « Le comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique », *Droit social*, 2013, n° 4, pp. 339-344 ;
- « Les droits de l'Homme du salarié de l'entreprise identitaire (à propos des 3 arrêts CEDH, Obst et Schûth du 23 septembre 2010 et Siebenhaar du 3 février 2011) », *D.*, 2011, n° 24, pp. 1637-1642.

MARKS (S.), « The European Convention on Human Rights and its 'Democratic Society' », *British Yearbook of International Law*, 1995, vol. 66, pp. 209-238.

MARINO (L.), « Plaidoyer pour la liberté d'expression, droit fondamental de l'entreprise », *RTD Com.*, 2011, n° 1, pp. 1-10.

MARTENS (P.), « La nouvelle controverse de Valladolid », *RTDH*, 2014, n° 98, pp. 307-331.

MARTIN-CHENUT (K.), « Le droit international des droits de l'homme », vecteur de durcissement de la responsabilité sociétale des entreprises », in *Réciprocité et universalité : sources et régimes du droit international des droits de l'homme mélanges en l'honneur du professeur Emmanuel Decaux*, Paris, Pedone, 2017, 1373 p., pp. 1300-1336.

MARTUCCI (F.),

- « L'ordre public économique en droit de l'Union européenne », in LAGET-ANNAMAYER (A.) (dir.), *L'ordre public économique*, Issy-les-moulineaux, LDGJ-Lextenso, 2018, 406 p., pp. 188-199 ;
- « Le tarif et la construction européenne : du libre échangisme au néolibéralisme », *Droits*, 2017, vol. 65, n° 1, pp. 65-93 ;
- « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le principe d'impartialité », *Concurrences*, 2014, n° 1, pp. 32-42.

MARTY (F.), « Les droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'efficacité économique : une application à la politique de la concurrence », in HURPY (H.), TORCOL (S.) (dir.), *Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché*, Toulon, 2015, 167 p., pp. 7-22.

McHARG (A.), « Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Modern Law Review*, 1999, vol. 62, n° 5, pp. 671-696.

MENÉTREY (S.), « L'action en justice entre intérêts privés et intérêt général », in BALATE (E.), DREXL (J.), MÉNETREY (S.), ULLRICH (H.), *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général. Hommage à Laurence Boy*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires Aix-Marseille, 374p., pp. 91-104.

MESTRE (J.-L.), « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D.*, 1984, chron. 1, pp. 2-8.

MEYER-BISCH (P.), « L'écoéthique. Interférence entre logiques économiques et logiques des droits de l'homme », in *Ethique économique et droits de l'homme, la responsabilité commune*, Fribourg, éd. Universitaires De Fribourg, 1998, XVII-441 p., pp. 3-60.

MIGNOT (M.), « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2006, n° 4, pp. 1805-1857.

MILANO (L.) :

- « « L'arrêt A et B c. Norvège, entre clarifications et nouvelles interrogations sur le principe non bis in idem », *RTDH*, 2018, n° 114, pp. 467-484 ;
- « Rapport introductif. L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit des affaires », in MILANO (L.) (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Bruxelles, Nemesis-Anthemis, 356 p., pp. 7-44.

MONTGOLFIER (J.-F de), « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n° 2, pp. 35-49.

MOULY (J.), « Licenciement et Convention européenne des droits de l'homme », MILANO (L.) (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Bruxelles, Nemesis-Anthemis, 356 p., pp. 83-105.

MOURRE (A.), « Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.*, 2000, n° 337, pp. 26-29.

MOUTEL (B.), « Une lente appropriation de l'effet horizontal », in MARGUENAUD (J.-P.) (dir.), *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Paris, La Documentation Française, 2001, 253 p., pp.162-170.

MURILLO (C.), « Le droit à la santé des détenus sous le regard de la CEDH », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 15, pp. 30-32.

NIBOYET (M.-L.), « De la spécificité de la protection internationale des droits de l'homme », *RTD Com.*, 1999, n° 2, pp. 351-362.

NIKKEN (P.), « Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights », in DUPUY (P.-M.), FRANCONI (F.), PETERSMANN (E.U.) (dir.), *Human Rights in International Investment Arbitration*, Oxford – New-York-Oakland, Oxford University Press, 2009, XLVIII-597 p., pp. 246-271.

NIVARD (C.), « La justice sociale dans la jurisprudence conventionnelle », in BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2013, 201 p., pp. 61-80.

NOURSE (V. N.), « A Tale of Two Lochners : The Untold History of Substantive Due Process », *California Law Review*, 2009, vol. 97, n° 3, pp. 751-800.

NOUVEL (Y.), « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Louvain, Anthémis, 2006, 396 p., pp. 25-51.

OLINGA (A.-D.), PICHERAL (C.), « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, n° 24, pp. 567-604.

OPPETIT (B.), « Droit et économie », in *Archives philosophiques du droit. Droit et économie*, 1992, t. 31, pp. 17-26.

PAROCHE (E.), « Droit à un procès équitable et politique communautaire de la concurrence », in C. PICHERAL (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Nemesis Anthemis, 2012, 330 p., pp. 199-223.

PEZ (Th.), « L'ordre public économique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2015, vol. 49, pp. 43-57.

PETERSMANN (E. U.), « Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice' », *EJIL*, 2008, vol. 19, n° 4, pp. 769-798.

PICHERAL (C.)

- « L'expression jurisprudentielle de la *subsidiarité* par la marge nationale d'appréciation », in SUDRE (F.) (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis-Anthemis, 2014, 412 p., pp. 87-114 ;
- « La détermination des différences de traitement », in SUDRE (F.) (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, 474 p., pp. 87-118.

PICOD (Y.), « La violence économique. Rapport introductif », in Association Henri Capitant (dir.), *La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Paris, Dalloz, 2017, pp. VI-142 p., pp. 1-7.

POPELIER (P.), « The Court as a Regulatory Watchdog. The Procedural Approach in the case-law of the European Court of Human Rights », in PATRICIA (P.), MAZMANYAN (A.), WERNER VANDENBRUWAENE (W.) (dir.), *The role of constitutional courts in multilevel governance*, Cambridge Anwert, Intersentia, 2013, XI-310 p., pp. 249-267.

PRISO ESSAWE (S.-J.), « Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1998, n° 36, pp. 721-736.

PURDY (J.), « Neoliberal Constitutionalism : Lochnerism For a New Economy », *Law and Contemporary Problems*, 2014, n° 195, pp. 195-214.

QUÉZEL-AMBRUNAZ (C.), « L'acceptation européenne du 'bien' en mal de définition », *D.*, 2010, n° 31, pp. 2024-2028

RACINE (J.-B.), « Droit économique et droits de l'homme : introduction générales », in BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.), RENUCCI (J.-F.) (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, 710 p., pp. 7-22.

MEULDERS-KLEIN (M.-Th.), « L'extension de la vie privée aux personnes morales est « opportuniste » (« L'irrésistible ascension de la 'vie privée' au sein des droits de l'homme. Synthèse et conclusions », in SUDRE (F.) (dir.), *La vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, 336 p., pp. 306-333.

RADSEN (M. R.), « La Cour qui venait du froid. ». Les droits de l'homme dans la genèse de l'Europe d'après-guerre », *Critique internationale*, 2005, vol. 26, n° 1, pp. 133-146.

REINHARD (Y.), « Quels sont les points de convergence et de divergence entre la personne physique et la personne morale (aspects de droit des affaires) ? », *Droit de la famille*, 2012, n° 9, pp. 28-30.

REINER (C.), SCHREUER (C.), « Human Rights and International Investment Arbitration », in DUPUY (P.-M.), FRANCONI (F.), PETERSMANN (E.U.) (dir.), *Human Rights in International Investment Arbitration*, Oxford – New-York-Oakland, Oxford University Press, 2009, XLVIII-597 p., pp. 82-96.

REMY (B.), « Clauses de sortie de l'investisseur et article 1 du premier protocole additionnel de la Conv. EDH », *Bulletin Joly Sociétés*, 2010, n° 6, pp. 594-600.

RENUCCI (J.-F.) :

- « Qualité pour agir en violation de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2003, n°8, p. 523 ;
- « Le droit des affaires, domaine nouveau du droit européen de l'Homme », *Droit et patrimoine*, 1999, n° 74, pp. 64-66.

RIEM (F.), « Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques. Introduction », in COLLART DUTILLEUL (F.) et RIEM (F.) (dir.), *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne-LGDJ, 2013, 306 p., pp. 13-30.

RIVERS (J.), « Proportionality and Variable Intensity of Review », *Cambridge Journal of Law*, 2006, vol. 65, n° 1, pp. 174-207.

ROBERT-CUENDET (S.) :

- « Interférence et expropriation », in BEN HAMIDA (W.), COULÉE (F.) (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : une approche contentieuse*, Paris, Pedone, 2017, 368 p., pp. 123-153 ;
- « Standards internationaux de protection des investissements et encadrement procédural de l'action de l'État », in PREZAS (I.) (dir.), *Substance et procédure en droit international public : dialectique et influences croisées*, *op. cit.*, pp. 47-68.

ROETS (D.), « Le raisonnable prévisibilité au secours de la morale boursière », *Revue de science criminelle*, 2012, n° 1, pp. 252-255.

ROMAN (D.), « Garantie des droits fondamentaux et contrôle juridictionnel des mesures d'austérité en Europe : les 'nouvelles frontières' de l'Europe sociale », in BARBOU des PLACES (S.), PATAUT (E.), RODIERE (P.), *Les frontières de l'Europe sociale*, Paris, Pedone, 2018, 282 p., pp. 93-113.

ROZAKIS (L.):

- « Through The Looking Glass : an 'insider' view of the margin of appreciation », *La conscience des droits : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, XXXI-710 p., pp. 527-537 ;
- « Le droit au respect de ses biens : une clause déclaratoire ou une 'omnibus' norme », in VANDENBERHE (H.) (dir.), *Propriété et droits de l'homme. Property and Human Rights*, Brugge, Die Keure – Bruylant, XI- 305p., pp. 3-28.

SAINT-ESTEBEN (R.), « Le droit de la concurrence ‘saisi par les droits fondamentaux’ : un progrès évident mais inachevé », in « L’entreprise, les règles de la concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, 2012, vol. 35, n° 2, pp. 187-219.

SANSONETIS (N.), « Costs and Expenses », in MACDONALD (R.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.) (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, XXIX-940 p., pp. 755-773.

SARMIENTO (D.), « La justice sociale dans la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne », in BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2013, 201 p., pp. 33-59.

SAVY (R.), « La Constitution des juges », *D.*, 1983, chron. XIX, pp. 105-110.

SCHUTTER (O de.) :

- « L’accès des personnes morales à la Cour européenne des droits de l’homme », in *Avancées et confins actuels des droits de l’homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus*, Bruxelles, Bruylant, 2003, XXVI-397 p., pp. 83-108.

SCHUTTER (O. DE), DEMIRE (P.), « The Two Constitutions of Europe : Integrating Social Rights in the New Economic Architecture of the Union », *Journal européen des droits de l’homme*, 2017, vol. 108, n° 2, pp. 108-156.

SALVIA (M. DE.), « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, pp. 93-97.

SERMET (L.), « Le contrôle de proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l’homme : présentation générale », *LPA*, 2009, n° 46, pp. 26-31.

SIMON (A.), « Les prestations sociales non contributives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, À propos de l’arrêt Stec et autres le 12 avril 2006 », *RTDH*, 2006, n° 67, pp. 647 -653.

SIMON, (D.)

- « L’intérêt général vu par les droits européens », in MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (dir.), *L’intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007, 108 p., pp. 46-67 ;
- « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : ‘je t’aime, moi non plus ?’ », in *Pouvoirs. Dossier Spécial : « Les Cours européennes, Luxembourg et Strasbourg »*, 2001, n° 96, pp. 31-49.

SPIELMANN (D.), « Allowing the Right Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review ? », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, vol. 14, pp. 381-418.

SPINOSI (P.), « L’entreprise et les droits fondamentaux », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2017, n° 3, pp. 308-320.

STRUVE (G.-M.), « The Less Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process » *Havard Law Review*, 1967, vol. 80, pp. 1463-1488.

SUDRE (F.) :

- « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, n° 11, pp. 502-512 ;
- « Rapport introductif », in SUDRE (F.), SURREL (H.) (dir.), *Le principe de non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis-Anthemis, 2014, 412p., pp. 18-48 ;
- « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme. Un exercice de 'jurisprudence fiction' », *RTDH*, 2003, n° 55, pp. 755-779 ;
- « La portée du droit à la non-discrimination », *RFDA*, 1997, n° 5, pp. 966-976 ;
- « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, n° 23, pp. 363-384.

SUEUR (J.-J.) :

- « Les conceptions économiques des membres de la Constituante », *Revue du droit public*, 1989, n° 3, pp. 785-812 ;
- « Droit constitutionnel économique et droits de l'homme », in BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.), RENUCCI (J.-F.) (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, 710 p., pp. 106.-137.

SURREL (H.) :

- H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in LEVINET (M.) (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruyant-Nemesis, 2010, 378 p., pp. 61-86
- « La détermination prétorienne du cadre d'examen des conflits de droit », in SUDRE (F.) (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruyant-Nemesis, 2014, 326 p., pp. 166-201, spéc. pp. 196-198.

SUPIOT (A.), « L'idée de justice sociale », in BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2013, 201 p., pp. 5-29.

SZAFRAND (D.), « L'incidence des droits de l'homme en droit économique et financier », *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert*, 2000, XXXI- 1072 p., pp. 841-858.

SARGOS (P.), « La dimension économique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in P. TAVERNIER (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de 1993 (présentation, commentaires et débats)*, Rouen, Université de Rouen, Cahiers du CREDHO, 1994, n° 2, 157 p., pp. 19-35.

SAVY (R.), « La Constitution des juges », *D.*, 1983, chron. XIX, pp. 105-110.

SICILIANOS (L.-A.), « La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme », in RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.) (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, 266 p. pp. 123-150.

SPINOSI (P.), « L'entreprise et les droits fondamentaux », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2017, n° 3, pp. 308-320.

TAVERNIER (P.), « Droit de propriété et protection de l'environnement devant la Cour de Strasbourg », in I.D.H.A.E. (dir.), *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant Bruxelles, 2005, 125 p., pp. 61-80.

TELLER (M.), « Les droits de l'homme de l'entreprise », in L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit économique et droits de l'Homme, op. cit.*, pp. 257-267.

THARAUD (D.), « Le sort contrasté du droit au logement opposable français devant la Cour européenne des droits de l'homme », *R.D.S.S.*, 2015, n° 4, pp. 651-658.

TIGROUDJA (H.),

- H. TIGROUDJA, « Beyeler c. Italie : observations. Le droit à la réparation en question : de la nécessaire affirmation de la fonction réparatoire de la responsabilité internationale de l'État », *RTDH*, 2003, vol. 53, pp. 232-269 ;
- « La Cour interaméricaine au service de l'humanisation du droit international public », *AFDI*, 2006, vol. 52, pp., 617-640.

TIMSIT (G.), « L'invention de la légitimité procédurale », in *La Conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, 710 p., pp. 635-648.

TOUZÉ (S.),

- « Intérêt la victime et ordre public européen », J. ARLETTAZ et J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit?*, Paris, Pedone, 2015, 200 p., pp. 61-76 ;
- « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in F. SUDRE (dir.), *La subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 59-86.

TRICOIT (J.-P.), « L'entreprise, titulaire de droits fondamentaux / The enterprise as a holder of fundamental rights », *Journal européen des droits de l'homme.*, 2013, n° 1, pp. 101-108.

TULKENS (F.),

- « Article 41 », in F. PICOD (dir.), *Charte des droits Fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article, op. cit.*, pp. 873-891 ;
- « Pour les 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : bilan, questions critiques et défis », *RTDH*, 2014, n° 98, pp. 333-351
- « Non bis in idem. Un voyage entre Strasbourg et Luxembourg », *Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme, Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2014, 830 p., pp. 729-748
- « La réglementation de l'usage des biens dans l'intérêt général. La troisième norme de l'article 1^{er} du Premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme », in VANDENBERHE (H.) (dir.), *Propriété et droits de l'homme. Property and Human Rights, op. cit.*, pp. 61-103 ;
- « Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in GREWE (C.), BENOÎT-ROHMER (F.) (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, 182 p., pp. 119-143.

