

Etudes et réflexions 2018

Conférence-débat du CDPC – Le principe de la proportionnalité – le 8 février 2018 sous la présidence de Marie Goré



## Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour constitutionnelle fédérale

---

Robert Uerpmann-Wittzack\*

Citer cet article : Robert UERPMANN-WITZACK, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour constitutionnelle fédérale », Revue générale du droit ([www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu)), Etudes et réflexions 2018.

---

\* Professeur de droit public et international à la Faculté de droit de l'Université de Ratisbonne/Regensburg.

Après la deuxième guerre mondiale, la Cour constitutionnelle fédérale et la doctrine allemande ont mis une trentaine d'années à développer le contrôle de proportionnalité en tant que principe général du droit allemand<sup>1</sup>. Dans les années 50 du siècle dernier, le développement est parti de certaines constellations particulières telles que le conflit entre la liberté d'expression et la vie privée pour aboutir finalement à un concept général qui peut s'appliquer en principe à toutes les branches du droit. En même temps, le contrôle de proportionnalité a été standardisé, et depuis 1985 environ, tout étudiant de droit allemand apprend les trois stades du contrôle de proportionnalité qui sont l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens stricte.

Même si le contrôle de la proportionnalité est étroitement associé à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, il n'est pas réservé aux juridictions constitutionnelles. En fait, tous les juges allemands sont tenus de procéder à un contrôle de proportionnalité si nécessaire.

Le concept de proportionnalité est considéré comme une émanation de l'Etat de droit<sup>2</sup>. Il est vrai pourtant que le contrôle de proportionnalité est toujours étroitement lié aux droits fondamentaux. Il trouve ses origines dans le droit de la police qui met en cause les libertés publiques tandis que le droit des contrats, par exemple, n'est guère touché.

Mon bref exposé sera divisé en deux parties : Je délimiterai d'abord le champ d'application du contrôle de proportionnalité avant d'aborder la mise en œuvre de ce contrôle dans une deuxième partie. Je me concentrerai par la suite sur l'application du contrôle de proportionnalité

---

<sup>1</sup> Oliver Lepsius, « Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit », in : Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius (dir.), *Verhältnismäßigkeit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pp. 1, 5-17.

<sup>2</sup> Voy. par ex. Bundesverfassungsgericht, arrêt du 15 décembre 1970 – 2 BvF 1/69 et a., *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1971, pp. 275, 277; décision du 15 mai 1995 – 2 BvL 19/91 et a., *NJW* 1995, pp. 1811, 1814.

en droit civil sans pour autant perdre de vue l'application du principe dans d'autres branches du droit.

## **I – Le champ d'application du contrôle de proportionnalité**

En ce qui concerne le champ d'application du contrôle de proportionnalité, il faut distinguer entre le contrôle de constitutionnalité de la loi parlementaire d'une part (**A**) et le contrôle des décisions individuelles d'autre part (**B**). Toutefois, le contrôle *in concreto* peut dissimuler un contrôle *in abstracto* (**C**).

### **A – L'inconstitutionnalité de la règle de droit civil**

Le contrôle de la proportionnalité s'exerce tout d'abord au niveau de la constitutionnalité des actes législatifs. En principe, toute loi parlementaire peut être soumise à un contrôle de constitutionnalité qui englobe le contrôle de proportionnalité. Il est vrai cependant, que le contrôle de la proportionnalité est plus fréquent dans certains domaines législatifs que dans d'autres. Le contrôle est particulièrement fort en matière de pouvoirs policiers et d'enquête pénale. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle s'est prononcée, entre autres, sur les pouvoirs de perquisition<sup>3</sup>, d'écoutes téléphoniques<sup>4</sup> ou de surveillance Internet<sup>5</sup>. En matière d'impôts, par contre, le contrôle de proportionnalité est remplacé par un contrôle d'égalité<sup>6</sup>. En fait, le champ d'application du contrôle de proportionnalité n'est pas clairement délimité. La Cour constitutionnelle décide plutôt au cas par cas.

---

<sup>3</sup> Voy. par ex. Bundesverfassungsgericht, décision du 27 mai 1997 – 2 BvR 1992/92, *NJW* 1997, 2165-2166.

<sup>4</sup> Voy. par ex. Bundesverfassungsgericht, arrêt du 15 décembre 1970 – 2 BvF 1/69 et a., *NJW* 1971, pp. 275, 277-278.

