



**UNIVERSITE DE MONTPELLIER**  
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

## **DROIT CIVIL - LICENCE 2EME ANNEE**

*Groupe A - Année 2015-2016*

Cours du Pr. François VIALLA

Equipe pédagogique :  
*Marine BRUNEL*  
*Manon MAZZUCOTELLI*  
*Jennifer MESSINA*  
*Léo ROQUE*  
*Jean-Philippe VAUTHIER*

## **DROIT DES OBLIGATIONS**

### **Séance 1 : Classification et notions fondamentales**

#### **I / La classification des contrats et la distinction de l'acte juridique et du fait juridique**

##### **❖ Référence bibliographique :**

- C. Brenner, Opposition de l'acte et du fait juridiques, Répertoire de droit civil, Dalloz.

##### **❖ Jurisprudence :**

- Cass. Civ 1ère, 7 avril 1998, n° 96-19.171

En annexe : Tableau de classification des contrats

#### **II / La liberté contractuelle et ses limites**

❖ **Références bibliographiques :**

- Portalis, Extrait du discours préliminaire du premier projet de Code civil, Éditions Confluences, 2004, 78 pp.
- L. Boyer, Contrats et conventions, Art 1 Théorie classique, Répertoire de droit civil, Dalloz.
- F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? » Revue française de droit administratif (RFDA), 2006, p.2
- C. Pérès, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », Recueil Dalloz, 2009 p.381
- Article 1102 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

❖ **Jurisprudence :**

- **Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 2010 n° 09-66.969 - Arrêt à commenter**
- Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 juin 2003, n° 02-10778

**Arrêt à commenter - Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 2010 n° 09-66.969**

Attendu que Mme Y... fait grief à l'arrêt attaqué (Poitiers, 9 avril 2009), d'avoir dit que la décision de non renouvellement de son adhésion à l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne (l'association) à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006, d'où résultait l'interdiction d'utiliser la marque "Gîtes de France", avait été prise conformément aux dispositions statutaires, alors, selon le moyen :

1°/ que toute mesure défavorable, quelle que soit la qualification qui lui est donnée, prise par une association à l'égard de l'un de ses membres, motivée par le manquement de celui ci aux règles et devoirs qui s'imposent à lui, constitue une sanction disciplinaire, qui ne peut être légalement décidée qu'après le respect de la procédure disciplinaire prévue par les statuts de l'association et, plus généralement, après le respect des droits de la défense, que pour un motif justifiant, aux termes des statuts de l'association, une telle mesure et que si cette sanction est en adéquation avec les faits commis par le membre de l'association ; qu'en se bornant, dès lors, à énoncer, pour écarter le moyen soulevé par Mme M... X..., épouse Y..., tiré de ce que la décision de non renouvellement de son adhésion à l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne pour l'année 2006 constituait, en réalité, une sanction disciplinaire qui était entachée d'illégalité dès lors qu'elle avait été prise sans que soient respectés la procédure disciplinaire prévue par les statuts de l'association et les droits de la défense et pour un motif infondé, qui ne la légitimait pas, que la décision prise par l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne à l'égard de Mme M... X..., épouse Y..., ne constituait nullement une sanction disciplinaire, mais simplement l'exercice de la liberté que s'est, aux termes de ses statuts, réservée l'association d'agréer le renouvellement d'adhésion sans avoir à justifier des motifs de ce refus d'adhésion, sans rechercher si, comme l'avait souligné Mme M ... X..., épouse Y..., dans ses conclusions d'appel, cette décision n'avait pas été, aux termes mêmes du procès verbal de la délibération du conseil d'administration de l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne du 27 juillet 2005, motivée par une prétendue faute commise

par Mme M... X..., épouse Y..., tenant à ce que sa structure d'accueil aurait perdu le caractère chaleureux et personnel de l'accueil et à ce que son approche commerciale aurait été assimilable à celle d'un hôtelier et n'aurait pas été conforme à l'éthique Gîte de France et ne constituait pas, dès lors, compte tenu de ses termes mêmes, une sanction disciplinaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 et de l'article 1134 du code civil et du principe, à valeur constitutionnelle, du respect des droits de la défense ;

2°/ que le refus de renouveler un contrat à durée déterminée peut, même si un délai de préavis suffisant a été respecté, revêtir un caractère abusif en raison des circonstances particulières qui accompagnent cette décision ; qu'il en va, notamment, ainsi, lorsque la partie qui prend une telle décision agit de mauvaise foi, en justifiant sa décision par des motifs délibérément erronés, dépourvus de sérieux ou fallacieux ; qu'en se bornant, dès lors, à énoncer, pour écarter le moyen soulevé par Mme M... X..., épouse Y..., tiré de ce que la décision de non renouvellement de son adhésion à l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne pour l'année 2006 était constitutive d'un abus de droit, qu'il ne peut être reproché à l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne d'avoir commis une faute ou un abus de droit en faisant connaître à Mme M... X..., épouse Y... dès le mois d'avril 2005 qu'elle n'entendait pas renouveler le contrat d'adhésion de celle ci et qu'au contraire, en agissant plusieurs mois avant la date d'échéance, elle permettait à Mme M... X..., épouse Y..., de chercher une nouvelle solution pour son activité de chambres d'hôtes, sans rechercher, ainsi qu'elle y avait été invitée par Mme M... X..., épouse Y..., si les motifs avancés par le conseil d'administration de l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne, pour justifier sa décision, dans sa délibération du 27 juillet 2005, n'étaient pas délibérément erronés, dépourvus de tout sérieux ou fallacieux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions des articles 1134 et 1135 du code civil ;

3°/ que le refus de renouveler un contrat à durée déterminée peut, même si un délai de préavis suffisant a été respecté, revêtir un caractère abusif en raison des circonstances particulières qui accompagnent cette décision ; qu'il en va, notamment, ainsi, lorsqu'une telle décision est constitutive d'un détournement de pouvoir ou lorsqu'elle a été prise pour des motifs illicites ou discriminatoires ; qu'en se bornant, dès lors, à énoncer, pour écarter le moyen soulevé par Mme M... X..., épouse Y..., tiré de ce que la décision de non renouvellement de son adhésion à l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne pour l'année 2006 était constitutive d'un abus de droit, qu'il ne peut être reproché à l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne d'avoir commis une faute ou un abus de droit en faisant connaître à Mme M... X..., épouse Y... dès le mois d'avril 2005 qu'elle n'entendait pas renouveler le contrat d'adhésion de celle ci et qu'au contraire, en agissant plusieurs mois avant la date d'échéance, elle permettait à Mme M... X..., épouse Y... de chercher une nouvelle solution pour son activité, sans rechercher, ainsi qu'elle y avait été invitée par Mme M... X..., épouse Y..., si la décision de non renouvellement de son adhésion à l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne pour l'année 2006 n'avait, en réalité, pas été prise pour des motifs étrangers à la réalisation de l'objet de l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne et à la sauvegarde de ses intérêts, et, plus précisément, en raison de la jalousie personnelle que nourrissaient certains dirigeants de l'association à l'égard de Mme M... X..., épouse Y..., et en raison des opinions politiques de cette dernière sur la question de l'assujettissement des revenus des membres

de l'association à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux et aux cotisations sociales, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions des articles 1134 et 1135 du code civil, des dispositions des articles 1er et 3 de la loi du 1er juillet 1901 et des stipulations des articles 9, 10 et 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ que, en disant que la décision de non renouvellement de l'adhésion de Mme M... X..., épouse Y..., à l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne à compter du 1er janvier 2006 avait été prise conformément aux dispositions statutaires et que Mme M... X..., épouse Y..., ne pouvait plus utiliser la marque "Gîtes de France" à compter de cette date, quand elle constatait qu'aux termes des statuts de l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne, l'adhésion à l'association était annuelle, quand, en conséquence, la décision, prise en 2005, par l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne de non renouvellement de l'adhésion de Mme M... X..., épouse Y..., ne pouvait produire d'effets que pendant l'année 2006 et quand, dès lors, elle ne pouvait juger cette décision régulière qu'en ce que cette décision portait sur l'année 2006 et dire que Mme M ... X..., épouse Y..., ne pouvait plus utiliser la marque "Gîtes de France" que pendant cette même année, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 1134 du code civil ;

5°/ qu'enfin et à titre subsidiaire, en disant que la décision de non renouvellement de l'adhésion de Mme M... X..., épouse Y..., à l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne à compter du 1er janvier 2006 avait été prise conformément aux dispositions statutaires et que Mme M... X..., épouse Y..., ne pouvait plus utiliser la marque "Gîtes de France" à compter de cette date, quand elle constatait que, par sa délibération du 27 juillet 2005, le conseil d'administration de l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne avait décidé que la décision de non renouvellement de l'adhésion de Mme M... X..., épouse Y..., serait effective à compter de la réformation de l'ordonnance de référé rendue, le 20 juillet 2005, par le président du tribunal de grande instance de Poitiers ou de la décision du juge du fond et quand, en conséquence, elle ne pouvait juger la décision, prise en 2005, par l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne de non renouvellement de l'adhésion de Mme M... X..., épouse Y..., régulière qu'à compter de la signification de son arrêt et dire que Mme M ... X..., épouse Y..., ne pouvait plus utiliser la marque "Gîtes de France" qu'à compter de cette même date, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté qu'en vertu de l'article 8 des statuts de l'association, l'adhésion était limitée à une année, que le renouvellement ne pouvait être tacite mais était subordonné à un accord tant de l'adhérent que de l'association et qu'en vertu de la liberté contractuelle, cette dernière pouvait le refuser au terme du contrat initial, la cour d'appel a retenu à juste titre que la décision du conseil d'administration prise à l'encontre de Mme Y... ne constituait nullement une exclusion disciplinaire, prévue à l'article 7 des statuts, mais relevait de l'exercice de la liberté que s'était réservée l'association d'agréeer le renouvellement d'adhésion sans avoir à justifier des motifs de son refus ; qu'ayant ensuite relevé que l'association avait agi plusieurs mois avant la date d'échéance et ainsi permis à Mme Y... de chercher une nouvelle solution pour son activité de chambre d'hôtes, elle a, sans avoir à examiner les motifs de non renouvellement invoqués, en l'absence d'éléments autres que de simples allégations indiquant qu'ils seraient illicites ou discriminatoires, retenu à juste titre qu'aucun abus de droit ne pouvait être reproché à l'association ; qu'elle en a

déduit, appliquant sans les dénaturer les dispositions du contrat et la délibération du conseil d'administration du 27 juillet 2005, que le non renouvellement de l'adhésion de Mme Y... avait pris effet à compter du 1er janvier 2006 et comportait, à partir de cette date, l'interdiction d'utiliser la marque "Gîtes de France", cette utilisation étant liée à la qualité de membre de l'association ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

### **Classification des contrats**

<b><u>Acte juridique / Classification des contrats</u></b>	<b><u>Actuellement</u></b>	<b><u>Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats</u></b>
<b><u>Code Civil</u></b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Contrat synallagmatique / unilatéral (Art 1102/1103)</li> <li>- Contrat commutatif / aléatoire (Art 1104)</li> <li>- Contrat à titre gratuit / à titre onéreux (Art 1105 et 1106)</li> <li>- Contrat nommé, innommé (art 1107)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Contrat synallagmatique / unilatéral (Art 1104)</li> <li>- Contrat commutatif / aléatoire (Art 1106)</li> <li>- Contrat à titre gratuit / à titre onéreux (Art 1105)</li> <li>- Contrat nommé, innommé (art 1107)</li> <li>- Contrat à exécution instantanée / à exécution successive (Article 1110)</li> <li>- Contrat consensuel / réel / solennel (article 1107)</li> <li>- Contrat d'adhésion et de gré à gré (art 1108)</li> </ul>
<b><u>Hors code civil</u></b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Contrat à exécution instantanée / à exécution successive</li> <li>- Contrat consensuel / réel / solennel</li> <li>- Contrat simple / cognitif</li> <li>- Contrat d'adhésion et de gré à gré</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Contrat simple / cognitif</li> </ul>

**C. Brenner, Opposition de l'acte et du fait juridiques, Répertoire de droit civil, Dalloz.**

Art. 2 - Opposition de l'acte et du fait juridiques

25. En un sens, qui a cours en particulier lorsqu'on s'efforce de délimiter le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions du fond (MARTY, La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait, thèse, Toulouse, 1929) ou ce qui, dans le débat judiciaire, est objet de la preuve (V. TERRÉ, Introduction générale au droit, 9e éd., 2012, Dalloz, nos 570 s.), le fait s'oppose au droit (ROTONDI, Considérations en « fait » et en « droit », RTD civ. 1977. 2. - LEVENEUR, Le fait, Arch. phil. dr. 1990. 143).

26. En un autre sens, légèrement plus restrictif, dont l'usage équivoque tend à disparaître, le fait juridique s'entend de tout fait ou événement, d'origine humaine ou naturelle, qui produit ou auquel sont attachés des effets de droit (COLIN et CAPITANT, op. cit., t. 1, no 73. - TERRÉ, op. cit., no 207). Ainsi entendu, il s'oppose, non pas à l'acte juridique, que tout au contraire il absorbe (Civ. 24 déc. 1919, DP 1920. 1. 12. - Civ. 1re, 27 avr. 1977, Bull. civ. I, no 192 ; D. 1977. 413, note Gaury. - BONNECASE, op. cit., t. 2, no 252), mais au fait purement matériel, c'est-à-dire qui n'emporte pas de conséquences juridiques directes (Civ. 1re, civ. 12 juin 1956, Bull. civ. I, no 236. - AUBRY et RAU, Droit civil français, t. 12, 6e éd., 1958, par ESMEIN, Litec, § 762, p. 245).