TULKENS (F.), CALLEWAERT (J.), « Le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », in J.-Y. CHARTIER, O DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 329 p., p. 226.

TURGIS (S.), « Le recours aux expertises », in J.-F. FLAUSS, E. LAMBERT ADBELGAWAD (dir.), *La pratique de l'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 113-126.

- i) UCHKUNOVA (I.), TEMNIKOV (O.), « The Availability of Moral Damages to Investors and to Host States in ICSID Arbitration », *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, vol. 6, n° 2, pp. 380-402.

VEDEL (G.), « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, 1981, pp.

VAN DROOGHENBROECK (S.),

- « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme », in M. ANCA AILINCAI (dir.), *Soft Law et droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2017, 318 p., pp. 185-203.
- « La Convention européenne des droits de l'homme et la matière économique », in BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, 710 p., pp. 25-70 ;
- « L'horizontalisation des droits de l'homme », in DUMONT (H.), OST (F.), VAN DROOGHENBROECK (S.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, XI- 544 p., pp. 355-390.

VAREILLES-SOMMIERES (P. de), « Regards privatistes sur la notion d'ordre public économique », in A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 2018, 406 p., pp. 109-134.

VASAK (K.), « Les différentes typologies des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.), HENNEBEL (L.) (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 398 p., pp. 11-23.

WESTER-OUISSE (V.), « La jurisprudence et les personnes morales : du propre de l'homme aux droits de l'homme », *JCP G*, 2009, n° 10-11, pp. 15-19.

WACHSMANN (P.) :

- « Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2010, n° 38, pp. 2138-2146 ;
- « De la qualité de la loi à la qualité du système juridique », in *Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan. Mélanges doyen Cohen*, Bruxelles, Bruylant, 2004, XXVI-1784 p., pp. 1687-1705.

WILDHABER (L.), The « Margin of Appreciation » in National Law and the Law of the Strasbourg Institutions », discours prononcé le 1er juin 2000, à l'occasion de la Conférence des présidents des Cours suprêmes et des procureurs généraux des États membres de l'Union européenne.

ZOLLER (E.)

- « La liberté d'expression aux États-Unis: une exception mal comprise », in DECAUX (E.), MUHLMANN (G.) (dir.), *La liberté d'expression*, Paris, Dalloz, 2016, VIII-308 p., pp. 179-224 ;
- « Le droit au respect de la vie privée aux États-Unis », in SUDRE (F.) (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, 336 p., pp 35-67.

ZOLLINGER (A.) :

- « Le respect des biens de l'entreprise titulaire de droits de propriété intellectuelle de l'entreprise », in MILANO (L.) (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Bruxelles, Nemesis-Anthemis, 2016, 356 p., pp. 167-190 ;
- « Le droit au respect des biens, ou la difficile définition du droit de propriété en tant que droit de l'homme », in *Les modèles propriétaires au XXe siècle : actes du colloque international en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, Poitiers, Presses Universitaires Juridiques de l'Université de Poitiers, 2012, 254 p., pp. 31-40.

E. Chroniques

AYRAULT (L.), « Droit fiscal européen des droits de l'homme », *Revue de droit fiscal*.

BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*.

FLAUSS (J.-F.), « Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif », *AJDA*.

MAUBENARD (Ch.), BLAY-GRABARCZYK (K.), MILANO (L.), NIVARD (C.) TINIÈRE (R.), « Les juridictions de l'Union et les droits fondamentaux. Chronique de jurisprudence », *RDTH*.

TAVERNIER (J.-P.), « Chronique de jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *JDI*.

SUDRE (F.) (dir.), « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*.

F. Instruments divers

a. Travaux préparatoires

Conseil de l'Europe, *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Haye-Boston, Éditions du Conseil de l'Europe, Nijhoff, vol I, 1975, XXXIII-327 p.

Conseil de l'Europe, *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Haye-Boston, Éditions du Conseil de l'Europe, Nijhoff, vol. II, 1975 XXVII-311 p.

Conseil de l'Europe, *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Haye-Boston, Éditions du Conseil de l'Europe, Nijhoff, vol. III, 1976, XVII-339 p.

Conseil de l'Europe, *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Haye-Boston, Éditions du Conseil de l'Europe, Nijhoff, vol. IV, 1977, XVII-301 p.

Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, La Haye, Martinus Nijhoff, vol. V, 1979, XIX-356 p.

Conseil de l'Europe, *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Haye-Boston, Éditions du Conseil de l'Europe, Nijhoff, vol. VI, XIX-298 p.

Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Haye-Boston, Éditions du Conseil de l'Europe, Nijhoff, vol. VII, 1985, XXXI-354 p.

Conseil de l'Europe, *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Haye-Boston, Éditions du Conseil de l'Europe, Nijhoff, vol. VIII, XIX-226 p.

Commission européenne des droits de l'homme, « Travaux préparatoires à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », DH 56 (15), Annexe.

b. Résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

Assemblée Parlementaire, *Recommandation n° 838*, 27 septembre 1978, « Élargissement du champ d'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme »

c. Rapports

BAERT (D.), « Rapport au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur la proposition de loi, après engagement de la procédure accélérée, réformant le système de répression des abus démarchés (n° 3601) », 30 mars 2016, 132 p.,

Rapport explicatif du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, 13 mai 2004, STCE 194, Droits de l'Homme (Protocole n° 14).

Rapport de la Commission pour le respect des obligations et engagements des États membres du Conseil de l'Europe, AS/Mon(2009)01 du 9 juin 2009, 17 p.

Rapport Conseil Fédéral, *40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH, Bilan et perspectives*, 19 novembre 2014, 2014-2519, pp. 353-424 (72 p.).

d. Divers

« Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques », Éditions OCDE, 2015, 88 p.

II. Travaux économiques, philosophiques et politiques

A. Dictionnaires

BLAY (M.) (dir.), *Grand Dictionnaire de la Philosophie*, Paris, Larousse-CNRS Éditions, 2003, XIII-1105 p.

COUPPEY-SOUBEYRAN (J.) (dir.), *Dictionnaire de l'économie*, Paris, Encyclopaedia Universalis – Albin Michel, 2007, 1530 p.

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de philosophie politique*, Paris, PUF, 2010, 3^{ème} éd., XXIV-1323 p.

B. Monographies

AUDIER (S.) :

- *Penser le 'néolibéralisme'. Le moment néolibérale, Foucault et la crise du socialisme*, Lormont, Le bord de l'Eau, 2015, 563 p ;
- *Le socialisme libéral*, Paris, La Découverte, 2014, 125 p.

DENIS (H.), *Histoire de la pensée économique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2008, 725 p.

FOUCAULT (M.), *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris, EHESS-Gallimard-Seuil, 2004, XI-355 p.

HAYEK (F.) :

- *Droit législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2013, 948 p.
- *The Constitution of Liberty*, London, Routledge, 2011, XII-583 p.

KIAT(Th.), *Économie du droit*, Paris, La Découverte, 2012, 125 p.

LACROIX (J.), PRANCHÈRE (J.-Y.), *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Éditions du Seuil ; 2016, 338 p.

LATOUCHE (S.), *L'invention de l'économie*, Paris, Albin Michel, 2005, 263 p.

MAACKAY (E.), ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz 2^{ème} éd., 2008, XXIII-710 p.

MARX (K.), *A propos de la question juive*, trad. M. SIMON, Paris, Aubier-Montaigne, 1971, 154 p.

POLANYI (K.), *La Grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, 1983, 463 p.

ROSANVALLON (P.), *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Paris, Éditions du Seuil, 3^{ème} éd., 251 p.

SMITH (A.), *Recherches sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations – Livre V*, trad. J.-M. SERVET (dir.), Paris, Economica, 2005, 989 p.

RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, 1971 trad. C. AUDARD, Paris, Éditions Points, 2009, 666 p.

WEBER (M.),

- *Économie et société. Tome 1 : les catégories de la sociologie*, Paris, Pocket 1995, 410 p. ;

- *Économie et société Tome 2. L'organisation et la puissance de la société dans leur rapport avec l'économie*, Paris, Pocket, 2003, 448 p.

WORMS (F.), *Droits de l'homme et philosophie. Une anthologie (1789-1914)*, Paris, CNRD Éditions, 2009, 444 p.

C. Articles

DEMSETZ (H.), « Toward a Theory of Property Rights », *The American Economic Review*, 1967, vol. 57, n° 2, pp. 347-359.

GUIBET-LAFAYE (C.), « La disqualification économique du commun », *Revue internationale de droit économique*, 2014, t. XXVIII, n° 3, pp. 271-282.

LACROIX (J.), PRANCHERE (J.-Y.), « Karl Marx fut-il vraiment un opposant aux droits de l'homme ? Émancipation individuelle et théorie des droits », *Revue française de science politique*, 2012, vol. 62, n° 3, pp. 433-451.

HAYEK (F. von), « The use of knowledge in society », *American Economic Review*, 1945, vol. 35, n°4, pp. 519-530.

POSNER (R. A.), « A theory of negligence », *Journal of Legal Studies*, 1972, vol. 1, n° 1, pp. 29-96.

VOETEN (E.), « The Impartiality of International Judges : Evidence from the European Court of Human Rights », *American Political Science Review*, 2008, vol. 102, n° 4, pp. 417-433.

Jurisprudence

I. Jurisprudence internationale	XXXIII
A. Cour européenne des droits de l'homme.....	XXXIII
1. Décisions et arrêts	XXXIII
2. Opinions individuelles.....	LII
B. Commission européenne des droits l'homme	LIV
C. Cour et Commission interaméricaines des droits de l'homme.....	LV
D. Cour de justice de l'Union européenne	LVI
E. Cour internationale de justice / Cour permanente de justice internationale ..	LVII
F. Tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissement.....	LVII
G. Comité des droits de l'homme.....	LVIII
II. Jurisprudence nationale	LVIII
A. États-Unis	LVIII
1. Cour Suprême.....	LVIII
2. Autre.....	LIX
B. Conseil constitutionnel.....	LIX
C. Conseil d'État	LX
D. Cour de Cassation	LXI

I. Jurisprudence internationale

A. Cour européenne des droits de l'homme

i. Décisions et arrêts

1968

Cour EDH (plén.), 23 juillet 1968, *Affaire 'relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique' c. Belgique*, n^{os} 1474/62, 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, Série A, n° 6.

1972

Cour EDH (satisfaction équitable), 22 juin 1972, *Ringeisen c. Autriche*, n° 2614/65, Série A, n° 15.

1976

Cour EDH, 6 février 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, n° 5614/72, série A, n° 20.

Cour EDH (plén.), 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n^{os} 5100/71, 51001/71, 5102/71, 5354/73 et 5370/73, Série A, n° 22.

1978

Cour EDH (plén.), 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, Série A, n° 5310/71.

Cour EDH (plén.), 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, n° 6232/73, Série A, n° 27.

1979

Cour EDH (plén.), 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, n° 653874, Série A.

Cour. EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, Série A, n° 32.

Cour EDH (plén.), 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, Série A, n° 31.

1980

Cour EDH (plén) (satisfaction équitable), 6 novembre 1980, *Sunday Times*, n° 6538/74, Série A, n° 38.

1981

Cour EDH, 23 juin 1981, *Le Compte, van Leuven et De Meyere c. Belgique*, n^{os} 6878/75 et 7238/75, Série A, n° 43.

Cour EDH (plén.), 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, n^{os} 7601/76 et 7806/77, Série A, n° 55.

1982

Cour EDH (plén.), 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n^{os} 7151/75 et 7152/75, Série A, n^o 88.

1983

Cour EDH (plén.), 23 novembre 1983, *Van der Musselle c. Belgique*, n^o 8919/80, Série A, n^o 70.

1984

Cour EDH (plén.) (satisfaction équitable), 18 décembre 1984, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n^{os} 7151/75 et 7152/75, Série A, n^o 52 .

Cour EDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, n^o 8777/79, Série A, n^o 87.

1985

Cour EDH (plén.), 23 octobre 1985, *Benthem c. Pays-Bas*, n^o 8848/80, Série A, n^o 97.

1986

Cour EDH (plén.), 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, n^o 979379.

Cour EDH (plén.), 29 mai 1986, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, n^o 8562/79, Série A, n^o 99.

Cour EDH (plén.), 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, n^{os} 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 et 9405/81, Série A, n^o 102.

Cour EDH, 24 octobre 1986, *Agosi c. Royaume-Uni*, n^o 9118/80, Série A, n^o 108.

Cour EDH, 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, n^o 9063/80, Série A, n^o 109.

1987

Cour EDH, 8 juillet 1987, *Baraona c. Portugal*, n^o 10092/82, Série A, n^o 122.

Cour EDH, 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, n^o 8695/79, Série A, n^o 126.

1989

Cour EDH, 30 mars 1989, *Chappell c. Royaume-Uni*, n^o 10461/83, Série A, n^o 152-A.

Cour EDH, 7 juillet 1989, *Tre Tratkörer Aktiebolag c. Suède*, n^o 10873/84, Série A, n^o 159.

Cour EDH, 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, n^o 10572/93, Série A, n^o 165.

Cour EDH (plén.), 19 décembre 1989, *Mellacher et autres c. Autriche*, n^{os} 10522/83, 11011/84 et 11070/84, Série A, n^o 169.

1990

Cour EDH (plén.), 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, n^o 10890/84, Série A, n^o 173.

Cour EDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, n^o 9310/81, Série A, n^o 172.

Cour EDH, 23 octobre 1990, *Darby c. Suède*, n^o 11581/85, Série A, n^o 187.

1991

Cour EDH (satisfaction équitable), 29 août 1991, *Moreira de Azevedo c. Portugal*, n° 11296/84, Série A n° 208-C.

Cour EDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley Development Ltd*, n° 12742/87, Série A, n° 22.

1992

Cour EDH, 15 juin 1992, *Lüli c. Suisse*, n^{os} 64480/09, 64482/09, 12874/10, 56935/10 et 3129/12, série A, n° 238.

1993

Cour EDH (satisfaction équitable), 9 février 1993, *Pine Valley Developments et autres c. Irlande*, n° 12742/87, Série A, n° 246-B.

Cour EDH, 25 février 1993, *Funke c. France*, n° 10828/84, Série A, n° 256-A.

Cour EDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, n° 13134/87, Série A, n° 247-C.

Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88, Série A, n° 260-A.

Cour EDH, 23 novembre 1993, *Poitrinol c. France*, n° 14032/88, Série A277-A.

Cour EDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, n^{os} 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89 et 17207/90, Série A, n° 276.

1994

Cour EDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, n° 16213/90, Série A, n° 280-B.

Cour EDH, 24 février 1994, *Casado Coca c. Espagne*, n° 15450/89, Série A, n° 285-A.

Cour EDH, 24 février 1994, *Bendenoun c. France*, n° 12547/86, Série A, n° 284

Cour EDH, 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, n° 13580/88, Série A, n° 291-B.

Cour EDH, 22 septembre 1994, *Hentrich c. France*, n° 13616/88, Série A, n° 296-A.

Cour EDH, 9 décembre 1994, *Les Saints Monastères c. Grèce*, n^{os} 13092/87 et 13984/88, Série A, n° 301-A.

Cour EDH, 9 décembre 1994, *López Ostra c. Espagne*, n° 16798/90, Série A, 303-C.

Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran Andreadis c. Grèce*, n° 13427/87, Série A, n° 301-B.

Cour EDH, 9 décembre 1994, *Schouten et Malrum c. Pays-Bas*, n^{os} 19005/91 et 19006/91, Série A, n° 304.

1995

Cour EDH (satisfaction équitable), 31 janvier 1995, *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, n° 14518/89, Série A, n° 305-A.

Cour EDH, 10 février 1995, *Allenet de Ribemont c. France*, n° 15175/89, Série A, n° 308.

Cour EDH, 23 février 1995, *Gasus Dosier – und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, n° 15375/89, Série A, n° 305-B.

Cour EDH, 25 septembre 1995, *Buckley c. Royaume-Uni*, n° 20348/92, CEDH 1995-IV.

Cour EDH, 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg*, n° 14570/89, Série A, n° 326.

Cour EDH (déc.), 24 octobre 1995, *Agrotexim et autres c. Grèce*, n° 14807/99, série A, n° 102.

Cour EDH, 20 novembre 1995, *British-American Tobacco Company Ltd c. Pays-Bas*, n° 19589/92, Série A, n° 331.