<sup>5</sup> Voy. par ex. Bundesverfassungsgericht (chambre), décision du 28 mai 2013 – 2 BvR 1454/13, §§ 39, 44, 49.

<sup>6</sup> Voy. Lepsius, op. cit., pp. 28-29.

En matière civile, c'est surtout le droit de la famille qui a été touché par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et par le contrôle de proportionnalité. C'est ainsi qu'une décision du 10 octobre 2017 concerne les actes d'état civil. Jusqu'à l'intervention de la Cour, la loi prévoyait l'indication du sexe par masculin ou féminin dans les actes d'état civil. Les juridictions civiles avaient déjà retenu qu'il était possible de renoncer à toute indication du sexe en cas de sexe indéterminé. Dans cette situation, la Cour constitutionnelle ne voyait aucun but légitime suffisant pour justifier le refus d'indiquer un troisième sexe dans les actes d'état civil<sup>7</sup>. Toutefois, la Cour s'est aussi aventurée dans le domaine de la liberté contractuelle lorsqu'elle a jugé en 1990 que le Code du commerce devait limiter la portée des clauses de non-concurrence pour les agents commerciaux<sup>8</sup>. Selon la Cour, le législateur est tenu d'intervenir lorsque le poids d'une partie contractante prévaut tellement qu'elle est de fait capable d'imposer unilatéralement les clauses du contrat<sup>9</sup>. Il s'agit donc de situations où la parité contractuelle est entravée à tel point que l'auto-détermination des parties contractantes, qui est à la base du droit civil, se transforme en hétéronomie pour l'une des parties au contrat.

## **B – L'inconstitutionnalité de l'interprétation ou de l'application de la règle de droit civil**

Si la loi est conforme à la Constitution, elle doit être appliquée par le juge au cas de l'espèce. Or, le contrôle de proportionnalité ne peut intervenir au niveau de l'interprétation ou de l'application de la loi que si la norme

---

<sup>7</sup> Bundesverfassungsgericht, décision du 10 octobre 2017 – 1 BvR 2019/16, §§ 49 et s.; les arrêts et décisions principales rendus par la Cour depuis 1998 sont en principe accessible sur le site de la Cour : [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungensuche\\_Formular.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungensuche_Formular.html).

<sup>8</sup> Bundesverfassungsgericht, décision du 7 février 1990 – 1 BvR 26/84, *NJW* 1990, pp. 1469, 1471-1472.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 1471.

s'y prête<sup>10</sup>. En droit administratif, c'est surtout le cas si la norme confère un pouvoir discrétionnaire. Tout pouvoir discrétionnaire doit être exercé d'une façon proportionnelle. Ceci vaut pour l'action policière aussi bien que pour les autres branches du droit administratif et pour les enquêtes pénales.

En droit civil, il y a certaines normes qui s'ouvrent à un contrôle de proportionnalité. Ceci est vrai, avant tout, dans les affaires qui naissent d'un conflit entre la liberté d'expression et le droit à la vie privée. Vous connaissez les affaires respectives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les affaires allemandes *von Hannover*<sup>11</sup> et *Axel Springer AG*<sup>12</sup> ainsi que l'affaire *Couderc et Hachette Filipacchi Associés contre la France*<sup>13</sup> s'inscrivent dans cette ligne. En Allemagne, cette ligne remonte jusqu'au fameux arrêt dans l'affaire *Lüth* de 1958<sup>14</sup>. Selon la Cour constitutionnelle, les droits fondamentaux de la Loi fondamentale constituent un ordre objectif qui doit être pris en compte dans tous les secteurs du droit y inclus le droit civil. C'est ainsi que la notion de l'infraction aux bonnes mœurs au sens de l'article 826 du Code civile allemand doit être interprété à la lumière de l'ordre constitutionnel. Dans le cas de l'espèce, M. Lüth avait appelé au boycott du nouveau film du metteur en scène Veith Harlan parce que celui-ci avait auparavant réalisé « Le Juif Süß », un film de propagande antisémite tristement célèbre de l'époque Nazi. Or, pour établir si cet appel avait été contraire aux bonnes mœurs, il fallait mettre en balance la liberté d'expression de M. Lüth

---

<sup>10</sup> Sur les limites du contrôle de proportionnalité des décisions individuelles voy. aussi Veith Mede, « Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidungen », *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2014, pp. 541 ss.