27. C'est en un troisième sens, beaucoup plus étroit, qu'il faut entendre le fait juridique par opposition à l'acte juridique (sur les origines philosophiques de l'opposition : BASTIT, Suggestions sur les origines philosophiques de l'acte juridique. Droits 1988. 11). Si l'on admet que l'acte juridique consiste en toute activité humaine dont les effets de droit se produisent pour avoir été voulus, le fait juridique désigne a contrario tout acte ou événement auquel le droit attache des conséquences dont il est indifférent qu'elles aient été recherchées (V. art. 1101-2, dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations rédigé par la commission Catala [ci-après, avant-projet Catala]). La mise en oeuvre du critère s'avérant plus ou moins aisée, suivant les cas, il faut préciser les termes de cette opposition (V. infra, nos 28 s.), avant de juger de sa légitimité (V. infra, nos 40 s.) et constater sa relativité (V. infra, nos 44 s.).

§ 1 - Termes de l'opposition

A. - Solutions traditionnellement admises

28. Acte juridique. Illustrations. - Sont des actes juridiques les divers contrats et conventions, la confirmation, la renonciation à un droit, la résiliation, la révocation, le congé, la mise en demeure, les demandes, défenses et décisions de justice, l'exercice des voies de recours, le mariage et le divorce, la reconnaissance d'enfant naturel, l'adoption, l'émancipation, le testament, etc.

29. Fait juridique. Illustrations. - Sont au contraire des faits juridiques tous les faits de la nature qui sont à l'origine de droits ou d'obligations : la conception, la naissance, la parenté, l'accès à un âge légal, la maladie, le décès, la contiguïté des immeubles, la

force majeure, etc. Le sont également les faits involontaires de l'homme (quasi-délits, enrichissement sans cause, etc.), mais aussi certains faits humains volontaires, tels que les délits et voies de fait, l'établissement de domicile, le concubinage, les relations sexuelles, les actes matériels accomplis dans l'exercice d'un droit ou dans l'intention d'exercer un droit, une compétence ou un pouvoir : perception des fruits, plantations, constructions, impenses, etc.

B. - Hésitations résultant de l'imbrication étroite de l'activité matérielle et de la volonté de l'agent

30. Gestion d'affaires. - D'abord prisonnière de la fiction de quasi-contrat, puis à la faveur de la théorie de l'acte unilatéral, la doctrine a longtemps vu dans la gestion d'affaires un acte juridique. Aujourd'hui, on s'accorde au contraire à y voir un fait auquel la loi reconnaît efficacité pour des raisons d'équité (VIZIOZ, La notion de quasi-contrat, thèse, Bordeaux, 1912, p. 234. - MARTY et RAYNAUD, Les obligations, t. 1, op. cit. [supra, no 13], spéc. no 379. - TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Les obligations, 10e éd., 2009, Dalloz, no 1026. - Req. 18 juin 1872, DP 1872. 1. 471. - Civ. 9 déc. 1947, D. 1948. 142. - V. C. civ., art. 1101-2, dans l'avant-projet de réforme précité). De fait, si le gérant doit avoir eu l'intention de gérer les affaires d'autrui, il n'est pas nécessaire qu'il ait voulu les obligations qui en résultent.

31. Occupation. - On enseigne que l'occupation suppose, en tant que mode d'acquisition de la propriété d'un meuble corporel par prise de possession, l'intention d'en devenir propriétaire (PLANIOL et RIPERT, Traité pratique, t. 3, 2e éd. par PICARD, LGDJ, no 589). Elle n'en est pas moins un fait juridique, car cette intention s'absorbe en réalité dans la possession, dont elle n'est que la composante psychologique (V. MARTIN DE LA MOUTTE, thèse préc., no 20).

C. - Hésitations soulevées par la complexité naturelle des actes juridiques

32. On se demande si les éléments qui concourent à l'efficacité juridique d'un acte peuvent, le cas échéant, être envisagés isolément comme constituant autant d'actes juridiques autonomes, ou si la qualification doit être réservée à l'acte complet et parfait (en ce sens : JULLIOT DE LA MORANDIÈRE et MAZEAUD, Travaux de la commission de réforme du code civil, t. 3, p. 125, 151 et 152. - Adde : EISENMANN, op. cit., t. 1, p. 425).

33. Successions d'actes juridiques distincts de l'acte définitif. - Encore que la perfection de l'acte juridique soit souvent acquise progressivement, par une succession d'opérations chronologiquement distinctes (V. infra, nos 88 s.), il n'est pas de raison de dénier la qualification d'acte juridique à celles de ces opérations qui emportent des effets de droit distincts de ceux de l'acte complet et définitif.

34. En matière processuelle, l'instance consiste dans la succession et l'articulation d'actes de procédure dont la nature d'actes juridiques n'est pas douteuse (V. infra, nos 190 s.). En matière conventionnelle, la formation d'un contrat peut aussi se réaliser en plusieurs étapes ponctuées par la conclusion de conventions qui préfigurent partiellement l'acte définitif mais sont aussi dotées d'une efficacité juridique propre (V. infra, no 80).

35. La question de savoir si l'offre de contrat est, avant acceptation, constitutive d'un acte juridique indépendant, est ouverte. Responsabilité civile (PLANIOL et RIPERT, t. 6, 2e éd., par ESMEIN, op. cit. [V. supra, no 31], spéc. no 132) ou théorie de l'abus de droit (MARTIN DE LA MOUTTE, thèse préc., nos 313 s.) pourraient expliquer les tempéraments que la jurisprudence apporte de longue date à sa libre révocabilité. Mais l'analyse de l'offre en un acte unilatéral créateur d'obligations, du moins lorsqu'elle est faite à personne déterminée et assortie d'un délai (AUBERT, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, 1970, LGDJ. - Comp. Avant-projet Catala, art. 1105-1), n'est pas à exclure pour autant, qui justifierait sa soustraction à la caducité en cas de décès de l'offrant avant acceptation (V. Civ. 3e, civ. 9 nov. 1983, Bull. civ. III, no 222 ; Defrénois 1984. 1011, obs. Aubert. - Civ. 3e, 10 déc. 1997, no 95-16.461 , Bull. civ. III, no 223 ; Defrénois 1998. 336, obs. Mazeaud. - Contra : Civ. 3e, 10 mai 1989, Bull. civ. III, no 109).

36. L'autorisation est une permission accordée par une autorité qualifiée (juge, parents, administration) à une personne d'accomplir un acte juridique que celle-ci ne pourrait normalement faire seule, soit en raison d'une incapacité d'exercice, soit en raison des limites de ses pouvoirs ordinaires ou de sa compétence (Vocabulaire juridique, PUF, Vo Autorisation). Manifestation de volonté nécessaire à la levée d'un obstacle à la validité ou à l'efficacité d'un acte juridique, elle consiste en un acte juridique distinct, plus précisément en un acte juridique unilatéral déclaratif de type permissif (THUILLIER, L'autorisation. Étude de droit privé, 1996, LGDJ, nos 317-318. - V. pour une implication de cette nécessaire distinction : Civ. 1re, 20 oct. 2010, no 09-13.635 , Bull. civ. I, no 209 ; D. 2011. 50, note Raoul-Cormeil ; RTD civ. 2011. 103, obs. Hauser ).

37. Notification de volonté. - En revanche, il n'est pas de raison de reconnaître à l'acceptation d'une offre de contrat (V. cep. Avant-projet Catala, art. 1105-5) la nature d'un acte juridique unilatéral, et il ne faut pas non plus considérer comme autant d'actes juridiques unilatéraux les différents engagements individuels qui concourent à la constitution d'une société (contra : GRIMALDI, Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation, 2006, Defrénois, no 616-3). Pas davantage, on ne saurait légitimement tenir pour des actes juridiques distincts les diverses formalités matérielles qui participent de la perfection de l'acte complet au prétexte qu'elles ont été spécialement voulues.

38. La distinction que l'on a prétendu établir entre la notification de volonté, qui serait acte juridique par emprunt de la nature de son objet (ainsi en cas de signification d'un congé ou de l'exercice d'un retrait), et la notification d'un fait qui demeurerait, au contraire, un simple fait juridique (DURMA, La notification de la volonté. Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques, 1930, Sirey, nos 58 s. - Comp. MARTIN DE LA MOUTTE, thèse préc., no 23), ne doit pas faire illusion. Même lorsqu'elle conditionne l'efficacité, voire l'existence d'un acte juridique, la notification n'emporte pas de conséquence de droit propre qui soit le résultat d'une volonté juridique distincte (V. DE MUNAGORRI, L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, 1996, LGDJ, no 68) : son efficacité juridique procède du negotium, dont elle est un véhicule (comp. MAYER, Actes du procès et théorie de l'acte juridique,

2009, IRJS, nos 184-185, pour qui l'efficacité juridique des notifications processuelles ne procédant pas de la volonté individuelle, elles consisteraient en des « actions juridiques », c'est-à-dire en une catégorie intermédiaire entre l'acte et le fait juridiques, ce qui expliquerait leur régime hybride).

39. Dans un ordre d'idées voisin, il a été soutenu que la signature serait un acte juridique unilatéral déclaratif, accessoire mais distinct de l'acte signé, au motif qu'il supposerait une intention particulière différente du consentement à l'acte signé et aurait une efficacité juridique propre : à savoir, valider l'acte instrumentaire, transformer un simple écrit en aveu (DAURIAC, La signature, thèse, Paris II, 1997, nos 343 s.). Mais la thèse encourt la critique de fractionner une opération complexe voulue juridiquement une par les parties, en dissociant artificiellement l'efficacité de la signature de celle du negotium dont elle est pratiquement indissociable (V. C. civ., art. 1316-4).

## § 2 - Légitimité de l'opposition

40. Ignorée de certains systèmes juridiques (common law, en particulier), pratiquée par d'autres (droits allemand, italien, musulman, etc.), l'opposition de l'acte et du fait juridiques est aujourd'hui classique en droit civil français. Elle constitue un indéniable progrès dans la compréhension et l'explication des phénomènes juridiques.

41. Elle permet d'ordonner rationnellement les sources des obligations en affinant la classification du code civil qui, maladroitement, se place tour à tour sur des plans différents. Parmi les espèces d'actes juridiques, on range, outre le contrat, l'engagement unilatéral de volonté et l'acte collectif (V. infra, nos 164 s., 176 s.). Au sein des faits juridiques, on distingue les faits juridiques illicites, à savoir, les délits et quasi-délits, des faits juridiques licites, à savoir, les quasi-contrats (V. Avant-projet Catala, art. 1101-1 et 1101-2). Ce ne sont d'ailleurs pas seulement les obligations, mais les droits subjectifs dans leur ensemble, qui procèdent de l'une ou l'autre de ces deux catégories.

42. La classification qui en résulte trouve une justification dans les régimes juridiques différenciés que commandent les qualifications d'acte et de fait juridiques. En particulier, la preuve des faits juridiques peut normalement être établie par tout moyen, tandis que celle des actes juridiques est soumise à des exigences spécifiques, notamment à la nécessité de principe d'un écrit (sur support papier ou sous forme électronique) au-dessus de 1 500 € (C. civ., art. 1341. - Décr. no 2004-836 du 20 août 2004, D. 2004. 2199. - V. Preuve [20 règles de preuve]. - V. avant-projet Catala, art. 1287, 1288 s.). Également, les règles de validité des actes juridiques (V. infra, nos 90 s.) sont sans application en matière de faits juridiques.

43. Il reste que l'opposition est construite principalement en contemplation de l'acte juridique. Or, si l'acte juridique peut être tenu pour une notion cohérente bénéficiant d'un régime fondamental unitaire, il n'en va pas de même pour le fait juridique. Cette notion est essentiellement résiduelle et paraît à ce point hétérogène que l'on a reproché à l'opposition d'en revenir sous ce rapport aux varris causarum figuris du droit romain (GOMAA, Théorie des sources de l'obligation, 1968, LGDJ, p. 350). Aussi bien, le corps des règles qui sont spécifiques au fait juridique pris en tant que

catégorie paraît singulièrement pauvre, et sa théorie générale en conséquence difficilement envisageable (AUBERT, no 215. - STARCK, ROLAND et BOYER, op. cit., no 1480). Il est vrai qu'une classification des faits suivant leurs effets a pu être proposée (AUBERT, no 216). Mais, si elle présente l'intérêt de rejoindre assez exactement la classification des actes juridiques en actes subjectifs (faits attributifs ou extinctifs de droits patrimoniaux), actes-conditions (faits générateurs de statut) et actes-règles (faits correctifs de régime juridique), elle demeure simplement descriptive.

### § 3 - Relativité de l'opposition

44. En tout état de cause, il faut prendre garde à ce que l'opposition de l'acte et du fait juridiques n'a rien d'absolu. Les effets de droit naissant très rarement d'un seul antécédent, il n'y a pas de transition brusque de l'un à l'autre (DEMOGUE, Traité des obligations en général, I, t. 1, 1923, A. Rousseau, no 11). Si la volonté qui constitue l'élément subjectif de l'acte juridique est effectivement la source immédiate de l'effet de droit recherché, elle n'opère pas isolément, mais au contact des réalités matérielles et juridiques, en un mot de données objectives sur lesquelles elle prend appui et qu'elle modèle ou assimile en retour dans une mesure variable. Loin de se réduire à une pure volition, à une opération essentiellement abstraite et exclusivement psychologique, l'acte juridique se caractérise ainsi par une osmose de l'être et du vouloir (HÉBRAUD, Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, in Mélanges Maury, t. 2, op. cit., p. 419. - HAUSER, op. cit.).