Cour EDH (GC), 8 février 1996, *Jonh Murray c. Royaume-Uni*, n° 18731/91, CEDH 1996-I.

Cour EDH (GC), 25 avril 1996, *Gustafsson c. Suède*, n° 15573/89, CEDH 1996-II.

Cour EDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, n° 19776/92, CEDH 1996-III.

Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 173710/90, CEDH 1996-IV.

Cour EDH, 16 septembre 1996, *Mato e Silva, Lda., et autres c. Portugal*, n° 15777/89, CEDH 1996-IV.

Cour EDH (GC), 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, n° 19187/91, CEDH 1996-VI.

Cour EDH, 18 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, n° 21987/93, CEDH 1996-VI.

Cour EDH, 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, n° 20605/92, CEDH 1997-III.

1997

Cour EDH (satisfaction équitable), 3 juillet 1997, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, n° 17849/91, CEDH 1997-IV.

Cour EDH, 9 juillet 1997, *Akkus c. Turquie*, n° 19263/92, CEDH 1997-IV.

Cour EDH, 29 août 1997, *R.L. et J.O.-L. c. Suisse*, n° 20919/92, CEDH 1997-V.

Cour EDH, 23 octobre 1997, *National Building Society et autres c. Royaume-Uni*, n°s 21319/93, 21449/93 et 21675/93, CEDH 1997-VII.

1998

Cour EDH (GC), 19 février 1998, *Bowman c. Royaume-Uni*, n° 24839/94, CEDH 1998-I.

Cour EDH, 10 juillet 1998, *Sidiropoulos c. Grèce*, n° 26695/95, CEDH 1998-IV.

Cour EDH (GC), 28 juillet 1998, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, CEDH 1998-IV.

Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, n° 25181/94, CEDH 1998-VI.

Com. EDH (déc.), 21 octobre 1998, *Pinnancle Meat Processors Company et 8 autres c. Royaume-Uni*, n° 33298/96.

1999

Cour EDH (GC), 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, n° 29183/95, CEDH 1991-I.

Cour EDH (GC), 25 mars 1999, *Iatridis c. Grèce*, n^{os} 4720/99, 72203/01 et 72552/01, CEDH 1999-II.

Cour EDH (GC), 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, n^{os} 25088/94, 28331/95 et 28443/95, CEDH 1999-III.

Cour EDH (GC), 28 juillet 1999, *Immobilier Saffi c. Italie*, n° 22774/93, CEDH 1999-V.

Cour EDH (GC), 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, n° 25803/94, CEDH 1999-V.

Cour EDH (déc.), 28 octobre 1999, *Pančenko c. Lettonie*, n° 40772/98.

Cour EDH (GC), 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France*, n^{os} 24846/94, 34165/96, 34166/96, 34167/96, 34168/96, 34169/96, 34170/96, 34171/96, 34172/96 et 34173/96, CEDH 1999-VII.

Cour EDH (GC), 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, n° 28541/95, CEDH 1999-VIII.

Cour EDH, 9 novembre 1999, *Spacek s.r.o. c. République tchèque*, n° 26449/95.

2000

Cour EDH (GC), 5 janvier 2000, *Beyeler c. Italie*, n° 33202/96, CEDH 2000-I.

Cour EDH (déc.), 25 janvier 2000, *Ian Edgar (Liverpool) Limited c. Royaume-Uni*, n° 37683/97, CEDH 2000-I.

Cour EDH, 29 février 2000, *Fuentes Bobo c. Espagne*, n° 39293/98.

Cour EDH (déc.), 7 mars 2000, *Séguin c. France*, n° 42400/98.

Cour EDH (déc.), 23 mars 2000, *Faugyr Finance S.A. c. Luxembourg*, n° 38788/97.

Cour EDH (déc.), 23 mars 2000, *Haralambidis, Haralambidis-Liberpa S.A. et Liberpa Ltd c. Grèce*, n° 36706/97.

Cour EDH (déc.), 30 mars 2000, *Kind c. Allemagne*, n° 44324/98.

Cour EDH, 18 mai 2000, *Valikova c. Bulgarie*, n° 41488/98, CEDH 2000-VI.

Cour EDH (déc.) 18 mai 2000, *Hatzitakis et les Mairies de Themarkois et Mikra c. Grèce*, n°48391/99.

Cour EDH, 30 mai 2000, *Carbonara et Ventura c. Italie*, n° 24638/94, CEDH 2000-VI.

Cour EDH, (satisfaction équitable), 25 juillet 2000, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n^{os} 33985/96 et 33986/96, CEDH 2007-V.

Cour EDH (GC), 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, n° 39652/98, CEDH 2000-X.

Cour EDH, 17 octobre 2000, *Hay c. Royaume-Uni*, n° 41894/98, CEDH 2000-XI.

Cour EDH (déc.), 26 octobre 2000, *Sanles Sanles c. Espagne*, n° 48335/99, CEDH 2000-XI

Cour EDH, 14 novembre 2000, *Yasar et autres c. Turquie*, n°s 27697/95 et 27698/95.

Cour EDH (GC), 23 novembre 2000, *Ex-Roi de Grèce et autres c. Grèce*, n° 25701/94, CEDH 2000-XII.

Cour EDH (GC) (déc.), 13 décembre 2000, *Malhous c. République tchèque*, n° 33071/96.

2001

Cour EDH (déc.), 16 janvier 2001, *Offerhaus and Offerhaus c. Pays-Bas*, n° 35730/97.

Cour EDH (satisfaction équitable), 23 janvier 2001, *Brumarescu c. Roumanie*, n° 28342/95, CEDH 1999-VII.

Cour EDH (déc.), 1^{er} février 2001, *Ayuntamiento de Mula c. Espagne*, n° 55346/00, CEDH 2001-I.

Cour EDH (déc.), 3 mai 2001, *J.B. c. Suisse*, n° 31827/96, CEDH 2001-III.

Cour EDH (GC), 10 mai 2001, *Z et autres c. Royaume-Uni*, n° 29392/95, CEDH 2001-V.

Cour EDH, 28 juin 2001, *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, CEDH 2001-VI.

Cour EDH (GC), 12 juillet 2001, *Ferrazzini c. Italie*, n° 44759/98, CEDH 2001-VII.

Cour EDH (déc.), 7 juillet 2001, *Beljanski c. France*, n° 44070/08.

Cour EDH, 2 octobre 2001, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, n° 36022/97.

Cour EDH (déc.), 2 octobre 2001, *Pichon et Sajous c. France*, n° 49853, CEDH 2001-X.

Cour EDH (déc.), 13 décembre 2001, *Koumoutsea et autres c. Grèce*, n° 56625/00.

2002

Cour EDH (déc.), 10 janvier 2002, *Unison c. Royaume-Uni*, n° 53574/99, CEDH 2002-I.

Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, CEDH 2002-I.

Cour EDH, 11 avril 2002, *Hatzitakis c. Grèce*, n° 48292/99.

Cour EDH, 16 avril 2002, *SA Dangeville c. France*, n° 3667/97, CEDH 2002-III.

Cour EDH, 16 avril 2002, *Sociétés Colas et autres c. France*, n° 37971/97, CEDH 2002-III.

Cour EDH (déc.), 24 avril 2002, *Larioshina c. Russie*, n° 56869/00.

Cour EDH, 7 mai 2002, *Bourdov c. Russie*, n° 33509/04, CEDH 2009.

Cour EDH, 21 mai 2002, *Jokela c. Finlande*, n° 28856/95, CEDH 2002-IV.

Cour EDH (satisfaction équitable), 28 mai 2002, *Beyeler c. Italie*, n° 33202/96.

Cour EDH (GC), 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, n° 46295/99, CEDH 2002-IV

Cour EDH (déc.), 27 juin 2002, *Federation of Offshore Workers' Trade Unions et autres c. Norvège*, n° 38190/97.

Cour EDH (déc.), 2 juillet 2002, *Gayduk et autres c. Ukraine*, n° 45526/99, CEDH 2002-VI.

Cour EDH (GC), 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, CEDH 2002-VI.

Cour EDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, n° 48553/99, CEDH 2002-VII.

Cour EDH (déc.), 24 septembre 2002, *Posti et Rahko c. Finlande*, n° 27824/95.

Cour EDH (déc.), 7 novembre 2002, *Olczak c. Pologne*, n° 30417/96, CEDH 2002-X.

Cour EDH (déc.), 12 novembre 2002, *Fortum Oil Gas and Gas Oy c. Finlande*, n° 32559/96.

2003

Cour EDH, 24 avril 2003, *Aktaş c. Turquie*, n° 24351/94, CEDH 2003-V.

Cour EDH, 27 mai 2003, *Sanglier c. France*, n° 50342/99.

Cour EDH, 24 juin 2003, *Allard c. Suède*, n° 35179/97, CEDH 2003-VIII.

Cour EDH (GC), 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, n° 36022/97, CEDH 2003-VIII.

Cour EDH, 17 juillet 2003, *Luordo c. Italie*, n° 32190/96, CEDH 2003-IX.

Cour EDH (déc.), 23 septembre 2003, *Radio France et autres c. France*, n° 53984/00, CEDH 2003-X.

Cour EDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, CEDH 2003-X.

Cour EDH (déc.), 2 octobre 2003, *Isaksen c. Norvège*, n° 13596/02.

Cour EDH, 24 octobre 2003, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, CEDH 2003-IX.

Cour EDH, 11 décembre 2003, *Fraschino c. Italie*, n° 35227/97.

Cour EDH (déc.), 16 décembre 2003, *Transado-Transportes Fluviais do Sado c. Portugal*, n° 35943/03, CEDH 2003-XII.

2004

Cour EDH, 6 mars 2004, *Ahmet Özkan et autres c. Turquie*, n° 21689/93.

Cour EDH (déc.) (GC), 10 mars 2004, *Senator Lines GmbH c. 15 États membres de l'Union européenne*, n° 56672/00, CEDH 2004-IV.

Cour EDH (déc.), 30 mars 2004, *Radio France et autres c. France*, n°53984/00, CEDH 2004-II.

Cour EDH (déc.), 1^{er} avril 2004, *Camberrow MM5 AD c. Bulgarie*, n° 50357/99.

Cour EDH, 27 mai 2004, *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche de Castille et autres c. France*, n°s 42219.98 et 54563/00.

Cour EDH (déc.), 27 mai 2004, *Roseltrans, Finlease et Myshkin c. Russie*, n° 60974/00.

Cour EDH (déc.), 3 juin 2004, *OooNeste St Petersburg et autres c. Russie*, n°s 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01, 69058/01.

Cour EDH, 13 juillet 2004, *Pla et Paucernau c. Roumanie*, n° 69498/01, CVEDH 2004-VIII.

Cour EDH, 20 juillet 2004, *Bäck c. Finlande*, n° 37598/97, CEDH 2004-VIII.

Cour EDH (déc.), 9 septembre 2004, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, n° 49429/99.

Cour EDH, 14 septembre 2004, *Rosenquist c. Suède*, n° 60619/00.

Cour EDH (GC), 28 septembre 2004, *Kopecský c. Slovaquie*, n° 44912/98, CEDH 2004-IX.

Cour EDH, 26 octobre 2004, *AB Kurt Kellermann c. Suède*, n° 41579/98.

Cour EDH, 10 novembre 2004, *Apicella c. Italie*, n° 64890/01.

Cour EDH, 10 novembre 2004, *Taskin et autres c. Turquie*, n° 46117/79, CEDH 2004-X.

Cour EDH, 16 novembre 2004, *Bruncrona c. Finlande*, n° 41673/98.

Cour EDH (GC), 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, n° 48939/99, CEDH 2004-XII.

Cour EDH, 30 novembre 2004, *Mikhailenki et autres c. Ukraine*, n°s 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02 et 42814/02, CEDH 2004-XII.

2005

Cour EDH (déc.), 13 janvier 2005, *Emesa Sugar NV. c. Pays-Bas*, n° 62023/00.

Cour EDH, 12 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, CEDH 2005-II.

Cour EDH, 17 février 2005, *K.A. A.D. c. Belgique*, n°s 42758/98 et 45558/99.

Cour EDH, 1^{er} mars 2005, *Bone c. France*, n° 69869/01.

Cour EDH (déc.) 8 mars 2005, *Fairfield et autres c. Royaume-Uni*, n° 24790/04, CEDH 2005-VI.

Cour EDH, 5 avril 2005, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, n° 54825/00, CEDH 2005-II.

Cour EDH, 9 juin 2005, *Fadeïeva c. Russie*, n° 55723/00, CEDH 2005-IV

Cour EDH, 16 juin 2005, *Storck c. Allemagne*, n° 61603/00, 2005-VII.

Cour EDH (GC), 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, n° 45036/98, CEDH 2005-VI.

Cour EDH (GC), 30 juin 2005, *Jahn et autres c. Allemagne*, n°s 46720/99, 72203/01 et 72552/01, CEDH 2005-VI.

Cour EDH (GC), 6 juillet 2005, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n°s 65731/01 et 65900/01, CEDH 2006-I.

Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, n° 73316/01, CEDH 2005-VII.

Cour EDH, 4 octobre 2005, *Chernobryvko c. Ukraine*, n° 11324/02.

Cour EDH, 11 octobre 2005, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, n° 73049/01.

Cour EDH (GC), 19 octobre 2005, *Roche c. Royaume-Uni*, n° 32555/96, CEDH 2005-X.

Cour EDH, 8 novembre 2005, *Géniteau c. France (n°2)*, n° 4069/02.

Cour EDH, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, n°49429/99, CEDH 2005-XII.

Cour EDH, 6 décembre 2005, *Kosarevskaya et autres c. Ukraine*, n°s 29459/03, 4935/04 et 26996/04.

2006

Cour EDH (GC) 11 janvier 2006, *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, n^{os} 52562/99 et 52620/99, CEDH 2006-I

Cour EDH, 14 février 2006, *Lecarpentier et autres c. France*, n^o 67847/01.

Cour EDH (déc.), 28 février 2006, *Thévenond c. France*, n^o 2476/02, Rec. 2006-III.

Cour EDH, 23 mars 2006, *Albanese c. Italie*, n^o 77924/01.

Cour EDH (déc.), 28 mars 2006, *Collectif national d'information à l'usine Melox – Collectif Stop Melox et Mox c. France*, n^o 75218/01

Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Apicella c. Italie*, n^o 64890/01.

Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Cocchiarella c. Italie*, n^o 64886/01.

Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Giuseppe Mostacciuolo c. Italie (n^o 1)*, n^o 64705/01.

Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Musci c. Italie*, n^o 64699/01.

Cour EDH (GC), 29 mars 2006, *Scordino c. Italie (n^o 1)*, n^o 36813/97, CEDH 2006-V.

Cour EDH, 11 avril 2006, *Cabourdin c. France*, n^o 60796/00.

Cour EDH (satisfaction équitable), 27 avril 2006, *Yiltas Yildiz Turistik Tesileri AS c. Turquie*, n^o 30502/96.

Cour EDH (GC), 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, n^o 35014/97, CEDH 2006-VIII.

Cour EDH (déc.), 5 octobre 2006, *Pokis c. Lettonie*, n^o 528/02, CEDH 2006-XV.

Cour EDH, 31 octobre 2006, *Jeličić c. Bosnie-Herzégovie*, n^o 41183/02, CEDH 2006-XII.

Cour EDH (GC), 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, n^o 73053/01, CEDH 2006-XIV.

Cour EDH (déc.), 7 décembre 2006, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, n^o 35841/02.

Cour EDH, 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, n^o 13378/05, CEDH 2008.

Cour EDH (déc.), 9 novembre 2006, *Krone verlags Gmbh & Co KG c. Autriche (n^o 4)*, n^o 72331/01.

2007

Cour EDH (GC), 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc c. Portugal*, n^o 73049/01, CEDH 2007-I.

Cour EDH, 8 février 2007, *Cleja et Mihalcea c. Roumanie*, n^o 77217/00.

Cour EDH, 13 février 2007, *Evaldsson et autres c. Suède*, n^o 75252/01.

Cour EDH, 22 février 2007, *Society of Locomotive Engineers and Fireman (ASLEF) c. Royaume-Uni*, n° 11002/05.

Cour EDH (satisfaction équitable), 6 mars 2007, *Scordino c. Italie (n° 3)*, n° 43662/98.

Cour EDH (déc.), 20 mars 2007, *Nitecki c. Pologne*, n° 65653/01.

