

LES LIMITES À LA PRIVATISATION DÉDUITES DES DROITS FONDAMENTAUX

SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK

Chargé de recherche FNRS,

Professeur invité aux FUSL

et

ISABELLE HACHEZ

Aspirante FNRS,

Assistante aux FUSL

CADRE DE LA PROBLÉMATIQUE

1. Le docteur Nancy Olivieri est chercheuse en médecine à l'Université de Toronto. Dans ce cadre et à partir de 1993, l'entreprise pharmaceutique Apotex finance une recherche menée par le Docteur Olivieri, dont l'objet est de vérifier l'efficacité thérapeutique et l'absence de risques pour la santé publique d'un nouveau médicament susceptible de concurrencer le seul existant jusqu'ores pour le traitement de la pathologie concernée. Le contrat de recherche comprend une clause de confidentialité conférant à Apotex le droit de s'opposer à la communication des résultats de l'expérience. En 1996, la chercheuse canadienne identifie un risque médical inattendu et souhaite en informer les patients qui «testent» ledit médicament. La découverte portant préjudice aux intérêts du sponsor, ce dernier s'oppose à la divulgation des résultats de la recherche, retire le financement à la scientifique et la menace d'actions en justice en cas de divulgation des risques décelés (1).

2. Le centre commercial bruxellois City 2 est un lieu privé à usage public. En mars 2003, le responsable de la sécurité du centre décide d'y interdire l'entrée aux groupes de plus de cinq personnes. En cause: le comportement de certains jeunes perçu comme insécurisant par les clients, et ce indépendamment de la commission d'une quelconque infraction (2).

3. Ces deux histoires ont en commun de constituer des situations dans lesquelles les droits fondamentaux d'un particulier sont susceptibles d'être violés par un autre particulier: la liberté académique d'une chercheuse et le droit des patients à l'information sont mis à mal par l'entreprise pharmaceutique subventionnante dans le premier cas; la liberté de réunion est limitée par la société de gardiennage d'un centre commercial dans l'autre cas. Les exemples de ce genre pourraient être multipliés à l'envi. Chacun à leur manière, ils soulèvent la question de savoir si la prise en charge par des acteurs privés d'activités traditionnellement dévolues à la puissance publique – le financement de la recherche, le maintien de l'ordre dans les agoras, ... – se paye nécessairement d'une moindre protection des droits fondamentaux que cette activité est censée réaliser ou met en cause. En creux, ces exemples posent donc la question de savoir si et dans quelle mesure les

(1) Voy., notamment à ce sujet, J. THOMSON et P. BAIRD, *Nancy Olivieri and the Public Interest*, Halifax, James Lorimer and Company Publisher, 2001. Pour l'anecdote, l'on signalera que le Docteur Olivieri poussa l'opiniâtreté jusqu'à requérir devant les juridictions communautaires l'annulation de la décision ayant autorisé la commercialisation du médicament litigieux au sein de l'Union européenne. Sans succès, à défaut d'intérêt jugé suffisant (voy. T.P.I., T-326/99, 18 décembre 2003, *Nancy fern Olivieri c. Commission C.E. et agence européenne pour l'évaluation des médicaments*).

(2) Voy.

acteurs privés concernés pourraient, à leur tour, être reconnus débiteurs desdits droits fondamentaux.

4. Loin de constituer une nouveauté, la question de l'érection des particuliers en débiteurs des droits fondamentaux a déjà été largement débattue, principalement dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme (3). L'accélération du processus de privatisation d'activités ou de tâches particulièrement sensibles – que l'on songe à l'émergence d'entreprises de gardiennage privé, la libéralisation du marché des télécommunications, de la distribution d'énergie, ... – a cependant conféré à cette question une nouvelle urgence depuis la fin des années nonante (4). Si, sous cet angle, la question a reçu peu d'échos en droit belge (5), elle semble, par contre, avoir davantage retenu l'attention du droit comparé: de manière générale, la privatisation y est présentée comme un danger pour les droits fondamentaux, à telle enseigne que ceux-ci sont régulièrement brandis comme faisant largement obstacle à celle-là. La proposition ne peut toutefois être reçue sans nuances, et ce pour trois raisons au moins. Tout d'abord, parce que la plupart des auteurs s'abstiennent de définir la notion de privatisation, et que lorsqu'ils la définissent, c'est bien souvent en occultant la variété de ses déclinaisons; s'agissant d'une notion polysémique (6), de tels raccourcis conduisent immanquablement au dialogue de sourds (7). Ensuite – et ce constat est pour partie lié au précédent – parce que l'affirmation d'une nocivité de la

(3) Voy., outre les références plus ponctuelles citées ci-après, la synthèse réalisée par D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'Homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

(4) Voy. en ce sens: A. CLAPHAM, «Opinion: the Privatisation of Human Rights», *European Human Rights Law Review*, 1995, p. 20 et 21; B. DICKSON, «The Horizontal Application of Human Rights Law», *Human Rights: an Agenda for the 21st Century*, sous la direction de A. HEGARTY et S. LEONARD, London, Sydney, Cavendish Publishing, 1999, p. 67; W. SKOURIS, «Die Grundrechte im Rahmen der Privatisierung», *Staat und Verfassung in Europa*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, p. 91 à 99. Voy. aussi, comme illustration du souci généré par la privatisation d'«activités sensibles», le projet de loi modifiant la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, les entreprises de sécurité et les services internes de gardiennage, la loi du 29 juillet 1934 interdisant les milices privées et la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, 2002-2003, n° 2328/1.

(5) Largement absente des études spécifiquement consacrées aux partenariats public-privé, elle est rarement abordée dans d'autres contextes, si ce n'est concernant la question de l'égalité entre les cocontractants de la puissance publique et de l'égalité entre les usages du service public privatisé.

(6) Voy. en ce sens: R. MALHERBE, «Privatisation and the Constitution: some Exploratory Observations», *Journal of South African Law*, 2001, p. 1; G. PÜTTNER, «Constitutional Limitations on Privatization», *German Reports on Public Law presented to the XV International Congress on Comparative Law*, sous la direction de E. RIEDEL, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, p. 66 et 67.

(7) F. J. INTRODUCTION, Symposium: Public Values in an Era of Privatization, *Journal of Law and Economics*, 1998, p. 1.

privatisation vis-à-vis des droits fondamentaux relève davantage de la pétition de principe qu'elle n'est démontrée. Enfin parce que la question des limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux est essentiellement abordée sous l'angle du droit constitutionnel propre à chaque pays, et non sous celui du droit international des droits de l'homme. Il en résulte que si la littérature étrangère présente le mérite de nourrir la réflexion, les conclusions auxquelles elle aboutit ne peuvent être transposées sans plus ample examen à notre ordre juridique. Le droit international, dans ses différentes enceintes, commence pour sa part à s'intéresser à la question de l'horizontalisation des droits fondamentaux dans le cadre de la privatisation, sans pour autant qu'à ce stade, une théorie générale se fasse véritablement jour.

5. A l'heure où il nous incombe de nous pencher à notre tour sur la problématique, il importe, préalablement à toute esquisse de réponse, de délimiter le cadre conceptuel au sein duquel s'inscrit notre contribution et de préciser l'angle sous lequel nous l'aborderons.

6. Le cadre conceptuel ici élaboré est strictement fonctionnel: il ne prétend à aucune validité hors de la problématique traitée, à savoir la garantie des droits fondamentaux. Bien que, dans cette perspective, nous entendons rendre compte de la diversité des situations résultant de l'intervention – à des degrés divers – d'un acteur privé, l'on n'échappera pas au caractère nécessairement réducteur de tout exercice de systématisation. Pour les besoins de la présente étude, trois hypothèses seront distinguées.

La première hypothèse envisageable et envisagée est celle où des «activités sensibles» en matière de droits de l'homme – recouvrant aussi bien les activités visant à la réalisation des droits fondamentaux que celles qui, par nature ou en raison des moyens appelés par leur exercice, sont très susceptibles de leur porter atteinte – sont assurées en monopole par un ou des acteurs privés. On qualifiera cette situation de *monopole privé*, par opposition au *monopole public* qui désigne la situation où ces mêmes activités seraient exclusivement prises en charge par un pouvoir public. Cette dernière hypothèse échappe par définition au champ d'investigation de l'étude dans la mesure où elle mobilise l'application la plus classique des droits fondamentaux: la revendication de ceux-ci à l'encontre de l'Etat.

Entre ces deux extrêmes que symbolisent le monopole public, d'une part, et le monopole privé, d'autre part, se rencontre une multitude de situations, variant en fonction du degré d'investissement respectif du partenaire privé et du partenaire public dans un domaine considéré. Ces situations peuvent elles-mêmes être ramenées à deux idéaux-types.

Le premier cas de figure est celui d'une situation de *concurrence* entre un pouvoir

pothèse dans laquelle une activité déterminée est assurée parallèlement par un acteur privé et un acteur public. La portion de l'activité prise en charge par le pouvoir public – et corrélativement par l'acteur privé – variant par définition en fonction de chaque situation d'espèce, le cas de figure de la concurrence recouvre un large champ de possibles. A titre exemplatif, relève notamment de cette catégorie la fourniture de prestations complémentaires de sécurité sociale ou la concurrence entre théâtres privé et public pour l'exploitation de certains services culturels.

Le second cas de figure renvoie, quant à lui, à une situation de *collaboration* entre un pouvoir public et un acteur privé, étant entendu que les variantes de ce modèle dépendent également des tâches respectivement assurées par le pouvoir public et l'acteur privé. Il englobe l'hypothèse – elle aussi protéiforme – des partenariats public-privé, par quoi l'on vise toutes les «formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service» (8). Les exemples de pareilles collaborations sont multiples et bien connus. L'on pense à la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et/ou la maintenance d'immeubles affectés à la police ou pour les besoins de la justice, de l'éducation et de la santé; l'on aura également à l'esprit la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires, les projets d'infrastructure dans le domaine des transports, voire encore la gestion des services publics portant sur la distribution d'eau ou d'énergie.

Il va sans dire que les trois idéaux-types que l'on vient d'esquisser – le *monopole privé*, la *collaboration* et la *concurrence* – ne constituent nullement des catégories exclusives les unes des autres, une même activité pouvant parfaitement chevaucher plusieurs catégories. Ainsi en va-t-il en Belgique de l'enseignement, lequel emprunte tout à la fois au modèle de la concurrence (l'enseignement organisé par les Communautés *versus* l'enseignement libre), et à celui de la collaboration (l'enseignement libre peut prétendre à un subventionnement public sous certaines conditions; à supposer qu'il existe indépendamment de tout subventionnement, l'intervention publique n'en demeure pas moins présente au travers de la reconnaissance des diplômes notamment).

Précisons encore que, dans le cadre de la présente étude, la notion de *privatisation* est entendue au sens le plus large du terme, comme englobant aussi bien

l'hypothèse du monopole privé que l'ensemble des situations de collaboration et de concurrence; en clair, la «privatisation» réfère à toute mission assumée en tout ou partie par un acteur privé.

7. Le cadre conceptuel délimité, doit à présent être identifié l'angle sous lequel nous aborderons la question des limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux: il s'agit essentiellement du droit international des droits de l'homme. L'orientation adoptée est dictée par les motifs suivants. D'une part, le titre II de la Constitution belge – consacrant les droits et libertés fondamentaux – est lacunaire, et ne rend partant que partiellement compte des garanties en vigueur dans le Royaume en matière de droits fondamentaux. D'autre part, le droit constitutionnel est par nature révisable et dès lors contingent; à tort ou à raison il nous paraît l'être davantage que les traités internationaux conclus en la matière, dont les dispositifs gagnent par conséquent en pérennité. Enfin, la question des limites constitutionnelles à la privatisation a d'ores et déjà fait l'objet d'une contribution spécifique dans le cadre de ce colloque, laquelle a au demeurant mis en évidence le peu, pour ne pas dire l'absence, de limites posées par la Constitution belge à la privatisation d'activités touchant – directement ou indirectement – au domaine des droits fondamentaux (9).

8. Ces précisions effectuées, il nous reste à dévoiler les hypothèses au départ desquelles nous approfondirons la question des limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux.

A cet égard, il importe d'emblée de préciser que l'on a peine à démontrer, à l'heure actuelle, que la seule intervention d'un particulier dans une «activité sensible» puisse être, *en soi*, la cause *suffisante* de la violation d'un droit fondamental. *A priori* – l'hypothèse devra en effet être vérifiée –, il ne semble donc pas que le respect dû aux droits fondamentaux constitue, *en tant que tel*, un frein à l'intervention d'un particulier dans le cadre d'une activité qui les mette en cause. Une solution contraire s'imposerait, par évidence, s'il s'avérait que les droits fondamentaux étaient inopposables au particulier concerné. Or, cette opposabilité est belle et bien possible.

C'est cette double hypothèse – celle de l'absence d'activités échappant du fait des droits de l'homme à toute intervention d'un acteur privé, d'une part, et celle d'un possible partage ou transfert de la dédition des droits fondamentaux vers l'acteur privé, d'autre part – que nous nous attacherons à tester tout au long de cet exposé. Les questions qu'elle suscite étant éminemment complexes et ne souffrant pas de réponses simples et univoques, seules des directives générales et des conclusions provisoires pourront être esquissées; elles le seront au travers de trois chapitres distincts.

(8) Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions présenté par la Commission des Communautés européennes le 30 avril 2004, p. 3. Compar. les définitions des «partenariats public-privé» données par D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-Private samenwerking*, 2ème éd., Brugge, die Keure, 2003.

(9) Voy. à ce sujet, la contribution de X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.* supra, p. 33 à

Un premier chapitre s'attachera à mettre en exergue les différentes manières par lesquelles le transfert ou le partage de la dédition des droits fondamentaux vers l'acteur privé peut être réalisé, à savoir par le recours à la doctrine de la *State Action*, par celle de l'*unmittelbare Drittwirkung* ou encore par le biais d'obligations positives de protection (I). Au terme d'une comparaison des titres et mérites de ces trois procédés, il apparaîtra que seul le recours aux obligations positives de protection permet d'assurer une garantie effective de l'ensemble des droits fondamentaux, c'est-à-dire aussi bien des droits des acteurs privés intervenant dans un secteur «sensible» que de ceux des usagers dudit service. Pareil constat justifiera de réserver un chapitre distinct à l'analyse de ce modèle émergent (II). Une fois examinée la mesure dans laquelle l'Etat est tenu de rendre les particuliers débiteurs des droits fondamentaux, il nous restera à pointer les incertitudes dont ce renversement de perspective est affecté. Après l'avoir dans un premier temps écartée, l'on reviendra à la question de savoir s'il est des droits fondamentaux qui, par nature, s'opposent à l'intervention – quelle qu'elle soit – d'un acteur privé. L'on s'attachera par ailleurs à mettre en évidence les éventuelles déperditions – en termes de protection des particuliers – susceptibles de résulter de l'horizontalisation des droits fondamentaux. Tel sera l'objet du troisième et dernier chapitre de cette étude (III).