45. Par cela même qu'il est juridique, tout acte est constitutif d'un fait juridique aux yeux des tiers. Si, en principe, les personnes étrangères à sa création ne sont pas directement concernées par les effets de droit que les parties ont voulu, elles peuvent donc invoquer ou se voir opposer l'acte et la situation juridique qui en résulte comme participant désormais objectivement de l'ordre juridique (V. infra, nos 124 s.). Pour les mêmes raisons, alors que la preuve d'un acte juridique doit en principe être administrée par les parties suivant certaines prescriptions légales, elle est normalement libre lorsqu'elle est exigée de tiers (V. Preuve [20 règles de preuve]).

46. Même vis-à-vis des parties, l'opposition doit être nuancée. D'une façon générale, l'illicéité d'un acte a pour conséquence de le disqualifier en une faute source de responsabilité, donc en un fait juridique. Mais la considération d'effets de droit parfaitement licites peut conduire au même résultat. Ainsi, l'accomplissement d'un acte juridique peut être constitutif d'un fait juridique dans les rapports de son auteur et de celui pour le compte duquel il a été utilement accompli, en tant qu'il donne naissance à des obligations sur le fondement de la gestion d'affaires (V. Gestion d'affaires).

### **Cass. Civ 1ère, 7 avril 1998, n° 96-19.171**

Sur le moyen unique :

Attendu que, le 25 juin 1989, M. X..., cousin de M. Y..., aux droits de qui vient aujourd'hui sa veuve, a cherché à aider celui-ci à manoeuvrer une échelle métallique, à l'issue de l'opération d'enlèvement d'un nid d'oiseau en bordure de la toiture de la maison de M. Y..., à une faible distance d'une ligne électrique à moyenne tension ; que, lors de la manipulation, l'échelle a frôlé la ligne électrique ; que M. X... a été blessé par électrocution ; que, soutenant qu'une convention d'assistance s'était formée entre les parties, il a assigné M. Y... et la compagnie d'assurances Axa en réparation de son préjudice ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué (Poitiers, 11 juin 1996) de l'avoir débouté de ses demandes, alors, selon le moyen, que lorsqu'une personne offre d'en aider une autre, l'offre étant faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire, le silence conservé par ce dernier fait présumer son acceptation, que cette présomption si tant est qu'elle n'est pas irréfragable ne peut tomber que devant la preuve du défaut d'acceptation de l'offre par son destinataire, et qu'en refusant d'admettre cette présomption d'acceptation de la convention d'assistance au prétexte que l'intervention de M. X... n'aurait pas été utile ou efficace et en refusant l'indemnisation par l'assisté des dommages subis par son assistant, la cour d'appel a violé ensemble les articles 1134, 1135 et 1315 du Code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel retient souverainement, au vu des éléments de preuve qu'elle énumère, que M. Y... avait décidé seul de retirer le nid de son toit avec une échelle qu'il savait parfaitement manipuler, et que M. X..., de passage à la propriété pendant l'opération pour lui emprunter un outil, a pris l'initiative de l'aider en fin de manoeuvres par une intervention dont l'opportunité était douteuse, compte tenu de la spécificité des lieux exigeant de la précision dans les mouvements et, en cas de pluralité d'acteurs, une bonne coordination entre eux, laquelle n'a pu être organisée ; que de ces constatations, elle a pu conclure à l'inexistence d'une convention d'assistance ;

D'où il suit que le moyen est inopérant ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

**Portalis, Extrait du discours préliminaire du premier projet de Code civil, p.57.**

« En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins. Il n'y a point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles. De là cette foule de contrats connus, dans les lois romaines, sous le

titre de contrats innommés. La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique.

Mais c'est précisément lorsqu'il s'agit de fixer ces limites, que les difficultés naissent de toutes parts. »

**L. Boyer, Contrats et conventions, Art 1 Théorie classique, Répertoire de droit civil, Dalloz.**

Art. 1 - Théorie classique

9. Le rôle majeur qui, longtemps après le code civil, a été reconnu au contrat tient aux conceptions philosophiques essentiellement individualistes et libérales professées par l'école du droit naturel puis par les philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle. Ces théories ont certes des origines beaucoup plus anciennes que l'on peut relever tant dans les efforts du droit romain pour faire prévaloir le voluntas sur la forme que dans l'accent mis par le droit canonique sur la valeur de l'engagement de l'être humain et sur le caractère contraignant de la parole donnée (Roussier, Fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église, thèse, Paris, 1933), mais à ces principes qui animaient déjà largement notre Ancien droit s'ajoutent au XVIII<sup>e</sup> siècle des considérations d'ordre politique et économique ; s'agissant de battre en brèche les institutions autoritaires de la Monarchie et une réglementation corporative souvent tatillonne et sclérosée, on est amené à professer que la volonté de l'individu est la source, sinon unique du moins privilégiée, des obligations pouvant s'imposer à lui. C'est dans la doctrine dite de l'autonomie de la volonté qu'ont été systématisées ces idées (V. infra, no 10 et s.) ; sa critique a depuis longtemps été faite (V. infra, no 16 et s.).

§ 1 - Doctrine de l'autonomie de la volonté

A. - Fondements

10. Un individu ne peut être obligé envers quiconque sans qu'on ne retrouve à la base de l'obligation une volonté de s'obliger ; tel est le substratum d'une doctrine dont la préoccupation première est la protection et la primauté de l'individu. Liberté et indépendance sont ses attributs originaires ; elles ne peuvent être réduites que dans la mesure où il y a lui-même consenti. Au plan politique, le « Contrat social » a été l'expression de cette doctrine dans l'explication qu'il a tenté de donner du phénomène étatique. S'agissant du droit privé, elle conduit à affirmer que l'obligation assumée n'est pas fondamentalement contraignante parce que reconnue par la loi mais parce que résultant directement de la volonté créatrice ; de là, le caractère autonome de celle-ci en tant que source du droit. Et, ajoute-t-on, cette force obligatoire est conforme à la justice, le débiteur ne pouvant se plaindre de ce qu'il a librement et délibérément accepté : « Toute justice est contractuelle, écrivait Fouillée, qui dit contractuel dit juste ». De ce consensus de chacun résultera nécessairement le bien commun économique et social.

11. Cette conception résolument volontariste a été pendant longtemps à la base des analyses proposées pour de nombreuses institutions : ainsi, pour la dévolution successorale qui, même fixée par la loi, refléterait la volonté présumée du défunt ; pour le régime matrimonial légal qui ne serait qu'un contrat tacite ; ainsi même pour le droit de la nationalité (H. Batiffol, op. cit., p. 14) ; de façon plus générale, la plupart des dispositions légales ne s'expliqueraient que par une nécessaire interprétation de la volonté des assujettis ; l'expression de « quasi-contrats » est, à cet égard, particulièrement significative. Au plan du contrat lui-même, la doctrine de l'autonomie s'exprime dans deux principes qui techniquement constituent ses corollaires.

## B. - Corollaires

12. 1<sup>o</sup> C'est d'abord le principe de la liberté contractuelle. De ce que la volonté est la source originaire du droit, il résulte que le domaine du contrat, qui en est l'expression directe, doit être aussi large que possible ; la liberté doit être la règle ; l'efficacité d'une volonté commune ne doit être qu'exceptionnellement limitée par la loi.

13. a) S'agissant du fond du droit, le principe de la liberté contractuelle exige d'abord que les individus soient libres de s'engager ou de ne pas s'engager ; il exige, ensuite, qu'ils puissent déterminer, à leur gré, le type et le contenu de leur accord ; les réglementations légales - telle celle du louage ou de la vente - leur sont simplement proposées mais ils peuvent soit s'y référer, soit y substituer en tout ou partie les dispositions qu'ils souhaitent. Sans doute, ce principe de liberté ne peut-il être intégralement consacré par aucun système de droit positif : le fait même de la vie en société impose aux individus des règles impératives ; du moins, celles-ci doivent-elles être exceptionnelles ; existantes, elles doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive.

14. b) Au plan de la forme, par ailleurs, le principe de la liberté contractuelle a comme prolongement celui du consensualisme, l'efficacité juridique de l'accord de volontés ne doit pas être subordonnée à l'emploi de formes (si ce n'est de celles protégeant l'intégrité du consentement). Dès l'instant de cet accord, le contrat existe et doit recevoir effet.

15. 2<sup>o</sup> La théorie de l'autonomie appelle aussi le principe de la force obligatoire du contrat. Celui-ci s'impose non seulement aux parties, mais encore au juge qui ne peut intervenir dans son exécution pour la suspendre ou pour modifier les prestations stipulées. L'article 1134 du code civil a expressément consacré ce principe en disposant que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Le législateur lui-même ne doit pas intervenir dans l'exécution d'un contrat en cours (Sur l'actuelle portée de ce principe, V. infra, no 233 et s.).

## § 2 - Critique

16. De nos jours, la doctrine de l'autonomie de la volonté a perdu de son prestige ; elle est vigoureusement contestée (Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse, Dijon, 1912) tant pour ses fondements qu'en raison de ses conséquences.

17. Dans ses fondements, d'abord : on a fait valoir qu'il n'est pas certain que la volonté de l'homme ait été la source originaire du droit. Certains sociologues pensent que le « lien contractuel ne saurait être primitif » (Durkheim, Leçons de sociologie, philosophie des moeurs, 1950, p. 208) et, selon la loi de Maine, la règle émanant du groupe - c'est-à-dire le statut - aurait précédé le droit de la volonté. - c'est-à-dire le contrat (Carbonnier, Sociologie et droit du contrat, Ann. Fac. dr. Toulouse, t. 7, 1959, p. 115). Bien plus, dans toute société quelque peu organisée, n'est-ce pas celle-ci seule qui sanctionne le contrat en l'assortissant de son pouvoir de contrainte (G. Davy, L'unité de fondement de l'obligation juridique, Arch. philos. dr. 1931.87 et s. ; rappr. Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965) ? Et cette reconnaissance ne saurait intervenir de façon automatique car il est faux que tout ce qui est contractuel soit juste ; il n'en pourrait être ainsi que si les parties étaient placées sur un pied de rigoureuse égalité tant au point de vue économique que dans leurs qualités d'intelligence et d'aptitude à négocier. Or, il est loin d'en être toujours ainsi ; dans l'antagonisme d'intérêts qu'il veut résoudre le contrat n'est-il pas finalement, et selon la pensée marxiste, un instrument d'asservissement du plus faible au plus puissant (R. Savatier, Les métamorphoses..., op. cit., no 42) ? Comment, dans ces conditions, s'étonner qu'à une époque plus récente les transformations de la société et une orientation plus marquée de celle-ci vers le collectif et le social n'aient abouti à ce que l'on a appelé une crise ou un éclatement du contrat ?

**F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? » Revue française de droit administratif (RFDA), 2006, p.2**

Le professeur Yves Weber, trop tôt disparu, avait consacré, lorsque la maladie lui laissait quelque répit, une notable partie de son activité scientifique au thème inépuisable des contrats administratifs.

Il voyait volontiers dans les relations entre les divers protagonistes des opérations contractuelles mettant en présence les personnes publiques et leurs cocontractants privés une sorte de mise en scène, une pièce de théâtre dont les acteurs obéissaient à une scénographie plus ou moins élaborée devant un parterre d'administrés plus ou moins enthousiaste. On évoquera notamment une étude qu'il avait confiée aux Mélanges Gustave Peiser et intitulée « Les acteurs des contrats de l'administration » (2).

Loin de moi l'idée que tout est théâtre dans l'action contractuelle de l'administration. Mais l'image de l'acteur et des « rôles » à jouer revient d'elle-même à l'esprit à propos d'un thème qui domine la matière, celui de la liberté contractuelle comme liberté constitutionnelle. Nul ne saurait en effet contester l'importance théorique de la liberté contractuelle dans le canevas des relations conventionnelles entre personnes publiques et personnes privées - ou entre personnes publiques - puisque c'est elle,

précisément, qui permet de mesurer le degré de renonciation à la contrainte, à la puissance publique que ces relations impliquent ordinairement.

Dresser l'état des lieux sur un terrain aussi mouvant relève de l'illusion. Aussi bien s'en tiendra-t-on ici à quelques observations générales dont le seul objet est de rappeler les termes d'une problématique qui n'est pas close, même si les polémiques qu'elle suscitait naguère se sont quelque peu apaisées.

Sur l'existence même de la liberté contractuelle comme liberté constitutionnelle authentique, pleinement reconnue et garantie, un certain doute persiste et il est récurrent.

On dressera d'abord le cadre dans lequel cette problématique reste aujourd'hui posée. On en reprendra ensuite quelques-uns des termes pour approfondissement.

Position du problème dans le droit positif contemporain

Les controverses ont été alimentées sur ce point pendant plusieurs décennies tant du côté du droit public que du côté du droit privé. Elles se sont quelque peu atténuées à la suite de diverses décisions du Conseil constitutionnel dont l'une des plus récentes date du 1er juillet 2004, à propos de la loi relative aux communications électroniques et aux droits de communication audiovisuelle (3). Mais, quels que soient les signes plus ou moins forts envoyés par le juge constitutionnel (y compris dans la décision précitée du 1er juillet 2004), sont-ils suffisants pour proclamer la liberté contractuelle comme liberté constitutionnelle de premier rang et de plein exercice ? Il n'est pas interdit d'en discuter.

Que dit en effet la décision n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004 à propos de la liberté contractuelle ? Elle relève, à partir de l'article 70 de la loi déferée, que « le législateur a entendu concilier la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle avec l'intérêt général s'attachant à la possibilité donnée aux éditeurs d'accéder aux décodeurs des distributeurs, laquelle favorise la diversification de l'offre de programmes et la liberté de choix des utilisateurs » - et que « la conciliation ainsi opérée n'est entachée d'aucun déséquilibre manifeste, ne porte pas atteinte à la liberté d'expression et, en raison du caractère limité des contraintes techniques imposées aux opérateurs concernés, ne dénature ni la liberté d'entreprendre ni la liberté contractuelle ».