Cour EDH (GC), 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, n° 63235/00, CEDH 2007-II.

Cour EDH, 27 mai 2004, *Connors c. Royaume-Uni*, n° 66746/01.

Cour EDH, 7 juin 2007, *Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale d’Iparralde c. France*, n° 71251/01.

Cour EDH, 31 juillet 2007, *Kozacioglu c. Turquie*, n° 2334/03.

Cour EDH (GC), 30 août 2007, *J.A. Pye (Oxford) LTD et J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Royaume-Uni*, n° 44303/02, CEDH 2007-III.

Cour EDH, 16 octobre 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, n° 74336/01, CEDH 2007-IV.

Cour EDH, 11 septembre 2007, *V.T. c. France*, n° 37194/02.

Cour EDH (GC), 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, n° 57325/00, CEDH 2007-IV.

Cour EDH, 15 novembre 2007, *Khamidov c. Russie*, n° 72118/01.

Cour EDH, 22 novembre 2007, *Ukraine-Tyumen c. Ukraine*, n° 22603/02.

Cour EDH, 4 décembre 2007, *Pasculli c. Italie*, n° 36818/97.

Cour EDH, 13 décembre 2007, *Compagnie de navigation de la République islamique d’Iran c. Turquie*, n° 40998/98.

2008

Cour EDH (déc.), 4 janvier 2008, *Imbert de Trémiolles c. France*, n^{os} 25834/05 et 27815/05.

Cour EDH, 15 janvier 2008, *R. Kačapor et autres c. Serbie*, n^{os} 2269/06 et 3041/06.

Cour EDH, 29 janvier 2008, *Balan c. Moldavie*, n° 19247/03.

Cour EDH, 21 février 2008, *SC Parmalat SPA et SC Parmalat Romania SA c. Roumanie*, n° 37442/03.

Cour EDH, 3 avril 2008, *Regent Company c. Ukraine*, n° 773/03.

Cour EDH, 8 avril 2008, *Megadat.com Srl c. Moldova*, n° 21151/04.

Cour EDH, 14 avril 2009, *S. C. Gherpardul S.R.L. c. Roumanie*, n° 29268/03.

Cour EDH (GC), 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, n° 13378/05, CEDH 2008.

Cour EDH, 22 mai 2008, *Meïdanis c. Grèce*, n° 33977/06.

Cour EDH (GC), 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, n° 26565/05, CEDH 2008.

Cour EDH, 7 juin 2008, *Segame c. France*, n° 4837/06.

Cour EDH, 30 juin 2008, *Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05.

Cour EDH, 1^{er} juillet 2008, *Borysiewicz c/ Pologne*, n° 71146/01.

Cour EDH, 9 octobre 2008, *Forminster Enterprises Limited c. République tchèque*, n°38238/04.

Cour EDH, 10 novembre 2008, *Société IFB c. France*, n°2058/04.

Cour EDH (GC), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97, CEDH 2008.

Cour EDH, 22 décembre 2008, *Aleksanyan c. Russie*, n° 46468/06.

2009

Cour EDH, 22 janvier 2009, “*Bulves*” *AD c. Bulgarie*, n° 3991/03.

Cour EDH (GC), 10 février 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, n° 14939/03, CEDH 2009.

Cour EDH (GC), 19 février 2009, *Kozacioglu c. Turquie*, n° 2334/03.

Cour EDH, 24 février 2009, *L'Érablière A.S.B.L. c. Belgique*, n° 49230/07.

Cour EDH, 5 mars 2009, *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, n° 26935/05.

Cour EDH, 28 mai 2009, *Bigaeva c. Grèce*, n° 26713/05.

Cour EDH (GC), 28 mai 2009, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, n° 42184/05, CEDH 2010.

Cour EDH, 11 juin 2009, *Dubus S.A. c. France*, n° 5242/04.

Cour EDH (déc.), 18 juin 2009, *Budina c. Russie*, n° 45603/05.

Cour EDH (GC), 30 juin 2009, *Verein Gegen TierFrabiekn Schwiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, n° 32772/02, CEDH 2009.

Cour EDH, 8 septembre 2009, *Valkov et autres c. Bulgarie*, n°s 2033/04, 171/05, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 2041/05, 24729/04.

Cour EDH (GC), 12 septembre 2009, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08, CEDH 2012.

Cour EDH, 15 septembre 2009, *Moskal c. Pologne*, n° 10373/05.

Cour EDH (GC), 15 octobre 2009, *Micaleff c. Malte*, n° 17056/06, CEDH 2009.

Cour EDH (déc.), 1^{er} décembre 2009, *Huc c. Roumanie et Allemagne*, n° 7269/05.

Cour EDH, 8 décembre 2009, *Aguilera Jimenez et autres c. Espagne*, n^{os} 28389/06, 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28961/06 et 28964/06.

Cour EDH, 8 décembre 2009, *Molnar Gabor c. Serbie*, n° 22762/05.

Cour EDH, 15 décembre 2009, *Kalender c. Turquie*, n° 4314/02.

Cour EDH (GC), 22 décembre 2009, *Guiso-Gallisay c. Italie*, n° 58858/00.

2010

Cour EDH, 7 janvier 2010, *Rantsev c/ Chypre et Russie*, n° 25965/04, CEDH-2010.

Cour EDH, 12 janvier 2010, *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, n° 4158/05, CEDH 2010.

Cour EDH (déc.), 19 janvier 2010, *Bock c. Allemagne*, n° 22501.

Cour EDH, 11 février 2010, *Malyshev et autres c. Russie*, n° 30280/03.

Cour EDH, 16 février 2010, *VD. c. Roumanie*, n° 7078/02.

Cour EDH (GC), 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, n° 42184/05, CEDH 2010.

Cour EDH, 23 mars 2010, *Oyal c. Turquie*, n° 4864/05.

Cour EDH, 30 mars 2010, *Bacila c./ Roumanie*, n° 19234/04.

Cour EDH, 8 avril 2010, *Yershova c. Russie*, n° 1387/04.

Cour EDH, 18 mai 2010, *Plalam S.P.A. c. Italie*, n° 16021/02.

Cour EDH (déc.), 25 mai 2010, *Association de défense des actionnaires minoritaires c. France*, n° 60151/09.

Cour EDH, 27 mai 2010, *Sarica et Dilaver c. Turquie*, n° 11765/05.

Cour EDH (GC), 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05, CEDH 2010.

Cour EDH, 1^{er} juillet 2010, *Korolev c. Russie*, n° 25551/05, CEDH-2010.

Cour EDH, 13 juillet 2010, *Clift c. Royaume-Uni*, n° 7205/07.

Cour EDH (déc.), 14 septembre 2010, *Steindel c. Allemagne*, n° 29878/07.

Cour EDH, 23 septembre 2010, *Obst c. Allemagne*, n° 452/03.

Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c. Allemagne*, n° 1620/03, CEDH 2010.

Cour EDH, 28 octobre 2010, *Suda c. République tchèque*, n° 1643/06.

Cour EDH, 18 novembre 2010, *Tunnel Report Limited c. France*, n° 27940/07.

Cour EDH (déc.), 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, n° 24408/08.

Cour EDH, 18 janvier 2011, *Sancho Cruz et autres c. Portugal*, n^{os} 8851/07, 8851/07, 8854/07, 8856/07, 8865/07, 10142/07, 10144/07, 24622/07, 32733/07, 32744/07, 41645/07, 19150/08, 22885/08, 22887/08, 26612/08 et 202/09.

2011

Cour EDH (GC), 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, CEDH 2011.

Cour EDH, 3 mars 2011, *Klein c. Autriche*, n° 57028/00.

Cour EDH, 29 mars 2011, *Uzan et autres c. Turquie*, n° 18240/03.

Cour EDH, 26 avril 2011, *Antunes Rodrigues c. Portugal*, n° 18070/08.

Cour EDH (déc.), 24 mai 2011, *Fedotov c. Moldavie*, n° 51838/07.

Cour EDH (déc.), 21 juin 2011, *Giuran c. Roumanie*, n° 24360/04.

Cour EDH, 30 juin 2011, *Association Les Témoins de Jehovah c. France*, n° 8916/05.

Cour EDH (GC), 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, n° 37452/02, CEDH 2011.

Cour EDH, Cour EDH, 19 juillet 2011, *Uj c. Hongrie*, n° 23954/10.

Cour EDH (GC), 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez c. Espagne*, n^{os} 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, CEDH 2011.

Cour EDH, 20 septembre 2011, *OAO Neftyanaya Kompanyia Yukos c. Russie*, n° 14902/04.

Cour EDH, 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics SRL c. Italie*, n° 43509/08.

Cour EDH (déc.), 17 octobre 2011, *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et Macédoine*, n° 60642/08.

Cour EDH, 18 octobre 2011, *Giusti c. Italie*, n° 13175/03.

Cour EDH, 18 octobre 2011, *Graziani-Weiss c. Autriche*, n° 31950/06.

Cour EDH, 21 octobre 2011, *Sigma Radio Television LTD c. Chypre*, n^{os} 32181/04 et 35122/05.

Cour EDH, 22 novembre 2011, *Zammit Maempel c. Malte*, n° 24202/10.

Cour EDH, 6 décembre 2011, *Gladysheva c. Russie*, n° 7097/10.

Cour EDH, 13 décembre 2011, *Lakićević et autres c. Monténégro et Serbie*, n^{os} 27458/06, 33604/07, 37205/06 et 37207/06

2012

Cour EDH (déc.), 17 janv. 2012, *GALEC c. France*, n° 51255/08.

Cour EDH, 14 février 2012, *Hardy et Maile c. Royaume-Uni*, n° 31965/07.

Cour EDH, 14 février 2012, *Tkachevy c. Russie*, n° 35430/05.

Cour EDH, 28 février 2012, *Koyadenko et autres c. Russie*, n° 17423/08.

Cour EDH, (GC), 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09, CEDH 2012.

Cour EDH, 13 mars 2012, *Shefer c. Russie*, n° 45175/04.

Cour EDH, 20 mars 2012, *Ionel Panfile c. Roumanie*, n° 13902/11.

Cour EDH (GC), 23 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06, CEDH 2012.

Cour EDH (GC), 3 avril 2012, *Kotov c. Russie*, n° 54522/00.

Cour EDH (déc.), 15 mai 2012, *Hadzhiyska c. Bulgarie*, n° 20701/09.

Cour EDH, 29 mai 2012, *Flores Cardoso c. Portugal*, n° 2489/09.

Cour EDH, 6 juin 2012, *Michaud c. France*, n° 12323/11, CEDH 2012.

Cour EDH (GC), 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, n° 38433/09, CEDH 2012.

Cour EDH, 12 juin 2012, *Lindheim et autres c. Norvège*, n^{os} 13221/08 et 2139/10.

Cour EDH (déc.), 10 juillet 2012, *Grainger et autres c. Royaume-Uni*, n° 34940/10.

Cour EDH (GC), 13 juillet 2012, *Mouvement raélien suisse c. Suisse*, n°16354/06, CEDH 2012.

Cour EDH (déc.), 4 septembre 2012, *Dumitru c. Roumanie*, n° 57265/08.

Cour EDH, 12 septembre 2012, *N.B. c. Slovaquie*, n° 29518/10.

Cour EDH (déc.), 18 septembre 2012, *Ásatrúarfélagid c. Islande*, n° 22897/08.

Cour EDH (GC), 25 octobre 2012, *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, n° 71243/01, CEDH 2012.

Cour EDH (GC), 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, n° 38433/09, CEDH 2012.

Cour EDH, 13 décembre 2012, *Flamenbaum et autres c. France*, n^{os} 3675/04 et 23264/04.

2013

Cour EDH, 10 janvier 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, n° 36769/08.

Cour EDH, 15 janvier 2013, *Eweida c. Royaume-Uni*, n^{os} 48420/10, 36516/10, 51671/10 et 59842/10, CEDH 2013.

Cour EDH, 29 janvier 2013, *Zolotas c. Grèce (n° 2)*, n° 66610/09, CEDH 2013.

Cour EDH, 31 janvier 2013, *Association des chevaliers du Lotus d'or c. France*, n° 50615/07.

Cour EDH (déc.), 19 février 2013, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c. Suède*, n° 40397/12.

Cour EDH, 11 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS et autres c. Norvège*, n° 24117/98.

Cour EDH (déc.), 12 mars 2013, *Floriou c. Roumanie*, n° 15303/10.

Cour EDH, 16 avril 2013, *Rolim Comercial S.A. c. Portugal*, n° 16153/09.

Cour EDH (GC), 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, n° 48876/08, CEDH 2013.

Cour EDH (déc.), 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, n°s 57665/12 et 57657/12.

Cour EDH, 16 mai 2013, *Maksymenko et Gerasymenko c. Ukraine*, n° 49317/07.

Cour EDH, 25 juin 2013, *Gáll c. Hongrie*, n° 49570/11.

Cour EDH, 2 juillet 2013, *R. Sz c. Hongrie*, n° 41838/11.

Cour EDH, 3 octobre 2013, *I.B. c. Grèce*, n° 552/10, CEDH 2013.

Cour EDH (déc.), 8 octobre 2013, *Da Conceição Mateus et Santos Januário c. Portugal*, n°s 62235/12 et 57725/12.

Cour EDH (déc.), 8 octobre 2013, *Lawyer Partners A.S. c. Slovaquie*, n° 51550/07.

Cour EDH, 12 décembre 2013, *Zagrebačka Banka d.d. c. Croatie*, n° 39544/05

Cour EDH, 17 décembre 2013, *Jenița Mocanu c. Roumanie*, n° 11770/08.

Cour EDH, 14 janvier 2014, *Pascucci c. Italie*, n° 1537/04.

2014

Cour EDH, 28 janvier 2014, *Giannitto c. Italie*, n° 1780/04).

Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens c. Italie, Grande Stevens c. Italie*, n°s 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10.

Cour EDH, 4 mars 2014, *Microintelect OOD c. Bulgarie*, n° 4129/03.

Cour EDH (GC) (satisfaction équitable), 12 mars 2014, *Kuric et autres c. Slovénie*, n° 26828/06, CEDH 2014, § 82.

Cour EDH (GC), 25 mars 2014, *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, n° 71243/01, CEDH 2014.

Cour EDH, 8 avril 2014, *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni*, n° 31045/10, CEDH 2014.

Cour EDH, 20 mai 2014, *McDonald c. Royaume-Uni*, n° 4241/12.

Cour EDH (GC), 12 juin 2014, *Fernandez-Martinez c. Espagne*, n° 56030/07, CEDH 2014.

Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Ališić et Autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie Et Ex-République Yougoslave De Macédoine*, n° 60642/08, CEDH 2014.

Cour EDH (satisfaction équitable), 31 juillet 2014, *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, n° 14902/04.

Cour EDH, 31 juillet 2014, *F.H. c. Grèce*, n° 78456/11.

Cour EDH (déc.), 16 septembre 2014, *Samsonov c. Russie*, n° 2880/10.

Cour EDH, 25 septembre 2014, *Karin Andersson et autres c. Suède*, n° 29878/09.

Cour EDH (GC), 17 avril 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, n° 47848/08, CEDH 2014.

Cour EDH, 25 septembre 2014, *Viaropoulou et autres c. Grèce*, n°s 570/11 et 737/11.

Cour EDH, 9 octobre 2014, *Liseytseva et Maslov c. Russie*, n°s 39483/05 et 40527/10.

Cour EDH, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Suède*, n° 7356/10.

2015

Cour EDH, 15 janvier 2015, *Arnaud et autres c. France*, n°s 36918/11, 36963/11, 36967/11, 36969/11, 36970/11 et 36971/11.

Cour EDH, 24 février 2015, *Haldimann et autres c. Suisse*, n° 21830/09, CEDH 2015.

Cour EDH, 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie Civil c. France*, n°s 63629/10 et 60567/10.

Cour EDH, 9 avril 2015, *Tchokontio Happi c. France*, n° 65829/12.

Cour EDH, 30 mai 2015, *Kapetanios et autres c. Grèce*, n^{os} 3453/12, 3453/12, 42941/12 et 9028/13.

Cour EDH (déc.), 16 juin 2015, *Othymia Investments BV c. Pays-Bas*, n^o 75292/10.

Cour EDH, 25 juin 2015, *Couturon c. France*, n^o 24756/10.