I. LES DROITS FONDAMENTAUX ET L'AGIR PRIVÉ

9. A la question de savoir si, dans quelle mesure et par quel biais l'agir privé peut être soumis aux normes constitutionnelles et internationales garantissant les droits fondamentaux, trois réponses sont envisageables, et ont du reste été envisagées en doctrine et en jurisprudence: la doctrine de la *State Action* (I.1.), la doctrine de l'*unmittelbare Drittwirkung* (effet horizontal direct) (I.2), et la doctrine visant à soumettre l'agir privé aux exigences des droits fondamentaux par le truchement de l'affirmation d'une obligation positive, mise à charge de l'État, de protéger lesdits droits dans les rapports entre particuliers (I.3).

D'emblée, il convient de signaler que ces trois voies seront présentées sous la forme d'«idéaux-types», avec le lot de simplification et de schématisation qu'impose un tel exercice (10). La distinction que l'on opère dans un souci pédagogique ne saurait toutefois occulter le fait qu'en pratique, les trois procédés recensés peuvent, au-delà d'un certain point, se rejoindre, voire s'identifier l'un à l'autre quant à leur *modus operandi*. Par ailleurs, l'on tentera, tant que faire se peut, d'éviter de rentrer dans les traditionnelles querelles terminologiques dont foisonne la matière à l'examen.

I.1. La doctrine de la *State Action*

10. Telle qu'incarnée par la jurisprudence des Cours Suprêmes américaine (11) et canadienne (12), la doctrine de la *State Action* est adossée au principe selon lequel les déclarations de droits fondamentaux n'imposent d'obligations qu'à l'égard des acteurs publics. Seuls ces derniers, et non les particuliers, sont les débiteurs juridiques de l'obligation de respecter les droits et libertés garantis (13).

(10) Une analyse nettement plus approfondie, menée à la lumière du droit comparé, a été récemment effectuée par P. EGLI, *Drittwirkung von Grundrechten. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im schweizer Recht*, Zürich, Schulthess, 2002.

(11) Pour une synthèse de la jurisprudence en la matière, voy. O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 44 et suiv.; P. EGLI, *op. cit.*, p. 71 et suiv.; G.R. STONE et al., *Constitutional Law*, 4ème éd., New York, Aspen Publishers Incorporations Inc., 2001, p. 1501 et suiv.

(12) Voy. *RWDSU, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd*, 33 D.L.R. 4th 174 (S.C.C. 1986). Voy., pour plus de détails, Luan-Vu N. TRAN, *Human Rights and Federalism. A Comparative Study on Freedom, Democracy and Cultural Diversity*, The Hague, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p. 23 et suiv.

(13) Voy. *United States v. Cruikshank*, 92 US 542, 554 (1876): «The fourteenth amendment prohibits a State from depriving any person of life, liberty or property, without due process of law; but this adds nothing to the rights one citizen has against another. It simply furnishes an additional guaranty against any encroachment by the State upon the fundamental rights which

Dès lors, une violation desdits droits ou libertés dont la *causa proxima* matérielle résiderait dans l'acte d'un particulier ne sera en principe pas justiciable des règles constitutionnelles qui garantissent ceux-ci, sauf s'il peut être établi que dans la situation d'espèce, un «agir public» (*State Action*) suffisamment «dense» est en mesure, sur le plan juridique et en termes de causalité, d'absorber la totalité de la responsabilité de la violation intervenue (14).

11. Dans la jurisprudence américaine, et au risque de simplifier à l'extrême, les critères principaux permettant d'identifier la *State Action* dans une situation particulière, sont au nombre de deux. L'un est matériel, l'autre organisationnel (15).

Le critère matériel tient à la nature de l'activité en cause. Il a été jugé que lorsque l'on se trouve dans le cadre d'une activité qui, traditionnellement, relève de la catégorie des prérogatives exclusives de la puissance publique, la garantie des droits constitutionnels pouvait trouver à s'appliquer (16). D'une certaine manière, le particulier agit dans ces domaines «comme» l'État auquel il se substitue, ce qui justifie qu'il soit astreint aux mêmes exigences que lui en termes de droits fondamentaux. Au nombre des prérogatives exclusives de la puissance publique, la jurisprudence américaine recense, par exemple, l'organisation des élections (17) ou la gestion d'une ville entière (18). La Cour suprême a également laissé entendre que l'éducation, la collecte des impôts, la protection policière et l'activité des services d'incendie pouvaient être incluses dans la catégorie des prérogatives exclusives de la puissance publique (19). Par contre, la résolution des conflits civils entre créanciers et débiteurs n'a pas été retenue comme faisant partie de cette catégorie (20), pas davantage que la fourniture d'électricité (21).

Le critère organisationnel se fonde, quant à lui, sur les liens qui unissent le particulier et ses actes à la puissance publique. Ce lien est concrétisé au travers de différents indices (subsidiation publique de l'activité privée, ...) (22). S'il est jugé suffisamment fort, il pourra alors être admis que le particulier se mue, d'une certaine manière, en agent de la puissance publique, et voit par conséquent ses actes astreints au respect des droits fondamentaux. Jugé ainsi que la garantie de l'égalité et de la non-discrimination contenue dans le 14^{ème} amendement se trouvait violée par le refus d'un restaurateur privé de servir une clientèle noire; la *State Action* était avérée, en l'espèce, du fait que le restaurant en question était situé dans un

(14) P. EGLI, *op. cit.*, p. 78.

(15) Voy. P. EGLI, *op. cit.*, p. 87; G.R. STONE *et al.*, *op. cit.*, p. 1507 et suiv.

(16) G.R. STONE *et al.*, *op. cit.*, p. 1544 et suiv.; O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 49 à 51.

(17) *Nixon v. Condon*, 286 US 73 (1932); *Smith v. Allwright*, 321 US 649 (1944).

(18) *Marsh v. Alabama*, 326 US 501 (1946).

(19) *Flagg Brothers v. Brooks*, 436 US 148 (1978).

(20) *Flagg Brothers v. Brooks*, 436 US 149 (1978).

(21) *Flagg Brothers v. Brooks*, 436 US 149 (1978).

immeuble public destiné au stationnement des véhicules et géré par une agence étatique, et que le restaurateur avait conclu un contrat de location de son emplacement avec cette agence (23).

12. Il n'est pas dans notre intention de pénétrer plus avant dans l'analyse des subtilités de la doctrine de la *State Action*, en ses variantes américaine et canadienne. L'on se bornera à constater que, de manière générale – et c'est là un des reproches qui lui ont été ou lui sont encore adressés (24) –, cette doctrine formaliste (25), complexe et, selon certains, franchement incohérente (26), envisage de façon particulièrement restrictive la possibilité qu'un agir privé soit soumis aux exigences des droits fondamentaux (27). Ainsi la Cour Suprême américaine n'admet-elle pas que la simple passivité étatique face à la violation de droits fondamentaux entre particuliers puisse valoir *State Action* (28).

13. Les raisons qui soutiennent une telle approche restrictive méritent d'être explicitées. L'une est foncièrement critiquable; l'autre soulève des questions qui, nous le verrons, ne nous quitteront plus jusqu'à la fin de la présente contribution.

L'idée selon laquelle la garantie des droits ne s'imposerait qu'aux actes de la puissance publique se justifierait, tout d'abord, par le constat que celle-ci est «l'agresseur» naturel, et le plus dangereux, des droits fondamentaux (29). Si tant est qu'il ait pu avoir, par le passé, quelque validité, l'argument manque aujourd'hui cruellement en fait (30). L'émergence d'acteurs privés aux moyens financiers parfois supérieurs au PIB de certains États de la planète augure qu'il y a tout autant, sinon d'avantage, à craindre du pouvoir privé que de la puissance publique. Il en va particulièrement ainsi lorsque, par suite de quelque délégation, le premier se trouve investi de tâches «sensibles» qui, autrefois, étaient l'apanage de la deuxième.

La seconde idée qui inspire la doctrine de la *State Action* et motive, dans le chef de ses tenants, les limites étroites dans lesquelles elle confine la possibilité de soumettre l'agir privé au respect des droits fondamentaux, est le souci de préserver un

(23) *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 US 715 (1961).

(24) J. FREEMAN, «Extending Public Law Norms through Privatization», Symposium: Public Values in an Era of Privatization, *Harvard Law Review*, 2003, p. 1304 et 1305.

(25) O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 57.

(26) P. EGLI, *op. cit.*, p. 113, note 211.

(27) Des ouvertures ont parfois été réalisées. Ainsi la Cour suprême américaine avait admis, à une occasion, que le simple fait pour un juge de donner efficacité aux clauses d'une convention discriminatoire constituait une *State Action* suffisante pour déclencher l'applicabilité de la garantie constitutionnelle de la non-discrimination à la situation d'espèce (*Shelley v. Kraemer*, 344 US 1 (1948)); cette jurisprudence a cependant fait long feu (O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 53).

(28) *De Shaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 US 189 (1989).

(29) G.R. STONE *et al.*, *op. cit.*, p. 1501.

(30) *Id.*

espace de déploiement à l'autonomie individuelle (31). Tant au niveau de la Cour suprême américaine qu'au niveau de la Cour suprême canadienne, fut émise la crainte que la soumission des individus à l'obligation de respecter les droits fondamentaux de leurs semblables restreigne de manière intolérable les libertés qui leur sont reconnues. À la différence du premier examiné ci-dessus, l'argument – au cœur duquel gît l'hypothèse délicate du conflit entre droits fondamentaux – est digne d'intérêt. Il n'en aboutit pas moins, dans l'utilisation qu'en fait la doctrine de la *State Action*, à une conséquence assez paradoxale: le souci de maintenir l'effectivité des droits fondamentaux de l'un aboutit, très largement, à priver totalement de protection les droits fondamentaux de l'autre (32).

1.2. La doctrine de l'*unmittelbare Drittwirkung* (effet horizontal direct)

14. À l'opposé des prémisses sur lesquelles se fonde la doctrine de la *State Action*, l'idée fut soutenue, en doctrine (33), que les obligations dérivant d'un catalogue de droits fondamentaux – à tout le moins d'un catalogue constitutionnel de droits fondamentaux –, n'avaient nulle vocation nécessaire à n'être imposées qu'à la puissance publique: les particuliers peuvent également en être tenus, juridiquement, pour débiteurs directs.

Cette doctrine fut originellement baptisée *Drittwirkung*. Les diverses nuances dont elle a par la suite fait l'objet justifient qu'on la désigne à l'heure actuelle, pour éviter tout malentendu, sous le vocable d'*unmittelbare Drittwirkung* (effet horizontal direct).

(31) G.R. STONE *et al.*, *op. cit.*, p. 1506, citant *Columbia Broadcasting System (CBS) v. Democratic National Committee* 412 US 94 (1973) *per* J. BURGER (à propos de la question de savoir si les exigences du premier amendement ont un effet horizontal, et peuvent ainsi fonder un «droit de tribune» à charge des médias privés): «(It) would be anomalous for us to hold, in the name of promoting the constitutional guarantee of free expression, that the day-to-day editorial decisions of broadcast licensees are subject to the kind of restraints urged by respondents. To do so in the name of the First Amendment would be a contradiction. Journalistic discretion would in many ways be lost to the rigid limitations that the first Amendment imposes on government. Application of such standards to broadcast licensees would be antithetical to the very ideal of vigorous, challenging debate on issues of public interest». Au Canada, voy. *McKinney v. University of Guelph*, 76 D.L.R. 4th 545, 634 (S.C.C. 1990), *per* J. LA FOREST: «To open up all private and public action to judicial review could strangle the operation of society and, as put by council, 'diminish the area of freedom within which individuals can act'». Pour le surplus, voy. Luan-Vu N. TRAN, *op. cit.*, p. 15.

(32) G.R. STONE *et al.*, *op. cit.*, p. 1507.

15. À son crédit – et contrairement à la doctrine de la *State Action* –, l'on affirmera qu'elle rend justice au constat que le pouvoir privé peut, dans certaines hypothèses, être tout aussi «nocif» vis-à-vis des droits et libertés que le pouvoir public.

À son débit – et à l'instar, cette fois, de la doctrine de la *State Action* –, l'on versera sans doute son extrême radicalité et les dégâts collatéraux que, par ce fait, elle occasionne. Tenir un individu pour débiteur direct du respect des droits fondamentaux d'un autre individu revient, dans de nombreuses hypothèses, à limiter les droits fondamentaux du premier: le constat est incontournable. En vertu de la doctrine de l'*unmittelbare Drittwirkung*, pareille «servitude» s'imposera logiquement, et de manière indistincte, à tous les acteurs privés. Or, il n'est pas certain qu'en toute hypothèse, la protection effective des droits fondamentaux requière une telle extension de la catégorie de leurs débiteurs juridiques. Prenons l'exemple de la «liberté de forum» sur les agoras dont la propriété est en des mains privées. En vertu de l'*unmittelbare Drittwirkung*, tous les propriétaires privés de tels agoras (grands centres commerciaux, ...) seraient juridiquement tenus d'admettre que les personnes puissent y pénétrer aux fins d'y exercer leur liberté de réunion et d'expression. Cette solution se justifie sans doute dans l'hypothèse où l'espace public aurait été entièrement privatisé: un tel monopole privé – pour reprendre la terminologie que nous évoquions plus haut – était précisément l'hypothèse qui présidait à l'arrêt *Marsh* de la Cour suprême américaine (phénomène des *Company Towns*) (34). Par contre, l'exigibilité *erga omnes* de la «liberté de forum» se justifie moins dans la situation où, à côté des agoras privatisés, subsisteraient encore, aux mains de la puissance publique, des espaces offrant l'opportunité d'un déploiement effectif à la liberté d'expression et à la liberté de réunion. Dans une telle situation de concurrence publique/privée, la logique de l'*unmittelbare Drittwirkung* fait peser une charge inutile, et partant illégitime, sur la propriété privée. *Mutatis mutandis*, le même raisonnement pourrait être tenu à propos du «droit de tribune», du droit au logement, ou encore du droit à l'éducation (35) (36): nous aurons l'occasion d'y revenir ultérieurement.

(34) *Marsh v. Alabama*, 326 US 501 (1946).

(35) A propos du droit à l'éducation, voy. S.-J. MALBY, «Education and Health: a Role for Private Actors in Meeting Human Rights Obligation», *International Journal of Human Rights*, 2002, p. 17.