Cette motivation constitue-t-elle un indice décisif en faveur du caractère évidemment et « pleinement constitutionnel » de la liberté contractuelle, ainsi que l'affirment certains commentateurs (4) - qui évoquent le contrôle conjoint de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle comme un témoignage difficilement réfutable en ce sens ? Il est permis, nous semble-t-il, de ne pas partager en tous points cet enthousiasme, sans pour autant nier la valeur de l'indice.

Sans refaire l'historique détaillé des avatars de la liberté contractuelle dans la jurisprudence évolutive du Conseil constitutionnel, il convient de rappeler quelques-unes des étapes significatives du parcours quelque peu chaotique qu'elle a été amenée à suivre.

D'abord - et pour ne plus y revenir - la liberté contractuelle n'est pas, en elle-même, une nouvelle venue dans notre droit positif : elle est reconnue, voire consacrée, de manière directe ou indirecte, soit dans les textes législatifs qui, en la réglementant, en attestent l'existence - soit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat (5) ou de la Cour de cassation (6).

Cela ne veut pas dire pour autant, notamment aux yeux de la haute juridiction administrative, que cette liberté se trouverait ipso facto promue au rang constitutionnel. On a même parfois l'impression que le Conseil d'Etat se préoccupe assez peu, en définitive, du rang occupé par la liberté contractuelle dans la hiérarchie des normes de droit interne. On lit ainsi, dans un arrêt d'Assemblée du 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris* (7), à propos d'une catégorie de marchés publics parmi les plus courants - les marchés publics de l'Etat - : « Ni l'article 34 de la Constitution, ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'exige que les conditions de passation des marchés passés par l'Etat soient définies par la loi » ; il est vrai que cette rédaction a pu être inspirée par celle d'une décision du Conseil constitutionnel antérieure de quelques mois, celle du 22 août 2002, à propos de la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (8) dont elle recopie les termes quasiment à l'identique.

Il reste que, au moins pour les marchés publics de l'Etat, le contrat est en quelque sorte mis « hors la loi », pour reprendre une expression de Y. Gaudemet (9).

La question n'a pas été reposée à l'occasion de l'examen par le Conseil d'Etat de la légalité du décret du 7 janvier 2004 portant nouveau code des marchés publics (10).

Il faut reconnaître qu'une telle jurisprudence n'est guère compatible avec la conception d'une liberté contractuelle de rang constitutionnel.

Il faut donc revenir en arrière et procéder à une relecture en perspective des décisions qui, jusqu'à aujourd'hui, ont abordé la question. On s'efforcera ainsi de mieux comprendre pourquoi un doute rémanent peut être identifié, malgré d'incontestables avancées dans la prise en compte de la liberté contractuelle au niveau le plus élevé de la hiérarchie des normes.

Retour sur image

Au point de départ, il y eut des affirmations brutales et répétées du juge constitutionnel quant à la valeur infraconstitutionnelle de la liberté contractuelle.

Les tempéraments subséquents que le même juge crut devoir apporter à ces assertions ont pu en atténuer les effets ; ils n'en ont pas totalement dissipé la vertu corrosive.

### Un refus initial catégorique

C'est peut-être là l'une des explications du comportement quelque peu hésitant du Conseil constitutionnel devant un problème dont la solution n'était pas en définitive clairement acquise.

La Haute institution ne s'est pourtant pas embarrassés de nuances dans sa première décision rendue en la matière, n° 94-348 DC du 3 août 1994 (loi relative à la protection sociale supplémentaire des salariés) (11) : « Aucune norme constitutionnelle ne garantit le principe de liberté contractuelle ».

L'étonnement dans la doctrine, publiciste comme privatiste, fut à la mesure de l'affirmation (12) ; la sécheresse du propos et la sévérité de la condamnation (« aucune norme constitutionnelle... ») laissaient peu de place à l'éventualité d'un revirement de jurisprudence. Le propos lui-même fut jugé excessif et injustifié.

On tenta d'utiliser les formules plus édulcorées de la jurisprudence ultérieure -et notamment une décision n° 96-385 DC du 30 décembre 1996 (13) pour décrypter « les oracles ambigus des sages de la rue Montpensier » (14) : en se prononçant sur un moyen tiré de la violation de la liberté contractuelle (à propos des négociations entre partenaires sociaux, dans le cadre du droit constitutionnel des travailleurs à participer à la détermination de leurs conditions de travail), le Conseil constitutionnel aurait, selon certaines interprétations, reconnu à cette liberté la valeur d'un principe de référence en vue d'un contrôle de constitutionnalité.

Toutefois, a-t-on observé aussitôt, ce n'était pas la liberté contractuelle in se qui se trouvait ainsi installée ou rétablie dans sa dignité constitutionnelle mais « la liberté contractuelle en tant qu'elle conditionne l'exercice d'un droit déjà constitutionnalisé, le droit de participation des travailleurs ».

Au demeurant - et pour couper court à toutes les supputations doctrinales -, une nouvelle décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997 (15), prise à propos d'une loi sur les fonds de pension, confirme sèchement un verdict couperet : « le principe de liberté contractuelle n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle ». Et, pour que nul n'en ignore, le même sort est réservé au principe dit de l'autonomie de la volonté, qui n'est pas sans relation avec la liberté contractuelle (16).

La cause paraissait entendue.

On peut concevoir que le Conseil constitutionnel ait été en quelque sorte prisonnier de ses propres formules et que, après avoir, par deux fois, exclu sans appel la liberté contractuelle du champ des libertés constitutionnelles, il lui était psychologiquement difficile d'aller à Canossa et de reconnaître publiquement son erreur. L'eût-il fait, il aurait été taxé d'inconséquence ou d'aveuglement initial...

Il lui fallait donc, dans la mesure où, faute d'avoir été constitutionnalisée, la liberté contractuelle courait le risque de se trouver dangereusement affaiblie, faire prudemment, et par étapes, machine arrière.

Il fut ainsi conduit à imaginer des accommodements (certains disent des stratagèmes ou des subterfuges) pour contourner l'obstacle qu'il avait placé lui-même, sur ce terrain.

Est-ce à dire qu'il a fait complète repentance ? En l'absence d'une formule qui proclamerait haut et fort la liberté contractuelle comme liberté constitutionnelle pleine et entière, on nous permettra de conserver quelques doutes.

Regrets et remords : sur quelques accommodements subséquents

Bien entendu, nous ne voulons pas dire par là que notre juge constitutionnel se livre à des manoeuvres indignes de sa fonction et joue avec les concepts en fonction des circonstances, mais simplement qu'il s'est attaché à atténuer les conséquences excessives d'une interprétation initiale sans doute trop rigoureuse si elle était prise au pied de la lettre.

Cela dit, et même si toute interprétation « psychologique » d'une jurisprudence peut paraître quelque peu risquée, l'évolution constatée en la matière s'est avérée lente et progressive (pour ne pas dire, d'une certaine manière, réticente) et elle s'est abritée à l'occasion derrière quelques paravents méthodologiques, par exemple la technique de l'adossement à une liberté déjà dûment labellisée comme authentique liberté constitutionnelle - ou encore le recours à l'exigence de sécurité juridique dans le jeu des relations contractuelles librement nouées au titre de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La technique de l'adossement à une liberté déjà consacrée

Ce raisonnement a accompagné, notamment à partir de 1997, la réaffirmation par le juge constitutionnel que la liberté contractuelle n'était pas une liberté constitutionnelle pleno sensu.

Relisons en effet la motivation de la décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997 : après avoir réitéré son refus de voir dans la liberté contractuelle une liberté constitutionnelle en elle-même, la haute juridiction ajoute que la méconnaissance d'une telle liberté «

ne pourrait être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis ».

On observera à cette première étape du processus, le souci de limiter les exceptions susceptibles d'être apportées au refus de principe ce n'est qu'au travers des droits et libertés déjà constitutionnalisés à un titre ou à un autre (Constitution proprement dite, Déclaration de 1789, Préambule de 1946, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) que la liberté contractuelle surgit au niveau constitutionnel. Il s'agit donc d'une liberté seconde, une liberté d'appoint, une liberté instrumentalisée en quelque sorte (17). Et le bénéfice de cette pseudo-reconnaissance constitutionnelle va directement à la liberté déjà consacrée dont le contrat n'est, somme toute, qu'un moyen d'expression.

Cela dit, il ne faut pas non plus sous-estimer l'intérêt de ce demi-repentir : les libertés qui instrumentalisent le contrat ne sont pas des plus négligeables, ainsi que l'atteste l'analyse de la jurisprudence ultérieure.

Parmi les libertés couplées avec la liberté contractuelle et grâce auxquelles cette dernière a pu avoir accès au niveau constitutionnel, on mentionnera :

La liberté d'entreprendre

Cette liberté a reçu, on le sait, son certificat de constitutionnalité avec la décision bien connue n° 1982-132 DC du 16 janvier 1982 (18). On lui associera la liberté du commerce et de l'industrie qui n'en est qu'une facette.

Nul ne conteste que, dans une société libérale, la liberté d'entreprendre (c'est-à-dire de choisir librement une activité professionnelle et de l'exercer librement - dans le respect, cela va sans dire, des lois, règlements et traités internationaux en vigueur) est une liberté fondamentale, même si elle n'a pas été consacrée *ès qualités* par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 - et que le droit de créer une « entreprise » s'accompagne nécessairement de la prohibition des entraves abusives à la libre concurrence (principe de liberté du commerce et de l'industrie), sous réserve des dispositifs d'encadrement interne ou international.

Nul ne conteste non plus que la liberté d'entreprendre, tout comme la liberté du commerce et de l'industrie, postule l'utilisation de l'instrument contractuel.

Dans ces conditions, toute atteinte excessive à la liberté contractuelle compromettrait gravement l'exercice de la liberté d'entreprendre ou celui de la liberté du commerce et de l'industrie, et pourrait même, selon la formule consacrée, remettre ces libertés en cause. Dans une telle hypothèse, il y a bien un problème de constitutionnalité.

Plusieurs indices permettent d'identifier cette démarche. Il est même possible qu'elle soit privilégiée lorsque la question est posée au Conseil constitutionnel sous cet angle. C'est ainsi qu'a été interprétée la motivation de la décision n° 92-316 du 20 janvier 1993 (19), à propos de la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques; dans le même ordre d'idées, certains avaient relevé la prudence avec laquelle la haute institution abordait l'argumentation des saisines, alors même qu'elles s'appuyaient manifestement sur des violations de la liberté contractuelle (20).

Les données du raisonnement ont-elles été infléchies par la décision n° 2004-97 DC du 1er juillet 2004, précitée, à propos de la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audio-visuelle ? La thèse, on l'a dit, a été soutenue (21), motif pris de ce que le juge constitutionnel avait contrôlé proprio motu (car la saisine des parlementaires ne soulevait pas ce grief) si la loi contestée n'avait pas dénaturé, outre la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle et que, ce faisant, il aurait levé toute ambiguïté et consacré formellement ladite liberté.

A supposer que telle ait été l'intention du Conseil constitutionnel, l'expression en est restée singulièrement discrète. C'est toujours à travers la liberté d'entreprendre qu'a été appréhendée la liberté contractuelle. Dès lors que le contrôle de constitutionnalité était porté sur ce terrain, il était logique qu'il s'étende au paramètre de la liberté contractuelle, celle-ci étant regardée comme un instrument technique indissociable de la liberté d'entreprise. Que le juge ait pris l'initiative d'une telle extension est sans doute une démarche procédurale intéressante, mais qui n'altère pas fondamentalement, à notre sens, la problématique initiale.

Au demeurant, des décisions plus récentes maintiennent le lien entre la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle, sans conférer à cette dernière l'autonomie qui permettrait de lui reconnaître pleine valeur constitutionnelle (22).

#### La libre administration des collectivités territoriales

Autre liberté qui implique, aux yeux du juge constitutionnel, la passation de contrats pour sa mise en oeuvre, la libre administration des collectivités territoriales a contribué à la promotion indirecte de la liberté contractuelle au rang constitutionnel (23). Il s'agit ici de la liberté contractuelle des personnes publiques et, à ce titre, elle se situe dans le contexte spécifique du droit public, mais le raisonnement qui sous-tend la jurisprudence constitutionnelle est du même type que celui qui vient d'être décrit : une atteinte excessive à la liberté contractuelle des collectivités territoriales affecterait le principe constitutionnel de libre administration et encourrait de ce fait la censure du juge constitutionnel.

On se référera par exemple à la décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 (loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et

des procédures publiques) (24). S'interrogeant sur la portée des limites apportées par le législateur à la prolongation éventuelle des conventions de délégation de service public, le Conseil constitutionnel relève que « en imposant alors, par surcroît, en toutes circonstances, que ces prolongations ne puissent augmenter de plus d'un tiers la durée initialement prévue sans égard à la diversité et à la complexité des situations susceptibles d'être ainsi affectées, le législateur a imposé sans justification appropriée une contrainte excessive qui est de nature à porter atteinte à la libre administration des collectivités locales » - et il a déclaré inconstitutionnelle, en conséquence, la disposition incriminée (25).

On a là une illustration de la démarche jurisprudentielle : c'est bien la libre administration des collectivités territoriales qui bénéficie en l'occurrence de la protection constitutionnelle, mais c'est par le biais des atteintes portées à la liberté contractuelle qu'elle est considérée comme dangereusement affectée (26).

D'autres décisions vont dans le même sens. On a déjà mentionné la décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 (loi de simplification du droit); à propos de la ratification implicite de diverses dispositions d'une ordonnance du 17 juin 2004 ayant trait à la passation de contrats de partenariat public-privé, le juge constitutionnel observe « qu'il ressort des termes mêmes de l'ordonnance que si la personne publique peut confier tout ou partie de la construction d'un ouvrage au titulaire du contrat de partenariat, elle n'est pas tenue de le faire » ; et d'ajouter : « lorsqu'elle ne confie à ce titulaire qu'une partie de la conception, il lui est possible de faire appel à une équipe de maîtrise d'oeuvre pour la partie de la conception qu'elle assume » (27). Une telle rédaction se fonde de toute évidence sur la liberté contractuelle des collectivités locales comme composante de la libre administration (28).

