

Dumay

Contrats et droits fondamentaux

I. Liberté contractuelle et droits fondamentaux

A. La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Aux yeux du Conseil constitutionnel, la liberté contractuelle n'a pas une valeur constitutionnelle en soi. Si certains auteurs s'efforcèrent de trouver dans la jurisprudence de la haute institution des indices permettant d'envisager un assouplissement, au moins progressif, de cette fin de non-recevoir<sup>1</sup>, et malgré les demandes répétées des parlementaires au Conseil constitutionnel de déclarer non-conforme au principe (constitutionnel ?) de la liberté contractuelle certaines dispositions législatives y portant atteinte, selon eux, le Conseil constitutionnel persista dans son refus de reconnaître une valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle (1). Toutefois, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il peut être observé qu'à défaut de pouvoir bénéficier d'une protection pleine et entière par la reconnaissance de son rang constitutionnel, la liberté contractuelle est susceptible d'être mise à l'abri des excès du législateur (2).

1 / L'absence de valeur constitutionnelle

Dans une décision du 3 août 1994<sup>2</sup>, le Conseil constitutionnel affirmait qu'« aucune norme constitutionnelle ne garantit le principe de liberté contractuelle », position qu'il confirmait dans une décision du 20 mars 1997<sup>3</sup> en énonçant que « le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle, de même d'ailleurs qu'il ne résulte ni de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni d'aucune autre norme de valeur constitutionnelle un principe constitutionnel dit de l'autonomie de la volonté ».

Les raisons du refus de reconnaître valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle semblent pouvoir s'expliquer<sup>4</sup> ; D'une part, il ne peut être trouvé dans les normes constitutionnelles aucune référence directe à cette liberté, d'autre part, parce que de très nombreuses lois ont porté atteinte à la liberté contractuelle antérieurement au Préambule de la Constitution de 1946, et parce que le Conseil constitutionnel ne voit toujours pas dans le Code civil une loi de la Ière République<sup>5</sup>, il est alors pour le moins difficile de considérer cette liberté comme un « principe fondamental reconnu par les lois de la République ». De plus, il apparaît que le droit des contrats est très largement marqué par l'intervention du législateur, dès lors qu'un intérêt général est en cause. C'est ce qu'a confirmé le Conseil constitutionnel dans la décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995<sup>6</sup> en « considérant qu'il est loisible au législateur, dans un but d'intérêt général, de modifier, d'abroger ou de compléter des

---

<sup>1</sup> Ph. TERNEYRE, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, P.U.G., 1993, pp. 473-486.

<sup>2</sup> C.C. 94-348 DC du 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés*, RFDC 1994, p. 832, obs. P. Gaïa ; JCP 1995. II. 22404, note Y. Broussolle.

<sup>3</sup> C.C. 97-388 DC du 20 mars 1997, *Loi relative aux fonds de pension*, RFDC 1997, p. 333, obs. L. Favoreu ; Dr. soc. 1997, p. 476, étude de X. Prétot.

<sup>4</sup> L. FAVOREU, RFDC 1997, p. 333.

<sup>5</sup> C.C. 89-254 DC du 4 juillet 1989, Rec. p. 41

<sup>6</sup> C.C. 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, RFDC 1995, p. 389, obs. J. Trémeau, J. Pini et F. Mélin-Soucramanien ; LPA 1995, n° 126, p. 8, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; RFDA 1995, p. 876, note D. Rousseau

dispositions qu'il a antérieurement prises, dès lors qu'il ne méconnaît pas des principes ou des droits de valeur constitutionnelle (et) que le fait que de telles modifications entraînent des conséquences sur des conventions en cours conclues en application de dispositions législatives antérieures n'est pas en lui-même de nature à entraîner une inconstitutionnalité ».

Si la liberté contractuelle n'a pas valeur constitutionnelle, il semble nécessaire de s'interroger sur sa valeur juridique.

Il n'a jamais été contesté que la liberté contractuelle ait toujours été à la base du droit français des obligations, dès lors il était logique que l'article 34 de la Constitution ait réservé au seul Parlement la faculté de « déterminer les principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales ». Cette disposition constitutionnelle invite à considérer que le législateur dispose d'une compétence exclusive pour intervenir sur le terrain de la liberté contractuelle et réglementer cette dernière. Ainsi, il a été reconnu que la loi pouvait, sans méconnaître la Constitution :

- apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, voire imposer des règles de droit avec effet rétroactif, car « la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait être regardée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République »<sup>7</sup>
- prévoir des cas d'obligation de contracter ou, à l'inverse, limiter ou interdire la possibilité de conclure une convention ;
- valider des contrats de droit privé (tout un ensemble de contrats d'emprunts, par exemple) ou de droit public (conventions médicales, convention relative à la construction et à l'exploitation du Grand Stade) ;
- subordonner la faculté de contracter à l'obtention d'une autorisation administrative préalable ;
- restreindre ou imposer le choix d'un cocontractant ou l'insertion de telle ou telle clause ;
- autoriser l'une des parties à résilier unilatéralement la convention pour un motif d'intérêt général<sup>8</sup>.