Cour EDH, 7 juillet 2015, *Odescalchi et Lante della Rovere c. Italie*, n^o 38754/07.

Cour EDH, 7 juillet 2015, *M.N. et autres c. Saint-Marin*, n^o 28005/12.

Cour EDH, 21 juillet 2015, *Cingilli Holding A.Ş. And Cingillioglu c. Turquie*, n^{os} 31833/06 et 37538/06.

Cour EDH, 1^{er} décembre 2015, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, n^o 69436/10.

Cour EDH (déc.) 1^{er} septembre 2015, *Da Silva Carvalho Rico c. Portugal*, n^o 13341/14.

Cour EDH, 3 décembre 2015, *Mytilinaios et Kostakis c. Grèce*, n^o 29389/11.

Cour EDH, 22 décembre 2015, *GSB c. Suisse*, n^o 28601/11.

2016

Cour EDH, 12 janvier 2016, *Morgoci c. République De Moldova*, n^o 13421/06.

Cour EDH, 16 février 2016, *Soares de Melo c. Portugal*, n^o 72850/14.

Cour EDH (déc.), 1^{er} mars 2016, *Tabbane c. Suisse*, n^o 41069/12.

Cour EDH, 31 mai 2016, *Vukusič c. Croatie*, n^o 69735/11.

Cour EDH, 12 juillet 2016, *Vrzić c. Croatie*, n^o 43777/13.

Cour EDH, 21 juillet 2016, *Mamatas et autres c. Grèce*, n^{os} 63066/14, 64297/14 et 66106/14.

Cour EDH, 1^{er} septembre 2016, *X. et Y. c. France*, n^o 48158/11.

Cour EDH, 13 septembre 2016, *Biagioli c. Saint-Marin*, n^o 64735/14

Cour EDH, 13 septembre 2016, *NML Capital LTD et EM Limited c. Suisse*, n^o 7633/11.

Cour EDH, 15 septembre 2016, *British Gurkha Welfare Society et autres c. Royaume-Uni*, n^o 44818/11.

Cour EDH 13 octobre 2016, *B.A.C. c. Grèce*, n^o 119881/15.

Cour EDH (GC) 20 octobre 2016, *Mursić c. Croatie*, n^o 7334/13, CEDH 2016.

Cour EDH (GC), 29 novembre 2016, *Paroisse Gréco-catholique Lupeni et autres c. Grèce*, n^o 76943/11, CEDH 2016.

Cour EDH (GC), 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, n^o 53080/13, CEDH 2016.

Cour EDH, 13 décembre 2016, *S.C. Fiercolect Impex S.R.L. c. Roumanie*, n° 26429/07.

Cour EDH (GC), 15 décembre 2016, *A et B c. Norvège*, n°s 24130/11 et 29758/11, CEDH 2016.

2017

Cour EDH, 28 février 2017, *Petro-M SRL et Rinax-TVR SRL c. République de Moldova*, n° 44787/05.

Cour EDH, 21 mars 2017, *Janssen Cilag SAS c. France*, n° 33931/12.

Cour EDH, 28 mars 2017, *Z.A. et autres c. Russie*, n° 61411/15.

Cour EDH, 30 mars 2017, *Chowdury et autres c. Grèce*, n° 21884/15, CEDH 2017.

Cour EDH, 4 avril 2017, *Tek Gida İş Sendikası c. Turquie*, n° 35009/05.

Cour EDH, 18 mai 2017, *S.G. c. Grèce*, n° 46558/12.

Cour EDH, 1^{er} juin 2017, *Stefanetti et autres c. Italie*, n°s 21838/10, 21849/10, 21852/10, 21855/10, 21860/10, 21863/10, 21869/10 et 21870/10.

Cour EDH (GC), 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, n° 931/13, CEDH 2017.

Cour EDH, 29 juin 2017, *Kosmas et autres c. Grèce*, n° 20086/13.

Cour EDH, 18 juillet 2017, *Lengyel c. Hongrie*, n° 8271/15.

Cour EDH, 20 juillet 2017, *Poulimenos et autres c. Grèce*, n° 41230/12.

Cour EDH (GC), 5 septembre 2017, *Fabian et autres c. Hongrie*, n° 78117/13, CEDH 2017.

Cour EDH (GC), 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, n° 61496/08, CEDH 2017.

Cour EDH, 10 octobre 2017, *Lachikhina c. Russie*, n° 38783/07.

Cour EDH (GC), 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, n° 43944/09, CEDH 2017.

Cour EDH (déc.), 14 novembre 2017, *Plaisier B.V. et autres c. Pays-Bas*, n° 28785/11.

2018

Cour EDH, 9 janvier 2018, *Europa-Trust S.A. c. République de Moldova*, n° 42044/05.

Cour EDH, 30 janvier 2018, *Sekmadienis Ltd c. Lituanie*, n° 69317/14.

Cour EDH, 22 février 2018, *Libert c. France*, n° 588/13.

Cour EDH (déc.), 10 avril 2018, *Üstüner c. Turquie*, n° 20006/08.

Cour EDH, 22 mai 2018, *Zelenchuk et Tsytsyura c. Ukraine*, n°s 846/16 et 1075/16.

Cour EDH, 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, n°s 4057510 et 67474/10.

Cour EDH, 23 octobre 2018, *Produkcija Plus Storitveno Podjetje D.O.O. c. Slovénie*, n° 47072/15.

Cour EDH, 19 juin 2018, *Bursa Barosu Başkanlığı et autres c. Turquie*, n° 25680/05.

Cour EDH, 26 juin 2018, *Industrial Financial Consortium Investment Metallurgical Union c. Ukraine*, n° 10640/05.

Cour EDH (GC), 26 juin 2018, *G.I.E.M. S.R.L. c. Italie*, n°s 1828/06, 34163/07, 19029/11.

Cour EDH, 16 octobre 2018, *Konyv Tar KFT et autres c. Hongrie*, n° 21623/13.

Cour EDH (GC), 11 décembre 2018, *Lekić c. Slovénie*, n° 36480/07.

2019

Cour EDH, 14 février 2019, *SA-Capital c. Finlande*, n° 5556/10.

Cour EDH, 16 avril 2019, *Kamoy Radyo Televizyon Yayincilik Ve Organizasyon A.S. c. Turquie*, n° 19965/06.

Cour EDH, 6 juin 2019, *Nodet c. France*, n° 47342/14.

Cour EDH, 4 juillet 2019, *Svitlana Ilchenko c. Ukraine*, n° 47166/09.

ii. Opinions individuelles

Opinion concordante du juge Pettiti sous Cour EDH (plén.), 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*.

Opinion dissidente commune aux juges Ryssdal, Bindschedler-Robert, Lagergren, Matscher, Evans, Bernhardt Et Gersing, sous l'arrêt Cour EDH (plén.), 29 mai 1986, *Deumeland c. Allemagne*.

Opinion dissidente commune aux juges Gölcüklü, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carrillo Salcedo et Valticos sous l'arrêt Cour EDH, 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*.

Opinion dissidente du juge Mastcher sous l'arrêt Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*.

Opinion concordante de la *Lady Justice Arden* à laquelle se rallie le juge Kovler. Sous l'arrêt Cour EDH, 10 mai 2001, *Z et autres c. Royaume-Uni*.

Opinion dissidente du juge Gölcüklü sous Cour EDH, 24 avril 2003, *Aktas c. Turquie*.

Opinion concordante du juge Lorenzen sous l'arrêt Cour EDH (satisfaction équitable), 30 octobre 2003, *Belvedere Alberghiera c. Italie*.

Opinion dissidente du juge Pavloschi sous l'arrêt Cour EDH, 11 janvier 2005, *Halis c. Turquie*.

Opinion en partie dissidente commune aux juges Lorenzen et Vajic sous Cour EDH, 20 octobre 2005, *Ouranio Toxo et autres c. Grèce*.

Opinion concordante commune aux juges Steiner et Hajiyev sous Cour EDH (GC), 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. Portugal*.

Opinion partiellement dissidente de la juge Fura-Sandström sous l'arrêt Cour EDH, 11 septembre 2007, *V. T. c. France*.

Opinion dissidente du juge Borrego Borrego sous l'arrêt Cour EDH, 4 décembre 2007, *Pasculli c. Italie*.

Opinion dissidente de la juge Tulkens sous Cour EDH, 21 octobre 2008, *Guiso-Gallisay*.

Opinion dissidente du juge Spielmann sous l'arrêt Cour EDH, 22 décembre 2009 *Guiso-Gallisay c. Italie*.

Opinion dissidente du juge Casadevall sous Cour EDH (GC), 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*.

Opinion en partie dissidente commune aux juges Tulkens, Kovler, Gyulumyan, Spielmann, Popović, Malinverni et Pardalos sous Cour EDH (GC), 7 juillet 2011, *Stummer et autres c. Autriche*.

Opinion dissidente du juge Lemmens sous l'arrêt Cour EDH, 23 janvier 2014, *East West Alliance Limited c. Ukraine*.

Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque sous l'arrêt Cour EDH, (GC), 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*.

Opinion partiellement dissidente des juges Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano Et Yudkivska, sous l'arrêt Cour EDH, (GC), 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*.

Opinion partiellement dissidente du juge Nicolaou sous l'arrêt Cour EDH, (GC), 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*

Opinion dissidente du juge Wojtyczek sous l'arrêt Cour EDH (GC), 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*.

Opinion concordante commune des juges O'Leary et Koskelo sous l'arrêt Cour EDH (GC), 5 septembre 2017, *Fabián c. Hongrie*

Opinion dissidente commune des juges Keller et Serghides sous Cour EDH, 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein*.

Opinion concordante du juge Kūris sous l'arrêt Cour EDH, 16 octobre 2018, *Konyv Tar KFT et autres c. Hongrie*.

Opinion du juge Pinto de Albuquerque sous l'arrêt Cour EDH, 16 octobre 2018, *Konyv Tar KFT et autres c. Hongrie*.

Opinion dissidente du juge Wojtyzek sous l'arrêt Cour EDH, 16 octobre 2018, *Konyv Tar KFT et autres c. Hongrie*.

B. Commission européenne des droits l'homme

Com. EDH (déc.), 5 mars 1962, *X c. RFA*, n° 1197/61.

Com. EDH (plén.) (déc.), 17 décembre 1963, *Iversen c. Norvège*, n° 1468/62.

Com. EDH (déc.), 1^{er} octobre 1965, *X c. Belgique*, n° 2145/64, Rec., n° 18, p. 17.

Com. EDH (plén.) (déc.), 6 avril 1968, *Vingt-et-un détenus c. Allemagne*, n°s 3134/67, 3172/67, 3188/67 et s.

Com. EDH, 5 février 1971, *X c. Autriche*, n° 3500/68, D. R. 37., pp. 1-5.

Com. EDH (déc.), 13 mai 1976, *X c. Autriche*, n° 6087, Rec. p. 10, p. 12.

Com. EDH (plén.) (déc.), 27 septembre 1976, *Sociétés W., X., Y. et Z. c. Autriche*, n° 7427/76, D.R., 7 p. 151

Com. EDH (déc.), 4 juillet 1978, *A.D. et société A.S. c. Allemagne*, n° 7742/76, p. 158.

Com. (plén.) (déc.), 10 juillet 1978, *CFDT c. Les Communautés européennes*, n° 8030/77.

Com. EDH (plén.), 7 décembre 1978, *Preikhsas c. Allemagne*, n° 6504/74, D.R., vol. 16.

Com. EDH (plén.) (déc.), 27 février 1979, *Société X c. Suisse*, n° 7865/77, D.R. 16, p. 86

Com. EDH, 5 mai 1979, *X. et Church of Scientology c. Suède*, n° 7805/77, D.R. 16, p. 78.

Com. EDH, 13 décembre 1979, *X c. Allemagne*, n° 8410/78, 18 D.R. 216.

Com. EDH (déc.), 6 mars 1980, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, n° 8724/79, D.R. 20, p. 226.

Com. EDH (déc.) (plén.), 15 décembre 1983, *C. c. Royaume-Uni*, n° 10358/83, D.R. 37, p. 148.

Com. EDH, 28 janvier 1983, *Yarrow P.L.C. et autres c. Royaume-Uni*, n°s 9266/81, 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9313/81, 9405/81, D. R. 30, p. 155.

Com. EDH (déc.) (plén.), 14 mai 1984, *E et G.R. c. Autriche*, n° 9781/82, D.R. 37, p. 46.

Com. EDH (déc.), 2 décembre 1985, *Swenska Managementgruppen AB c. Suède*, n° 11036/84, D.R. 45, p. 211.

Com. EDH, 13 juillet 1988, *Strigson c. Suède*, n° 12264/86, D.R. 57, p. 133.

Com. EDH (plén.) (déc.), 9 mai 1990, *Van Volsem c. Belgique*, n° 14641/89.

Com. EDH (déc.), 9 octobre 1990, *Smith Kline et french Laboratories Ltd c. Pays-Bas*, n° 12633/87, D. R. 66, p. 70.

Com. EDH, 30 mai 1991, *Société Stenuit c. France*, n° 11598/85.

Com. EDH (déc.), 12 février 1992, *Agrotexim et autres c. Grèce*, n° 14807/89.

Com. EDH (déc.), 2 septembre 1992, *Bernstorff c. République fédérale d'Allemagne*, n° 18431/91.

Com. EDH (plén.), 12 octobre 1982, *Bramelid et autres c. Suède*, n^{os} 8588/79 et 8589/79, D. R. 29, p. 64.

Com. EDH (déc.), 12 novembre 1992, *Noviflora Sweden Aktienbolad c. Suède*, n° 14369/88

Com. EDH (déc.), 15 avril 1996, *Kustannus Oy Vapaa Ajattelijä AB, Vappaa-Ajattelijain Liitto-Fritankarnas Forbud r. y. et kimmo Sundstorm c. Finlande*, n° 20471/92, D.R., n° 85-A.

Com. EDH (déc.), 8 septembre 1997, *RENFE c. Espagne*, n° 35216/97.

C. Cour et Commission interaméricaines des droits de l'homme

1. Décisions et arrêts

Cour IADH, 17 août 1990, *Velásquez-Rodríguez c. Honduras* (interprétation du jugement sur la réparation et les coûts), série C, n° 9.

Com. IADH, 22 février 1991, *Banco de Lima c. Pérou*, n° 10/169.

Cour IADH (réparations et coûts), 27 novembre 1998, *Loayza-Tamayo c. Pérou*, Série C, n° 4.

Com. IADH, 11 mars 1999, *MevopaL SA c. Argentine*, n° 39/99.

Cour IADH, 6 février 2001, *Ivcher Bronstein c. Pérou*, Série C, n° 74.

Com. IADH, 14 juin 2001, *Tomás Carvallo c. Argentine*, n° 67/01.

Cour IADH, 22 novembre 2005, *Palamara Iribarne c. Chili*, Série C, n° 135.

Cour IADH, 6 mai 2008, *Salvador Chiriboga c. Equateur*, Série C, n° 179.

Cour IADH, 22 juin 2015, *Granier et autres (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela*, Série C, n° 293.

Cour IADH, 23 novembre 2015, *Quispialoya Vilcapoma c. Pérou*, Série C, n° 308.

Cour IADH (avis consultatif), 26 février 2016, n° OC-22/16 « *Titularidad de derecho de las personas jurídicas en el Sistema interamericano de derechos humanos* ».

Cour IADH (avis consultatif), 15 novembre 2017, n° OC-23/17, « *Medio ambiente y derechos humanos* ».

Cour IADH, 31 août 2017, *Vereda La Esperanza c. Colombie*, Série C, n° 341.

2. Opinions individuelles

Opinion concordante du juge A. A. Cançado Trindade sous Cour IADH, 26 mai 2001, *Villagran Morales et autres c. Guatemala*.

D. Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 13 juillet 1963, *Commission c. Italie*, C-16/63.

CJCE, 14 mai 1974, *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, C-4/73.

CJCE, 16 décembre 1975, *Coöperatieve Vereniging 'Suiker Unie' UA et autres c. Commission*, C 40-73.

CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited*, C-72/83.

CJCE., 26 juin 1990, *Sofrimport Sarl c. Commission*, C-152/88.

CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, C 41/90.

CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität Munchen c. Hauptzollamt München-Mitte*, C-269/90.

CJCE, 20 mars 1997, *Alcan Deutschland*, C-24/95.

CJCE, 14 octobre 1999, *Atlanta AG*, C-104/97 P.

CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) Ltd*, C-491/01.

CJCE, 23 octobre 2003, *RTL c. Autriche*, C-245/01.

CJCE, 4 octobre 2004, *Omega*, C-36/02.

CJCE, 12 décembre 2006, *RFA c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-380-03.

CJCE (GC), 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/095.

CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, C-341/05.

CJCE 14 février 2008, *Société Varec SA*, C-450/06.

Trib. UE, 8 juillet 2008, *AC-Treuhand AG c/ Commission*, T-99/04.

CJUE (GC), 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd*, C-42/07.

CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich Gmbh c. Österreichischer Rundfunk*, C- 283/11.

CJUE, 11 juillet 2013, *Ziegler SA c. Commission*, C-439-111.

CJUE (GC), 5 février 2014, *Hervis Sport-és Divatkereskedelm Kft.*, C- 385/12

CJUE (Ass. Plénière), avis du 18 décembre 2014, C-2/13.

CJUE (GC), 4 mai 2016, *Philip Morris Brands SARL et al.*, C-547/14.

CJUE, (GC), 19 juillet 2016, *Kotnik et al.*, C- 562/4.

CJUE (GC), 20 septembre 2016, *Ledra Advertising Ltd et al.*, C-8/15P à C-10/15-P.

CJUE, 20 déc. 2017, *Global Starnet Ltd*, C-322/16.

CJUE, 17 janvier 2018, *Commission c. Grèce*, C-363/16.

CJUE (GC), 28 mars 2018, *Menci*, C- 524/15.

CJUE, 16 janvier 2019, *Commission c/ United Parcel Service, Inc. Et FedEx Corp*, C-265/17 P.

E. Cour internationale de justice / Cour permanente de justice internationale

CPJI, 28 juin 1923, *Affaire du Vapeur « Wimbledon »*, série A n° 1, p. 14.

CPJI, 12 décembre 1934, *Affaire Oscar Chinn*, Série A/B, n° 63, p. 65.

CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3.

CIJ, 27 juin 1986, *Activités paramilitaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 14.

CIJ., 24 mai 2007, *Ahmadou Sadio Diallo (République de guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 2007, p. 582.

CIJ, 19 juin 2012, *Ahmadou Sadou Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, CIJ Recueil 2012, p. 324.

F. Tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissement

TA CIRDI, 20 mai 1992, *SPP Ltd c. Egypte*, n° ARB/84/3.

TA CNUDCI, 13 mai 2000, *S.D. Myers Inc. c. Canada*.

TA CIRDI, 13 novembre 2000, *Maffezzini c. Espgane*, n° ARB/97/7

TA CIRDI, 29 mai 2003, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. États-Unis du Mexique*, n° ARB(AF)/00/2.

TA CIRDI, 12 septembre 2003, *Generation Ukraine c. Ukraine*, n° ARB/00/9.

TA CIRDI, 29 avril 2004, *Tokios Tokelès c. Ukraine*, n° ARB/02/18.

TA CIRDI, 25 mai 2004, *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chili S.A. c. Chili*, n° ARB/01/7.

TA CNUDCI, 17 mars 2006, *Saluka Investments BV c. Pays-Bas*.

TA CIRDI, 11 septembre 2007, *Parkerings-Compagnie et AS c. Lituanie*, n° ARB/05/8.

TA, CIRDI, 6 février 2008, *Desert Line Projects LLC contre République du Yémen*, n° ARB/05/1.

TA CIRDI, 13 août 2009, *Europa Cement Investment & Trade S.A. c. Turquie*, n° ARB(AF)07/2.

TA CIRDI, 5 septembre 2008, *Continental Casualty Company c. Argentine*, n° ARB/03/9.

TA CIRDI, 11 juin 2012, *EDF International SA, SAUR International SA & Leon Participaciones Argentinas SA c. Argentine*, n° ARB/03/23.

TA CPA, sentence du 18 juillet 2014, *Hulley Enterprises Ltd. (Cyprus) v. Russian Federation*, n° A 226.

G. Comité des droits de l'homme

Comité des droits de l'homme, 20 juillet 2011, *observation générale n° 34 sur l'article 19*, CCPR/C/GC/34.

I. Jurisprudence nationale

H. États-Unis

i. Cour Suprême

Cour suprême des États-Unis, 7 février 1798, *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798).

Cour suprême des États-Unis, 28 février 1877, *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877).

Cour Suprême des États-Unis, 17 avril 1905, *Lochner v. New-York*, 198 U.S. 45 (1905).

Cour Suprême des États-Unis, 4 mars 1934, *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934).

Cour suprême des États-Unis, 28 mars 1937, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

Cour suprême des États-Unis, 24 avril 1938, *United States v. Carolene Products Co*, 304 U.S. 144, 153 (1938).

Cour suprême des États-Unis, 22 mars 1970, *Goldberg c. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

Cour suprême des États-Unis, 24 mai 1976, *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, 425 U.S. 748 (1976).

Cour Suprême des États-Unis, 26 juin 1978, *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978).

Cour Suprême des États-Unis, 19 juin 1980, *Central Hudson Gas & Elec. Corp. V. Public Service Commission of New-York*, 447 U.S. 557 (1980).

Cour Suprême des États-Unis, 14 juin 1981, *Hodel v. Indiana*, 452 U.S. 314 (1981).

Cour Suprême des États-Unis, 18 mars 1985, *Cleveland Bd. of Ed. v. Loudermill*, 470 U. S. 532, 541 (1985).

Cour Suprême des États-Unis, 27 mars 1990, *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990).

Cour Suprême des États-Unis, 19 juin 1980, *Central Hudson Gas & Elec. v. Public Service Commission of New-York*, 447 U.S. 557 (1980).

Cour Suprême des États-Unis, 23 juin 2005, *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469, 490 (2005).

Cour Suprême des États-Unis, 27 juin 2005, *Castle Rock v. Gonzales*, 545 U.S. 748 (2005).

Cour Suprême des États-Unis, 21 janvier 2010, *Citizens United v. Federal Election Commission* 558 U.S. 310 (2010).

Cour Suprême des États-Unis, 30 juin 2014, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014).

ii. Autre

Van Dorn Co. v. Future Chemical & Oil Corp., 753 F.2d 569–70 (7th Cir. 1985).

I. Conseil constitutionnel

Cons. const., 16 juillet 1971, n°71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, *Nationalisations*.

Cons. const., 30 décembre 1982, n° 82-155 DC, *Loi de validation*.

Cons. const., 29 décembre 1983, n ° 83-164 DC, *Loi de finances pour 1984*.

Cons. const., 25 juillet 1984, n° 84-176 DC, *Loi modifiant la loi du 19 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle*.

Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.*

Cons. const., 19 janvier 1995, n° 94-359 DC, *Loi relative à la diversité de l'habitat.*

Cons. const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme.*

Cons. const., 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains.*

Cons. const., 21 février 2008, n° 2008-562, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.*

Cons. const., 13 janv. 2012, n° 2011-208 QPC, *Consorts B. [Confiscation de marchandises saisies en douane].*

Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-329 QPC, *Mme Altmann [Transmission des amendes, majorations et intérêts dus par un contribuable défunt ou une société dissoute].*

Cons. const., 12 novembre 2012, n° 2012-280 QPC, *Société Groupe Canal Plus et autres [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction].*

Cons. const., 30 novembre 2012, n° 2012-285 QPC, *Christian S [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle].*

Cons. const., 31 janvier 2014, n° 2013-364 QPC, *Coopérative GIPHAR-SOGIPHAR et autres [Publicité en faveur des officines de pharmacie].*

Cons. const., 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC, *Force ouvrière [Portage salarial].*

Cons. const., 18 mars 2015, n°s 2014-453/454 et 2015-462 QPC, *John L et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites en manquement d'initié].*

Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.*

Cons. const., 7 octobre 2015, n° 2015-486 QPC, *M. Gil L. [Cession forcée des droits sociaux d'un dirigeant dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire].*

Cons. const., 18 mai 2016, n° 2016-542 QPC, *Société ITM Alimentaire International SAS [Prononcé d'une amende à l'encontre d'une personne morale à laquelle une entreprise a été transmise].*

Cons. const., 23 novembre 2018, n° 2018-745 QPC, *M. Thomas T. et autres [pénalités fiscales pour omission déclarative et sanctions pénales pour fraude fiscale].*

J. Conseil d'État

CE, ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, n° 78825.

CE (avis contentieux), 4 décembre 2009, *Sté Rueil Sports*, n° 329173.

CE, 8 novembre 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*, n° 329384.

CE, ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, n° 368082, cons. 4, et *Société NC Numériable*, n° 390023.

CE, 15 avril 2016, *FNAUT*, n° 387475.

K. Cour de Cassation

Civ. 1ère, 20 février 2001, n° 99-12574, *Cubic*.

Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, n° 00-12.932.

Com., 15 décembre 2015, *Sté Consold Dermart A/S c. Sté Mergermarket Limited*, n° 14-11500.

Index thématique

*Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes
Afin de faciliter l'utilisation de cet index, le choix a été fait de privilégier des entrées
thématiques liées au domaine économique, et de les subdiviser en sous-entrées instrumentales*

Accès au marché :

- Droit au respect des biens : 389-392.
- Liberté d'association : 1221.

Action :

- Bien : 387.
- Expropriation : 969.

Actionnaire :

- Intérêt à agir : 202-220.
- Cession forcée de titres : 925, 1134.
- Levée du voile social : 202-220, 291, 451, 487, 996.
- Protection (But légitime) : 976, 1048, 1134, 1137, 1214.

Activités économiques dangereuses : 554-557.

Allocation des ressources : 848-855, 1119, 1220.

Analyse économique du droit : 17, 396.

Arbitrage :

- Licéité : 773-77.
- V. renonciation
- V. violence économique

Attentes légitimes :

- Champ d'application : 602-603.
- Proportionnalité : 1173-1178.

Austérité :

- Notion de bien : 431.
- Marge d'appréciation : 971, 1047.
- Proportionnalité : 1066, 1164.

Autorité de régulation :

- Délégation (principe) : 755-760.
- Délégation (modalités) : 761-771.
- Fonction répressive : 720-726.
- Pouvoir de sanction : 712-718.
- Cumul de fonctions : 799-801.

Bien :

- Espérance légitime : 402-407.
- Condition de légalité : 402-407, 408-410.
- Position économique : v. marché, sous « part de marché ».
- Propriété intellectuelle : 393-398.
- Prestations sociales : v. cette entrée.
- Valeur économique : 381-387.

Bonne gouvernance (principe de) : 844-855, 908, 910-913.

Concurrence :

- Critère de compétence *ratione materiae* : 124-129.
- Procès équitable (applicabilité) : 718, 721-723, 725, 770.
- Prévisibilité du droit : 880.
- Marge d'appréciation : 882, 950, 953.
- But légitime : 1095, 1117, 1123.
- Proportionnalité : 1223-1228.

Consensus :

- européen et international : 991-998.
- V. politique économique, sous « pluralisme ».

Crise économique :

- But légitime : 1101, 1120.
- Marge d'appréciation : 971.
- Proportionnalité : 1185-1886.
- Traitement inhumain dégradant : 566-567, 1101

Décision économique :

- Encadrement du processus : 858-859.

Discrimination :

- Clause de la nation la plus favorisée : 505-506.
- *De facto* : 518-519.
- Droit économique et droits de l'homme : 35-37, 489-490.
- Économique : 512-516.
- Personnes physiques et morales : 502.
- Positive : 522-523.

Discours commercial :

- Applicabilité : 441-449.
- Degré de protection : 950-952, 976-977, 1195.

Discours sur les activités et opérateurs économiques :

- Applicabilité : 450-454.
- Degré de protection : 1214.

Domicile professionnel : 459-460.

Données bancaires : 471, 844.

Droit au logement : 1196-1198.

Droit international économique :

- Définition : 13-17.
- Conflit avec les obligations conventionnelles : 1185-1190.

Droits économiques et sociaux :

- Catégorie : 19-32.
- Indivisibilité : 637-639.
- Réticences : 642-645, 1102-1105, 1198.

Effet de cliquet (absence d') : 423, 1176-1178.

Entreprise publique :

- Activité commerciale : 122-124.
- Qualité à agir : 112-116, 119, 122-129.
- États-tiers : 96.
- Financement : 136-139.

Enrichissement sans cause :

- État : 852-854.
- Individu : 255-257.

Environnement :

- But légitime : 1125.
- Indemnisation de l'expropriation : 1031.
- Procéduralisation : 820-825, 859-860, 923.
- Rationalité économique : 1126.
- Respect du domicile : 649.

Expertise économique :

- Satisfaction équitable : 320-327.
- Procès équitable : 775-758, 791.

Externalités négatives :

- Définition : 648.
- Procéduralisation : 820-825.
- Respect du domicile : 648-651.

Expropriation :

- Qualification : 598-601, 607-611.
- *De facto* : 598-601.
- Indemnisation : 1028-1034.
- Utilité privée : 1132-1134.

Impôt :

- But légitime : 1119.
- *Non bis in idem* : 729, 739.
- Confiscatoire : 588, 1158, 1164
- Contrôle substantiel : 584-588.
- Notion d'imposition : 589.
- Perquisition : 829-830, 834-836.

- Procéduralisation : 826-831.
- Procès équitable (applicabilité) : 703-707.
- Sanction fiscale : 729, 739.

Individualisme :

- Capitalisme : 21-22.
- Fondement des droits de l'homme : 20-22
- Libéralisme économique : 1154, 1168-1188.
- Travaux préparatoires : 53.

Inflation :

- Absence de droit à la préservation : 400.
- Indexation de pension : 985,
- Indemnisation pour expropriation : 315, 1030.
- Satisfaction équitable : 326, 335, 341, 347.

Intérêt économique privé :

- But légitime : 1135-1139.

Justice sociale :

- Adéquation : 1051.
- But légitime : 1091, 1116, 1121-1122, 1136.
- Discrimination positive : 520-523.
- Indemnisation pour expropriation et règlementation des biens : 1022-1026, 1031.
- Proportionnalité : 1159, 1179.
- Sentiment : 1121.

Libéralisme économique :

- Indemnisation pour expropriation et règlementation des biens : 1022-1034.
- Liberté d'expression : 446-448.
- Libéralisme politique : 76, 1191.
- Respect des biens : 1222-1228.

Liberté contractuelle :

- Droit de nouer des relations avec ses semblables : 632-634.
- Protection inférieure : 894, 1178-1181, 1202.
- Renonciation aux droits : 778, 1202,

Liberté d'entreprendre :

- Discrimination : 497.
- Notion de bien : 389-392, 525.
- Liberté d'association : 550.
- Liberté d'expression : 444.
- Pouvoir patronal : 420.
- Respect de la vie privée : 631-634.

Liberté professionnelle :

- Droit à gagner sa vie par le travail (absence de) : 26, 632-633.

Marché :

- Insuffisance : 1123, 1127.
- Préservation : 717, 721, 725, 740, 1116-1118.
- Part de marché : 389-392.
- Règlementation : 1122-1123.
- Standard conventionnel : 1119-1121.

Marchés financiers :

- *Non bis in idem* : 730, 740.

Marxisme : 21-22, 25, 1112.

Marge d'appréciation :

- Nature des droits économiques : 948-964.
- Équilibre des pouvoirs :
- Procéduralisation

Monopole :

- But légitime : 1148.
- Droit au respect des biens : 1223-1228.
- Compétence *ratione materiae* : 124-129.
- Mesures-alternatives : 994, 1070.
- Liberté d'association : 622.
- Liberté d'expression : 1037-1039, 1070, 1215-1216.
- Syndical : 780, 785, 979.
- Travail forcé : 579.

Morale : 411-412.

Néolibéralisme : 11-12, 22, 38, 877, 934, 1034, 1167, 1191, 1227.

Neutralité fiscale :

- Liberté de conscience : 545.

Ordre public économique national :

- Définition : 1080.
- Contenu : 1114-1139.
- Sanction : 1140-1151.

Ordre public économique européen : 1080-1081, 1138.

Outil de travail :

- Notion de bien : 417-419.
- Indemnisation : 1030.

Pauvreté :

- Liberté de circulation : 1182-1184.
- Suppression d'aide sociale : 1075, 1176.
- Traitement inhumain ou dégradant : 562-564, 565-568.

Personnalité des peines :

- Transmission par héritage : 802-803
- Transmission par fusion-acquisition : 804-806.