On fera également référence à la décision n° 94-358 du 26 janvier 1995, relative à la loi d'orientation pour le développement et l'aménagement du territoire (29). Selon l'expression d'un commentateur (30), en acceptant de répondre à l'argumentation des saisissants fondée sur la violation de la liberté contractuelle, et en vérifiant si les dispositions législatives contestées y portaient atteinte, « le Conseil fait comme si le législateur devait respecter la liberté contractuelle locale ».

On ne saurait mieux dire. Cette reconnaissance « indirecte » (selon l'expression d'un autre commentateur) (31) de la liberté contractuelle locale comme élément du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales se trouve confortée, dans la même décision du 26 janvier 1995 (consid. n° 50 et s.), par la validation des dispositions législatives permettant aux collectivités territoriales et à leurs groupements d'adhérer à un organisme public de droit étranger (dans les cas et selon les conditions que la loi déferée énumère) ou de participer au capital d'une personne morale de droit étranger. Il s'agit-là, énonce le Conseil constitutionnel, d'une « possibilité ouverte aux collectivités territoriales », dans le cadre de la coopération transfrontalière, en vue de l'exploitation d'un service public ou de la

réalisation d'un équipement local intéressant toutes les personnes publiques participantes. Dès lors que la loi se borne à offrir aux collectivités locales et à leurs groupements « une faculté dont elles ne sont nullement contraintes d'user », elle ne saurait porter atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales (consid. n° 53). Qu'est-ce à dire sinon que le juge constitutionnel resserre le lien entre la liberté contractuelle des collectivités locales et le principe de libre administration ? La loi n'est pas censurée dans la mesure où elle n'établit aucune obligation de contracter à la charge des collectivités territoriales ou de leurs groupements (32).

Le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises

On a reconnu la formulation de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, qui fait partie, comme l'on sait, du « bloc de constitutionnalité » utilisé par le Conseil constitutionnel pour le contrôle a priori des lois qui lui sont déférées, étant entendu qu'une telle participation se fait par l'intermédiaire de délégués désignés par les travailleurs concernés.

Ici, l'instrument contractuel privilégié n'est autre que la convention collective de travail négociée entre les représentants des employeurs et ceux du personnel. Rappelons que ce type de conventions a vocation à traiter de l'ensemble des matières visées à l'article L. 131-1 du code du travail (condition d'emploi, de formation professionnelle, de travail, de garanties sociales, etc.) pour toutes les catégories professionnelles intéressées. On en rapprochera les accords collectifs (art. L. 132-1 c. trav.), qui s'intéressent spécifiquement à tel ou tel thème dans cet ensemble.

Il était donc prévisible que la liberté de contracter ferait l'objet d'une vigilance particulière de la part du juge constitutionnel, dans le contexte évolutif et souvent tendu des relations sociales de travail. Comme le souligne un auteur (33), « la négociation des contrats collectifs - parce qu'il s'agit d'abord de contrats - se déplace dans le cadre général, qu'il appartient au législateur de respecter et de faire respecter, que trace le principe de liberté contractuelle ».

Si l'on s'en tient aux données de base de la liberté contractuelle, (c'est-à-dire la liberté de conclure ou de ne pas conclure un contrat - et la liberté de négocier avec un cocontractant de son choix), on constate aisément que l'élaboration des contrats collectifs de travail a été immédiatement placée sous haute surveillance par le juge constitutionnel, et que toute entrave injustifiée à la libre négociation entre les partenaires sociaux a été censurée en conséquence.

C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a pris rapidement position sur quelques points litigieux et qu'il a dessiné progressivement le cadre dans lequel les relations contractuelles entre représentants des employeurs et représentants des travailleurs

devaient se dérouler pour répondre aux exigences de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946.

Une première décision significative, la décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996 (loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire ainsi qu'au développement de la négociation collective) (34), définit le rôle des syndicats dans la négociation collective (35). Une autre décision, lue quelques semaines plus tard à propos de la loi de finances pour 1997 (décis. n° 96-385 DC du 30 décembre 1996 (36)), relève que les dispositions incriminées de la loi contestée ne sont pas de nature à affecter le financement de la formation en alternance sous l'égide des organismes paritaires collecteurs agréés, et qu'elles ne portent donc pas atteinte à leur capacité de négociation collective ; elles ne sauraient, ajoute le Conseil, « faire obstacle au droit des travailleurs à participer à la détermination collective des conditions de travail reconnu par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ».

La liberté contractuelle, ainsi proclamée au soutien du principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises, exclut logiquement toute mesure législative susceptible d'altérer gravement le libre jeu des négociations sociales. L'argument avait été invoqué, par exemple, dans un recours en inconstitutionnalité dirigé contre une loi relative à la réduction négociée du temps de travail (37) ; il fut en effet partiellement retenu par le juge constitutionnel : « il était loisible au législateur de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation en décidant, au vu de la teneur desdits accords, soit de maintenir les dispositions législatives existantes, soit de les modifier dans un sens conforme ou non aux accords ; toutefois, sauf à porter à ces conventions une atteinte contraire aux exigences constitutionnelles... il ne pouvait, dans les circonstances particulières de l'espèce, remettre en cause leur contenu que pour un motif d'intérêt général suffisant » (38).

Parmi les motifs d'intérêt général susceptibles de justifier l'intervention du législateur dans le jeu des négociations entre partenaires sociaux figure, de manière qui n'est paradoxale qu'en apparence, la volonté de promouvoir les relations contractuelles, considérées comme facteur d'apaisement des relations dans le monde du travail. C'est ainsi que la loi n'a pas hésité à prévoir une obligation de négocier (art. L. 132-27 c. trav.), qui ne saurait bien entendu aller jusqu'à dicter le contenu des conventions (39). Elle peut de la même manière apporter des précisions utiles, voire émettre des recommandations, de nature à éclairer le choix des intéressés, par exemple quant à l'extension éventuelle d'une convention ou d'un accord collectif (40).

On mentionnera à cet égard la décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003 (loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi) (41), décision qui, affirme un commentateur (42), assure « la promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail ».

En l'occurrence était en cause une disposition de la loi déferée selon laquelle les stipulations des contrats collectifs déjà signés en application de lois antérieures devaient être réputés comme ayant été signés sur le fondement de la loi nouvelle. En effet, observe le Conseil constitutionnel, le législateur entendait seulement rendre incontestables à l'avenir devant la juridiction compétente des accords antérieurs qui n'étaient pas conformes à la législation applicable à l'époque de leur signature mais qui étaient conformes à la nouvelle législation : une telle disposition ne pourrait être interprétée « comme conférant aux accords antérieurs d'autres effets que ceux que leurs signataires avaient entendu leur conférer ».

Dans les divers exemples qui viennent d'être analysés, on s'est efforcé de montrer que si la liberté contractuelle était constitutionnellement reconnue, c'était de manière médiate et pour assurer le plein exercice d'une liberté déjà consacrée par la charte fondamentale ou identifiée par le juge constitutionnel. En d'autres termes, la liberté contractuelle ne pouvait se prévaloir d'une existence constitutionnelle autonome.

Aux libertés servant ainsi de tuteur à la liberté contractuelle, on pourrait ajouter, semble-t-il, quelques droits établis, même si le problème n'a pas été posé sous cet angle à notre juridiction constitutionnelle. On songe, par exemple, à la liberté d'association, qui se prête tout particulièrement aux relations contractuelles (43), ou à la liberté du mariage, ou au droit de la propriété, etc.

On est en revanche un peu plus embarrassé s'agissant de la liberté « personnelle » (au sens que la jurisprudence contemporaine du Conseil constitutionnel semble vouloir conférer à cette expression, qu'elle utilise de temps à autre).

En effet, la liberté dite « personnelle » reste, dans notre droit positif, un concept plutôt confus (44), qui a du mal à se différencier de la liberté dite « individuelle » - laquelle fait l'objet d'une disposition constitutionnelle précise, celle de l'article 66, qui prévoit, pour sa protection, la compétence de l'autorité judiciaire (45). Il va sans dire que, dans un système de dualité de juridiction, cette attribution de compétence a quelque peu faussé le débat... D'autant que les fluctuations jurisprudentielles concernant les rapports entre ces deux libertés ont constamment brouillé les lignes divisoires - et que la liberté individuelle elle-même se trouve toujours affectée aujourd'hui « d'une définition et d'un contenu incertains » (46).

Le Conseil constitutionnel a fait appel au concept de liberté personnelle, sans tenter toutefois de le situer dans l'ordre juridique, d'abord dans le monde des relations de travail (décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, loi portant amnistie) (47), puis dans d'autres secteurs de la vie sociale (48). Il semblait l'avoir écarté par la suite, avant de le réactiver notamment dans une décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 (loi relative à l'immigration,) au séjour des étrangers en France et à la nationalité) (49), dont le considérant n° 94 évoque « le respect de la liberté du mariage,

composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 ».

Mais la référence textuelle aux articles 2 et 4 de la Déclaration révolutionnaire (50) ne dissipe pas toutes les ambiguïtés. Outre la dualité de fondement (qui laisse présager des disputes de frontière entre la liberté personnelle et la liberté individuelle), elle n'informe guère sur le régime applicable à la liberté personnelle dûment identifiée (quant à la compétence juridictionnelle, quant aux garanties dont bénéficie spécifiquement cette liberté, etc.).

Doit-on faire de la liberté contractuelle une liberté d'appoint à la liberté individuelle ? ou à la liberté personnelle ? Faut-il la considérer comme une liberté première au même titre que la liberté personnelle ou la liberté individuelle ? Aucune réponse claire ne s'impose de prime abord. On y reviendra.

Si l'interrogation sur le caractère pleinement constitutionnel de la liberté contractuelle persiste, c'est aussi en raison du glissement jurisprudentiel qui s'est progressivement opéré, dans le contrôle de constitutionnalité, vers le principe de sécurité juridique ou, si l'on préfère, vers l'enjeu de la stabilité des relations contractuelles.

Le glissement vers l'exigence constitutionnelle de sécurité juridique

On fait allusion, à ce stade de l'analyse, à une formulation qui est apparue dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel à partir de la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 (loi d'orientation et d'incitation à la réduction du temps de travail) (51) : « Le législateur ne saurait porter atteinte à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

Cette formule, si elle apportait un tempérament inédit (52) par rapport aux motivations habituelles antérieures, avait été interprétée avec espoir par les uns (qui y voyaient une consécration du rang constitutionnel enfin reconnu à la liberté contractuelle), avec une certaine prudence par les autres (qui ne s'estimaient pas convaincus par une telle rédaction).

On observait à ce propos que la liberté contractuelle n'avait pas été pour autant proclamée *ès qualités* : le juge constitutionnel se réfère à la « liberté » de l'article 4 en termes génériques, en interprétant cette disposition compréhensive comme couvrant, entre autres, la liberté contractuelle - de même qu'elle avait servi naguère à fonder la liberté d'entreprendre (53).

D'autre part, c'est par le biais de « l'économie des conventions et contrats légalement conclus » que l'atteinte éventuellement portée par le législateur à la liberté de l'article 4 de la Déclaration doit être appréciée et mesurée.

Ce qui déplace assez sensiblement le problème : plutôt que de liberté contractuelle à proprement parler, c'est de la stabilité des relations contractuelles déjà nouées qu'il est question. Au surplus, on est en droit d'avoir des doutes sur le contenu de la notion évanescence de « économie » d'un contrat.

Enfin il est fait état d'une méconnaissance « manifeste » par la loi en cause de la liberté découlant de l'article 4, et non d'une méconnaissance quelconque d'une telle liberté - ce qui laisse apparemment une ample marge de manoeuvre au juge constitutionnel.

L'approche de la liberté contractuelle par le truchement de l'article 4 de la Déclaration de 1789 a été confirmée peu après par une décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 (54) en termes très voisins : « S'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications aux contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter [...] à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

On la retrouve dans la décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 (55) (loi relative à la réduction négociée du temps de travail), avec des nuances rédactionnelles imposées par la nature des accords en cause (il s'agissait également d'accords collectifs entre les partenaires sociaux) - ainsi que dans la décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000 (loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain) (56).

Un pas supplémentaire semble avoir été franchi avec la décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 (loi de financement de la sécurité sociale pour 2001) (57) : on lit que le dispositif législatif incriminé par les saisissants (il incitait les entreprises pharmaceutiques à conclure des conventions en vue de modérer l'évolution des prix) « n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution ».

Une telle formulation a conduit divers commentateurs à identifier une reconnaissance constitutionnelle de la liberté contractuelle in se, dans la mesure où elle était clairement mentionnée et où son fondement constitutionnel était spécifié (58).

Le doute vient de ce que l'ancienne formulation n'a pas été abandonnée par le Conseil constitutionnel. Elle a été reprise, par exemple, dans une décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001 (loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles) (59) - ainsi que dans les décisions n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 (loi de

modernisation sociale) (60), n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002 (loi de finances pour 2003) (61) et n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003 (loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi) (62).

Ajoutons que la Haute juridiction n'a pas hésité à annuler des dispositions législatives qui, à ses yeux, affectaient gravement le contenu, la portée ou les effets d'une convention (V. par exemple les décisions n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 et n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000) (63).

Par ailleurs, si certains commentateurs croyaient pouvoir annoncer que le Conseil constitutionnel avait abandonné l'expression passablement équivoque d' « économie des conventions et contrats légalement conclus » pour identifier les atteintes inacceptables à la liberté contractuelle, il apparaît que la formule reste utilisée dans des décisions récentes, postérieures à la décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 (loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, précitée) (64).