<sup>11</sup> Arrêt de la Cour EDH, *von Hannover c. l'Allemagne*, 24 juin 2004, n° 59320/00; arrêt de la Cour EDH (GC), *von Hannover No. 2 c. l'Allemagne*, 7 février 2012, n° 40660/08, 60641/08.

<sup>12</sup> Arrêt de la Cour EDH (GC), *Axel Springer AG c. l'Allemagne*, 7 février 2012, n° 39954/08.

<sup>13</sup> Arrêt de la Cour EDH (GC), *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. la France*, 10 novembre 2015, n° 40454/07.

<sup>14</sup> Bundesverfassungsgericht, arrêt du 15 janvier 1958 – 1 BvR 400/57, *NJW* 1958, pp. 257 ss.

d'une part et les droits de M. Harlan de l'autre. Le raisonnement est proche de celui de la Cour européenne des droits de l'homme et il a été repris ensuite dans une jurisprudence constante. Parmi les normes ouvertes à un raisonnement de proportionnalité figure aussi l'article 823 du Code civil allemand qui impose une obligation de dommages-intérêts à celui qui viole un droit tel que le droit à la vie privée, soit délibérément soit par négligence, pourvue que l'action soit « contraire au droit » (« *widerrechtlich* »). Pour établir ce qui est « contraire au droit » en cas de conflit entre la liberté d'expression et le droit à la vie privée, les juridictions allemandes ont de nouveau recours à un raisonnement de proportionnalité qui aboutit à une opération de mise en balance.

Il en va de même pour l'article 138 du Code civil qui rend nul tout contrat qui contredit aux bonnes mœurs. Dans un arrêt qui précède l'arrêt sur les clauses de non-concurrence des agents commerciaux, la Cour constitutionnelle se référa à cette disposition pour demander aux juges judiciaires d'intervenir en cas d'abus de disparité contractuelle<sup>15</sup>. En l'espèce, une banque avait persuadé une jeune femme de cautionner un crédit pour l'activité professionnelle de son père qui était hors de relation avec la situation financière modeste de la fille. L'agent de la banque avait poussé la jeune femme inexpérimentée à signer la caution en lui disant qu'elle n'encourait pas d'obligation importante. Cependant, cette intervention des droits fondamentaux et du contrôle de proportionnalité dans la liberté contractuelle reste l'exception. Elle s'observe par exemple aussi dans le domaine des locations de logement où le contrôle judiciaire de la résiliation unilatérale prononcée par le propriétaire doit rééquilibrer les intérêts légitimes du propriétaire et du locataire<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Bundesverfassungsgericht, décision du 19 octobre 1993 – 1 BvR 567/89 et a., *NJW* 1994, pp. 36, 38-39.

<sup>16</sup> Bundesverfassungsgericht, décision du 26 mai 1993 – 1 BvR 208/93, *NJW* 1993, pp. 2035, 2036-2037.

### C – La limite flexible entre les contrôles *in abstracto* et *in concreto*

En théorie, la délimitation entre les contrôles *in abstracto* et *in concreto* paraît claire : Le contrôle *in concreto* présuppose que la norme de droit civil se prête à l'interprétation<sup>17</sup>. Les délais de prescription, par exemple, ont un caractère si formaliste qu'il ne semble guère possible de les écarter dans un cas particulier sans constater l'inconstitutionnalité de la norme même. En réalité, toutefois, la méthodologie du droit allemand s'avère fort flexible. La règle selon laquelle toute loi doit être interprétée d'une manière conforme à la Constitution (« *verfassungskonforme Auslegung* ») permet d'adopter une interprétation qui pourrait paraître éloignée autrement<sup>18</sup>. Enfin, le principe constitutionnel de proportionnalité peut même justifier une « réduction téléologique » du champ d'application d'une norme pour éviter un constat d'inconstitutionnalité partielle de la norme. Ceci élargit considérablement la portée du contrôle *in concreto* et rend floue la distinction entre les contrôles de proportionnalité *in abstracto* et *in concreto*.

Un exemple provient du droit des réunions. Selon l'article 14 de la Loi fédérale sur les réunions, toute manifestation en plein air doit être annoncée aux autorités au moins 48 heures avant la publication de l'invitation. Prise à la lettre, cette norme rendrait toute manifestation spontanée ou urgente impossible. Or, l'article 8 de la Loi fondamentale, qui correspond à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, protège aussi le droit de réagir immédiatement à un événement par une manifestation spontanée ou annoncée à bref délai. Interdire d'emblée ces manifestations spontanées ou « urgentes » constituerait une entrave excessive à la liberté de réunion. Comme l'article 14 de la Loi fédérale sur les réunions semble ne permettre aucune exception au délai de préavis de 48 heures, on pourrait conclure à l'inconstitutionnelle

---

<sup>17</sup> Voy. aussi Andreas Kulick, « 'Drittwirkung' als verfassungskonforme Auslegung – Zur neuen Rechtsprechung des BVerfG », *NJW* 2016, 2236 ss.

<sup>18</sup> Voy. l'analyse critique d'Andreas Voßkuhle, « Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung durch Fachgerichte », *Archiv des öffentlichen Rechts* 125 (2000), pp. 177 ss.

partielle de cette norme. Saisie de la question, la Cour constitutionnelle fédérale favorisa cependant une interprétation ou plutôt une réduction téléologique de la norme. Selon cette lecture de la norme, l'obligation de préavis ne s'applique pas aux manifestations spontanées<sup>19</sup>. En cas de manifestation « urgente », il suffit selon la Cour de l'annoncer aux autorités au moment même de la publication de l'invitation<sup>20</sup>. La Cour aboutit alors à un résultat « raisonnable » et conforme à la Constitution sans déclarer la norme entièrement ou partiellement inconstitutionnelle.

Pour comprendre l'attrait d'un contrôle *in concreto* élargi, il faut aussi considérer le droit procédural. En Allemagne, la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi parlementaire est réservée à la Cour constitutionnelle fédérale siégeant dans la composition de « Sénat », s'est-à-dire avec huit juges<sup>21</sup>. Par contre, tout juge ordinaire et aussi les chambres de la Cour constitutionnelle sont habilités à procéder à un contrôle *in concreto* parce que celui-ci ne met en principe pas en cause la validité de la loi parlementaire.

## II – La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité

En ce qui concerne la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, il faut d'abord esquisser le cadre du contrôle de proportionnalité (A) avant d'analyser les trois stades de ce contrôle (B). Toutefois, puisque le contrôle de constitutionnalité incombe à toutes les juridictions, le rôle de la Cour constitutionnelle doit être considéré sur le fond de la répartition

---

<sup>19</sup> Bundesverfassungsgericht, décision du 14 mai 1985 – 1 BvR 233/81 – « Brokdorf », *NJW* 1985, pp. 2395, 2397-2398.

<sup>20</sup> Bundesverfassungsgericht, décision du 23 octobre 1991 – 1 BvR 850/88, *NJW* 1992, pp. 890-891; voy. aussi la note méthodologique critique de Max-Emmanuel Geis, « Die 'Eilversammlung' als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung. Verfassungsrechtsprechung im Dilemma zwischen Auslegung und Rechtsschöpfung », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1992, pp. 1025 ss.

<sup>21</sup> Voy. l'article 100 § 1 de la Loi fondamentale ainsi que l'article 93c § 1, 3<sup>ème</sup> phrase de la Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.

des tâches entre le juge constitutionnel et les juridictions non-constitutionnelles que j'appellerai juridictions ordinaires (« *Fachgerichtsbarkeit* »). En fait, la Cour constitutionnelle accorde une marge d'appréciation aux juridictions ordinaires à condition que celles-ci aient suffisamment motivées la décision en cause. Cette marge d'appréciation sera l'objet de la troisième et dernière section de la deuxième partie (C).

### **A – Le cadre du contrôle de proportionnalité**

Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, le contrôle de proportionnalité est ancré dans les droits fondamentaux. Le contrôle est donc déclenché par l'ingérence dans un droit fondamental ou par une obligation positive découlant d'un tel droit<sup>22</sup>. Ceci explique pourquoi les cas de couverture médiatique sont particulièrement sensibles au contrôle de proportionnalité. En fait, c'est par un contrôle de proportionnalité qu'il faut équilibrer la liberté d'expression des médias d'une part et le respect de la vie privée de l'autre. Il en va de même pour le droit de la famille ou les décisions de l'Etat touchent aux droits fondamentaux des parents et des enfants concernés tandis que dans d'autres domaines du droit civil, l'impact des droits fondamentaux reste mineur.

Le contrôle de proportionnalité met en rapport le but et le moyen. Or, pour pouvoir procéder à un tel contrôle, il faut tout d'abord établir si l'action étatique poursuit un but légitime. Dans les affaires de droit civil, ce but légitime est normalement déterminé par la norme de droit civil applicable. C'est ainsi que l'article 823 du Code civil allemand protège entre autres le droit à la vie privée d'autrui en accordant dommages-intérêts à la personne lésée. En fait, la protection de la vie privée constitue un but légitime pour justifier une ingérence dans la liberté d'expression. Il en va de même pour les règles du droit de la famille qui

---

<sup>22</sup> Voy. Claus-Wilhelm Canaris, « Grundrechte und Privatrecht », *Archiv für die civilistische Praxis* 184 (1984), pp. 201 ss.

visent à la protection du bien-être de l'enfant ou des droits parentaux. Ces buts légitimes sont à la base du contrôle de proportionnalité.

## **B – Les trois stades du contrôle de proportionnalité**

Depuis les années 1980 il est devenu courant d'établir la proportionnalité en trois étapes. Ce sont premièrement l'aptitude (« Eignung »), deuxièmement la nécessité (« Erforderlichkeit ») et troisièmement la proportionnalité au sens stricte (« Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn »)<sup>23</sup>, cette dernière étant aussi désigné par la notion du « raisonnable » (« Angemessenheit »). Cette structure tripartite a été consolidée par la doctrine,<sup>24</sup> et elle se reflète dans la jurisprudence. Dans sa décision concernant le troisième sexe, par exemple, la Cour constitutionnelle retint que la règle sur l'inscription du sexe masculin ou féminin dans les actes de l'état civil « ne correspond pas à un but légitime en vue duquel la règle serait apte, nécessaire et raisonnable. »<sup>25</sup>

Aux deux premiers stades, le moyen est mis en rapport avec le but poursuivi. L'aptitude est établie lorsque le moyen est adapté à atteindre le but poursuivi ou aux moins à promouvoir sa réalisation. L'aptitude est rarement mise en question.

Au deuxième niveau, l'ingérence est nécessaire lorsqu'il n'y a pas d'alternative qui soit aussi efficace par rapport au but poursuivi mais moins encombrante par rapport au droit touché. La nécessité au sens technique du droit constitutionnel allemand se détermine donc par l'absence d'une alternative plus bénigne et à la fois aussi efficace.

---

<sup>23</sup> Voy. Matthias Klatt, Moritz Meister, « Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit », *Juristische Schulung (JuS)* 2014, pp. 193, 195-197; Andreas Voßkuhle, « Grundwissen Öffentliches Recht – Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit », *JuS* 2007, pp. 429, 430.

<sup>24</sup> Lepsius, op. cit., p. 16-17.

<sup>25</sup> Bundesverfassungsgericht, décision du 10 octobre 2017 – 1 BvR 2019/16, § 49: « ... von keinem legitimen Zweck getragen ist, den zu erreichen die Regelung geeignet, erforderlich und angemessen wäre. »

Dans le droit civil contentieux, la question d'alternative moins encombrante ne se pose normalement pas parce que le juge du contentieux n'a pas d'autres moyens à sa disposition que de donner suite à la requête ou non. Il en va autrement en matière gracieuse, par exemple dans les affaires concernant la tutelle des enfants. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle constata dans une décision du 19 août 2015 qu'en l'espèce, le retrait de l'autorité parentale n'était pas nécessaire parce que les parents avaient accepté le placement de leurs enfants dans un établissement public et dans une famille d'accueil respectivement<sup>26</sup>. Il suffisait donc de placer les enfants en dehors de leur famille avec l'accord des parents pour atteindre le but légitime de leur protection. Retirer en plus l'autorité parentale s'avérait excessif.

La proportionnalité au sens stricte est établie par une mise en balance des droits et intérêts concernés. En fait, la gravité de l'ingérence doit être mise en relation avec l'avantage pour le but visé. Il s'agit donc d'une analyse coût-avantage sauf que le bilan ne se limite pas à des positions pécuniaires et que l'analyse ne se fait pas par une opération mathématique<sup>27</sup>. C'est plutôt un exercice d'argumentation<sup>28</sup> pour trouver une solution « raisonnable » (« *angemessen* »).

Les exemples jurisprudentiels sont multiples. En 2011, par exemple, une chambre de la Cour constitutionnelle avait à trancher l'un des multiples litiges qui opposent la princesse Caroline von Hannover à la presse populaire allemande. L'article incriminé faisait état d'une région de ski autrichienne tout en signalant quelques détails sur les visites de la princesse von Hannover dans cette région. La Cour constitutionnelle

---

<sup>26</sup> Bundesverfassungsgericht (chambre), décision du 19 août 2015 – 1 BvR 1084/15, § 23.

<sup>27</sup> Voy. Matthias Klatt, Moritz Meister, « Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip », *Der Staat*, vol. 51 (2012), pp. 159, 174 ss.

<sup>28</sup> Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994, pp. 143 ss.

cassa les décisions des juridictions judiciaires parce qu'elle estimait que le juge de fond avait surévalué le poids du droit à la protection de la vie privée<sup>29</sup>. D'une façon similaire, une autre chambre de la Cour constitutionnelle cassa en février 2017 l'arrêt en faveur d'un météorologue célèbre qui se sentait lésé par la couverture médiatique d'un procès pour viol engagé contre lui. Selon la Cour constitutionnelle, le juge de fond n'avait pas suffisamment considéré les arguments en faveur de la liberté d'expression<sup>30</sup>.

Ce troisième stade du contrôle de proportionnalité a été critiqué pour sa subjectivité<sup>31</sup>. En fait, il serait possible de réduire le contrôle de la proportionnalité au sens stricte en faveur d'un contrôle plus étendu de la nécessité comme le montre l'exemple de la jurisprudence canadienne<sup>32</sup>. Néanmoins, la Cour constitutionnelle fédérale, les autres juridictions allemandes et la majorité de la doctrine allemande tiennent au contrôle de la proportionnalité au sens stricte.

### **C – La marge d'appréciation du pouvoir législatif et des juridictions civiles**

Le pouvoir que le contrôle de proportionnalité confère à la Cour constitutionnelle est atténué cependant par la marge d'appréciation que la Cour constitutionnelle accorde aussi bien au pouvoir législatif qu'aux juridictions ordinaires. Selon une formule célèbre, la Cour constitutionnelle se borne à contrôler « si une décision attaquée fait apparaître des fautes d'interprétation qui reposent sur une conception

---

<sup>29</sup> Bundesverfassungsgericht (chambre), décision du 8 décembre 2011 – 1 BvR 927/08 – von Hannover, §§ 24-25.

<sup>30</sup> Bundesverfassungsgericht (chambre), décision du 9 février 2017 – 1 BvR 967/15, § 19 ; un autre exemple récent se trouve dans la décision d'une chambre de la Cour constitutionnelle du 24 janvier 2018 – 1 BvR 2465/13, §§ 22-26.

<sup>31</sup> Voy. par ex. Thorsten Kingreen, Ralf Poscher, *Grundrechte : Staatsrecht II*, C.F. Müller, Heidelberg, 33<sup>ième</sup> ed. 2017, § 344.

<sup>32</sup> Voy. Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pp. 255-258, 266-267.

catégoriquement erronée de l'importance d'un droit fondamental et notamment de sa portée »<sup>33</sup>. Le juge ordinaire doit donc relever les droits et intérêts touchés, et il doit entrer dans un débat sur leur poids relatif. S'il remplit cette tâche argumentative, la Cour constitutionnelle ne mettra en principe pas sa propre solution à la place de la solution trouvée par le juge ordinaire. Ceci est de nouveau proche de la marge d'appréciation accordée aux juridictions nationales par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>34</sup>.

Le parallélisme entre la jurisprudence constitutionnelle allemande et celle de Strasbourg s'observe bien dans l'affaire *von Hannover No. 2* de la Cour européenne des droits de l'homme. En l'espèce, la Cour fédérale de justice, c'est-à-dire l'homologue de la Cour de cassation, avait trouvé une solution qui n'était pas évidente. Selon la Cour fédérale de justice, le fait que le père de la requérante, qui était alors le prince régnant de Monaco, était grièvement malade, était une raison suffisante pour informer le public sur les activités des membres de la famille qui se relayaient auprès du malade tandis que d'autres étaient en vacance. La Cour fédérale de justice jugeait le contexte d'intérêt public suffisant pour justifier même une photo de la Princesse qui la montrait dans une station de ski suisse. Il est vrai que l'on aurait pu arriver à une autre conclusion vu le lien plutôt aléatoire entre la maladie du prince régnant et la photo des vacances de ski de sa fille aînée<sup>35</sup>. Toutefois, la Cour fédérale de justice

---

<sup>33</sup> Voy. par ex. Bundesverfassungsgericht, arrêt du 6 février 2001 – 1 BvR 12/92, § 29: « ... wenn eine angegriffene Entscheidung Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruhen ».