Politique économique et sociale :

- Pluralisme politique : 999-1103.
- Marge d'appréciation : 967-970.

Prévisibilité du droit : 876-888.

Publicité :

- V. liberté d'expression

Prestation sociale :

- Attente légitime : 1169.
- Notion de bien : 422-427 ; 429-437.
- Non-discrimination : 492, 495-497.
- Contributive/non contributive : 422-427.
- Retrait/suppression/réduction : 1024, 1050, 1062, 1120, 1176-1177.

Relations économiques privées :

- Applicabilité : 646-651.
- Degré de protection : 891-898.
- Régulation : 652-656.

Renonciation :

- Garanties procédurales : 773-788.
- Garanties substantielles : 1202.

Redistribution :

- Bien : 422-427 ; 429-437.
- Non-discrimination : 492, 495-497.
- Obligation positive : 636-644, 1110-1105.

Ressources publiques

- Allocation : 908, 911.
- But légitime (acceptation) : 1103-1104, 1119-1121.
- But légitime (refus) : 1101-1102, 1106-1110.

Risque systémique : 924.

Salarié :

- Notion de bien : 418-420.
- Droits dans la sphère professionnelle : 626, 651.
- Licenciement : 138, 190, 269, 651.

Secret des affaires : 472-473.

Siège social :

- Applicabilité : 468-469.
- Degré de protection : 953.

Social-démocratie : 1022, 1033.

Social-libéralisme : 53.

Sociétés commerciales :

- Correspondance et données : 471-473
- Dommage moral : 273-277.
- Liberté d'association : 482.
- Liberté de conscience : 481.
- Siège social : v. cette entrée.
- Travail forcé : 483.
- Vie privée : 477-478.

Spéculation :

- Lutte (contre la) : 1123, 1142.

Stabilité bancaire :

- Garanties procédurales : 840.
- Marge d'appréciation : 957.

Substance des droits :

- Atteinte : 1199-1204.

Traitement inhumain et dégradant :

- v. pauvreté
- activité économique (comme) : 569-570.

Violence économique : 784-788.

Table des matières

REMERCIEMENTS	v
SOMMAIRE	vii
SIGLES ET ABBRÉVIATIONS	ix
INTRODUCTION GÉNÉRALE	13
§1. La relation entre les droits de l’homme et l’économie	15
A. Le choix nécessaire d’une définition de l’économie	15
1. L’économie appréhendée par la science économique.....	16
2. L’économie appréhendée par la science juridique.....	19
B. La spécificité de l’analyse : l’ambivalence des relations	22
1. L’économie comme objet de projection : les droits économiques et sociaux	23
a. Le fondement de la distinction : la fonction des droits de l’Homme.....	23
b. Les insuffisances de la distinction	25
2. Les droits de l’Homme comme objet économiquement déterminé	30
a. L’indifférence de la qualification dans la poursuite d’intérêts économiques	31
b. Le caractère économiquement contingent des droits de l’homme.....	37
§2. Le domaine de l’étude : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme... ..	40
A. Le cadre : la Convention européenne des droits de l’Homme.....	41
1. La volonté initiale d’exclusion des questions économiques	41
2. Les manifestations économiques marginales au sein du texte conventionnel	44
3. La conscience incontestable des États de la portée économique de la Convention.....	45
4. La conséquence : la résolution jurisprudentielle de l’équation.....	47
B. Les données : les décisions de la Cour européenne des droits de l’Homme	50
1. Les décisions <i>stricto sensu</i> de la Cour	50
2. Les décisions de la Commission et les opinions individuelles	50
§3. Méthodologie et problématique.....	51
A. Le recours au droit comparé	52
1. La comparaison internationale.....	52
2. La comparaison nationale	54
B. Une approche substantielle et inductive	56
C. Énoncé de la problématique	57
PARTIE 1 : L’INTÉGRATION DE LA MATIÈRE ÉCONOMIQUE DANS LE CHAMP	
CONVENTIONNEL	61
TITRE 1 : L’INTÉGRATION DU FAIT	65
CHAPITRE 1 : LE RÔLE DU FAIT ÉCONOMIQUE DANS L’EXERCICE DU RECOURS	
INDIVIDUEL	67
SECTION 1 : LE FAIT ÉCONOMIQUE, CRITÈRE DE DÉLIMITATION DE L’AUTORITÉ	
GOUVERNEMENTALE	68
§1. Le rejet de l’exception <i>de jure gestionis</i> pour les organes de l’État.....	68
A. Le principe international de l’unité juridique de la personne de l’État	69

1.	L'inspiration internationaliste.....	69
2.	L'autonomisation vis-à-vis du droit international	71
B.	La conséquence : l'absence d'une exception <i>de jure gestionis</i>	72
§2.	La diversification de l'État, cause d'intégration du fait économique.....	75
A.	Le contrôle exercé par l'État	77
1.	La détermination de l'existence d'un contrôle	77
a.	Le critère capitalistique, critère principal	77
b.	Le contrôle du fait du secteur économique, critère marginal	81
2.	La portée de l'existence d'un contrôle.....	81
B.	L'approche matérielle : l'activité économique exercée.....	82
1.	Le caractère gouvernemental compatible avec des activités économiques	82
2.	Le caractère gouvernemental révélé par la structure du secteur économique	84
C.	L'approche fonctionnelle : la comparaison avec l'opérateur économique privé.....	86
1.	La régulation de secteurs économiques	86
2.	L'appréciation relative du critère tenant à la poursuite d'un lut lucratif	88
3.	La subsidiarité du mode de financement de l'opérateur	89
	SECTION 2 : LE FAIT ÉCONOMIQUE, VECTEUR DE MODULATION DE L'INTÉRÊT	91
	À AGIR.....	91
§1.	L'existence de la qualité de victime	92
A.	L'intégration ancienne de l'intérêt économique	93
1.	La dissociation de principe entre préjudice économique et qualité de victime	93
a.	L'indifférence de principe au préjudice subi	93
b.	L'acceptation de l'affectation potentielle de la situation économique requérant	95
2.	La réintégration ancienne de l'intérêt économique à agir.....	99
a.	L'intérêt économique du tiers à l'introduction et à la poursuite d'une requête	100
b.	La perte de la qualité de victime.....	105
B.	L'intégration nouvelle : un vecteur de restriction de la recevabilité	112
1.	Le préjudice important assimilé à l'intérêt économique subjectif.....	112
2.	Le préjudice important au-delà de l'intérêt économique significatif.....	117
§2.	La répartition de la qualité de victime	119
A.	La dissociation entre les intérêts économiques et juridiques des sociétés et actionnaires .	119
1.	L'effet recherché du recours au droit interne : la dissociation des intérêts	120
2.	Les effets inattendus du recours au droit interne	123
B.	L'examen des intérêts économiques convergents	125
1.	La consécration de l'exception classique de la théorie des circonstances exceptionnelles : la représentation des intérêts de la société par l'actionnaire	125
2.	La consécration volontariste de la théorie de la « société-relai » : la confusion des intérêts de la société et de l'actionnaire.....	127
	CONCLUSION DU CHAPITRE 1	131
	CHAPITRE 2 : LE FAIT ÉCONOMIQUE DANS LA RÉPARATION	135
	SECTION 1 : LA FONCTION ÉCONOMIQUE DE LA RÉPARATION, FACTEUR	
	D'INTRODUCTION DU FAIT ÉCONOMIQUE	137
§1.	La préférence accordée au mode de réparation indemnitaire	137
A.	La marginalité pratique de la <i>naturalis restitutio</i>	138
1.	La primauté de principe de la <i>naturalis restitutio</i>	138
a.	La réaffirmation du principe	138
b.	L'impossibilité de procéder à la <i>naturalis restitutio</i>	139
c.	La portée limitée de l'obligation.....	140
2.	Le contentieux économique, champ d'application principal de la <i>naturalis restitutio</i> .	142

B.	La fonction compensatoire de l'indemnisation encadrée par le principe de réparation intégrale.....	145
1.	L'interdiction de l'enrichissement sans cause	145
2.	Le rejet incertain des dommages-intérêts punitifs	147
3.	L'exception isolée : les expropriations régulières	148
§2.	La consistance économique du dommage comme objet de la réparation.....	150
A.	L'acceptation large de l'étendue du dommage.....	150
1.	L'étendue matérielle : l'absence de corrélation entre la nature du dommage et la nature du droit violé	151
2.	L'étendue personnelle : l'absence de corrélation entre la nature du dommage et l'objet statutaire des victimes	155
B.	L'appréciation variable du lien de causalité	158
1.	L'exclusion de la part du dommage externe à la violation	159
2.	L'acceptation du dommage économique incertain : l'indemnisation de la perte de chances	161
3.	La porosité contestable entre le dommage moral et le dommage matériel.....	164
SECTION2 : LE FAIT ÉCONOMIQUE, INSTRUMENT DE RÉALISATION DE LA RÉPARATION		168
§1.	L'évaluation économique variable du dommage.....	168
A.	La variation de l'évaluation selon la nature du dommage.....	169
1.	L'existence de dommages économiques aléatoires : l'exemple des pertes de revenus .	169
2.	La difficulté d'évaluation inhérente au dommage moral.....	171
a.	La difficulté dépassée de l'évaluation du dommage moral en termes économiques ..	172
b.	La comparabilité problématique en termes économiques des dommages moraux.....	173
B.	La variation selon la nature de la violation.....	177
1.	La distinction désormais incertaine entre les expropriations illicites et les « licites » ..	177
2.	L'évaluation différenciée comme mode de hiérarchisation entre les violations	180
C.	La source du fait économique : le recours décevant à l'expertise	181
1.	Un recours aux expertises admis	182
2.	Un recours marginal aux expertises.....	184
§2.	L'instrumentalisation du fait économique.....	186
A.	La préservation maîtrisée de l'effectivité économique de la réparation.....	186
1.	L'établissement d'une monnaie de référence	187
2.	L'actualisation de l'indemnité par l'octroi d'intérêts moratoires	191
B.	La préservation de l'efficacité économique de la réparation.....	193
1.	Les intérêts moratoires comme instrument d'exécution	193
2.	La préservation variable de l'intégrité vis-à-vis des créanciers de la victime	197
3.	L'adaptation insuffisante du délai d'exécution au poids économique de l'indemnité ..	199
CONCLUSION DU CHAPITRE 2		201
CONCLUSION DU TITRE 1		205
TITRE 2 : L'INTÉGRATION DE L'OBJET		209
CHAPITRE 3 : L'ÉLARGISSEMENT DU CHAMP D'APPLICATION DES DROITS GARANTIS ...		213
SECTION 1 : LE VECTEUR PRINCIPAL : L'ÉLARGISSEMENT MATÉRIEL DES DROITS GARANTIS		214
§1.	L'intérêt économique, vecteur d'élargissement de la notion de « biens »	214
A.	La confusion croissante du bien et de l'intérêt économique	214
1.	L'assimilation d'un bien à une valeur économique.....	215
2.	La substitution imparfaite du bien à la liberté économique.....	220

a.	La protection d'une position économique, substitut inachevé de la liberté d'entreprendre.....	220
b.	L'intégration large des droits de propriété intellectuelle.....	223
c.	L'absence de droit à acquérir un bien.....	226
d.	L'absence d'un droit à un bien protégé de l'inflation.....	227
3.	L'existence d'un intérêt économique, critère parfois insuffisant.....	228
a.	Le maintien d'un fondement juridique de l'espérance légitime.....	229
b.	Un intérêt économique pas toujours légal.....	233
c.	La restriction rare de la notion de bien au nom de considérations morales.....	235
B.	La fonction sociale variable du bien.....	237
1.	L'absence de critère de modulation du bien en fonction de son importance pour l'individu : l'exemple de la propriété intellectuelle.....	237
2.	La protection inégale de l'outil de travail.....	239
3.	Une protection étendue à toutes les prestations sociales.....	242
a.	L'abandon de la distinction entre prestations contributives et non contributives.....	243
b.	L'appréciation souple de la condition tenant aux critères d'attributions.....	246
§2.	La subsumption des intérêts économiques sous les autres notions autonomes.....	251
A.	La liberté d'expression, vecteur de la libre diffusion du discours commercial.....	252
1.	L'intégration assumée du discours commercial comme discours protégé.....	252
2.	Les fondements économiques cachés de l'intégration.....	256
B.	La liberté d'expression, vecteur de protection du discours sur les activités économiques.....	258
SECTION2 : LE FACTEUR D'INTENSIFICATION : L'ELARGISSEMENT PERSONNEL DES DROITS GARANTIS.....		262
§1.	L'indifférence de la poursuite d'intérêts économiques par le titulaire du droit revendiqué.....	262
A.	Une indifférence affirmée d'abord chez la personne physique.....	262
B.	Une indifférence étendue aux personnes morales.....	266
1.	La personne morale à vocation lucrative, sujet du droit conventionnel.....	267
2.	La personne morale, sujet incomplet de l'ordre conventionnel.....	272
a.	La persistance de certaines différences entre l'individu et la personne morale.....	272
b.	Des limites relatives.....	279
§2.	Le principe de non-discrimination, vecteur d'absorption personnelle de la matière économique.....	281
A.	Un champ d'application large.....	281
1.	Un critère d'application matériel étendu.....	282
2.	Un critère d'application personnelle protéiforme.....	286
a.	La situation économique des individus.....	286
b.	La comparaison entre personnes physiques et morales.....	287
c.	La prise en considération des actes individuels des opérateurs économiques.....	288
3.	L'instrumentalisation de la comparabilité.....	289
a.	L'absence de clause de la nation la plus favorisée sociale et fiscale.....	289
b.	L'extension des motifs de comparaison.....	291
B.	Les hypothèses multiples de discrimination.....	293
1.	La reconnaissance de motifs variés de discrimination.....	293
2.	La reconnaissance de situations variées de discrimination.....	296
a.	Les discriminations <i>de facto</i>	296
b.	La reconnaissance de l'égalité matérielle.....	297
CONCLUSIONS DU CHAPITRE 3.....		301
CHAPITRE 4 : L'INTÉGRATION PAR L'APPROFONDISSEMENT DU CONTENU DES DROITS.....		305
SECTION 1 : L'INTÉGRATION DES ATTEINTES ÉCONOMIQUES AUX CONDITIONS D'EXERCICE DES DROITS GARANTIS.....		306
§1.	La prise en considération variable de l'existence d'une atteinte de nature économique....	306
A.	L'intégration large des atteintes économiques dans le cadre des droits conditionnels.....	307

1.	La prise en considération des atteintes économiques au regard du droit au respect du domicile	307
2.	La prise en considération des atteintes de nature économique à la liberté religieuse....	309
3.	Les atteintes économiques aux droits, substituts conjoncturels des libertés économiques et des droits sociaux	313
B.	L'acceptation limitée des atteintes économiques aux droits inconditionnels	315
1.	L'intégration variable des causes économiques d'atteintes au droit à la vie	315
2.	Les conditions de vie économiques comme traitement inhumain ou dégradant	319
a.	La pauvreté, motif difficilement admis de traitements inhumains ou dégradants	319
b.	La pauvreté, facteur aggravant des traitements inhumains ou dégradants	321
c.	L'activité économique comme traitement inhumain ou dégradant : l'exemple de la prostitution	323
3.	Les conditions économiques d'une activité comme esclavage ou travail forcé	325
§2.	L'intégration multiple des atteintes économiques aux biens	330
A.	La nécessité de la répartition : la reconnaissance de différents types d'atteintes	330
1.	L'activation de la troisième phrase	330
a.	L'affirmation d'un contrôle autonome de l'impôt	331
b.	Le champ d'application large du contrôle	334
c.	La spécificité relative du contrôle	334
2.	L'activation de la première phrase	335
B.	Les modalités incertaines de la répartition	337
1.	Le critère tiré de l'intensité de l'atteinte	338
a.	L'expropriation <i>de facto</i>	338
b.	La prise en considération des attentes légitimes	341
2.	Le critère insuffisant de l'intensité de l'atteinte	342
a.	Le critère de la complexité des faits	342
b.	Le critère correctif du but de l'ingérence	344
3.	L'enjeu relatif de la qualification	347
SECTION 2 : L'EXTENSION DES PRÉROGATIVES CONFÉRÉES EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE		
.....		349
§1.	L'approfondissement du contenu des droits, vecteur de diffusion des libertés économiques	349
A.	La reconnaissance du volet négatif des droits : l'exemple de la liberté d'association	350
B.	L'ajout de volets positifs : l'exemple du droit de nouer des relations avec ses semblables	353
1.	La découverte du droit de nouer des relations avec ses semblables	353
2.	Les conséquences de la reconnaissance du droit	354
a.	Les conséquences <i>de lege lata</i>	354
b.	Les conséquences <i>de lege ferenda</i>	356
§2.	L'extension du contenu des obligations conventionnelles	359
A.	Les obligations positives verticales, source limitée d'obligations de fourniture de prestations économiques	359
1.	La disparition de l'argument de principe	359
2.	Le maintien des réticences empiriques	361
B.	Les obligations positives horizontales, source d'encadrement de l'État régulateur	365
1.	L'applicabilité des droits aux relations économiques privées	366
2.	Le développement d'obligations de régulation des activités économiques privées	370
CONCLUSIONS DU CHAPITRE 4		373
CONCLUSION DU TITRE 2		377
CONCLUSIONS DE LA PARTIE 1		379