Il est vrai que « la pérennité » (65) du contrat impose, dans le domaine des contrats collectifs de travail, une particulière vigilance. Il appartient au législateur de veiller à ne pas modifier inconsidérément la teneur ou les effets de conventions qui ont fait l'objet de négociations collectives souvent délicates entre les représentants des employeurs et les représentants des travailleurs. Cela dit, si la modification apportée aux textes de droit positif comporte une amélioration de la situation des salariés - et même si le principe dit « de faveur » n'a pas reçu à proprement parler une consécration constitutionnelle -, le juge constitutionnel paraît vouloir faire preuve d'une certaine tolérance (66).

S'agissant de la nouvelle rédaction des décisions du juge constitutionnel et de la référence plus ou moins appuyée à l'article 4 de la Déclaration de 1789, en liaison avec les atteintes portées à l'économie des contrats légalement conclus par la nouvelle législation, certains auteurs ont observé, non sans raison, que la protection des situations contractuelles relevait davantage de l'article 16 de la Déclaration (« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée [...] n'a point de Constitution ») que de son article 4. Si la liberté contractuelle stricto sensu, on l'a dit, comporte comme éléments essentiels la liberté de contracter ou de ne pas contracter et la liberté de choisir son cocontractant, la protection des situations contractuelles concerne les contrats déjà conclus et se rattache plutôt au principe de sécurité juridique (67). Il est d'ailleurs caractéristique que la décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003 invoque, outre l'article 4 du texte révolutionnaire, ledit article 16, ce qui confère à la liberté contractuelle ainsi conçue un double fondement constitutionnel... (68).

On est en droit alors de se demander si la liberté contractuelle se situe sur le même plan que les grandes libertés constitutionnellement reconnues et consacrées. On a l'impression, soulignent MM. Mathieu et Verpeaux (69), que « le Conseil ne reconnaît

pas expressément valeur constitutionnelle au principe de la liberté contractuelle, mais considère néanmoins que sa protection se rattache aux exigences de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». Et d'en déduire que ce traitement spécifique explique « que sa protection soit moins étendue que s'il s'agissait d'un véritable principe constitutionnel ».

Au terme de ce rapide panorama un doute effectivement demeure la liberté contractuelle est-elle vraiment une liberté constitutionnelle comme les autres ? Les indices offerts par la jurisprudence constitutionnelle sont inégalement convaincants et parfois contradictoires.

En faveur du caractère authentiquement constitutionnel d'une telle liberté, il y a lieu de faire valoir la rédaction de certaines décisions, et tout particulièrement celle de la décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 (précitée), qui est à coup sûr l'avancée la plus nette dans cette direction - et qui a convaincu au demeurant une notable partie de la doctrine (70) : la liberté contractuelle trouverait son fondement constitutionnel dans l'article 4 de la Déclaration de 1789, au même titre que la liberté d'entreprendre ou (selon certaines interprétations) la liberté personnelle. A priori, elle se situerait donc au même rang que ces dernières libertés et devrait bénéficier de la même protection juridictionnelle.

Le revirement du Conseil constitutionnel par rapport aux décisions initiales du 3 août 1994 et du 20 mars 1997 serait donc total, et sans réserve.

Quelques éléments du débat entretiennent malgré tout l'incertitude.

D'abord, les auteurs qui ont pris position en faveur de la nature authentiquement constitutionnelle de la liberté contractuelle éprouvent apparemment quelques difficultés à effectuer le repérage exact de la date exacte du mea culpa jurisprudentiel : certains estiment que le tournant majeur a été pris en 1996 (décision n° 96-385 DC du 30 décembre 1996, loi de finances pour 1997) ; d'autres retiennent la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 (loi d'orientation et d'incitation à la réduction du temps de travail) ; d'autres (plus nombreux sans doute) ont choisi la décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 (loi de financement de la sécurité sociale pour 2001); et il en est même qui se réfèrent à la décision n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004 (loi relative aux communications électroniques et aux droits de communication audiovisuelle).

Ces hésitations révèlent pour le moins une lecture difficile des messages jurisprudentiels.

Mais c'est surtout le recours à l'article 4 de la Déclaration révolutionnaire comme fondement constitutionnel de la liberté contractuelle qui suscite des réactions réservées.

En premier lieu, l'article 4 de la Déclaration de 1789 est-il le seul fondement constitutionnel de la liberté contractuelle retenu par le Conseil constitutionnel ? S'il en était ainsi, l'argument serait de nature à renforcer la conviction des interprètes.

Or il ressort de l'examen des décisions les plus souvent citées que le juge constitutionnel, peut-être insuffisamment assuré de la valeur probante de l'article 4 comme pilier constitutionnel de la liberté contractuelle, prend également appui sur d'autres dispositions de la charte fondamentale, par exemple l'article 16 de la même Déclaration (décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, précitée) - ou encore l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 (même décision).

Le recours à des fondements divers ne traduirait-il pas une certaine hésitation, au risque d'affaiblir l'argumentation principale axée sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? On peut au moins poser la question.

Par ailleurs, l'article 4 est rédigé en termes tellement généraux que sa portée exponentielle est pratiquement indéterminée et qu'il pourrait servir à justifier, sur le plan constitutionnel, n'importe quelle liberté - sous la réserve, très relative, que les autres membres de la société soient assurés de jouir des mêmes droits. Il a déjà été au demeurant utilisé pour officialiser au moins deux libertés qui ne sont pas sans relation avec la liberté contractuelle : la liberté d'entreprendre et la liberté dite « personnelle » (V. supra) (71).

Il conviendra donc d'organiser la coexistence entre la liberté contractuelle et les libertés déjà patentées sous l'égide du même article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

En ce qui concerne les rapports entre la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre, on a déjà dit que le juge constitutionnel, conformément à la politique qu'il avait définie dans sa décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997 (loi sur les fonds de pension, V. supra), avait fait de la liberté de contracter avec le cocontractant de son choix une liberté seconde, instrumentalisée par la liberté d'entreprendre et indispensable au plein exercice de cette dernière.

Le raisonnement pourra-t-il être maintenu si la liberté contractuelle est érigée au rang de liberté première, au même titre et dans les mêmes conditions que la liberté d'entreprendre ? Il conviendra de déterminer, lorsque les deux libertés sont simultanément mises en cause, si la liberté contractuelle doit être examinée en elle-même (ainsi que le postule son label constitutionnel) ou si elle doit être identifiée sous le prisme et en fonction de la liberté d'entreprendre (dont elle est le vecteur indispensable). La nature et la portée du contrôle de constitutionnalité pourraient ne

pas être les mêmes : une atteinte grave à la liberté contractuelle in se peut justifier une déclaration d'inconstitutionnalité alors même que la liberté d'entreprendre ne serait pas directement et profondément affectée (72). En toute hypothèse, le juge constitutionnel pourrait éprouver quelque difficulté à délimiter les paramètres de son contrôle, selon que la violation de la liberté contractuelle est invoquée à titre principal ou comme modalité d'exercice de la liberté d'entreprendre.

Les rapports entre liberté contractuelle et liberté personnelle appelleront également une clarification jurisprudentielle.

Il serait d'abord opportun de préciser si la liberté contractuelle, envisagée comme instrument nécessaire à l'exercice d'une liberté ou d'un droit constitutionnellement reconnu, se rattache davantage à la liberté personnelle qu'à la liberté individuelle (V. supra). On sait que le Conseil constitutionnel n'hésite pas, le cas échéant, à requalifier les moyens invoqués par les parties et à substituer en conséquence la liberté personnelle à la liberté individuelle (73). Or, si nombre d'auteurs estiment que la référence à la liberté personnelle est préférable, il en est d'autres qui font dériver la liberté contractuelle de la liberté individuelle (74).

On peut également imaginer que la liberté contractuelle soit invoquée, conjointement avec la liberté personnelle, sous l'égide de l'article 4 de la Déclaration de 1789, dans une même saisine. On ne saurait alors totalement exclure un risque de confusion dans le contrôle de constitutionnalité selon que la liberté contractuelle est examinée en elle-même ou comme instrument de la liberté personnelle.

Si la question du caractère pleinement constitutionnel de la liberté contractuelle continue d'être posée, c'est là sans doute, dans une large mesure, le lointain résultat de la ferme condamnation initiale prononcée par notre juge constitutionnel.

Il est permis, à certains égards, de le regretter.

### **C. Pérès, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », Recueil Dalloz, 2009 p.381**

1 - Consacrant le « principe directeur » de la liberté contractuelle, l'article 16 du projet de réforme du droit des contrats élaboré par la chancellerie énonce, dans son premier alinéa, que cette liberté « emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat ». Ce principe n'étant pas sans limites, l'alinéa 2 du texte ajoute aussitôt que « toutefois, il ne peut être dérogé, par des conventions, à l'ordre public et aux bonnes moeurs ». A première vue, il n'y a là rien de bien nouveau et l'on comprend que les premiers commentaires consacrés à la réforme (1) s'y attardent généralement assez peu, préférant pour l'heure attirer essentiellement l'attention sur les vices et les vertus de la disparition annoncée de la cause. Plus précisément, il y a, à cette relative indifférence, deux séries de raisons.

D'une part, nul ne songe sérieusement à contester que la liberté contractuelle constitue un pilier essentiel de notre théorie générale du contrat : parce qu'elle « est le corollaire de la liberté individuelle » (2), « la liberté des conventions [est] admise comme principe fondamental » (3). Déjà mise à l'honneur dans le célèbre discours préliminaire de Portalis (4), elle forme, dans notre système juridique, « un principe de départ » (5) et, si cette terminologie a pu être critiquée (6), la jurisprudence n'hésite pas à faire référence au « principe de la liberté contractuelle » (7) ou à affirmer que certaines dispositions « doivent être interprétées restrictivement comme déroatoires à la liberté des conventions » (8). Au demeurant, interprétant l'article 6 du code civil comme une exception à la règle de liberté que ses termes suggèrent (9), l'on n'a jamais craint d'affirmer que, lorsque le législateur est resté muet sur ce point, le juge devrait par principe reconnaître à la loi une valeur simplement supplétive afin de préserver la liberté des parties (10), l'invitant ainsi à s'inspirer du précepte selon lequel « tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché » (11). En d'autres termes, la liberté contractuelle constitue d'ores et déjà un « principe directeur » en droit positif, du moins si l'on entend par là une directive de portée générale, irriguant et dominant la matière, incarnant une certaine conception du contrat, reflétant un parti pris initial en faveur de la liberté individuelle, guidant, orientant et justifiant certaines solutions particulières. De fait, si des craintes ont pu être exprimées au sujet non seulement de l'articulation des différents principes directeurs consacrés par le projet mais aussi des pouvoirs accrus que le caractère transversal de cette nouvelle catégorie de règles semble conférer aux tribunaux (12), ces réserves tiennent surtout, en vérité, à l'élévation à un tel rang de l'exigence de bonne foi (13) et aux atteintes susceptibles d'en résulter pour la force obligatoire du contrat. Par ailleurs, la triple dimension reconnue à la liberté contractuelle dans le texte de la chancellerie - libre choix du cocontractant, du contenu et de la forme du contrat - est des plus classiques. En définitive, quant au fond, l'innovation paraît de prime abord très limitée.

D'autre part, sous réserve de quelques modifications apparemment assez formelles, l'alinéa 2 de l'article 16 du projet ressemble à s'y méprendre à l'actuel article 6 du code civil, lequel énonce imperturbablement depuis 1804 qu' « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs ». Ce faisant, le texte projeté s'inscrit dans une longue tradition historique, plongeant ses racines dans le droit romain. De l'avis général, en effet, l'article 6 du code civil, « maxime de tous les temps » selon Portalis (14), constitue lui-même la reproduction pure et simple des fragments empruntés à Ulpien (15), Papinien (16), Dioclétien (17) et Paul (18), ensuite repris sous l'ancien droit, à la faveur de la systématisation de la théorie de l'ordre public réalisée par Domat (19). Ainsi auréolé du prestige de l'histoire, l'alinéa 2 de l'article 16 semblerait presque devoir échapper au commentaire. Du Digeste au projet élaboré par la chancellerie, la continuité serait parfaite. L'expression du droit serait simplement améliorée : tandis que le principe de la liberté contractuelle se déduisait jusqu'ici d'une simple interprétation a contrario de

l'article 6 du code civil, lequel constituait ainsi la double assise de la règle et de l'exception, l'article 16, par la vertu de ses deux alinéas, les distingue désormais formellement.