(36) Ainsi peut-on admettre, en Belgique, qu'un établissement libre subventionné recrute ses élèves sur la base de distinctions fondées sur des critères idéologiques et religieux dès lors que s'offre, parallèlement, la possibilité d'accéder à un enseignement neutre organisé par les pouvoirs publics qui, eux, ne peuvent conditionner le recrutement à de pareils critères (voy. C.A., n° 118/98, 11 novembre 1998, considérant B.5.3.). La latitude supplémentaire reconnue aux établissements du libre subventionné se justifie au demeurant par le souci d'assurer à ceux-ci la liberté d'enseignement constitutionnellement garantie et, corrélativement, de préserver le libre choix des parents d'élèves (C.A., n° 131/2003, 8 octobre 2003, considérants B.5.1. et B.5.4.).

16. Les réflexions qui précèdent ont, et conserveront sans doute longtemps, un caractère relativement théorique. À notre connaissance en effet, la jurisprudence – que ce soit en Belgique ou à l'étranger – n'a jamais défendu, de manière durable, résolue et univoque que l'ensemble des droits fondamentaux constitutionnellement garantis auraient pour débiteurs juridiques directs des particuliers. La doctrine de l'*unmittelbare Drittwirkung* a été explicitement écartée par la Cour constitutionnelle allemande (37) et par la Cour constitutionnelle sud-africaine (38). Codifiant la jurisprudence du Tribunal fédéral sur ce thème (39), la nouvelle Constitution suisse, en son article 35, ne semble pas davantage avoir fait sienne la doctrine «pure» de l'*unmittelbare Drittwirkung*: cette disposition n'investit pas directement les particuliers de l'obligation de respecter les droits constitutionnellement garantis de leurs semblables (40), mais fonde plutôt la responsabilité, pour les pouvoirs publics, d'œuvrer à un tel respect (41). Ceci nous amène naturellement à examiner la troisième voie de soumission de l'agir privé au respect des droits fondamentaux.

(37) Voy. les références citées par Fr. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 675 à 677.

(38) *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 5 BCLR 658 (CC). Par suite, la Constitution sud-africaine fut modifiée aux fins, notamment, de régler cette question d'application de la *Bill of Rights* dans les relations individuelles: voy. R. MALHERBE, «Privatisation...», *op. cit.*, p. 7 et 11.

(39) Voy., par exemple, à propos du respect de la présomption d'innocence par la presse: ATF 116 IV, 31, 40. Voy. pour le surplus, Luan-Vu N. TRAN, *op. cit.*, p. 108 et 109. Voy., pour un rejet explicite de la doctrine de l'*unmittelbare Drittwirkung*, ATF 107 Ia 277, 280: «Que le droit privé fédéral puisse être influencé par le droit constitutionnel ne signifie cependant pas que ce dernier soit directement applicable aux relations entre les particuliers». Voy. encore, dans un sens identique, ATF 118 Ia 46 56 E 4c. *Adde* P. EGLI, *op. cit.*, p. 144 et suiv.

(40) Il en va différemment de certaines dispositions particulières de la Constitution suisse, qui, pour leur part, déclarent expressément qu'elles lient les particuliers: voy. l'article 8 (3) à propos de l'égalité salariale entre hommes et femmes.

(41) Voy., en ce sens, le Message du Gouvernement fédéral portant commentaire de l'article 35 (3) de la nouvelle Constitution helvétique: «Le 3ème alinéa est (...) une nouveauté par rapport à l' (avant-projet 95). Elle répond au vœu émis par certains milieux lors de la consultation, qui ont souhaité que la question des effets horizontaux soit clairement codifiée dans la mise à jour. Cet alinéa vient donc préciser une des fonctions des droits fondamentaux (la *fonction positive*), qui n'est contenue au 1er alinéa que de manière implicite. La formulation retenue exprime les trois idées suivantes. Premièrement, il est admis, conformément à l'opinion dominante, que les droits fondamentaux ont aussi des effets sur les rapports entre particuliers. Deuxièmement, il apparaît que ces effets ne sont pas constants, mais qu'ils varient, au contraire, selon la nature du droit fondamental en cause et les circonstances; cela suppose donc qu'il faille chaque fois examiner si l'analogie est possible. Troisièmement, il est précisé que la transposition est l'œuvre des autorités, par quoi on entend aussi bien les autorités législatives que les autorités d'application du droit. En ce qui concerne les autorités législatives, il s'agit d'une tâche traditionnelle et l'on doit même ajouter que le mandat de transposition s'adresse en priorité au législateur, car le choix des mesures à prendre est étroitement lié au pouvoir d'appréciation des autorités

1.3. Les obligations positives de protection

17. Une troisième voie de soumission de l'agir privé aux droits fondamentaux se présente, qui entend dépasser la radicalité des prémisses et conséquences juridiques caractérisant respectivement la doctrine de la *State Action* et la doctrine de l'*unmittelbare Drittwirkung*. De la première, elle retiendra que le catalogue des droits et libertés a pour seuls destinataires juridiques directs les autorités publiques, mais, à la différence de celle-ci, la troisième voie affirmera que les obligations juridiques ainsi mises à charge des autorités publiques ne relèvent pas du seul «respect» des droits et libertés garantis – ce qui implique une attitude d'abstention de la part de l'Etat –, mais comportent également une obligation de «protection» des droits et libertés garantis: les autorités sont tenues d'agir pour que lesdits droits et lesdites libertés soient effectifs, jusque et y compris dans les rapports entre particuliers. Dans un tel schéma, les particuliers ne sont pas, juridiquement, les débiteurs «primaires» des obligations issues de normes constitutionnelles ou internationales garantissant les droits fondamentaux, mais peuvent par contre en devenir les «débiteurs secondaires», si et dans la mesure où l'obligation de protection pesant sur les pouvoirs publics commande que le devoir de les respecter leur soit imposé.

Cette troisième voie permet de pallier les déficiences des deux voies précédemment examinées. Par rapport à la doctrine de la *State Action* – où le législateur pouvait protéger les droits fondamentaux entre particuliers (42), mais n'y était pas contraint –, la troisième voie impose une véritable obligation de protection. Par rapport à la doctrine de l'*unmittelbare Drittwirkung*, la troisième voie ne rend pas *ipso facto* le particulier débiteur des droits fondamentaux, au même titre ou en lieu et place de l'autorité publique: en fonction du type de privatisation réalisée et de la matière dans laquelle elle intervient, le partage ou le transfert de responsabilité à destination des acteurs privés sera «calibré» au plus juste, *ratione personae et ratione materiae*, pour atteindre l'équilibre optimal entre, d'une part, les droits fondamentaux qu'un tel partage ou transfert cherche à protéger et, d'autre part, les droits fondamentaux qu'un tel partage ou transfert pourrait avoir l'effet de limiter.

18. Ainsi esquissée au moyen de traits relativement grossiers, cette troisième voie semble recevoir les faveurs de la communauté juridique contemporaine, et s'affirme *a priori* porteuse des solutions les plus pertinentes et les plus fécondes dans le cadre de la problématique de l'incidence de la privatisation sur la protection des droits fondamentaux. Aussi les lignes qui suivent seront-elles consacrées à son approfondissement.

II. LES OBLIGATIONS POSITIVES DE PROTECTION: FONDEMENT ET EXÉCUTION

19. Au moment d'aborder le fondement (II.1) et l'exécution (II.2) des obligations positives de protection, il convient au préalable de préciser que le régime ci-après esquissé s'applique indifféremment aux droits civils et politiques – impliquant à titre principal une abstention de la part de l'Etat – et aux droits économiques, sociaux et culturels – requérant essentiellement une prestation à charge des pouvoirs publics. Il est en effet unanimement admis que les premiers puissent également imposer des obligations positives à l'Etat, de la même manière que les seconds ne sont pas exempts de toute obligation négative.

II.1. Le fondement

20. Si l'on s'en tient à la seule situation belge, il apparaît que les obligations positives de protection des droits fondamentaux pesant sur les pouvoirs publics trouvent leur source dans le droit international (I.1.1), dans le droit européen (I.1.2), et dans la Constitution du Royaume (I.1.3). A défaut pour les obligations positives de protection de ressortir expressément du libellé d'une disposition normative, l'on considère généralement qu'elles sont inhérentes aux droits fondamentaux, quels qu'ils soient.

II.1.1. Le droit international

21. Il va de soi que, dans l'ordre juridique international, les individus ne peuvent être tenus pour les débiteurs juridiques directs du respect des droits fondamentaux garantis par les instruments dédiés à leur protection. Lesdits instruments n'ayant été ratifiés que par des États, seuls ces derniers peuvent être attirés devant les instances juridictionnelles ou quasi-juridictionnelles que ceux-ci mettent en place.

Cette situation n'empêche toutefois pas qu'un État puisse être tenu responsable, juridiquement, d'une violation des droits fondamentaux qui, matériellement, trouve sa source immédiate dans un agir privé. Cette «responsabilité pour autrui» découle de la nature des obligations que les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'Homme font peser sur les États qui les ratifient: ceux-ci sont non seulement tenus de *respecter* les droits et libertés garantis, mais aussi de les *réaliser* et de les *protéger*. Si l'obligation de respect évoque prioritairement une attitude d'abstention, les obligations de réalisation et de protection requièrent

La soumission de l'agir privé au respect des droits fondamentaux se concrétise, en l'occurrence, au travers de l'obligation de *protection* qui incombe à l'Etat.

22. L'existence d'une telle obligation de protection est, tout d'abord, clairement affirmée en rapport avec les principaux instruments relatifs aux droits fondamentaux conclus dans les enceintes onusiennes. Ainsi le Comité des droits de l'Homme institué par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques estime, dans son observation générale n° 31, que «Puisque les obligations énoncées au paragraphe 1 de l'article 2 lient les États parties, elles n'ont pas en droit international un effet horizontal direct. Le Pacte ne saurait se substituer au droit civil ou pénal national. Toutefois, les États parties ne pourront pleinement s'acquitter de leurs obligations positives (...) de garantir les droits reconnus dans le Pacte que si les individus sont protégés par l'État non seulement contre les violations de ces droits par ses agents, mais aussi contre des actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, qui entraveraient l'exercice des droits énoncés dans le Pacte dans la mesure où ils se prêtent à une application entre personnes privées, physiques ou morales. Dans certaines circonstances, il peut arriver qu'un manquement à l'obligation énoncée à l'article 2 de garantir les droits reconnus dans le Pacte se traduise par une violation de ces droits par un État partie si celui-ci tolère de tels actes ou s'abstient de prendre des mesures appropriées ou d'exercer la diligence nécessaire pour prévenir et punir de tels actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, enquêter à leur sujet ou réparer le préjudice qui en résulte en sorte que lesdits actes sont imputables à l'État partie concerné» (43).

23. De manière sans doute plus confuse et moins synthétique, la «jurisprudence» du Comité des droits économiques, sociaux et culturels a également affirmé l'existence, au sein du Pacte du même nom, d'une telle obligation de protection (44). Ainsi peut-on lire dans l'observation générale n° 5 relative aux personnes souffrant d'un handicap: «Vu que, dans le monde entier, les gouvernements s'en remettent de plus en plus aux forces du marché, il convient de souligner certains aspects des obligations qui incombent aux États parties. L'un de ces aspects est la nécessité de veiller à ce que non seulement le secteur public, mais aussi le secteur privé, soient, dans des limites appropriées, soumis à une réglementation destinée à garantir un traitement équitable aux personnes souffrant d'un handicap. Dans un contexte où la prestation de services publics est de plus en plus privatisée et où

(43) Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, observation générale n° 31 sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte (26 mai 2004), CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

(44) Voy. à ce sujet: M. SEPULVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Oxford, New York, Intersentia, 2003, p. 173 et suiv. Voy. également, à propos spécialement du droit à la santé et du droit à l'éducation, S. J. M. VAN DER MEER, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Oxford, New York, Intersentia, 2003, p. 173 et suiv.

l'on a de plus en plus recours au marché libre, il est essentiel que les employeurs privés, les fournisseurs privés de biens et de services ainsi que les autres entités non publiques soient assujettis aussi bien à des normes de non-discrimination qu'à des normes d'égalité à l'égard des personnes souffrant d'un handicap. Dans des situations où une telle protection ne s'étend pas au-delà du domaine public, la capacité des personnes souffrant d'un handicap de participer aux activités communautaires et de devenir membres à part entière de la société, sera gravement et souvent arbitrairement entravée (...). En l'absence de toute intervention gouvernementale, on relèvera toujours des cas où le fonctionnement du marché libre aura, pour les personnes qui souffrent d'un handicap, des effets peu satisfaisants soit sur le plan individuel, soit sur le plan collectif, et en pareil cas il incombera aux gouvernements d'intervenir et de prendre les mesures appropriées pour atténuer, compléter, compenser ou neutraliser les effets produits par les forces du marché» (45).

De semblables principes ont été retenus par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels à propos du droit à la santé (46), du droit à l'éducation (47), et, plus récemment encore, à propos du droit à l'eau (48). L'on notera avec intérêt que le thème de la privatisation et de ses dangers motive explicitement les prises de positions du Comité Ecosoc en ces matières.

(45) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 5 relative aux personnes souffrant d'un handicap (9 décembre 1994), points 11 et 12.

(46) Observation générale n° 14 relative au meilleur état de santé possible susceptible d'être atteint (11 août 2000), E/C.12/2000/4, points 35 à 51; observation générale n° 12 relative au droit à une alimentation suffisante (12 mai 1999), E/C.12/1999/5, article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, points 15 et 19.

(47) Observation générale n° 13 relative au droit à l'éducation (8 décembre 1999), E/C.12/1999/10, article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, points 46 à 59.

(48) Observation générale n° 15 relative au droit à l'eau (20 janvier 2003), E/C.12/2002/11, articles 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, points 23 et 24: «L'obligation de protéger requiert des États parties qu'ils empêchent des tiers d'entraver de quelque manière que ce soit l'exercice du droit à l'eau. Il peut s'agir de particuliers, d'entreprises ou d'autres entités, ainsi que d'agents agissant sous leur autorité. Les États parties sont notamment tenus de prendre les mesures législatives et autres nécessaires et effectives pour empêcher, par exemple, des tiers de refuser l'accès en toute égalité à un approvisionnement en eau adéquat, et de polluer ou de capter de manière injuste les ressources en eau, y compris les sources naturelles, les puits et les systèmes de distribution d'eau. Les États parties doivent veiller à ce que les tiers qui gèrent ou contrôlent les services (réseaux d'adduction d'eau, navires-citernes, accès à des cours d'eau et à des puits, etc.) ne compromettent pas l'accès physique, à un coût abordable et sans discrimination, à une eau salubre et de qualité acceptable, en quantité suffisante. Pour prévenir ce type de violation, il faut mettre en place un système qui soit conforme au Pacte et à la présente Observation générale et qui...

24. Une obligation positive de protection s'est également imposée aux États parties à la Convention européenne des droits de l'Homme, au terme d'une évolution jurisprudentielle entamée au début des années 1980 (49). En l'état actuel de sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'Homme considère en effet que «La Convention ne se contente pas d'astreindre les États contractants à respecter les droits et libertés qu'elle consacre; elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou en corriger la violation. L'obligation d'assurer un exercice efficace des droits énoncés par la Convention peut donc comporter pour un État des obligations positives dans un certain nombre de domaines, et ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures même en ce qui concerne les relations des individus entre eux» (50).

L'obligation de protection ainsi mise à charge de l'État est, toujours selon la Cour, une obligation de moyen, et non de résultat (51). Du reste, sa méconnaissance survient non seulement lorsque l'État collabore activement ou passivement à la violation d'un droit fondamental commise par un particulier (52), mais aussi, et plus radicalement, lorsqu'il la rend possible par une simple «négligence coupable» et/ou s'abstient de la réprimer.

Au cours de la dernière décennie, l'obligation de protection ainsi circonscrite a connu des développements jurisprudentiels tout à fait remarquables – à ce point

(49) La question est évoquée dans des rapports de la Commission européenne des droits de l'Homme remontant au milieu des années septante. Elle reçoit ses premières consécérations par la Cour européenne des droits de l'Homme dans les arrêts *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* (13 août 1980, Série A, n° 44) et *X et Y c. Pays-Bas* (26 mars 1985, Série A, n° 91). Sur l'ensemble de la problématique, voy. D. SPIELMANN, *op. cit.*; D. YERNAULT, «Convention européenne des droits de l'Homme et privatisation des services publics: quelle protection des libertés publiques dans le processus de 'libéralisation' ?», *Les services publics et l'Europe: entre concurrence et droits des usagers*, Actes du colloque organisé par l'Institut d'études européennes, le Centre de droit public et la Maîtrise en Management public les 13 et 14 décembre 1996 à l'Université libre de Bruxelles, sous la direction de M. Dony et avec la collaboration d'A. De Walsche, Bruxelles, Université libre de Bruxelles, 1997, p. 57 à 79.

(50) Cour eur. D.H., req. n° 56525/00, décision *Libor Novak c. La République Tchèque* du 13 novembre 2003. L'affaire concernait, en l'occurrence, l'allégation d'une insuffisante protection de la vie privée du requérant face à une attaque dont il avait fait l'objet dans un article de presse. Dans un sens identique, et à propos d'une hypothèse similaire, voy. Comm. eur. D.H., req. n° 31477, décision *José Ramon Lopez-Fando Raynaud et Eduardo Pardo Unanua c. Espagne* du 15 janvier 1997. Voy. encore, toujours dans le même sens, Cour eur. D.H., arrêt *Refah Partisi c. Turquie* (GC) du 13 février 2003, § 103, où la Cour énonce que «(L)es obligations positives [découlant de l'article 1er de la Convention] ne se limitent pas aux éventuelles atteintes pouvant résulter d'actions ou d'omissions imputables à des agents de l'État ou survenues dans des établissements publics, mais elles visent aussi des atteintes imputables à des personnes privées dans le cadre de structures qui ne relèvent pas de la gestion de l'État».

(51) Cour eur. D.H., arrêt *Plattform «Artze Für das Leben» c. Autriche* du 21 juin 1988, série A, n° 139, § 34.

(52) Cour eur. D.H., arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, § 81. Voy. aussi Cour eur. D.H.,

remarquables, au demeurant, que les États parties les ont ratifiés à l'occasion de l'élaboration du douzième protocole additionnel à la Convention européenne (53). De ces développements, on ne peut ici que retenir un échantillon réduit mais néanmoins illustratif de la fécondité des apports de la jurisprudence strasbourgeoise à la problématique des limites à la privatisation (54).

L'affaire *Costello-Roberts* portait sur la compatibilité avec les articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme du châtiment corporel infligé à un enfant dans une école britannique. À titre liminaire, se posa la question de la responsabilité du Royaume-Uni à l'égard de la violation alléguée, dès lors que le traitement litigieux était le fait d'un établissement scolaire privé. À cette question d'imputabilité, la Cour répondit de manière affirmative, arguant notamment que «l'Etat ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations (en matière de droit à l'instruction) à des organismes privés ou des particuliers» (55).

Dans l'affaire *Hatton*, se trouvait posée la question de la compatibilité avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme des nuisances sonores causées aux riverains de l'aéroport d'Heathrow par les vols de nuit. La circonstance que l'aéroport d'Heathrow ait été privatisé fut sans incidence sur la responsabilité du Royaume-Uni à l'égard des nuisances dénoncées. Selon l'arrêt du 2 octobre 2001 – non contredit sur ce point par l'arrêt du 8 juillet 2003 –, l'État défendeur a l'obligation positive d'adopter les mesures raisonnablement exigibles afin de protéger les droits garantis par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (56).

Une affaire *Van Kuck c. L'Allemagne* mérite également d'être mentionnée (57): de manière implicite mais certaine, la Cour européenne des droits de l'Homme y affirme l'obligation pour les juridictions étatiques d'interpréter les clauses d'un contrat d'assurance privé relatives au remboursement de soins de santé de manière

(53) Rapport explicatif du Protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'Homme (ETS n° 177), point 26: «on ne peut exclure totalement que le devoir d'«assurer» [la jouissance de tout droit sans discrimination], figurant au premier paragraphe de l'article 1 [du protocole 12], entraîne des obligations positives. Cette question peut, par exemple, se poser lorsqu'il existe une lacune manifeste dans la protection offerte par le droit national contre la discrimination. En ce qui concerne plus spécifiquement les relations entre particuliers, l'absence de protection contre la discrimination dans ces relations pourrait être tellement nette et grave qu'elle entraînerait clairement la responsabilité de l'État et relèverait alors de l'article 1 du protocole».

(54) Voy. à ce sujet: D. YERNAULT, «La Convention européenne des droits de l'homme...», *op. cit.*, p. 57 à 89; A. CLAPHAM, «Opinion...», *op. cit.*, p. 20 à 32.

(55) Cour eur. D.H., arrêt *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* du 25 mars 1993, Série A, n° 247-C, § 27.

(56) Cour eur. D.H., arrêt *Hatton c. Royaume-Uni* du 2 octobre 2001, § 95.

(57) Cour eur. D.H., arrêt *Van Kuck c. Allemagne* du 12 juillet 2003, et spécialement l'opinion

«conforme» aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme. En l'occurrence, la question était de savoir si une opération de conversion sexuelle pouvait être considérée comme «strictement nécessaire» à des fins thérapeutiques. Prenant sur ce point le contre-pied des juridictions allemandes ayant statué en l'espèce, la Cour européenne des droits de l'Homme répondit à cette question de manière affirmative, ayant égard à sa propre jurisprudence relative à l'article 8 de la Convention et au droit qui s'en déduit, pour un transsexuel, de voire reconnaître le changement de sexe qu'il a subi.

Il convient enfin de réserver une attention particulière à l'arrêt *Appleby c. Royaume-Uni* du 6 mai 2003, en ce qu'il intervient dans la problématique classique de la «liberté de forum» au sein des agoras privatisées. Les faits de la cause sont les suivants. Un grand centre commercial, à l'origine érigé par les pouvoirs publics sur le domaine public mais ensuite revendu à une société privée, héberge certains services publics et forme véritablement le Centre de la ville britannique de Washington. La société privée avait en l'occurrence interdit aux requérants d'établir un stand dans ce centre commercial pour y distribuer des tracts. Dans son arrêt du 6 mai 2003 (58), la Cour rappelle tout d'abord la teneur des obligations imposées à l'État par l'article 10 de la Convention: «L'exercice réel et effectif de [la liberté d'expression] ne dépend pas simplement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger des mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux» (59). Pénétrant plus avant dans la problématique, la Cour estime cependant que «[l'article 10], malgré l'importance reconnue à la liberté d'expression, ne donne pas la liberté de choisir un forum en vue d'exercer ce droit. Certes, l'évolution démographique, sociale, économique et technologique modifie les moyens de déplacement et de communication dont disposent les individus, mais la Cour n'est pas convaincue que cette évolution exige automatiquement la création d'un droit de pénétrer dans des propriétés privées ni même nécessairement dans l'ensemble des biens appartenant au domaine public (par exemple les administrations et les ministères)» (60). En l'occurrence, la Cour accorda une importance déterminante au fait que la liberté d'expression des requérants pouvait s'exercer de manière suffisamment effective ailleurs que dans ledit centre commercial, sur des espaces proprement publics (61). L'on en déduit, *a contrario*, que, faute d'avoir maintenu l'existence de tels espaces, l'État défendeur se serait trouvé dans l'obligation positive de grever les agoras privées d'une manière de «servitude de libertés publiques» autorisant les individus à y pénétrer aux fins d'y exercer leur «liberté de forum». Du reste, l'arrêt du 6 mai 2003 n'affirme pas autre chose: «lorsque l'interdiction d'accéder à la propriété a pour effet d'empêcher tout exercice effectif de la liberté d'expression ou lorsque l'on peut

(58) Cour eur. D.H., arrêt *Appleby c. Royaume-Uni* du 6 mai 2003.

(59) *Ibidem*, § 39.

(60) *Ibidem*, § 47.

(61)

considérer que la substance même de ce droit s'en trouve anéantie, la Cour n'exclut pas que l'Etat puisse avoir l'obligation positive de protéger la jouissance des droits prévus par la Convention en réglementant le droit de propriété. Une ville appartenant à une entreprise, dans laquelle la municipalité tout entière est contrôlée par un organisme privé, en serait un exemple» (62). Par extrapolation, l'on peut affirmer que la teneur de l'obligation de protection imposée aux États, et la mesure dans laquelle celle-ci peut requérir d'étendre l'obligation de respecter les droits fondamentaux à des acteurs privés, seront fonction de la présence et de la disponibilité d'un «débiteur public résiduaire» desdits droits (63).

II.1.2. Le droit de l'Union européenne

25. L'ordre juridique de l'Union européenne tend également, et dans des domaines sans cesse plus diversifiés, à imposer une obligation de protection des droits fondamentaux aux autorités nationales des États membres.

26. Tantôt l'Union édicte des normes imposant expressément l'horizontalisation dans certaines matières particulières. Ainsi une directive 43/2000, adoptée le 29 juin 2000 sur le fondement de l'article 13 TCE (64), impose aux États membres de légiférer aux fins de garantir, de manière effective, la non-discrimination sur la base de la race et de l'origine ethnique, notamment dans le domaine de la fourniture des biens et services – en ce compris le logement –, de l'emploi ou encore de l'éducation. Adoptée sur le même fondement, une directive 78/2000 impose, quant à elle, une obligation semblable aux fins de combattre, dans les rapports d'emploi au sens large, la discrimination sur la base de convictions religieuses, du handicap, de l'âge et de l'orientation sexuelle (65). Plus récemment est intervenue, toujours en exécution de l'article 13 TCE, une directive imposant aux États une obligation de protection de l'égalité entre hommes et femmes dans

(62) *Ibidem*, § 47.

(63) Voy., *mutatis mutandis*, Cour eur. D.H., arrêt *Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse* du 28 juin 2001, § 47, et Com. Eur. D.H., req. 10550/83, décision *Cheall c. Royaume-Uni* du 13 mai 1985, D.R., 42, p. 194. La première affaire concernait le refus de diffusion d'un spot publicitaire, tandis que la seconde portait sur l'exclusion d'un travailleur par un syndicat. Dans l'une et l'autre affaires, et aux fins de déterminer si la responsabilité de l'Etat défendeur pouvait être engagée, les organes de la Convention eurent égard à la possibilité subsidiaire qu'avaient les requérants d'exercer leurs libertés respectives dans d'autres «espaces» que ceux dont les portes leur étaient fermées.

(64) Directive 43/2000 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race et d'origine ethnique, J.O.C.E., n° L 180 du 19 juillet 2000, p. 22 à 26.

(65) Directive 78/2000 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race et d'origine ethnique,

le domaine, notamment, de la fourniture de biens et services, à savoir, entre autres, le secteur assurantiel et le secteur du crédit (66).

L'obligation de protection déduite de ces directives – existantes ou en devenir – se voit renforcée, dans la problématique qui nous intéresse, par une évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice. Classiquement en effet, l'on enseignait qu'une directive – à supposer qu'elle puisse se voir reconnaître un effet direct – ne pouvait être invoquée, en cas d'absence de transposition à l'issue du délai imparti ou en cas de transposition incomplète, qu'à l'encontre des autorités, et non des particuliers. Cet enseignement doit aujourd'hui être nuancé. Un arrêt *Rieser* du 5 février 2004 enseigne en effet qu'au nombre des entités qui peuvent se voir opposer les dispositions d'une directive susceptibles d'avoir des effets directs, figure notamment «l'organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les rapports entre particuliers» (67). Cette position conduisit la Cour – et c'est là la nouveauté de l'arrêt –, à considérer que la directive invoquée en l'espèce était directement opposable à une *personne morale de droit privé*, en l'occurrence un organisme en charge de la construction, de la planification, de l'exploitation, de l'entretien et du financement des autoroutes et voies rapides, ainsi que du prélèvement des péages et des droits d'utilisation. Cette solution était suggérée par l'avocat général ayant conclu en l'affaire, lequel entendait éviter qu'un État membre puisse «se soustraire à l'effet des directives en organisant sous la forme du droit privé le domaine d'activité en question qui normalement est attribué à l'administration publique» (68).

27. Tantôt l'affirmation d'une obligation de protection des droits et libertés garantis par l'ordre juridique de l'Union, emprunte une voie prétorienne. Ainsi la Cour de justice a d'ores et déjà admis, malgré le silence des textes sur ce point, que la responsabilité des États puisse être engagée en raison des atteintes aux grandes libertés communautaires émanant de particuliers (69). Dans un arrêt *Schmidberger* du 12 juin 2003 (70), la Cour de Justice estima qu'un État pouvait engager sa

(66) Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes en les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture des biens et services, J.O.C.E., n° L 373 du 21 décembre 2004.

(67) C.J.C.E., C-157/02, 5 février 2004, *Rieser Internationale Transporte GmBh*, point 24.

(68) Conclusions de l'Avocat général Alber du 9 septembre 2003 avant C-157/02, point 33. Voy., auparavant, C.J.C.E., C-343/98, *Renato Collino et Luisela Chiappero c. Telecom Italia SpA*, 14 septembre 2000, point 23.