**PARTIE 2 : L'ADAPTATION DES GARANTIES CONVENTIONNELLES FACE À LA
MATIÈRE ÉCONOMIQUE 383**

TITRE 3 : LA PROCÉDURALISATION DU CONTRÔLE.....385

CHAPITRE 5 : LA TRANSFORMATION DES DROITS PROCÉDURAUX 387

SECTION 1 : L'ADAPTATION DU CHAMP D'APPLICATION DES GARANTIES

PROCÉDURALES AUX CONTENTIEUX ÉCONOMIQUES 387

§1. L'adaptation imparfaite du champ d'application du droit au procès équitable en matière économique 388

A. La spécificité contrastée : l'applicabilité du volet civil à la matière économique..... 388

1. Les facteurs de la large intégration des contentieux économiques..... 388

a. La déconnexion du « droit » de l'ordre conventionnel 390

b. Le rattachement de la matière « civile » à la patrimonialité 391

2. La résistance peu compréhensible du contentieux fiscal 395

B. La spécificité dépassée : l'applicabilité du volet pénal à la matière économique 400

1. L'absence de contradiction entre l'objet économique et la matière économique 400

2. La reconnaissance des sanctions à caractère pénal en matière de régulation 402

3. La reconnaissance de la fonction répressive de la régulation économique 406

§2. L'instabilité du champ d'application de *non bis in idem* en matière économique 409

A. L'intégration de l'action économique par l'adaptation maîtrisée du champ d'application 410

1. L'approche factuelle du *idem* 410

2. L'approche harmonieuse du « *bis* » 413

B. La redécouverte de la spécificité de l'action économique par la proportionnalisation du principe..... 415

1. Une redécouverte influencée par les autorités nationales 415

2. Une redécouverte fondée sur la proportionnalité..... 419

SECTION 2 : L'APPLICATION VARIABLE DES GARANTIES PROCÉDURALES EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE..... 423

§1. La disponibilité accentuée des garanties procédurales en matière économique..... 423

A. La disponibilité encadrée des garanties procédurales au profit de l'État régulateur 423

1. La possibilité de délégation à un organe non juridictionnel du contentieux économique...
..... 424

2. L'encadrement de la délégation à un organe non juridictionnel du contentieux économique 426

B. La disponibilité encadrée des garanties procédurales en matière économique au profit des opérateurs économiques 431

C. La reconnaissance de la faculté de renonciation aux garanties procédurales en matière économique 432

1. L'encadrement de la faculté de renonciation aux garanties procédurales en matière économique 434

§2. Le maintien variable du contenu des garanties procédurales en dépit de la singularité du contentieux économique 441

A. Le maintien variable de l'exigence d'une voie de recours satisfaisant aux conditions de l'article 6 441

B. Le maintien des principes fondamentaux du droit pénal en matière économique..... 444

1. Le maintien de l'exigence d'impartialité 444

2. Le maintien du principe de personnalité des peines 447

CONCLUSION DU CHAPITRE 5 451

CHAPITRE 6 : LA PROCÉDURALISATION DES DROITS SUBSTANTIELS 455

SECTION 1 : L'EXTENSION DU CONTRÔLE DE L'ACTION ÉCONOMIQUE DE L'ÉTAT..... 456

§1.	Le contournement du champ d'application des droits procéduraux	456
A.	Le dépassement des limites matérielles d'applicabilité.....	457
1.	Une fonction palliative : les externalités négatives des activités industrielles et l'environnement.....	457
2.	Une fonction palliative : l'exemple fiscal.....	462
B.	Le contournement ambivalent des droits procéduraux.....	465
1.	La procéduralisation comme contrepartie à l'extension du contrôle conventionnel	465
2.	L'extension en dehors du cadre <i>ratione personae</i> du « procès ».....	467
a.	L'enrichissement de l'auteur de la procédure	468
b.	L'élargissement de la garantie au-delà du destinataire de la procédure	470
§2.	L'enrichissement de la fonction des droits substantiels	472
A.	L'allocation des ressources, fondement d'un principe de bonne gouvernance	472
1.	Un fondement économique.....	473
2.	Une fonction économique.....	474
B.	L'encadrement variable des processus décisionnels en matière économique	478
1.	La rationalisation verticale.....	478
a.	L'obligation positive d'élaboration d'un processus décisionnel rationnel	478
b.	Une obligation procédurale de moyen.....	481
2.	Une rationalisation horizontale indirecte.....	485
SECTION 2 : LA MODIFICATION DU CONTENU DU CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE L'ACTION ÉCONOMIQUE DE L'ÉTAT		
487		
§1.	L'affaiblissement du contrôle en matière économique.....	488
A.	Un standard de prévisibilité moins élevé pour l'opérateur économique	488
1.	La réalité de l'infléchissement au détriment de l'opérateur économique	490
2.	La finalité de l'infléchissement : l'équilibre entre ordre économique spontané et ordre économique régulé	492
B.	L'obligation variable d'assurer un contrôle juridictionnel pour la relation économique librement choisie	495
1.	L'affaiblissement de l'obligation, sanction du risque dans la relation économique privée.	496
2.	Le rétablissement de l'obligation : la disproportion entre le risque assumé et l'office de la juridiction nationale.....	500
§2.	L'articulation variable du contrôle en matière économique	501
A.	L'harmonisation entre les obligations procédurales et substantielles	502
1.	L'examen cumulatif des obligations procédurales et matérielles : une justice procédurale parfaite.....	502
2.	Le critère substantiel comme correctif : une justice procédurale imparfaite	505
B.	Le déplacement du contrôle substantiel vers le contrôle procédural.....	507
1.	Le déplacement contraint.....	508
2.	Le déplacement choisi : l'évitement du contrôle substantiel	511
CONCLUSION DU CHAPITRE 6		
517		
CONCLUSION DU TITRE 3		
519		
TITRE 4 : LA HIÉRARCHISATION DES OBJETS		
523		
CHAPITRE 7 : LE CONTRÔLE RESTREINT DE L'ACTION DE L'ÉTAT EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE		
525		
SECTION 1 : L'OCTROI D'UNE MARGE D'APPRÉCIATION PARTICULIÈREMENT LARGE		
526		
§1.	La création de catégories concentriques de droits	526
A.	La nature économique des droits	527

1.	L'octroi d'une marge d'appréciation ample pour les droits conventionnels étendus à la matière économique	527
a.	L'exemple de la liberté d'expression	527
b.	L'exemple du droit au respect de la vie privée et du domicile	529
2.	Un phénomène global de restriction	531
a.	Un phénomène européen.....	531
b.	Un phénomène américain	534
B.	La nature économique de la politique menée	537
1.	La marge d'appréciation large dans la réglementation des biens	537
a.	La détermination de la politique économique et sociale.....	537
b.	Les crises économiques, simple confirmation de la marge d'appréciation en matière économique.....	540
2.	La réduction de la marge d'appréciation en dépit du caractère économique.....	541
a.	La protection par l'ordre conventionnel des intérêts concurrents.....	542
b.	L'intensité de l'atteinte à un principe essentiel du droit européen	544
§2.	L'équilibre des pouvoirs au sein du mécanisme conventionnel	545
1.	La marge d'appréciation comme manifestation de la subsidiarité	546
2.	La marge d'appréciation comme reflet du consensus.....	549
a.	Le recours au consensus interétatique.....	549
b.	La préservation du pluralisme politique au niveau national	554
B.	La réalité problématique de l'office d'un <i>juge</i> international	557
1.	La similarité avec l'office d'un juge constitutionnel	557
2.	La similarité avec l'office du juge international	559
3.	La similarité avec l'office d'un juge ordinaire	561
	SECTION 2 : L'AFFAIBLISSEMENT DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ.....	563
§1.	L'extension du domaine d'application du contrôle de proportionnalité	564
A.	Les effets ambivalents dans le cadre du droit au respect des biens	564
1.	L'introduction d'un droit possible à l'indemnisation en cas de réglementation de l'usage des biens	564
2.	La relativisation du droit à l'indemnisation en cas d'expropriation	568
B.	La transformation des clauses de réserve	573
§2.	Le contrôle réduit de la proportionnalité	576
A.	L'abaissement du standard de contrôle	576
1.	Un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation.....	576
2.	Le faible contrôle de l'adéquation	579
B.	La dilution du contrôle des mesures alternatives.....	582
1.	Le contrôle non-décisif des mesures alternatives en matière économique	583
a.	Une relativité affirmée dans le cadre du droit au respect des biens	583
b.	Une relativité confirmée dans le cadre des autres droits	587
2.	La réintégration au nom de l'importance des droits en cause.....	590
	CONCLUSION DU CHAPITRE 7	595
	CHAPITRE 8 : L'ABSENCE D'UN ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE EUROPÉEN	597
	SECTION 1 : L'INVOCABILITÉ LARGE DES MOTIFS D'ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE NATIONAUX	598
§1.	L'extension du motif d'ordre public économique.....	598
A.	La diffusion au sein des droits conditionnels	598
1.	L'uniformisation du motif économique d'intérêt général.....	598
a.	Le bien-être économique au-delà de l'article 8.....	599
b.	L'assimilation de l'utilité publique et de l'intérêt général.....	600
2.	Le recours aux droits d'autrui	602
B.	La présence inégale au sein d'autres droits	604
1.	L'intégration insidieuse au sein des droits inconditionnels	605

2.	L'intégration contenue dans le cadre des obligations de l'État débiteur	608
§2.	La contingence du motif d'ordre public économique national	612
A.	Le contenu indéterminé du contenu de l'ordre public économique national	613
1.	Une variété substantielle	613
a.	La reconnaissance du marché	614
b.	La préservation des ressources de l'État	616
c.	L'interventionnisme : la réglementation des marchés	619
d.	Les motifs non-économiques d'atteintes aux intérêts économiques	620
2.	Une variété structurelle	624
B.	Le contrôle maintenu de la réalité du motif	629
1.	Le détournement de pouvoir	629
2.	La sanction marginale de l'existence d'un motif économique légitime	632
SECTION 2 : L'INTROUVABLE ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE CONVENTIONNEL : ENTRE LIBÉRALISME POLITIQUE ET LIBÉRALISME ÉCONOMIQUE		
§1.	Les effets ambigus de l'individualisme conventionnel	636
A.	Le contrôle <i>in concreto</i> , voie de contournement d'un ordre économique conventionnel ..	637
1.	La focalisation sur l'équilibre économique individuel	637
2.	La portée variable du contrôle <i>in concreto</i>	641
B.	L'instrumentalisation de l'approche libérale, vecteur de l'affaiblissement des intérêts économiques privés	645
1.	Les attentes légitimes, illustration de l'ambivalence de l'approche véritablement libérale	645
a.	La sanction de l'État au moyen de la reconnaissance des attentes légitimes	645
b.	La sanction de l'opérateur au moyen du rejet des attentes légitimes	647
2.	La prépondérance de l'intérêt économique étatique, illustration d'un libéralisme instrumentalisé	650
a.	L'abandon au détriment de la redistribution : l'absence d'effet de cliquet	650
b.	L'abandon au profit du contrôle étatique	652
c.	La préservation systémique : le traitement des normes internationales en matière économique	656
§2.	Des convergences indéniables entre libéralisme politique et libéralisme économique	659
A.	L'identité entre valeurs conventionnelles et intérêts économiques	660
1.	La protection accrue du fait de l'importance du principe en cause au sein des valeurs conventionnelles	660
2.	La protection accrue du fait de l'atteinte à la substance du droit en cause	664
B.	Des convergences mal assumées entre l'ordre de marché et l'ordre conventionnel	668
1.	L'identification variable des interactions entre droits fondamentaux et ordre de marché ..	668
2.	La promotion indéniable de l'ordre de marché par les droits conventionnels	676
a.	Le marché, standard généralisé dans l'ordre conventionnel	676
b.	Le marché concurrentiel, régime implicite de l'ordre conventionnel	680
CONCLUSION CHAPITRE 8		
CONCLUSION DU TITRE 4		689
CONCLUSION DE LA PARTIE 2		691
CONCLUSIONS GÉNÉRALES		693
Bibliographie		I
Jurisprudence		XXXII

Index thématique.....LXII

Table des matières.....LXIX

RÉSUMÉ - ABSTRACT

Les rapports entre les droits de l'Homme et le système économique sont ambivalents. Ces droits sont parfois accusés d'avoir permis l'émergence du capitalisme contemporain, alors qu'ils constituent pour d'autres le moyen d'en corriger les excès. Ces divergences se sont traduites par une opposition entre « droits civils et politiques » et « droits économiques et sociaux » qui occulte en partie les phénomènes de convergence et de conflit entre ces deux systèmes. Ces derniers ont nourri les débats lors de l'élaboration de la Convention européenne des droits de l'Homme, mais le défaut de consensus a conduit à l'adoption d'un texte pensé comme n'ayant ni un objet ni une finalité économiques. Pourtant, la pratique récente de ratification et des réserves par les États suggère qu'il a acquis dans ce domaine une certaine normativité. L'étude de la jurisprudence permet alors d'examiner l'ampleur et le sens de l'interpénétration entre droits garantis et économie. Celle-ci est intégrée par le juge dans le giron conventionnel à la fois comme fait et comme objet de déploiement des droits. Poreux, ces derniers se substituent en partie aux droits et libertés économiques. La jurisprudence témoigne néanmoins d'une contradiction persistante entre économie et Convention qui induit une adaptation des garanties européennes. La procéduralisation permet de préserver parfois l'intégrité des droits garantis, parfois la spécificité du système économique. Omniprésents, les intérêts économiques restent perçus comme inférieurs aux valeurs « a-économiques » de l'ordre conventionnel. Si celui-ci légitime l'ordre économique existant, le juge entend éviter de consacrer un ordre public économique européen.

MOTS-CLEFS : activisme – auto-limitation – Convention européenne des droits de l'homme – droit et économie – Cour européenne des droits de l'homme – droits de l'homme – droit économique européen – marge d'appréciation – libéralisme économique – libéralisme politique – procéduralisation – subsidiarité

Human Rights and the economic system entertain an ambivalent relationship. These rights have sometimes been accused of bringing about capitalism, while they represent for others useful means of correcting its excesses. These differences have led to the famous distinction between « political and civil rights » and « economic and social rights » which partly conceals the full extent of both conflicts and concurrence between the two systems. While they have generated debate among the drafters of the Convention, the lack of political consensus gave birth to a legal instrument conceived as being deprived of any economic purpose. However, recent strategies of States in terms of ratification and reservation suggest that it has acquired some degree of economic normativity. The study of the case-law of the ECtHR shows the extent and the way the interactions between rights and economics unfold. Economics are incorporated as facts but also as the object of European rights, which then partially substitute for absent economic freedom and rights. Some persisting contradiction between the Convention and economics nonetheless leads the judge to adapt conventional rights and obligations. This adaptation is again ambivalent, as it is can pursue the preservation of the mechanism's integrity as well as the preservation of the specificities of the economic system. Though pervasive, economic matters remain perceived as inferior to supposedly « non-economic » traditional conventional values. While the Court undeniably legitimizes the existing economic order, it intends to prevent the Convention from turning into the legal foundation of a European economic order.

KEY WORDS : economic liberalism – European economic law – European Convention on Human Rights – European Court of Human Rights – human rights – judicial activism – judicial self-restraint – law & economics – liberalism – margin of appreciation – proceduralisation – subsidiarity