2 - A la réflexion, pourtant, le texte projeté suscite de sérieuses interrogations. Avant tout, sous l'angle de la méthode législative, la reconnaissance du principe de la liberté contractuelle remet au goût du jour la traditionnelle question de savoir s'il entre dans les missions d'un code de faire oeuvre doctrinale en érigeant en articles de loi les idées cardinales, voire les axiomes d'inspiration philosophique d'une matière juridique donnée (20). Au demeurant, les termes du débat sont assez bien connus qui empruntent généralement la forme alternative suivante : inutile, impropre, voire dangereuse si elle consiste simplement à introduire dans le code des énoncés spéculatifs dépourvus de toute valeur normative ; cette méthode n'est cependant pas toujours à bannir car elle peut ultérieurement se révéler fructueuse lorsque le juge, faisant oeuvre créatrice, choisit d'ériger ces textes en fondement de solutions nouvelles. Au-delà, c'est la force juridique des principes directeurs qui pose difficulté. Cette qualification leur confère-t-elle une valeur supérieure à celles des autres règles du droit des contrats ? La réponse est délicate. D'un côté, il ne suffit pas de qualifier une règle de « principe directeur » pour lui conférer aussitôt une portée supralégislative tant il est vrai que cette notion ne correspond à aucune catégorie juridique proprement dite dans l'échelle verticale de la normativité. Mais, d'un autre côté, une étude approfondie a fort bien montré qu'en droit privé, les principes ont, entre les mains du juge, « une nature belliqueuse et subversive » : « leur action fondamentale consiste en une négation systématique des normes juridiques en vigueur ». « Par essence conflictuel », « le principe agit par nature à l'encontre de la loi » (21). Pour ce faire, le principe n'a guère besoin de la consécration législative mais celle-ci, lorsqu'elle procède à une « surenchère », peut conférer au principe « une dimension que celui-ci n'aurait jamais acquise sous la plume des magistrats » (22). Enfin, si le « principe directeur » n'est pas synonyme de supralégalité au sens de la hiérarchie des normes, ces deux notions peuvent parfaitement coïncider. Tel est justement le cas de la liberté contractuelle, aujourd'hui dotée d'une valeur constitutionnelle, même si la terminologie est en partie trompeuse dans la mesure où, à travers cette expression, le Conseil constitutionnel assure aussi, et peut-être avant tout (23), l'intangibilité du contrat valablement conclu à l'encontre des lois nouvelles (24). Inversement, dans le contentieux des droits fondamentaux, la protection de ce que les privatistes appellent « liberté contractuelle » opère parfois de manière indirecte notamment à travers celle de la liberté d'entreprendre, du droit de propriété ou de la liberté d'association. Quoi qu'il en soit, s'agissant de la liberté contractuelle, la double élévation au rang de « principe directeur » de la règle (al. 1er) et de ses exceptions (al. 2) sur le mode d'une neutralisation réciproque fait douter de la réelle aptitude de cette qualification juridique à entraîner, sous l'angle examiné, une réelle perturbation à l'état actuel des choses.

3 - Mais surtout, contrairement à ce l'on pourrait croire, les apports du texte à la théorie générale de l'ordre public sont réels. Précisément, en modifiant légèrement la tournure actuelle de l'article 6 du code civil, l'article 16, alinéa 2, du projet semble indirectement trancher la controverse récurrente consistant à déterminer si l'ordre public embrasse l'ensemble des limites apportées à la liberté contractuelle. Pour les uns, rappelons-le, les règles impératives ne sont pas toutes d'ordre public : celui-ci se réduit à la sauvegarde des intérêts les plus fondamentaux de la société, ce dont témoignerait la lettre de l'article 6 du code civil, dans la mesure où, dans ce texte, « l'expression « ordre public » « explique » l'interdiction de déroger à la règle » (25) sans se confondre avec elle. Pour les autres, qui délaissent cette approche substantielle demeurée relativement infructueuse malgré l'effort doctrinal fourni en ce sens (26) et qui lui préfèrent une méthode fonctionnelle, l'ordre public marque plus largement de son empreinte toutes les règles impératives et se confond en réalité avec l'ensemble des restrictions posées à l'expression de la volonté individuelle, quelles que soient leurs finalités (27). Or, en remplaçant la formule « on ne peut déroger [...] aux lois qui intéressent l'ordre public » par la tournure concentrée « il ne peut être dérogé [...] à l'ordre public » et en l'érigeant, en guise de contrepoint, en exception au principe de la liberté contractuelle, le texte examiné sous-entend nettement que l'ordre public épuise en son sein l'ensemble des limites apportées à la libre expression de la volonté. Marquant ainsi sa faveur pour la seconde approche, qui offre le mérite de la clarté et de la simplicité, il montre que cette notion ne se caractérise pas tant par son insaisissable contenu que par ses conséquences restrictives vis-à-vis de la liberté individuelle. On ne peut que l'en approuver. Reste que, à cet égard, le projet n'est malheureusement pas exempt de contradiction. En effet, aussitôt évanouie, la distinction des règles impératives et de l'ordre public réapparaît à l'article 88 qui énonce qu' « est illicite le contrat prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs ». Ajoutant encore à la confusion, l'article 91 identifie fort maladroitement nullité absolue et nullité d'ordre public (« la nullité est absolue ou d'ordre public lorsque la règle violée a pour objet l'intérêt général ») alors que, par définition, la nullité relative sanctionne, au même titre que la nullité absolue, la violation d'une règle d'ordre public, c'est-à-dire impérative au sens de l'article 16, alinéa 2 (28).

Dans le prolongement de ces considérations, le maintien de la référence spécifique aux bonnes moeurs dans l'article 16, alinéa 2, peut étonner qui semble lui aussi contredire la vocation tout à fait générale conférée à l'ordre public par ce texte. De fait, le recul des bonnes moeurs en droit positif sous l'effet de la libéralisation des comportements et de la montée en puissance des droits fondamentaux (29) allié à l'aptitude de l'ordre public à incarner, le cas échéant, les exigences imposées aux actes juridiques par la morale sociale auraient pu conduire, dans cet élan de modernisation, à franchir un pas supplémentaire et à éluder toute référence à cette notion. La force de la tradition, qui conduit à distinguer l'immoral de l'illicite, ainsi que l'existence de sanctions spécifiques au contrat immoral sur le terrain des restitutions ont sans doute emporté la conviction. Néanmoins, de ce dernier point de vue, l'on

peine une nouvelle fois à saisir la cohérence du projet qui, dans la section 4 (« La licéité du contrat ») du chapitre VI (« Validité »), semble supprimer l'enjeu de la distinction de l'illicite et de l'immoral. En effet, tandis qu'au stade des définitions l'article 88 du projet - on vient de le voir - inclut l'espèce du contrat immoral dans le genre du contrat illicite, ce qui n'est guère satisfaisant, l'article 89, alinéa 2, prévoit ensuite que « celui qui a sciemment contrevenu à l'ordre public ou aux bonnes moeurs peut se voir refuser toute restitution », élargissant ainsi sensiblement le domaine de la règle *nemo auditur...* jusqu'ici limitée aux contrats annulés pour cause d'immoralité. A tous ces égards, donc, le texte mériterait d'être sensiblement amélioré. Il serait regrettable de perdre l'occasion de clarifier des notions aussi fondamentales. Aussi convient-il à notre avis de définir l'ordre public en la matière par sa seule fonction, c'est-à-dire par son effet restrictif à l'égard de la liberté contractuelle, indépendamment de son contenu, ainsi que le fait l'article 16, alinéa 2, et de supprimer les occurrences dans lesquelles cette expression est employée pour désigner autre chose.

4 - Quoi qu'il en soit, ce qui frappe plus particulièrement à la lecture de l'article 16, alinéa 2, du projet, c'est l'économie que les rédacteurs ont cru devoir faire de la référence à la loi. Tandis que l'article 6 du code civil interdit de déroger « aux lois qui intéressent l'ordre public » et fait ainsi de l'ordre public un caractère de la loi, le texte envisagé prohibe directement de déroger à « l'ordre public ». Comment expliquer la déconnexion opérée par rapport à la loi ? La raison qui vient le plus immédiatement à l'esprit est très simple : il s'agit sans doute de reconnaître, à rebours de ce que l'on enseignait au XIXe siècle, que le soin de définir les frontières de la liberté contractuelle n'incombe pas exclusivement au législateur et de consacrer ainsi l'existence, à côté de l'ordre public dit « textuel », d'un ordre public « virtuel », à la disposition du juge. Ainsi analysée, l'avancée réalisée n'apparaît cependant guère spectaculaire tant il est vrai que, dès la fin des années 1920, la Cour de cassation a rompu solennellement avec la conception légaliste de l'ordre public et reconnu au juge le pouvoir de déclarer contraire à l'ordre public un contrat ou une clause qu'aucun texte ne prohibe (30). En somme, à suivre cette approche, l'article 16, alinéa 2, du projet se bornerait modestement à mettre la lettre du code en conformité avec le droit positif en tirant les leçons de la contribution de la jurisprudence au jeu de l'ordre public.

Cependant, une autre interprétation, plus stimulante, est également envisageable. Ce contexte prometteur, qui invite d'abord à mettre au jour les forces de l'article 16, alinéa 2, du projet élaboré par la chancellerie (I), rend d'autant plus regrettables certaines insuffisances du texte, ce qui conduit ensuite à proposer, sous l'angle examiné, de remédier à ces faiblesses (II).

- | -

5 - Cette voie alternative consiste à considérer qu'en éludant la référence aux « lois qui intéressent l'ordre public », l'article 16, alinéa 2, éradique purement et simplement

l'argument textuel habituellement invoqué au soutien de la représentation traditionnelle des rapports de la liberté contractuelle et des règles de droit. Ce faisant, elle autorise à croire en un renouvellement profond de leur compréhension. Pour mieux le comprendre, il convient préalablement de rappeler que, de l'avis général, l'article 6 du code civil constitue le fondement d'une *summa divisio* au sein des lois au sens large. Cette distinction, qui est celle des règles impératives et des règles supplétives, résulte d'une interprétation *a contrario* directement suggérée par les termes de l'article 6 : en défendant expressément aux sujets de droit de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs, ce texte permet implicitement mais nécessairement qu'il soit dérogé aux règles qui n'appartiennent pas à cette catégorie et que l'on qualifie couramment de supplétives de volonté. Issu de la logique formelle, ce raisonnement « par antinomie des contraires » (31) est constamment mené depuis 1804. Mieux, puisant directement sa source dans le droit romain dont les enseignements, respectueusement transmis au fil des siècles, seraient parvenus intacts jusqu'à nous, cette classification harmonieuse, ainsi dotée d'une valeur atemporelle, exprimerait une vérité consubstantielle au droit lui-même (32).

D'une manière tout aussi traditionnelle, l'on en déduit deux conséquences distinctes mais complémentaires. En premier lieu, la règle supplétive serait la seule traduction normative de la liberté individuelle à l'égard de l'application des règles de droit. Expression, dans le champ des normes, de la liberté individuelle, elle constituerait le principe, spécialement en matière contractuelle. Par contraste, parce qu'elle incarne l'ordre public, la règle impérative, conçue comme une exception, serait radicalement soustraite à l'emprise de la volonté individuelle à laquelle elle ne laisserait jamais aucune place. Dans cette perspective, ces deux catégories de normes seraient entièrement impénétrables et il n'y aurait aucune place entre la liberté et l'autorité. En second lieu, la liberté de modifier, d'atténuer, de renforcer ou de supprimer la solution supplétive édictée par l'ordre juridique serait absolue. De fait, dans la mesure où l'article 6 du code civil formule une interdiction sans nuance de déroger aux dispositions d'ordre public, il conduit symétriquement à considérer que les contractants jouissent d'une liberté illimitée en présence de règles supplétives. Plus encore, par faveur pour la liberté, ces dispositions constitueraient même une invitation à l'expression de la volonté individuelle et à l'éviction de la loi. En définitive, conjuguant simplicité et élégance, l'interprétation traditionnelle forgée à partir de l'article 6 du code civil obéit à une logique en forme de « tout ou rien », dont la clarté contribue à assurer son rayonnement.

6 - Par contraste, en privant cette vision classique de l'assise textuelle qui la justifie, la nouvelle rédaction proposée par la chancellerie offre de s'évader de l'état réducteur auquel conduit en la matière le raisonnement *a contrario* et laisse entrevoir la possibilité d'une autre représentation, plus subtile et plus nuancée mais aussi plus exacte, des rapports de la liberté individuelle et de l'application des règles de droit. De l'article 16, alinéa 2, peut en effet se déduire que la distinction des règles

supplétives et impératives ne recouvre pas exactement l'opposition de la liberté et de la contrainte et que, si l'ordre public fait bien obstacle à l'expression de la volonté, c'est en vertu de cette règle simple, à laquelle l'article 16, alinéa 2, peut se réduire, selon laquelle les conventions ne peuvent, sans heurter l'ordre public, violer les lois, toutes les lois, sans distinction entre elles. Pratiquement, cette approche présenterait trois séries d'avantages.

7 - Premièrement, elle permettrait de mettre en évidence qu'« il y a des degrés dans la liberté » (33) et que, à bien des égards, les règles impératives peuvent, elles aussi, être le lieu de l'expression de la volonté et des préférences particulières. Dans ces situations, l'ordre public ne fait pas obstacle à ce que la liberté individuelle, dont les formes sont multiples, s'épanouisse malgré le caractère impératif de la règle de droit considérée. Les illustrations en sont variées. On en retiendra deux.

Premier exemple : la règle impérative n'interdit pas que les individus puissent librement abdiquer les droits, qualifiés d'ordre public mais considérés comme disponibles, qu'elle a fait naître à leur profit. Sans doute cette forme de liberté, circonscrite au renoncement, est-elle bien distincte de celle dont jouissent les particuliers en présence de règles supplétives, ce qui justifie au demeurant que la disposition en cause n'acquière pas ce caractère. Dans un cas, l'individu décline modestement la faveur de la loi lorsqu'il est mesure de la revendiquer ; dans l'autre, il fait oeuvre d'imagination créatrice, définissant lui-même, en amont, le contenu de son engagement. Mais, par la souplesse qu'elle introduit dans le processus de mise en oeuvre du droit, la renonciation, analysée comme telle dès l'ancien droit, n'en constitue pas moins une manifestation particulière de la liberté individuelle à l'égard des règles de droit.