<sup>34</sup> Voy. arrêt de la Cour EDH (GC), *von Hannover No. 2 c. l'Allemagne*, 7 février 2012, n° 40660/08, 60641/08, § 107; aussi Robert Uerpmann-Wittzack, « Public Watchdogs and Democratic Society : The Role of the Media and of the Strasbourg Court », in: Katja S. Ziegler, Elisabeth Wicks, Loveday Hodson (dir.), *The UK and European Human Rights. A Strained Relationship ?*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 441, 447-450.

<sup>35</sup> Voy. aussi Lady Justice Arden, « Media Intrusion and Human Rights : Striking the Balance », in : Josep Casadevall, Egbert Myjer, Michael O'Boyle

avait pris soin de motiver son arrêt en tenant compte de tous les critères développés par la Cour de Strasbourg<sup>36</sup>. Dans cette situation, le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour fédérale de justice fût accepté d'abord par la Cour constitutionnelle allemande<sup>37</sup> et ensuite par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>38</sup>.

En reconnaissant qu'il incombe en premier lieu aux juridictions ordinaires de procéder à un contrôle de proportionnalité, la Cour constitutionnelle limite son propre contrôle. Si elle casse une décision des juridictions ordinaires, c'est généralement parce que celle-ci n'a pas suffisamment pris en compte le poids de l'un des droits fondamentaux impliqués<sup>39</sup>. Toutefois, cette réduction du contrôle au niveau de la Cour constitutionnelle ne soulage pas le juge ordinaire de procéder à un véritable contrôle de proportionnalité.

## Conclusion

Pour conclure, laissez-moi brièvement résumer. En Allemagne, le contrôle de proportionnalité est un concept général qui s'applique en principe dans toutes les branches du droit dès qu'une décision étatique a une incidence sur les droits fondamentaux. Dans ce cas, l'action étatique doit poursuivre un but légitime. Elle doit être apte à promouvoir la réalisation de ce but. Il ne doit pas y avoir d'alternative aussi efficace mais moins encombrante, ce qui correspond à la nécessité au sens technique du droit allemand. Finalement, il faut mettre en balance les différents droits et intérêts touchés afin d'établir la proportionnalité au

---

(dir.), *Freedom of Expression : Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2012, pp. 69, 77 : « *borderline case* ».

<sup>36</sup> Bundesgerichtshof, arrêt du 6 mars 2007 – VI ZR 13/06, *NJW* 2007, 1981, §§ 24-27.

<sup>37</sup> Bundesverfassungsgericht, décision du 26 février 2008 – 1 BvR 1602/07 et a., §§ 94-96.

<sup>38</sup> Arrêt de la Cour EDH (GC), *von Hannover No. 2 c. l'Allemagne*, 7 février 2012, n° 40660/08, 60641/08, §§ 117-126.

<sup>39</sup> Voy. les exemples accompagnant les notes 29 et 30.

sens stricte. Ce contrôle s'effectue tout d'abord au niveau de la constitutionnalité des actes législatifs. Au niveau de l'acte individuel, le contrôle de proportionnalité est limité aux cas où la loi laisse une marge d'interprétation ou d'application qui peut être remplie par un raisonnement de proportionnalité. Toutefois, la méthodologie juridique allemande semble assez flexible pour permettre au juge de remplacer le contrôle *in abstracto* par un contrôle *in concreto*, si cela paraît opportun. Enfin, ce ne sont que quelques domaines du droit civil qui sont sérieusement touchés par le contrôle de proportionnalité. Le droit de la famille et la protection de la vie privée contre les intrusions des médias en sont les exemples les plus importants. Finalement, le contrôle de proportionnalité incombe tout d'abord au juge ordinaire. Si la motivation donnée par le juge ordinaire montre qu'il a pris en compte tous les droits touchés et qu'il n'a pas méconnu leur portée, la Cour constitutionnelle n'interviendra normalement pas.