(69) Pour un exposé complet de la matière, voy. D. SCHINDLER, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten. Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und der Drittwirkungslehre*, Berlin, Duncker et Humblot, 2001, p. 62 à 95.

(70) C.J.C.E., C-112/03, 12 juin 2003, *Schmidberger*.

responsabilité du fait d'entraves à la libre circulation des marchandises résultant du blocage par des particuliers d'un grand axe autoroutier, particuliers qui souhaitent, par ce biais, protester contre les nuisances environnementales du trafic de camions. Un arrêt *Angonese* du 6 juin 2000 (71) avait, pour sa part, admis que les restrictions à la libre circulation des personnes occasionnées par des pratiques d'employeurs privés étaient susceptibles d'engager la responsabilité de l'État qui tolérerait de telles pratiques. Cet enseignement avait auparavant été énoncé, à propos d'associations sportives, par les arrêts *Walrave et Koch* (72) et *Bosman* (73).

II.1.3. La Constitution belge

28. *Mutatis mutandis*, une situation identique à celle du droit communautaire s'observe au niveau constitutionnel belge.

29. Dans certains cas, la Constitution elle-même impose au(x) législateur(s) compétent(s) de garantir concrètement l'effectivité de l'une ou l'autre liberté. L'on vise par exemple le droit à l'intégrité physique, morale, psychique et sexuelle des enfants, consacré par l'article 22bis de la Constitution (74), ou encore, l'égale jouissance par les femmes et les hommes des droits et libertés, garantie par l'article 11bis, alinéa 1er, de la Constitution (75). Une obligation pour le législateur de garantir l'effectivité du droit au respect de la vie privée et familiale ressort également de l'article 22, alinéa 2, de la Constitution (76). Il en va de même pour les droits économiques, sociaux et culturels reconnus par l'article 23 de la Constitution (77). L'on notera, à cet égard, avec intérêt que la déclaration de révision de la Constitution du 9 avril 2003 envisage l'insertion, à l'article 23 de la Constitution, d'un alinéa supplémentaire consacrant le droit du citoyen à un service univer-

(71) C.J.C.E., C-281/98, 6 juin 2000, *Angonese*, points 30 et 31.

(72) C.J.C.E., C-36/74, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, point 18.

(73) C.J.C.E., C-415/93, 15 décembre 1995, *Jean-Marc Bosman*, point 83.

(74) Sur ceci, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'Homme. Réflexions au départ de l'article 22bis de la Constitution garantissant le droit de l'enfant à l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle», *A.P.T.*, 2001, p. 13.

(75) Voy., à ce sujet, I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, «L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution», *R.B.D.C.*, 2002, p. 153 et suiv.

(76) Voy. E. BREMS, «De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet in hun verhouding tot het internationale, inzonderheid het Europese recht», *T.B.P.*, 1994, p. 627.

(77) L'on relèvera à cet égard que certains auteurs fondent l'horizontalisation des droits économiques, sociaux et culturels sur les termes «obligations correspondantes» figurant à l'article 23, alinéa 2, de la Constitution. Pareil fondement ne trouve, à notre estime, aucun appui dans le texte constitutionnel, pas plus que dans les travaux préparatoires ayant présidé à son adoption. I. HACHEZ, «Les obligations correspondantes» dans l'article 23 de la

sel en matière de poste, de communication et de mobilité (78). Les termes utilisés évoquent de manière tout à fait explicite l'idée d'une obligation de protection des droits fondamentaux dans des secteurs d'activité particulièrement sujets à la privatisation.

30. Au delà des textes, l'on s'accorde généralement, à l'heure actuelle, pour considérer que chacune des dispositions constitutionnelles belges relatives aux droits fondamentaux est le siège, pour les pouvoirs publics, d'une obligation de protection (79). La jurisprudence le confirme (80); les déclarations de révision de la Constitution les plus récentes en prennent acte implicitement (81).

II.2. L'exécution

31. Qu'elle soit issue du droit international, du droit européen ou de la Constitution, l'obligation de protection des droits fondamentaux entre particuliers s'impose aux trois pouvoirs de l'État.

À l'enseigne des travaux préparatoires de la nouvelle Constitution helvétique (82), l'on est cependant tenté d'affirmer que l'exécution de cette obligation – qui consistera, le cas échéant, à imposer concrètement aux particuliers l'obligation de respecter les droits fondamentaux de leurs semblables – est une mission qui incombe prioritairement au législateur.

(78) Voy. proposition de révision de l'article 23 de la Constitution en vue de le compléter pour consacrer le droit à la communication et le droit à la mobilité déposée par Mme K. Lalieux, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 339. Compar. proposition de révision de l'article 23 de la Constitution en vue de garantir un droit à la communication et à la mobilité déposée par M. D. Pieters, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, n° 468; proposition de révision de l'article 23 de la Constitution déposée par Mmes M.-Th. Coenen et L. De Cock, *Doc. parl.*, Chambre, 2002-2003, n° 2294.

(79) Voy., de manière générale, R. ERGEC, *Introduction au droit public*, T. II, *Les droits et libertés*, Bruxelles, Kluwer, 2ème éd., 2003, p. 53 et 54. Voy., sur la possibilité de déduire des obligations positives des articles 10 et 11 de la Constitution, P. LEMMENS, «Gelijkheid en non-discriminatie. Een poging tot synthese», *Égalité et non-discrimination*, Anvers, Kluwer, 1990, p. 89 et 90. Voy. également le Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles du Sénat par Mmes Van Riet et de 't Serclaes à propos de la révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité, *Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 2-465/4, p. 26 et 27 (avis P. LEMMENS) et p. 56 à 58 (avis M. VERDUSSEN).

(80) Voy. les références citées par S. VAN DROOGHENBROECK, in «L'horizontalisation des droits de l'Homme», *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Colloque tenu aux F.U.S.L. le 5 mars 2004, à paraître.

(81) Voy., par exemple, la motivation avancée pour justifier l'insertion de l'article 29 de la Constitution au sein de la déclaration de révision de la Constitution (B. CADRANEL, *La déclaration de révision de la Constitution d'avril 2003*, C.H. C.R.I.S.P., 2003, n° 1811-1812, p. 12).

(82) Voy. l'article 1er de la Constitution fédérale suisse citée ci-dessus en note 41.

32. Plusieurs raisons motivent une telle proposition.

La première – au demeurant mise en exergue dans les travaux préparatoires de la nouvelle Constitution suisse – tient au respect de la séparation des pouvoirs, et singulièrement, aux rôles respectivement dévolus au juge et au législateur dans une société démocratique. La question de savoir s'il est nécessaire d'investir les participants de l'obligation de respecter les droits fondamentaux, et dans l'affirmative, dans quelle mesure et selon quels moyens un tel partage ou transfert de responsabilité doit avoir lieu, est une question qui mobilise un pouvoir d'appréciation, lequel excède, dans de nombreuses hypothèses, la mission normale d'un juge. Nous l'avons souligné lors de l'examen de la problématique de la «liberté de forum» sur les agoras privatisées (83): l'obligation de protection des droits fondamentaux ne requiert pas nécessairement, dans toutes les configurations possibles de privatisation, que tous les acteurs privés soient astreints, de manière identique, à l'obligation de respecter et d'honorer l'ensemble desdits droits (84). Un choix de haute politique semble ici se profiler, et il est préférable – pour dire le moins – qu'il soit posé par un législateur.

De même une intervention législative semble *a priori* incontournable lorsque les droits fondamentaux concernés forment, non pas simplement le «cadre» d'une mission qui serait déléguée à des acteurs privés, mais bien «l'objet» même de cette mission. L'on peut concevoir assez aisément qu'un juge, malgré l'absence de toute norme législative expresse édictée à cet effet, affirme que le droit au respect de la vie privée doit être respecté par un particulier; on imagine mal, en revanche, que le même juge rédige lui-même le «cahier des charges» s'imposant aux acteurs privés qui, par délégation ou en vertu d'une initiative propre, seraient appelés à exercer des activités œuvrant ou censées pouvoir œuvrer à la réalisation d'un droit fondamental comme le droit au logement ou le droit à sécurité sociale. Si l'on n'admet généralement pas que de tels droits, en raison de l'indétermination *a priori* de leur contenu, puissent être directement exigibles de l'autorité publique sans concrétisation législative préalable (85), *a fortiori* doit-il être exclu que, sans cette

(83) Cf. *supra*, point 15.

(84) Cf. *supra*, note 36, à propos de l'obligation d'inscription dans les établissements d'enseignement libre subventionnés.

(85) L'on s'accorde en effet pour reconnaître que les droits économiques, sociaux et culturels consacrés par l'article 23 de la Constitution et divers traités internationaux sont dépourvus d'effet direct, en ce sens que le particulier ne pourrait se prévaloir «directement», devant le juge, de la norme constitutionnelle ou internationale pour en revendiquer le respect à son profit; seule une norme interne les concrétisant pouvant être mobilisée à cet effet dans le cadre d'une

même concrétisation, ils puissent être opposés aux acteurs privés chargés de leur réalisation (86).

Un second motif – d'ordre plus technique – invite à plaider pour l'intervention prioritaire du législateur. L'obligation de protection des droits fondamentaux mise à charge des pouvoirs publics s'accompagne, dans l'une ou l'autre hypothèses, d'une obligation plus spécifique de mettre en œuvre tel ou tel procédés techniques visant à maximiser la protection attendue. Or, l'utilisation desdits procédés peut, le cas échéant, relever du domaine réservé de la décision législative, en ce sens que le juge, seul, ne pourrait en décider. Ainsi et par exemple, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme enseigne que, dans certaines hypothèses, la protection des droits fondamentaux dans le cadre des rapports interindividuels requerra obligatoirement la mobilisation de l'arme pénale (87). Constitutionnellement, seul le législateur peut procéder à une telle mobilisation. De même, les directives ci-avant recensées, qui ont été adoptées sur le fondement de l'article 13 TCE (88), conditionnent l'effectivité de l'interdiction de la non-discrimination dans les rapports entre particuliers à un renversement de la charge de la preuve dérogatoire au droit commun en vigueur en Belgique (89): pour introduire un tel renversement, la règle purement jurisprudentielle ne semble pas satisfaisante (90).

(86) Voy. en ce sens, à propos des droits économiques, sociaux et culturels consacrés par l'article 23 de la Constitution: E. BREMS, «De nieuwe grondrechten...», *op. cit.*, p. 634; D. DE BRUYN, «Le droit constitutionnel au travail», *Ann. Dr.*, 1996, p. 199; M. DISPERSYN, «Le droit à la sécurité sociale», *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, Actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 226; R. ERGEC, «Introduction générale», *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, Actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 16 et 17; G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Groningen, Oxford, Intersentia, 2003, p. 420, n° 828; M. STROOBANT, «De sociale grondrechten naar Belgisch recht. Een analyse van de parlementaire werkzaamheden bij artikel 23 GW», *Sociale grondrechten*, M. Stroobant (ed.), Antwerpen, Maklu, 1995, p. 74, n° 33; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Overzicht Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2003, p. 575, n° 868. R. Ergéc, J. Vande Lanotte et G. Goedertier émettent cependant l'hypothèse que les atteintes au droit au respect de la dignité humaine entre personnes privées puissent être juridiquement sanctionnées sur la seule base de l'article 23, alinéa 1er, de la Constitution qui le consacre, à tout le moins pour son versant «droit-résistance».

(87) Voy., par exemple, Cour eur. D.H., arrêt *X et Y c. Royaume-Uni* du 23 mars 1985; Cour eur. D.H., arrêt *A c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998; Cour eur. D.H., arrêt *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003; Cour eur. D.H., arrêt *Oneryildiz c. La Turquie* du 18 juin 2002.

(88) Article 8, § 1er, de la directive du 29 juin 2000 précitée; art. 10, § 1er, de la directive du 27 novembre 2000 précitée.

(89) Voy., à ce sujet, S. VAN DROOGHENBROECK, «La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination: les défis d'une 'horizontalisation' des droits de l'Homme», *A.P.T.*, 2003, p. 243.

(90) Tel que consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le principe de la légalité de la procédure commande que les règles essentielles de procédure en vigueur devant une juridiction soient suffisamment prévisibles pour le justiciable: voy. Cour eur. D.H., arrêt *Van Duyn c. Home Office* du 13 décembre 1975.

Enfin – et c'est là le troisième motif appuyant l'intervention prioritaire du législateur –, il apparaît assez nettement, à la lecture de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (91), que l'État qui s'acquitte de son obligation de protéger les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers se voit astreint à un impératif de sécurité juridique: non seulement la protection qu'il accorde à certains droits, mais aussi la limitation qu'il apporte à d'autres droits aux fins de bâtir cette protection, doivent offrir une prévisibilité suffisante pour éviter tout phénomène d'autocensure dans le chef des titulaires des droits protégés et limités (92). Il est douteux que la seule régulation jurisprudentielle de cette protection et de ces limites, terrain d'une inévitable casuistique, satisfasse, à elle seule, cet impératif de sécurité juridique: ici encore, une prise en charge législative de la problématique paraît incontournable.

Telles sont donc les trois raisons qui conduisent à soutenir que l'exécution de l'obligation de protection des droits fondamentaux incombe prioritairement – mais pas exclusivement: nous y reviendrons ci-après (93) – au législateur.

33. Il est assez intéressant de constater la multiplication récente, en Belgique, des interventions législatives visant cet objectif de protection. On ne saurait évidemment se montrer exhaustif à cet égard: tout juste livrera-t-on un échantillon de législations illustrant la manière dont une activité privatisée peut se trouver encadrée par un réseau d'obligations assurant l'intégrité des droits fondamentaux.

L'une des questions qui fut récemment placée à l'avant-plan de l'activité législative belge fut la protection de l'égalité et de la non-discrimination dans les rapports interindividuels (94). Ce n'est évidemment pas un hasard: il incombait à la Belgique de transposer les directives européennes relatives à la matière. Dans la sphère des compétences fédérales, la loi du 25 février 2003 entend par exemple interdire, au besoin sous la contrainte pénale, les discriminations directes ou indirectes intervenant dans la fourniture des biens et services, l'emploi au sens large, et plus largement, la participation à toute activité économique, sociale, culturelle ou politique (95). Un décret de la Communauté française du 19 mai 2004 commine des

interdictions semblables, notamment, en matière d'enseignement (96), tandis qu'une ordonnance bruxelloise fait de même à propos, notamment, des organismes chargés du placement des travailleurs (97). Encore que le lien entre ces initiatives législatives et la transposition des directives européennes susdites soit plus implicite – voire même inexistant –, l'on pointerait également, sans exhaustivité aucune, l'apparition de l'exigence de non-discrimination dans la législation régionale relative à l'organisation du marché du gaz (98) et de l'électricité (99), dans la législation communautaire relative à la prestation des soins au sens large (100), et dans la législation fédérale relative aux entreprises de gardiennage (101).