Second exemple : soucieux de flexibilité, le législateur reconnaît parfois la faculté de déroger à une règle pleinement impérative. Dans cette hypothèse, les sujets de droit sont autorisés à substituer à la norme en principe applicable une réglementation individuelle distincte dont la loi fixe autoritairement les contours. Ainsi en va-t-il notamment de ce que les spécialistes du droit du travail appellent l'« ordre public supplétif », cette expression apparemment contradictoire désignant les dispositions législatives, particulièrement nombreuses en matière de temps de travail, qui consacrent la liberté de déroger à la loi dans un sens éventuellement défavorable au salarié, dans une mesure et à des conditions elles-mêmes fixées impérativement par la loi. Sans doute la liberté ainsi offerte par la règle impérative ne se confond-elle pas avec celle que procure spécialement la règle supplétive, ce qui démontre à nouveau que la règle considérée demeure bien impérative : restriction du champ des possibles et simple liberté de choisir une solution « prêt-à-porter » dans le premier cas ; exaltation de l'imagination individuelle et liberté de principe de façonner une solution « sur-mesure » dans le second. En d'autres termes, si la règle supplétive confère effectivement une forme spécifique de liberté, irréductible aux autres, la règle impérative n'interdit pas nécessairement aux sujets de droit de « faire autrement ».

L'article 16, alinéa 2, du projet l'exprime à sa manière, pour peu que l'on accepte d'y lire que les conventions qui usent de la liberté contractuelle octroyée par les règles impératives ne heurtent pas l'ordre public.

8 - Deuxièmement, et de manière réciproque, cette interprétation de l'article 16, alinéa 2, permettrait de reconnaître que la liberté de principe dont jouissent les individus en présence de règles supplétives n'est pas toujours absolue. De fait, bien souvent, la règle supplétive ne constitue pas un pis-aller applicable faute de mieux, exaltant la volonté individuelle, mais, au contraire, un modèle à reproduire, une normalité conçue comme idéale, sans être inéluctable, représentant les valeurs auxquelles l'ordre juridique manifeste son attachement en les érigeant en devoir-être et dotées, comme telles, d'une certaine force de résistance à l'égard de la volonté individuelle. De ce phénomène diffus et sous-jacent, les manifestations sont variées. Signe de l'imbrication des règles supplétives et impératives dans une situation juridique donnée, les conditions de fond ou de forme qui sont parfois imposées à l'expression de la volonté contraire en témoignent qui traduisent à leur façon une certaine réserve ou, du moins, une réelle prudence à l'encontre des arrangements dérogatoires. On songe, par exemple, au droit viager au logement du conjoint survivant dont la privation, quoique licite, est subordonnée au respect de conditions exigeantes ou encore à l'interdiction faite aux époux de modifier en cours de régime et en dehors des formes imposées les règles supplétives du régime légal. Dans un autre registre, la sévérité dont les tribunaux font preuve dans l'admission ou l'interprétation de certaines clauses dérogatoires, notamment en matière de bail ou de clauses résolutoires de plein droit, traduit une réelle hostilité à l'égard des stipulations par lesquelles les contractants entendent s'éloigner de l'ordre légal supplétif. De manière différente, à l'image de la voie empruntée par les droits germaniques qui n'ont pas hésité à attribuer ouvertement aux dispositions supplétives une fonction de « modèle et d'ordre » en matière de conditions générales d'affaires afin de stigmatiser les clauses manifestement incompatibles avec le contenu normalement assigné au contrat par l'ordre juridique, la règle supplétive est à même de remplir une fonction directrice, par laquelle la solution édictée à titre supplétif peut se trouver réintégrée à l'encontre de la volonté individuelle exprimée lorsque celle-ci, franchissant un seuil inacceptable, porte atteinte aux valeurs essentielles dont la règle supplétive est elle-même le reflet. Ainsi, en matière de lutte contre les clauses abusives, les dispositions supplétives sont-elles souvent érigées en critère d'appréciation du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Dans ces situations, la règle de droit demeure bien supplétive : opérant à la marge, par retranchement des choix accessibles à la volonté individuelle, elle n'exclut pas que les individus conservent, dans ce périmètre, une liberté de principe de définir le contenu de leurs engagements. A cet égard, la nouvelle rédaction de l'article 16, alinéa 2, est encourageante : à l'avenir, c'est sur la base de ce texte que la fonction directrice de la règle supplétive, peu systématisée en France, pourrait plus ouvertement prospérer en droit positif. En d'autres termes, c'est sur le fondement et au nom de l'ordre public qu'une stipulation contractuelle pourrait être stigmatisée

lorsqu'elle apparaît manifestement incompatible avec la règle supplétive qu'elle prétend écarter. Sanctionner de telles violations des règles de droit, dont l'ordre juridique ne peut totalement se désintéresser, ce serait, ainsi que Saleilles l'avait proposé dès 1901, mettre au jour la « raison d'ordre public » susceptible d'animer la règle supplétive, une raison « non pas qui soit telle qu'on ne doive permettre aucune disposition contraire, mais qui, du moins, tout en admettant des dérogations [...] doive rester la règle générale » (34).

9 - Troisièmement, la dimension ainsi conférée à l'article 16, alinéa 2, aurait le mérite de renouer avec les enseignements livrés par l'histoire. Car, contrairement à ce qui est couramment affirmé, la distinction des règles supplétives et impératives ne façonne pas les univers conceptuels du droit romain et de l'ancien droit : elle n'y livre pas, sur le mode binaire de l'opposition du permis et de l'interdit, la clé des rapports de la liberté individuelle et des règles de droit (35). Aux yeux du droit romain, ce sont toutes les règles de droit, y compris celles destinées à suppléer la volonté, auxquelles il est prohibé de faire échec en y dérogeant : dans les maximes dont l'article 6 du code civil constitue la reproduction, le *jus publicum* - traduit en 1804 par la formule « ordre public » - désigne en réalité l'ensemble des dispositions formant le droit positif et la dérogation à la loi n'est autre que la violation de celle-ci. Toutes les règles de droit la prohibent donc sans distinction. Pour sa part, une fois restaurée l'autorité de la règle de droit à l'encontre du pouvoir exorbitant que s'était attribué la volonté individuelle à l'époque féodale, l'ancien droit se caractérise, sous l'angle examiné, par de nombreuses hésitations et incertitudes. Sous l'effet de l'interprétation créatrice des jurisconsultes, qui tenteront d'adapter les sources romaines aux besoins de leur temps, la dérogation à la règle ne désigne plus dans ces maximes la violation de celle-ci mais l'expression, considérée comme valable, de la volonté individuelle. Cependant, dans leurs travaux, qui inspireront les rédacteurs du code civil, les règles auxquelles on peut « déroger », au sens des fragments dont l'article 6 du code civil porte l'héritage, ne se limitent aucunement aux seules règles dites supplétives et embrassent plus largement toutes les dispositions, y compris celles prescrites à peine de nullité, poursuivant un intérêt privé et, comme telles, susceptibles de renonciation. De cette double tradition, les travaux préparatoires du code civil ont conservé le témoignage dont la lecture révèle que l'adoption de l'article 6 du code civil a donné lieu à de vives discussions. En vérité, c'est la pensée juridique moderne qui, séduite par la logique du raisonnement *a contrario* que la lettre du texte semblait suggérer, confèrera à l'article 6 une portée systématique que l'histoire ne lui avait jamais attribuée. L'article 16 du projet de réforme, tant par sa structure que par sa rédaction, offre aujourd'hui l'occasion de la dépasser. On ne peut que s'en féliciter. Toutefois, sous l'angle examiné, le texte proposé n'échappe pas totalement à la critique.

- II -

10 - Deux reproches peuvent être adressés à la version actuelle de l'article 16, alinéa 2, du projet.

Le premier tient à la place de la règle dans le code civil. En toute rigueur, l'adoption du projet de réforme devrait emporter l'abrogation de l'actuel article 6 du code civil dans le souci d'éviter la redondance. En conséquence, l'interdiction faite aux sujets de droit de conclure des actes contraires à l'ordre public serait déplacée du titre préliminaire du code civil, lequel serait réduit à cinq articles, au chapitre II (« Principes directeurs ») du sous-titre I (« Le contrat ») du titre III (« Les obligations ») (36) du livre III du code (« Des différentes manières dont on acquiert la propriété »). Or, cette relégation de la règle au sein d'une rubrique spécifique et ultérieure suscite des regrets que son élévation formelle au rang de « principe directeur » ne suffit pas à effacer, et ce pour deux raisons. La première tient à la valeur et au rôle du titre préliminaire du code civil. Point n'est besoin de rappeler que ce titre préliminaire, intitulé « De la publication, des effets et de l'application des lois en général », est ce qui subsiste de l'ambitieux livre préliminaire (« Du droit et des lois en général ») initialement proposé par Portalis à l'occasion du projet de l'an VIII et jugé trop spéculatif par les tribunaux appelés à donner leur avis sur le projet. Réduites à l'essentiel mais valables en toute matière, les règles prescrites au seuil du code civil par le titre préliminaire sont dotées d'une forte valeur symbolique et d'une portée tout à fait générale, dépassant non seulement le droit commun des contrats, mais franchissant aussi les frontières du code civil lui-même pour s'adresser à l'ensemble du droit positif. Sans doute faut-il nécessairement conclure un contrat pour que la question des limites à la liberté contractuelle vienne à se poser, ce qui milite a priori en faveur du choix effectué par le projet. Mais, à notre avis, l'objection ne suffit pas. Tenant lieu de préambule relatif aux règles de droit elles-mêmes, sorte de « droit sur le droit », les dispositions réunies dans ce titre préliminaire transcendent les disciplines particulières et révèlent, par leur allure universelle et leur caractère premier, la cohérence d'ensemble du système juridique, ce que ne permet pas le texte projeté. La seconde raison réside en ceci que ce déplacement au sein du code civil s'accompagne d'un changement de perspective prenant pour point de départ de l'analyse de l'articulation entre les nécessités de l'ordre social et les facultés personnelles du sujet non plus la règle de droit en général mais, à travers le contrat, l'acte particulier (37). Subrepticement, à la faveur de cette modification, la question résolue par le texte n'est plus tant celle de déterminer l'autorité du droit en tant que mode de régulation des rapports sociaux que de définir, suivant un individualisme méthodologique accru, le pouvoir de la volonté individuelle envisagée isolément. A tous ces égards, il apparaît donc nécessaire de maintenir à sa place actuelle la règle, si générale par son champ d'application et si essentielle à la compréhension des rapports de l'individu et de la société, selon laquelle les conventions ne peuvent, sans heurter l'ordre public, violer la loi. Cet objectif pourrait être aisément satisfait par le jeu d'un simple renvoi (38).

11 - Le deuxième est relatif à l'emploi du verbe « déroger » dans l'article 16, alinéa 2, du projet. Outre qu'elle n'est pas des plus élégantes, la formule « déroger à l'ordre public et aux bonnes moeurs » est de nature à entraîner d'importantes confusions,

qui tiennent à la grande variété de sens de ce terme (39). Précisément, sous l'angle examiné, le verbe « déroger » employé à l'article 6 du code civil peut être compris de deux manières très différentes, également présentes dans le discours juridique. Suivant une première acception, dont on a déjà rappelé qu'elle était celle retenue en droit romain, la dérogation renvoie à l'idée d'une « transgression du droit existant » (40). Ici, déroger signifie « échapper », « contrevenir », « se soustraire », « se dérober » et finalement « violer ». Dans cette perspective, « déroger à une loi par des conventions particulières, [...] c'est établir un état de choses qu'elle défend ; c'est, en un mot, désobéir [...] à la loi » (41). Aussi est-ce bien pour interdire de telles stipulations contraires que le législateur prohibe parfois formellement de « déroger » à telle ou telle disposition (42). Selon toute vraisemblance, s'agissant de fixer les limites de la liberté contractuelle, c'est également en ce sens que l'article 16, alinéa 2, l'emploie. Cependant, selon une seconde acception, héritée de l'interprétation des jurisconsultes de l'ancien droit, la dérogation ne désigne plus la violation systématiquement prohibée d'une règle de droit mais l'expression, considérée comme pleinement valable lorsque la règle correspondante l'admet, d'une volonté contraire. Ainsi en va-t-il d'un testament qui « déroge » aux règles de la succession ab intestat, d'un contrat de mariage qui « déroge » aux règles de la communauté légale ou d'un contrat de vente qui « déroge » au régime légal de ce contrat. De fait, c'est à cette fin que certains textes du code civil reconnaissent expressément aux particuliers la faculté de « déroger » à une règle donnée (43). Autrement dit, le mot « dérogation » et ses dérivés désignent couramment tout à la fois un acte nul parce qu'il méconnaît la loi qu'il prétend éluder et un acte valable parce que la loi qu'il entend écarter l'autorise. Dans ces conditions, il serait regrettable de ne pas saisir l'occasion de remédier à ces approximations de langage, à l'origine de fausses analyses (44), et d'énoncer clairement que ce que la Loi réprovoque, ce sont les conventions qui, portant ainsi atteinte à l'ordre public, violent les lois.

### **Article 1102**

Du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché. »

**Cass. civ. 3ème, 12 juin 2003, 02-10778**

« Sur le premier moyen :

Vu l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, et l'article 4 de la loi du 1er juillet 1901 ;

Attendu que toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts ; que l'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui, et que le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat ;

Attendu que tout membre d'une association qui n'est pas formée pour un temps déterminé peut s'en retirer en tout temps, après paiement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nîmes, 30 octobre 2001), que la société Arlatex, preneuse à bail d'un local situé dans un centre commercial, a assigné son bailleur, la société Les Marguerites, en restitution des cotisations qu'elle avait versées au titre de son adhésion à l'association des commerçants du centre en arguant de la nullité de l'article 16 du bail qui oblige le preneur à adhérer à cette association et à maintenir son adhésion pendant toute la durée du bail et de ses renouvellements successifs ;

Attendu que pour débouter la société Arlatex de sa demande, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que le locataire ne peut se soustraire à une obligation conventionnellement acceptée par la signature du bail, cet engagement libre rendant inopérant le moyen tiré de nullité de la clause litigieuse et qu'il n'apparaît pas que le preneur ait de quelque façon été contraint d'adhérer à l'association des commerçants et qu'il n'a depuis cette adhésion jamais sollicité de s'en retirer ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association des commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 octobre 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Nîmes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier ;