HAL
archives-ouvertes.fr

L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux

Clémentine Caumes

▶ **To cite this version:**

Clémentine Caumes. L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux. Droit. Université d'Avignon, 2010. Français. <NNT : 2010AVIG2021>. <tel-00543319>

HAL Id: tel-00543319

https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00543319

Submitted on 6 Dec 2010

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

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

ACADÉMIE D'AIX-MARSEILLE
UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

THÈSE

pour obtenir le grade de docteur en droit
de l'Université d'Avignon et des pays de Vaucluse

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement par

Clémentine CAUMES

le 25 novembre 2010

L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX

Directrice de recherche :

Mme **Anne PELISSIER**
Professeure à l'Université de Montpellier I

JURY

M. Jean-Pierre MARGUÉNAUD	Professeur à l'Université de Limoges (rapporteur)
M. Pascal PUIG	Professeur à l'Université de la Réunion (rapporteur)
Mme Delphine COSTA	Professeure à l'Université d'Avignon et des pays de Vaucluse (assesseur)
Mme Clémence MOULY	Maître de Conférences à l'Université de Montpellier I (assesseur)

ACADÉMIE D'AIX-MARSEILLE
UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

THÈSE

pour obtenir le grade de docteur en droit
de l'Université d'Avignon et des pays de Vaucluse

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement par

Clémentine CAUMES

le 25 novembre 2010

L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX

Directrice de recherche :

Mme **Anne PELISSIER**
Professeure à l'Université de Montpellier I

JURY

M. Jean-Pierre MARGUÉNAUD	Professeur à l'Université de Limoges (rapporteur)
M. Pascal PUIG	Professeur à l'Université de la Réunion (rapporteur)
Mme Delphine COSTA	Professeure à l'Université d'Avignon et des pays de Vaucluse (assesseur)
Mme Clémence MOULY	Maître de Conférences à l'Université de Montpellier I (assesseur)

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

À Thibaud, à mes parents.

REMERCIEMENTS

La réalisation et l'aboutissement de ce travail de recherche de quatre années ont été largement favorisés par la présence de personnes à mes côtés. Qu'elles trouvent ici toute ma reconnaissance et ma profonde gratitude pour leur soutien et leurs encouragements constants. Chacune d'elles à sa manière m'aura permis de ne jamais m'éloigner de l'objectif que je m'étais fixé de mener à terme ce projet personnel.

Je tiens dans un premier temps à remercier particulièrement Madame Anne PELISSIER, pour la confiance qu'elle m'a accordée, et la disponibilité dont elle a fait preuve à mon égard. Je la remercie aussi pour la liberté d'action qu'elle m'a laissée. J'ai eu son soutien autant que de besoin ainsi que la possibilité d'autonomie dans mon travail. C'est dans ce réel équilibre qui m'aura permis d'avancer sereinement que j'ai pu développer des qualités et des capacités qui me serviront bien au-delà de cette étude. Pour tout cela, je la remercie vivement.

Je souhaite également adresser toute ma reconnaissance aux enseignants que j'ai eu le plaisir de côtoyer, mais aussi au personnel administratif, lesquels, au cours de ces années, ont su instaurer une proximité et une disponibilité à mon égard, qui m'ont permis de prendre un réel plaisir à travailler au sein de l'Université d'Avignon, et d'avoir toujours ce sentiment d'évoluer dans un univers chaleureux et favorable.

Enfin, à mes proches, famille et amis, qui ont toujours fait preuve de compréhension, d'aide et d'une fidélité sans faille, j'adresse de très sincères remerciements. Leur présence à mes côtés m'a été indispensable.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AFDI	Annuaire français de droit international.
AJDA	Actualité juridique de droit administratif.
AJDI	Actualité juridique de droit immobilier.
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation.
Cass. Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation.
Cass. Civ. 1ère	Première Chambre civile de la Cour de cassation.
Cass. Civ. 2ème	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation.
Cass. Civ. 3ème	Troisième Chambre civile de la Cour de cassation.
Cass. Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation.
Cass. Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation.
CDE	Cahiers de droit européen.
CE	Conseil d'État.
Ch.	Chambre.
Chron.	Chronique.
CJCE	Cour de justice des communautés européennes.
Coll.	Collection.
Comm.	Commentaire.
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'homme.
Concl.	Conclusions.
Cons. const.	Conseil constitutionnel.
Convention EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme.
D.	Recueil DALLOZ.
Déc.	Décision.
Dir.	Sous la direction de.
éd.	Édition.
Fasc.	Fascicule.
GACEDH	Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.
Gaz. Pal.	La gazette du Palais.
Gde Ch.	Grande chambre.
Ibid.	Ibidem (au même endroit dans un texte).
in	Dans.
Infra	Ci-dessous.
JCP G	La semaine juridique, édition générale.
JCP E	La semaine juridique édition entreprise et affaires.
JCP N	La semaine juridique édition notariale.
JDI	Journal de droit international.
JO	Journal officiel.
LPA	Les petites affiches.

NCPC	Nouveau code de procédure civile.
Obs.	Observations.
Op. cit.	Opus citatum (œuvre citée).
p.	Page.
Préc.	Précité.
RBDI	Actualité et droit international.
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye.
RCDIP	Revue critique de droit international privé.
RDC	Revue des contrats.
RD imm.	Revue de droit immobilier.
RDP	Revue de droit public.
Rec.	Recueil.
Rev. Contrats, conc. consom.	Revue contrats, concurrence, consommation.
Rev. des soc.	Revue des sociétés.
Rev. dr. et procédures	Revue droit et procédures.
Rev. de droit sanitaire et social	Revue de droit sanitaire et social.
Rev. des loyers	Revue des loyers.
Rev. des soc.	Revue des sociétés.
RFDA	Revue française de droit administratif.
RFD const.	Revue française de droit constitutionnel.
RGDIP	Revue générale de droit international public.
RJS	Revue de jurisprudence sociale.
RIDC	Revue internationale de droit comparé.
RJPF	Revue juridique Personnes Famille.
RRJ	Droit prospectif Revue de la recherche juridique, droit prospectif.
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial.
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen.
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme.
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme.
s.	Suivant.
spéc.	Spécialement.
supra.	Ci-dessus.
TGI	Tribunal de grande instance.
TI	Tribunal d'instance.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE **1**

PARTIE 1. L'INFLUENCE SENSIBLE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT **38**

TITRE 1. UNE INFLUENCE DICTÉE PAR LE JUGE EUROPÉEN **41**

Chapitre 1. L'influence médiate des droits fondamentaux sur l'interprétation **43**
Chapitre 2. L'influence immédiate des droits fondamentaux sur l'interprétation **89**

TITRE 2. UNE INFLUENCE RÉCEPTIONNÉE PAR LE JUGE INTERNE **108**

Chapitre 1. L'observation d'une réception accueillante de l'influence **110**
Chapitre 2. Le bilan d'une réception accueillante de l'influence **153**

PARTIE 2. L'INFLUENCE PERFECTIBLE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT **187**

TITRE 1. LA NÉCESSITÉ D'UNE VALORISATION DES CONTRACTANTS **190**

Chapitre1. L'adaptation de la décision européenne d'interprétation **191**
Chapitre 2. L'effectivité de la décision européenne d'interprétation **209**

TITRE 2. LA NÉCESSITÉ D'UNE AMÉLIORATION DU PROCESSUS DÉCISIONNEL **230**

Chapitre 1. La reconnaissance encouragée du renvoi préjudiciel **232**
Chapitre 2. La consolidation suggérée des règles portant sur la question de l'interprétation **253**

CONCLUSION GÉNÉRALE **284**
BIBLIOGRAPHIE **292**
INDEX ALPHABÉTIQUE **327**
TABLE DES MATIÈRES **329**

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« *La découverte du sens n'occupe qu'en partie l'esprit juridique en lequel reprend toujours énergie une autre inlassable recherche, celle que lui inspire non pas le sens des mots, mais la soif de la justice et de l'équité* ».

1.- Vecteur d'échanges de biens ou de services, le contrat a depuis toujours incarné l'idée de liberté. Manifestation de l'individualisme, on a longtemps considéré qu'il ne pouvait mal faire - *« qui dit contractuel dit juste »*[1] - le contrat ne faisant que cristalliser un accord de volontés.

Pourtant, divers interventionnismes de nature législative, doctrinale et jurisprudentielle sont nécessairement intervenus au fil du temps pour juguler les déséquilibres que le contrat était susceptible de faire naître dans la pratique, les contractants ne pouvant se trouver dans une même situation d'un point de vue économique ou intellectuel.

2.- L'interprétation du contrat, entendue largement comme la détermination de son sens, est aujourd'hui soumise à des considérations nouvelles, parmi lesquelles figure l'émergence des droits fondamentaux (I). De ce nouvel axe de lecture imposant une conformité de l'acte contractuel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après Convention EDH) découle une confrontation inévitable entre le respect de la liberté contractuelle et la préservation des droits fondamentaux, sur laquelle il convient de s'interroger, puisqu'elle constitue tout l'intérêt du sujet (II).

---

[1] A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine*, Paris 1880, p. 410 ; sur cette citation v. J.-F. SPITZ, « Qui dit contractuel dit juste: quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007, p. 281.

[2] D. TURPIN, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004, p. 7.

[3] R. BADINTER et B. GENEVOIS, « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », *RFDA* 1990, p. 317.

I. La lecture du contrat au travers du prisme des droits fondamentaux

3.- Les droits fondamentaux (1) et le contrat (2) répondent à des conceptions précises, à partir desquelles il apparaît difficile - au premier abord - de tisser des liens communs. Pourtant, l'observation d'une percée des droits fondamentaux au travers des règles traditionnelles de l'interprétation du contrat viendrait contredire cette affirmation (3).

1. Les droits fondamentaux

4.- Incontestablement, les droits de l'homme sont à la mode. Politiques, philosophes, professionnels du droit, tous s'en revendiquent. Vulgarisée par cette utilisation outrancière, la notion perd en clarté. Sans compter que l'utilisation d'autres expressions voisines telles que « libertés publiques » ou « droits de l'homme » empêche d'en cerner les véritables contours. Ces termes auraient-ils le même sens ? Comment se manifestent les droits fondamentaux au sein de la matière juridique ?

5.- La notion de droits fondamentaux.- Certains auteurs, pour distinguer ces trois notions - sans pour autant nier leur point commun - utilisent un **critère chronologique**.

Les droits de l'homme seraient le socle de tout ce que regroupent ces expressions, le point de départ de ces considérations. Inspirée de l'époque des Lumières, la notion est donc bien plus ancienne que les deux autres, et *« renvoie aux sources du droit naturel et des premiers textes à les avoir proclamés (Bill of Rights de 1689, Déclaration de 1789), mais aussi à une ouverture internationale moderne (Charte de San Francisco de 1945, Déclaration universelle de 1948, Pactes de New York de 1966, Convention européenne des droits de l'homme, Union européenne) »*[2]. Comme le souligne Robert BADINTER,[3] *« ils se rapportent à l'homme qui est le fondement de tout droit »*. Les droits de l'homme regrouperaient donc les droits les plus essentiels de l'homme.

Défendant une vision universaliste des droits - c'est-à-dire protectrice de tous les êtres humains - les droits de l'homme sont couramment classés selon la génération à laquelle ils appartiennent. La première génération des droits de l'homme correspond à des droits

[2] D. TURPIN, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004, p. 7.

[3] R. BADINTER et B. GENEVOIS, « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », *RFDA* 1990, p. 317.

individuels, civils et politiques comme la liberté d'expression ou la liberté syndicale. La deuxième génération des droits de l'homme correspond à des droits économiques, sociaux et culturels, impliquant une action de l'État, comme le droit au logement, le droit au travail. La troisième génération regroupe des droits collectifs ou droits de solidarité, comme le droit à un environnement sain. Enfin, une quatrième génération de droits est parfois avancée, qui correspondrait à des droits globaux, en rapport avec l'homme en tant qu'espèce, tel le domaine de la bioéthique.

Pourtant, par manque d'homogénéité et de connotation juridique, les droits de l'homme ont peu à peu fait place dans le vocabulaire du droit à l'expression de « libertés fondamentales ». Appartenant *« en propre à la sphère du droit »*[4], elles se caractérisent à la fois par l'importance que joue la loi dans leur régime - la Constitution précise dans son article 34 que *« la loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »* - mais aussi par le rôle de prédilection du juge dans leur mise en œuvre, lequel en est le gardien. Ainsi, alors que les droits de l'homme dépassent les frontières et transcrivent une certaine philosophie, les libertés publiques s'inscrivent dans le concret et sont déterminées par le législateur.

Néanmoins, connaissant elle-même ses limites - notamment du fait d'un rattachement trop fort à un ordre juridique national - la notion de « libertés publiques » a laissé place à celle de « droits et libertés fondamentaux ». Le recours désormais courant à cette expression révèle un intérêt croissant pour la place occupée par la jurisprudence constitutionnelle dans l'exercice de définition de ces droits. Ainsi, la vision de la loi - caractéristique des libertés publiques - a changé[5]. Les droits fondamentaux incarnent la nécessité de soumettre les droits et libertés à un niveau supralégislatif (essentiellement constitutionnel). *« Parler de libertés ou de droits fondamentaux, c'est mettre l'accent sur les transformations que la constitutionnalisation des droits, suivie de la montée en puissance du contrôle de constitutionnalité, après 1971, a fait connaître à la matière »*[6].

De nombreux textes internationaux, protecteurs des droits de la personne ont d'ailleurs intégré ce vocable. La Convention EDH assure la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La Charte de l'Union européenne est consacrée aux droits

[4] G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 2005, p. 4.

[5] Cons. const. 16 juillet 1971, n° 71-44 DC. La décision fait obstacle à la reconnaissance d'une loi qui porte atteinte à une liberté constitutionnellement garantie.

[6] P.-H. PRELOT, *Droit des libertés fondamentales*, HU droit, 2007, p. 14.

fondamentaux. Au sein du droit français, les textes intègrent également cette référence. Le concept de droits fondamentaux représenterait la forme de *« juridicisation la plus achevée »*[7] des droits de l'homme.

Dès lors, puisqu'elle est la plus couramment utilisée aujourd'hui, et la plus appropriée au contexte actuel, la notion de droits et libertés fondamentaux sera utilisée dans cette étude.

6.- En vertu de ce critère chronologique, les droits fondamentaux doivent être perçus de manière plus précise, comme constituant une catégorie de droits dont l'utilisation est nouvelle, incarnant la consécration la plus achevée des droits de l'homme, laquelle utilisation correspondrait à une volonté de la société d'en faire des valeurs hiérarchiquement supérieures.

Quoique pertinente, cette référence chronologique ne permet pas de dresser une définition complète des droits fondamentaux, mais davantage d'en souligner l'évolution. Dès lors, d'autres critères de distinction sont parfois utilisés. La fondamentalité de ces droits peut être appréciée par le biais d'un critère formel ou substantiel[8], permettant ainsi d'isoler les droits fondamentaux des droits de l'homme et des libertés publiques, tout en apportant des éléments de définition. C'est donc du fait de leur forme ou de leur contenu que ces droits fondamentaux peuvent être différenciés.

7.- **La conception formelle** de ces droits souligne la valeur supérieure de la norme qui les met en œuvre. La distinction s'opère donc en fonction de leur supériorité, supériorité s'exprimant essentiellement à travers leur fondement. Souvent rattachés à la Constitution ou à une norme internationale, ces droits revêtent en conséquence une valeur importante, un *« ancrage constitutionnel »*[9], leur assurant une protection large et un respect de tous les pouvoirs. Le fait d'invoquer un droit fondamental amène toujours à assurer sa prévalence sur toute autre considération, *« même lorsque celle-ci pourrait s'autoriser d'une norme de niveau au moins équivalent à la base formelle sur laquelle repose le droit fondamental considéré - qui d'ailleurs la constitue quelquefois lui-même - et même si ce droit ne prévaut pas toujours »*[10]. Aborder la fondamentalité de ces droits sous un angle formel

[7] L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, 3ème éd., Précis Dalloz, 2005, p. 11.

[8] H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 2008, p. 30.

[9] *Ibid.*, p. 31.

[10] E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, n° spécial, p. 6-43.

revient d'ailleurs à justifier que les droits fondamentaux puissent s'appliquer tout autant de manière verticale entre l'individu et la personne publique que de manière horizontale entre les individus[11].

Les droits fondamentaux sont dans la Constitution au sens formel et non matériel, car ils n'édictent pas de procédure à suivre pour que la norme inférieure - générale et abstraite - soit valide. *« Ils ne sont pas directement matériellement constitutionnels, ils le sont indirectement en tant qu'ils disent au législateur quelles limites matérielles il devra respecter »*[12]. En ce sens, et comme le défend Étienne PICARD, ces droits constitueraient une *« catégorie hors normes »*[13], car les droits fondamentaux se situeraient à peu près partout dans la hiérarchie normative et aucune norme particulière ne pourrait en rendre compte de manière exclusive ou intégrale.

Pour autant, certains droits fondamentaux jouant une influence sur le droit interne ne sont pas des droits constitutionnellement consacrés. Ils constituent un autre bloc de droits fondamentaux - qualifiés de *« conventionnels »*[14] - et qui mettent en œuvre non pas une hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique interne, mais soumettent l'ordre juridique interne dans son entier au respect d'une hiérarchie plus large. Il s'agit dès lors de *« lui imposer des obligations de protection de certains droits fondamentaux au sens étroit, introduire des mécanismes juridictionnels aboutissant à des décisions qui seront des normes s'imposant à l'ordre juridique dans son ensemble en cas de violation »*[15].

Dans le cadre de la Convention EDH - qui constituera le socle de notre étude - le cas est différent puisque la France et la plupart des États membres l'ont intégré au sein de leur ordre juridique interne. Il convient alors de parler de *« droits fondamentaux conventionnels nationaux »*[16].

8.- La prédominance de la norme qui met en œuvre les droits fondamentaux s'exprime à travers différents textes. Au niveau national, la Déclaration des Droits de

[11] H. OBERDORFF, *op. cit.*(v. note 8).

[12] L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *op. cit.*, p. 89.

[13] E. PICARD, *op. cit.*

[14] L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *op. cit.*, p. 90.

[15] L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *op. cit.* p. 90, n° 100.

[16] L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *op. cit.* p. 92, n° 102.

l'Homme et du citoyen de 1789 (ci-après DDHC), ou le Préambule de la Constitution de 1946 en constituent les principales sources. Au niveau européen également, la Convention EDH de 1950, ainsi que la Charte sociale européenne de 1961 et la Charte communautaire des droits fondamentaux de 2000 revêtent une place de choix. Au niveau international, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (ci-après DUDH) constitue la source principale. À l'instar de son importance au niveau européen, la Convention EDH occupera la place centrale de notre étude pour symboliser l'influence des droits fondamentaux en droit interne[17]. La Convention EDH est en effet le *« véritable pivot de la protection européenne des droits de l'homme »*[18], la source *« substantielle de la protection communautaire des droits fondamentaux »*[19].

9.- Officiellement intitulée Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, la Convention EDH a été signée le 4 novembre 1950 par les États membres du Conseil de l'Europe et ratifiée par la France pas moins d'une vingtaine d'années plus tard, le 4 mai 1974. Elle constitue aujourd'hui une partie du patrimoine commun d'idéal et de tradition politique de l'Europe. Ses rédacteurs avaient pour ambition d'empêcher de nouvelles violations graves des droits de l'homme suite aux horreurs de la Seconde Guerre mondiale. Ce texte vise donc initialement à limiter les atteintes aux droits fondamentaux que l'État peut causer aux individus. Rapidement, cet objectif a été étendu. Petit à petit, la Cour EDH, instituée en 1959 pour veiller au respect et à l'application de la Convention au sein des pays membres - aujourd'hui organe unique et permanent - transforme le droit interne des États par ses arrêts, alors même que le texte européen ne reconnaît officiellement qu'une autorité de chose jugée et un caractère obligatoire et déclaratoire aux arrêts de la Cour EDH.

Largement inspiré par la DUDH proclamée par l'Assemblée générale de l'ONU le 10 décembre 1948 - elle-même inspirée par la Déclaration américaine d'indépendance de 1776 - l'objectif de cette convention internationale est la protection des droits et libertés fondamentaux, assurée par un contrôle judiciaire. Mais, contrairement à la DUDH qui avait uniquement un caractère moral, la Convention, par le biais d'un système juridictionnel efficace mis en place, dispose d'une certaine force lui procurant une place centrale en France. Proclamant des droits individuels, civils et politiques, tels la liberté, la propriété, l'égalité, le

[17] C. BOTOKO-CLAEYSEN, « Engagements universels et identité européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2001, p. 947.

[18] F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9ème éd. PUF, 2008, p. 134, n° 94.

[19] *Ibid.*, p. 141, n° 97.

respect de la vie privée et familiale, la Convention EDH constitue un indicateur de premier plan dans l'étude de l'influence des droits fondamentaux en droit interne.

À côté de cette conception formelle, une autre approche des droits fondamentaux est envisagée, qui ne s'attache non pas à leur forme, mais à leur contenu.

10.- La conception substantielle vise à mettre en avant le contenu de ces droits pour justifier de leur fondamentalité. Du fait même de leur contenu - c'est-à-dire de l'objet de leur protection - certains droits comme le droit à la vie, le droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage par exemple, ou encore le droit à la non-rétroactivité de la loi pénale constituent des droits dits fondamentaux intangibles, le *« noyau dur »*[20] des droits de l'homme, qui du fait de leur contenu ne peuvent pas être altérés. Leur fondamentalité s'exprime donc à travers le fait qu'aucune dérogation n'est permise qui pourrait justifier une violation à leur égard.

Autour de ces droits graviteraient d'autres droits fondamentaux de second rang, des droits conditionnels. Le contenu de ces droits permet d'envisager des dérogations ou des restrictions à leur application qui seraient justifiées par la défense de l'intérêt général, la préservation de l'ordre public. Ces dernières doivent répondre à certaines conditions. Elles doivent être prévues par la loi, viser un but légitime, et être nécessaires dans une société démocratique. En outre, la restriction au droit ne doit jamais atteindre la substance même de ce droit.

On pourrait dès lors considérer *a priori* qu'une certaine relativité entache l'approche substantielle pour justifier de la fondamentalité et de la supériorité des droits fondamentaux. *« Cette catégorie s'avère aussi essentiellement relative dans la mesure où tels mêmes droits peuvent être considérés comme fondamentaux lorsqu'ils se présentent dans certaines configurations conflictuelles, mais plus dans d'autres, alors que le fondamental ne devrait pas pouvoir supporter le relatif »*[21]. On peut cependant considérer *a posteriori* et de manière moins tranchée, que la condition posée tenant à l'impossibilité d'atteindre la substance même du droit permet de redonner souffle à cette approche de la fondamentalité, en ce qu'il y aurait toujours, au sein d'un droit fondamental, une part plus ou moins large de son contenu qui ne peut être atteinte.

[20] F. SUDRE, *op. cit.* (v. note 18), p. 206, n° 143.

[21] E. PICARD, *op. cit.* (v. note 10).

Mais, qu'elle soit chronologique, formelle ou substantielle, l'approche des droits fondamentaux paraît éloignée de celle du contrat, si bien qu'il apparaît *a priori* délicat de dégager des similitudes flagrantes entre elles.

2. Le contrat

11.- La notion de contrat.- En vertu de l'article 1101 du Code civil, *« le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »*. Il fait naître une ou plusieurs obligations à la charge des contractants, mais contrairement à cette dernière convention qui génère un effet de droit quelconque, le contrat a un effet créateur. Il constitue de ce fait la loi des parties en ce qu'il constitue un accord de leurs volontés - ces volontés poursuivant des intérêts opposés - à travers lesquels chacun des contractants trouve un avantage.

La théorie classique de l'autonomie de la volonté a permis de cristalliser pendant des siècles l'idée selon laquelle la volonté de l'individu constitue la source des obligations qui vont s'imposer à lui. En ce sens, cette théorie défend une vision classique du contrat, axée sur des conceptions individualistes et libérales. Puisque la seule volonté des contractants permet de créer un acte juridiquement contraignant, alors l'obligation issue du contrat est contraignante non pas du fait de la loi, mais du fait de cette volonté, source de droit autonome. La théorie de l'autonomie de la volonté qui scelle la vision traditionaliste du contrat s'exprime elle-même à travers deux principes essentiels que sont la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat.

La liberté contractuelle suppose que les individus doivent être libres de contracter ou de ne pas contracter, mais aussi de choisir le contenu de leur contrat. Le principe de la force obligatoire du contrat, formalisé dans l'article 1134 du Code civil - lequel dispose que *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »* - s'impose aux parties elles-mêmes, mais également au juge.

La conception du contrat, et par la même celle du principe de l'autonomie de la volonté, ont connu certaines évolutions importantes. Au départ incarné par la liberté, le contrat ne nécessitait aucun interventionnisme particulier, puisque les parties avaient exprimé leur accord. Progressivement, la tradition civiliste a permis de nuancer cette approche, en encadrant la volonté par l'ordre public et les bonnes mœurs de l'article 6 du Code civil.

Aujourd'hui, le contrat semble perçu encore davantage comme un acte susceptible de provoquer des déséquilibres évidents entre les parties, qu'il est nécessaire de corriger.

L'émergence des droits fondamentaux en droit interne - en tant que nouvelle norme de référence pour appréhender le contrat - n'est pas étrangère à ces changements. Dès lors, la rencontre entre droits fondamentaux et contrat - et ce, malgré leurs différences - a bien eu lieu.

3. Les droits fondamentaux et le contrat

12.- Les droits fondamentaux influencent le contrat, et plus particulièrement son interprétation.

13.- L'influence des droits fondamentaux sur le contrat.- L'influence des droits fondamentaux en droit interne est importante, à tel point que le paysage juridique s'en trouve modifié. La plupart des matières juridiques sont concernées par cette émergence, alors même que le droit français n'avait jusqu'alors cantonné leur application que dans la seule matière du droit public, à la différence de nombreux autres systèmes juridiques qui l'avaient déjà anticipé[22]. L'étude de l'influence des droits fondamentaux en droit privé - comprenant un attrait pour le travail du juge judiciaire - fera plus précisément l'objet de notre étude. En effet, l'intérêt s'est porté sur les contrats conclus entre personnes privées, de manière à mettre en avant la part la plus singulière de l'influence, s'exprimant dans des rapports purement horizontaux. Le droit public est, par nature, moins éloigné de la configuration verticale dans laquelle s'expriment normalement ces droits. Pour autant, il ne s'agit en aucun cas de nier le fait que juge administratif[23] et juge constitutionnel[24] sont aussi largement concernés par cette influence.

Attendu que la plupart des matières sont touchées par cette émergence, on imagine que le droit des contrats ne fait pas exception à la règle, alors pourtant que cette branche du droit

[22] J. ROCHFELD, « Contrat et libertés fondamentales », *RDC* 1er décembre 2003, n° 1, p. 17.

[23] Cf. par ex. J.-F. LACHAUME, « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA* 1998, p. 92.

[24] Cf par ex. O. DUTHEILLET de LAMOTHE, « Droits fondamentaux et interprétation du contrat : le regard du juge constitutionnel », Services du Conseil constitutionnel, 12 janvier 2007. De manière plus générale, v. J.-M. SAUVE, « La QPC vue par J.-M. SAUVE », *La lettre de la justice administrative*, juillet 2010, n° 22 ; « La question prioritaire de constitutionnalité, Premier bilan et prospective », Colloque sous le haut patronage du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation, Table ronde n°1, présidée par J.-M. SAUVE, 22 septembre 2010, Actualités, Discours et interventions, www.conseil-etat.fr.

n'était pas celle que l'on aurait spontanément imaginé pouvoir s'illustrer dans ce contexte. *« La fièvre européenne qui a gagné ces derniers temps les plaideurs français sur le terrain du droit pénal ou celui des droits de la personne va-t-elle demain s'étendre à la matière des obligations civiles ou commerciales, et doit-on donc s'attendre à la reconnaissance de certains droits de l'homme... contractant ? (...) »*[25]. Aujourd'hui, la réponse est indéniablement positive tant les droits fondamentaux sont devenus une source majeure du droit des contrats.

Philippe MALAURIE[26] reconnaît que *« l'influence de la CEDH sur le droit civil contemporain est une des données majeures des cinquante dernières années, peu facile à mesurer et très controversée: beaucoup d'auteurs y sont hostiles[27], voire très hostiles[28], quelques-uns y sont favorables[29], ou même très favorables »*[30]. L'influence que jouent aujourd'hui les droits fondamentaux sur le droit civil est considérable[31]. Marie-Élodie ANCEL parle d'une *« injection des droits de l'homme dans les relations interpersonnelles »*[32], d'autres auteurs parlent d'une *« fondamentalisation »*[33] du droit des contrats ou encore d'une véritable *« hommisation du droit privé »*[34]. Jean-François RENUCCI souligne que l'influence de la Convention EDH a commencé à jouer en droit de la concurrence, puis s'est généralisée, en passant notamment par le droit des obligations, pour devenir un impératif de premier plan.

[25] J. MESTRE, « Définition et source des droits fondamentaux », Lamy Droit du contrat, version informatisée, 245-11.

[26] P. MALAURIE, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP* 2002, éd. G, I, 143, n° 25, p. 1123.

[27] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Forum-Flammarion, 1996.

[28] C. HAIM, « Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'Homme? », *D.* 2001, p. 2988.

[29] F. SUDRE, *op. cit.* (v. note 18).

[30] J.-P MARGUÉNAUD, « L'influence de la CEDH sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Trav. Ass. H. Capitant, T. 1, LGDJ, 1997.

[31] En ce sens, v. notamment, P. MALAURIE, *op. cit.* (v. note 26) ; A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, thèse Paris, 2002 ; P. LEMMENS, « Les effets de la CEDH dans certains domaines du droit civil », *RUDH* 1992 p. 447 et s. ; P. SARGOS, « Les principaux domaines d'application de la Convention en droit pénal et en droit civil », in *Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire*, Actes du colloque du 18 juin 1987, La Documentation française, 1988.

[32] M.-E. ANCEL, « Nouvelles frontières: l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, sous la direction de G. PIGNARRE, Dalloz, 2005, p. 121.

[33] P. REMY-CORLAY, « De la fondamentalisation du droit des contrats », *RDC* 2003, p. 17 et s.

[34] P. RÉMY, « Ouverture », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, 2003, p. 7.

Ainsi, *« le droit des contrats est symptomatique de cette évolution vers la prise en considération des droits de l'homme »*[35].

Cette influence des droits fondamentaux sur le contrat se trouve renforcée par la reconnaissance[36]- parfois discutée[37] - de l'effet horizontal du texte, c'est-à-dire son application non plus seulement aux relations ente l'État et les individus, mais également aux relations privées. En outre, la reconnaissance[38] en 1981 d'un recours individuel possible devant la Cour EDH a favorisé cette intrusion dans les rapports contractuels[39]. Un individu a désormais la possibilité lorsqu'il estime que l'État a porté atteinte à l'un de ses droits fondamentaux, de s'adresser directement à la Cour EDH pour qu'elle condamne l'État. Aussi, le fait d'invoquer la Convention EDH sera parfois plus favorable au requérant que s'il s'en tient au droit interne en invoquant la Constitution par exemple[40] : imaginons l'hypothèse d'une clause d'un contrat dont l'existence résulterait soit d'une prescription législative, soit d'une permission législative. Si le plaideur estime qu'elle porte atteinte à l'un de ses droits fondamentaux, il n'aura pas intérêt à invoquer la Constitution. La Cour de cassation ne validera certainement pas cette démarche, car elle n'est pas en mesure d'apprécier la constitutionnalité d'une loi. En effet, la clause concernée doit son existence à un texte législatif. Or, comme le souligne la Cour de cassation[41], *« les tribunaux doivent appliquer la loi sans pouvoir en écarter certaines dispositions en raison de leur prétendue contrariété à des principes de caractère constitutionnel et en particulier aux dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (...) »*. La requête serait donc irrecevable. Par contre, si le requérant invoque la Convention EDH, sa démarche aura sans doute plus d'impact, car la Cour de cassation

[35] J.-F. RENUCCI, « Le droit des affaires, domaine nouveau du droit européen des droits de l'homme », *Dr. et Patr*. 1999, n° 74.

[36] Cour EDH, 13 août 1981, *YOUNG, JAMES et WEBSTER*, série A, n° 44, *AFDI* 1982, p. 499, obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1982, p. 226, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 220, obs. P. ROLLAND.

[37] C. JAMIN, « Chronique de droit des obligations », *JCP* 1996, éd. G, I, 3958, p. 339: la reconnaissance d'un effet horizontal est *« contraire à la philosophie des droits de l'homme que la Convention est sensée traduire »*. D'autres au contraire la valorisent en estimant que *« l'État a l'obligation de rendre effectifs ces droits entre personnes privées »* : C. DEFFIGIER, H. PAULIAT, V. SAINT-JAMES, A. SAUVIAT, *Les fondements théoriques de l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, 2001, La Documentation française, p. 8.

[38] Décret du Président de la République non délibéré en Conseil des ministres « portant publication de la déclaration d'acceptation du droit de recours individuel en application de l'art. 25 de la CEDH en date du 4/11/1950 et de l'article 6 du protocole 4 de ladite convention en date du 16/09/1963 », n° 81-917 du 09/10/1981.

[39] J.-P. MARGUÉNAUD, *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La documentation française, 2001, p. 77.

[40] E. GARAUD, « La violation d'un droit fondamental, Avantage lié à l'invocation de la Convention européenne des droits de l'homme », *Lamy droit du contrat*, 245-15.

[41] Cass. civ. 1ère, 1er octobre 1986.

considère comme sans effet une clause qui porterait sur une loi ou qui serait suggérée par elle, et qui irait à l'encontre d'un traité international. Ce constat mérite cependant d'être nuancé par la mise en œuvre récente de la question prioritaire de constitutionnalité permettant à tout individu, depuis le 1er mars 2010, de saisir le Conseil constitutionnel afin de contester la constitutionnalité d'une disposition législative qui porterait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Cette contestation prévue par l'article 61-1 de la Constitution peut avoir lieu à l'occasion de procès intentés devant les juridictions administratives et judiciaires, ou celles régies par le Code des juridictions financières. Mais, au regard de la nouveauté du dispositif, il semble trop tôt pour en mesurer la portée et apprécier si son succès pourrait permettre de contrecarrer le constat évoqué précédemment.

Toute la question relève de la hiérarchie des normes. La Cour de cassation peut dire qu'une loi est contraire à un traité international en vertu de l'article 55 de la Constitution, mais elle ne peut pas dire que la Constitution n'est pas conforme à un traité international, car elle constitue la norme suprême. Elle n'est pas juge de la constitutionnalité. Mais, par cette reconnaissance, on peut envisager qu'un individu mécontent de la violation que fait naître le contrat signé avec un autre individu à l'un de ses droits fondamentaux pourra également s'adresser à la Cour pour faire condamner cette violation en engageant la responsabilité de l'État du fait de ce manquement qu'il a favorisé ou n'a pas découragé.

Cette extension est sans doute logique. *« Il serait intolérable que les individus puissent, dans leur activité contractuelle, bafouer des droits que le législateur lui-même ne peut enfreindre dans son activité normative en l'absence de circonstances spéciales »*[42]. Désormais, la Convention EDH peut être invoquée par toute personne[43], et toute personne peut invoquer la Convention de manière horizontale ou verticale. *« Qu'on le regrette ou qu'on s'en félicite, la Convention EDH a un effet horizontal et tout se passe comme si l'État, en signant la Convention, avait fait naître un droit dans le patrimoine de ses ressortissants, droit que ces ressortissants pourront ensuite opposer non seulement à l'État signataire, mais aussi aux autres personnes privées »*[44].

[42] E. GARAUD, *op. cit* (v. note 40).

[43] Conformément à l'article 14 de la CEDH, la Cour assure à toute personne y compris étrangère, *« la jouissance des droits »* reconnus par la Convention, *« sans distinction aucune »*. La seule condition posée à la jouissance de ces droits par la Convention, dans son article 1er, est que la personne relève de la *« juridiction »* d'un État partie. Les personnes morales se sont vues elles aussi reconnaître, par la Cour de cassation, un droit d'invoquer la Convention.

[44] A. DEBET, *op. cit.*(v. note 31), n° 59.

Toutes les étapes de la vie du contrat sont influencées par la Convention EDH. Tant la formation que l'exécution[45] du contrat doivent aujourd'hui répondre à des exigences de conformité aux droits fondamentaux. De façon plus étonnante, l'interprétation du contrat- laquelle va précisément nous intéresser - est également concernée.

14.- L'influence des droits fondamentaux sur l'interprétation du contrat.- Il n'est pas rare désormais de constater que le contrat est lu par le prisme des droits fondamentaux. Concrètement, cela signifie que le sens que le juge va dégager du contrat sera déterminé en considération de ce que la conformité aux droits fondamentaux impose. Une percée des droits fondamentaux à travers les règles traditionnelles de l'interprétation est observée.

15.- L'interprétation traditionnelle du contrat.- L'interprétation du contrat consiste à en déterminer le sens. La jurisprudence[46] a reconnu depuis bien longtemps que les juges du fond étaient souverains en matière d'interprétation. En effet, l'interprétation d'un contrat relève nécessairement de circonstances de fait que la Cour de cassation ne pourrait juridiquement aborder. De cette règle découle l'impossibilité pour les parties de former un pourvoi pour fausse interprétation. Toutefois, il arrive que la Cour de cassation soit compétente pour interpréter un contrat. Trois hypothèses peuvent se rencontrer.

Tout d'abord, la Cour de cassation intervient pour interpréter le contrat à travers le contrôle de la dénaturation des clauses claires et précises que peuvent avoir opéré les juges du fond[47]. L'interprétation nécessite la présence de clauses ambiguës, obscures. Si elles sont claires et précises, l'interprétation n'est pas justifiée. Mais, la notion de dénaturation demeure une notion floue, qui permet de laisser une marge de manœuvre importante à la Cour de cassation dans son contrôle de l'interprétation du contrat. La Chambre commerciale avait une vision très restrictive de la dénaturation - entendue comme la seule reproduction littérale erronée des termes d'une convention - mais depuis 1995, elle s'est ralliée à la conception des autres chambres[48].

Ensuite, la Cour de cassation peut intervenir dans certains contrats qui comportent des clauses dites types et dont l'interprétation doit être unifiée par la Cour de cassation, celles-ci

[45] C. LALAUT, « Le contrat et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 7-8 mai 1999, p. 2.

[46] Cass. Ch. réunies, 2 février 1808.

[47] Cass. civ., 15 avril 1872.

[48] Cass. com., 31 janvier 1995.

ayant vocation à être souvent utilisées dans les conventions. C'est par exemple le cas du contrat d'assurance[49].

Enfin, la Cour de cassation est compétente en ce qui concerne le contrôle de la qualification des contrats. Cette qualification est très importante puisque va en découler le régime juridique auquel l'acte sera soumis. Si cette qualification est erronée, la volonté des parties sera altérée.

Les règles de compétences encadrant l'interprétation du contrat sont couplées avec des règles de fond tenant à la manière dont il est conseillé d'interpréter le contrat.

16.- Comment le contrat doit-il être interprété ? Les règles de l'interprétation sont énoncées aux articles 1156 et suivants du Code civil. Qualifiées par Jacques DUPICHOT de *« petit guide-âne »*[50], celles-ci ne sont pas impératives et constituent de simples conseils donnés au juge. Il en ressort deux méthodes pour interpréter le contrat.

17.- La première méthode dite subjective est formulée à travers l'article 1156, lequel prévoit que l'*« on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes »*. Ce texte impose de faire primer l'esprit de la convention sur sa lettre, et par conséquent de rechercher la commune intention des parties au-delà de ce que le texte énonce. Les articles 1159 et 1164 du Code civil apparaissent comme des *« corollaires »*[51] de l'article 1156. Ils permettent *« d'étendre la sphère des effets contractuels au-delà de la lettre même du contrat »*[52]. Le premier d'entre eux dispose que *« ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans les pays où le contrat est passé »*. L'article 1164 du Code civil - qui concerne le champ de l'obligation contractuelle rédigée de manière spécifique[53] - contient la même idée, tout comme son *« faux jumeau »*, l'article 1163 du Code civil, qui concerne quant à lui le contrat de rédaction générale[54]. L'article 1157 du Code civil pose la règle dite de

[49] Cass. civ. 1ère, 16 mai 1995.