L'on notera par ailleurs la propension croissante, dans le chef des différents législateurs belges, à subordonner la subsidiation publique d'activités privées – et plus largement, toute forme d'«appui public» (agrément, ...) aux dites activités – à la condition que celles-ci et ceux qui les entreprennent respectent les droits et

...

p. 309 et suiv.; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Larcier, coll. «Bibliotheek Belgisch Sociaal Recht», à paraître en 2004; E. BREMS et M. DE VOS (dir.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Anvers, Intersentia, 2004; O. DE SCHUTTER, «La loi belge tendant à lutter contre la discrimination», *J.T.*, 2003, p. 845 et suiv.; J. JACQMAIN, «...Et omnia discriminatio», *J.D.J.*, n° 227, 2003, p. 18 et suiv.; S. VAN DROOGHENBROECK, «La loi du 25 février 2003...», *op. cit.*, p. 208 et suiv.; J. VELAERS (dir.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, «De antidiscriminatiewet. Een artikelsgewijze analyse», *NjW*, 2003, p. 258 et suiv. (Deel I), et 294 et suiv. (Deel II). Voy. par ailleurs l'arrêt n° 157/2004, rendu par la Cour d'arbitrage le 6 octobre 2004, qui annule partiellement certains dispositifs de la loi du 25 février 2003; cette annulation partielle ne remet cependant pas en cause les propos tenus en l'espèce.

(96) *M.B.*, 7 juin 2004.

(97) L'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 26 juin 2003 relative à la gestion mixte du marché du travail, *M.B.*, 29 juillet 2003.

(98) Article 10 du décret de la Communauté flamande du 6 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché du gaz, *M.B.*, 3 octobre 2001.

(99) Article 9 du décret de la Communauté flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.*, 22 septembre 2000.

(100) Voy., par exemple, l'article 18 du décret de la Communauté flamande du 14 juillet 1998 portant agrément et subventionnement des associations et des structures d'aide sociale dans le cadre des soins à domicile, *M.B.*, 5 septembre 1998; l'article 3 du décret de la Commission communautaire française du 4 mars 1999 organisant l'agrément et le subventionnement des centres de coordination des soins et services à domicile et des services de soins palliatifs continués, *M.B.*, 3 avril 1999.

(101) Article 11, 11°, de la loi du 7 mai 2004 modifiant la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, les entreprises de sécurité et les services internes de gardiennage, la loi du 29 juillet 1934 interdisant les milices privées et la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé, *M.B.*, 2 juin 2004.

(91) S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation des droits de l'Homme», *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Colloque tenu aux F.U.S.L. le 5 mars 2004, à paraître.

(92) Cour eur D.H., arrêt *Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004, §§ 73 à 75.

(93) Cf. *infra*, point 34.

(94) S. VAN DROOGHENBROECK, «La non-discrimination dans les rapports entre particuliers: de nouvelles données», *L'égalité: nouvelles(s) clé(s) du droit*, Formation permanente C.U.P., 2004, vol. 73, p. 79 à 141.

(95) Sur cette loi, voy. e.a., I. AENDENBOOM, «Loi antidiscrimination ou antidérapant?», *op. cit.*, p. 227, 2003, n. 24 et suiv.; C. BAYART, «De opmars van het discriminatierecht in de tweede generatie en aandachtspunten», *op. cit.*, p. 227, 2003, n. 24 et suiv.; C. BAYART, «De opmars van het discriminatierecht in de tweede generatie en aandachtspunten», *op. cit.*, p. 227, 2003, n. 24 et suiv.

libertés garantis, notamment par la Convention européenne des droits de l'Homme (102).

34. Que l'obligation de protection des droits fondamentaux incombe prioritairement au législateur n'empêche évidemment pas que le juge ait un rôle à jouer en la matière.

Ce rôle peut, le cas échéant, être complémentaire: les législations transposant le respect des droits fondamentaux dans les rapports interindividuels devront, tant que faire se peut, être interprétées de manière conforme aux dispositions internationales ou constitutionnelles qui garantissent lesdits droits.

Le rôle du juge peut également être subsidiaire: il lui incombera de faire respecter les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers lorsque le législateur n'a pas pris d'initiatives expresses et spécifiques à ce propos. À l'heure actuelle, la jurisprudence belge s'oriente majoritairement dans le sens d'une diffusion des droits fondamentaux dans les rapports entre individus (103). Force est néanmoins de constater que les modalités techniques de cette diffusion sont encore relativement confuses car généralement peu théorisées par les juges eux-mêmes. Tantôt ceux-ci imposent le respect des droits fondamentaux entre particuliers de manière médiate, c'est-à-dire, par le truchement de l'interprétation des «normes ouvertes» de droit privé régissant les rapports entre particuliers: les droits fondamentaux sont de la sorte mobilisés pour donner un contenu aux notions de faute quasi-délictuelle (104), d'ordre public contractuel (105), d'usages honnêtes en matière com-

(102) Voy., à titre purement exemplatif: l'article 7, § 1er, 6°, du décret de la Communauté française du 26 avril 2004 relatif à la reconnaissance et au soutien des écoles de devoirs, *M.B.*, 29 juin 2004; l'article 4, § 1er, 1°, du décret de la Communauté flamande du 3 mars 2004 portant agrément et subventionnement d'auberges de jeunesse, de centres de séjour pour jeunes, de structures d'appui et de l'ASBL «Algemene dienst voor Jeugdtoerisme», *M.B.*, 2 avril 2004; l'article 2, § 5, du décret de la Communauté française du 22 octobre 2003 relatif à la reconnaissance de la langue des signes, *M.B.*, 25 novembre 2003; l'article 7, 8°, du décret de la Communauté française du 17 juillet 2003 relatif au soutien de l'action associative dans le champ de l'éducation permanente, *M.B.*, 26 août 2003; l'article 4, § 1er, 5°, du décret de la Communauté flamande du 4 avril 2003 relatif à l'animation socioculturelle des adultes, *M.B.*, 28 mai 2003, ...

(103) Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation des droits de l'Homme», *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Colloque tenu aux F.U.S.L. le 5 mars 2004, espèce de diffusion des droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers: voy. C.T. Bruxelles, 18 mai 1992, *Pas.*, 1992, III, p. 71; Civ. Anvers, 22 juillet 1992 et 22 octobre 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 541; Civ. Anvers, 27 juin 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 1218; Civ. Bruxelles, 17 septembre 1991, *J.D.J.*, 1991, n° 109, p. 28.

(104) Voy. par exemple, Civ. Bruxelles, 21 novembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 24.

merciale (106), ou encore d'abus de droit (107). Pareil procédé indirect de diffusion des droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers est celui qui, en pure logique, s'inscrit le mieux dans la philosophie générale des obligations de protection, telles que nous les avons ci-avant présentées. Parfois, cependant, le juge s'abstient d'arrimer explicitement la diffusion des droits fondamentaux dans les relations interindividuelles à une norme régissant les rapports entre particuliers – par exemple les articles 6, 1133 ou 1382 du Code civil –: l'impression est alors suscitée que les droits fondamentaux, constitutionnellement ou internationalement garantis, lient directement, en droit, les individus eux-mêmes (doctrine de *l'unmittelbare Drittwirkung*) (108).

note; *J.J.P.*, 2003, p. 60. Voy. également, Civ. Bruxelles, 6 avril 1976, *Pas.*, 1976, III, p. 51 (nullité d'une convention par laquelle un détective privé s'était engagé à enregistrer les conversations téléphoniques d'un tiers); T.T. Bruges, 13 décembre 1993, *Chron. dr. social*, 1994, p. 79 et suiv. et note P. HUMBLET (nullité d'une clause de résidence).

(106) Comm. Bruxelles (Cess.), 16 juin 2003, *Association belge des consommateurs Test-Achat c. Fortis A.G.*, AC 08304/02 (inédit).

(107) Voy., par exemple, Civ. Charleroi (réf.), 19 janvier 2000, *R.G.D.C.*, 2000, p. 590 et note J. FIERENS (à propos d'une coupure d'électricité); Comm. Bruxelles (Cess.), 6 novembre 1998, *Ann. prat. Comm.*, 1998, p. 649, note Y. MONTANGIE; Comm. Bruxelles (Cess.), 27 novembre 1997, *Ann. prat. Comm.*, 1997, p. 807 et suiv.; Comm. Anvers, 29 mai 1997, *Ann. prat. Comm.*, 1997, p. 793.

(108) Voy., par exemple, à propos de la mixité des établissements d'enseignement du réseau libre subventionné, Bruxelles (réf.), 21 février 1996, *J.D.J.*, 1996, p. 227 et note J. JACQMAIN. Voy. encore, à propos des atteintes à la vie privée portées par la presse, Civ. Bruxelles, 6 novembre 1996, *Journ. Proc.*, 1996, liv. 316, p. 26; Gand, 12 septembre 1988, *Pas.*, 1989, II, p. 46. Adde, T.T. Nivelles, 8 février 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 181; T.T. Verviers, 20 mars 2002, *J.T.T.*, p. 183 et suiv.

III. LES INCERTITUDES

35. Dès l'abord de cette étude (109), l'on a souligné que la privatisation d'«activités sensibles» susceptibles de porter directement ou indirectement atteinte aux droits fondamentaux d'autrui n'était envisageable que si elle s'accompagnait, le cas échéant, d'un partage ou d'un transfert de la déduction des droits fondamentaux à charge de l'acteur privé.

Après avoir étudié la manière dont un tel partage ou transfert devait être réalisé, il est une première question que l'on ne peut manquer de se poser: celle de savoir si l'individu bénéficie d'une protection équivalente de la part de l'acteur privé à celle autrefois assurée en monopole par l'Etat. Autrement dit, l'horizontalisation des droits fondamentaux emporte-t-elle ou non dans son sillon une déperdition du point de vue de leur protection (III.1)?

A ce stade, il est une autre hypothèse avancée à son début qu'il nous faut interroger, à savoir l'hypothèse selon laquelle les droits fondamentaux n'opposeraient, en tant que tels, aucun obstacle à l'intervention d'un acteur privé. Pour le dire autrement, peut-on réellement soutenir qu'aucune «activité sensible» n'est insusceptible de privatisation en raison de la protection due aux droits fondamentaux (III.2)?

Comme l'augure l'intitulé de cette subdivision consacrée aux «incertitudes», les lignes qui suivent n'apporteront pas de réponses définitives aux questions soulevées; elles s'attacheront davantage à les développer afin d'en montrer la pertinence.

III.1. L'existence d'une éventuelle déperdition de protection résultant de l'horizontalisation des droits fondamentaux

36. Une réponse circonstanciée à la question de l'éventuelle déperdition de protection résultant de l'horizontalisation des droits fondamentaux nécessiterait des développements approfondis; dans les limites assignées à la présente étude, nous nous bornerons cependant à l'examiner au départ de deux sous-questions.

La première d'entre elles est celle de savoir si les particuliers peuvent être astreints à des obligations identiques à celles pesant sur les Etats en termes de respect des droits fondamentaux ou si, au contraire, seules des obligations atténuées peuvent leur être imposées (III.1.1).

La seconde sous-question, intimement liée à la première, revient à se demander si la démultiplication des conflits de droits résultant du mouvement d'horizontalisation des droits fondamentaux ne conduit pas fatalement à une déperdition du point de vue de leur protection (III.1.2).

III.1.1. L'intensité des obligations imposables

37. L'autorité publique se voit traditionnellement reconnaître la faculté de limiter les droits fondamentaux des particuliers, à la condition, toutefois, qu'une telle limitation poursuive un but d'intérêt général et demeure proportionnée à celui-ci. En va-t-il de même pour l'acteur privé lorsqu'il est érigé en débiteur des droits fondamentaux? En d'autres termes, les particuliers peuvent-ils voir la validité de leur action subordonnée aux mêmes conditions de légitimité et de proportionnalité que celles qui conditionnent la validité de l'agir public?

38. Une réponse affirmative semble se dégager de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi la Cour a-t-elle contrôlé, au regard de l'article 10 de la Convention, la validité d'un licenciement par un employeur privé de la même manière que s'il s'était agi de la révocation par un Etat de l'un de ses fonctionnaires (110). Dans l'arrêt *Craxi* (n° 2), la divulgation par les médias de certaines conversations privées du requérant fut déclarée contraire au droit au respect de la vie privée: si cette publication poursuivait, certes, «un but légitime», elle ne se révélait pas «nécessaire dans une société démocratique» au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme (111). Enfin, dans l'arrêt *Pla et Pancernau* du 13 juillet 2004, la Cour – quoique divisée sur ce point (112) – semble avoir apprécié le caractère discriminatoire d'une clause testamentaire à l'aune des mêmes standards que ceux qu'elle déploie ordinairement pour évaluer la comptabilité d'un acte étatique au regard de l'article 14 de la Convention (113).

La loi belge du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination s'engage également dans cette voie: aux termes des travaux préparatoires, l'existence d'une discrimination prohibée par cette loi dans les rapports entre particuliers devra être appréciée selon les mêmes paramètres décisionnels que ceux déployés par la Cour d'arbitrage lorsqu'elle contrôle la compatibilité d'une loi avec les articles 10 et 11 de la Constitution (114).

(110) Cour eur. D.H., arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000.

(111) Cour eur. D.H., arrêt *Craxi n° 2 c. Italie* du 17 juillet 2003. Une démarche identique caractérise le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *von Hannover c. Allemagne* précité.

(112) Voy. l'opinion en partie dissidente jointe à l'arrêt par le juge Bratza et l'opinion dissidente jointe à l'arrêt par le juge Garlicki.

(113) Cour eur. D.H., *Pla et Pancernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, spéc. § 61.

(114) S. VAN DROOGHENBROECK, La loi du 25 février 2003, op. cit. p. 226 à 228.