La liberté contractuelle n'a donc pas valeur constitutionnelle, mais seulement valeur législative. Toutefois, la question s'est posée de savoir si cette compétence exclusive du législateur visait indifféremment les contrats de droit privé et les contrats de droit public ou, en d'autre terme, si la liberté contractuelle avait valeur législative à la fois en droit privé et en droit public. En effet, en ne mentionnant que les obligations « civiles et commerciales », l'article 34 de la Constitution n'écarterait-il pas de son champ d'application les obligations « administratives » ? Si tel était le cas, le pouvoir réglementaire pourrait redevenir compétent pour statuer sur la liberté contractuelle des parties à un contrat de droit public. En fait, s'agissant des contrats administratifs des collectivités locales, le principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales impose que le régime juridique de ces contrats

---

<sup>7</sup> C.C. 89-254 DC du 4 juillet 1989, Rec., p. 41

<sup>8</sup> C.C. 84-185 DC du 18 janv. 1985, *Loi portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*, Rec., p. 36 – C.C. 94-346 DC du 21 juill. 1994, *Constitution de droits réels sur le domaine public*, Rec., p. 96 : dans cette décision, la faculté de résiliation par l'administration d'un titre d'occupation privative du domaine public de l'Etat est même une des conditions de la constitutionnalité de la loi conférant des droits réels à l'occupant.

soit fixé par la loi<sup>9</sup>. Quant aux contrats administratifs de l'Etat, il paraît difficilement concevable d'en fixer les principes fondamentaux sans avoir recours à la loi<sup>10</sup>.

Cependant, il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que si la liberté contractuelle ne se voit pas reconnaître en elle-même valeur constitutionnelle, celle-ci n'est pas laissée au bon vouloir du législateur. En effet, à défaut d'être une liberté de rang constitutionnel, la liberté contractuelle ne bénéficie pas moins d'une protection contre les éventuels excès du législateur.

## 2 / La liberté contractuelle face aux excès du législateur

Si la violation du principe de liberté contractuelle ne peut être invoqué devant le Conseil constitutionnel, il n'en demeure pas moins, au regard de la jurisprudence du Conseil, que la méconnaissance du principe peut être invoquée devant lui dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis.

C'est ainsi, par exemple, que le législateur doit respecter :

- la liberté contractuelle des époux, pour ne pas dénaturer la liberté du mariage qui est une des composantes de la liberté individuelle<sup>11</sup> ;
- la liberté contractuelle des propriétaires d'exploitations agricoles, pour ne pas dénaturer le droit de propriété<sup>12</sup> ;
- la liberté contractuelle des employeurs qui, responsables de l'entreprise, doivent pouvoir en conséquence choisir leurs collaborateurs<sup>13</sup> ou celle des entreprises, en matière de publicité de leurs produits<sup>14</sup>, pour ne pas porter atteinte à la liberté d'entreprendre ;
- la liberté contractuelle des membres d'une association, pour ne pas porter atteinte à la liberté d'association<sup>15</sup> ;
- la liberté contractuelle des écoles privées liées à l'Etat par contrat, pour ne pas mettre en cause la liberté d'enseignement<sup>16</sup> ;
- la liberté contractuelle des collectivités locales, en matière notamment de durée des délégations de service public qu'elles sont amenées à conclure, pour ne pas porter atteinte à la libre administration des collectivités locales<sup>17</sup>.

Dès lors, la doctrine s'est demandée s'il ne conviendrait pas d'aller plus loin et de reconnaître finalement une valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle ? Ainsi, pour le Professeur Philippe Terneyre<sup>18</sup>, il conviendrait de faire en sorte que la puissance publique, par l'intermédiaire de la loi, ne puisse décider de porter atteinte dans n'importe quelles conditions

---

<sup>9</sup> Sous réserve, toutefois, d'une large place laissée au règlement dans le cas des marchés publics. En effet, le Conseil d'Etat a jugé, en Assemblée, que si la fixation des règles de passation et d'exécution des marchés publics des collectivités locales relève de la compétence du législateur, le pouvoir réglementaire peut néanmoins fixer lui-même ces règles s'il dispose d'une habilitation législative en ce sens et à la condition que cette habilitation soit valide. Sur ce point, v. C.E. Ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, AJDA 2003, p. 718, chron. F. Donnat et D. Casas.