39. La transposition, au contentieux horizontal, des catégories et raisonnements juridiques typiques du contentieux vertical ne fait cependant pas l'unanimité. Elle essuya les critiques de certains auteurs (115). Elle s'attira par ailleurs le scepticisme de la section de législation du Conseil d'Etat au cours de l'élaboration de la loi du 25 février 2003. Selon le Conseil d'Etat, en effet, «(...) l'article 2 de la proposition examinée applique à des particuliers des critères qui, s'ils sont relativement précis pour l'autorité en raison de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, ne le sont pas pour eux. Il en va ainsi, notamment, de la notion de but poursuivi par la mesure ou le comportement jugé discriminatoire. Si une loi poursuit toujours un but indiqué dans l'exposé des motifs par rapport auquel la pertinence de la discrimination peut être appréciée, il n'en va pas de même pour les particuliers dont les comportements ne sont pas nécessairement rationnels et susceptibles d'être appréciés à l'aune du critère utilitariste de l'efficacité supérieure comparable' retenu par l'article 2, § 1er, al. 2 de la proposition. Il se peut également que des particuliers, personnes physiques ou morales, tiennent compte, dans leurs comportements, de considérations habituellement invoquées par l'Etat, telles que la protection du mariage ou de la moralité (...). Comment, dans ce cas, apprécier le critère de la proportionnalité alors que le comportement du particulier sera normalement impuissant à atteindre, à lui seul, l'objectif poursuivi, mais ne pourra qu'y contribuer, souvent dans une très faible mesure? En outre, dans une société démocratique et pluraliste, les particuliers auront des conceptions différentes de la notion d'intérêt général et les effets de leurs comportements s'annihileront» (116).

La version la plus radicale de cette critique, qui tendrait à récuser la pertinence même de l'introduction des catégories de «but légitime» et de «proportionnalité» dans l'appréciation des actes d'un particulier, ne semble pas recevable. Du reste, une fois chassées par la porte, ces catégories feraient inmanquablement retour par les fenêtres, sans doute sous la forme d'un critère du «raisonnable», ou encore du standard civiliste de l'«homme raisonnablement prudent et diligent dépourvu d'intention de nuire». Si le raisonnement juridique ne s'en trouverait pas substantiellement modifié en pratique, il perdrait à tout le moins en clarté.

(115) Voy. J.-P. MARGUÉNAUD et C. MOULY, note sous Cour eur. D.H., arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, D., 2001, Jur., spéc. p. 578; J.-P. MARGUÉNAUD et C. MOULY, «Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail: usage du principe européen de proportionnalité», obs. sous Cass. fr., 12 janvier 1999, D., 1999, Jur., spéc. p. 647; J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 129 et p. 258 et références citées; F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., 2003, p. 32. Voy. encore les pertinentes remarques de P. LEMENS, «Rond de tafel: recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het Europees hof voor de mens», *En toch beweegt het recht*, sous la dir. de W. Debeuckelaere et

La critique est par contre recevable lorsqu'elle attire l'attention sur le fait que les catégories de «but légitime» et de «proportionnalité» ne peuvent être appliquées de la même manière dans un rapport horizontal qu'elles le sont dans un rapport vertical. Il est en effet absurde d'exiger d'un particulier qu'il motive ses actions par un «intérêt général» semblable à celui qui doit présider aux actions d'un législateur. La poursuite d'intérêts lucratifs, inadmissible pour le second, n'est sans doute pas nécessairement illégitime pour le premier. De même ne semble-t-il pas possible d'apprécier la proportionnalité des actions d'un particulier – par exemple, leur aptitude à réaliser les objectifs qui les motivent – à l'aune des mêmes standards que ceux que l'on applique à l'autorité publique: la taille des acteurs en présence et les moyens d'actions dont l'un et l'autre disposent sont sans communes mesures.

40. Que l'on ne se méprenne pas sur la portée de notre propos: les paramètres décisionnels du contrôle vertical ne sont pas, à notre estime, incongrus dans un contentieux horizontal; simplement doivent-ils être quelque peu adaptés et nuancés pour y être greffés. Si quelque scepticisme pouvait encore subsister à ce sujet, l'on rappellera que l'idée que les actes d'un particulier puissent être appréciés à la lumière des buts qui lui sont assignés et de la proportionnalité des moyens employés pour y arriver, n'est pas neuve, loin s'en faut, en droit privé: cette idée est à la base de la théorie on ne peut plus classique de l'abus de droit, telle que développée par la Cour de cassation belge (117).

41. Les adaptations requises lors de la transposition des paramètres du contentieux vertical au contentieux horizontal impliquent-elles pour autant une déperdition en termes de protection des droits fondamentaux? Indubitablement, oui. Encore ne faut-il pas surestimer l'ampleur de cette perte dont la mesure exacte demeure avant tout une question de casuistique.

III.1.2. La démultiplication des hypothèses de conflits entre droits fondamentaux

42. Les obligations de protection de l'Etat démultiplient les hypothèses de conflits de droits, et ce pour une raison bien compréhensible: en cherchant à

(117) Pour un récapitulatif récent à ce sujet, voy. J.-F. ROMAIN, «Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et de proportionnalité en droit privé», *Rev. Dr. ULB*, 2002, spéc. p. 223 et suiv. Plus anciennement, voy. Y. HANNECART, «Le principe de proportionnalité en droit privé belge», *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Liège, éd. du Jeune Barreau de Liège, 1994, p. 126 et suiv. L'on doit à W. Van Gerven l'intuition d'un rapprochement entre, d'une part, la théorie de l'abus de droit, et d'autre part, le contrôle de proportionnalité de droit public, tel que celui déployé par la Cour d'arbitrage au contentieux de l'égalité (voy. W. VAN GERVEN, «Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fon-

protéger les droits fondamentaux d'un particulier (le créancier des droits fondamentaux), l'Etat est très souvent contraint de limiter les droits fondamentaux d'autrui (le débiteur des droits fondamentaux). Si la survenance d'un conflit de droits ne résulte pas nécessairement de la mise en jeu des obligations de protection, celles-ci n'en constituent pas moins leur terre d'élection privilégiée (118). Dans chaque cas, en effet, le particulier invoquant la violation de ses droits par autrui se heurtera aux droits fondamentaux dont ce dernier est également en droit de se prévaloir. Cette situation ne se rencontre pas lorsque les droits sont opposés à l'Etat qui, lui, n'est pas titulaire des droits et libertés.

43. De tels conflits entre droits fondamentaux sont sources d'inconforts pour les États, qui sont pris entre le marteau et l'enclume: sommés d'agir, mais sans en faire trop; s'ils donnent raison à l'un, l'autre aura tôt fait d'introduire une requête à son encontre devant la Cour, et inversement. Un exemple récent issu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme permet d'illustrer cet embarras. Dans l'arrêt *Craxi* (n° 2) précité, la Cour européenne des droits de l'Homme estima que l'article 8 de la Convention européenne faisait obligation aux États de mener une enquête effective destinée à identifier les auteurs de fuites dans le cadre d'une instruction, fuites qui avaient eu en l'occurrence pour résultat la publication, dans la presse, de documents d'instruction attentatoires à la vie privée du requérant. Comment l'Etat peut-il s'acquitter de cette obligation? La voie la plus efficace ne consisterait-elle pas à sommer les journalistes de révéler leurs sources, et au besoin, à perquisitionner au sein de la rédaction des organes de presse en cas de refus? Telle ne semble pas être la réponse attendue par la Cour: rendu deux jours plus tôt, soit le 15 juillet 2003, l'arrêt *Ernst et autres c. Belgique* rappelle en effet que de telles sommations et perquisitions sont *a priori* contraires à la liberté de presse des journalistes, fussent-elles opérées en vue de démasquer l'auteur d'une fuite dans un dossier pénal (119).

44. Inconfortables pour l'Etat, les conflits entre droits fondamentaux le sont également pour le juge. La voie la plus simple pour les résoudre consisterait sans doute à établir une hiérarchie entre droits fondamentaux. Deux raisons au moins conduisent cependant à s'en détourner. D'une part, parce que cette piste se heurte à des obstacles théoriques: le principe de l'indivisibilité des droits fondamentaux est rétif à l'idée de décerner *a priori* un rang à chaque droit fondamental. D'autre part, parce qu'elle débouche rapidement sur une impasse pratique: au-delà de cer-

taines évidences, les tentatives doctrinales visant à établir une véritable hiérarchie de droits fondamentaux n'ont jamais abouti à ce jour (120).

A défaut de pouvoir puiser des solutions «prêtes à l'emploi» au sein d'une hiérarchie abstraite, le conflit entre droits fondamentaux ne semble pouvoir être résolu qu'au travers d'une mise en balance des intérêts en présence, destinée à déterminer lequel des deux droits conflictuels pèse, *in concreto*, le plus lourd. Il reste qu'avant de se tourner vers la balance et sa logique «sacrificielle», il paraît nécessaire et légitime de chercher à réaliser, entre les droits conflictuels, une «concordance pratique». Héritée de la doctrine constitutionnelle allemande, la «concordance pratique» repose sur l'idée selon laquelle, lorsque deux droits fondamentaux sont en conflit, aucun d'entre eux n'a de vocation à se voir *a priori* sacrifié au profit de l'autre. Les deux droits en conflit se doivent des concessions réciproques: leurs requêtes respectives doivent être rabotées aux fins de surmonter, ou à tout le moins, de réduire au maximum le conflit qui les oppose. Loin de constituer une «baguette magique», génératrice de solutions toutes faites, l'impératif de «concordance pratique» se rapproche davantage d'un «horizon régulateur» s'imposant à l'activité interprétative de celui qui affronte un conflit de droits fondamentaux, en lui sommant de faire preuve d'imagination. La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme recèle quelques traces plus ou moins explicites de cette recherche de «concordance pratique» (121).

45. Au-delà des délicates interrogations que soulève sa mise en œuvre concrète, la question se pose de savoir si cette recherche de «concordance pratique» entre droits conflictuels va automatiquement se payer d'une moindre protection des droits en cause. En d'autres termes, les droits fondamentaux qu'un individu pourrait faire valoir à l'égard d'un autre individu seront-ils nécessairement plus limités que s'il cherchait à les faire valoir à l'égard de l'Etat, et ce en raison du respect dû aux droits concurrents que pourrait opposer le débiteur privé de ces droits (122)? Force est de constater que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme recèle quelques indices en ce sens (123). Ici encore, l'on doit par conséquent conclure que le passage d'une perspective verticale à une

(118) L'on citera, à titre d'exemples, l'affrontement entre le droit de propriété et la «liberté de forum» (cf. l'arrêt *Appleby* précité) ou entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée (cf. l'arrêt *von Hannover* cité ci-avant).

(119) Cf. en ce sens, l'arrêt *Ernst et autres c. La Belgique* du 15 juillet 2003, spéc. §§ 100-105.

(120) Voy., en ce sens, Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 522 et suiv.

(121) Voy. les références citées par S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation...», *op. cit.*, à paraître.

(122) Pour la mise en lumière de cette éventualité, M. MINOW, «Public and private partnerships: accounting for the new religion», *Harvard Law Review*, 2003, p. 1246 et 1247.

(123) La Cour semble en effet admettre que, en cas de survenance d'un conflit entre droits fondamentaux, chacun des deux droits en présence puisse subir des limitations qui ne seraient pas admissibles hors l'hypothèse d'un tel conflit. Voy., à ce sujet, 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, F.U.S.L., 2001, p. 114 à 117. Adde l'opinion dissidente jointe par le juge Garlicki à l'arrêt *Pla et Pancerneau c. Andorre*

perspective horizontale d'opposabilité des droits fondamentaux s'accompagne d'une certaine déperdition dans la protection desdits droits. L'on ajoute cependant immédiatement que cette déperdition ne doit sans doute pas être exagérée et ne pourra, en toute hypothèse, être identifiée qu'au cas par cas.

III.2. L'existence d'éventuelles activités étatiques insusceptibles de privatisation en raison des droits fondamentaux

46. Le droit international des droits de l'homme impose aux Etats parties de garantir les droits et libertés à la réalisation desquels ils se sont engagés; il est par contre généralement indifférent quant à la manière dont cet objectif est réalisé. Les Etats peuvent aussi bien assumer eux-mêmes cette mission que la «déléguer» en tout ou partie à des partenaires privés, pour autant, cependant, qu'ils s'assurent du respect des droits fondamentaux par ces derniers, le cas échéant en les érigeant en débiteurs desdits droits (124). Il en va à première vue exactement de même pour les droits fondamentaux consacrés par la Constitution: que le constituant confère, dans certaines hypothèses, expressément au législateur la compétence de garantir les droits fondamentaux ne signifie *a priori* pas que celui-ci ne puisse recourir, pour ce faire, aux services d'un acteur privé, mais seulement qu'il demeure en tout état de cause responsable de leur respect (125). Les droits fondamentaux – quelle que soit la source dont ils émanent – n'imposent pas, en soi, d'obstacles dirimants à la privatisation.

47. Tel est le principe. Encore faut-il s'assurer qu'il ne doive pas être nuancé: n'y a-t-il pas des droits qui, par nature, ne peuvent être garantis par un acteur privé et qui, ce faisant, devraient échapper à la privatisation? Est-il par exemple envisageable d'avoir une justice indépendante en dehors du cadre d'un statut public (126)? Peut-on imaginer qu'un jour la sécurité soit assurée par des entreprises de gardiennage privées, en lieu et place de la police?

48. A dire vrai, une réponse catégorique à ces questions est pratiquement impossible à fournir; les positions que l'on adopte à leur égard sont en effet très souvent imprégnées de postulats implicites propres à la manière dont une société donnée se représente la division «naturelle» des tâches entre le «public» et le «privé». Or, force est de constater que ces représentations sont éminemment

variables dans le temps et dans l'espace, ce qui condamne à l'échec toute possibilité d'adopter un point de vue de Sirius en la matière. Ainsi et par exemple, la privatisation des prisons ou de la Justice est vue avec étonnement, voire même avec horreur, dans nos sociétés, alors qu'elle fait l'objet d'une pratique bien implantée dans le Nouveau monde. Par contre, dans ce Nouveau monde, la subvention publique d'un enseignement assuré par des communautés religieuses suscite, en termes de légitimité, les plus vives interrogations (127), tandis que ce phénomène est un acquis de longue date de la culture constitutionnelle belge. Dans ces circonstances, se risquer à stipuler *a priori* et de manière abstraite une liste de droits fondamentaux «imprivatisables» semble relativement vain (128); aussi nous en abstenons-nous. Tout au plus, prétendra-t-on fournir quelques précisions aptes à clarifier le débat.

49. Avant toute chose, il y a lieu de rendre justice au caractère intrinsèquement polysémique de la notion de privatisation: la protection requise par certains droits fondamentaux pourrait, en principe, faire obstacle à certaines formes de privatisation mais pas à toutes. Par évidence, la forme la plus radicale de privatisation, à savoir la constitution d'un monopole privé dont l'activité serait affranchie de tout cadre juridique protecteur des droits fondamentaux, semble exclue. Il semble en aller de même de la situation de concurrence dans laquelle l'acteur privé serait totalement exempt de la détermination des droits fondamentaux et où l'investissement de l'acteur public subsistant dans l'activité concernée serait insuffisante pour conférer l'effectivité voulue aux droits fondamentaux mis en cause.

Après avoir évacué les faux débats que suscite la polysémie du terme «privatisation», il importe de bien cerner l'hypothèse envisagée, à savoir celle où un acteur privé se révélerait intrinsèquement incapable – en raison précisément de sa qualité d'acteur privé – de garantir les droits fondamentaux de la manière qui s'impose. Cette hypothèse ne doit pas être confondue avec celle où la violation d'un droit fondamental par un acteur privé s'avérerait impossible eu égard à la nature du droit considéré (129). Le premier cas de figure justifie de maintenir la

(124) En ce sens: S.-J. MALBY, «Education and Health...», *op. cit.*, p. 12 et 13.

(125) Voy. en ce sens: R. MALHERBE, «Privatization...», *op. cit.*, p. 12 et 13 («It seems implausible to contend that the provisions relating to the application of the bill of rights impede the privatisation of organs of states or of responsibilities or functions normally associated with the state»); G. PÜTTNER, «Constitutional Limitations...», *op. cit.*, p. 67 et 68.

(126) Voy. également R. MALHERBE, «Privatization...», *op. cit.*, p. 12 et 13 («It seems implausible to contend that the provisions relating to the application of the bill of rights impede the privatisation of organs of states or of responsibilities or functions normally associated with the state»); G. PÜTTNER, «Constitutional Limitations...», *op. cit.*, p. 67 et 68.

(127) Voy. à ce sujet: M. MINOW, «Public and private partnerships...», *op. cit.*, p. 1229 et suiv.

(128) Et ce indépendamment de toute considération accordée aux droits fondamentaux que chaque ordre constitutionnel peut, le cas échéant, décider de soustraire au processus de privatisation en raison de contingences propres à l'ordre juridique considéré.

(129) Au sujet de cette seconde hypothèse, voy. D. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 37 et 38. L'auteur relève, parmi les droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne de droits de l'Homme et insusceptibles d'être contrariés par l'agir d'un particulier, les dispositions suivantes: l'article 4, § 2 et 3, de la Convention (interdiction de l'esclavage et du travail forcé), l'article 5 de la Convention (droit à la liberté et à la sûreté), l'article 7 de la Convention (non-rétroactivité des incriminations et des peines), l'article 12 de la Convention (droit de se marier et de fonder une famille), l'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention (droit à des élections libres), les articles 1 (prison pour dette), 2 (liberté de circulation), 3 (non-expulsion des

protection du droit fondamental en cause entre les mains de l'Etat et interdit, corrélativement, d'en transférer la détermination à l'acteur privé; le second met en évidence l'inutilité d'imposer, en sus de la protection assurée par l'Etat, le respect dudit droit au particulier.

L'on se gardera également de confondre la question examinée – l'existence de droits fondamentaux faisant par eux-mêmes obstacle à la privatisation – avec l'hypothèse où des freins à l'intervention d'un particulier découleraient prioritairement de principes juridiques autres que les droits fondamentaux – l'on songe par exemple à l'ordre public, à la souveraineté, au caractère démocratique d'un régime politique déterminé, ... –, quand bien même l'interposition de ces principes aurait pour conséquence, si l'on ose dire «indirecte», de soustraire certains droits fondamentaux à l'intervention d'acteurs privés (130). Ainsi, dans un avis rendu au sujet d'un avant-projet de loi relatif au projet A.S.T.R.I.D., la section de législation du Conseil d'Etat a estimé qu'«il n'apparaît pas acceptable que dans une société démocratique, des missions [de sécurité intérieure], susceptibles d'affecter les libertés individuelles des citoyens puissent être confiées à un organisme qui, bien que soumis à un mécanisme de tutelle, ne serait pas placé directement sous l'autorité d'un ministre responsable devant une assemblée législative» (131). Or, il ne semble pas que ce soit les libertés individuelles dont question qui, par elles-mêmes, fassent obstacle à la privatisation mais bien davantage le principe constitutionnel de responsabilité politique applicable en Belgique.

.../...
nationaux) et 4 (expulsion collective des étrangers) du quatrième protocole additionnel à la Convention, et l'article 1er du septième protocole additionnel à la Convention (garanties de l'étranger expulsé). A la supposer justifiée en son principe, la liste établie s'avère en tous les cas trop large. Il n'est en effet pas du tout inconcevable que les droits de vote et d'éligibilité (article 3 du premier protocole) ou encore la liberté de circulation (article 2 du premier protocole) – songeons par exemple aux clauses de résidence dans un contrat de travail – puissent être entravés par les actes d'acteurs privés susceptibles d'engager la responsabilité des États. De même, la jurisprudence des organes de la Convention semble résolue à admettre une certaine horizontalité de l'interdiction du travail forcé et obligatoire (article 4 de la Convention) (voy. Comm. eur. D.H., req. n° 9322/81, décision *X. c. Pays-Bas* du 3 mai 1983, *D.R.*, 32, p. 182, à propos des obstacles à un transfert de joueurs de football), du droit à la liberté et à la sûreté (article 5 de la Convention) (voy. l'arrêt *Riera Blume c. Espagne*) ou du droit de se marier et de fonder une famille (article 12 de la Convention) (voy., très implicitement, Cour eur. D.H., req. 50490/99, décision *Boso c. Italie* du 5 septembre 2002, à propos de l'atteinte au droit d'un père à fonder une famille, liée à la décision de sa compagne de subir une interruption volontaire de grossesse).

(130) Voy., à ce sujet, la contribution de X. DELGRANGE et L. DETROUX, cet ouvrage, p. 33 à 85.
(131) Avis rendu le 14 janvier 1998, non publié, cité par N. THIRION, *Les privatisations* (132).

Ces précisions effectuées, il n'est pas, répétons-le, de notre ambition de fournir une liste de droits fondamentaux dont le respect serait *a priori* inconcevable dans le chef de tout autre acteur que l'acteur étatique. Bornons-nous seulement à mettre en garde contre les fausses évidences qui, bien souvent, traversent la matière. A titre exemplatif, l'on a parfois lu que la garantie du procès équitable ferait, par essence, obstacle à la privatisation de la justice (132). C'est oublier, cependant, que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme admet que l'on tienne pour «tribunal» au sens de l'article 6 une juridiction non intégrée au système étatique (133); elle conçoit, dans cette perspective, que les garanties d'indépendance et d'impartialité puissent parfaitement être assumées par une juridiction arbitrale.

(132) Voy. en ce sens la jurisprudence citée par Ph. FRUMER, *op. cit.*, p. 104 et suiv.

(133) Cour eur. D.H., arrêt *Cambell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984, série A, n° 80, 876.

CONCLUSION

50. Au sortir de cette étude, quelle réponse apporter à la question de l'éventuelle existence de limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux?

51. Un premier élément de réponse consiste à affirmer qu'une limite s'imposerait par évidence si les particuliers ne pouvaient, d'aucune manière, se voir astreints au respect des droits fondamentaux. Dans ce cas, la privatisation d'«activités sensibles» engendrerait *ipso iure* une perte totale de protection des droits fondamentaux considérés et devrait par conséquent être exclue. Telle n'est cependant pas la situation qui prévaut juridiquement à l'heure actuelle: par le truchement des obligations positives de protection, il est désormais concevable – et du reste impératif – que même l'agir privé soit soumis au respect des droits fondamentaux.

Ce renversement de perspective n'obéit cependant pas à la loi de Lavoisier («rien ne se perd, rien ne se gagne»). Nous avons en effet été conduit à suggérer que le passage du débiteur public au débiteur privé pouvait s'accompagner d'une déperdition en termes de protection des droits fondamentaux, et ce pour une double raison. D'une part, l'impossibilité de greffer comme tels les paramètres de validité de l'agir public sur l'agir privé, et, d'autre part, la nécessité de procéder aux concessions que suppose la gestion des conflits de droits fondamentaux, démultipliés par le phénomène de diffusion desdits droits dans les rapports interindividuels. Pour postulable qu'elle soit en théorie, cette déperdition est cependant largement inquantifiable en pratique car son ampleur est indexée à la nature de l'activité en cause et au degré de privatisation dont elle fait l'objet. Toutefois, cette déperdition ne doit, à notre avis, pas être surestimée. Du reste, son éventualité n'a jamais été brandie dans la jurisprudence à laquelle nous avons pu avoir égard à l'encontre de la possibilité même d'opérer la privatisation de telle ou telle activité. Sans doute peut-on expliquer et justifier pareille retenue par le caractère relativement irréaliste de la posture inverse: plaider le monopole public absolu de certaines «activités sensibles» aux fins de maintenir l'intégrité des droits qui s'y trouvent impliqués méconnaît, en pratique, l'importance des données proprement économiques du problème. C'est peu dire, en effet, que l'effectivité des droits fondamentaux ne se nourrit pas exclusivement de la qualité des textes qui les consacrent et de la pugnacité des juges qui en assurent le respect; cette effectivité pleine et entière requiert, de surcroît, des investissements financiers parfois extrêmement conséquents. La proposition se vérifie à l'évidence s'agissant des droits économiques, sociaux et culturels (134); elle n'en est pas moins

valide pour les droits dits de la première génération. Les pouvoirs publics eux-mêmes peuvent ne pas être toujours en mesure d'assumer cet investissement financier; l'intervention de l'acteur privé se révèle alors souhaitable, voire même indispensable (135). Pour le dire d'un mot et en reprenant la belle formule de la Cour européenne des droits de l'Homme, les droits fondamentaux ne doivent pas être théoriques et illusoires mais concrets et effectifs; s'arc-bouter de manière dogmatique au monopole public peut conduire à ignorer cet axiome fondamental.

52. Si donc, de manière générale, il ne semble pas se profiler de limites globales déduites des droits fondamentaux à la privatisation, nous n'avons néanmoins pas exclu que de telles limites puissent survenir à un niveau plus microscopique; il s'agit là d'un deuxième élément de réponse. De telles limites seraient liées à la nature particulière de tel ou tel droit fondamental dont on ne pourrait concevoir qu'il soit respecté par un acteur autre que l'acteur public. Sur ce terrain cependant, nous sommes délibérément demeurés prudents en nous bornant à acter la profonde «relativité culturelle» des réponses qui peuvent être apportées à cette question.

53. Un troisième et dernier élément de réponse apparaît enfin en filigrane de nos développements. Si les limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux sont à ce jour largement inexistantes, ou en tous les cas difficilement identifiables en droit, il n'en apparaît pas moins que lesdits droits fondamentaux et le respect qui leur est dû peuvent, sur un plan factuel, constituer de puissants freins au mouvement de privatisation. En effet, la logique des obligations de protection que nous avons mise en lumière conduit, le cas échéant – tout est fonction du niveau de privatisation atteint dans la matière considérée –, la puissance publique à imposer à l'acteur privé un réseau de «servitudes» à ce point dense qu'il pourrait amenuiser, voire même anéantir, l'intérêt que cet acteur privé pourrait trouver à investir et à s'investir dans telle ou telle «activité sensible». En d'autres termes et

.../...

des droits économiques et sociaux rencontrera à l'avenir des obstacles de plus en plus considérables en raison du pouvoir usurpé par les agents économiques privés») et P. MARTENS, «L'insertion des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution», *R.B.D.C.*, 1995, p. 19 (l'auteur y soulève la question de savoir si «le droit constitutionnalisé à la sécurité sociale ne modifie pas le débat sur sa privatisation»).

(135) S.-J. MALBY, «Education and Health...», *op. cit.*, p. 13; M. MINOW, «Public and private partnerships...», *op. cit.*, p. 1236. Mentionnons, parmi d'autres, l'exemple de la Gavi – l'alliance mondiale pour les vaccins et la vaccination – qui est un réseau mi-public mi-privé créé par l'Unicef, l'Oms, la Banque mondiale et d'autres pour augmenter la quantité de vaccins à disposition des enfants et en développer de nouveaux pour lutter contre les maladies communes des pays en voie de développement (cf. Dialogue sur le partenariat public-privé réunissant des chefs d'entreprise, des gouvernements, des ONG et des responsables des Nations Unies pour examiner les modalités d'une meilleure coopération en faveur des enfants, Nations Unies, session extraordinaire consacrée aux enfants, 8-10 mai 2002, doc. disponible sur le site <http://www.unicef.org>).

(134) Comp. Fr. RIGAU, «Les droits économiques et sociaux», in G. FARIAT et B. RIGAU (dir.), *Les droits fondamentaux*, De Boeck, 1992, p. 162 («la mise en œuvre

pour paraphraser J. Freeman, la «publicisation» de l'agir privé, comprise comme la soumission de celui-ci aux contraintes traditionnellement attachées à l'activité étatique, pourrait, au delà d'un certain seuil, réduire le bénéfice attendu de la privatisation (136).

54. En co-joignant l'ensemble des propositions qui précèdent, l'on aperçoit l'extraordinaire complexité et le caractère proprement dialectique du problème posé: d'un côté, il apparaît de moins en moins que l'effectivité des droits fondamentaux puisse se concevoir sans apport des capitaux et du *know how* des acteurs privés; diaboliser la privatisation sous bannière des droits fondamentaux peut, de ce point de vue, confiner à la naïveté (137). D'un autre côté, toutefois, cette privatisation salubre pourrait être dissuadée par le poids des charges qu'il convient, parallèlement, d'imposer à l'acteur privé aux fins de préserver tant que faire se peut l'intégrité desdits droits. On le voit donc: en la matière, comme souvent lorsqu'il s'agit de droits fondamentaux, tout est question d'équilibre et de juste mesure; en l'état, cet équilibre doit encore être défini.

(136) J. FREEMAN, «Extending Public Law Norms...», *op. cit.*, p. 1339.

(137) Voy., en ce sens, P. JACQUET, directeur de la stratégie et chef économiste à l'agence française de développement, «Promouvoir les partenariats public-privé», *Forum mondial de l'eau à Kyoto* (doc. disponible sur le site http://www.h2o.net/magazine/urgences/enjeux/politiques/2003_kyoto/cede/francais/snets_0.htm) («Certains critiquent les P.P.P. sous prétexte qu'ils reviendraient à 'rendre service aux multinationales'. Ce sont souvent les mêmes qui s'opposent à la fourniture des services de base aux populations par le secteur privé parce qu'elle représenterait un marché pour les entreprises, comme si on pouvait se passer de ces dernières. Or, les entreprises étrangères sont globalement peu présentes dans les pays pauvres. Les multinationales ne garantissent certes pas un développement harmonieux. Mais leur

LE DÉPLACEMENT DES LIMITES À LA PRIVATISATION PAR LE DROIT EUROPÉEN

FRANÇOIS R. VAN DER MENSBRUGGHE (*)

Professeur invité aux FUSL,

Chargé de cours à l'ULg

(*) Les commentaires sur cette contribution sont les bienvenus. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante: Facultés universitaires Saint-Louis (FUSL), Faculté de droit, Boulevard du