<sup>10</sup> C'est ce qui explique en partie que la réforme du Code (réglementaire) des marchés publics en 2001 puis en 2004 n'a pas eu l'ampleur attendue.

<sup>11</sup> C.C. 93-325 DC du 13 août 1993, Rec. p. 224.

<sup>12</sup> C.C. 84-172 DC du 26 juillet 1984, Rec. p. 58 – 85-189 DC du 17 juillet 1985, Rec. p. 49.

<sup>13</sup> C.C. 88-224 DC du 20 juillet 1988, Rec. p. 119.

<sup>14</sup> C.C. 90-283 DC du 8 janvier 1991, Rec. p. 11.

<sup>15</sup> C.C. 71-44 DC du 19 juillet 1971, Rec. p. 29.

<sup>16</sup> C.C. 84-185 DC du 18 janvier 1985, Rec. p. 36.

<sup>17</sup> C.C. 93-136 DC du 20 janvier 1993, Rec. p. 14.

<sup>18</sup> Ph. TERNEYRE, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? – Le point de vue constitutionnel », AJDA 1998, pp. 667-672

et à tout moment à l'autonomie de la volonté des parties contractantes car il peut advenir que certaines interventions législatives dans la vie des contrats soient susceptibles de poser des problèmes de nature constitutionnelle, indépendamment de la mise en cause de droits ou principes classiques à valeur constitutionnelle<sup>19</sup>. Cependant, si la liberté contractuelle devait recevoir une consécration constitutionnelle, il importerait de la concevoir comme une norme de valeur constitutionnelle de « second rang », c'est-à-dire en retrait par rapport à d'autres droits fondamentaux. Autrement dit, elle serait interprétée « en fonction de l'évolution qui, postérieurement à 1804 et jusqu'à nos jours, a caractérisé ses finalités et ses conditions d'exercice, s'agissant en particulier de ses multiples limitations exigées par l'intérêt général »<sup>20</sup>. Dans ces conditions, seules des immixtions législatives manifestement excessives pourraient être considérées comme des dénaturations de la liberté contractuelle susceptibles d'être déclarées non conformes à la Constitution.

Toutefois, le Conseil constitutionnel semble avoir infléchi sa jurisprudence. Sans pour autant ériger la liberté contractuelle en norme constitutionnelle, il semble s'être doté aujourd'hui de moyens lui permettant déjà d'assurer « un subtil équilibre entre la nécessaire latitude d'action du législateur dans le droit et la vie des contrats et la sécurité juridique à laquelle les parties aux contrats librement conclus ont droit »<sup>21</sup>. En effet, dans la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998<sup>22</sup>, le Conseil constitutionnel a jugé que « le législateur ne saurait porter 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 ». Il est ainsi désormais possible, pour le Conseil constitutionnel, de déclarer non conforme à la Constitution toute dénaturation de la part du législateur des contrats en cours légalement conclus ; Et cela, sans avoir besoin de constitutionnaliser la liberté contractuelle, sauf à voir dans le principe de liberté de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (...) ») le fondement même de la liberté contractuelle...

## B. La liberté contractuelle dans la jurisprudence des juges ordinaires.

De façon complémentaire et parfaitement cohérente, Conseil constitutionnel et juridictions ordinaires, tant administrative (1) que judiciaires (2) ont clarifié et conforté la place de la liberté contractuelle dans la hiérarchie des normes.

### 1. La liberté contractuelle dans la jurisprudence administrative.

A la suite du Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat a dû s'interroger sur la valeur normative de la liberté contractuelle. Dès lors, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat

---

<sup>19</sup> A titre d'exemple, Philippe TERNEYRE expose le cas de lois « transmutant une norme contractuelle en une norme législative » ; « figeant la durée et le contenu d'une convention préexistante sans que les parties contractantes puissent, par un avenant, en modifier par la suite les stipulations » ; « imposant aux parties contractantes la présence d'un nouveau cocontractant » ; « autorisant une autorité administrative ou professionnelle à intervenir dans la vie d'un contrat sans garanties juridictionnelles appropriées ». Ph. TERNEYRE, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? – Le point de vue constitutionnel », AJDA 1998, p. 671

<sup>20</sup> Ph. TERNEYRE, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? – Le point de vue constitutionnel », AJDA 1998, p. 670

<sup>21</sup> Ph. TERNEYRE, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? – Le point de vue constitutionnel », AJDA 1998, p. 672

<sup>22</sup> C.C. 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi relative à la réduction du temps de travail*, AJDA 1998, p. 540 et p. 495, comm. J.-E. Schoettl.

sur le sujet que si, le législateur est bien seul compétent pour apporter des limitations à la liberté contractuelle (a), les dispositions légales qui dérogent au principe de la liberté contractuelle doivent être interprétées strictement (b).

a. La liberté contractuelle, principe général du droit.

A l'instar du Conseil constitutionnel qui considère que la liberté contractuelle n'est pas de niveau constitutionnel, le Conseil d'Etat estime qu'elle fait partie des principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales dont la détermination est réservée au législateur<sup>23</sup>. Dès lors, seul le législateur est compétent pour lui apporter des limitations.

Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que la liberté contractuelle est un principe général du droit auquel les autorités administratives ne peuvent, sans habilitation expresse du législateur, porter atteinte<sup>24</sup>.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a prolongé la jurisprudence du Conseil constitutionnel en jugeant que lorsqu'il est dérogé à la liberté contractuelle par une disposition législative, il convient alors d'interpréter strictement cette disposition afin d'en limiter la portée à ce qui est très exactement prévu.

b. L'interprétation stricte des dispositions légales qui dérogeant au principe de la liberté contractuelle.

Dans un arrêt du 28 janvier 1998, la Section du contentieux du Conseil d'Etat s'est refusée à considérer qu'une disposition législative interdisant les clauses d'irresponsabilité pouvait être interprétée comme interdisant les clauses aménageant ou limitant la responsabilité du cocontractant<sup>25</sup>. En effet, il a été jugé dans cet arrêt que les dispositions légales invoquées en l'espèce, « qui dérogent au principe de la liberté contractuelle, doivent être interprétées strictement ; que, ne visant expressément que les clauses par lesquelles une collectivité locale renonce à exercer une action en responsabilité, elles ne s'appliquent pas aux clauses qui se bornent à prévoir un aménagement ou une limitation de la responsabilité du cocontractant ; qu'il n'en irait autrement que dans le cas de clauses qui, tout en se présentant comme prévoyant seulement un aménagement ou une limitation de la responsabilité, auraient un contenu et une portée dont le rapprochement avec les autres éléments pertinents de l'économie du contrat feraient apparaître qu'elles auraient été conçues pour produire un effet voisin de celui d'une clause de renonciation ».

Dans cet arrêt le Conseil d'Etat manifeste son attachement à la liberté contractuelle puisque la démarche suivie par la section du contentieux est fondée sur « le principe de la liberté contractuelle » des collectivités locales et sur le principe corrélatif de l'interprétation stricte des lois qui la réduisent ou la suppriment. Si les clauses de renonciation totale à la responsabilité contractuelle restent prohibées et si, à cet égard, une telle interdiction est toujours d'ordre public, il en va différemment pour les clauses simplement limitatives de la responsabilité (ici des constructeurs) ou pour les clauses qui procèdent à un aménagement de cette responsabilité. Le Conseil d'Etat fait donc le départ entre les clauses exonératoires et les

---

<sup>23</sup> C.E. Sect. 3 octobre 1980, *Fédération française des professionnels immobiliers et commerciaux*, Leb. p. 348.

<sup>24</sup> C.E. 7 février 1986, *Association FO Consommateurs et autres*, Leb. p. 31 – C.E. 20 janvier 1989, *SA GBA Berry-Loire*, Leb. p. 26 – C.E. 27 avril 1998, *M. Cornette de Saint-Cyr*, AJDA 1998, p. 831, concl. Maugué : annulation pour incompétence d'un arrêté interministériel qui, sans habilitation législative, portait atteinte à la liberté contractuelle en imposant un délai minimal de réflexion entre la consultation du médecin et une intervention de chirurgie esthétique.

<sup>25</sup> C.E. Sect. 28 janv. 1998, *Société Borg Warner*, CJEG 1998, p. 269, chron. F. Moderne

autres. Il réduit par là sensiblement la portée du texte de loi cité en référence en procédant à une interprétation stricte des termes utilisés (v. art. 16, loi de finances rectificative du 23 déc. 1972, ultérieurement codifié aux articles L. 2131-10 CGCT, à propos des communes, L. 3132-4 CGCT, à propos des départements, L. 4142-4 CGCT, à propos des régions). Le raisonnement a été tenu au nom du « principe de la liberté contractuelle » qui imposerait une interprétation rigoureuse de la dérogation légale.

2. La liberté contractuelle dans la jurisprudence judiciaire.

II. Les droits fondamentaux dans le contrat.

A. L'aménagement des droits fondamentaux par le contrat

1. Le contrat comme moyen d'atteinte aux droits fondamentaux.

2. L'illégalité des entraves disproportionnées aux droits fondamentaux.

B. Principe d'égalité et droit des parties.