[50] J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes: défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Études J. FLOUR*, LGDJ, Defrénois, 1979, p. 179 et suiv.

[51] *Ibid.*

[52] *Ibid.*

[53] Article 1164 du Code civil : « Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés ».

[54] Article 1163 du Code civil : « Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposées de contracter ».

l'effet utile des conventions, qui consiste à interpréter la convention dans le sens qui lui donne un effet. Certains auteurs préfèrent parler *« d'interprétation validante »*[55]. L'article 1158 du Code civil est guidé par l'idée de respect du contexte contractuel en disposant que *« les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le mieux à la matière du contrat »*[56]. Enfin, la règle de l'article 1161 du Code civil relève d'une volonté d'assurer la cohérence contractuelle en disposant que *« toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier »*.

Cette méthode subjective a pu être critiquée du fait de son manque de pragmatisme. Il apparaît que l'expression de la volonté commune des parties est souvent inexistante. En outre - dans le cas d'un conflit relatif à l'interprétation d'un terme ambigu du contrat - chacune d'elles lui donnera le sens qui lui est le plus favorable. Cette méthode d'interprétation correspond en réalité aux cas dans lesquels la volonté des parties est décelable.

18.- La seconde méthode dite objective concerne les situations dans lesquelles les parties n'ont pas exprimé de volonté et ne se sont pas mises d'accord sur un point précis, de telle sorte que le juge ne peut pas connaître leur volonté. Il se trouve alors dans l'obligation de matérialiser cette obligation pourtant absente. *« Qu'il soit oral ou écrit, le langage n'est souvent qu'un véhicule imparfait de la pensée. Or, nombre de contractants ne maîtrisant que médiocrement la langue du droit, les contrats souffrent fréquemment de cette imperfection. En outre, il est rare que les parties aient envisagé et résolu la totalité des difficultés que le contrat est susceptible de soulever. C'est dire qu'à l'épreuve des faits, la rédaction du contrat peut apparaître maladroite ou incomplète. Il convient alors, soit d'en élucider le sens, c'est l'interprétation explicative, soit d'en combler les lacunes, c'est l'interprétation créatrice »*[57]. *« Parfois même, les parties n'ont pas soulevé le problème délibérément, car sa prise en compte aurait risqué de mettre obstacle à la conclusion du contrat »*[58].

Cette interprétation créatrice est parfois péjorativement qualifiée de *« forçage du contrat »*[59]. L'idée de forçage du contrat remonte à un arrêt de la Cour de cassation de 1911[60].

[55] J. GHESTIN, M. BILLIAU, C. JAMIN, Traité de droit civil, T 5, Les effets du contrat, interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité, LGDJ, 2001, n° 33.

[56] Pour une application : CA Paris, 2 déc. 1985, *RTD. civ.* 1986, p. 743, obs. J. MESTRE.

[57] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2005.

[58] *Ibid.*

[59] L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé », *D.* 1933, chron. p. 89 ; L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », *Dr. et Patr.* mars 1998, n° 58, p. 69 et s.

[60] Cass. ch. civ., 21 novembre 1911.

Un contrat de transport ne prévoyait pas le cas où l'un des passagers d'un navire arrivait blessé à destination. Face au silence des parties, le juge décida pour ce genre de convention d'imposer une obligation de sécurité pour le transporteur, lequel doit conduire le voyageur sain et sauf à destination. Le juge crée donc ici une obligation contractuelle nouvelle. Étonnante au premier abord, cette méthode est en réalité fondée essentiellement sur l'article 1135 du Code civil qui prévoit que *« les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »*.

Le forçage du contrat joue surtout lorsqu'il est question d'une obligation de sécurité, mais également d'information et de conseil. Dans cette situation, le Code civil prévoit des règles d'interprétation objective. L'article 1162 du Code civil dispose par exemple que *« dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation »*. Le doyen Jean CARBONNIER la conçoit comme la maxime de *« faveur du débiteur »*[61]. D'autres articles comme l'article 1602 du Code civil[62] ou encore l'article L. 133-2 alinéa 2 du Code de la consommation[63] constituent des déclinaisons de cette méthode. Ce n'est plus la commune interprétation qui guide l'interprétation du contrat, mais des éléments objectifs, et plus particulièrement la qualité de l'un des cocontractants. L'article 1159 du Code civil suscite plus de controverses en disposant que *« ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé »*. Certains auteurs y voient un corollaire de l'article 1156 du Code civil[64] puisqu'une volonté serait malgré tout exprimée. D'autres en revanche voient dans cet article l'expression d'une méthode objective[65]. En effet, il n'y a pas de référence évidente à une quelconque volonté ou intention. Les usages en vigueur dans un pays donné ne sont-ils pas simplement des éléments de détermination objective d'interprétation ?

---

[61] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, 22ème éd. refondue, Paris, PUF, coll. Thémis, 2000.

[62] Article 1602 du Code civil : « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ».

[63] Article L. 133-2 al. 2 du Code de la consommation : [Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs] « s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel ». Pour une application récente, v. par exemple Cass. civ. 1ère, 21 janvier 2003, *CORDEIRO, Droit et patrimoine* mai 2003, p. 112, note P. CHAUVEL ; *RTD com.* 2003, p. 559, obs. B. BOULOC ; *RTD. civ.* 2003, p. 292, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC*, 2003, p. 91, obs. M. BRUSCHI. Ici, la décision d'appel est cassée pour violation de l'article L. 133-2 al. 1 du Code de la consommation, pour ne pas avoir interprété un contrat d'assurance en faveur du souscripteur, alors que la clause définissant le risque invalidité était ambiguë.

[64] J. DUPICHOT, *op. cit.* (v. note 50).

[65] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.* (v. note 57), n° 426.

19.- L'un des principes essentiels encadrant l'interprétation du contrat consiste à considérer que la *« primauté de la loi contractuelle passe par sa clarté »*[66]. Dès lors que l'acte est clair, la volonté qu'il exprime doit permettre à elle seule de déterminer le sens du contrat. *A contrario*, l'intervention du juge pour lui donner un sens n'est rendue possible que si l'acte est obscur. En effet, le système juridique français est fondé sur le primat de la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté. L'article 1134 du Code civil dispose que *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »*.

Mais, longtemps retenue, cette idée selon laquelle l'intervention judiciaire n'est pas nécessaire pour interpréter le contrat dans le cas où ce dernier est dépourvu d'ambiguïté est désormais battue en brèche. Une manière différente d'interpréter le contrat émerge, qui s'appuie sur les droits fondamentaux.

20.- La nouvelle interprétation du contrat.- Les droits fondamentaux font une percée au travers des règles traditionnelles de l'interprétation tirées du Code civil et de la jurisprudence. La volonté des parties - clairement exprimée - ne suffit plus à empêcher l'immixtion du juge dans le contrat pour l'interpréter. Seule la clarté de la loi contractuelle couplée avec une conformité aux droits fondamentaux empêchera l'intervention du juge.

Dès lors, les droits fondamentaux lorsqu'ils sont utilisés par le juge s'inscrivent davantage dans l'hypothèse d'une interprétation *« créatrice »* du contrat. La Convention EDH est une *« source d'élargissement de son pouvoir créateur de droit »*[67]. Dans ce cadre, l'interprétation sert moins à donner un sens au contrat qu'à dégager la portée des obligations contractées. La lecture du contrat par le prisme des droits fondamentaux tend à valoriser l'interprétation objective plus que l'interprétation subjective. Cette méthode tend à s'appuyer non pas sur la volonté commune, mais sur des principes comme la bonne foi, l'équité.

Le professeur Charles JARROSSON souligne que le pouvoir de création est parfois l'aboutissement logique du pouvoir d'interprétation[68]. En forçant le contrat, le juge y ajoute *« une obligation à laquelle les parties n'avaient pas songé, et peut-être même qu'elles avaient implicitement écartées »*[69]. Néanmoins, l'intervention du juge lorsqu'elle est trop engagée peut alarmer puisque les raisons sur lesquelles elle se fonde semblent parfois éloignées de ce

[66] J. MESTRE et A. LAUDE, « L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA du 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 9 et s.

[67] R. de GOUTTES, « La CEDH et le juge français », *RIDC* 1999, p. 9.

[68] C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, 1987, tome n° 198.

[69] P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Paris, éd. Defrénois, 2004, n° 774 s.

qui liait les parties. Il peut y avoir une *« véritable création sous couvert d'interprétation »*[70]. Ce même auteur met en avant l'idée que la décision d'interprétation - dès lors qu'elle tend à isoler la volonté des parties - tend à devenir générale, de sorte que sa spécificité ne prime plus[71]. La généralité de la décision prime désormais plus que sa spécificité. En devenant générale et impersonnelle, la décision se rapproche de la loi. *« Quand l'interprétation du contrat devient une création d'ordre public, générale, impersonnelle, il n'y a précisément plus interprétation, mais création d'une norme générale »*[72].

21.- Dès lors que le contrat est lu par le prisme des droits fondamentaux, l'interprétation mise en œuvre peut varier. Il faut dès lors considérer à travers cette étude que l'interprétation doit être envisagée largement, comme permettant deux alternatives. L'utilisation des droits fondamentaux pour interpréter le contrat peut consister en l'éclaircissement d'un terme ou d'une expression contenus dans une clause. Cette conception constitue une approche stricte de l'interprétation. L'utilisation des droits fondamentaux pour interpréter le contrat peut consister à dégager une obligation du contrat, à déterminer son contenu. Cette conception constitue une approche large de l'interprétation.

Dans la première hypothèse, le juge se base sur le contrat pour l'évaluer au nom des droits fondamentaux. Dans la seconde hypothèse, les droits fondamentaux constituent la seule norme de référence, le juge s'appuyant sur une clause « fictive » de laquelle il fera naître - ou non - une obligation. Bien souvent dans ce cas, c'est une norme interne qui est en cause. Le contrat prenant appui sur une loi par exemple, cette dernière, en violant les droits fondamentaux, contribue à ce que le sens du contrat soit lui-même contraire aux droits fondamentaux, à travers les obligations qui vont en découler. C'est donc sur une conception élargie de l'interprétation que s'inscrit le postulat de départ d'une influence grandissante des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat, permettant ainsi d'avoir une vision globale de l'influence des droits fondamentaux, mais permettant également de pouvoir, selon le contexte, distinguer et mesurer la portée de certaines observations selon qu'elles s'inscrivent dans le cadre de l'une ou l'autre de ces conceptions de l'interprétation.

La lecture du contrat au travers du prisme des droits fondamentaux fait naître une opposition majeure entre le respect des droits fondamentaux d'une part, et le respect de la

[70] C. JARROSSON, *op. cit.* (v. note 68), n° 147.

[71] P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*(v. note 69).

[72] V. EGEA, « L'interprétation des contrats : regard sur l'actualité des articles 1156 et suivants du Code civil », Institut d'Études judiciaires - Faculté de droit d'Aix-Marseille, 2004, p. 13.

liberté contractuelle d'autre part, laquelle opposition vient concrétiser l'influence des droits fondamentaux sur l'interprétation du contrat. *« Il est certain que l'admission du recours à la Convention européenne dans les rapports horizontaux que sont les rapports contractuels de droit privé est de nature à introduire, dans le droit des obligations en général et le droit des contrats en particulier, des bouleversements considérables »*[73]. En effet, on peut dès à présent imaginer combien certains principes directeurs du droit des contrats, comme le principe de l'autonomie de la volonté, sont atteints par cette lecture de l'acte contractuel qui semble favoriser un équilibre davantage qu'une simple observance de la volonté. On peut imaginer aussi combien le rôle du juge, interprète du contrat, sera différent eu égard aux nouvelles sources du droit qui s'offrent désormais à lui.

Ces changements, au stade de l'étude ne sont qu'anticipations, mais on mesure déjà, par rapport ce que suppose le respect et la protection de deux impératifs tels que la liberté contractuelle et les droits fondamentaux que les conséquences vont être importantes. Cette rencontre, bien que surprenante de prime abord, a bien lieu.

II. La rencontre du contrat et des droits fondamentaux

22.- Une confrontation éclate lors de l'interprétation du contrat entre le souci de préserver la liberté contractuelle et celui de protéger les droits fondamentaux. À partir de quel moment le juge va-t-il considérer que le sens d'une clause du contrat, ou bien les obligations découlant de l'acte vont à l'encontre d'un droit fondamental ? Sur la base de quel raisonnement va-t-il au contraire pouvoir considérer qu'il s'agit en toute légitimité de l'expression de la liberté contractuelle ? Toute la question consiste à trouver un juste équilibre entre le respect de ces deux impératifs. L'étude permettra de mettre en avant les tendances du juge face à cette problématique. Adopte-t-il une démarche régulière et conciliante ? A-t-il tendance à faire primer l'un ou l'autre de ses éléments ?

Cette confrontation constitue l'objet même de notre problématique. **Dans quelles mesures l'exigence de conformité aux droits fondamentaux influe-t-elle sur le sens attribué à un contrat ?** L'intérêt pour le sujet est grand. L'influence des droits fondamentaux en droit interne est une question intéressant la doctrine du fait de la singularité qui la caractérise. La rencontre entre le contrat et les droits fondamentaux ne constituait pas *a priori*

[73] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.* (v. note 30).

une hypothèse évidente. Des études très éclairantes ont déjà été abordées sur la question de l'influence des droits fondamentaux, notamment sur son impact en droit privé général[74], mais aussi sur le droit civil[75] en particulier. Riche de leurs apports respectifs, notre étude abordera nécessairement des questions approchantes. Pour autant, l'intérêt de la question de l'influence des droits fondamentaux précisément sur l'interprétation du contrat se distingue du fait de la nouveauté du phénomène puisque la jurisprudence en la matière est récente et encore discrète. Mais surtout du fait de l'intérêt pour la confrontation apparente qu'elle fait naître entre la liberté contractuelle, à travers elle notamment la force obligatoire du contrat, et les droits fondamentaux. Tout l'intérêt est d'apprécier le degré d'implication que les droits fondamentaux pourront avoir dans la détermination du sens de l'acte, en fonction de leur nécessaire protection, variable selon les situations contractuelles, et en fonction également de la conception que l'on adopte de l'interprétation.

23.- Pour l'heure, les éléments de réponse qui pourront être apportés ne seront qu'hypothétiques, et donc fluctuants. On peut penser que l'attitude du juge va dépendre de la valeur qu'il accorde aux droits fondamentaux à un instant T, et de la configuration dans laquelle il les place par rapport au contrat. S'agit-il d'un conflit de normes ou de substances ? Le juge logera-t-il à la même enseigne tous les droits fondamentaux, autrement dit va-t-il opérer entre eux une distinction, une hiérarchisation face au contrat ? À quel point la nécessité d'une conformité à la Convention EDH sera-t-elle privilégiée ?

Pour répondre à cette question générale, il faut considérer que les postulats de départ du juge peuvent être différents. Il paraît vain à ce stade de l'étude d'anticiper sur le fait de savoir si les droits fondamentaux auront tendance à toujours supplanter le contrat et s'ils joueront dès lors une influence quasi absolue, ou si le sens du contrat voulu par les parties pourra dans certaines hypothèses déterminées prendre le dessus. Quoi qu'il en soit, et au regard de la jurisprudence, il semble qu'aucune systématisation ne soit pour l'heure envisageable.

Le juge peut considérer que le conflit oppose un droit fondamental et le contrat. Il peut également considérer que le conflit oppose un droit fondamental à un autre droit fondamental, s'il considère le contrat comme la manifestation d'un droit de l'homme par exemple. Son approche peut très bien être différente également s'il fait une différence entre les droits

[74] Cf. not. B. MOUTEL, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français, Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse Limoges, 2006.

[75] Cf. not. A. DEBET, *op. cit.*(v. note 31).

fondamentaux - s'attachant non plus à régler le conflit comme s'il s'agissait d'un conflit de normes (1) - mais plutôt en s'attachant au contenu des droits, donc à un conflit de substances (2).

On peut donc présager que la réponse pourra varier en fonction de l'approche que choisira le juge.

1. Hypothèse du conflit de normes

24.- Lors de l'interprétation, il est probable que le juge laissera jouer aux droits fondamentaux une grande influence. En effet, s'il se positionne dans le cadre d'un conflit de normes, la supériorité traditionnelle des droits fondamentaux sur le contrat devrait l'emporter. Pour autant, cette systématisation du raisonnement ne peut être absolue.

25.- La supériorité des droits fondamentaux sur le contrat.- La vision la plus courante de la hiérarchie des normes se rattache à la théorie développée par Hans KELSEN, et consiste à développer l'idée de conformité. Elle répond à une vision pure du droit. Le système juridique y est perçu comme un ensemble global qui serait expliqué par cette théorie. *« L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »*[76].

Les normes y sont classées de manière pyramidale. À la base de l'édifice se situent les normes inférieures, et au sommet la norme dite fondamentale. Le rapport de dépendance liant ces normes relèverait de la conformité de chacune d'elles avec la norme qui lui est directement supérieure. Pour être considérée comme une norme conforme, il est nécessaire que chaque norme réponde aux conditions d'existence posées par la norme supérieure. *« Hiérarchique, la structure du système juridique le serait en tant que ses organes, comme ses normes, seraient tous placés dans une situation de supériorité ou de subordination les uns par rapport aux autres. Linéaire, cette structure supposerait des relations à sens unique entre ces différents niveaux hiérarchiques, excluant toute forme d'inversion ou de rétroaction entre*

[76] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. C. EISENMANN, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 178.

eux. Arborescente, elle le serait en raison du fait que ses différents éléments s'engendreraient par démultiplication, à partir d'un foyer de création originel unique »[77].

En vertu de cette conception des normes, il faut se demander quelle place occupent les droits fondamentaux dans la hiérarchie, qui permet d'en déduire la supériorité sur le contrat.

26.- Quelle place occupent les droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes ? L'article 55 de la Constitution qui fixe les conditions d'intégration des engagements internationaux leur confère expressément un rang supralégislatif - même sur les lois postérieures - et infraconstitutionnel. Pour autant - et sans remettre en cause ce qui vient d'être dit - tous les systèmes juridiques n'accordent pas la même valeur aux droits fondamentaux. La France par exemple, mais aussi la Belgique, la Grèce, la Suisse, l'Espagne, la Bulgarie, attribuent un rang infraconstitutionnel mais supralégislatif aux normes fondamentales internationales, lorsque les Pays-Bas par exemple reconnaissent à la Convention EDH une valeur supraconstitutionnelle et constitutionnelle en Autriche[78]. Le rang de la Convention EDH en Italie ou en Allemagne, en Finlande ou encore en Hongrie est législatif. Mais, peu importe la valeur accordée à la Convention EDH puisque dans la mesure où le contrat - si l'on s'en tient à une lecture traditionnelle de la hiérarchie des normes - se situe en bas de la pyramide de KELSEN, alors il doit respecter les normes qui lui sont supérieures pour être valable.

Selon le système français, le contrat doit respecter la norme qui lui est directement supérieure, à savoir la loi. La Convention EDH étant placée à un niveau supralégislatif, si le contrat ne respecte pas la loi, il porte également atteinte aux droits fondamentaux. De fait, la règle européenne semble primer l'ensemble des actes juridiques privés. En outre, puisqu'il s'agit d'un traité à caractère humanitaire, il est d'usage de considérer que cette Convention est applicable sans condition de réciprocité[79]. Ainsi, la Convention EDH peut être insérée dans la

[77] F. OST et M. VAN de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002, p. 44.

[78] B. BEIGNIER et S. MOUTON, « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *D.* 2001, chron. p. 1636.

[79] La Cour de cassation s'est d'abord prononcée sur le droit communautaire dans l'arrêt *JACQUES VABRE* : « les manquements d'un État membre de la C.E.E. aux obligations qui lui incombent en vertu du Traité du 25 mars 1957 étant soumis aux recours prévus par l'art 170 dudit traité, l'exception du défaut de réciprocité ne peut être invoquée devant les juridictions nationales » : Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés J. VABRE* : *JCP* 1975, II, 18180 bis, concl. A. TOUFFAIT ; *JDI* 1975, 801, note RUZIE ; *AJDA* 1975, p. 567, note J. BOULOUIS ; *AFDI* 1976, p. 867, chron. J.-F. LACHAUME ; *RDP* 1975, p. 1335, note L. FAVOREU et L. PHILIP ; *RGDIP* 1976, p. 690, note C. ROUSSEAU ; *RCDIP* 1976, p. 347, note J. FOYER et D. HOLLEAUX. On considère à présent que cette solution est aussi applicable vis-à-vis de la Convention européenne: F. SUDRE,

hiérarchie des normes de manière directe. Aucune norme de transposition ne doit intervenir pour l'incorporer dans l'ordre interne.

27.- Quelle place occupe pour sa part le contrat dans la hiérarchie des normes ? Il semble que le contrat peut être considéré comme norme, car en vertu de l'article 1134 du Code civil, il a force de loi entre les parties, ce qui leur confère un pouvoir normatif. Dans l'optique de KELSEN, c'est en raison de l'existence d'une norme supérieure qui va déterminer ses conditions de validité et d'existence que le contrat peut être considéré comme une norme. Mais où se situe-t-il dans la hiérarchie ? Sa place dans la hiérarchie se situe nécessairement au niveau le plus inférieur, car - à la différence d'une règle juridique ordinaire - son existence doit être prouvée et ses prescriptions ne sont ni générales ni abstraites[80]. KELSEN insère au sein du dernier rang de cette pyramide le contrat, qu'il établit dès lors comme une norme. En effet, le contrat tirerait sa force obligatoire de la loi, norme qui lui est supérieure[81]. Bien que cette vision du contrat comme norme ne soit pas la plus majoritaire actuellement, certains auteurs[82] - auxquels nous nous rallierons - la défendent. Dès lors, il est loisible de dire que les droits fondamentaux sont supérieurs au contrat. *« Un contrôle par le juge des actes renfermant des clauses de nature à violer les droits individuels primordiaux s'impose avec d'autant plus d'acuité que ces derniers, souvent présentés comme irréductibles, ont une valeur éminente, tandis que la liberté contractuelle a un statut inférieur, ou plutôt un caractère fondamental moins accentué »*[83].

Ainsi, la validité du contrat est subordonnée au respect des droits fondamentaux. La jurisprudence faisant prévaloir la conformité du droit fondamental sur la liberté contractuelle découle de cette lecture traditionnelle des droits de l'homme. En effet, si le juge raisonne en termes de conflit de normes quand il interprète le contrat, il fait prévaloir la protection du droit fondamental plutôt que la clause du contrat qui y portera atteinte. La place des droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes est en effet plus élevée que celle du contrat.

« La dimension internationale et européenne des droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Th. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 11ème éd., Dalloz, 2005, p. 40.

[80] J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n° 35.

[81] H. KELSEN, *La Théorie juridique de la convention*, Arch. Phil. Droit 1940, p. 48.

[82] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ* 1999, p. 771 ; J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147 ; G. ROUHETTE, *Contribution à l'analyse critique de la notion de contrat*, Thèse Paris, 1965 ; P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles EISENMANN », in *La pensée de Charles EISENMANN*, éd. Economica, 1986, p. 31 et s.

[83] M. FRANGI, *Constitution et droit privé*, Economica, 1992, n° 180.

Par ce biais, il est possible d'envisager une attaque d'un contrat qui ne respecterait pas les droits fondamentaux du fait de sa subordination aux règles supérieures dans la hiérarchie. Le respect de celles-ci est la condition pour que le contrat en tant que norme inférieure soit valide. En d'autres termes, *« dans une approche purement kelsénienne, où les particuliers sont habilités par l'ordre juridique à régler leurs relations réciproques au moyen d'actes créateurs de normes, la domination des droits fondamentaux permet de fonder leur applicabilité aux dispositions élaborées par l'auteur d'un acte juridique »*[84]. Ainsi, on peut penser que le fait que le contrat puisse être limité par les droits fondamentaux est la conséquence de cette hiérarchisation dans la pyramide des normes, mais aussi de la subordination verticale du contrat. Cette façon d'envisager la question aboutit à soumettre les stipulations contractuelles à un contrôle dit de « fondamentalité » tendant à vérifier que la règle de droit élaborée par les parties à l'acte est respectueuse des droits primordiaux de l'individu.

28.- Si l'on se base sur cette hypothèse de conflit de normes dans l'interprétation du contrat, alors peu importe la force obligatoire qu'auront pu donner les parties à l'acte, la prise en compte du droit fondamental primera toujours dans le sens qui lui sera attribué. Si l'on admet que le contrat puisse faire partie de la hiérarchie des normes entendue classiquement, alors il est possible de dire qu'en tant que norme interne, ce contrat doit être compatible avec la Convention EDH.

Bien qu'elle paraisse logique, cette supériorité des droits fondamentaux sur la force obligatoire du contrat ne peut être abordée *a priori* de manière absolue, sans quoi le raisonnement manquerait de finesse et d'objectivité. Il est donc nécessaire de nuancer cette approche.

29.- La supériorité nuancée.- S'en tenir à une lecture traditionnelle de la hiérarchie des normes aboutira indéniablement à la prévalence du droit fondamental bafoué. Or, la jurisprudence a montré qu'il fallait parfois nuancer cette approche. Considérer que les droits fondamentaux doivent prévaloir sur une clause contractuelle, c'est admettre qu'en cas de conflit, ces derniers priment de façon *« automatique et péremptoire »*[85] ce que contient le

[84] J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, thèse Aix-Marseille, 2003, n° 18.

[85] *Ibid.*, n°91.

contrat. La logique juridique ne peut se satisfaire de cette vision trop excessive. Une tempérance doit être envisagée.

En effet, il est possible d'envisager une autre hypothèse qui consisterait pour le juge à partir du postulat selon lequel l'interprétation du contrat met en jeu un conflit opposant deux droits fondamentaux. Il faut donc imaginer dans cette hypothèse de reconnaître au contrat la qualité de droit de l'homme. Lorsqu'un conflit d'interprétation intervient, on pourrait en effet penser qu'en vertu de la valeur accordée à la liberté contractuelle - le contrat constituant la manifestation de celle-ci - le conflit peut opposer deux droits fondamentaux, parmi lesquels le contrat.

Cependant, opposer deux droits fondamentaux sur la base d'un conflit de normes apparaît délicat. Comment résoudre un tel litige ? Il convient d'envisager deux précisions. Tout d'abord, sur la base de quel raisonnement le juge pourrait-il considérer que le contrat est un droit fondamental ? Ensuite, quelle place sera laissée au droit fondamental invoqué par la partie lésée dans l'interprétation du contrat ?

30.- Si le juge en vient à considérer le contrat comme un droit de l'homme, c'est par le biais de la liberté contractuelle. Elle constitue le droit pour chaque individu de contracter avec la personne de son choix, mais aussi de choisir le contenu de son contrat. La reconnaissance du caractère constitutionnel de la liberté contractuelle est récente, et alors même qu'elle reste nuancée[86] pour certains, la majorité des auteurs la considère pour acquise[87].

La position du Conseil constitutionnel a été décousue sur la question. Il a tout d'abord admis dans une décision historique[88] que « l'autonomie de la volonté » faisait partie des principes fondamentaux mentionnés à l'article 34 de la Constitution. Plus récemment et plus explicitement, dans le cadre de la procédure de « délégalisation » de l'article 37-2 de la Constitution, il a jugé que la « liberté contractuelle » - et non plus l'autonomie de la volonté - devait être rangée parmi les « *principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales* », qu'il incombe au législateur de fixer conformément aux dispositions de l'article 34 de la Constitution[89]. En revanche, il a aussi énoncé qu'*« en ce qui concerne la*

[86] P. REMY-CORLAY, *op. cit.* (v. note 34), p. 198.

[87] P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse Montpellier, 2008, p. 369, n° 417.

[88] Cons. const. 27 novembre 1959, n° 59-1 FNR.

[89] Cons. const. 4 juin 1984, n° 84-137 L.

liberté contractuelle (...), aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle »[90] (…), ou bien encore *« le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même de valeur constitutionnelle (...) ; il ne résulte ni de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni d'aucune norme de valeur constitutionnelle un principe constitutionnel dit de l'autonomie de la volonté »*[91].

Depuis peu, la valeur constitutionnelle a été affirmée de manière plus officielle. Des dispositions législatives ont été annulées en raison de la méconnaissance de la liberté contractuelle. Le Conseil constitutionnel a prononcé que *« si l'objectif d'assurer à toute personne un logement décent répondait bien à une exigence d'intérêt national, l'atteinte portée à la liberté contractuelle des bailleurs, rendus prisonniers d'accords antérieurement conclus, était excessive par rapport au gain escompté en vue la réalisation de l'objectif poursuivi »*[92]. En outre ont été censurées la deuxième loi relative à la réduction du temps de travail[93] et la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001[94] parce qu'elles bouleversaient de façon injustifiée l'économie de conventions en cours.

À ce titre, le contrat - expression de la liberté contractuelle - constituerait un droit de l'homme pour certains auteurs[95]. Si le juge l'aborde en tant que tel, on pourra penser qu'il agit ainsi dans l'objectif de limiter l'influence des droits fondamentaux dans l'interprétation. En jouant sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, il la place à un niveau hiérarchique plus élevé que celui des droits fondamentaux, si l'on s'attache comme on l'a précisé à une vision kelsénienne de la hiérarchie des normes.

---

[90] Cons. const. 3 août 1994, n° 94-348, *JCP* 1995, éd. G, II, n° 22404, note Y. BROUSSOLLE ; *RTD civ.* 1996, p. 151, obs. J. MESTRE ; *RFD constit.* 1994, p. 832, P. GAIA ; *LPA* 28 avril 1995, p. 5, B. MATHIEU ; *D.* 1995, p. 344, F. MELIN-SOUCRAMANIEN ; *D.* 1995, p. 351, P. GAIA ; *D.* 1996, p. 45, X. PRETOT.

[91] Cons. const. 20 mars 1997, n° 97-388, *JCP* 1997, éd. G, I, n° 4039, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *RTD civ.* 1998, p. 99, obs. J. MESTRE ; *Droit et patrimoine* 1999, n° 67, p. 75, obs. E. PUTMAN ; *LPA* 17 octobre 1997, p. 13, B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *RFD constit.* 1997, p. 328, L. FAVOREU et F. MELIN-SOUCRAMANIEN.

[92] Cons. const. 7 décembre 2000, n° 2000-436, *AJDA* 2001, p. 18, J.-E. SCHOETTL ; *LPA* 1er août 2001, p. 18, note F. ROBBE ; *D.* 2001, p. 1841, M. FATIN-ROUGE STEFANINI ; *RFD const.* 2001, p. 346, F. MELIN-SOUCRAMANIEN ; *JCP* 2001, éd. N, p. 494, J.-L. BOURGEOIS.

[93] Cons. const. 13 janvier 2000, n° 99-423, *LPA* 19 janvier 2000, p. 6, J.-E SCHOETTL ; *LPA* 19 janvier 2000, p. 30, A. SAURET ; *LPA* 3 février 2000, p. 16, C. CHARBONNEAU, N. MOLFESSIS, F.-J. PANSIER ; *LPA* 24 février 2000, p. 10, G. PICCA, A. SAURET ; *LPA* 28 juillet 2000, p. 22, L. BAGHESTANI-PERREY, B. MATHIEU, M. VERPEAUX ; *RFD const.* 2000, p. 341, V. OGIER-BERNAUD.

[94] Cons. const. 19 décembre 2000, n° 2000-437, *LPA* 22 décembre 2000, p. 5, note J.-E. SCHOETTL ; *RTD civ.* 2001, p. 229, N. MOLFESSIS ; *LPA* 1er et 2 mai 2001, p. 4, B. CASTAGNEDE ; *RFD const.* 2001, p. 129, L. PHILIP ; *RFD const.* 2001, p. 134, D. RIBES.

[95] Cf par ex. P. REMY-CORLAY, *Dictionnaire des droits de l'homme*, 1ère éd. PUF, 2008, sous la direction de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, p. 198.

Dans tous les cas - et sans remettre en cause cette valeur constitutionnelle - il ne faut pas oublier que la liberté contractuelle a toujours été limitée[96], et que paradoxalement ce sont les règles qui la limitent qui ont changé. *« Les droits fondamentaux, en même temps qu'ils reconnaissent la liberté contractuelle comme l'une des leurs, lui apportent de nécessaires limites »*[97]. Cette déduction montre bien qu'une approche traditionnelle de la hiérarchie des normes ne peut suffire puisque l'on peut penser que les droits fondamentaux - alors même qu'ils ont en vertu de la pyramide des normes de KELSEN une valeur supralégislative et infracommunautaire - pourraient limiter la liberté contractuelle, et donc le contrat, abordé comme un droit de l'homme.

31.- En effet, la limitation du contrat a toujours existé. Depuis 1804, la liberté contractuelle n'a jamais été absolue. En vertu de l'article 1134 du Code civil, seules les conventions *« légalement formées »* tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. En outre, ces conventions doivent respecter l'ordre public et les bonnes mœurs. L'ordre public s'est développé, a évolué. *« Il intervient non seulement au travers de lois dites « d'ordre public » (économique, de direction…), mais est immanent également dans la représentation d'autres valeurs contractuelles : la bonne foi, le solidarisme… Or il semble que ces valeurs sont pour une part au moins assurées par la reconnaissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les bonnes mœurs ont disparu du contrat- sinon de la société. Mais elles pourraient renaître discrètement, sous une autre forme, en usant peut-être des droits de l'homme »*[98] (…) *« Au nom de la liberté contractuelle, on a tout autorisé. Les droits fondamentaux sont un moyen de les convoquer à nouveau ; différemment, sans les nommer ».*

On observe ainsi un déplacement de la norme de référence pour encadrer le contrat. Les droits fondamentaux deviennent les outils qui vont permettre de réaliser cette mise en œuvre. Ils assurent un nouvel ordre public, *« l'ordre public contractuel »*[99]. La Cour de Justice des communautés européennes (ci-après CJCE) a elle-même reconnu que le droit communautaire pouvait encadrer le contrat puisqu'elle a reconnu l'effet horizontal direct des normes communautaires de droit primaire sur les contrats[100].

---

[96] L'article 1134 du Code civil dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

[97] P. REMY-CORLAY, *op. cit.*

[98] P. REMY-CORLAY, *op. cit.*, p. 199.

[99] *Ibid.*

[100] CJCE, 15 décembre 1995, *BOSMAN*, C-415/ 93.

32.- Les droits fondamentaux peuvent limiter le sens du contrat. Dans l'optique d'une réflexion complète, on pourrait penser *a contrario* que le contrat devrait pouvoir limiter aussi les droits fondamentaux, bien que l'hypothèse paraisse moins flagrante[101]. *« Aussi essentielles que soient les prérogatives liées à la personnalité, on a bien été obligé d'admettre qu'elles pouvaient faire l'objet de certaines opérations juridiques directement ou indirectement. Directement, parce qu'on peut y renoncer de façon limitée et provisoire, à titre gratuit ou à titre onéreux. Indirectement, parce que nécessairement certains contrats entraînent volens nolens une certaine abdication de ces droits. Toute la nuance est de n'admettre ces abandons que de façon limitée, de les interpréter de façon stricte, voire restrictive, et de réserver toujours l'abus que pourrait en faire le bénéficiaire »*[102].

La systématisation d'un règlement des litiges opposant droit fondamental et liberté contractuelle apparaît plus délicate qu'elle n'y paraît. Le risque en protégeant exagérément les droits fondamentaux est d'annihiler la liberté contractuelle. Dès lors, l'érection de la liberté contractuelle en norme à valeur constitutionnelle laisse poindre la possibilité que le contrat puisse parfois prévaloir. Il faut pouvoir - au même titre que l'on en tolère les atteintes - la protéger. Il ne faut donc pas exclure de façon absolue l'idée selon laquelle le contrat pourrait limiter les droits fondamentaux, bien que cette possibilité - nuancée - nous paraisse peu probable.

La prise de décision ne sera pas simplifiée si le juge se positionne face à un conflit de normes de même valeur hiérarchique. C'est pour cette raison, et en cas de trop grandes difficultés que l'on peut penser que le juge optera pour la conciliation, en cas de *« collision »*[103] des droits fondamentaux, selon les termes de la doctrine allemande. En effet, les lacunes et fragilités de la théorie classique de la hiérarchie des normes - la hiérarchie des normes a *« la fragilité d'un château de cartes, puisque l'anomalie remettant en cause l'une des règles menace la tenue de toute la pyramide »*[104]- peuvent être appréhendées de manière positive en essayant d'y apporter des alternatives.

Pascal PUIG reconnaît que la théorie classique de la hiérarchie des normes apparaît parfois *« bien insuffisante à ceux qui recherchent dans l'organisation hiérarchisée des*

[101] J. RAYNAUD, *op. cit.* (v. note 84).

[102] J. HAUSER, « L'indisponibilité relative des droits de la personnalité : conventions directes et indirectes sur le droit au respect de la vie privée et le droit au secret », *RTD civ*. 2000, p. 801.

[103] *Ibid.*

[104] C. ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, coll. Thémis, 1999.

normes une cohérence substantielle »[105]. C'est pourquoi il en propose une autre approche consistant non pas à ne plus faire appel à la hiérarchie traditionnelle des normes - qui reste très sollicitée - mais à faire en sorte qu'elle ne demeure pas un *« système »* automatique, une théorie exclusive, révélant une théorie pure du droit, mais davantage un *« principe »* parmi d'autres, qui permettrait de trancher un conflit. Il propose de relativiser le caractère absolu de la hiérarchie des normes hérité de Hans KELSEN et de privilégier une résolution au cas par cas. La force d'une norme *« est la valeur des raisons sur lesquelles elle s'appuie (…). Cette valeur s'apprécie à chaque cas particulier, en fonction des arguments pour et contre »*[106].

Le professeur Pascal PUIG revendique la finalité du droit. Contrairement à la théorie positiviste qui consiste à faire prévaloir - quoiqu'il advienne- la norme supérieure, il propose de considérer qu'une norme d'un degré inférieur selon cette théorie pourrait supplanter une norme supérieure. *« Les juges ordinaires pourraient ainsi, à l'occasion par exemple du contrôle de conventionalité d'une loi, décider de donner la préférence à la loi qu'ils estiment pourtant irrégulière au motif que des raisons justifient en l'espèce la mise à l'écart du principe hiérarchique »*[107].

Ne pourrait-on pas considérer que cette proposition pourrait légitimer l'idée selon laquelle le contrat - qui se situe, dans une lecture traditionnelle de la hiérarchie des normes, à un niveau moins élevé qu'une disposition de la Convention EDH - puisse, dans certaines circonstances, prévaloir sur le droit fondamental ? Pascal ANCEL[108] a pu démontrer que le contrat ne se limite pas aux obligations qu'il fait naître, mais qu'il produit un effet obligatoire normatif plus étendu. Le contrat peut donc être appréhendé non plus uniquement en fonction d'une autre norme qui va édicter ses conditions d'existence, mais en tant que tel, par rapport aux effets qu'il produit et aux individus auxquels il s'adresse. L'approche formelle prônée par la pure théorie du droit laisse alors place à une théorie matérielle.

L'approche du juge peut encore être différente s'il fait une différence entre les droits fondamentaux - s'attachant non plus à régler le conflit comme s'il s'agissait d'un conflit de hiérarchie de normes - mais plutôt en s'attachant au contenu des droits, c'est-à-dire à un conflit de substances.

[105] P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ*. 2001, p. 749.

[106] C. MOULY, « Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ? », *RIDC* 1985, vol. 37, n° 4, spéc. p. 945.

[107] P. PUIG, *op. cit.* (v. note 105).

[108] P. ANCEL, *op. cit.* (v. note 82).

2. Hypothèse du conflit de substances

33.- Le conflit de substances suppose que le juge se trouve confronté à une opposition entre intérêts divergents, mais dont le contenu des droits sur lesquels ils reposent s'apparente en termes de fondamentalité. C'est par exemple le cas lorsque le juge devra départager un litige d'interprétation opposant le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit de propriété. On peut penser que le raisonnement du juge sera différent si l'on se base sur ce contexte plutôt que sur celui du conflit de normes. Sans doute privilégiera-t-il davantage la conciliation ou n'admettra pas - au premier abord et de façon évidente - la supériorité de l'un sur l'autre.

Mais comment apprécier la substance d'un droit ? Comment régler un conflit de contenus entre le droit à la vie privée et le droit de propriété par exemple ? Pour pouvoir répondre à ces questions, il convient de définir ce que l'on entend par substance et d'apprécier s'il est possible d'établir une hiérarchie entre ces contenus.

34.- La notion de substance.- Dans l'affaire linguistique belge[109], le juge utilise pour la première fois la notion de substance, dans laquelle il précise que la réglementation du droit à l'instruction *« ne doit pas entraîner d'atteinte à la substance de ce droit »*. La Cour a toujours notifié qu'il était indispensable de maintenir la substance d'un droit c'est-à-dire la part la plus essentielle de ce droit, celle que l'on ne peut limiter, et ceci, peu importe l'application verticale ou horizontale de la Convention EDH. Certaines dispositions de la Convention EDH - que Frédéric SUDRE qualifie de *« noyau dur des droits »*[110] - ne peuvent en aucun cas être lésées. Leur substance est à ce point essentielle qu'aucune restriction ne peut leur être portée. *« Les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même »*[111]. Petr MUZNY[112] constate qu'une atteinte à la substance d'un droit ne pourra jamais être considérée comme proportionnée. On comprend dès lors l'importance de la question, alors pourtant qu'aucune définition officielle ne vient préciser ce qu'est la substance d'un droit.

---

[109] Cour EDH, 23 juillet 1968, *affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, série A, n° 6, § 5, *AFDI*, 1968, p. 201, obs. R. PELLOUX ; *GACEDH*, n° 8, comm. F. SUDRE.

[110] F. SUDRE, *op. cit.*(v. note 18), p. 206, n° 143.

[111] Cour EDH, 17 octobre 1986, *REES c. Royaume-Uni*, série A, n° 106, *JDI* 1987 p. 796, obs. P. ROLLAND.

[112] P. MUZNY, « Essai sur la notion de noyau intangible d'un droit, la jurisprudence du tribunal fédéral suisse et de la Cour EDH », *RDP* 2006, p. 989 et suiv.

On sait en revanche que pour déterminer si la substance d'un droit est altérée, il faut par exemple rechercher si les titulaires de ce droit conservent la faculté de l'exercer d'une manière ou d'une autre, ou encore rechercher quelle est la durée de l'entrave. Par exemple, un individu ne jouit pas de la liberté d'association si les possibilités de choix ou d'action qui lui restent se révèlent inexistantes ou réduites au point de n'offrir aucune utilité[113]. La substance d'un droit correspond donc à son contenu, mais non à tout son contenu. La substance du droit est ce qu'il y a de plus important dans son contenu. Elle est utilisée par le juge pour empêcher que le droit soit altéré dans ce qu'il revêt de plus essentiel, sa part vitale. Ce terme entre en jeu quand il s'agit de conditionner la restriction à un droit fondamental. Pour que l'atteinte soit légitimée, il ne faut pas que la substance du droit soit entamée.

La notion de substance un peu mieux cernée, il convient de se demander dans quelles mesures le juge - pour départager le conflit d'intérêts à l'origine du conflit d'interprétation - pourrait établir une hiérarchie entre les droits, du fait de leur contenu.

35.- La hiérarchie des substances.- Les sources du droit se multiplient, se renouvellent[114]. Ce foisonnement de contenus rend délicat leur insertion dans une théorie du droit figée, surtout lorsque cette théorie se révèle désordonnée en son sein et critiquée[115]. Ainsi, une autre lecture de l'ordonnancement juridique est encouragée, qui envisage de manière différente la façon dont ces droits coexistent et sont liés[116]. Au regard de ces nouveaux paramètres, une hiérarchie des substances peut-elle être dès lors envisagée ?

36.- Généralités.- Frédéric SUDRE défend l'idée qu'une hiérarchie en fonction des contenus peut être établie entre les droits fondamentaux. Au regard de la notion d'ordre public tout d'abord - notion dégagée par l'arrêt *LOIZIDOU*[117] - l'auteur explique qu'elle suppose que

---

[113] Cour EDH, Gde Ch. 29 avril 1999, *CHASSAGNOU* c. France, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, *RTDH* 1999, p. 901, obs. P. FLORES et M. FLORES-LONJOU ; *RTD civ*. 1999, p. 913, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *GACEDH*, n° 66, comm. J.-P. MARGUÉNAUD.

[114] V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279 ; C TCHAKALOFF et O. GOHIN, « La constitution est-elle encore la norme fondamentale de la République ? », *D.* 1999, p. 120.

[115] F. GRANET, « Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : Études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 41 et s ; « La hiérarchie des normes n'existe pas », *D.* 1999, n° 30, p. 1, M. MONIN.

[116] P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2005 ; P. PUIG, *op. cit.* (v. note 105).

[117] Cour EDH, 23 mars 1995, *LOIZIDOU c. Turquie*, série A, n° 310, *JCP* 1996, éd. G, I, 3910, n° 4, F. SUDRE ; *AJDA* 1996, p. 385, obs. J.-F. FLAUSS ; *JDI* 1997, p. 273, P. TAVERNIER ; *RTDH* 1998, p. 102, J. COT ; *JCP* 1996, I, 3910, n° 4, SUDRE.

certains droits relèvent de l'ordre public et d'autres pas, *« sinon la notion d'ordre public paraît être une simple figure de rhétorique et perd toute signification juridique »*[118]. Selon lui, seuls certains droits sont d'ordre public et ce sont des droits fondamentaux.

En outre, la Convention EDH doit être interprétée selon le concept de *« société démocratique »*, ce qui aurait pour conséquence de distinguer ce qui est fondamental de ce qui ne l'est pas, instaurant ainsi une hiérarchie entre les droits fondamentaux. La notion de société démocratique, que la Convention EDH ne mentionne pas, constituerait la *« valeur centrale de l'ordre public européen »*[119]. C'est au juge européen que l'on doit l'identification des caractéristiques de la société démocratique, dans le célèbre arrêt *HANDYSIDE*[120], lesquelles sont *« le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »*[121]. L'idée de société démocratique constitue un *« critère d'interprétation »*[122] permettant ainsi à la Cour EDH de préciser la teneur des droits issus de la Convention EDH et de ses protocoles. Dans cette quête d'une société démocratique - qui passe par l'effectivité des droits garantis - le juge européen élabore donc deux catégories de droits : les droits inhérents à la société démocratique (liberté d'expression, liberté de pensée, de conscience et de religion, et droit de ne pas subir de traitements inhumains) et les droits d'une importance primordiale dans une société démocratique , mais pour autant qui n'apparaissent que comme indirectement constitutifs de cette démocratie (principe de la prééminence du droit, principe du pluralisme politique). Si l'on s'en tient à ce courant, comment envisager le conflit qui opposerait deux droits de second rang ? À vouloir hiérarchiser, il ne resterait qu'à introduire une hiérarchie supplémentaire au sein des normes fondamentales déjà classifiées comme de second rang.

De facto, il existe des droits plus importants que d'autres puisque des atteintes à leurs contenus sont tolérées pour certains d'entre eux. Les restrictions possibles prévues aux articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention EDH prévoient que des limitations peuvent exister à ces droits pour des raisons qui sont nécessaires dans une société démocratique à *« la protection des droits et libertés d'autrui »*. Notons cependant que ces limitations ont été prévues dans le cadre vertical, ce qui pose la question de leur validité au sein des relations

[118] F. SUDRE, *op. cit.* (v. note 18), p. 383.

[119] *Ibid.*, p. 220, n° 152.

[120] Cour EDH, 7 décembre 1976, *HANDYSIDE c. Royaume-Uni*, série A, n° 24, *JDI* 1977, p. 706, obs. P. ROLLAND ; *GACEDH*, n° 7, F. SUDRE.

[121] *Ibid.*, § 50.

[122] F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonner la raison d'État, vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, Les voies du droit, paris, 1989, p. 429 et suiv.

horizontales. Comment régler un conflit opposant deux droits fondamentaux si le juge les aborde sur la base de leurs contenus ?

L'idée d'un *« noyau dur »*[123] de droits est partagée. En effet, un courant doctrinal défend l'idée d'une hiérarchisation des droits fondamentaux, entre des droits de premier rang et des droits de second rang[124], ou entre des droits essentiels et d'autres qui ne le seraient pas. D'autres auteurs[125] regrettent cette analyse faisant fi du caractère indivisible et interdépendant des droits fondamentaux.

En réalité, deux conceptions de la hiérarchie des droits fondamentaux en fonction de leur substance existent.

37.- Le premier courant, celui consistant à penser que la substance du droit est intouchable, suppose que pour chaque droit, il existe un noyau dur et des prérogatives accessoires. Le noyau dur ne peut en aucun cas être altéré. Si des contrats venaient à y porter atteinte, ils seraient *« intrinsèquement condamnables »*[126]. Ainsi, dès lors que le juge constatera que le noyau dur est atteint, son interprétation n'ira pas plus loin. En revanche, si la part vitale du droit est préservée, il n'aura alors plus qu'à opérer un équilibre entre les prérogatives concernées. Il pourrait donc exister, au sein du contenu d'un même droit fondamental, une hiérarchie entre un noyau dur et des éléments accessoires.

Que se passerait-il si deux contenus de droits étaient en conflit ? On peut penser que cela ne changera pas la solution du problème. Que ce soit au sein d'un même droit fondamental ou que le conflit oppose deux ou plusieurs contenus de droits fondamentaux, à partir du moment où une prérogative faisant partie du noyau dur d'un droit est en conflit avec une prérogative ne faisant pas partie de ce noyau dur, le premier prend le dessus, et le juge n'a pas à aller plus loin dans l'interprétation. L'avantage de cette conception est de favoriser la sécurité juridique puisque la solution du conflit ne dépendra pas du contexte, mais sera toujours la même en fonction du droit concerné. Tel droit ne supporte pas telle atteinte. Pour

[123] F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme? », in *Liber AMICORUM Marc-André EISSEN*, LGDJ, Bruylant Bruxelles, 1995, p. 381.

[124] V. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12e éd., Dalloz, 2003, p. 485 et 611.

[125] P. PUIG, *op. cit.* (v. note 105), p. 749. L'auteur cite J. RAVANAS, « Liberté de la presse et responsabilité civile : l'illusion d'une hiérarchie des normes en conflit », note sous Civ. 2e, 24 janvier 1996, *D.* 1997, p. 268, et, du même auteur, « Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité », *D.* 2000, chr. p. 459.

[126] S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 1999-2001*, Bruxelles, Larcier, Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 39, 2003, n° 480.

un auteur défendant ce courant s'impose *« la nécessité théorique de poser, dans le droit conventionnel, l'existence d'un injustifiable en soi, d'un domaine exclu du raisonnement téléologique qui forme l'essence de la logique proportionnaliste »*[127].

38.- Le second courant défend l'idée selon laquelle la substance du droit peut être atteinte et favorise un traitement au cas par cas. Il paraît inconcevable pour ses défenseurs d'imaginer qu'un droit puisse ne jamais être altéré sur certains points. La substance du droit existe, mais elle ne doit pas être définie *a priori*. Elle doit être le résultat de la mise en balance de deux intérêts en conflit à un moment donné, dans une situation donnée, et ce n'est que dans le cas où elle sera disproportionnée qu'une restriction portera atteinte à la substance[128]. Il n'y a pas de *« noyau intangible prédéterminé »*[129]. Si l'on penche en faveur de cette seconde théorie, il n'y aurait donc pas de hiérarchie figée dans le contenu d'un droit fondamental, mais plutôt une hiérarchie variable, en fonction du contexte.

Une hiérarchie est possible, mais elle est temporaire. Elle se créé en fonction de la situation concrète à laquelle elle est confrontée, pour se défaire ensuite. *« L'équilibre est nécessairement rompu en faveur de l'un ou de l'autre, celui qui prévaut ou si l'on préfère, celui qui a été mis en avant par celle des deux parties qui gagnera son procès. (…) La pondération des intérêts conduit à ce que, au moins dans les circonstances de l'espèce, un intérêt pèse plus lourd que l'autre »*[130]. Il s'agit d'une hiérarchie « du moment ». Cette hiérarchie n'est jamais la même et se créé en fonction de la situation concrète à laquelle elle est confrontée, pour se défaire ensuite[131].

Ainsi, ceci signifierait donc que tout dépend de ce qui est défini par le juge comme faisant partie du « noyau dur » des droits ou en étant exclu. C'est sans doute le juge européen - interprète de la Convention EDH - qui aura en charge de le déterminer. Quel que soit le courant choisi, la proportionnalité est à chaque fois utilisée pour départager les intérêts qui

[127] S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, n° 554, p. 406.

[128] P. MUZNY, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Préf. F. SUDRE, PUAM 2005, vol. I, n° 288.

[129] P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit, la jurisprudence du tribunal fédéral suisse et de la Cour EDH », *RDP* 2006, p. 977 et suiv.

[130] F. RIGAUX, « La protection de la vie privée en Europe », in *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, p. 225.

[131] *Ibid.*

s'opposent. La référence à la proportionnalité est présente dans les deux courants. Dans la première conception, la proportionnalité sera utilisée par le juge dès qu'il aura constaté que la substance n'est pas entamée. La proportionnalité concernera donc deux prérogatives accessoires. Dans la seconde conception, la proportionnalité pourra être utilisée à tout moment, puisque l'on considère que n'importe quel droit et n'importe quelle substance de ce droit peuvent être altérés, dès lors que l'atteinte est proportionnée.

39.- Peut-on dégager un critère utilisé par le juge faisant dépendre l'application de telle ou telle conception ? À ce stade de l'étude, rien ne nous permet d'établir de conclusion certaine sur le raisonnement du juge. Mais nous pouvons d'ores et déjà considérer qu'au-delà du fait que le juge ait opté pour l'une ou l'autre de ces conceptions, l'issue de sa décision aura de toute façon le même effet sur le contrat. Soit l'atteinte à la substance est dès le départ mise en avant, soit à l'issue d'un balancier le juge fera primer la substance du droit. Comprenons bien que la question du conflit de substances est importante, car, de sa résolution, va dépendre l'interprétation du contrat, de laquelle dépendra aussi sa sanction.

L'une ou l'autre de ces hypothèses d'un conflit de normes ou de substances dépendra à la fois de la place accordée aux droits fondamentaux par le juge dans l'ordonnancement juridique, mais également de l'idée qu'il se fait du contrat. Justement, la conception de ces éléments est en pleine évolution.

40.- Le temps est à la valorisation de l'influence des droits fondamentaux au sein de l'interprétation, car le visage du contrat a changé. Les aspirations poursuivies sont différentes. *« Le développement des droits de l'homme conduit certainement à un renouvellement des sources contractuelles et par la même à une nouvelle façon de penser le contrat. Cette nouveauté doit cependant être relativisée. L'intervention des droits de l'homme dans le contrat traduit toujours l'oscillation qu'on a toujours connue : contrat pour toujours tiraillé entre la liberté des volontés et la maîtrise de ces volontés »*[132]. Dès lors, on conçoit que l'influence que pourront jouer les droits fondamentaux lors de l'interprétation est variable.

Le changement de la norme de référence pour interpréter le contrat révèle une mise à l'écart de la conception traditionnelle du contrat comme une manifestation de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle. Ce changement s'explique par une modification des intérêts poursuivis. *« C'est qu'il ne s'agit pas, dans le cadre de ces deux textes aujourd'hui en*

[132] P. REMY-CORLAY, *op. cit.* (v. note 34), p. 200.

concurrence, de protéger les mêmes libertés : de la liberté contractuelle des parties, consacrée par le Code civil, l'accent est mis aujourd'hui sur les libertés publiques des individus dont le respect, par le truchement de la Convention européenne, s'impose également et directement dans les relations privées »[133]. La perception du contrat évolue, et les droits fondamentaux permettraient de répondre à une volonté d'en faire un acte moins libéral. Mais, tout en utilisant les droits fondamentaux, le juge maintient l'utilisation des règles traditionnelles prévues par le Code civil.

On peut dès à présent considérer que la mesure de l'influence peut dépendre de la perception qu'a le juge de la nature du conflit né entre les droits fondamentaux et le contrat. L'étude s'inscrit donc inéluctablement dans un cadre jurisprudentiel. L'étendue de ce cadre paraît *a priori* élargie dans la mesure où - au regard des éléments en conflit - tant le juge européen que le juge interne devraient jouer un rôle dans la mise en œuvre de cette influence.

En effet, le juge interne - précisément le juge du fond - est souverain en matière d'interprétation, tandis que les droits fondamentaux émanent du juge européen. Étudier la rencontre entre interprétation du contrat et droits fondamentaux implique donc de considérer que les actions de la Cour EDH et celle des juridictions internes devront être abordées, et que la mesure de l'influence va dépendre de leurs actions respectives.

Dans le cadre de cette approche complémentaire, on observera dans un premier temps que l'influence des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat apparaît sensible (Partie 1). Pour autant, on peut présager qu'en raison de la singularité et de la nouveauté de l'influence, la mesure de cette dernière s'avérera nécessairement perfectible (Partie 2).

[133] G. LARDEUX, « Liberté contractuelle du bailleur et libertés fondamentales du preneur », *RDC* 2004, p. 348.

PARTIE 1

L’INFLUENCE SENSIBLE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L’INTERPRÉTATION DU CONTRAT

41.- Les droits fondamentaux influencent de manière importante l'interprétation des contrats. Cette percée à travers les règles traditionnelles de l'interprétation prévues par le Code civil est permise du fait d'un travail complémentaire des juridictions européennes et nationales.

42.- Influence du juge européen.- Les droits fondamentaux, œuvre du Conseil de l'Europe, sont employés par le juge européen qui en assure la production, la promotion et le contrôle. Pour des raisons de fond tenant essentiellement à ses compétences - la Convention EDH lui permet de juguler les atteintes que l'État peut porter aux droits fondamentaux des particuliers[134] - la Cour EDH s'est toujours refusée à établir une sorte de théorie générale ayant pour objectif de déterminer dans quelles mesures elle aurait à intervenir dans les relations privées. Elle a estimé *« qu'il n'était pas souhaitable, encore moins nécessaire, d'élaborer une théorie générale concernant la mesure dans laquelle les garanties de la Convention doivent être étendues aux relations entre les personnes privées »*[135].

En conséquence, jauger l'influence des droits fondamentaux dans l'interprétation d'un contrat privé paraît vain si l'on s'en tient à ces seules considérations. Mais, la réalité est relativement différente de l'approche théorique qui vient d'être exposée. En effet, l'action diversifiée du juge européen a permis d'accroître de manière *« détournée »* l'influence des droits fondamentaux dans l'interprétation. Faute de reconnaissance d'un effet horizontal direct de la Convention à l'égard de la Cour EDH, cette dernière a su s'imposer dans le giron du juge interne en développant en profondeur l'effet horizontal indirect reconnu au texte européen. Son action en ce sens s'est d'ailleurs affinée au fil du temps.

L'influence des droits fondamentaux est également mise en œuvre par le juge interne, puisque c'est à ce dernier que revient la tâche d'interpréter le contrat.

43.- Influence du juge interne.- L'interprétation du contrat constitue l'œuvre du juge interne. En vertu d'une jurisprudence ancienne[136], les juges du fond sont souverains en ce domaine. Pour des raisons de forme tenant à leur hostilité constatée à l'égard de la règle

[134] Convention EDH, art. 34.

[135] Cour EDH, 28 juin 2001, *VGT VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN c. Suisse*, req. n° 24699/94, *RTDH* 2002, p. 1035, obs. P.-F. DOCQUIR.

[136] Cass. Ch. réunies, 2 février 1808, arrêt *LUBERT*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, F. TERRE et Y. LEQUETTE, Dalloz, 2000 (11ème éd.), n°159.

étrangère, les juges internes et la doctrine n'ont pas toujours réservé un accueil chaleureux aux droits de la Convention[137].

Pour autant, ce constat avéré il y a quelques années encore n'a plus lieu d'être aujourd'hui. Rien ne sert de démontrer l'existence de l'effet horizontal, mais plutôt d'en mesurer la portée[138]. En effet, il est arrivé au juge interne, lors de l'interprétation d'un contrat, d'utiliser les droits fondamentaux - parfois seuls au visa de la décision - pour justifier son raisonnement. Facteur de valorisation de sa jurisprudence et prétexte à l'accroissement de son pouvoir de modification du contrat, les droits fondamentaux occupent aujourd'hui une place maîtresse au sein des sources du droit des contrats.

L'influence des droits fondamentaux sur le contrat est la conséquence de la complémentarité des actions du juge européen et du juge interne.

44.- Complémentarité des influences.- L'influence mise en œuvre par le juge interne et celle exercée par le juge européen se complètent. Le juge européen et le juge interne jouent tous deux un rôle distinctif dans la mise en œuvre de l'influence des droits fondamentaux sur l'interprétation. Malgré tout, leurs actions respectives s'inscrivent dans un mouvement d'ensemble. En effet, l'action du juge européen n'aurait aucun sens et aucune portée sans celle du juge interne, et inversement. Dans cette distribution des compétences, on observe un déséquilibre dans la relation les unissant. En effet, et alors même que chacun d'eux est indispensable à la mise en œuvre de ce phénomène récent, le juge européen semble en position de force face à un juge interne désorienté. Alors que le juge européen a essentiellement pour mission d'insuffler le contenu de l'influence, le juge interne est incité à l'appliquer. Au final, la combinaison de leurs actions - abstraction faite de la nature de leur relation - permet de conférer un caractère prépondérant aux droits fondamentaux dans la détermination du sens d'un contrat.

L'influence conséquente des droits fondamentaux dans l'interprétation est le fruit d'une complémentarité d'actions du juge européen, lequel dicte l'influence (Titre 1), et du juge interne, lequel la réceptionne (Titre 2).

[137] Par ex. R. de GOUTTES, « Le juge français et la CEDH: avancées et résistances... », *RTDH* 1995, n° 24, p. 605 ; « Formation (ou contenu) des contrats et Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales », *RTD civ.* 1992, p. 88 ; Cass. civ. 3ème, arrêt CAMUSE du 27 février 1991.

[138] A. DEBET, *op. cit.*(v. note 31)

TITRE 1

UNE INFLUENCE DICTÉE PAR LE JUGE EUROPÉEN

45.- Le juge européen joue un rôle important dans l'influence observée des droits fondamentaux sur la lecture du contrat. Cette implication, évolutive et indirecte, se manifeste diversement.

46.- Caractères de l'influence.- L'influence est évolutive. De manière progressive, le juge européen a marqué du sceau de son empreinte l'interprétation du contrat. Des interventions éparses lui ont en effet permis de se constituer un encrage important pour influencer de manière efficace l'interprétation des contrats. De la sorte, son rôle sensible dans l'émergence des droits fondamentaux au sein du contrat est le fruit d'une approche évolutive.

Au regard des compétences reconnues à la Cour - laquelle a vocation à contrôler des relations verticales - cette influence ne peut être qu'indirecte. Le qualificatif d'*« indirecte »* signifie que l'influence des droits fondamentaux, si elle émane du juge européen, n'est pas pour autant appliquée directement dans le contrat. La solution qu'il rend ne vise pas directement les contractants et ne résout pas leur désaccord - alors qu'elle les concerne - mais s'adresse à l'État, lequel acquiert ainsi un rôle d'intermédiaire. En se focalisant sur le rôle de l'État, le juge européen parvient à agir sur le sens du contrat. Son action va consister à établir une sorte de grille de lecture des droits fondamentaux, laquelle servira de guide au juge interne et orientera le contenu de ses décisions.

L'influence des droits fondamentaux semble se manifester de diverses manières.

47.- Manifestations de l'influence.- L'ascension des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat, en ce qui concerne l'action du juge européen, s'est faite petit à petit. La reconnaissance de l'effet horizontal de la Convention constitue la première manifestation de l'ascension. Sa mise en œuvre a permis l'instauration d'un climat de domination et d'appropriation de la Cour EDH. Sans pour autant s'exercer de manière exclusive sur la question de l'interprétation du contrat, cette avancée a favorisé une

atmosphère générale, créant un terrain propice à davantage d'intrusion subséquente. Elle a contribué en grande partie à la concrétisation de l'influence dans l'interprétation et constitue la trame de fond sans laquelle rien n'aurait été possible. En effet, à défaut de pouvoir faire jouer un effet horizontal direct à la Convention EDH - c'est-à-dire appliquant les droits fondamentaux directement dans la relation privée - le juge a montré sa détermination à développer l'effet horizontal indirect. L'effet horizontal indirect de la Convention lui a ainsi permis de développer un ensemble de mécanismes générant une influence *médiate* des droits fondamentaux sur l'interprétation.

Sans viser directement la question de l'interprétation du contrat, le juge européen a su orienter celle-ci en agissant sur des questions parallèles qui ont elles-mêmes favorisé une acception favorable générale des droits fondamentaux. On se situe ici davantage dans une configuration large de l'interprétation entendue comme le sens général que les parties ont pu attribuer à l'acte, son contenu, dont découlent les obligations. L'influence des droits fondamentaux est alors « médiate » (Chapitre 1).

Petit à petit, l'influence des droits fondamentaux sur l'interprétation du contrat s'est accrue et affinée, à tel point que dans sa forme la plus aboutie, elle a permis au juge européen de se positionner de manière très explicite sur l'interprétation d'un contrat menée par le juge européen. L'influence des droits fondamentaux peut donc s'observer sur la question spécifique de l'interprétation. Quand ils sont utilisés de la sorte, les droits fondamentaux jouent une influence dans la détermination du sens du contrat pouvant être qualifiée d' *« immédiate* » puisque le juge européen a directement condamné l'interprétation menée par les juges internes (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

L'INFLUENCE MÉDIATE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR L'INTERPRÉTATION

48.- Le qualificatif de « médiate » signifie que l'action du juge ne s'exprime pas de manière frontale sur la question de l'interprétation d'un contrat, mais provoque la mise en œuvre d'un contexte favorable à l'application postérieure par le juge interne des droits fondamentaux. L'observation de l'influence médiate des droits fondamentaux s'inscrit dans une démarche élargie, puisqu'au-delà de la seule interprétation, elle concerne en réalité le contrat dans son entier. Cette approche paraît néanmoins indispensable, puisque si le contrat est concerné de manière générale par l'influence médiate, les questions de son interprétation y sont nécessairement associées.

Au sein des évolutions étant intervenues de façon médiate, la reconnaissance de l'effet horizontal de la Convention EDH constitue un véritable pilier. En effet, la Cour EDH peut désormais contrôler l'application des droits fondamentaux jusque dans les relations privées en passant par l'intermédiaire de l'État. Le développement de l'effet horizontal de la Convention a permis à la Cour EDH d'étendre diverses actions et ainsi de se constituer une assise de plus en plus importante.

Concept central, l'effet horizontal mérite ainsi une attention particulière. Il conviendra d'aborder dans un premier temps la question de sa détermination (Section 1), pour s'intéresser ensuite à la question de son application (Section 2).

SECTION 1. LA DÉTERMINATION DE L'EFFET HORIZONTAL

49.- L'effet horizontal indirect permet au juge européen de contrôler l'application des droits fondamentaux dans les rapports privés. Cette compétence est le fruit d'une réelle dérive du système initial prévu par la Convention EDH qui ne consistait qu'à juguler les atteintes que pouvait porter la puissance publique aux droits fondamentaux de ses ressortissants.

« La Convention transcende l'immédiate relation de l'individu à l'État pour nous ramener au contrat qui unit les hommes entre eux, au même titre qu'il les unit à l'État »[139]. Par conséquent, elle consacre l'application horizontale de certains droits définis par la Convention EDH[140], c'est-à-dire *« l'extension de l'opposabilité des droits de l'homme aux rapports interindividuels »*[141], le juge européen estimant dès cet instant que l'État peut être responsable, par le truchement de diverses hypothèses, d'atteintes à la Convention causées par des individus[142]. Dès lors, la privatisation du contenu de la Convention EDH est grandissante. Cela signifie que le juge européen tend à reconnaître de plus en plus aux articles de la Convention un effet horizontal, c'est-à-dire qu'ils ont vocation à être appliqués au sein des relations privées, notamment contractuelles. Plus le juge européen va dans le sens d'une reconnaissance d'un effet horizontal généralisé[143], plus il s'assure une influence importante sur l'État et ses différents organes. En 1981, la mise en œuvre d'un recours individuel possible devant la Cour EDH a accentué ce phénomène.

Désormais, l'effet horizontal du texte européen permet à la Cour d'élargir son contrôle aux atteintes qui pourraient être portées aux droits d'un individu par un autre individu. Au regard de la nature de la relation unissant ces deux personnes, on conçoit aisément que le

---

[139] P. de FONTBRESSIN, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », in *Liber AMICORUM Marc-André EISSEN*, LGDJ, Bruylant Bruxelles, 1995, p. 163.

[140] Cour EDH,9 décembre 1994, *LOPEZ OSTRA c. Espagne*, série A, n° 303-C, *RTD civ.* 1996, p. 507, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JDI* 1995, p. 798, P. TAVERNIER.

[141] J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *op. cit. (*v. note 39), p. 77.

[142] Cour EDH,26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, série A, n° 91, *CDE* 1988, p. 462, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *RSC* 1985, p. 629, obs. L.-E. PETTITI ; *JDI* 1986, p. 1082, obs. P. ROLLAND.

[143] V. VAN der PLANCKE et N. VAN LEUVEN, « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », Université catholique de Louvain, CRIDHO, 2007.

contrat soit concerné au premier plan par cette perspective. Plus précisément, lorsqu'un conflit sur le sens du contrat émerge, la mise en œuvre de l'effet horizontal va permettre à la Cour EDH d'orienter indirectement la résolution du litige en cause. Il est donc important de comprendre en quoi consiste ce dispositif, notamment lorsqu'il a vocation à être appliqué dans le cadre de l'interprétation d'un contrat.

Aussi, la question de la détermination de l'effet horizontal indirect dans l'interprétation implique d'en extraire son sens (§ 1), et d'observer la manière dont il peut se justifier (§ 2).

§ 1. La définition de l'effet horizontal

50.- La Cour EDH a admis l'effet horizontal indirect dans la décision *YOUNG, JAMES, et WEBSTER* c. Royaume-Uni du 13 août 1981[144]. Cette affaire posait la question de la compatibilité de la législation britannique relative à la pratique du *« closed shop »* dans les contrats avec l'article 11 de la Convention EDH protégeant la liberté de réunion et d'association. *« Selon l'article 1, chaque État contractant reconnaît « à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la [...] Convention » ; partant, quand la violation de l'un d'eux dérive d'un manquement du législateur national à cette obligation, la responsabilité en incombe à l'État. Or si la cause immédiate des événements d'où a surgi l'affaire réside dans l'accord de 1975 entre British Rail et les syndicats de cheminots, c'est le droit interne en vigueur à l'époque qui a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés. La responsabilité de l'État défendeur pour toute infraction à la Convention qui en aurait découlé se trouve donc engagée sur cette base ; il n'y a pas lieu de déterminer si elle l'est aussi, comme le soutiennent les requérants, en raison de la qualité d'employeur qu'aurait l'État ou du contrôle exercé par lui sur British Rail »*.

L'effet horizontal de la Convention correspond à une application de ce texte dans les relations privées. Inspiré de la théorie allemande de la *drittwirkung* littéralement *« effets vis-à-vis des tiers »*, son application devant le juge européen n'est pas la même que devant le juge interne. Il s'agit de *« l'opposabilité des droits de l'homme aux rapports interindividuels »*[145]. *« Le mécanisme conventionnel européen n'aurait pu être fidèle à son image de modèle de*

[144] Cour EDH,13 août 1981, *YOUNG, JAMES et WEBSTER*, série A, n° 44, *AFDI*, 1982, p. 499, obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1982, p. 226, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 220, obs. P. ROLLAND.

[145] J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *op. cit. (*v. note 39), p. 77.

protection juridique des droits fondamentaux s'il ne s'était soucié d'intégrer l'effet horizontal »[146].

Pour définir l'effet horizontal, intéressons-nous à ce qu'il n'est pas, pour déterminer ce qu'il recouvre. Le sens actuel de l'effet horizontal accroissant le champ d'application de la Convention EDH, ne correspond pas au développement initialement attendu du texte européen, marqué du sceau de la verticalité (I). En outre, pour comprendre ce que recouvre l'idée d'effet horizontal, il convient de déterminer le sens que l'on donne au rôle de l'État dans l'application des droits fondamentaux au sein d'une relation privée (II).

I. L'extension du champ d'application de la Convention EDH

51.- L'effet horizontal tel qu'on peut l'identifier et le concevoir aujourd'hui correspond à une extension du champ d'application normal de la Convention EDH, celui de la verticalité. En effet, la Convention EDH est applicable dans son sens premier aux relations unissant l'État aux individus. Seule la responsabilité de l'État du fait des actes directement adressés à un particulier y est envisagée[147]. La Cour EDH n'était compétente, *rationne personae*, que pour les violations commises par l'un des États signataires. Ainsi, elle ne met aucune obligation à la charge des individus, dont la violation par ces derniers pourrait être sanctionnée par les organes de Strasbourg. L'admission d'une atteinte causée par un individu à un autre individu et dont l'État serait responsable ne constitue pas une hypothèse envisagée dans la Convention EDH lors de sa rédaction.

Mais la réalité est désormais différente. La reconnaissance de l'effet horizontal encourage une protection de la Convention EDH qui ne soit pas cantonnée à limiter les ingérences illégitimes de l'État, mais qui prend également en compte la responsabilité de l'État à prévenir et à réguler des limitations intolérables aux droits fondamentaux causées par des personnes privées. La Cour EDH, par cette reconnaissance, a souhaité répondre à un besoin de pragmatisme et de cohérence (A), suivie de près par une partie de la doctrine (B).

[146] *Ibid.*

[147] Cf. art 34 de la Convention EDH : « la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des hautes parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles ».

A. Une admission suggérée par la Cour EDH

52.- L'effet horizontal, dit également réflexe, est d'origine allemande et « *vise à assurer l'effectivité des droits protégés, y compris contre les agissements des tiers* »[148]. La notion vise l'effet produit par une norme au sein des relations entre personnes privées, par opposition à l'effet vertical dont la vertu est de protéger les individus contre les atteintes que l'État pourrait causer aux droits fondamentaux. Il signifie que les droits protégés par la Convention doivent être respectés aussi bien dans les relations verticales liant un individu à l'État, que dans les relations horizontales liant deux individus entre eux. Le juge européen est désormais tenu de contrôler que la protection de l'individu à travers ses droits fondamentaux est assurée contre les agissements d'autres individus. Il ne s'agit plus alors de défendre ses droits contre l'État, mais davantage de garantir l'exercice effectif de ces droits par l'État. Le juge PETTITI se félicite de cette extension de la dimension de la Convention EDH, qui devient non plus seulement un instrument de défense contre l'État, mais un mécanisme de protection généralisée[149].

53.- Cette extension était prévisible. Certes, la violation par un État des droits fondamentaux garantis à un individu est sanctionnée par le biais de l'effet vertical. Mais, une telle lecture des droits fondamentaux n'aurait pu être satisfaisante, ne les protégeant que de manière apparente. L'individu doit être protégé contre les ingérences étatiques, mais aussi privées. La protection initiale verticale a donc était étendue aux rapports privés. Dans la mesure où le droit européen confère des droits aux personnes privées, il aurait été étonnant que le système mis en place par la Convention EDH y reste hermétique.

Certaines dispositions laissaient présager leur imminente privatisation. On pense par exemple à l'article 13 relatif au droit à un recours effectif ou encore à l'article 17 sur l'interdiction de l'abus de droit de la Convention EDH. Elle répond à l'observation faite par le juge européen selon lequel les individus peuvent être victimes d'une violation de leurs droits fondamentaux commise par d'autres particuliers, dans le cadre d'un contrat. L'atteinte que peut porter l'État aux droits fondamentaux est bien évidemment la plus visible. Mais, pour que ces droits puissent être protégés de manière efficace et complète, il ne faut nier cet autre

[148] F. SUDRE, *GACEDH*, Thémis, PUF, 3ème Édition, 2005, Paris, p 30.

[149] L.-E. PETTITI, « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 33.

aspect d'une atteinte qui peut intervenir dans les rapports entre personnes privées[150]. Frédéric SUDRE[151] fait référence à la théorie de l'inhérence utilisée par la Cour EDH pour justifier cette mise en œuvre de l'obligation positive, comme faisant partie intégrante de la Convention EDH.

L'effet horizontal de la Convention EDH, suggéré par le juge européen à travers sa jurisprudence, a été accueilli également de manière positive par une partie de la doctrine française.

B. Une admission accueillie par la doctrine

54.- Malgré les craintes soulevées par certains auteurs (1), la reconnaissance de l'effet horizontal est cohérente pour une partie importante de la doctrine (2).

1. Une admission parfois crainte

55.- Les craintes relatives à la reconnaissance de l'effet horizontal portent principalement sur les obligations subséquentes reconnues aux États. En effet, seul l'État est normalement débiteur des droits et libertés reconnus dans la Convention EDH. Du reste, la plupart de ses dispositions font référence aux restrictions des autorités publiques. Pourtant, cette extension a tendance à élargir leurs obligations, obligations qu'ils n'avaient par conséquent pas acceptées en ratifiant la Convention EDH. Le pouvoir ainsi reconnu au juge européen - engendrant un système parfois qualifié de *« gouvernement des juges »*[152] - tendrait à accentuer la crainte d'une dérive.

En outre, l'application des droits issus de la Convention EDH aux litiges privés générerait un *« pullulement »*[153] de normes juridiques du fait de la prolifération des sources européennes, lequel aurait pour conséquence de semer le trouble au sein de l'ordonnancement juridique et de paralyser les normes internes. Multiplier les droits horizontaux donne naissance à des notions floues, des concepts ambigus, tendant à leur conférer moins de puissance et de légitimité, créant une sorte de surenchère. *« Ces droits venus d'ailleurs sont*

[150] J.-P. MARGUÉNAUD, *op.cit.* (v. note 39), p. 163.

[151] F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995, p. 363.

[152] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit. (*v. note 39), p.89.

[153] B. MOUTEL, *op. cit.* (v. note 74), n° 26.

des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni histoire, ni territoire: ils ont surgi d'abstractions »[154]. *« Cette fondamentalisation du droit somme notre droit civil d'avoir à prouver sa légitimité »*[155].

Parallèlement à l'expression de ces craintes, d'autres auteurs considèrent au contraire que la reconnaissance de l'effet horizontal de la Convention s'inscrit dans une démarche cohérente.

2. Une admission souvent approuvée

56.- Une partie de la doctrine considère que les droits fondamentaux doivent s'appliquer dans les relations privées au même titre qu'ils le sont dans les relations verticales[156]. Admettre le contraire serait faire preuve d'incohérence. Il s'agit de défendre la thèse de l'effet horizontal immédiat, en tant qu'il serait, comme l'effet vertical, inhérent aux droits fondamentaux, voire qu'il lui préexisterait[157].

L'application horizontale des droits fondamentaux au contrat ne nécessite en ce sens l'intermédiaire d'aucun dispositif pour la mettre en œuvre, elle s'opère spontanément. Les individus ne doivent pas donner un sens au contrat qui serait contraire aux droits fondamentaux. L'exigence de protection des droits fondamentaux, même au sein des actes interpersonnels, est immédiate. Tout comme les individus peuvent se trouver en situation de faiblesse face à l'État, un individu peut se retrouver dans une même situation de faiblesse à l'égard d'un autre individu, et il est cohérent que ce dernier puisse invoquer les droits fondamentaux, dont l'application horizontale s'est exprimée immédiatement. En effet, un individu faible peut se retrouver face à un autre individu dans une même situation que lorsqu'il se trouve face à l'État. Jean RIVERO a développé cette idée pour souligner la cohérence de cette démonstration[158]. On peut en effet concevoir qu'il serait incohérent de

---

[154] J. CARBONNIER , *op. cit. (*v. note 27).

[155] P. RÉMY, « cent ans de chroniques », *RTD civ.* 2002, p. 677.

[156] Cf. par ex. J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 89.

[157] J. HABERMAS, *Droit et démocratie, Entre faits et normes*, trad. R. ROCHLITZ et C. BOUCHINDHOMME, Gallimard, 1997, p. 140, cité par J. RAYNAUD, p. 89, n° 55.

[158] J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *René CASSIN Amicorum Discipulorumque Liber III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris Pedone, 1971., p. 311 et s.

mettre en œuvre tout un mécanisme de protection des droits fondamentaux de l'individu face à l'État et de ne pas admettre la même chose dans les relations privées.

Certains auteurs adoptent une position parfois plus engagée encore. Ainsi, les droits fondamentaux font l'objet d'approches différentes qui peuvent parfois même annihiler tout intérêt à la détermination de l'effet horizontal. En effet, si l'on estime que l'effet horizontal est *« la caractéristique essentielle des droits fondamentaux »* (…) *« leur critère »*[159], alors cette identification perd en utilité. Selon Julien RAYNAUD, il serait d'ailleurs approprié d'adopter cette conception à l'égard des droits dits de la personnalité qui ont vocation à s'appliquer *erga omnes*, c'est-à-dire entre les individus. Certains vont même jusqu'à reconnaître que les droits fondamentaux ont vocation à ne s'appliquer qu'entre les personnes privées, choisissant ainsi la voie de l'exclusivité. Comme le montre également cet auteur, cette idée d'une *« automaticité »*[160] des droits fondamentaux dans les rapports privés peut être largement combinée avec une application à l'État de la Convention.

Selon d'autres auteurs, l'effet horizontal des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat doit être rattaché *« au thème de l'effet direct, pris au sens d'aptitude d'un droit à pouvoir être invoqué devant le juge »*[161]. C'est parce que l'effet direct est reconnu et rendu possible que l'effet horizontal peut être justifié. On parle alors *« d'effet direct horizontal »*. Cette conception a le mérite d'être concrète puisqu'elle rattache l'effet horizontal des droits fondamentaux à leur prise en compte par le juge, grâce à l'effet direct. Même si cette conception de la doctrine est cohérente, elle n'en demeure pas moins parfois idéaliste. En effet, elle ne joue pas forcément en faveur de l'effectivité des droits fondamentaux et de leur protection puisqu'à partir du moment où aucune des parties au contrat ne sollicitera le juge pour un litige relatif à l'interprétation du contrat, ce dernier pourra continuer d'être exécuté, alors même que son contenu heurte les droits fondamentaux.

Pour déterminer ce que recouvre l'idée d'effet horizontal dans le cadre de l'interprétation d'un contrat, il convient de cerner le rôle que l'on attribue à l'État dans l'application des droits fondamentaux au sein d'une relation privée. L'extension du champ d'application de la Convention EDH de son aspect vertical à son aspect horizontal recouvre l'idée d'une extension de la responsabilité étatique.

---

[159] J. RAYNAUD, *op. cit. (*v. note 84), p. 84, n° 52.

[160] *Ibid.*, p. 85, n° 52.

[161] *Ibid.*, p. 89, n° 56.

II. L'extension de la responsabilité étatique

57.- L'influence des droits fondamentaux sur le contrat sera déterminée en fonction de l'attitude adoptée par l'État à l'égard du litige auquel il est confronté. En effet, plus l'atteinte au droit fondamental sera manifeste, plus la responsabilité de l'État est susceptible d'être engagée. Il apparaît indispensable d'intégrer l'idée que l'État puisse avoir favorisé une telle atteinte au sein d'une relation privée. Mais de quelle manière peut-il se rendre responsable ?

Le rôle de l'État dans l'atteinte aux droits fondamentaux au sein du contrat peut résulter de son action (A) ou de son inaction (B), bien que la question de son inaction semble la plus déterminante dans le cadre du contrat et donc de son interprétation.

A. L'action de l'État engageant sa responsabilité

58.- L'État peut par son action - la mise en œuvre d'une loi par exemple[162] - avoir favorisé l'atteinte commise dans le contrat. À tout le moins, s'il ne l'a pas permis, il ne l'a pas découragé. L'individu, en insérant une telle loi dans un contrat, ou en se servant des avantages qu'elle peut lui conférer, peut ainsi porter atteinte aux droits d'un autre individu du seul fait de l'État. Par son existence, cette norme simplement insérée dans un contrat viole le droit d'un individu[163].

On pense par exemple à l'affaire *HUTTEN-CZAPSKA*[164] dans laquelle le juge européen a condamné une loi qui avait pour conséquence de priver les propriétaires d'immeubles de loyers décents, et mettait les locataires dans des situations bien trop avantageuses. Les violations privées sont ici imputables à l'appareil législatif de l'État. La législation de ce dernier rend possible la violation par un tiers d'un droit fondamental d'un individu.

---

[162] v. par ex. Cour EDH, 9 octobre 1979, *AIREY c. Irlande*, série A, n° 32, *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. ROLLAND ; *GACEDH*, n° 2, comm. F. SUDRE. Cet arrêt affirme qu'*« un obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique »*. C'est-à-dire que l'ingérence passive de l'État peut consister à un défaut d'actions d'ordre matériel ou législatif, normatif plus largement.

[163] J. RAYNAUD, *op. cit.* (v. note 84), p. 98, n° 64. L'auteur cite l'article 1, al. 2 de la loi du 2 juillet 1966 modifiée. L'auteur cite un arrêt du TI de Strasbourg du 19 novembre 1996 , *LPA*, 17 décembre 1997, p. 25, L. BARTMANN.

[164] Cour EDH,22 février 2005, *HUTTEN-CZAPSKA c. Pologne*, req. n°35014/797.

59.- Dans d'autres situations, la responsabilité de l'État peut-être engagée non pas du fait de son législateur, mais du fait de l'action de son juge, lequel n'a pas rendu une décision d'interprétation conforme à la Convention. *« Dans d'autres hypothèses, la source de la violation réside dans la jurisprudence ou la réglementation générale (...), mais sans constituer une ingérence permanente pour la victime elle-même »*[165].

Dans les deux cas, l'État aura failli à son obligation négative de respecter les droits fondamentaux. Il fournit à un particulier les moyens de porter atteinte au droit fondamental d'un autre.

60.- Mais, à partir de quel instant le juge européen va-t-il considérer que l'État est responsable de l'atteinte causée par le contrat du fait de son action ? Autrement dit, dans quelles mesures va-t-il reconnaître à la charge de l'État l'existence d'une obligation positive ?

La découverte d'une obligation positive à la charge de l'État s'opère par la prise en compte décisive du « *juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu »*[166]. Si l'on reproche à l'État une ingérence active, le juge européen va vérifier que cette ingérence est prévue par la loi, qu'elle poursuit un but légitime, et qu'elle est nécessaire dans une société démocratique.

Cependant, parce que la théorie des obligations positives sert normalement à condamner une inaction de l'État, on peut considérer dans ce contexte d'une action de l'État que le fondement ne joue pas[167]. L'application de la théorie des obligations positives ne devrait pas être mise en œuvre, car elle permet au départ de pallier l'absence d'action de l'État. Or c'est son droit interne qui est mis en cause[168].

---

[165] J. RAYNAUD, *op.cit.* (v. note 84)

[166] Cour EDH,Gde Ch., 11 juillet 2002, *GOODWIN c. Royaume-Uni*, req. 28957/95, *RTD civ.* 2002, p. 862, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2003, éd. G, I, 109, n° 16 et 22, F. SUDRE *;* *RTDH* 2003, p. 1157, obs. P. WACHSMANN et A. MARIENBURG-WACHSMANN ; *GACEDH* n° 42, comm. M. LEVINET ; *Dr. Fam.* 2002, comm n° 133, p. 26, obs. A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2003, p. 2032, note A.S CHAVENT-LECLERE ; *RTDH* 2005, p. 349, obs. A. CARILLON.

[167] Ex. Cour EDH, 13 août 1981, affaire *YOUNG, JAMES, WEBSTER*, § 49. La Cour ne parle pas d'obligations positives, mais relève que « le droit en vigueur à l'époque… a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés ».

[168] F. SUDRE, *op. cit. (*v. note 18), p. 254, n°167.

Pourtant, certains arrêts[169] révèlent que le juge européen se perd parfois dans cette distinction délicate, et applique la théorie des obligations positives, alors que la violation est due au droit interne de l'État. Le juge européen demande donc à l'État de manifester une action, alors qu'une action a déjà été réalisée. L'obligation positive intervient ici non pas pour pallier l'action, mais pour remplacer une mauvaise action.

Dans le cadre d'une application horizontale de la Convention EDH, l'État peut engager sa responsabilité du fait de son action. Il peut également être tenu responsable d'une violation d'un droit fondamental dans une relation privée du fait de son inaction.

B. L'inaction de l'État engageant sa responsabilité

61.- C'est dans le cadre de l'inaction de l'État (1) que le contrat - et donc son interprétation - est le plus influencé par les droits fondamentaux (2).

1. Les paramètres de l'inaction

62.- L'État peut par son inaction avoir créé un vide juridique permettant à un individu de s'y engouffrer pour porter atteinte aux droits d'un autre individu. Cette ingérence dite négative ou passive permet à un individu de s'engouffrer dans le droit fondamental d'un autre du fait d'une carence de l'action étatique, ou provoque en soi une atteinte au droit fondamental[170]. Plus fréquemment, le juge européen reproche à l'État son inaction face aux violations interindividuelles parce qu'il n'a pas satisfait à son obligation positive de protéger les individus les uns envers les autres.

La responsabilité de l'État se place ici sur le terrain des obligations positives. L'État n'a pas pris les mesures adéquates pour prévenir ou limiter les atteintes au droit fondamental dans le contrat. L'État peut ne pas avoir agi et ainsi avoir porté directement atteinte à un droit garanti par la Convention. Il peut, par son abstention, avoir favorisé la violation du droit par un tiers.

---

[169] Cour EDH, 13 février 2003, *ODIEVRE c. France*, req. n°42326/98, *JCP* 2003, éd. G, I, 120, P. MALAURIE ; *JCP* 2003, éd. G, II, 10049, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *RTD civ.* 2003, p. 276, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2003, p. 375, J.-P. MARGUÉNAUD ; *GACEDH*, n° 39, comm. J.-P. MARGUÉNAUD.

[170] Cour EDH, 9 décembre 1994, *LOPEZ OSTRA c. Espagne*, série A, n° 303-C, *RTD civ.* 1996, p. 507, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JDI* 1995, p. 798, P. TAVERNIER.

Dans la première hypothèse, l'État peut se rendre responsable d'une atteinte à un droit en n'ayant pas pris la mesure juridique - ou matérielle[171]- qui s'imposait. L'abstention est en elle-même [172] constitutive d'une méconnaissance du droit. Ce peut-être par exemple l'absence d'élaboration d'une loi[173]. Dans la seconde hypothèse, l'État peut être responsable parce qu'il a permis à un individu, par son abstention, de violer le droit d'un autre individu. C'est le système juridique interne qui est remis en cause[174].

La manière dont l'État permet la violation d'un droit fondamental par un particulier, du fait de son abstention, s'exprime diversement. On observe que c'est dans le cadre d'une inaction de l'État que l'influence des droits fondamentaux sur le contrat va être la plus importante.

2. La portée de l'inaction sur le contrat et son interprétation

63.- L'État peut être reconnu responsable par le juge européen d'une ingérence active dans un droit fondamental. Il peut aussi être tenu responsable d'une ingérence passive dans un droit fondamental. C'est dans le cadre de cette seconde hypothèse que se manifeste le plus grandement l'influence des droits fondamentaux sur l'interprétation du contrat. Plus précisément, l'ingérence passive peut être révélée suite à une atteinte directe à un droit fondamental, ou bien à une atteinte commise par un tiers ayant pu s'immiscer dans un droit de la Convention EDH.

Lorsqu'un tiers a pu commettre une violation d'un droit fondamental à l'égard d'un autre, la question de l'effet horizontal de la Convention - c'est-à-dire d'une application de la Convention dans les relations privées - est concernée. L'État a mal interprété un contrat en laissant perdurer la violation au sein de son contenu. Les organes judiciaires de l'État ont fait preuve de manque de diligence et n'ont pas pris les mesures adéquates pour limiter les atteintes contractuelles. On pourrait penser que par sa décision d'interprétation, l'État a déjà manifesté une action. Or, son action doit passer par la limitation de l'atteinte contenue dans le contrat, sinon le juge européen considère cette manifestation comme une inaction.

---

[171] Cour EDH,9 octobre 1979, *AIREY c. Irlande*, série A, n° 32, *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. ROLLAND ; *GACEDH*, n° 2, comm. F. SUDRE.

[172] F. SUDRE, *op. cit. (*v. note 151), p. 370.

[173] *Ibid*, p. 363.

[174] *Ibid.*

À partir de quel instant le juge européen va-t-il considérer que l'État est responsable de l'atteinte causée par le contrat du fait de son inaction ? Lorsque l'État a réalisé une ingérence passive, c'est-à-dire une ingérence nécessitant une action positive de sa part pour neutraliser l'atteinte au droit fondamental dont il est responsable, l'action du juge n'est pas aussi régulière et assurée que dans le cadre d'une action. *« Le flottement du contrôle exercé par la Cour s'explique, sans doute, par l'« inversion » du jeu de la proportionnalité en matière d'obligations positives, puisque le rapport de proportionnalité ne consiste pas à vérifier, comme à l'habitude, que les ingérences dans le droit individuel sont excessives eu égard au but d'intérêt général poursuivi, mais que les obligations mises à la charge de l'État ne sont pas trop lourdes au regard de l'intérêt individuel à protéger »*[175].

64.- Si l'on reste sur l'idée d'une interprétation entendue de manière large, alors les défaillances de l'État peuvent s'exprimer diversement. Si l'on s'intéresse à l'interprétation en tant que telle, c'est l'action de l'État qui va être condamnée, par le fait de la décision de justice, laquelle en choisissant d'attribuer un sens précis à une clause, rend une décision condamnable. Si l'on s'intéresse au contenu de l'acte, au sens qu'il revêt de par les obligations qui en découlent, alors l'État peut être responsable du fait de son action ou de son inaction. Du fait de son abstention en ce qu'il a permis à un individu de porter atteinte aux droits d'un autre dans le contrat, en laissant perdurer une faille, un vide juridique. Mais, l'État peut aussi être responsable du fait de son action, en ce qu'il a, par le biais de son système juridique (élaboration d'une loi par exemple) permis à un individu de l'insérer dans le contrat, alors qu'elle permet la violation du droit.

Après avoir mis en avant la détermination de l'effet horizontal à travers le contrat, il convient d'en aborder les fondements.

§ 2. L'assise de l'effet horizontal

65.- Sur quoi est basé l'effet horizontal lorsqu'il influence le contrat ? Qu'est-ce qui justifie et légitime que le juge européen puisse influencer l'interprétation d'un contrat ? On peut en effet se poser légitimement la question au regard de l'importance de l'effet horizontal, en ce qu'il met à la charge des États des obligations nouvelles, auxquelles ils n'avaient pas

[175] F. SUDRE, « L'effectivité des droits », in *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 3ème éd., Paris, PUF, Thémis, 2005, p. 29.

directement consenti en signant la Convention. C'est en intervenant sur le rôle joué par l'État que le juge européen influence l'interprétation du contrat menée par le juge interne. La Cour EDH considère que l'État est responsable de l'atteinte ressentie au niveau privé. Il convient donc de se demander de quelle manière la responsabilité de l'État peut être légitimement engagée, au regard de la jurisprudence européenne.

Au gré de ses arrêts, la Cour EDH démontre qu'elle se base essentiellement sur la théorie des obligations positives (I), ou sur l'article 1er de la Convention EDH (II) pour en justifier l'application horizontale[176].

I. Le recours du juge à la théorie des obligations positives

66.- Parce que l'État ne saurait se borner à demeurer passif dans la protection des droits fondamentaux[177], le développement de l'effet horizontal indirect des droits de l'Homme se concrétise pas un accroissement des obligations étatiques ainsi qu'une évolution de leur nature. Il engendre *« une novation qualitative de la nature des obligations mises à la charge des États »*[178], une modification de *« l'économie »*[179] de la Convention EDH. L'État doit garantir le respect des droits de la Convention EDH dans les rapports individuels, ce qui implique la mise en place à sa charge d'une obligation de *« prévention »*[180], qui suppose de prendre les mesures qui s'imposent pour empêcher des atteintes aux droits par les particuliers.

---

[176] Sur ce sujet, v. l'étude complète de B. MOUTEL sur l'articulation de ce double fondement : *op. cit.* (v. note 74). Selon elle, il serait cohérent de considérer l'article 1er de la Convention comme fondement à un *« principe général d'applicabilité horizontale de la Convention »* et d'utiliser la théorie des obligations positives postérieurement, *« afin de délimiter l'étendue des obligations étatiques, à l'instar des autres techniques mises en œuvre par la Cour EDH afin d'encadrer l'effet horizontal indirect »*

[177] Cour EDH,9 octobre 1979, *AIREY c. Irlande*, série A, n° 32, *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. ROLLAND ; *GACEDH*, n° 2, comm. F. SUDRE.

[178] G. COHEN-JONATHAN, « Abus de droit et libertés fondamentales », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Dalloz, 2002, p. 517, spéc. p. 536.

[179] F. SUDRE, *op. cit. (*v. note 175), p. 23.

[180] O de SCHUTTER, « L'intervention des autorités publiques dans les relations familiales et l'obligation de prévenir les mauvais traitements : vie familiale et droit à la protection de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RT droit familial* 1999-3, pp. 427-455, spéc. pp. 442: L'étude d'Olivier de SCHUTTER permet d'avoir une vision globale de ce qu'elles recouvrent. L'État aurait une obligation négative primaire de respecter, qui s'inscrit dans une relation verticale traditionnelle entre l'État et l'individu. Mais parce que l'État ne saurait se borner à demeurer passif, cette obligation de respecter se manifeste également positivement lorsqu'elle consiste pour l'État à ne pas fournir à un particulier les moyens ou les encouragements de porter atteinte aux droits d'un autre individu. Cette seconde manifestation des obligations étatiques s'inscrit précisément dans le cadre de la théorie des obligations positives, tout en restant dans un cadre vertical. L'État a également l'obligation de protéger, c'est-à-dire d'empêcher qu'un particulier subisse une atteinte à son droit en raison des agissements d'autres personnes privées. Comme nous le verrons, cette

Dans cette optique d'une recherche d'effectivité des droits[181], la théorie des obligations positives est employée par le juge pour justifier la responsabilité de l'État. Alors qu'elle trouve à s'appliquer normalement dans un cadre vertical - caractérisant la relation entre l'État et l'individu - c'est son extension à l'horizontalité qui est utile en cette occasion et permet de constituer le fondement d'une telle mise en cause de l'État à propos d'un article spécifique de la Convention EDH. De la fonction originaire de la théorie découle une fonction dérivée qui permet de fonder l'influence des droits fondamentaux sur la lecture du contrat[182].

Les obligations positives ont été associées à l'effet horizontal de la Convention EDH pour prévoir que les autorités publiques devaient, en plus de prendre les mesures positives nécessaires pour rendre effective la protection des droits fondamentaux, assurer cette démarche à l'égard des atteintes provoquées dans les relations privées. *A contrario*, on peut envisager que le refus de constater une obligation positive signifiera le refus d'accorder l'extension du droit revendiqué par l'un des contractants et donc d'admettre que l'État est responsable de la violation engendrée par le contrat, parce qu'il n'aurait pas agi ou aurait mal agi[183].

67.- Ainsi, à partir du rôle important que leur attribue le juge, les obligations positives *« peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux »*[184]. Plusieurs arrêts ont précisé par la suite cette extension[185]. Soulignons cependant que certaines décisions antérieures pouvaient contenir quelques suggestions à une telle reconnaissance, mais de manière bien moins évidente. Par exemple, la Cour EDH en 1978 dans l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni*[186] précise que *« la*

---

manifestation de l'obligation étatique dépasse la relation verticale. Enfin, l'obligation positive de réaliser, moins sollicitée par le juge, correspondant à la mise en place de moyens matériels significatifs.

[181] Les obligations positives sont une technique privilégiée du *« dynamisme interprétatif »* de la Convention : P. ROLLAND, « Le contrôle de l'opportunité par la Cour EDH des droits de l'homme », in D. ROUSSEAU et F. SUDRE, *Conseil constitutionnel et Cour EDH des droits de l'homme*, Paris, éd. S.T.H, 1990, p. 70 :

[182] O. de SCHUTTER, « Les générations des droits de l'Homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in *juger les droits sociaux*, Acte du colloque organisé par ADEAGE le 19 oct. 2001, les chroniques de l'OMIJ, n° 2, PULIM, 2004.

[183] O. de SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux, Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 359.

[184] Cour EDH,26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, série A, n° 91, *CDE* 1988, p. 462, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *RSC* 1985, p. 629, obs. L.-E. PETTITI ; *JDI* 1986, p. 1082, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

[185] Cf. par ex. Cour EDH,9 décembre 1994, *LOPEZ OSTRA c. Espagne*, série A, n°303-C, *RTD civ.* 1996, p. 507, obs. J-P. MARGUÉNAUD ; *JDI* 1995, p. 798, P. TAVERNIER.

[186] Cour EDH,18 janvier 1978, *Irlande* c. Royaume-Uni, série A, n° 25.

Convention ne se contente pas d'astreindre les autorités suprêmes des États contractants à respecter elles-mêmes les droits et libertés qu'elle consacre (...) ; elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou en corriger la violation aux niveaux inférieurs ».

Le mouvement de généralisation des obligations positives tend à accroître l'implication du juge européen dans l'interprétation du contrat. En faisant découler de la Convention des obligations positives de plus en plus nombreuses, le juge attend de l'État qu'il les mette en œuvre dans sa relation verticale avec l'individu, mais également qu'il les fasse respecter, par le biais du juge, au sein des relations privées. La reconnaissance du caractère horizontal d'un droit émane de la Cour de Strasbourg. En ce sens, c'est le juge européen qui détermine si tel droit fondamental doit être appliqué jusque dans les relations privées. Tout en reconnaissant cette caractéristique à un droit de la Convention, il se charge de sa mise en œuvre et met immédiatement à la charge de l'État le devoir de rendre effective cette reconnaissance. Dans cette perspective, l'État doit veiller à ce que les individus, au travers de leur contrat, ne portent pas atteinte aux droits protégés par la Convention EDH.

Le juge a montré que l'effet horizontal des droits fondamentaux dans le contrat pouvait trouver un fondement dans la théorie des obligations positives, mais également au travers de l'article 1er de la Convention EDH.

II. Le recours du juge à l'article 1er de la Convention EDH

68.- L'obligation prévue à l'article 1er de la Convention selon laquelle *« les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention »* permet au juge européen de fonder l'effet horizontal de la Convention EDH et d'invoquer la responsabilité étatique. Elle suggère en effet que l'atteinte survenue dans la relation contractuelle incombe à l'État dans la mesure où il n'a pas rempli son obligation d'assurer l'effectivité des droits garantis dans la Convention à l'égard des particuliers concernés.

Dans l'arrêt *YOUNG, JAMES et WEBSTER*[187], le juge européen a précisé - à l'égard d'un contrat de travail au sein duquel une clause contractuelle prévoyait que le salarié devait adhérer à un syndicat - que *« selon l'article 1er, chaque État contractant reconnaît « à toute*

[187] Cour EDH,13 août 1981, *YOUNG, JAMES et WEBSTER*, série A, n° 44, *AFDI*, 1982, p. 499, obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1982, p. 226, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 220, obs. P. ROLLAND.

personne relevant de (sa) juridiction les droits et libertés définis (dans) la (…) Convention » ; partant, quand la violation de l'un d'eux dérive d'un manquement du législateur national à cette obligation, la responsabilité en incombe à l'État. Or si la cause immédiate des évènements d'où a surgi l'affaire réside dans l'accord de 1975 entre British Rail et les syndicats de cheminots, c'est le droit interne en vigueur à l'époque qui a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés. La responsabilité de l'État défendeur pour toute infraction à la Convention qui en aurait découlé se trouve donc engagée sur cette base ; il n'y a pas lieu de déterminer si elle l'est aussi, comme le soutiennent les requérants, en raison de la qualité d'employeur qu'aurait l'État ou du contrôle exercé par lui sur British Rail »[188].

Dans le même ordre d'idée, dans l'arrêt *Chypre contre Turquie* du 10 mai 2001, la Grande Chambre de la Cour énonce que « *si les autorités d'un État contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes des particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit État peut se trouver engagée au regard de la Convention. Toute autre conclusion serait incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 1 de la Convention* »[189]. Récemment, la Cour EDH après avoir rappelé que « selon l'article 1 de la Convention, chaque État contractant reconnaît « à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis dans la (...) Convention » (…) conclut « que la responsabilité de l'État défendeur au sens de l'article 1er de la Convention peut être engagée sur ce fondement pour toute violation de l'article 10 en découlant »[190].

69.- La doctrine est partagée sur la conception des fondements avancés par le juge. A titre d'exemple, Jean-Pierre MARGUÉNAUD semble privilégier l'article 1er comme véritable base de l'effet horizontal de la Convention - lorsqu'il précise que *« l'effet horizontal contractuel, découlant du caractère impératif de l'article 1er qui devrait être le véritable fondement d'un principe général d'applicabilité horizontale des droits de l'homme trop longtemps noyés dans la théorie des obligations positives, repose donc sur les assises*

[188] *Ibid.* § 40.

[189] Cour EDH, 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, § 81.

[190] Cour EDH, 16 décembre 2008, *KHURSHID MUSTAFA et TARZIBACHI* c. Suède: « L'assujettissement du contrat à la Convention européenne des droits de l'homme », § 31 et § 34, *RTD civ.* 2009, J.-P. MARGUÉNAUD, p. 281.

textuelles les plus solides »[191] - sans aborder d'autres hypothèses, en faisant référence notamment aux articles 13 et 17 de la Convention EDH[192].

A l'inverse, certains auteurs font une analyse différente de la jurisprudence européenne et privilégient davantage la théorie des obligations positives comme base de la l'effet horizontal de la Convention EDH[193]. A titre d'exemple, K. GARCIA[194], sans être catégorique pour autant, attribue aux obligations positives le fondement de l'extension des droits fondamentaux dans les rapports privés. Selon cet auteur, chaque droit, pour que sa protection soit étendue au sein des relations privées, devrait au préalable être reconnu par le biais des obligations positives. *« Ainsi, la chronologie de tout droit subjectif reconnu paraît être la suivante : protection dans la relation verticale État/ individu, protection au titre des obligations positives dans la relation verticale État/ individu, enfin protection au titre de l'effet horizontal indirect »*[195].

Sans remettre en cause l'importance de l'interrogation, et bien qu'aucune trame définitive ne semble pour l'heure se dessiner dans la jurisprudence européenne, cette incertitude quant à son fondement, n'entame pas pour autant l'effet horizontal, lequel apparaît cohérent.

Une fois déterminé l'effet horizontal des droits fondamentaux dans le cadre du contrat et par extension de son interprétation - entendue de manière large -, il convient d'en apprécier la mise en œuvre. Cette étude nous permettra d'observer la manière dont le juge européen utilise les droits fondamentaux de telle sorte qu'ils puissent servir à lire le contrat.

---

[191] J.-P. MARGUÉNAUD, « L'assujettissement du contrat à la Convention européenne des droits de l'homme », RTD civ. 2009, p. 281.

[192] J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La documentation française, 2001, p. 81.

[193] J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis sur les droits de l'Homme, n° 7, Conseil de l'Europe, www.echr.coe.int, 2006.

[194] K. GARCIA, *Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*, Larcier, 2008, n° 528, p.

[195] *Ibid.*, n° 529, p. 421.

SECTION 2. LA MISE EN ŒUVRE DE L'EFFET HORIZONTAL

70.- Le déploiement de l'effet horizontal s'exprime à travers diverses actions du juge européen. En effet, la Cour EDH s'emploie de manière inlassable à influencer l'action du juge interne en cloisonnant son action. Plus le juge européen s'exprime sur une question donnée, moins le juge interne est en mesure de décider librement sur ce même point, sous peine d'une condamnation.

71.- Par le biais de la reconnaissance de l'effet horizontal des droits de la Convention EDH, le juge européen reconnaît que l'État est responsable de l'atteinte relevée lors du règlement d'un litige relatif à l'interprétation du contrat. L'adaptation des outils servant à résoudre des litiges auxquels le juge européen est confronté s'inscrit dans ce développement de l'effet horizontal indirect. En effet, cet ajustement du raisonnement, principalement illustré par l'utilisation du principe de proportionnalité[196], tend à élargir le champ d'action de la Cour (§ 1).

En outre, l'autorité des arrêts rendus par la Cour EDH est bien plus importante que celle prévue par la Convention, ce qui tend à accroître davantage l'exploitation de l'effet horizontal (§ 2). En résumé, l'adaptation de l'élaboration de la jurisprudence aux litiges privés ainsi que l'accroissement de sa portée s'inscrivent dans l'extension de l'effet horizontal indirect et accroissent indirectement l'influence des droits fondamentaux dans le contrat et son interprétation.

§ 1. L'extension du principe de proportionnalité

72.- La proportionnalité peut-être entendue doublement. Elle peut tout d'abord constituer un résultat. Le juge européen va constater la proportionnalité de l'atteinte portée par l'État aux droits d'un individu et ainsi la légitimer.

La proportionnalité peut aussi être entendue comme un outil de raisonnement utilisé par la Cour EDH dans le règlement des litiges. Grâce à la mise en balance des intérêts en jeu,

[196] P. MUZNY, *op. cit. (*v. note 128).

le juge européen va pouvoir trancher la confrontation qui les oppose. Lorsque l'on constate *a priori* un élargissement de la proportionnalité dans le cadre de relations privées, on fait plutôt référence à la seconde acception. En effet, alors que la proportionnalité - entendue comme un moyen de règlement des litiges - sert normalement à déterminer si l'acte de la puissance publique est valable à l'égard des intérêts d'un particulier, le juge va désormais devoir l'appliquer également aux litiges dans lesquels la violation provient d'un autre individu.

73.- La proportionnalité a été envisagée au départ pour s'appliquer à des relations verticales opposant l'intérêt général de l'État et l'intérêt particulier d'un individu. Mais, depuis qu'il est en mesure de contrôler les relations privées, le juge européen est amené à départager des intérêts privés. Dans ce cas, la proportionnalité tend à être privatisée.

En effet, dans la mesure où le juge se donne désormais la possibilité de pouvoir arbitrer entre deux intérêts privés pour décider du sens à donner à un contrat, c'est qu'il évince la proportionnalité classique - dans ce cas inadaptée - pour une proportionnalité que Jean-Pierre MARGUÉNAUD qualifie de *« privatisée »*[197], bien plus adéquate (I). Bien que cette transition soit *a priori* cohérente, il convient de l'apprécier (II).

I. La constatation de l'extension

74.- On observe une transition opérée par le juge entre le principe de proportionnalité verticale et une proportionnalité opposant deux intérêts privés.

Le principe de proportionnalité tel qu'il est classiquement entendu a été dégagé par la Cour de justice pour limiter l'intervention des autorités communautaires et celle des États membres en leur imposant de mettre en œuvre des moyens appropriés à l'objectif à atteindre[198]. La Cour EDH opère une pesée des intérêts entre l'intérêt général poursuivi par l'État et l'intérêt privé d'un individu[199]. Cet impératif de proportionnalité est cumulé avec celui de respecter un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé, et la nécessité de poursuivre un but légitime et ne pas entraîner d'atteinte à la substance

[197] J.-P. MARGUÉNAUD, « Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations contractuelles », note sous l'arrêt VAN KUCK c. Allemagne, *RTD civ.* 2004, p. 361.

[198] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 7ème éd., Paris PUF, coll. Quadrige, 2005.

[199] M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Thèse Paris, 2004.

du droit. Cette forme classique de proportionnalité est pensée à l'avantage de l'individu. Elle défend une vision relativiste et modérée de la catégorie des droits fondamentaux et conditionne la validité des clauses par lesquelles *« on est amené à violenter des libertés humaines élémentaires »*[200].

Une forme *inversée* de la proportionnalité a également été développée, pensée à l'avantage de l'État et non plus de l'individu, puisqu'elle consiste à déterminer s'il est justifié d'imposer une obligation[201] à l'État, ou si la charge qui lui incombe est trop importante.

75.- Mais, dans le cadre d'un conflit opposant la protection d'un droit fondamental et le contrat, deux intérêts privés s'affrontent. La proportionnalité a du s'y adapter, contrepartie inéluctable de la reconnaissance, puis de l'élargissement de l'effet horizontal de la Convention EDH. On a donc observé le développement d'un autre type de contrôle de proportionnalité, mettant en balance non plus l'intérêt général et un intérêt particulier, mais deux intérêts particuliers, pour trouver un juste équilibre entre eux. Le contrôle de « *proportionnalité privatisée* »[202] est ainsi *« détaché de toute référence à « l'autorité publique », à la « nécessité dans une société démocratique », ou à « la marge nationale d'appréciation » »*[203].

La « *proportionnalité privatisée* »[204] est dans ce cas entendue comme signifiant l'application de la proportionnalité classique à un litige privé. Pourtant, alors que le litige initial est de nature privée, les acteurs du procès présents devant le juge européen - à savoir l'État et l'un des contractants - caractérisent une relation verticale, rendant la perception du principe et de son application délicate. En réalité, comme nous le verrons, l'utilisation de la proportionnalité en elle-même ne change pas véritablement. C'est la nature des intérêts auxquels elle s'applique qui diffère des situations habituelles.

L'application de la proportionnalité à des litiges privés - n'omettons pas que l'influence est toujours indirecte puisque le juge européen passe par l'intermédiaire de l'État - a été mise en œuvre par le juge européen avant même d'être explicitement consacrée. En effet, son application a connu une évolution en deux temps. Tout d'abord, la Cour EDH l'a

[200] J. CARBONNIER, note sous CA Poitiers, 8 novembre 1949, *JCP éd. G*, 1949, II, n° 5205.

[201] La découverte de l'obligation positive incombant à l'État est en effet le fruit du résultat de la mise en œuvre du principe de proportionnalité.

[202] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, (v. note 191).

[203] J. MOULY et J.-P. MARGUÉNAUD, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la Convention EDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.* 2005, p. 36.

[204] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, (v. note 191).

utilisé pour des relations dans lesquelles un contrat était concerné, mais au sein duquel le juge parait l'une des parties de *« toutes les vertus de l'intérêt général »*[205]. En agissant ainsi, il laissait penser que son intervention était justifiée puisqu'elle encadrait une relation verticale. Or, les deux contractants étaient bel et bien des personnes privées (A). Puis, la jurisprudence récente a montré que le juge avait franchi un pas en appliquant la « *proportionnalité privatisée* »[206] au sein d'une relation contractuelle (B).

A. La dissimulation de la *« proportionnalité privatisée »*[207]

76.- Dans ses premières manifestations, la « *proportionnalité privatisée* »[208] a été appliquée par le juge comme s'il s'agissait d'une proportionnalité classique. En effet, le juge européen a opéré un contrôle de proportionnalité entre deux intérêts privés, en feignant une relation verticale.

Dans les affaires *MADSEN*[209] et *WRETLUND*[210], le juge européen se trouvait face à des requérants invoquant une violation de l'article 8 de la Convention EDH relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, provoquée par des dépistages de l'alcool et de la drogue opérés à leur encontre par leur employeur. Dans l'affaire *MADSEN*, la Cour EDH considère que les mesures litigieuses étaient nécessaires dans une *« société démocratique »* pour protéger les droits et libertés d'autrui et la sûreté au sein d'entreprises dont l'activité était particulièrement dangereuse. Ainsi, *« le règlement prévoyant le prélèvement annuel et aléatoire d'un échantillon d'urine n'a pas été appliqué de manière disproportionnée tant il est indispensable pour la sécurité d'un ferry que les salariés membres de l'équipage puissent s'acquitter à tout moment de leurs fonctions de sauvetage sans être diminués par les effets immédiats ou différés de l'alcool ou de la drogue »*. Alors que l'employeur est une personne privée, on observe que le raisonnement du juge - lequel contrôle la nécessité de la mesure, sa proportionnalité - est le même que dans le cadre d'une relation verticale pour laquelle le juge

[205] J.-P. MARGUÉNAUD, « Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme dans les relations contractuelles », *RTD civ.* 2004, p. 361.

[206] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, (v. note 191).

[207] *Ibid.*

[208] *Ibid.*

[209] Cour EDH, 7 novembre 2002, *MADSEN c. Danemark, JCP* 2004, éd. E, n° 334, p. 373, obs. J. RAYNAUD.

[210] Cour EDH, 9 mars 2004, *arrêt WRETLUND c. Suède*.

aurait à départager un conflit entre l'intérêt général et un intérêt privé. Dans l'affaire *WRETLUND*, la Cour examine - dans le même ordre d'idée - la proportionnalité de l'ingérence en évitant soigneusement de la qualifier d'*« ingérence d'une autorité publique »*. La Cour estime que *« les considérations opérationnelles au sein d'une centrale nucléaire concernant la sécurité publique et la protection des droits et libertés d'autrui justifient la soumission même du personnel de nettoyage à des tests de dépistage de l'alcool et de la drogue »*.

77.- Dans les deux affaires, la Cour de Strasbourg a déclaré les requêtes irrecevables après avoir fait valoir que les mesures litigieuses étaient nécessaires dans une *« société démocratique »* pour protéger les droits et libertés d'autrui et la sûreté au sein d'entreprises dont l'activité était particulièrement dangereuse. Cette expression révèle que la Cour ne s'est pas entièrement écartée de cette logique originaire puisque l'expression est topique de la relation unissant l'État à l'individu. Le juge européen se retrouve dans une situation pour laquelle il devrait adapter la proportionnalité. Pourtant, il ne le fait pas. Son raisonnement est quasiment le même que lorsqu'il doit départager l'intérêt général d'un intérêt privé.

Les Professeurs Jean MOULY et Jean-Pierre MARGUÉNAUD observent, au sujet de la décision *MADSEN*, qu'un capitaine d'un navire en pleine mer dispose d'un pouvoir relatif au maintien de la sécurité à bord qui sur la terre ferme relèverait de la compétence des autorités publiques[211],de même pour une centrale nucléaire dans l'arrêt *WRETLUND*, pour laquelle la responsabilité qui est engagée ressemble très fortement à celle de la personne publique. Elle doit protéger la collectivité des risques nucléaires alors même que cette dernière n'est pas contractuellement liée à l'exploitant[212]. Au regard de cette jurisprudence, on peut en déduire que lorsque l'un des contractants a des compétences proches de celles de la personne publique, les droits fondamentaux joueront un rôle important dans l'interprétation. La Cour estimera facilement dans ce cas que l'État avait l'obligation positive de garantir le droit fondamental, quel qu'il soit, dans les relations entre ces personnes privées. La privatisation du litige sera donc forte. L'application des droits fondamentaux dans ce contexte ressemble à celle qui est effectuée dans un cadre vertical, entre l'État et un individu. En effet, le conflit existant entre la liberté contractuelle reconnue aux personnes privées, et la lecture du

[211] J. MOULY et J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit (v. note 203).*

[212] *Ibid.*

contrat par le biais des droits fondamentaux est limité dans ce cadre, puisque l'un des contractants s'apparente à la personne publique. Cette liberté s'oppose moins à l'obligation de respect des droits fondamentaux que d'habitude. L'application de la proportionnalité classique à certains conflits, laisse penser que le juge européen n'exclut pas que, dans certaines situations, les droits fondamentaux puissent être utilisés de la même manière que s'il s'agissait d'une relation verticale entre l'individu et l'État, alors qu'il n'en est rien puisque la relation est horizontale. En revanche, dès lors que le litige est purement privé -intime ou familial - le juge européen a tendance à considérer que l'État n'a pas à veiller de manière aussi accrue au respect des droits fondamentaux, sauf lorsqu'il s'agit de droits indérogeables[213].

78.- Déjà dans une affaire antérieure[214], le juge avait démontré sa volonté de ne pas opérer de changements trop radicaux dans la résolution des litiges auxquels il était confronté. Un salarié employé de la Télévision espagnole fut licencié après avoir critiqué la gestion de son entreprise et le comportement de ses dirigeants. Il se plaignait d'une violation de son droit à la liberté d'expression, protégé par l'article 10 de la Convention EDH. En réponse à l'argument préalable du gouvernement espagnol selon lequel on ne pouvait lui imputer le licenciement litigieux en raison du caractère privé de l'employeur, la Cour précise que *« l'article 10 s'impose non seulement dans les relations entre employeur et employé lorsque celles-ci obéissent au droit public, mais peut également s'appliquer lorsque ces relations relèvent du droit privé »*, ce qui implique une applicabilité horizontale de la Convention. Puis elle ajoute qu'*« en outre, dans certains cas, l'État a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes provenant même de personnes privées. En conséquence, la Cour estime que la mesure litigieuse constituait une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression protégé par le paragraphe 1 de l'article 10 »*. On perçoit une certaine confusion entre le caractère public ou privé de la Télévision espagnole - partiellement privatisée - pour laquelle travaillait l'employé. Tout en consacrant l'application horizontale des articles concernés par ces affaires, le juge européen applique le principe de proportionnalité de manière traditionnelle.

[213] Dans l'arrêt *PLA et PUNCERNAU*, on observe cependant une situation différente : La Cour EDH soumet au respect des articles 8 et 14 de la Convention européenne le domaine des testaments et des successions, pourtant considéré comme éminemment privé et intime. Le juge GARLICKI, dans son opinion dissidente, avait d'ailleurs estimé que le principe qui devait régir ces matières était le respect de la liberté des individus, les droits de l'Homme ne devant y jouer qu'un rôle marginal.

[214] Cour EDH, 29 février 2000, *FUENTES BOBO c. Espagne*, req. n°39293/98, *D.* 2001, p. 574, J. MOULY et J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2001, éd. G, I, 291, n° 38, obs. F. SUDRE.

Après avoir appliqué la proportionnalité entre deux intérêts privés alors qu'il feignait de se trouver dans un contexte vertical, le juge européen a progressivement explicité son raisonnement et admis qu'il intervenait pour départager deux intérêts particuliers.

B. La démonstration de la *« proportionnalité privatisée »*[215]

79.- Le juge applique la proportionnalité à une relation privée de manière plus affirmée que dans les premiers arrêts mentionnés. En effet, le juge a su parfois appréhender les intérêts en conflit selon leur vraie nature, utilisant ainsi la proportionnalité dans un contexte privatisé.

Le célèbre arrêt *VAN KUCK*[216] en constitue l'un des meilleurs exemples. Une personne allemande transsexuelle avait été autorisée à changer de prénom en application d'une législation sur le transsexualisme, et avait ultérieurement subi un traitement de conversion sexuelle. Le droit allemand - couvrant la moitié des dépenses de cette opération par le biais de ses caisses de sécurité sociale - l'assurance de la requérante refusa de lui rembourser le restant des frais, au motif que son opération n'était pas *« médicalement nécessaire »*. Les juridictions allemandes estimèrent que l'utilité médicale de ces opérations n'avait pas été suffisamment affirmée par l'expert désigné, ni prouvée par l'intéressée. La Cour EDH estima que le refus par les juridictions allemandes d'ordonner le remboursement de 50 % des frais de l'opération de conversion sexuelle réalisée en cours de procédure ne ménageait pas un juste équilibre entre les intérêts de la compagnie d'assurance privée et l'intérêt de l'individu. Trop peu d'avis d'experts avaient été demandés et, exiger de la requérante la charge de la preuve était disproportionnée au regard de la situation déjà difficile qu'elle vivait dans sa vie personnelle.

L'arrêt *PLA et PUNCERNAU*[217] confirmera plus tard cette tendance, en estimant que l'équilibre n'est pas non plus respecté entre les intérêts de l'enfant adoptif et celui des enfants

---

[215] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, (v. note 191).

[216] Cour EDH, 12 juin 2003, *VAN KUCK c. Allemagne*, req. n°35968/97, *RTD civ.* 2004, p. 361, obs. J.-P. MARGUÉNAUD., *RDC* 1er juillet 2004, n°3, p. 788, obs. A. DEBET.

[217] Cour EDH, 13 juillet 2004, *PLA ET PUNCERNAU c. Andorre*: *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. FLAUSS ; « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. SUDRE ; « L'interprétation d'une clause testamentaire et la Convention EDH », *JCP*, 2005, éd. G, II, 10052, note F. BOULANGER ; *D.* 20105, p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT ; « La nature testamentaire d'une lettre missive », *D.* 2005, p. 1064, obs. M. NICOD ; « CEDH et interprétation des contrats de droit privé », *RDC* 2005, p. 645, obs. J. ROCHFELD ; « L'interprétation d'un

légitimes. Contrairement à la violation mise en avant par l'arrêt *VAN KUCK* qui est la conséquence d'un dépassement par l'État de sa marge d'appréciation prévue à l'article 8§ 2 de la Convention EDH, *« instituant le mécanisme de contrôle de la limitation des ingérences des autorités publiques »*[218], celle relevée dans l'arrêt andorran émane d'un individu. En ce sens, l'arrêt *PLA et PUNCERNAU* et le plus abouti sur la question.

En outre, dans un arrêt du 16 décembre 2008[219], la Cour EDH a fait une application plus affirmée encore de la « *proportionnalité privatisée* »[220], consacrant un véritable *« assujettissement du contrat »*[221] à la Convention EDH : *« À l'unanimité, les juges européens ont estimé que, en dépit de sa marge d'appréciation, l'État suédois avait effectivement manqué à son obligation positive de protéger ce droit. Pour parvenir à cette conclusion, ils ont estimé que l'éviction de l'appartement où les requérants avaient vécu pendant 6 ans était un moyen disproportionné de protéger les droits des tiers. Pour faire apparaître cette disproportion, ils ont opposé le faible poids de l'intérêt du bailleur à faire prévaloir des considérations esthétiques pour une maison située dans la banlieue de Stockholm ou à se prémunir de risques minimes de voir engager sa responsabilité du fait de chute d'antennes et l'intérêt particulièrement important de réfugiés iraquiens, non seulement à recevoir des informations et des nouvelles de leur région natale, mais aussi à maintenir leurs enfants en contact avec leur langue et leur culture d'origine »*. En effet, la Cour EDH opère directement un arbitrage entre deux intérêts privés, à savoir celui du bailleur et celui du locataire. Le juge considère que même si l'éviction des locataires était prévue par la loi et poursuivait un but légitime, elle n'était pas nécessaire dans une société démocratique et que de ce fait, elle était disproportionnée. Le juge, pour interpréter directement le contrat, utilise la proportionnalité pour départager l'intérêt esthétique du bailleur mis en avant, et l'intérêt des locataires d'origine étrangère de recevoir des informations de leur pays d'origine, par le biais de paraboles extérieures. Le juge européen fait une nouvelle percée des droits de l'homme dans l'interprétation du contrat.

Mais, bien que le juge confronte ouvertement deux intérêts privés, il n'explique pas pour autant la manière dont il élabore son raisonnement pour arriver à la décision qu'il rend.

---

testament conformément aux principes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Répertoire Defrénois* 2005, p. 1909, note P. MALAURIE.

[218] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.* (v. note 205).

[219] Cour EDH, 16 décembre 2008, *KHURSHID MUSTAFA et TARZIBACHI* c. Suède.

[220] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, (v. note 191).

[221] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit. (*v. note 191).

Alors même que le litige oppose de manière claire deux intérêts privés - auxquels le juge a appliqué une proportionnalité dite *privatisée* - aucun élément ne permet de comprendre la manière dont il utilise la proportionnalité sur le fond. Néanmoins, il paraît nécessaire d'apprécier cette transition dans l'utilisation du principe de proportionnalité.

II. L'appréciation de l'extension

80.- Cette appréciation amène à mettre en avant deux réflexions principales. La première est relative au changement opéré dans la manière de résoudre le litige. En réalité, il apparaît que ce n'est pas tant la manière dont ce principe est utilisé qui est modifiée - alors pourtant que le contexte pour lequel il a été pensé au départ n'est pas le même - mais plutôt son champ d'application. Le principe ne change pas. Il est utilisé dans un contexte différent. C'est le champ d'application du principe qui a évolué, et non le fond même du principe (A).

La seconde réflexion tient à la nature des intérêts en jeu. Bien que deux intérêts privés soient concernés, on se rend compte que ce ne sont pas tant les destinataires des droits qui sont déterminants dans le règlement du litige, mais les droits qui se confrontent. La proportionnalité pose donc indirectement la question de la priorité de certains droits sur d'autres et le degré d'atteinte qu'ils sont chacun en mesure de supporter (B).

A. Le degré d'extension de la proportionnalité

81.- Le raisonnement du juge n'est pas fondamentalement éloigné de celui qu'il utilise dans le cas d'une atteinte subie dans une relation verticale. Pourtant, la conception de la proportionnalité envisagée par Strasbourg n'est pas de manière naturelle celle qui devrait être envisagée dans un contrat au sein duquel deux intérêts privés divergents s'expriment. En effet, *« dans sa conception dominante, la notion juridique de la proportionnalité se réfère à la protection des droits fondamentaux à travers la modération des atteintes que pourrait leur porter la puissance publique dans la poursuite de tel ou tel but d'intérêt général »*[222]. La proportionnalité exprime un rapport de *« convenance »*[223] entre plusieurs éléments.

[222] G. XYNOPOULOS, *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 1ère éd., 2003, p. 1251.

[223] P. MUZNY, *Dictionnaire des droits de l'homme*, 1ère éd. PUF, 2008, sous la direction de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, p. 811.

On aurait pu penser de manière légitime que le juge n'adopterait pas la même méthode de règlement du litige lorsqu'il doit confronter l'intérêt général à un intérêt privé et deux intérêts privés. *« L'engagement de la responsabilité d'un État pour ne pas avoir fait respecter les droits fondamentaux entre particuliers répond à une analyse spécifique, qui ne passe pas méthodiquement par la recherche d'un mobile, d'une réaction proportionnée et préservant la substance de la liberté »*[224]. Le juge s'attachera davantage à montrer que l'intervention qu'aurait dû adopter l'État est en *« lien direct »* avec la préservation du droit concerné de l'individu[225]. Le contrôle de « *proportionnalité privatisée* » *« devra jouer en fonction d'objectifs légitimes indéterminés et non plus en considération des objectifs légitimes nommés par le paragraphe 2 de l'article 8. Ainsi, la CEDH, devrait-elle en arriver à exercer un contrôle de proportionnalité comparable à celui que les juridictions internes réalisent déjà à partir de l'article L.120-2 du Code du travail. Si la Cour de Strasbourg exerce dans le même domaine le même type de contrôle que celui déjà mis en œuvre par les juridictions internes, le droit du travail est dès lors en passe de relever d'un quatrième degré de juridiction, cette fois européen »*[226]. Une partie de la doctrine défend d'ailleurs fermement cette dialectique. *« Il resterait néanmoins choquant de placer aussi résolument la diffusion de la Convention européenne des droits de l'homme dans les relations entre particuliers sous l'influence d'un principe de proportionnalité construit en fonction des rapports verticaux entre l'État et l'individu »*[227].

Pourtant, au regard des arrêts observés et d'autres décisions éparses, on en déduit que la privatisation de la proportionnalité telle qu'on l'envisageait précédemment n'a pas réellement eu lieu. La plupart du temps, la Cour EDH expose l'interprétation du contrat aux *« standards »*[228] des ingérences étatiques. *« En effectuant son contrôle sur des relations privées, la Cour ne s'éloigne pas de la méthode d'analyse qu'elle utilise pour des ingérences publiques dans les droits conventionnels. Elle contrôle également si l'atteinte au droit était prévue par la loi, si elle poursuivait un motif légitime et si elle était nécessaire dans une société démocratique. S'agissant de ce dernier point, elle est pareillement conduite à se prononcer sur la proportionnalité de la mesure, prise en l'espèce par une personne privée,*

[224] J. RAYNAUD, *op. cit. (*v. note 84), p. 187, n° 176.

[225] Cour EDH,24 février 1998, *BOTTA c. Italie*, req. n° 21439/93, *RTDC* 1999, p. 498, J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTDH*, 1999, p. 595, B. MAURER.

[226] J. MOULY et J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit. (*v. note 203).

[227] *Ibid.*

[228] J. RAYNAUD, *op. cit. (*v. note 84), p. 188, n° 177.

sur le droit en question »[229]. On peut donc remarquer que ce n'est pas tant l'outil qui change, mais son champ d'application.

Dans le cadre d'une relation privée, et puisque l'on observe que le juge adopte la même méthode que lorsqu'il s'agit d'une relation verticale, la question de la privatisation de la proportionnalité pose corollairement celle de la confrontation des droits qui s'opposent, et donc la question de leur hiérarchisation.

B. La hiérarchie des droits fondamentaux

82.- *« Se nourrissant de la relativité, la proportionnalité prospère non point dans le monde normatif du vrai qui poursuit essentiellement le respect de la légalité au moyen de la méthode de vérification, mais plutôt dans celui du vraisemblable focalisé sur l'objectif de Justice par l'intermédiaire de la méthode de justification. Aussi, la proportionnalité trouve dans le domaine des droits de l'homme un terrain d'application optimal, car la plupart des normes consacrant les droits de l'homme ont une signification relative. Ces derniers consacrent en effet des libertés individuelles qui, présentant un contenu abstrait, sont elles-mêmes indéterminées a priori »*[230]. Considérant que les droits de l'homme possèdent un caractère relatif mis en exergue par la proportionnalité, leur valeur dans une situation donnée sera différente en fonction du contexte de l'affaire. Pour déterminer si la décision d'interprétation a été prise conformément à la Convention EDH, le juge va devoir confronter l'objectif de la mesure et ce qu'elle recouvre par rapport à la violation du droit fondamental qu'elle entraîne. Selon le droit concerné, la solution sera différente. Ainsi, la question de la proportionnalité entre droits fondamentaux soulève indirectement celle de la hiérarchie des droits fondamentaux.

83.- Bien que certains droits ne puissent faire l'objet de dérogations, comme le droit à la vie, le droit à ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants - constituant ce que Frédéric SUDRE qualifie de *« noyau dur »*[231] des droits fondamentaux - la plupart des autres droits sont en mesure de subir des limitations. Il faut dès lors considérer qu'aucune règle

[229] P. ANCEL, J. MORET-BAILLY, A. JEAMMAUD et E. MILLARD, *Vers un droit commun disciplinaire*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2007, p. 296.

[230] P. MUZNY, *op. cit. (*v. note 223), p. 811.

[231] F. SUDRE, *op. cit. (*v. note 18), p. 206, n°143.

exhaustive n'encadre ni ne prévoit ces limitations. Chaque affaire est différente. En ce sens, nous défendons la thèse selon laquelle il existerait une hiérarchie du moment des droits fondamentaux, qui s'imposerait selon le contexte en jeu. *« L'équilibre est nécessairement rompu en faveur de l'un ou de l'autre, celui qui prévaut ou si l'on préfère, celui qui a été mis en avant par celle des deux parties qui gagnera son procès. (...) La pondération des intérêts conduit à ce que, au moins dans les circonstances de l'espèce, un intérêt pèse plus lourd que l'autre »*[232].

La mise en œuvre de la proportionnalité permet donc de faire jouer la balance entre deux intérêts privés. L'issue du litige n'est pas déterminée par anticipation en fonction de la valeur que détiendrait chaque droit fondamental, d'un point de vue formel ou matériel. Hormis la prise en compte d'*« un noyau dur »*[233] de droit qui prévaudrait en toute occurrence, l'approche est généralement empirique et s'établit au cas par cas.

L'influence des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat est encouragée par l'extension d'outils de règlement des litiges comme la proportionnalité. Le juge européen, dans sa volonté d'accroître son autorité, traite des litiges qui pourtant ne relèvent pas de sa compétence. Un autre élément renforce cette idée d'intrusion progressive, qui concerne l'étendue de l'autorité des arrêts de la Cour EDH.

§ 2. L'extension de l'autorité des arrêts

84.- De façon générale, on observe que les arrêts rendus par la Cour EDH ont une autorité différente de celle que leur revêt officiellement le texte de la Convention EDH. Dotés d'une autorité de chose jugée prévue formellement, les arrêts de la Cour EDH sont en réalité porteurs d'une autorité de chose interprétée, qui tend à accentuer l'influence qu'ils peuvent jouer sur le contrat (I). En outre, la remise en cause des caractères des décisions du juge européen accroît cette tendance (II).

[232] F. RIGAUX, *op. cit. (*v. note 130), p. 225.

[233] F. SUDRE, *op. cit. (*v. note 123), p. 381.

I. La remise en cause de l'autorité de l'arrêt

85.- La question de savoir si la jurisprudence rendue par la Cour européenne devait être prise en compte par les États dans leur droit interne a pu être posée[234], et ce, malgré la réponse négative que le texte de la Convention EDH paraît officiellement y apporter. Si le texte même de la Convention EDH rend impossible une influence de la jurisprudence européenne sur l'interprétation des contrats privés, l'action du juge européen démontre le contraire. Il faut considérer que l'autorité des arrêts de la Cour EDH dépasse largement celle prévue par le texte de la Convention EDH.

En vertu de la Convention EDH, les arrêts rendus par la Cour EDH ont autorité de chose jugée. En réalité, on peut parler d'autorité de chose interprétée. L'autorité formelle de la Convention (A) est dépassée par une autorité effective (B) favorisant l'influence du juge européen sur le contrat et son interprétation.

A. L'autorité formelle

86.- L'autorité formelle des arrêts est une autorité de chose jugée. L'autorité de chose jugée[235] signifie qu'il n'est pas possible de remettre en cause ce qui a été définitivement jugé. Elle a été reconnue dans un arrêt *RINGEISEN*[236] à propos duquel la Cour EDH a précisé que l'ancien article 52 de la Convention EDH qui prévoit que *« l'arrêt de la Cour est définitif »... « a pour seul but de soustraire les arrêts de la Cour à une autre autorité »*.

L'autorité formelle des arrêts est parfois doublée d'une autorité de chose interprétée.

---

[234] G. COHEN-JONATHAN, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour EDH des droits de l'Homme », in *Liber AMICORUM Marc-André EISSEN*, LGDJ, Bruylant Bruxelles, 1995, pp. 39-64 ; A. RZEMCZEWSKI, « L'exécution des décisions dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *30ème colloque : La protection des droits de l'Homme dans le cadre international*, Strasbourg, 29-31 mai 1997, pp. 42 et s. C. DEFIGIER, H. PAULIAT, V. SAINT-JAMES, A. SAUVIAT, « L'autorité interprétative des arrêts de la Cour EDH des droits de l'Homme », in J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour EDH des droits de l'Homme sur le droit privé français*, Mission de recherche « Droit et justice », Paris, La Documentation française, 2001, pp. 11-73 ; J. VELU, « À propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme : vues de droit comparé sur des évolutions en cours », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à F. RIGAUX*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 527-562.

[235] Cf. Art. 44 de la CEDH.

[236] Cour EDH, 23 juin 1973, arrêt *RINGEISEN* c. Autriche, § 13.

B. L'autorité réelle

87.- L'autorité réelle des arrêts est une autorité de chose interprétée[237]. Le juge européen interprète les droits de la Convention EDH de manière à ce que les juges nationaux les appliquent conformément[238]. La perception de la relation entretenue entre la Cour EDH et les juges nationaux s'en trouve modifiée. Ces derniers sont dès lors soumis à un *« impératif de discipline juridictionnelle »*[239]. Alors qu'il n'y est juridiquement pas contraint, le juge français applique la Convention EDH et les interprétations faites de ce texte par le juge européen, eu égard à toutes les conséquences qu'une ignorance du texte pourrait engendrer. La marge nationale des États tend ainsi à diminuer.

Le principe de l'autorité de la chose interprétée à Strasbourg a été reconnu par les juridictions judiciaires françaises[240], le juge national n'hésitant pas à soulever d'office un moyen tiré de la jurisprudence européenne[241]. Il ne s'agit pas d'effectuer une transposition mécanique des arrêts de la Cour, mais d'adopter le raisonnement qui les sous-tend[242], même si celles-ci sont perfectibles[243]. La Cour reconnaît elle-même que ses décisions *« servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder*

[237] F. SUDRE, *op. cit. (*v. note 18), p. 740, n° 342 ; J. VELU et R. ERGEC, *op. cit. (*v. note 156), n° 1237.

[238]Cour EDH, 13 juillet 2004, *PLA ET PUNCERNAU c. Andorre*, *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. FLAUSS ; « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. SUDRE ; « L'interprétation d'une clause testamentaire et la Convention EDH », *JCP*, 2005, éd. G, II, 10052, note F. BOULANGER ; *D.* 20105, p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT ; « La nature testamentaire d'une lettre missive », *D.* 2005, p. 1064, obs. M. NICOD ; « CEDH et interprétation des contrats de droit privé », *RDC* 2005, p. 645, obs. J. ROCHFELD ; « L'interprétation d'un testament conformément aux principes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Répertoire Defrénois* 2005, p. 1909, note P. MALAURIE.

[239] B. GENEVOIS, concl. CE, 11 juillet 1984, *SUBRINI, D.* 1985, p. 150.

[240] Cass. civ. 1ère, 10 janvier 1984, *RENNEMAN, JCP* 1984, éd. G, II, 20210, concl. M. GULPHE ; La Cour se réfère à l'article 6 § 1 de la CEDH « *tel qu'interprété par un arrêt de la Cour EDH des droits de l'Homme du 23 juin 1981* ».

[241] Cass. crim., 18 mars 1986, *GARDEIL, D.* 1988, p. 568.

[242] G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Éloge de la « bénévolance » des juges », *RSC* 2005, p. 799. De même, tous les arrêts ne sont pas transposables en raison de la différence entre les systèmes juridiques ou plus simplement de la conformité du droit français au droit européen. Comp. les arrêts *MARCKX c. Belgique* du 13 juin 1979 (série A n° 31) et *VERMEIRE c. Belgique* du 29 novembre 1991 (série A n° 214-C) qui procuraient de précieux indices sur l'inconventionnalité du droit français quant aux discriminations instaurées au détriment de l'enfant adultérin. Une partie de la doctrine avait d'ailleurs pressenti la solution rendue lors de l'arrêt *MAZUREK* du 1er février 2000 : J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ.* 1999, pp. 497-498.

[243] Pour un plaidoyer en faveur d'une meilleure diffusion des arrêts européens, v. J.-F. BURGELIN et A. LALARDRIE, « L'application de la Convention par le juge judiciaire français », in *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; J. VAILHE, *La France face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme, Ministère de la Justice*, La Documentation française, Université Paris I, janvier 1998, coll. Les études de la Documentation française, Institutions, Paris, 2001.

et développer les normes de la Convention, et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes »[244]. Cette autorité trouve un fondement dans l'article 32 de la Convention EDH qui assigne à la Cour EDH la tâche d'interpréter la Convention[245].

88.- L'autorité reconnue aux arrêts est plus importante que celle initialement prévue. Doit-on dès lors considérer dans cette même veine que l'État est tenu de respecter la jurisprudence européenne, alors même qu'il ne serait pas jugé ? Tous les États, contrairement au droit communautaire, ne placent pas la Convention EDH au même rang au sein de leur système juridique. Pourtant, et malgré ce que prévoit le texte de la Convention, la Cour EDH a réussi à s'imposer en dotant ses arrêts d'une autorité très importante. La Convention est silencieuse quant à l'existence d'une obligation de prendre en considération les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg, encore davantage quant à la question de savoir si l'arrêt ne concerne pas l'État directement. À ce silence répond la menace d'intervention du juge européen. Aux termes de l'article 46 de la Convention, le caractère obligatoire de la décision européenne paraît limité lorsque l'État est partie au litige, qui plus est s'il ne l'est pas. Mais dans la réalité, l'autorité des arrêts de la Cour n'est plus seulement relative et dépasse la relation contentieuse pour s'étendre à l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe.

Une raison de pure logique intervient dans un premier temps. En effet, il apparaît normal que la condamnation d'un État serve de base et de référence aux autres États, alors qu'ils ne sont *a priori* pas concernés par l'affaire. Pour éviter de se faire à leur tour condamner, il est cohérent qu'ils veillent à connaître la jurisprudence supranationale et qu'ils s'y conforment, pour éviter d'être à leur tour condamnés. Cela leur permet par exemple de savoir que telle législation ou telle pratique nationale - si elles venaient à perdurer - ne résisterait pas aux foudres strasbourgeoises. À ce sujet, le protocole n° 14 à la Convention a

[244] Cour EDH,18 janvier 1978, *Irlande* c. Royaume-Uni, série A, n° 25. I. S. DELICOSTOPOULOS considère que l'autorité des arrêts de la Cour EDH doit être qualifiée d' « *autorité du précédent* » : « *l'autorité du précédent constitue le soutien nécessaire à la fonction interprétative afin d'établir la force juridiquement obligatoire des arrêts de la Cour EDH des droits de l'Homme au-delà du cas d'espèce. L'autorité de la chose interprétée est une solution imparfaite en partie parce qu'elle provient d'une transposition inexacte de la notion d'autorité de la chose interprétée telle qu'elle a été explicitée par la doctrine communautaire afin de répondre à des questions propres au droit communautaire dans un contexte juridique différent* », *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, préf. S. GUINCHARD, LGDJ, 2003, n° 174 et s., spéc. n° 197.

[245] F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001, I, p. 335 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les méthodes d'interprétation de la Cour EDH des droits de l'homme, instrument de dialogue ? », in F. LICHERE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant-Némésis, coll. « Droit et justice », n° 53, 2003, 167.

rajouté à l'article 46 un paragraphe 3, qui prévoit *« un recours en interprétation »* pour permettre de répondre à un manque de clarté d'un arrêt. Ce dispositif va dans le sens d'une application par les États des arrêts de la Cour.

En outre, les nouveaux alinéas 4 et 5 de ce même article prévoient un *« recours en manquement »*. Cette fonction permet au Conseil des ministres après avoir mis un État en demeure et sous certaines conditions d'agir contre ce dernier, s'il s'avère qu'il refuse de se conformer à un arrêt de la Cour[246].

L'autorité formelle des arrêts est dépassée par la pratique. D'une autorité de chose jugée, la décision acquiert dans les faits une autorité de chose interprétée. La remise en cause de l'autorité des arrêts de la Cour EDH s'accompagne de celle de leurs caractères.

II. La remise en cause des caractères de l'arrêt

89.- Les arrêts du juge européen ont un caractère obligatoire[247] et déclaratoire[248]. Pourtant, l'un (A) comme l'autre (B) est limité, dans la mesure où l'influence jouée par les droits fondamentaux dépasse ces seules considérations.

A. Le caractère obligatoire nuancé

90.- Le caractère obligatoire de l'arrêt est limité lorsque la solution ne joue plus seulement entre les parties (1). La mise en place de la technique de l'arrêt pilote contribue à renforcer ce constat (2).

[246] Rapport explicatif du protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, § 99 : *« la pression politique que constituerait un tel recours en manquement (…) devrait être suffisante pour que l'État concerné exécute l'arrêt initial de la Cour »* ; § 100 : *« Le nouvel article 46 ajoute donc de nouvelles possibilités de pression à celles qui existent déjà. La simple existence d'une telle procédure de recours en manquement et la menace d'y avoir recours devraient avoir un nouvel effet incitatif efficace quant à l'exécution des arrêts de la Cour »*.

[247] Cf. Art. 46§ 1 de la CEDH : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ».

[248] Cf. Art. 41 de la CEDH : « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».

1. L'accroissement de la portée de la décision

91.- Les arrêts de la Cour EDH sont obligatoires. Le caractère obligatoire signifie que l'arrêt est définitif[249] pour les parties engagées, mais ne vaut qu'*inter partes*.

Le caractère obligatoire *« de fait »* a été démontré par la Cour EDH à l'occasion de deux arrêts rendus à l'encontre de la Belgique. L'arrêt *MARCKX*[250] est le premier à avoir dénoncé les conséquences d'une législation applicable à l'enfant naturel. Après cette condamnation, la Cour de cassation belge avait refusé de modifier sa jurisprudence, la solution européenne ne rendant pas obligatoire selon elle l'élaboration d'un régime conforme à la Convention EDH. Le second arrêt européen relatif au litige examiné par la juridiction suprême belge, intervenu douze années plus tard[251], a permis à la Cour d'affirmer que l'engagement d'une réforme par les autorités nationales et l'attente de son aboutissement ne sauraient leur permettre de suspendre le respect de la Convention. Cette solution a été confirmée par l'arrêt *GRANT* contre Royaume-Uni du 23 mai 2006[252]. Par exemple, les juges européens ont considéré dans l'affaire précédente relative au transsexualisme qu'à partir du moment où l'arrêt *GOODWIN* contre Royaume-Uni[253] avait été rendu, rien ne justifiait plus l'absence de reconnaissance du changement de genre des transsexuels opérés. La requérante est considérée comme victime puisque, alors même qu'une loi dans ce domaine avait été adoptée, elle n'était cependant pas entrée en vigueur. Les juridictions anglaises sont donc soumises aux arrêts de la Cour qui, de fait, bénéficient d'un caractère obligatoire[254].

---

[249] Il devient définitif et donc obligatoire, dès lors que les parties signalent avant un délai de 3 mois, qu'elles ne feront pas de renvoi pour réexamen devant la Grande Chambre, soit une fois passé ce délai de 3 mois, soit encore, que la demande de réexamen ait été rejetée. Si cette demande était acceptée, l'arrêt définitif serait celui de la Grande Chambre.

[250] Cour EDH,13 juin 1979, *MARCKX c. Belgique*, série A, n° 31, *GACEDH*, n° 48, comm. A. GOUTTENOIRE ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. PELLOUX ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. ROLLAND ; *RBDI* 1980, pp. 53-81, M. BOSSUYT ; *CDE* 1980, p. 473, obs. G. COHEN-JONATHAN.

[251] Cour EDH,29 novembre 1991, *VERMEIRE c. Belgique*, série A, n° 214-C, *RTDH* 1992, p. 211, obs. F. RIGAUX.

[252] Cour EDH, 23 mai 2006, *GRANT c. Royaume-Uni*, req. n°32570/03.

[253] Cour EDH,Gde Ch., 11 juillet 2002, *GOODWIN c. Royaume-Uni*, req. 28957/95, *RTD civ.* 2002, p. 862, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2003, éd. G, I, 109, n° 16 et 22, F. SUDRE *; RTDH* 2003, p. 1157, obs. P. WACHSMANN et A. MARIENBURG-WACHSMANN ; *GACEDH* n° 42, comm. M. LEVINET ; *Dr. Fam.* 2002, comm n° 133, p. 26, obs. A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2003, p. 2032, note A.-S CHAVENT-LECLERE ; *RTDH* 2005, p. 349, obs. A. CARILLON.

[254] Le caractère obligatoire de l'arrêt doit être nuancé depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 ; En effet, l'arrêt rendu ne devient définitif et donc obligatoire que dans trois situations limitativement énumérées par l'article 44 § 2. Sur la nature de l'arrêt faisant l'objet d'un renvoi, v. F. SUDRE, *op. cit. (*v. note 18), p. 723, n° 339.

92.- Pourtant, le caractère obligatoire de l'arrêt doit être nuancé. L'autorité de l'arrêt ne touche plus désormais les seules parties au litige. Il arrive à la Cour EDH d'outrepasser l'effet direct de l'arrêt et ainsi de faire respecter aux États non partis au litige les solutions de ses arrêts. Elle a ainsi affirmé dans l'arrêt *MODINOS*[255] que tous les États qui conserveraient dans leur ordre juridique national des normes qui seraient similaires à celles déclarées contraires à la Convention à l'égard d'un autre État sont tenus de respecter la jurisprudence de la Cour sans attendre d'être condamnés à leur tour. La qualité *inter partes* de l'arrêt est dépassée. En ce sens, la Cour a de plus en plus recours à la notion de précédent dans des affaires analogues[256]. La Cour a elle-même reconnu que les effets de ses décisions pouvaient - dans une certaine mesure - déborder les limites du cas d'espèce[257].

Les décisions prises par la Cour EDH ne jouent plus qu'entre les seules parties au litige. Allant au-delà de ce que prévoit l'article 46 de la Convention EDH, les arrêts de la Cour EDH ont une influence dépassant le cadre des affaires sur lesquelles ils portent, au point d'exercer un impact sur les situations posant des questions similaires[258], ce à quoi nous pouvons rapprocher la procédure de l'arrêt pilote.

2. La technique de l'arrêt pilote

93.- La technique de l'arrêt pilote, dégagée par la jurisprudence strasbourgeoise[259], consiste à faire appliquer la décision prise par le juge européen à toutes les situations similaires à celle jugée. Allant à l'encontre du caractère obligatoire de l'arrêt, cette technique garantit au juge européen une très large propagation de son influence.

L'arrêt pilote permet au juge européen de jouer une influence sur le contrat (a). Sa mise en œuvre a été progressive (b).

---

[255] Cour EDH, arrêt *MODINOS* c. CHYPRE du 22 avril 1993, § 20 et suiv.

[256] Cf par ex. Cour EDH, arrêt *ACHACHE* c. France du 3 octobre 2006 § 28, qui renvoie à l'arrêt *LECARPENTIER* c. France du 2 mai 2006.

[257] Par ex. Cour EDH, arrêt *MARCKX*, § 58.

[258] Cour EDH, 23 mai 2006, *GRANT c. Royaume-Uni*, req. n° 32570/03.

[259] Cf Cour EDH,7 mars 2006, *EVANS c. Royaume-Uni*, Renvoyé devant Gde Ch., 10 avril 2007, *RTD civ.* 2006, p. 255, J.-P. MARGUÉNAUD ; *RDC* 1er octobre 2007, n° 4, p. 1321, C. NOIVILLE, *JCP* 2006, I, 164, n° 7, obs. F. SUDRE : *« l'affaire ne concerne pas simplement un conflit entre individus : la législation en question poursuit également un certain nombre d'intérêts plus vastes, d'ordre général, puisque, par exemple, elle protège le principe de la primauté du consentement et tend à promouvoir la clarté et la sécurité juridique ».*

a). L'influence de l'arrêt pilote sur l'interprétation du contrat

94.- L'arrêt pilote intervient dans le cadre de l'appréciation d'une norme interne par le juge européen. Le plus clair du temps, il s'agit d'une loi. Le juge, estimant que cette norme n'est pas conforme à la Convention EDH va solliciter l'État pour qu'il prenne les mesures nécessaires afin qu'elle cesse de nuire. En effet, l'État doit réagir à cette alerte en mettant un terme à la violation, puisqu'il est acteur défaillant du fait de son action ou de son inaction. Il doit faire face aux hypothèses d'une défaillance dans l'ordre juridique interne ayant pour conséquence de faire subir à une catégorie entière d'individus la privation d'un droit garanti par la Convention EDH. Deux types d'arrêts pilotes sont souvent distingués entre ceux s'attaquant à une question spécifique et ceux - plus courants - qui relèvent d'une *« défaillance systémique »*[260].

Dans un premier temps, la Cour EDH identifie le *« problème structurel »* rencontré dans l'État parti. Dans un second, elle indique quelles sont les mesures générales et/ou individuelles que l'État doit adopter en vue d'y remédier. Dans un troisième mouvement enfin, elle prononce la suspension, le gel de toutes les affaires répétitives pendantes devant elle, jusqu'à ce que l'État mis en cause prenne les mesures appropriées. L'arrêt pilote va avoir pour conséquence de geler toutes les affaires relatives au même problème.

La caractéristique de la technique de l'arrêt pilote est d'intervenir lorsque le problème à l'origine de la violation est susceptible de se reproduire plusieurs fois et est, ou sera à l'origine de nombreuses requêtes semblables. Le nombre de requérants ayant vocation à saisir la Cour de Strasbourg semble être l'un des critères déterminants de la mise en œuvre de cette technique, même si certains auteurs ont pu démontrer qu'il n'en allait pas ainsi pour tous les arrêts[261].

95.- Dans un récent rapport rédigé par un *« groupe des sages »* nommé par le Conseil de l'Europe[262] pour faire des propositions sur le fonctionnement de la Cour, il a été révélé que ces derniers envisageaient de régulariser le système de l'arrêt pilote et de transférer une partie des compétences qui reviennent actuellement aux États parties, à la Cour elle-

[260] D. SZYMCZAK, à propos de l'arrêt *BRONIOWSKI c. Pologne* de la Cour EDH du 28 septembre 2005, n° 31443/96, « L'arrêt pilote : un remède efficace contre l'engorgement du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme…à condition de bien lire la notice ! », *JCP* 22 mai 2006, éd. Administrations et Collectivités territoriales, n° 21, p. 1111.

[261] Cour EDH, Gde Ch., 1er mars 2006, *SEJDOVIC c. Italie*, req. n° 56581/00.

[262] Rapport du Groupe des sages au comité des ministres, 15 novembre 2006.

même. En d'autres termes, ce *« groupe des sages propose de régulariser les excès de pouvoir de la Cour »*[263]. Ainsi, la technique de l'arrêt pilote va probablement s'enraciner dans l'office du juge européen, car elle constitue un précieux gain de temps et lui permet de contrôler l'exécution de ses arrêts dans les États membres. En outre, l'application de la procédure de l'arrêt pilote à la matière contractuelle conduit à un degré d'objectivation qui modifie profondément les données de l'influence de la source européenne en ce domaine[264]. *« Le juge des droits de l'homme a ainsi le pouvoir de s'ériger en législateur de l'équilibre contractuel objectif, obligeant le législateur national à réviser ses lois en cas de déséquilibre entre les droits et obligations des parties à un contrat de droit privé »*[265]. Ce mouvement révèle une influence qui s'exerce non pas sur le texte même de la Convention, à travers son interprétation, mais sur la norme interne, le plus souvent la loi. Ainsi, par la procédure de l'arrêt pilote le juge va pouvoir neutraliser une norme, laquelle aura pu être contractualisée. Si les contractants ont matérialisé une partie de la loi dans une stipulation du contrat, alors la décision du juge européen à l'égard de ce texte sera déterminante, pour savoir si la clause est valable ou ne l'est pas, et donc pour donner un sens au contrat.

La technique de l'arrêt pilote permet au juge européen d'influencer le juge interne, notamment du fait de l'emprise qu'il peut avoir sur la norme interne. Cette technique a été mise en place de manière progressive.

[263] B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.* 2008, p. 1946.

[264] F. LAZAUD, « L'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme : lecture de l'arrêt *BRONIOWSKI* à la lumière du protocole numéro 14 », *RRJ Droit prospectif* 2005, p. 913.

[265] M. SANTA-CROCE, *J.-Cl Civil*, fascicule n° 50, « Contrats internationaux », 1er mars 2008,

n° 73 et suiv.

b) La progression de l'influence

96.- La jurisprudence est assez discrète à propos des arrêts pilotes. Quelques décisions importantes permettent néanmoins de justifier cette influence, mais une seule concerne la matière contractuelle.

97.- La technique de l'arrêt pilote s'est illustrée pour la première fois au travers d'une relation verticale. Dans l'affaire *BRONIOWSKI*[266], le requérant se plaignait d'une violation de l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention EDH relatif à la protection de la propriété par l'État polonais. Sa grand-mère, habitante des provinces orientales de la Pologne, avait abandonné, comme beaucoup d'autres personnes, ses biens immobiliers avant d'être rapatriée, à l'issue de la guerre, après que les nouvelles frontières du pays eurent été établies. L'État polonais s'était engagé à dédommager ces personnes qui se voyaient désormais privées de leurs maisons, en leur attribuant des terrains équivalents, mais la procédure n'eut pas lieu pour des raisons économiques.

La Cour EDH face à cette situation, ne s'est pas arrêtée au constat de violation de l'article 1er du Protocole n° 1 au profit du requérant, elle a aussi constaté l'existence d'un problème structurel d'envergure lié à l'absence, en droit polonais, d'un mécanisme effectif de mise en œuvre du droit patrimonial à dédommagement. Puis elle a enjoint à la Pologne, dans le dispositif même de l'arrêt de garantir, *« par des mesures légales et des pratiques administratives appropriées, la mise en œuvre du droit patrimonial en question pour les autres demandeurs concernés (...) ou de fournir à ceux-ci, en lieu et place un redressement équivalent, conformément aux principes de la protection des droits patrimoniaux énoncés par l'article 1er du Protocole n° 1 »*. Le juge européen en dénonçant l'inaction de l'État exerce une influence nette sur l'État polonais, qui devra prendre les mesures nécessaires pour que toutes les affaires similaires ne créent plus de telles violations. D'autres décisions[267] ont par la suite confirmé cet arrêt.

Cependant, cet arrêt n'incarne pas toute la nouveauté que nous souhaitons mettre en avant. Il n'est pas topique de la relation contractuelle puisque la relation observée est

[266] Cour EDH,22 juin 2004, *BRONIOWSKI c. Pologne*, req. n° 31443/96, *RTDH* 2005, p. 203, E. LAMBERT-ABDELGAWAD ; *JDI*, 2005, p. 544, obs. P. TAVERNIER ; *RRJ Droit prospectif* 2005, p. 913, note F. LAZAUD ; *GA CEDH*, n° 71, comm. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA.

[267] Par ex. Cour EDH, arrêt *TEKIN YILDIZ* c. TURQUIE du 22 décembre 2005 ; Cour EDH, arrêt *SCORDINO* c. Italie du 29 mars 2006.

purement verticale. Elle découle d'une inaction de l'État envers un particulier, lequel n'est pas lié par un contrat avec un autre individu. Pour autant, la matière contractuelle n'est pas restée étrangère à cette méthode, avec l'arrêt *HUTTEN-CZAPSKA*[268].

98.- Une Grande chambre[269] saisie sur renvoi paracheva la solution retenue par un arrêt de Chambre du 22 février 2005[270]. Mme HUTTEN-CZAPSKA, ressortissante française d'origine polonaise, prétendait être victime d'une atteinte à un bien - une maison familiale - lui provenant de ses parents. En effet, un dysfonctionnement de la législation polonaise sur le logement était mis en avant, lequel, pour faire face à la pénurie de locaux à usage d'habitation conséquente au régime communiste, avait tellement protégé les locataires que les loyers perçus par les bailleurs ne leur permettaient même pas de couvrir le coût d'entretien des biens loués. Ce déséquilibre concernait de très nombreuses personnes. La loi litigieuse avait des répercussions sur un contrat de bail entre personnes privées. La Cour a donc déclenché la procédure de l'arrêt pilote et a sollicité la prise de mesures générales par l'État polonais pour y mettre fin. En effet, elle impose à la Pologne une réorganisation générale des rapports contractuels des bailleurs et des locataires et va même plus loin puisqu'elle lui suggère en plus, la meilleure manière d'y parvenir.

Par un autre arrêt en date du 28 avril 2008[271], décidant de rayer l'affaire au rôle en raison d'un règlement amiable jugé valable, la Cour EDH a montré qu'elle pouvait aller plus loin. *« Par un arrêt du 19 juin 2006 (« l'arrêt au principal »), la Grande Chambre de la Cour a dit qu'il y avait eu violation de l'article 1 du Protocole no 1 à la Convention. Elle a conclu que cette violation résultait d'un problème structurel lié au dysfonctionnement de la législation interne, laquelle a) avait imposé et continuait d'imposer des restrictions aux droits des propriétaires notamment en ce qu'elle comportait des dispositions défectueuses quant à la fixation des loyers ; b) n'avait pas prévu et ne prévoyait toujours pas de procédure ou mécanisme permettant aux propriétaires de compenser les pertes subies dans le cadre de l'entretien de leurs biens (point 3 du dispositif de l'arrêt au principal). À cet égard, la Cour a dit que, pour mettre un terme à la violation structurelle décelée en l'espèce, l'État défendeur devait ménager dans son ordre juridique interne, par des mesures légales et/ou autres*

[268] Cour EDH,Gde Ch., 19 juin 2006, *HUTTEN-CZAPSKA c. Pologne*, req. n° 35014/97, *AJDA* 2006, p. 1709 et 1717, obs. J.-F. FLAUSS.

[269] *Ibid.*

[270] Cour EDH, arrêt *HUTTEN-CZAPSKA c. Pologne* du 22 février 2005.

[271] Cour EDH, Gde. Ch. Arrêt *HUTTEN-CZAPSKA* c. Pologne, 28 avril 2008.

appropriées, un mécanisme qui établisse un juste équilibre entre les intérêts des propriétaires et l'intérêt général de la collectivité, conformément aux normes de protection du droit de propriété énoncées dans la Convention »[272].

Un tel accord est un règlement amiable qui peut conduire à un arrêt de radiation sur le fondement de l'article 37 de la Convention, à la condition, évoquée par le paragraphe 1 *in fine* de cet article et par l'article 62 § 3 du règlement de la Cour, de s'être inspiré du respect des droits de l'Homme tels que les reconnaissent la Convention et ses protocoles. Or, dans le prolongement logique de la technique de l'arrêt pilote, la Cour avait estimé que la question relevant de l'article 41 devait être réglée non seulement en fonction de la possibilité pour le gouvernement polonais et la requérante de parvenir à un accord, mais également à la lumière de toutes mesures à caractère individuel ou général que le gouvernement pourrait prendre en exécution de l'arrêt au principal et dans l'attente desquelles l'examen de toutes les affaires polonaises similaires serait ajourné. Le gouvernement ayant accepté de verser à Mme HUTTEN-CZAPSKA presque tout ce qu'elle demandait, il ne faisait aucun doute que la Pologne s'était scrupuleusement conformée à l'arrêt définitif auquel elle était partie et que, à s'en tenir à la lettre de l'article 46 § 1 consacré à la force obligatoire et à l'exécution des arrêts de la Cour, le règlement amiable aurait dû être approuvé indépendamment de l'existence d'autres mesures individuelles et de mesures générales destinées à d'autres parties que la requérante victorieuse en 2006.

Le juge européen conditionne l'issue du litige à la mise en œuvre d'une réforme législative et à ce que le règlement amiable devienne un règlement amiable pilote[273]. En plus de rendre un arrêt pilote, le juge européen pousse son action plus loin puisqu'il encadre même la procédure du règlement amiable passée entre l'État et l'individu à la suite de l'arrêt pilote, de façon à ce que le règlement amiable passé entre tous les individus qui seront soumis à l'arrêt pilote et leurs États soient identiques. Normalement, le juge européen attend que l'État prenne les mesures nécessaires afin que les affaires pendantes puissent être résolues également. Dans cette affaire, il s'inspire du règlement amiable passé entre l'État et la requérante initiale - passé en vertu du droit de la requérante à une satisfaction équitable - pour régler le litige. Il soumet ainsi à l'État sa volonté de voir régler le litige de telle manière, en

[272] *Ibid.*, § 3.

[273] J.-P. MARGUÉNAUD, « Un nouvel instrument de conquête du droit des contrats par la Cour EDH : le règlement amiable pilote », *RTD civ.* 2008, p. 641.

prenant un *« règlement amiable pilote »*[274]. Cela lui permet d'accroître la possibilité de surveiller l'exécution de ses arrêts et d'imposer sa vision des choses. Alors que l'article 46 ne prévoit que des mesures individuelles, le juge européen le réécrit pour en tirer également une exigence de mesure générale demandée à l'État.

Le caractère obligatoire de l'arrêt est limité dans la mesure où la portée de la solution ne joue plus toujours qu'entre les parties. La technique de l'arrêt pilote s'inscrit dans ce contexte. En outre, le caractère déclaratoire de l'arrêt est également remis en cause.

B. Le caractère déclaratoire nuancé

99.- Les arrêts de la Cour EDH sont déclaratoires. Le caractère déclaratoire signifie que l'arrêt ne vaut pas titre exécutoire sur le territoire des États membres[275]. L'exécution des arrêts dépend des États eux-mêmes qui vont mettre en œuvre les moyens qu'ils désirent pour s'acquitter de l'obligation demandée, qui est une obligation de résultat. La Cour EDH a reconnu que sa décision *« déclaratoire pour l'essentiel (...) laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 »*[276].

D'ailleurs, aucune disposition de la Convention EDH ne permet d'assurer l'application des arrêts pris par le juge européen. En effet, aucune sanction n'est prévue dans la Convention EDH en cas de non-exécution de l'arrêt. Aucune mesure coercitive n'est mentionnée. En outre, rien ne permet d'affirmer que les Hautes Parties contractantes ont une obligation de résultat de faire respecter les droits de l'homme dans les relations interindividuelles ou qu'à l'inverse il pèse sur elles de simples obligations de moyens. La Cour EDH ne fait aucune distinction catégorique entre obligation de moyen et obligation de résultat. Si elle évoque parfois les obligations de moyens, sa jurisprudence ne permet pas de déterminer le sens qu'elle accorde à cette notion. *« Une obligation de résultat « globale » impose le respect des principes européens et la poursuite de leur effectivité. Des obligations de moyens spécifiques sont prescrites lorsque la protection exigée ne dépend pas du seul*

[274] Opinion séparée du juge ZAGREBELSKY, à laquelle se rallie le juge JAEGER, à propos de l'arrêt de la Cour EDH Gde Ch. *HUTTEN CZAPSKA* du 28 avril 2008 : *AJDA* 2008, p 1930, obs. J.-F. FLAUSS.

[275] M.-A. EISSEN, « La Cour européenne des droits de l'Homme », *RDP* 1986, p. 1574.

[276] Cour EDH,13 juin 1979, *MARCKX c. Belgique*, série A, n°31, *GACEDH*, n°48, comm. A. GOUTTENOIRE ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. PELLOUX ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. ROLLAND ; *RBDI* 1980, pp. 53-81, M. BOSSUYT ; *CDE* 1980, p. 473, obs. G. COHEN-JONATHAN.

comportement de l'État. Enfin, à ces obligations s'ajoute celle de prévenir les violations individuelles tout en respectant la sphère privée des individus »[277]. On pourrait donc considérer que dans le cadre de l'interprétation d'un contrat, l'obligation qui pèse sur l'État relève de la troisième hypothèse, et se rapprocherait davantage de l'obligation de moyen.

100.- Pourtant, le caractère déclaratoire de l'arrêt doit être nuancé, car il arrive fréquemment au juge européen de préciser la manière dont il faut comprendre la portée de l'arrêt rendu et les mesures qui doivent être prises au niveau interne[278]. Le juge européen *« s'affranchit ainsi de la lettre de l'article 46 et ne limite plus sa compétence à celle de rendre les arrêts purement déclaratoires »*[279]. En effet, alors que la Cour de Strasbourg a toujours considéré que ses arrêts étaient essentiellement déclaratoires et qu'il ne lui revenait pas d'indiquer à l'État défendeur les moyens les plus appropriés afin de mettre son droit interne en conformité avec les exigences de la Convention[280], elle lui donne aujourd'hui des indications précises sur la façon de mettre fin à la violation. Dans l'arrêt *BRONIOWSKI* par exemple[281], le juge européen combine l'article 41, relatif à la satisfaction équitable, et l'article 46 relatif à la force obligatoire et l'exécution des arrêts, pour renforcer l'autorité de l'arrêt rendu. Sur la base de l'article 46, il indique au juge interne les mesures générales à prendre pour exécuter la décision. La Cour s'arroge le droit - normalement dévolu au Comité des ministres[282] - de surveiller l'exécution de ses arrêts. Elle déborde de sa compétence de rendre des arrêts déclaratoires[283]. Frédéric SUDRE[284] considère que l'idée de précédent développée dans la jurisprudence et notamment dans l'arrêt *CHAPMAN*[285] vient encadrer le rôle de l'État puisque celui-ci est lié à une jurisprudence stable et forte de Strasbourg.

---

[277] B. MOUTEL, *op. cit. (*v. note 74), Partie II, n°295.

[278] Cour EDH, Gde Ch., 13 juillet 2000, *SCOZZARI et GIUNTA*, req. n° 39221/98 et 41963/98.

[279] F. SUDRE, « Conclusions », in *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Colloque, Limoges, 30 et 31 mars 2006.

[280] *Cf.* Cour EDH,13 juin 1979, *MARCKX c. Belgique*, série A, n°31, *GACEDH*, n°48, comm. A. GOUTTENOIRE ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. PELLOUX ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. ROLLAND ; *RBDI* 1980, pp. 53-81, M. BOSSUYT ; *CDE* 1980, p. 473, obs. G. COHEN-JONATHAN.

[281] Cour EDH, 28 septembre 2005, *BRONIOWSKI* c. Pologne, *AJDA* 2006, p. 467, J.-F. FLAUSS.

[282] Cf. Art. 46§ 2 de la CEDH: « L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des ministres qui en surveille l'exécution ».

[283] F. SUDRE, *op. cit. (*v. note 18), n° 340-1, p. 725.

[284] F. SUDRE, *op. cit. (*v. note 18), p. 742, n° 342.

[285] Cour EDH, 18 janvier 2001, *CHAPMAN c. Royaume-Uni*, req. n° 27238/95, § 70 : « Sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des

Le caractère déclaratoire de l'arrêt de la Cour EDH doit être nuancé dans la mesure où le juge européen précise souvent à l'État la manière dont il devrait appliquer la décision rendue.

L'influence des droits fondamentaux sur l'interprétation du contrat s'exprime à travers le développement de l'effet horizontal de la Convention EDH. Plus la Cour développe et diversifie ses actions, plus le juge interne sera lié par ses prises de position. Pour autant, l'influence des droits fondamentaux sur l'interprétation du contrat par le biais de la mise en œuvre de l'effet horizontal de la Convention connaît des limites. En effet, les exigences du juge européen à l'égard de l'État ne peuvent être absolues.

précédents », *RTD civ.* 2001, p. 448, obs. J-.P. MARGUÉNAUD ; *RTDH* 2001, p. 887, obs. F. SUDRE ; GACEDH n° 45, comm. J.-P. MARGUÉNAUD.

CONCLUSION CHAPITRE 1

101.- Intervention indirecte du juge européen dans le contrat.- Le juge européen, traditionnellement cantonné à intervenir lorsqu'un État bafoue les droits fondamentaux de l'un de ses ressortissants, voit désormais son rôle élargi. Dorénavant, les relations verticales entre l'État et l'individu ne sont plus les seules à être régentées par l'œil bienveillant du juge strasbourgeois. Les relations privées, au premier rang desquelles figure la relation contractuelle, sont soumises au respect de la Convention EDH et de ses protocoles additionnels. Par l'intermédiaire de l'État, le juge européen veille à ce que les actes juridiques passés entre les individus soient conformes aux droits conventionnels.

La reconnaissance de l'effet horizontal de la Convention EDH permet au juge européen de contrôler l'application des droits fondamentaux dans les relations privées. Par le biais du comportement étatique - lequel peut se manifester par une action ou une inaction de l'État - et sur la base possible d'une double assise - qu'il s'agisse de l'article 1er de la Convention EDH ou la théorie des obligations positives - la Cour EDH en développant de manière conséquente les possibilités offertes par l'effet horizontal indirect créé un climat général favorable à son influence sur l'action du juge interne. Ce dernier, lorsqu'il va interpréter le contrat va nécessairement être orienté dans sa démarche par les exigences européennes, sous peine d'être condamné. L'influence des droits fondamentaux sur l'interprétation du contrat - interprétation entendue ici largement comme la détermination du contenu du contrat et des obligations qui en découlent - est ainsi indirecte.

L'effet horizontal de la Convention EDH dans l'interprétation du contrat est mis en œuvre de manière variée. En effet, l'influence que peuvent jouer les droits fondamentaux sur le contrat en général - y compris donc sur l'interprétation - s'observe et se matérialise à divers niveaux.

102.- Manifestations de l'intervention indirecte- L'application des droits fondamentaux aux relations privées s'observe à travers la modification de certains outils européens de règlement des litiges, et notamment l'extension de la proportionnalité, laquelle doit désormais confronter des intérêts privés. En outre, l'observation d'un renforcement de l'autorité et des caractères des arrêts de la Cour EDH fait preuve d'un pouvoir grandissant du

juge européen, au-delà des pouvoirs que lui confère normalement la Convention EDH. La prise en compte de sa jurisprudence en droit interne tend à accroître cette idée que l’action du juge national sera peu à peu de plus en plus pilotée, orientée dans l’interprétation qu’il fera du contrat.

La Cour EDH réussit à créer un climat favorable à son expansion et son autorité. Son activité tendant à développer l’effet horizontal de la Convention EDH influence le contrat en agissant sur l’action du juge interne, lui permettant de jouer un rôle conséquent sur le contrat.

Les droits fondamentaux influencent l’interprétation, du fait de l’influence qu’ils jouent sur le contrat dans sa globalité et donc par extension sur l’interprétation entendue largement comme s’apparentant à la détermination du contenu du contrat.

De manière plus inhabituelle, le juge européen est intervenu parfois directement dans l’interprétation du contrat, en faisant jouer aux droits fondamentaux une influence immédiate sur son interprétation, en exigeant une lecture de l’acte qui soit conforme à la Convention EDH.

CHAPITRE 2

L'INFLUENCE IMMÉDIATE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR L'INTERPRÉTATION

103.- La Cour EDH intervient parfois directement dans l'interprétation du contrat menée par le juge interne. Cette manifestation de l'influence constitue l'intrusion la plus marquée du juge européen puisqu'elle contribue à instituer cette juridiction en *« quatrième degré de juridiction »*[286] de la Cour de cassation, non sans provoquer des bouleversements importants sur certains principes majeurs comme la subsidiarité. Cette intervention qualifiée d'*« immédiate »* - en distinction d'avec l'action *« médiate »* favorisant une influence indirecte sur l'interprétation du contrat - se manifeste diversement bien qu'elle soit encore vacillante. Nous n'en sommes en effet qu'aux prémices de cette action qui - si elle devait perdurer - modifiera sensiblement la pratique de la matière contractuelle.

Le juge européen, dans son influence immédiate sur le contrat, est intervenu de manière progressive (Section 1). La portée de telles avancées doit être appréhendée, bien qu'il soit encore difficile de dresser un bilan exhaustif de celles-ci (Section 2).

[286] Cf. par ex. F. SUDRE, *op. cit.* (v. note 18), p. 380, n° 212-3.

SECTION 1. LES MANIFESTATIONS DE L'INFLUENCE

104.- Au travers de sa jurisprudence, le juge montre progressivement qu'il peut aller plus loin pour influencer l'action du juge interne. Après avoir montré de quelle manière l'extension de l'effet horizontal indirect permettait de créer un climat favorable à une influence des droits fondamentaux dans l'interprétation, on observe parallèlement que l'influence peut parfois être directe. En effet, il est arrivé au juge de condamner directement l'interprétation menée par les juridictions internes au motif qu'elle n'était pas conforme aux exigences posées par la Cour EDH. Le juge se transforme alors en un juge de l'interprétation interne.

Ce n'est pas le rôle qu'a pu jouer l'État dans l'atteinte portée par le contrat qui est appréhendé, mais davantage l'interprétation elle-même. Le recours à l'État sert à condamner directement le juge interne du fait de l'interprétation rendue. Ainsi, au regard de la jurisprudence, on relève que le déséquilibre de tel ou tel type de relations contractuelles est désormais susceptible d'être directement corrigé par la Cour EDH.

Cette intervention s'est faite progressivement. Après avoir désapprouvé l'interprétation menée par le juge interne (§ 1), le juge européen a parfois marqué davantage sa domination en suggérant sa propre interprétation du contrat (§ 2).

§ 1. L'appréciation directe de l'interprétation interne

105.- La Cour a démontré que la question de l'interprétation d'un contrat n'était pas une *« zone de non-droit conventionnel »*[287]. Elle a exprimé la nécessité que les instances nationales, lorsqu'elles interprétaient un contrat, le fassent dans un sens qui soit conforme aux droits fondamentaux protégés par la Convention EDH. Elle a ainsi condamné de manière explicite et à plusieurs reprises l'État - par le biais de ses juridictions internes - pour avoir mal interprété un contrat.

[287] J.-P. MARGUÉNAUD, « La Cour EDH des droits de l'homme à la conquête du droit des contrats au moyen des arrêts pilotes », *RTD civ.* 2006 p. 719.

Elle s'est tout d'abord immiscée dans l'interprétation, tout en suivant la position adoptée par les juridictions nationales (I), puis est allée plus loin en condamnant l'interprétation rendue (II).

I. Les juridictions internes confortées

106.- La Commission européenne a écarté une affaire[288] dans laquelle un contrat de travail stipulait que le médecin employé d'un hôpital catholique devait, pendant et hors ses heures de travail, avoir un comportement en conformité avec les principes chrétiens. Suite à une interview dans laquelle il se positionna en faveur de l'avortement, il fut licencié. Le médecin invoqua pour sa défense l'article 10 de la Convention EDH, protégeant son droit à la liberté d'expression, mais la Commission rejeta sa requête. Elle avança que *« le droit allemand, tel qu'il est interprété par la Cour constitutionnelle fédérale, tient compte de la nécessité de reconnaître la liberté d'expression d'un employé à l'encontre d'exigences excessives de son employeur, même si celles-ci résultent d'un contrat de travail valable. Si, comme en l'espèce, l'employeur est un organisme établi sur la base de certaines convictions et jugements de valeur qu'il considère comme indispensables à l'accomplissement de ses fonctions dans la société, il est en fait conforme aux exigences de la Convention de donner toute sa portée aussi à la liberté d'expression de l'employeur. Un employeur de ce type ne pourrait efficacement exercer cette liberté sans imposer certains devoirs de loyauté à ses employés. Dans le cas d'employeurs comme la fondation catholique qui employait le requérant dans son hôpital, la loi garantit en tout état de cause qu'il existe une relation raisonnable entre les mesures affectant la liberté d'expression et la nature de l'emploi ainsi que l'importance de la question pour l'employeur. Elle protège ainsi l'employé d'une contrainte qui toucherait à la substance même de cette liberté d'expression. La Commission estime que l'article 10 de la Convention n'impose à l'État, dans des affaires comme celles-ci, aucune obligation positive d'offrir une protection supérieure »*[289].

107.- L'interprétation réalisée par les juridictions allemandes n'est pas condamnée par la Cour de Strasbourg, car elle estime que ces dernières ont interprété le contrat conformément aux droits fondamentaux. Toute la difficulté résidait dans la question de savoir

[288] Comm. EDH., 6 septembre 1989, *ROMMELFANGER c. RFA*, *DR* n° 62, p. 151.

[289] *Ibid.*

si une clause contractuelle - qui avait été acceptée - pouvait rendre valable la renonciation à la liberté d'expression. La Commission a rejeté dans un premier temps l'argument avancé par l'État allemand, qui consistait à dire qu'en signant le contrat le médecin s'était engagé à respecter les valeurs de la religion catholique, et que de ce fait son droit pouvait être anéanti. La Commission a refusé de priver totalement le médecin de son droit, mais a reconnu en revanche que ce dernier ayant accepté la clause - et les conséquences de son irrespect - il devait admettre que son droit soit limité, dans une certaine mesure, et qu'il était dès lors normal que le licenciement soit prononcé.

Cette affaire est singulière, car il n'est pas courant que le juge européen permette une telle entorse aux droits. Mais, comme le souligne Béatrice MOUTEL[290], le juge européen a pris en considération des éléments particuliers pour prendre sa décision, notamment le fait que l'employeur avait un statut particulier et que les conditions de croyances étaient essentielles. Également, le juge a constaté que la législation interne prévoyait une solution de protection pour le salarié en cas de demandes déraisonnables et disproportionnées de l'employeur.

Le juge européen, bien qu'il suive la solution rendue, apprécie l'interprétation menée par les juridictions internes. Dans d'autres circonstances, son appréciation a généré une influence plus importante puisqu'il a condamné la portée de l'arrêt rendu.

II. Les juridictions internes condamnées

108.- Le juge européen a déjà condamné les juridictions internes parce qu'elles avaient mal interprété un contrat. L'arrêt *VAN KUCK*[291]est le premier à avoir véritablement mis en avant cette intrusion du juge dans l'interprétation du contrat[292]. Le juge européen ne cherche pas dans ce cas à donner un sens à la clause, clause plutôt générale issue d'un contrat d'assurance. La Cour EDH intervient, car le juge interne aurait dû prendre en compte les

[290] B. MOUTEL, *op. cit.* (v. note 74), Partie II, n° 383.

[291] Cour EDH, 12 juin 2003, *VAN KUCK c. Allemagne*, req. n° 35968/97, *RTD civ.* 2004, p. 361, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RDC* 1er juillet 2004, n° 3, p. 788, obs. A. DEBET.

[292] A. DEBET, « L'assureur, le transsexuel et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDC* 1er juillet 2004, n° 3, p. 788: « L'État, sur le fondement de ces obligations, doit faire respecter les droits garantis par la Convention entre les particuliers, et ce, même au sein des relations contractuelles. Un des enseignements importants de l'arrêt VAN KUCK est l'affirmation claire dans ce domaine de la position de la Cour EDH s'agissant du rôle du juge: ce dernier est tenu dans son interprétation du contrat d'une obligation positive de protéger les droits fondamentaux. S'il ne le fait pas, l'État risque une condamnation, condamnation prononcée en l'espèce. Avant cet arrêt, une telle condamnation semblait envisageable. Désormais, on sait que la Cour EDH n'hésitera pas à la prononcer ».

développements de la jurisprudence européenne concernant le droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8 de la Convention[293]. En omettant de le faire, il interprète le contrat d'une manière qui n'est pas conforme à la Convention EDH[294]. Pour cette raison, la Cour invoque l'obligation positive de l'État d'adopter des mesures visant au respect de la vie privée, jusque dans les relations contractuelles. L'arrêt *VAN KUCK* indique qu'un État peut être condamné quand un juge n'a pas donné une interprétation du contrat suffisamment protectrice des droits fondamentaux ou n'a pas fait disparaître une clause attentatoire aux libertés individuelles.

109.- Cette affaire illustre *« l'incursion européenne la plus spectaculaire au cœur de la matière contractuelle »*[295]. Le juge est désormais lié par l'interprétation des droits fondamentaux faite par la Cour EDH, mais aussi par toutes les prérogatives qu'elle en fait découler. Alors que le champ d'action du juge interne diminue[296], l'influence des droits fondamentaux ne cesse de croître. Le litige reste à première vue dans une configuration normale : le juge européen joue une influence sur le contrat, mais l'État reste l'entité hypothétiquement et exclusivement condamnable. Concomitamment, le juge européen influence réellement l'interprétation du contrat puisqu'il prend en compte la relation privée qui unit les deux cocontractants, à travers la théorie des obligations positives. Certes, cet arrêt permet au juge européen de contrôler l'application de la Convention EDH par le juge national dans les relations privées. Mais plus que cela, il se rapproche d'un effet horizontal direct de la

[293] § 69 ; J.-P. MARGUÉNAUD, RTD civ. 2004, p. 361 : « il ne s'agit pas là d'une innovation majeure puisque, comme on le sait, l'article 8 est un des premiers articles à avoir été mobilisé par la Cour EDH des droits de l'Homme pour assurer la diffusion de l'effet dit horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme[293]. Ce qui est nouveau, en revanche, c'est que cette diffusion de l'article 8 dans les relations interindividuelles est expressément envisagée pour le droit au respect de la vie privée augmenté de tous les enrichissements qui lui ont été progressivement apportés par la jurisprudence européenne : intégrité physique et psychologique de la personne, identité physique et sociale de l'individu, genre, nom, orientation sexuelle, vie sexuelle, droit au développement personnel, droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables et, surtout, autonomie personnelle (…). La diffusion horizontale de toutes les ramifications de la vie privée, méticuleusement énumérées au paragraphe 69 de l'arrêt VAN KUCK, pourrait bien, à la longue, conduire au bouleversement de nombreuses solutions de droit civil des personnes et de la famille ».

[294] § 57 : « La Cour estime que la façon dont les juridictions internes ont interprété la notion de « nécessité médicale » et apprécié les éléments de preuve produits à cet égard n'a pas revêtu un caractère raisonnable ».

[295] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit. (*v. note 293).

[296] Traditionnellement, il refuse, notamment sur le sujet de la vie privée liée à la transsexualité, de se positionner. Si « l'article 8 peut engendrer des obligations inhérentes au respect de la vie privée, la notion de respect manque de netteté, surtout quand il s'agit de telles obligations positives ; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre au vu de la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les États contractants » : Cour EDH, 25 mars 1992, *B.* c. France, série A, n ° 232-C, *D.* 1992, p. 325, obs. J-. F RENUCCI ; *JCP* 1992, 2, éd. G, II, 21955, T. GARE ; *RTD civ.* 1992, p. 540, J. HAUSER ; *D.* 1993, p. 101, J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 1993, éd. G, I, p. 3654, n° 19, F. SUDRE ; *JDI* 1993, p. 720, P. TAVERNIER.

Convention EDH puisque l'arrêt reconnaît, au sein des relations privées, l'existence d'obligations positives dans un souci de respecter les droits fondamentaux. En outre, le juge européen condamne directement l'interprétation menée par les instances nationales.

Qu'il soutienne ou qu'il condamne l'interprétation rendue par le juge interne relatif à l'interprétation d'un contrat, le juge européen a montré qu'il avait su - de manière progressive - faire en sorte que les droits fondamentaux servent d'indicateurs à la lecture de l'acte contractuel. La Cour EDH a parfois franchi un palier plus élevé dans l'influence, en substituant sa propre interprétation à celle du juge interne.

§ 2. La substitution directe de l'interprétation interne

110.- Par delà la nécessité d'une conformité à la Convention EDH, le fond de l'interprétation menée par le juge interne peut-être contrôlé par le juge européen. Il agit alors en véritable interprète du contrat et suggère l'interprétation adéquate, en se substituant aux instances internes. Il recommande à l'État la manière dont il aurait dû lire la clause et interprète, à sa place, le contrat[297].

L'affaire *PLA et PUNCERNAU*[298] est déterminante pour illustrer ce constat. Elle place les juridictions de contrôle strasbourgeoises en dernier degré de juridiction des contentieux entre personnes privées[299] et entame le point de départ d'un nouveau type d'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux en recommandant une nouvelle façon d'interpréter le contrat, *« qui devra être lue avec le plus grand calme par les cardiaques et les grands nerveux »*[300].

[297] F. BOULANGER, « L'interprétation d'une clause testamentaire et la Convention EDH », *JCP*, 2005, éd. G, II, 10052.

[298] Cour EDH, 13 juillet 2004, *PLA ET PUNCERNAU c. Andorre*, *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. FLAUSS ; « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. SUDRE ; « L'interprétation d'une clause testamentaire et la Convention EDH », *JCP*, 2005, éd. G, II, 10052, note F. BOULANGER ; *D.* 20105, p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT ; « La nature testamentaire d'une lettre missive », *D.* 2005, p. 1064, obs. M. NICOD ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. ROCHFELD ; « L'interprétation d'un testament conformément aux principes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Répertoire Defrénois* 2005, p. 1909, note P. MALAURIE.

[299] E. POISSON-DROCOURT, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'interprétation d'un testament », *D.* 2005, p. 1832.

[300] J.-P. MARGUÉNAUD, « Avis de tempête européenne sur l'interprétation des testaments et des contrats privés », *RTD civ.* 2004, p. 804.

111.- En 1939, une veuve - qui mourut 10 ans plus tard- rédige un testament dans lequel elle lègue toute sa fortune à son fils, en lui faisant obligation de transmettre à son tour l'héritage à un enfant ou à un petit-fils issu d'un mariage légitime et canonique. Le souci était grand à l'époque de préserver les biens dans la famille et relevait des traditions romano-canoniques. À défaut de transmission à un descendant se trouvant dans cette situation, elle souhaitait que ses biens reviennent aux enfants et petits-enfants de ses filles. Le fils légataire contracta un mariage canonique puis adopta un fils en 1969 avec sa femme. En 1995, le légataire aménagea son propre testament pour léguer la nue-propriété des biens procédant de l'héritage de sa mère à son fils adoptif et leur usufruit à son épouse. À son décès en 1996, ses nièces et petites-nièces demandent et obtiennent l'annulation du testament et la condamnation du fils adoptif et de sa mère à leur remettre tous les biens relevant de l'héritage de l'aïeule au motif que le bénéficiaire de la substitution n'était pas un enfant issu d'un mariage légitime et canonique.

Le tribunal de première instance, se fondant sur une analyse grammaticale de la clause ainsi que sur les « *circonstances et la réalité en vigueur »* au moment de la rédaction de l'acte, conclut qu'« *on ne peut dire que la testatrice, en utilisant cette formule, a entendu exclure de l'héritage les enfants adoptés ou non biologiques (...) car, si telle avait été son intention, elle l'aurait prévue expressément »*. En appel, le Tribunal supérieur de justice conclut par une solution inverse : « *selon le cadre juridique de la filiation adoptive en vigueur dans les années 1939 et 1949 (...), les enfants adoptifs (...) étaient des personnes étrangères au cercle familial »*, de sorte que la testatrice ne pouvait implicitement les avoir considérés comme héritiers. Selon le Tribunal supérieur de justice d'Andorre, la testatrice n'avait pas pu envisager qu'un « *fils* » présentant cette double qualité puisse être un fils adoptif puisqu'en 1939 ou même en 1949 les enfants adoptifs étaient, en terre catalane, des personnes étrangères au cercle familial. Le tribunal constitutionnel, enfin, saisi entre autres d'une atteinte au principe d'égalité des enfants devant la loi indépendamment de leur filiation déclara le recours irrecevable en ce que le Tribunal de justice n'avait mené que l'interprétation d'un acte de droit privé et n'avait pas entendu affirmer « *l'existence générale d'une discrimination* ». Le nu-propriétaire et sa mère usufruitière ont donc saisi la Cour EDH qui se prononça en défaveur du jugement du Tribunal supérieur de justice. Elle décida que *« l'interprétation faite par le Tribunal supérieur de justice de la clause testamentaire consistant à attribuer à la testatrice une volonté négative supposée pour parvenir à la conclusion que, puisque la testatrice n'avait pas expressément dit qu'elle n'excluait pas un fils adoptif c'est qu'elle avait voulu l'exclure, est par trop forcée et contraire au principe général du droit selon lequel si l'énoncé est exempt*

d'ambiguïté, point n'est besoin de s'interroger sur la volonté de celui qui s'est ainsi exprimé ». Et d'ajouter dans son paragraphe 59 que *« certes la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme dans le cas d'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus généralement avec les principes sous-jacents à la Convention* ». Elle précise qu'« *une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ».

On perçoit la difficulté du litige tenant principalement au temps écoulé entre la rédaction du testament et la demande en annulation du testament et à la façon dont il faut lire une clause écrite à une période éloignée de celle à laquelle elle est lue[301]. Cependant, notre intérêt se porte ailleurs, plus précisément sur la réaction du juge européen qui - ne se satisfaisant pas de la lecture faite par le juge andorran - agit directement sur l'interprétation de la clause en substituant sa propre interprétation à celle du juge interne.

112.- La compatibilité de l'interprétation d'un acte privé par le juge national avec la Convention EDH est engagée. Pour la première fois, la Cour contrôle l'interprétation d'un acte de droit privé effectuée par des juges nationaux et devient ainsi juge de l'interprétation interne. Elle relève que l'interprétation est superfétatoire, dans la mesure où la clause interprétée par le juge ne fait aucune distinction entre enfants biologique et adoptif. La Cour EDH apprécie directement l'interprétation menée par le juge interne. Dès lors, contraire au principe fondamental de non-discrimination et de droit au respect de la vie privée et familiale, l'interprétation doit être sanctionnée.

[301] En effet, les législations sur les successions ont connu nécessairement de grandes avancées en presque 60 ans. Par exemple, la Constitution d'Andorre de 1993 affirme l'égalité des enfants devant la loi, « indépendamment de leur filiation ». Une loi sur l'adoption et la protection des mineurs du 21 mars 1996 confère à l'enfant adopté *« au sein de la famille adoptive »* les mêmes droits et obligations que ceux de l'enfant légitime. Ces textes n'existaient pas à l'époque de la rédaction du testament. Doit-on considérer que cela ait pu avoir un impact sur la réflexion de la testatrice ? Parce que les textes, reflet des modes de pensées d'une société à un moment donné, n'existaient pas, cela signifie-t-il qu'elle était contre ce qu'ils prévoient, ou bien pouvaient-elles penser comme ce que ces textes prévoient aujourd'hui, alors même qu'ils n'existaient pas à l'époque ? À vrai dire, les deux sont possibles et il semble très difficile de se positionner sur cette question. C'est pourtant ce qu'a dû faire le juge européen.

Contrairement à l'arrêt *VAN KUCK* - dans lequel l'intrusion du juge européen était nuancée du fait des arguments avancés par l'opinion concordante du juge RESS - l'arrêt *PLA* et *PUNCERNAU* surprend, car la marge d'appréciation de l'État n'est pas respectée, ni même la liberté des contractants, dans des domaines pourtant intimes.

Dans un récent arrêt[302], le juge européen a fait référence à l'arrêt *PLA et PUNCERNAU*. *« Le contrôle de l'interprétation des contrats, qui constitue l'innovation majeure de ce dernier arrêt*[303]*, joue cependant en l'espèce un rôle un peu insolite. En effet, il permet seulement à la Cour de s'assurer que l'ingérence dans le droit à la liberté de recevoir des informations des deux locataires était prévue par la loi au sens de la Convention : c'est parce que l'interprétation de la clause contractuelle allant dans le sens d'une justification du démantèlement de l'antenne parabolique était également admissible que l'ingérence était prévue par la loi... Ce point admis, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour vérifie si les juridictions nationales, qui avaient notamment retenu que les locataires avaient été avertis de l'importance pour le bailleur de la question de l'emplacement des antennes paraboliques, avaient procédé à une interprétation conforme aux principes sous-jacents à la Convention. Or, tel n'a pas été le cas : dans la suite du raisonnement, la difficulté d'interprétation se dilue complètement dans le contrôle de proportionnalité »*[304].

L'influence immédiate des droits fondamentaux dans l'interprétation s'est manifestée de façon progressive et diversifiée. Le juge européen a su faire jouer à la Convention EDH un rôle conséquent dans la détermination du sens du contrat, en appréciant directement l'interprétation menée par les juridictions internes, parfois même en s'y substituant. Cette intervention du juge européen dans l'interprétation du contrat génère des conséquences importantes.

[302] Cour EDH, 16 décembre 2008, *KHURSHID MUSTAFA et TARZIBACHI* c. Suède.

[303] L'auteur fait ici référence à l'arrêt PLA et PUNCERNAU.

[304] J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD. civ.* 2009, p. 281.

SECTION 2. LA PORTÉE DE L'INFLUENCE IMMÉDIATE

113.- La manière dont le juge expose son raisonnement - particulièrement dans l'arrêt *PLA et PUNCERNAU*[305] - lui permet de s'assurer la possibilité d'intervenir dans de nombreuses hypothèses et ouvre le champ à de nouvelles conquêtes en matière contractuelle (§ 1). Cette intrusion malmène le principe européen de subsidiarité (§ 2).

§ 1. L'enrichissement des pouvoirs du juge européen

114.- Les hypothèses d'intervention de la Cour EDH sont appréhendées de manière si large (I) qu'elles ont pour conséquence d'assurer au juge de Strasbourg un rôle important dans l'interprétation du contrat (II).

I. Les hypothèses d'intervention du juge dans l'interprétation

115.- Le juge européen ne se réserve le droit d'intervenir qu'à titre marginal, dans trois hypothèses, à savoir dans les cas d'« *une appréciation par le juge national des éléments de fait ou de droit interne qui serait manifestement déraisonnable* », « *manifestement arbitraire* », ou *« en flagrante contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention »*[306]. Pour tempérer ses propos, la Cour déclare cependant qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales et singulièrement aux cours et tribunaux d'interpréter et d'appliquer le droit interne.

Dans l'arrêt *PLA et PUNCERNAU*, la Cour EDH s'appuie sur l'hypothèse de la contradiction flagrante avec un principe fondamental. *« Elle est parvenue à un contrôle de la*

[305] Cour EDH, 13 juillet 2004, *PLA ET PUNCERNAU c. Andorre*, *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. FLAUSS ; « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. SUDRE ; « L'interprétation d'une clause testamentaire et la Convention EDH », *JCP* 2005, éd. G, II, 10052, note F. BOULANGER ; *D.* 2005, p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT ; « La nature testamentaire d'une lettre missive », *D.* 2005, p. 1064, obs. M. NICOD ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. ROCHFELD ; « L'interprétation d'un testament conformément aux principes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Répertoire Defrénois* 2005, p. 1909, note P. MALAURIE.

[306] *Ibid.*, § 59.

conformité de l'acte même à ce principe : c'est la volonté de la testatrice, telle qu'interprétée, qui se révèle discriminatoire. Émerge ainsi un mode de contrôle détourné des volontés privées, au moins dans les cas les plus flagrants de contrariété »[307].

Malgré la retenue du juge européen exprimée dans sa jurisprudence, le lecteur reste perplexe sur la valeur à accorder à de telles précisions. Celles-ci sont terriblement vagues, si vagues que le champ d'action du juge européen en est considérablement élargi. Selon la conception que peut avoir le juge de tel ou tel droit, il semble désormais possible de pouvoir faire entrer n'importe quelle situation dans l'une de ces trois hypothèses.

L'hypothèse d'une flagrante contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention EDH apparaît comme la seule qui soit compréhensible : elle signifierait qu'eu égard à l'interprétation que donne le juge européen des droits contenus dans la Convention EDH, il n'est pas possible pour le juge interne d'interpréter un contrat en contradiction flagrante avec ces principes. En revanche, les deux autres hypothèses sont beaucoup plus vagues. À partir de quand l'interprétation du juge national sera déraisonnable ou arbitraire ? Le juge national est pris dans une impasse. Il peut décider de ne pas suivre ces recommandations et risque une condamnation de son pays. Il peut décider de suivre la voie européenne, mais cette décision implique de revoir tous ses modes traditionnels de pensée en matière d'interprétation, mais également de renoncer à son autorité.

Les hypothèses reconnues par la Cour EDH dans lesquelles le juge européen serait susceptible d'intervenir pour condamner une interprétation interne sont larges, et confèrent de fait à ce dernier un accroissement de ces pouvoirs.

II. Les pouvoirs conséquents du juge

116.- La question de l'utilité de la formulation de ces hypothèses d'intervention se pose, dans la mesure où les situations dans lesquelles la Cour se donne le pouvoir d'intervenir sont très larges. Le juge européen ne se contente pas d'orienter la position du juge interne, mais se substitue à lui dans l'interprétation. Cette observation fait émerger une volonté supposée de la Cour EDH de s'imposer progressivement à la Cour de cassation. Sa volonté de diffuser l'ordre public européen pousse la Cour EDH à intervenir directement dans

[307] J. ROCHEFELD, « CEDH et interprétation des contrats de droit privé », *RDC* 2005, p. 645 et s.

l'interprétation d'un contrat et à adopter une *« attitude de supérieure hiérarchique »*[308]. Elle affirme de cette façon sa volonté d'instaurer un contrôle européen d'interprétation[309] au dessus du contrôle national d'interprétation.

En effet, si l'on s'en tient aux hypothèses envisagées, les pouvoirs du juge européen débordent alors ceux de la Cour de cassation dans l'interprétation[310]. Dans l'hypothèse où cette solution devait s'inscrire dans la durée, la Cour EDH serait désormais en mesure de contrôler tous les litiges d'origine privée dont le juge national aurait été saisi, laissant poindre un effet horizontal dépourvu de toutes limites. Dans son opinion dissidente, le juge GARLICKI[311] précise à ce propos que « *la véritable question qui se pose à la Cour est de savoir dans quelle mesure la Convention a un effet « horizontal », c'est-à-dire un effet qui interdit aux particuliers de prendre des mesures portant atteinte aux droits et libertés d'autres particuliers. Autrement dit : dans quelle mesure l'Etat a-t-il l'obligation soit d'interdire ces mesures privées, soit de refuser de les appliquer ?* ».

Conférant un large pouvoir d'intervention au juge européen, l'influence immédiate des droits fondamentaux lors de l'interprétation du contrat a également pour conséquence de malmener le principe européen de subsidiarité.

§ 2. La violation du principe de subsidiarité

117.- En droit, la subsidiarité suppose que le juge européen agisse *a posteriori* de l'action du juge interne. Le juge interne est le juge de droit commun des libertés individuelles reconnues au niveau européen. Il lui appartient donc, au premier chef, d'assurer la sanction du droit garanti par le texte conventionnel. Grand principe européen, celui-ci trouve écho dans la règle de l'épuisement des voies de recours internes qui prévoit que le litige ne peut pas être porté devant les instances européennes ou communautaires avant que toutes les voies de recours possibles dans le droit interne ne soient épuisées.

En fait, la subsidiarité révèle une tout autre réalité. Le juge européen s'est introduit à la place du juge interne pour interpréter une clause testamentaire. Cette atteinte au principe de subsidiarité n'est pas sans causer de lourdes conséquences sur l'organisation du droit interne,

[308] J.-P. MARGUENAUD, « Logiques de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme » in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, sous la direction de N. MOLFESSIS, Economica, 2004, Paris, p 225.

[309] *Ibid.*

[310] J. ROCHFELD, *op. cit. (*v. note 307).

[311] Opinion en partie dissidente de M. le juge BRATZA et Opinion dissidente de M. le juge GARLICKI.

notamment sur le rôle du juge qui tend à évoluer. En effet, la Cour de cassation qui n'est compétente que dans les cas de dénaturation risque de voir son rôle modifié. Il lui sera difficile de ne pas intervenir avant le juge européen, face à un litige auquel les juges du fond auraient été confrontés, afin d'éviter de trop nombreuses condamnations. En outre, la sécurité juridique est fortement ébranlée si le juge européen peut à tout moment remettre en cause les décisions internes relatives à l'interprétation du contrat.

On constate ainsi une nette distinction entre la subsidiarité en fait (II) et la subsidiarité en droit (I).

I. La subsidiarité en droit

118.- *« Le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme »*[312]. En outre, la Cour *« ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention »*[313]. Le juge interne est le juge de droit commun des libertés individuelles reconnues au niveau européen. Il lui appartient donc, au premier chef, d'assurer la sanction du droit garanti par le texte conventionnel. *« L'objectif à atteindre consisterait ainsi en ce que la demande en justice soit, en matière de droits de l'Homme, satisfaite par les États eux-mêmes »*[314]. Les règles posées par la Convention EDH ne visent pas à remplacer le droit interne, mais à pallier ses carences. Grand principe européen, celui-ci trouve écho dans la règle de l'épuisement des voies de recours internes qui prévoit que le litige ne peut pas être porté devant les instances européennes ou communautaires avant que toutes les voies de recours possibles dans le droit interne ne soient épuisées[315]. Cette règle s'inscrit dans la volonté de faire de la Convention EDH un outil favorisant l'harmonisation des différents droits internes des pays membres, et non un outil d'uniformisation. *« La raison*

[312] Cour EDH, 7 décembre 1976, *HANDYSIDE c. Royaume-Uni*, série A, n° 24, *JDI* 1977, p. 706, obs. P. ROLLAND ; *GACEDH*, n° 7, F. SUDRE.

[313] Cour EDH, 23 juillet 1968, *affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, série A n°6, § 10: *AFDI* 1968, p. 201, obs. R. PELLOUX ; *GACEDH*, n° 8, comm. F. SUDRE.

[314] J.-F. BURGELIN et A. LALARDRIE, « L'application de la Convention par le juge judiciaire français », in *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

[315] Art. 35 § 1 de la Convention (ex. Art. 26).

d'être de la règle de subsidiarité est de ménager la souveraineté des États »[316]. Le juge national est le mieux placé pour juger de la nécessité d'une restriction à un droit de la Convention EDH: *« les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les limites qui peuvent être apportées aux droits énoncés par la Convention »*[317].

119.- Au sein même du droit interne français, les juges du fond sont souverains en matière d'interprétation, la Cour de cassation n'intervenant que dans des cas précis de dénaturation. Cette règle signifie - t-elle que l'épuisement des voies de recours est réalisé, après que le requérant soit passé devant les juges du fond ? Malgré les pouvoirs limités dont la Cour de cassation dispose en ce domaine, elle y est fréquemment confrontée, soit qu'elle outrepasse ses pouvoirs, soit que les conditions dans lesquelles elle a le pouvoir d'intervenir sont remplies. La règle de l'épuisement des voies de recours internes permet à l'État de conserver une part d'autonomie et de puissance, que l'on retrouve dans l'idée prétorienne de marge nationale d'appréciation reconnue à chaque État par la Cour de Strasbourg.

120.- L'État est libre de choisir les moyens qui vont lui permettre la mise en œuvre des obligations qui découlent de la Convention EDH[318]. La Cour EDH vérifie seulement que les mesures prises pour honorer celles-ci respectent la Convention. Frédéric SUDRE précise la manière dont cette marge d'appréciation est contrôlée par Strasbourg, à savoir que *« l'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances de temps, de lieu, la nature du droit en cause ou des activités en jeu, le but de l'ingérence au droit, l'existence ou non d'un « dénominateur commun » aux systèmes juridiques des États contractants »*[319].

Bien que la Cour EDH ait la possibilité de délimiter l'étendue de ce pouvoir reconnu aux États, la marge nationale d'appréciation sert à limiter l'influence du juge européen et à reconnaître la souveraineté des États. Cette reconnaissance, au-delà de répondre à un souci pratique, sert un intérêt plus symbolique de valorisation d'un pluralisme au sein des États

[316] G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1989, p. 110.

[317] Cour EDH,7 décembre 1976, *HANDYSIDE c. Royaume-Uni*, série A, n° 24, *JDI* 1977, p. 706, obs. P. ROLLAND ; *GACEDH*, n° 7, F. SUDRE.

[318] Cour EDH, 9 octobre 1979, AIREY *c. Irlande*, série A, n ° 32, *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. ROLLAND ; *GACEDH*, n° 2, comm. F. SUDRE.

[319] F. SUDRE, *op. cit. (*v. note 151).

membres. Les pouvoirs de contrôle du juge européen sont encadrés, tout comme la liberté de l'État n'est pas absolue.

Cependant, le pouvoir de contrôle du juge européen tend à devenir de plus en plus grand, ce qui a pour conséquence logique de diminuer la liberté des États.

La subsidiarité en droit, qui consiste à donner priorité au droit interne et à limiter le rôle des instances européennes dans la résolution des litiges, est remplacée par une subsidiarité en fait, consistant à reconnaître l'importance des droits fondamentaux et du juge européen dans l'interprétation du contrat.

II. La subsidiarité en fait

121.- Dans la réalité, la subsidiarité telle que nous venons de la décrire est parfois ébranlée par le juge lorsqu'il interprète un contrat, par exemple lorsqu'il interprète une clause testamentaire, et qu'il se substitue entièrement à l'interprétation menée par le juge interne[320], le détrônant du rôle qui lui est dévolu habituellement.

L'atteinte au principe de subsidiarité se fait ressentir dans l'organisation juridique. En droit interne, les règles relatives à l'interprétation du contrat constituent de simples recommandations données aux juges, de *« simples conseils donnés au juge »*[321]. Mais depuis cette jurisprudence, le caractère de ces directives d'interprétation est remis en cause.

En outre, le rôle du juge change. En effet, la Cour de cassation qui n'est compétente que dans les cas de dénaturation[322] risque de voir son rôle modifié. Il lui sera difficile de ne pas intervenir avant le juge européen, face à un litige auquel les juges du fond auraient été confrontés, afin d'éviter de trop nombreuses condamnations. En ce sens, la Cour de cassation doit s'habituer au maniement et à l'utilisation des droits fondamentaux. Judith ROCHFELD sur ce point, a démontré combien le recours aux droits fondamentaux pouvait conduire à

[320] Cour EDH, 13 juillet 2004, *PLA ET PUNCERNAU* c. Andorre: *RTD civ*. 2004, p. 804, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. FLAUSS ; « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. SUDRE ; « L'interprétation d'une clause testamentaire et la Convention EDH », *JCP*, 2005, éd. G, II, 10052, note F. BOULANGER ; « La Cour européenne des droits de l'homme et l'interprétation d'un testament », *D*. 2005, p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT ; « La nature testamentaire d'une lettre missive », *D*. 2005, p. 1064, obs. M. NICOD ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. ROCHFELD ; « L'interprétation d'un testament conformément aux principes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Répertoire Defrénois* 2005, p. 1909, note P. MALAURIE.

[321] Cass. Civ, 18 mars 1807.

[322] Cass. Ch. Réunies, 2 février 1808.

l'éviction du raisonnement contractuel classique[323] basé sur la sacro-sainte liberté contractuelle, ainsi que sur l'ordre public et les bonnes mœurs de l'article 6 du Code civil.

L'atteinte au principe de subsidiarité ébranle également la sécurité juridique. Le fait pour le juge européen de pouvoir remettre en cause à tout moment le raisonnement du juge interne n'est pas gage de protection pour les particuliers. D'autre part, le contenu des droits fondamentaux manque de précision. Dès lors, il *« aurait moins la tâche de définir par lui-même le contenu des droits que de veiller à ce que les contraintes argumentatives, toujours interprétables évidemment soient respectées par le processus décisionnel »*[324].

En outre, le fait de mettre les États dans cette situation est critiquable dans la mesure où cela ne leur laisse que très peu de liberté de choix. Ce sentiment est accentué pour certains auteurs par l'utilisation qui est faite par l'utilisation faite par le juge européen d'autres textes que la Convention EDH pour interpréter le contrat, par exemple la Charte sociale européenne, envers laquelle certains États se voient contraints, alors même qu'ils ne l'ont pas signée[325].

Bien que les cas soient encore rares, le juge européen a néanmoins montré qu'il était capable d'influencer de manière immédiate l'interprétation des contrats.

[323] J. ROCHFELD, *op. cit. (*v. note 22), p. 20.

[324] E. PICARD, *op. cit. (*v. note 10).

[325] J.-F. RENUCCI, « Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens », *JCP* 14 mars 2007, éd. G, n°11.

CONCLUSION CHAPITRE 2

122.- Intervention directe du juge européen dans l'interprétation.- Le juge européen a montré qu'il pouvait se transformer en un juge de l'interprétation interne. Dans cette optique, il est intervenu en deux étapes. Il a d'abord condamné l'interprétation menée par les juges internes, relevant que le sens attribué au contrat n'était pas conforme à la Convention EDH. La Cour a ainsi démontré que la question de l'interprétation d'un contrat n'était pas une *« zone de non-droit conventionnel »*[326].

Puis, le juge européen est parfois allé plus loin dans son intervention en indiquant au juge interne l'interprétation qui aurait été la bonne dans le cas précis. L'arrêt *PLA et PUNCERNAU*[327] est déterminant dans l'illustration de cette observation. Il montre combien le juge européen s'insère dans l'office du juge interne et met en œuvre un véritable interventionnisme interprétatif. Les conditions dans lesquelles il se donne la possibilité d'intervenir sont exprimées de manière si vague qu'elles n'ont pas véritablement de limites. En ce sens, cette intervention est surprenante, les conséquences en sont importantes.

123.- Portée de l'intervention directe.- L'influence directe des droits fondamentaux mise en œuvre par le juge européen engendre des conséquences importantes.

À travers la jurisprudence *PLA et PUNCERNAU*[328], les pouvoirs du juge sont considérablement élargis, puisque ce dernier est en mesure de condamner l'interprétation menée par le juge interne dès lors qu'elle serait en contradiction avec les droits fondamentaux.

En outre, le principe européen de subsidiarité consistant à privilégier le règlement des litiges par les instances nationales est ébranlé. Le juge européen se positionne en quatrième

[326] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit. (*v. note 287).

[327] Cour EDH, 13 juillet 2004, *PLA ET PUNCERNAU* c. Andorre: *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. FLAUSS ; « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. SUDRE ; « L'interprétation d'une clause testamentaire et la Convention EDH », *JCP*, 2005, éd. G, II, 10052, note F. BOULANGER ; *D.* 20105, p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT ; « La nature testamentaire d'une lettre missive », *D.* 2005, p. 1064, obs. M. NICOD ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. ROCHFELD ; « L'interprétation d'un testament conformément aux principes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Répertoire Defrénois* 2005, p. 1909, note P. MALAURIE.

[328] *Ibid.*

degré de juridiction[329] ou juridiction d'appel, ce qui pousse à s'interroger sur le rôle de la Cour de cassation et des juridictions internes dans l'interprétation du contrat.

[329] Cf. par ex. F. SUDRE, *op. cit.* (v. note 18), p. 380, n° 212-3.

CONCLUSION TITRE 1

124.- Une influence des droits fondamentaux dictée par le juge européen. L'influence conséquente des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat est en partie le résultat de l'action du juge européen qui occupe une place déterminante dans ce processus. C'est lui qui dicte l'influence, qui l'oriente. L'interprétation des contrats n'est pas de son ressort, mais c'est en agissant sur les droits fondamentaux et sur l'État qu'il va pouvoir influer sur le travail du juge interne.

Le contenu de son action favorisant cette influence s'est diversifié au fil du temps, à la fois en terme de quantité et de qualité. En effet, tout en développant des actions différentes - jouant ainsi sur la qualité de l'influence - la Cour EDH a su progressivement s'imposer dans l'interprétation en terme de degré et donc de quantité.

Influençant de manière indirecte l'interprétation du contrat - plus rarement de manière directe - la Cour EDH s'inscrit dans un mouvement de fondamentalisation de l'interprétation des contrats. En effet, en précisant la manière dont il faut entendre les droits fondamentaux lorsqu'ils s'appliquent dans les relations privées, en privatisant ses outils de règlement des litiges, en renforçant l'autorité de ses arrêts, en jugeant l'interprétation rendue par le juge interne, le juge cherche à imposer sa vision des droits fondamentaux.

Le juge européen dicte l'influence que doivent jouer les droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat. Celle-ci est majeure, mais pour autant elle ne pourrait exister sans l'apport du juge interne qui consiste essentiellement, non pas à déterminer l'influence, mais à la réceptionner. En effet, le juge européen est limité par l'absence de reconnaissance à son égard d'un effet horizontal direct de la Convention. Il ne lui revient pas d'intervenir dans les relations privées , même de manière indirecte, pour déterminer le sens de leur contrat.

La lecture du contrat au travers du prisme des droits fondamentaux résulte surtout de l'action du juge interne, lequel réceptionne l'influence indirecte dictée par le juge européen. C'est à lui que revient la tâche d'interpréter le contrat, en vertu des règles prévues dans le Code civil. En outre, l'influence des droits fondamentaux constitue pour lui une nouvelle grille de lecture, dont il doit se servir pour déterminer le sens de l'acte contractuel.

TITRE 2

UNE INFLUENCE RÉCEPTIONNÉE PAR LE JUGE INTERNE

125.- Orienté par le juge européen, le juge interne a en charge de mettre en œuvre l'influence orchestrée par la Cour EDH, en appliquant directement les droits fondamentaux lorsqu'il interprète le contrat. Réservant un accueil réservé au départ, le juge interne a rapidement compris que, bien que la jurisprudence de la Cour EDH ne lie pas de manière contraignante les États membres, il était préférable pour lui, donc pour l'État, de suivre les recommandations de Strasbourg pour éviter toute condamnation.

De la sorte, le juge interne va faire dépendre l'interprétation du contrat de l'action du juge européen, en suivant la *« grille d'évaluation »*[330] établie par la Cour EDH. Les droits fondamentaux vont lui servir à attribuer un sens à une clause contractuelle litigieuse. Dans le cadre interne, l'interprétation menée par le juge sur le contrat est souvent une interprétation stricte, consistant à déterminer le sens d'une clause précise du contrat. Avant même que le litige ne soit porté devant la Cour EDH, le juge européen tente de juguler l'atteinte émergente pour éviter toute condamnation, favorisant ainsi une attitude préventive *ab initio*[331]. On constate qu'il utilise de plus en plus la Convention EDH pour interpréter *la loi des parties*, à tel point qu'on a pu s'interroger sur la possible mise en place d'un *« droit commun »*[332] des contrats. Cette acception évolutive des droits fondamentaux lors de l'interprétation du contrat se caractérise en outre par son effet direct.

126.- Contrairement à l'influence indirecte mise en œuvre par le juge européen, l'impact des droits fondamentaux dans le contrat au niveau interne est direct. En mettant en œuvre l'influence insufflée par le juge européen, le juge interne ne fait que valoriser l'effet horizontal direct de la Convention EDH qui lui est reconnu, consistant à appliquer les droits fondamentaux entre les personnes privées. Concrètement, une personne va saisir une

[330] J. RAYNAUD, *op. cit. (*v. note 84), p. 89, n° 56.

[331] *Ibid.*, p. 188, n° 176.

[332] G. LARDEUX, *op. cit. (*v. note p 133), p. 348.

juridiction et invoquer un droit fondamental qu’elle oppose à une autre, sur lequel les juridictions vont directement statuer. Point besoin d’intermédiaire entre le juge et les contractants pour invoquer les droits fondamentaux dans l’interprétation.

La jurisprudence interne révèle que l’accueil- contraint ou choisi- réservé par le juge interne à l’influence insufflée par la Cour EDH est respectueux de ses volontés, révélant de ce fait une influence importante des droits fondamentaux dans l’interprétation du contrat (Chapitre 1). Un bilan relatif à la portée de cette évolution - tant celle-ci est déterminante - s’avère nécessaire (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

L'OBSERVATION D'UNE RÉCEPTION ACCUEILLANTE DE L'INFLUENCE

127.- De manière générale, il apparaît rapidement que le juge national est contraint de favoriser, aussi souvent qu'il le peut, la conformité du contrat aux droits fondamentaux. Il *« doit appliquer le droit interne au regard des dispositions de la Convention EDH telles qu'elles sont interprétées par la Cour EDH des droits de l'homme et si cette interprétation conforme est impossible, écarter purement et simplement la règle contraire, qu'elle soit légale ou réglementaire, qu'elle soit récente ou ancienne »*[333]. Ainsi, dans une continuité cohérente de la reconnaissance de l'effet horizontal de la Convention, le juge se base aujourd'hui sur le contenu de cette dernière pour justifier le sens qu'il attribue à l'acte contractuel. Le caractère fondamental des droits et libertés invoqués est, en effet, propre à *« transcender »*[334] les clauses du contrat.

En conséquence, bien que certaines décisions aient pu laisser penser que le juge s'isolait quelque peu des recommandations européennes (Section 2), il faut considérer - de manière générale - que la jurisprudence tend vers une reconnaissance systématique de la primauté des droits fondamentaux lorsque ceux-ci sont en conflit avec le sens du contrat. Cette primauté galvanisée révèle un profond respect des instructions européennes, voire une réelle position de soumission du processus décisionnel interne (Section 1).

[333] G. CANIVET, « La Cour de cassation et la Convention EDH des droits de l'homme », in *C. TEITGEN-COLLY (éd.), Cinquantième anniversaire de la Convention EDH des droits de l'homme*, Némésis-Bruylant, 2002, p. 260.

[334] J. ROCHFELD, « Contrat et Convention EDH », *RDC* 1er avril 2004, n° 2, p. 231.

SECTION 1. LA PRIMAUTÉ COURANTE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LE CONTRAT

128.- La démarche du juge consiste à préserver les droits fondamentaux d'atteintes qu'un contrat pourrait provoquer par le sens qu'il revêt. En ce sens, il s'inscrit désormais dans la même quête que le juge européen. Reconnaître la primauté systématique de la protection des droits fondamentaux sur le respect de la force obligatoire du contrat revient à constater une influence déterminante de ces derniers sur la détermination du sens du contrat.

Dans cette optique, son action s'exprime principalement de deux façons, qui convergent chacune vers cet objectif. Parfois, la jurisprudence fait état d'une prééminence des droits fondamentaux (§ 2), dans d'autres cas, elle encourage un arrangement des intérêts en conflit et concilie le maintien du contrat - exonération faite de la clause litigieuse - avec la protection des droits (§ 1). Dans les deux cas, les droits de la Convention EDH servent à déterminer le sens de la clause litigieuse.

§ 1. Une primauté nuancée

129.- Cette primauté des droits fondamentaux est dite partagée, car en faisant jouer un rôle aux droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat, elle n'exclut pas de maintenir le contrat tout en neutralisant la clause litigieuse (I). Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une primauté évidente puisque, au nom des droits fondamentaux, le juge modifie le sens du contrat à travers la modification de son contenu (II).

I. Le respect des droits fondamentaux et le maintien du contrat préservés

130.- La mise en œuvre de cet arrangement - s'exprimant dans un domaine ciblé - répond au souci de maintenir le contrat en vie, tout en neutralisant la clause qui porte atteinte aux droits fondamentaux. La jurisprudence est encore discrète (A). L'intérêt de cette conciliation doit être précisé, tenant en la recherche d'une nullité partielle de la clause litigieuse (B).

A. Une jurisprudence discrète

131.- Bien que la jurisprudence soit encore discrète, certains arrêts permettent néanmoins de comprendre l'importance particulière que peut attribuer le juge interne aux droits fondamentaux pour lire le contrat. À travers le contrat de bail d'habitation, grand *« pourvoyeur »*[335] en la matière, le juge a ainsi décidé dans certaines situations de concilier la protection du droit fondamental bafoué et le maintien du contrat. Cette recherche s'est manifestée essentiellement à travers le contrat de bail d'habitation[336] - et plus précisément à travers la clause d'habitation personnelle dite aussi clause d'habitation bourgeoise - laquelle se trouve la plupart du temps en conflit avec le droit au respect de la vie privée et familiale.

132.- En vertu de l'article 8 de la Convention EDH protégeant le droit au respect de la vie privée et familiale - et au seul visa de cette disposition - le juge interne décide[337] qu'une clause d'un contrat de bail ne peut faire interdiction à un locataire d'héberger ses proches (1), consacrant ainsi pour la première fois de manière aussi flagrante la reconnaissance de la dimension horizontale de la Convention EDH. Arborant une solution identique[338], le juge franchit néanmoins un pas supplémentaire lorsqu'il soumet au même sort la relation unissant deux colocataires - se trouvant sur un même plan horizontal en termes de droits - et non plus le propriétaire et son locataire, sujets à un rapport déséquilibré (2).

[335] J. ROCHFELD, *op. cit.* (v. note 334).

[336] Selon J. RAYNARD (obs. in *RTD civ.* 1999, p. 920 et suiv.), le contrat de bail d'habitation est un domaine « où le candide ne voyait pas nécessairement, en tout cas plus qu'ailleurs, matière à attenter aux droits de l'homme ».

[337] Cass. civ. 3ème, 6 mars 1996, *MEL YEDEI*, *RTD civ*. 1996, p. 897, obs. J. MESTRE ; *RTD civ.* 1996, p. 1024, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 1996, p. 580, J. HAUSER ; *JCP*, éd. G, I, n° 1, 3958, obs. C. JAMIN ; *RD imm*. 1996, p. 620, obs. F. COLLART-DUTILLEUL et J. DERRUPPE ; *D.* 1997, p. 167, note B. de Lamy ; *D.* 1996, p. 379, Centre de droit privé de Nancy II ; *AJDI* 1996, p. 704, B. WERTENSCHLAG.

[338] Cass. civ. 3ème, 22 mars 2006, *ZELINE*, *LPA* 26 juillet 2006, n° 148, obs. E. GARAUD ; *Loyers et copropriété* 2006, n° 93, B. VIAL-PEDROLETTI ; *Rev. des loyers* 2006, p. 287, obs. J. RÉMY ; *RTD civ.* 2006, p. 722, J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.* 2007, p. 903, N. DAMAS ; *AJDI* 2006, p. 637, Y. ROUQUET.

1. L'articulation encouragée entre les intérêts du propriétaire et du locataire dans l'affaire MEL YEDEI

133.- Cette affaire[339] concernait un contrat de bail d'habitation dans lequel était insérée une clause d'habitation personnelle, faisant obligation au preneur d'occuper seul les lieux avec ses enfants. Or, la preneuse, une mère de famille, y hébergeait le père de ses enfants, et la sœur de celui-ci. L'OPAC de la ville de Paris l'assigna pour résiliation du bail. Les juges du fond ainsi que la Cour de cassation répondirent positivement à la requête de la locataire au seul visa de l'article 8 de la Convention EDH. Dans le cadre d'un bail d'habitation, la Cour d'appel de Paris avait déjà eu l'occasion de préciser que l'interdiction portée au bail d'héberger des tiers ne pouvait concerner les membres de la famille[340], expression s'entendant largement, comme s'agissant de toute personne unie au locataire par les liens du sang ou par un lien de parenté juridique[341]. Cette voie avait d'ailleurs été ouverte par le Tribunal d'instance de Périgueux[342] concernant un contrat de bail dans lequel figurait une clause qui interdisait au locataire étudiant de recevoir d'autres personnes chez lui que ses parents. Également, en 1992, le Tribunal d'instance de Paris décida, à propos de la résiliation d'un bail pour violation de la clause d'habitation personnelle, qu'elle constituait *« incontestablement une atteinte au respect de la vie privée telle que protégée par la Convention EDH des droits de l'homme »*[343].

134.- L'article 8 de la Convention EDH protégeant le droit au respect de la vie privée et familiale est utilisé par le juge pour fonder sa décision. Cette seule référence au visa conforte l'idée d'une utilisation respectueuse des exigences européennes, d'autant que le droit interne - notamment l'article 6 du Code civil limitant les conventions particulières - aurait à lui seul permis de justifier cette même solution[344]. Mais, *« entre une extension déroutante de*

[339] Cass. civ. 3ème, 6 mars 1996, *MEL YEDEI*, *RTD civ*. 1996, p. 897, obs. J. MESTRE ; *RTD civ.* 1996, p. 1024, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 1996, p. 580, J. HAUSER ; *JCP*, éd. G, I, n° 1, 3958, obs. C. JAMIN ; *RD imm*. 1996, p. 620, obs. F. COLLART-DUTILLEUL et J. DERRUPPE ; *D.* 1997, p. 167, note B. de Lamy ; *D.* 1996, p. 379, Centre de droit privé de Nancy II ; *AJDI* 1996, p. 704, B. WERTENSCHLAG.

[340] CA Paris, 27 février 1987, *JCP* 1988, éd. N, II, p. 228 ; *Loyers et copr*. 1989, n° 46 et 48.

[341] CA Paris, 28 novembre 1988, *Loyers et copr*. 1989, n° 46 et 48.

[342] TI Périgueux, 12 octobre 1990, *Cah. Jurisp. Aquitaine*, 1991/1, n° C-375, cité par J. et F. LAFOND, *les baux d'habitation après la loi du 6 juillet 1989*, 2ème éd., Litec, p. 224.

[343] TI Paris, 21 mai 1992.

[344] C. JAMIN, *op. cit. (*v. note 37) ; « Contenu des contrats et Convention européenne des droits de l'homme », *RTD civ*. 1996, p. 897, obs. J. MESTRE ; « De la protection européenne des locataires hospitaliers contre la rigueur des clauses d'habitation personnelle », *RTD civ*. 1996, p. 1024, J.-P. MARGUÉNAUD.

l'ordre public national et une application de « l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen » qu'est la Convention selon le très important arrêt LOIZIDOU rendu par la Cour de Strasbourg le 23 mars 1995, la 3ème Chambre civile a probablement retenu la solution la plus sage et la plus simple »[345].

Par le biais de cette disposition, le juge concilie la préservation du contrat et la paralysie de la clause litigieuse en la rendant partiellement nulle. Du reste, cette solution est compréhensible au regard de la nécessaire protection du domicile - *« sanctuaire de la vie privée »*[346] - lequel ne peut subir de manière excessive les volontés du propriétaire en position de force. On peut également comprendre que le propriétaire veuille protéger son bien. Le propriétaire cherche à protéger son bien et à interdire à des personnes avec qui il n'a pas signé le contrat de suroccuper le logement.

Emprunt d'un fort *intuitu personae*, on admet d'ailleurs que le contrat de bail d'habitation puisse contenir des clauses valables qui interdisent la sous-location et la cession de bail[347]. De même, le juge tolère l'interdiction du prêt d'un logement, ou encore l'usage gratuit des locaux par d'autres que le preneur, ce qui équivaut à une sous-location prohibée, qui constitue une faute suffisamment grave pour résilier le bail[348]. En revanche, dès lors que la clause devient excessive, en interdisant au preneur la possibilité d'héberger des tiers, tout en lui imposant une occupation personnelle, la question n'est plus la même. Le sens attribué au contrat par la Cour de cassation permet ainsi de considérer que la clause continue de s'appliquer aux personnes qui ne sont pas des proches du locataire.

135.- Bien qu'il ne s'agisse pas d'une attitude courante, notons qu'il est arrivé au juge de tolérer de telles clauses d'habitation personnelle et ainsi de justifier la résiliation du contrat si elles n'étaient pas respectées[349], par exemple dans le cas d'une locataire qui avait hébergé le père de ses deux enfants malgré la présence de la clause dans le contrat. Mais, allant à contre-courant de la jurisprudence majoritaire cet arrêt constitue sans doute une sorte

[345] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*(v. note 339).

[346] M. GRIMALDI, « Le droit au logement », in *Travaux de l'association H. CAPITANT, Journées mexicaines*, 1982, Economica1984, p. 421, cité par J. RAYNAUD, *op. cit. (*v. note 84), p. 105, n° 74.

[347] Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs* et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, art. 8.

[348] CA Paris, 25 avril 1994, *Loyers et copr.* 1994, n° 280.

[349] Cf. par ex. Cour d'Appel de Versailles, 29 janvier 1999, *HLM d'Eure et Loir c. MARTINS de MEDEIROS*.

de *« provocation »*[350], d'autant qu'un élément de taille intervenait, qui n'avait pas lieu dans les autres affaires, à savoir un défaut de paiement des loyers.

Également à l'égard de contrat de bail d'HLM, la jurisprudence a parfois pris un tournant singulier à propos de clauses d'habitation bourgeoise, affirmant leur validité pour des motifs tirés du fort caractère *intuitu personae* du contrat : *« l'attribution d'un logement HLM était fonction de la situation de famille et des ressources du preneur »*[351].

Le juge interne lit le contrat de bail d'habitation en conformité avec les droits fondamentaux. Cette lecture permet de résoudre un litige né entre le propriétaire et le locataire, relation au sein de laquelle une partie est dite faible. On comprend dès lors l'impact que les droits fondamentaux peuvent jouer dans l'interprétation.

Mais la lecture du contrat par le prisme des droits fondamentaux, toujours dans le cadre d'un contrat de bail, a été mise en œuvre également par le juge, alors que le conflit opposait deux colocataires.

2. L'articulation encouragée entre les intérêts de deux colocataires dans l'affaire ZELINE

136.- Le conflit oppose dans cet arrêt deux colocataires[352], non pas le propriétaire et son locataire. Ce n'est donc plus un rapport de force déséquilibré qui est en jeu ici. L'application de la Convention EDH au contrat est élargie puisqu'elle intervient dans différents types de relations. Il s'agit d'une sorte de « *démultiplication de l'obligation »*[353] qui provoque une concurrence entre plusieurs droits au respect de la vie privée de personnes qui sont situées exactement sur le même plan horizontal. Le juge n'agit pas pour rétablir un équilibre.

Malgré cette différence de type de contractants, l'arrêt arbore une solution tout à fait identique. Une société d'habitation à loyer modéré martiniquaise avait donné un appartement en location à deux personnes. Le contrat comprenait une clause d'habitation personnelle

[350] Centre de recherche de droit privé de Nancy II, « Résiliation du bail pour manquement grave du locataire », *D.* 2001, p. 169.

[351] Cass., 3ème civ., 28 juin 1989, *OPHVP c. Dormante, Loyers et copr.* novembre 1989, n°472.

[352] Cass. civ. 3ème, 22 mars 2006, *ZELINE*, *LPA* 26 juillet 2006, n° 148, obs. E. GARAUD ; *Loyers et copropriété* 2006, n° 93, B. VIAL-PEDROLETTI ; *Rev. des loyers* 2006, p. 287, obs. J. RÉMY ; *RTD civ.* 2006, p. 722, J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.* 2007, p. 903, N. DAMAS ; *AJDI* 2006, p. 637, Y. ROUQUET.

[353] J.-P. MARGUÉNAUD, « La troisième chambre civile de la Cour de cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD civ.* 2006, p. 722.

stipulant l'interdiction faite à chaque locataire d'imposer à l'autre la présence de toute autre personne, sauf un enfant mineur. L'un des colocataires hébergea sous son toit sa fille majeure, et l'autre colocataire l'assigna en justice pour obtenir son expulsion. La Cour d'appel de Fort-de-France accueillit favorablement cette demande. La troisième chambre civile cassa cet arrêt au seul visa de l'article 8§ 1 de la Convention EDH en reprenant la formule de l'arrêt *MEL YEDEI* en vertu de laquelle *« les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches »* en ajoutant que *« la mère occupait personnellement le logement »*.

En précisant ce dernier élément, le juge interne voit dans la présence de la mère sur les lieux une légitimité suffisante justifiant qu'elle puisse adopter un comportement contraire à la clause contractuelle qu'elle avait pourtant acceptée lors de la signature du contrat. La fille de la colocataire fait partie des « proches » de celle-ci et il est important pour le juge, comme pour l'affaire précédente, de préserver ce lien. Cette conciliation a sans doute été guidée par la position de la Cour EDH qui a décidé que *« pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale »*[354].

137.- La Cour de cassation semble d'ailleurs plus encline que les juges du fond à accueillir de cette manière les droits fondamentaux dans le contrat. Alors que la Cour de cassation dans les arrêts sur les baux d'habitation rejetait du contrat la clause d'habitation personnelle au motif qu'elle portait atteinte à l'article 8 de la Convention EDH, les juges d'appel estimaient pour leur part qu'ayant été conventionnellement acceptées, rien ne justifiait que ces clauses soient par la suite soustraites : *« le locataire ne peut se soustraire à une obligation conventionnellement acceptée »* ou encore *« un des cotitulaires ne peut imposer à l'autre la présence d'une tierce personne majeure alors que le bail stipule une clause d'habitation personnelle prohibant toute sous-location, cession, et mise à disposition gratuite de l'appartement »*[355].

La clause prévoyant que les colocataires seront les seuls à pouvoir résider dans les lieux est totalement neutralisée, en tout cas à l'égard des proches des colocataires. L'interdiction de limiter l'hospitalité du preneur se justifie du fait de l'existence de règles protégeant le propriétaire, notamment celle qui prévoit que le preneur doit répondre du *« fait*

[354] Cour EDH, 24 mars 1988, *OLSSON c. Suède*.

[355] CA de Fort-de-France, 23 janvier 2004.

des personnes de sa maison »[356]. *« Le propriétaire du bâtiment étant déjà garanti contre les dégradations liées à l'usage des locaux par l'entourage du preneur, la clause qui vise à limiter le nombre des occupants apparaît superflue ; elle s'analyse en une brimade inutile infligée au locataire »*[357].

Qu'il applique les droits fondamentaux pour départager un conflit d'interprétation né entre un propriétaire et son locataire ou entre deux colocataires, le juge interne concilie le respect du droit fondamental avec le maintien partiel de la clause litigieuse.

B. La recherche d'une nullité partielle de la clause litigieuse

138.- Cette approche a pour effet de favoriser la nullité partielle de la clause. Tout en s'assurant du respect des droits fondamentaux à travers le sens du contrat, le juge permet à l'acte de perdurer. On pourrait considérer dans un premier temps que le juge n'opère pas une conciliation, mais qu'il avantage le droit fondamental. En effet, il ampute simplement le contrat d'une de ses obligations sans en expliquer les raisons, sans en expliquer les conséquences. La nullité de la clause est partielle. L'obligation faite aux locataires d'occuper les lieux personnellement est maintenue, cette occupation devant rester exclusive, sauf pour les proches des locataires. Cette clause s'applique à tous ceux qui ne sont pas des *« proches »*. D'ailleurs, pour corroborer cette idée, constatons qu'il est déjà arrivé qu'une clause d'habitation personnelle puisse être valable selon la situation[358], laissant penser *« qu'en dépit de leur fondamentalité, les droits fondamentaux ne prévalent pas nécessairement »*[359]. Ils peuvent se concilier avec le contrat.

---

[356] Code civil, art. 1735.

[357] E. GARAUD, « Le droit au respect de la vie privée et familiale permet au colocataire d'héberger ses proches malgré les stipulations du bail le lui interdisant », *LPA* 26 juillet 2006, n° 148, p. 18.

[358] Cass. 2ème civ. 2 avril 1997, n°93-16.995, « Divorce sur requête conjointe : contenu de la Convention et libertés fondamentales », *RTD civ*. 1997, p. 638, obs. J. HAUSER. Il ne s'agissait pas de la relation d'un propriétaire avec son locataire ou de deux colocataires, mais de deux époux séparés. Dans la Convention définitive de règlement des effets de leur divorce sur requête conjointe, il était prévu l'attribution à la femme de l'immeuble commun, en contrepartie d'une soulte qu'elle devrait payer lorsque le dernier des enfants du couple aurait obtenu une situation salariée. Une condition était posée que cette soulte serait exigible immédiatement dès lors que la maison ne serait plus habitée uniquement par l'épouse et ses enfants. Un autre homme profitant du logement, l'ancien mari demanda son dû et obtint son versement. La femme invoquait pourtant une atteinte à son droit au respect de la vie privée.

[359] E. PICARD, *op. cit. (*v. note 10) , p. 6-43.

139.- On peut penser que le juge à travers cette conciliation recherche la survie du contrat, défendant ainsi un *« impératif de pérennité contractuelle »*[360]. Le juge choisit une sanction de l'acte permettant à ce dernier de conserver sa validité. Une référence à la théorie des clauses abusives est intéressante sur ce point , puisque l'article L. 132.1 alinéa 8 du Code de la consommation précise que *« le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses »*. Certes, dans notre affaire, la clause est partiellement nulle, alors que cette règle concernant la théorie des clauses abusives aborde la question de la portée de l'annulation de telles clauses par rapport à l'acte contractuel dans son entier. Pour autant, il est possible de faire un rapprochement entre les deux situations. En effet, bien que ce ne soit pas le contrat qui est partiellement annulé - mais la clause suscitant un litige d'interprétation - le raisonnement pourrait être le même. Cette clause continue d'être valable, sauf dans sa partie portant atteinte aux droits fondamentaux. Cette solution permet dès lors la survie du contrat, le juge pouvant considérer qu'elle peut se justifier dans ces conditions pour le propriétaire. Le contrat aurait très bien pu subsister sans ladite clause. En prenant cette décision, le juge opte pour un compromis.

140.- Bien que ces décisions fassent preuve de nouveauté et révèlent l'importance du rôle que peut occuper la Convention EDH dans la détermination du sens d'une clause d'un contrat de bail, la portée de l'action du juge interne sur ces considérations paraît limitée.

II. La portée limitée de l'articulation des intérêts en jeu

141.- Ce compromis permettant de préserver le contrat et le respect des droits fondamentaux reste pour le moment limité quant à sa portée, du fait de la manière dont le juge articule son raisonnement. En effet, il utilise des notions larges qui empêchent de délimiter avec précision le degré d'influence des droits fondamentaux sur le sens du contrat. En outre, l'absence d'un raisonnement explicite empêche de tirer des indices sur les situations dans lesquelles le juge serait le plus enclin à conférer aux droits fondamentaux une importance sensible dans l'interprétation du contrat (A). En outre, cette volonté de préservation partielle de la clause mêlée au respect des droits fondamentaux n'évite pas pour autant la modification du contrat (B).

[360] J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Savatier,* 1985.

A. L'attitude évasive du juge

142.- Comme nous l'avons observé, la clause litigieuse est partiellement nulle dans la mesure où elle continue de s'appliquer aux personnes non proches des locataires. L'approche de cette notion est rendue délicate par l'ampleur de ce qu'elle recouvre et toutes les extrapolations qu'elle est susceptible d'entraîner. En affirmant simplement qu'un contrat de bail ne peut avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches, le juge ne précise pas ce qu'il entend par la notion de *proches*. L'entend-il largement comme la famille du locataire ou bien comme n'importe qu'elle personne avec qui il entretiendrait des relations sociales, amicales, professionnelles ? En outre, le juge ne précise pas non plus la manière dont il faut comprendre le terme « d'héberger ». L'hospitalité peut-elle être entendue largement et donc de manière permanente ou doit-elle être temporaire ?

143.- Ce flou ne permet pas de répondre à certaines questions essentielles dans le régime du droit au bail, lequel se trouve sensiblement modifié. Par exemple, comment appréhender la sous-location ? Comment considérer les devoirs du locataire ? Est-il soumis pareillement au devoir de répondre des personnes de sa maison vis-à-vis des hébergés[361] ? En outre, aucun élément ne permet par exemple de déterminer à partir de quel instant un logement est suroccupé. Dès lors, cette fermeté exclut de la légalité des situations qui jusqu'alors étaient valables. Désormais, le bailleur ne pourra plus faire figurer dans le contrat des clauses ayant pour objectif d'éviter une suroccupation des locaux qui pourrait troubler la tranquillité de l'immeuble.

Lorsque le juge décide que la limitation de la clause d'habitation personnelle ne vaut que pour les proches du locataire, il prend en considération les intérêts du propriétaire, qui par le biais d'une telle disposition évite de transformer son bien immobilier en *« phalanstère familial »*[362]. En effet, le contrat de bail n'étant pas dépourvu d'un certain *intuitu personae*, on comprend que le bailleur puisse vouloir s'assurer que l'occupation des lieux qu'il donne à bail sera le fait de son locataire uniquement. D'un autre côté, lorsque le contrat impose une occupation personnelle des lieux et, du même coup, une interdiction d'héberger des tiers, la question devient plus délicate, et c'est pour cette raison que le juge cherche aussi, à travers cette conciliation, à préserver le droit au respect de la vie privée et familiale du locataire.

[361] Cf. Art. 1735 du Code civil.

[362] J. HAUSER, « Bail d'habitation : l'usage en bonne mère de famille », *RTD civ.* 1996, p. 580.

Ainsi, quand il décide de limiter la portée de la clause d'habitation personnelle, on peut penser qu'il le fait dans l'objectif de favoriser le locataire.

Pour autant, le juge ne confronte pas ces intérêts pour ensuite achever son raisonnement sur le choix d'une conciliation. Le fait de donner raison au locataire est compréhensible, car l'interdiction dans cette situation paraissait excessive. En revanche, cela n'exonérait pas le juge d'exprimer sa prise en considération des intérêts du propriétaire, pour aboutir à la solution d'une nullité partielle de la clause, qui reste valable lorsque les hébergés ne sont pas des proches.

144.- Dans l'affaire des colocataires par exemple, il y a la volonté de concilier les intérêts en présence, en opérant un compromis : compromis entre le respect de la volonté des parties qui s'exprime par la non-neutralisation de la clause, et en même temps l'exigence que la personne qui héberge sa fille reste sur les lieux. Cependant, l'absence d'explicitation du raisonnement pousse à se demander dans quelles mesures la volonté des parties est respectée. La clause d'habitation personnelle n'est pas respectée. Le juge ne respecte donc pas le contrat originaire et en change le sens pour respecter les droits fondamentaux.

La colocataire qui invoquait la violation de l'article 8 était dérangée par le nombre de personnes sous son toit, contrairement à ce qui était prévu dans le contrat. Ainsi, peut-être aurait-elle finalement préféré que sa colocataire ne soit plus présente, malgré l'occupation de sa fille non partie au contrat, ce qui aurait au moins eu l'avantage de libérer de la place et de revenir au nombre initial de personnes occupant le logement.

Le colocataire dont la tranquillité est atteinte, ne pourrait-il pas lui même invoquer une atteinte à sa vie privée ? On peut certes lui rétorquer qu'il a accepté un risque de nuisances en adoptant la formule de la colocation, en clair qu'il a consenti par avance à une vie privée très relative. Mais, il est possible aussi de considérer qu'il a signé ce contrat en considération de la clause litigieuse, pensant que sa tranquillité serait un minimum préservée. Cette garantie ne lui est pas reconnue. En signant le contrat, il a lui aussi pris en compte le fait que l'autre locataire était soumis à la clause d'habitation personnelle et de ce fait, s'assurait d'une certaine tranquillité, d'un certain respect de sa vie privée. Dans une collocation, la personne des protagonistes constitue un élément essentiel. Mais, comme l'explique Éric GARAUD.

Cette accommodement, s'il a pour avantage de maintenir la clause, génère pourtant une modification inévitable du contrat pour être conforme à la Convention EDH qu'il ne faut pas négliger.

B. La modification inéluctable du contrat

145.- Suite à l'intervention du juge européen, la clause reste partiellement valable. Pour autant, une partie de l'obligation est neutralisée ce qui tend à modifier le contrat. Il ne faut pas nier l'importance que joue de plus en plus le juge européen dans ce processus décisionnel, à travers l'influence que peuvent jouer les droits fondamentaux - interprétés par la Cour EDH - dans l'interprétation du contrat. En effet, la perception de ce qui est légal et de ce qui ne l'est pas peut forcément fluctuer en considération de certains éléments extérieurs. La lecture du contrat au travers du prisme des droits fondamentaux est orientée par la vision qu'en a le juge européen. Sous peine de faire condamner la France, le juge français est donc lié par l'approche des droits suggérée par Strasbourg. Dans l'objectif d'assurer ce respect, il doit parfois modifier le contenu du contrat et l'amputer de l'une des clauses qui avait été insérée dans l'acte par les parties. En soustrayant une clause du contrat et en allant à l'encontre de la force obligatoire de l'acte, il rend celui-ci conforme à ce que la Convention EDH et le juge européen prévoient.

Alors même que le juge n'explique pas le raisonnement qu'il poursuit et alors même qu'il utilise des termes très larges tout au long de la décision - ce qui tend à limiter toute possibilité d'apprécier de manière juste et exhaustive son approche - cette même décision a une portée très importante sur l'acte contractuel à propos duquel elle est prise. Les effets de cette manifestation du pouvoir du juge peuvent d'ailleurs se rapprocher de ceux découlant d'un *« forçage du contrat »*[363] et tendent dès lors à accroître le champ d'application de cette technique.

146.- Le *« forçage du contrat »* est défini comme l'*« adjonction par le juge d'une obligation dans le contrat, non stipulée par les parties »*[364]. Bien que certains éléments de la notion ne collent pas à notre contexte, la portée de la démarche du juge s'approche de cette technique. L'idée d'une adjonction suppose l'ajout d'une obligation. Or, lorsque le juge neutralise partiellement une clause, il soustrait une obligation au contrat plus qu'il n'en ajoute. Pourtant - et comme nous le démontrerons ultérieurement - la suppression ou l'ajout d'une obligation au contrat peut souvent - d'une manière objective - générer des conséquences similaires pour les parties. En outre, lorsque le juge prononce la nullité partielle d'une clause,

[363] L. JOSSERAND, *op. cit. (*v. note 59).

[364] S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2ème année Les obligations*, 3ème éd., Dalloz, 2004, p. 174.

il se base sur une obligation matérialisée dans le contrat. Les parties se sont donc prononcées sur cette obligation.

Le contexte est différent de celui du forçage du contrat tel qu'on l'entend traditionnellement. La modification du contrat opérée pourrait s'apparenter à un forçage du contrat. Or, il ne s'agit pas dans ce cas précis de combler le silence des parties. C'est une nouvelle obligation qui est ajoutée au contrat. Il ne s'agit plus - comme dans le cadre d'un « *forçage* » classique - de pallier le silence des parties, mais de remplace une obligation par une autre.

147.- Pour autant, il ne faut pas considérer que la modification du contrat telle qu'observée est l'objet d'une appréciation forcément négative. En effet, bien que l'intervention du juge puisse paraître dérangeante dans certains cas en ce qu'elle pourrait ne pas respecter la liberté contractuelle des parties, on peut considérer en revanche que la prononciation d'une nullité partielle de la clause litigieuse vient limiter cette impression.

La lecture du contrat de bail en conformité avec la Convention EDH est mise en œuvre par le juge de manière variable. Il lui arrive, comme nous venons de l'observer, de faire primer le respect des droits fondamentaux dans l'interprétation tout en attachant une importance particulière au maintien partiel de la clause litigieuse, c'est-à-dire au contrat. Il lui arrive, de manière beaucoup plus tranchée, de faire primer les droits fondamentaux sur le contrat, sans trop d'égard pour ce dernier et la volonté des parties.

§ 2. Une primauté péremptoire

148.- Le juge fait parfois le choix de la prééminence totale des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat. Ce choix s'est exprimé de manière plus ou moins graduelle dans la jurisprudence. En effet, bien que l'influence des droits fondamentaux soit aussi importante dans les différentes décisions sur la détermination du sens du contrat, on observe que la justification de la solution peut varier. Le juge a en effet démontré qu'il pouvait trancher le litige de deux façons. Il adopte une attitude parfois extrême en affirmant la primauté des droits fondamentaux dans la détermination du sens du contrat de manière péremptoire, sans aucune explication (I). D'autres fois, bien que délivrée de manière péremptoire, la décision révèle la mise en oeuvre de la proportionnalité et s'exprime essentiellement en droit du travail (II).

I. Une primauté affirmée

149.- Le juge a parfois estimé, sans aucune tentative de justification ni même d'éviction, que le contrat violait les droits fondamentaux, et que son sens devait être modifié pour être conforme à la Convention EDH. L'observation du contrat de bail commercial est ici intéressante (A). Pour autant, la solution retenue en l'espèce peut surprendre (B).

A. La supériorité des droits fondamentaux sur le contrat de bail commercial

150.- Lors de la signature d'un contrat de bail commercial, il est d'usage que les commerçants travaillant dans un centre commercial adhèrent à un groupement spécialement constitué à cet effet : société, GIE, association. Ce type de clause est assez fréquent dans le contrat lorsque le local se trouve dans un centre commercial, car il permet une dynamique et une politique communes des commerçants entre eux pour l'organisation de *« leur »* centre.

En l'espèce[365], la société *ARLATEX* qui louait des locaux se trouvant dans un centre commercial se plaignait d'avoir été contrainte d'adhérer et de cotiser à l'association des commerçants. Assignant son bailleur, la société les *MARGUERITES*, en restitution des cotisations versées au titre de son adhésion à l'association, elle arguait de la nullité de la clause du bail, obligeant le preneur à adhérer à l'association. La Cour d'appel rejeta dans un premier temps sa demande, au motif que *« le locataire ne peut se soustraire à une obligation conventionnellement acceptée »*. Adoptant une solution opposée, la Cour de cassation décida 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 »*. Contrairement aux décisions précédentes, le juge retient une nullité absolue.

[365] Cass. civ. 3ème, 12 juin 2003, *EURL ARLATEX*, *D.* 2003, p. 1694 ; *JCP* 2003, éd. G, II, 1190, note F. AUQUE ; *D.* 2004, p. 367, note C.-M. BENARD ; *RTD civ.* 2003, p. 771, obs. J. RAYNARD ; *RTD civ.* 2004, p. 280, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC*, 2004, p. 281, obs. J. ROCHFELD ; *RDC* 2004, p. 348, obs. G. LARDEUX ; *RDC* 2004, p. 465, obs. A. MARAIS ; *Annuaire de droit européen*, 2003, p. 735, obs. D. ROETS ; *RTD com.* 2004, p. 72, J. MONEGER ; *RTD com.* 2003, p. 755, L. GROSCLAUDE ; *Rev. des soc.* 2003, p. 880, M.-L. COQUELET ; *D.* 2003, p. 1694, Y. ROUQUET ; *AJDI* 2003, p. 663, J.-P. BLATTER.

Les droits fondamentaux priment la force obligatoire du contrat. Sur certains points cette solution peut étonner du fait du ton péremptoire utilisé par le juge auquel est inévitablement associée l'absence d'un raisonnement explicité.

B. Une supériorité étonnante

151.- La solution peut étonner au regard des positions que la Cour de cassation a pu adopter antérieurement sur des questions similaires relatives à la possibilité de mettre dans le contrat une clause faisant obligation au commerçant d'adhérer à un GIE[366] ou de souscrire des actions d'une société constituée pour regrouper les commerçants du centre commercial[367]. Sa position se rapprochait de celle des juges du fond dans cette affaire. Pourquoi dès lors change-t-elle de ligne de conduite ? Pourquoi accepte-t-elle - alors que le contrat mentionnait l'obligation d'adhésion à l'association - de changer le sens de cette clause en faveur du requérant pour la rendre nulle en se basant notamment sur l'article 11 de la Convention EDH ? Le requérant avait pourtant signé le contrat en ayant connaissance de cette clause. Qu'est-ce qui différencie cette affaire des autres pour lesquelles elle refusait de tels agissements ?

Par exemple, on peut se demander pourquoi le juge ne s'est basé simplement sur l'article 4 de la loi de 1901 sur les associations[368] ? La notion d'association est plus largement entendue par la Cour EDH depuis l'arrêt *CHASSAGNOU* d'après lequel l'adhésion forcée à une association de chasse n'est pas nécessaire dans une société démocratique, dès lors que celle-ci est susceptible de heurter les convictions d'opposants à la chasse, lesquels ne pouvaient se soustraire de cette affiliation. L'autonomisation de la notion la rend beaucoup plus large que celle de 1901. Le juge relève dans l'arrêt *CHASSAGNOU* que la marge d'appréciation des États pour apporter des restrictions varie selon que l'ingérence est destinée à protéger *« un droit ou liberté d'autrui »* garanti, ou non par la Convention EDH. La solution aurait pu être différente si l'obligation avait été celle d'adhérer non pas à une association, mais à une société ou un GIE. L'application de l'article 11 par la Cour de cassation n'a pas

[366]Cass. civ. 3ème, 18 décembre 2001, « Groupement d'intérêt économique et copropriété », *AJDI* juin 2002, p. 461, obs. P. CAPOULADE.

[367]Cass. civ. 3ème, 12 février 1997, *Loyers et copropriété*, 1997, n° 122, obs. G. VIGNERON.

[368] « 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 ».

besoin du relais d'obligation positive mis à la charge de l'État pour régler le litige entre particuliers. Il suffit de supprimer la clause litigieuse[369]. Mais cela ne revient-il pas au même résultat finalement ?

En outre, les conditions normalement nécessaires pour rendre possible une atteinte à la liberté d'association auraient pu être considérées comme réunies. L'atteinte à l'article 11 peut-être légitimée [370] si elle est inspirée par un ou plusieurs buts légitimes comme la protection des droits et libertés d'autrui et dans la mesure où elle est nécessaire dans une société démocratique à la poursuite de ses buts. Ces conditions semblaient réunies. L'association des commerçants d'un centre a pour but d'assurer la promotion et la publicité de celui-ci. Sa constitution satisfait donc aussi bien l'intérêt du preneur que celui de l'ensemble des commerçants. Ainsi, l'obligation d'adhésion répond certainement à la protection des droits et libertés d'autrui.

Pour autant, est-elle nécessaire ? La proportionnalité n'a pas été appliquée, comme c'est très souvent le cas lorsque la Cour de cassation applique directement la Convention EDH[371]. En outre, le commerçant avait le choix de partir du centre, alors que dans cette situation, il profite des avantages de l'association[372].

152.- La solution selon laquelle la nullité d'une clause - même qualifiée de déterminante du consentement par les parties - ne peut emporter celle du bail en son entier semble se généraliser[373]. Cette décision de 2003 reprend mot pour mot la solution retenue à l'égard d'une autre affaire[374] soumise à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. La seule différence repose sur l'ajout au visa de la décision de l'article 11 de la Convention EDH. Les juges du fond qui sont souverains en matière d'interprétation n'appliquent pas le même raisonnement que la Cour de cassation puisqu'ils n'appliquent pas la Convention EDH et

[369]E. GARAUD, « La religion du locataire : une donnée normalement extérieure au contrat de bail mais incorporable à celui-ci », obs. sous Cass. civ. 3ème, 18 décembre 2002, Arrêt *AMAR et autres*, *RJPF* 2003, n°4, p. 9 ; J.-P. MARGUÉNAUD, obs. sous Cass. civ. 3ème, 18 décembre 2002, Arrêt *AMAR et autres*, *RTD civ*. 2003, p. 383.

[370] Cf. Art. 11§ 2.

[371]J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ*. 2003, p. 384.

[372]A. JACQUIN, « Les associations de commerçants : de l'obligation d'adhésion », *Gaz. Pal*. 17 octobre 2003, n° 290, p. 9.

[373]J. MONEGER, p. 649, sous Cass. Ch. Com. art. L. 145-15, note n° 3.

[374]Cass. Ass. plén., 9 février 2001, *D.* 2001, « Les liaisons dangereuses du droit associatif et du droit immobilier. L'issue : la liberté », E. ALFANDARI, p. 1493 ; *D.* 2002, « Coexistence dans un ensemble immobilier d'une association syndicale (loi du 21 juin 1865) et d'une association (loi du 1er juillet 1901) », p. 1522, C. GIVERDON ; *AJDI*, 2001, p. 611, M. THIOYE ; *Rev. des soc.* 2001, p. 357, Y. GUYON.

adoptent la même attitude. Les juges du fond ont d'ailleurs estimé 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 la nullité de la clause litigieuse alors qu'il n'apparaissait pas que le preneur ait été de quelque façon contraint d'adhérer à l'association en cause »*. On peut présager que la Cour de cassation anticipe sur une éventuelle censure de la Cour EDH puisqu'elle adopte la même position que cette dernière[375], à savoir la prévalence de la protection du droit fondamental. La Cour de cassation précède les réactions du juge européen et va même parfois plus loin contrairement aux juges d'appel. Il est arrivé à la Cour[376] de considérer qu'il y avait atteinte à un droit fondamental, sans même qu'il n'y ait de préjudice et de lien de causalité évidents. Quatre jours après la conclusion d'un bail de courte durée, un bailleur avait fait visiter les lieux loués (mais non encore occupés) sans l'autorisation du locataire. S'écartant de la cour d'appel qui avait relevé que le comportement du bailleur n'était pas constitutif d'une faute à l'origine d'un préjudice pour le locataire, la Cour de cassation a condamné l'attitude du bailleur qui constituait une violation de l'article 9 du Code civil. Comme le met en avant Jean-Baptiste SEUBE[377], indépendamment de toute faute (absence d'intention de nuire du propriétaire) et de tout préjudice (absence d'effet particulier ayant suivi la visite), la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation. Le fondement de la responsabilité est évincé au profit de celui des droits subjectifs. Le simple fait pour le propriétaire d'avoir pénétré dans les lieux loués constitue, de fait, une atteinte à la vie privée du locataire et justifie automatiquement une condamnation pécuniaire.

On conçoit mal désormais de quelle manière une atteinte au contrat pourra être tolérée dès lors qu'elle concernera des droits fondamentaux. À quoi servent dès lors les critères dégagés par la jurisprudence qui permettent à un contrat de porter atteinte aux droits fondamentaux sous certaines conditions ?

Bien que péremptoire, la primauté des droits fondamentaux sur le contrat affirmée par le juge est parfois assouplie par l'utilisation, dans son raisonnement, de la proportionnalité.

---

[375] Cour EDH, Gde Ch. 29 avril 1999, *CHASSAGNOU* c. France, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, *RTDH*, 1999, p. 901, obs. P. FLORES et M. FLORES-LONJOU ; *RTD civ*. 1999, p. 913, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *GACEDH*, n°66, comm. J.-P. MARGUÉNAUD.

[376] Cass. civ. 3ème, 25 février 2004, pourvoi n° 02-18.081, *RDC* 1er octobre 2004, n° 4, p. 988, J.-B. SEUBE ; *RTD civ*. 2004, p. 482, J. HAUSER ; *RTD civ*. 2004, p. 729, J. MESTRE et B. FAGES ; *D.* 2004, p. 1631, C. CARON ; *D.* 2005, p. 749, N. DAMAS ; *AJDI* 2004, p. 370, Y. ROUQUET.

[377] J.-B. SEUBE, « Droit de faire visiter les lieux loués et violation du respect dû à la vie privée », *RDC*, 1er octobre 2004, n° 4, p. 988, à propos de Cass. civ. 3ème, 25 février 2004, pourvoi n° 02-18.081.

II. Une primauté parfois justifiée par la proportionnalité

153.- Lorsque le juge accorde une importance déterminante aux droits fondamentaux dans la détermination du sens du contrat au point de nier la force obligatoire de l'acte contractuel, il lui arrive - bien que sa démarche soit au final péremptoire - d'expliquer le raisonnement qui l'amène à la décision rendue.

Le contrat de travail a permis au juge d'exprimer un raisonnement mieux explicité sur la lecture d'une clause de mobilité domiciliaire ou de non-concurrence par le prisme des droits fondamentaux. L'article L. 1121-1, anciennement L 120-2 du Code du travail, constitue un outil favorable à cette démarche. En effet, prévoyant que *« nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »*, le législateur français démontre en ce domaine une attirance propice à l'utilisation et à l'expression de la proportionnalité dans le règlement des litiges, notamment d'interprétation.

La chambre sociale dans l'arrêt *SPILEERS*[378] confirme la première ce constat à propos de la clause domiciliaire en protégeant le droit au respect de la vie privée et familiale du salarié dans le contrat de travail malgré la présence de la clause de mobilité domiciliaire inscrite dans le contrat. Monsieur SPILEERS, employé par une société en tant qu'agent commercial, était domicilié avec sa famille en région parisienne. Son secteur d'activité recouvrait la zone géographique de la région parisienne, le nord et l'est de la France. Une des clauses de son contrat prévoyait la possibilité pour son employeur de modifier la région d'activité en demandant au salarié d'être domicilié sur cette région dans les six mois qui suivaient ce changement d'affectation, et la non-acceptation du salarié pouvait entraîner la rupture du contrat, ne donnant lieu à aucune indemnité particulière de licenciement autre que légal ou conventionnel. Suite à la demande de son employeur d'aller travailler sur la région montpelliéraine, Monsieur SPILEERS lui donna son accord de principe, mais refusa de transférer le domicile familial à Montpellier, ce refus entraînant son licenciement. Monsieur SPILEERS le contesta, mais la Cour d'appel considéra la clause licite *« dès lors qu'elle est*

[378] Cass. soc., 12 janvier 1999, *SPILEERS c. SARL OMNIPAC, D.* 1999, p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; *RTD civ.* 1999, p. 358, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 1999, p. 395, J. MESTRE ; RJPF 1999, n° 3, p. 8, E. GARAUD, Dr. soc. 1999, p. 287, J.-E. RAY ; RJS 1999, p. 94, p. 94, J. RICHARD de la TOUR ; *Cah. soc. Barreau de Paris*, année, n° 110, A, 25, p. 159, R. WINTGEN.

justifiée par la nature et le lieu des fonctions commerciales exercées par l'intéressé et par le bon fonctionnement de l'entreprise ».

154.- On observe que les juges du fond souverains en matière d'interprétation n'intègrent pas la logique européenne alors que la Cour de cassation est déjà dans une toute autre démarche puisqu'elle décide à l'inverse de casser au seul visa de l'article 8 de la Convention EDH et de renvoyer l'affaire au motif que le principe de proportionnalité n'a pas été appliqué comme il aurait du l'être. Ainsi, *« attendu que selon l'article 8 de la Convention EDH, toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre-choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché », « qu'en statuant par ces seuls motifs qui ne justifiaient ni le caractère indispensable pour l'entreprise d'un transfert de domicile, alors que le salarié proposait d'avoir une résidence à Montpellier, ni le caractère proportionné au but recherché de cette atteinte à la liberté de choix du domicile du salarié et alors qu'elle n'explique pas en quoi les attributions de M. X... exigeaient une présence permanente à Montpellier, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».*

On comprend à travers une lecture *a contrario* de cet arrêt que si les juges du fond avaient appliqué correctement la proportionnalité, la clause aurait pu être valable. En ce sens, et en tout cas dans ce domaine précis, on en déduit que l'influence déterminante des droits fondamentaux dans la détermination du sens du contrat n'est pas inéluctable si la proportionnalité est correctement appliquée. La Cour de cassation favorise une extériorisation du raisonnement du juge lorsqu'il tranche un conflit d'interprétation par le prisme des droits fondamentaux, sans présager d'issue systématique. La référence à la Convention EDH peut-être le moyen de justifier la mise à l'écart d'une clause prévue dans le contrat en consacrant l'effet élusif de celle-ci[379].

155.- Dans le même ordre d'idée, bien que la mise en œuvre de la proportionnalité ne soit pas ici contestée par la Cour de cassation, un contrat de travail[380] d'un avocat prévoyait dans l'une de ses clauses que *« le cabinet attachant une importance particulière à la bonne*

[379] E. GARAUD, *op. cit. (*v. note 369), à propos de Cass. civ. 3ème, 18 décembre 2002, *AMAR et autres.*

[380] Cass. civ. 1ère, arrêt du 7 févr. 2006, « Liberté de fixation du domicile : l'obligation de résidence de l'avocat salarié ? », *RTD civ.* 2006 p. 280.

intégration de l'avocat dans l'environnement local, le domicile personnel de ce dernier doit être établi de manière à favoriser cette intégration ». À l'égard de cette disposition, la Cour de cassation retient qu'*« ayant retenu que la clause litigieuse, si elle était appliquée,* aurait *pour effet de soumettre au contrôle de l'avocat employeur le choix du lieu du domicile de son confrère et donc d'étendre le rapport de subordination à un aspect de la vie personnelle, la cour d'appel a ainsi fait ressortir que la bonne intégration de l'avocat dans l'environnement local ne constituait pas un objectif susceptible de justifier l'atteinte portée à la liberté individuelle de l'avocat salarié ».*

La Cour de cassation a eu l'occasion de réaffirmer de manière encore plus tranchée à propos de la clause de mobilité que celle-ci devait être « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise (et) proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché »*[381]. Certains auteurs estiment à ce propos que l'utilisation de la proportionnalité dans ce contexte est discutable, car le juge a fait jouer à l'une des parties le rôle normalement dévolu à l'État[382] devant le juge européen.

156.- Dans ces arrêts, le droit interne aurait pu être appliqué seul. D'ailleurs, la Cour a déjà rendu la même solution au visa de l'article 9 du Code civil : *« une telle clause favorise l'établissement d'une relation de proximité entre l'avocat salarié et les clients du cabinet, ce qui permet de pérenniser la clientèle, permet une meilleure connaissance du tissu économique et juridique et de ses pratiques spécifiques et favorise la disponibilité et le travail en équipe, ce qui améliore la qualité et réduit les risques de mise en cause de responsabilité ».* Mais, *« un tel objectif ne peut justifier l'atteinte portée à la liberté individuelle de l'avocat salarié »*[383].

Trop souvent critiqué[384] sur sa vision extensive, le juge a préféré lire le contrat par le biais des droits fondamentaux. Il dépasse ainsi la Cour EDH dans sa protection du domicile[385]. Le juge européen n'est jamais allé aussi loin en reconnaissant - comme dans l'arrêt *SPILEERS* - que le libre choix du domicile est un des attributs du droit au respect de la

[381] Cass. ch. Soc., 3 novembre 2004, Arrêt *Sté MONA LISA c. Mme Ilhame BEKKOUCHE, RDC* 2005, p. 381, obs. C. RADE.

[382] J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité », *D.* 1999, p. 645 ; *GACEDH*, p. 32, comm. F. SUDRE.

[383] Cass. ch. soc., 12 juillet 2005.

[384] J. SAVATIER, « Divorce sur requête conjointe : contenu de la convention et libertés fondamentales », *Dr. Soc*. 1992, p. 329, note sous Cass. soc., 22 janvier 1992.

[385] J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, *op. cit. (*v. note 382).

vie privée et familiale. La Cour EDH a pourtant une vision déjà élargie de la notion. Dans l'arrêt *GILLOW*[386], le juge européen a rapproché le domicile à la sécurité et au bien-être personnel, dans l'arrêt *LOPEZ-OSTRA*[387], au droit à un environnement sain. La Cour EDH dans l'arrêt *BUCKLEY*[388] avait aussi précisé que l'article 8 *« ne va pas jusqu'à permettre aux préférences individuelles en matière de résidence à l'emporter sur l'intérêt général »*. Dans d'autres arrêts[389] relatifs au droit du travail, la clause de non-concurrence a été abordée par le juge conformément au droit fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle[390], associé à l'article L. 1121-1, anciennement L 120-2 du Code du travail. La Chambre sociale de la Cour de cassation relève que le sens du contrat est valable si la clause de non-concurrence *« est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière »*. La clause de non-concurrence est lue par le prisme des droits fondamentaux. Ces conditions de validité sont élargies puisque l'exigence d'une contrepartie financière est prévue à l'égard du salarié.

Ainsi, la Cour de cassation - malgré quelques rares exceptions où la Chambre sociale s'est éloignée de cette ligne de conduite[391] - tend à valoriser l'utilisation de la proportionnalité, essentiellement en droit du travail, quand il s'agit de confronter le respect d'un droit fondamental au contrat.

De façon majoritaire, le juge tend à faire primer le respect des droits fondamentaux sur la force obligatoire du contrat lorsqu'il doit l'interpréter. Malgré tout, il arrive de manière exceptionnelle qu'il adopte une attitude contraire. L'infériorité des droits fondamentaux sur le

---

386 Cour EDH,24 novembre 1986, *GILLOW c. Royaume-Uni*, série A, n° 109.

387 Cour EDH,9 décembre 1994, *LOPEZ OSTRA c. Espagne*, série A, n°303-C, *RTD civ.* 1996, p. 507, obs. J-P. MARGUÉNAUD ; *JDI* 1995, p. 798, P. TAVERNIER.

388 Cour EDH, 25 septembre 1996, *BUCKLEY c. Royaume-Uni*, req. n° 20348/92, *RTDH* 1997, p. 47, O de SCHUTTER.

389 Cass. civ. 1ère, 10 juillet 2002, *COFINOGA*, *D.* 2003, p. 549, note O. GOUT ; *RTD civ.* 2003, p. 85, B. FAGES et J. MESTRE ; *RTD com.* 2003, p. 356, B. BOULOC.

390 Affirmée par l'article 7 du Décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.Puis, effleurée par le Conseil Constitutionnel dans une décision du 28 mai 1983, pour être abordée par la Cour de cassation comme « principe constitutionnel de la liberté du travail » dans un arrêt de la Chambre sociale du 19 novembre 1996.

391 Cass. soc., 2 octobre 2001, *SA NIKON France*, *RTD civ.* 2002, p. 72, obs. J. HAUSER ; *D.* 2001, p. 3148, note P.-Y. GAUTIER ; *D.* 2001, p. 3286, P. LANGLOIS ; *D.* 2002, p. 2296, obs. C. CARON ; *Répertoire Defrénois* 2002, p. 1407, A. RAYNOUARD. Dans cet arrêt, la référence à la proportionnalité a disparu, et le juge rend une solution absolue et catégorique, au bénéfice des salariés utilisant leurs outils informatiques de travail à des fins personnelles. De manière générale, elle reste la seule à l'heure actuelle à valoriser l'utilisation de la proportionnalité et donc l'explicitation de la détermination des intérêts en cause, tout en faisant jouer aux droits fondamentaux une influence déterminante dans l'interprétation du contrat.

contrat a parfois été mise en avant dans la jurisprudence. Cette démarche - bien qu’elle soit apparemment exceptionnelle - ne doit pas être analysée comme un discrédit à la thèse selon laquelle le juge interne tend vers une protection systématique des droits fondamentaux dans l’interprétation du contrat.

SECTION 2. L'INFÉRIORITÉ EXCEPTIONNELLE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LE CONTRAT

157.- Il arrive au juge de faire prévaloir la force obligatoire du contrat pour en déterminer le sens au lieu de faire systématiquement primer la défense du droit fondamental auquel l'acte peut porter atteinte. L'influence des droits fondamentaux dans l'interprétation est dans ce cas largement amoindrie, voire nulle. Reconnaître l'infériorité occasionnelle des droits fondamentaux sur le respect de la force obligatoire du contrat revient à constater une influence limitée de ces derniers sur la détermination du sens du contrat.

Cependant, cette limitation ne doit pas être considérée comme déterminante. Elle n'affaiblit pas réellement le postulat d'une primauté des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat. En effet, ces rares situations - bien qu'elles puissent laisser penser que le juge s'éloigne de l'idée de vouloir faire primer les droits fondamentaux - sont à considérer d'une manière particulière. Nul besoin de considérer qu'elles vont à l'encontre de cet objectif, mais plutôt - comme nous le verrons - que c'est pour un autre motif que le juge a tendance à s'éloigner ainsi du chemin emprunté jusqu'alors.

Aussi, l'infériorité des droits fondamentaux sur la force obligatoire du contrat parfois observée (§ 1) doit toutefois être nuancée au regard de l'étendue limitée qu'elle recouvre (§ 2).

§ 1. L'infériorité constatée

158.- Les droits fondamentaux interprétés par la Cour EDH ne constituent pas une grille de lecture absolue grâce à laquelle le contrat devrait être lu. Ils ne peuvent pas être un prétexte à la violation ou la soustraction du contractant à ses obligations contractuelles. Pour cette raison, le juge - bien que les hypothèses observées ne soient pas nombreuses - interprète parfois le contrat dans un sens favorable au contenu accepté par les parties, plutôt que de reconnaître la violation au droit fondamental invoquée par l'une des parties au contrat et ainsi privilégier la protection du droit fondamental en cause.

Ainsi, nonobstant la règle posée par le législateur [392] considérant comme non écrite une clause d'un contrat qui interdirait à un locataire l'exercice d'une activité confessionnelle, le juge a démontré dans plusieurs décisions que le locataire ne pouvait se prévaloir de ses convictions religieuses pour s'éloigner de manière absolue de ses obligations contractuelles, sauf si les parties se sont mises d'accord pour en faire l'objet de leur convention[393], consacrant ainsi ce que certains ont qualifié de *laïcisation contractuelle*[394]. Le principe est général. Il est affirmé aussi bien pour la sauvegarde du régime locatif, que pour celle du statut de la copropriété, ou encore du droit du travail. Ainsi, le juge a déclaré sans plus de précision et à plusieurs reprises[395] que le contrat ne prévoyant aucunement à la charge du bailleur ou de l'employeur une obligation de satisfaire les conditions d'un exercice paisible de la liberté de culte, celles-ci sont regardées comme n'entrant pas dans le champ contractuel.

Dans la célèbre affaire dite des cabanes[396] - en référence à la fête juive des cabanes, durant laquelle les juifs doivent ériger une souccah, sorte de hutte en bois, pour une durée de 7 jours, et dans laquelle ils doivent prendre leur repas - le juge a refusé d'aller à l'encontre de ce que prévoyait le règlement de copropriété aux motifs que *« la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne saurait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété »*. Des locataires juifs avaient construit leur

[392] Art. 4j de la loi n°*89-462* du 6 juillet 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs*, modifiée par la *loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.*

[393] Art. 1163 du Code civil selon lequel, « quelques généraux que soient les termes dans lesquels une Convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposées de contracter ».

[394] J. MESTRE et B. FAGES, « Les pratiques dictées par les convictions religieuses », *RTD civ*. 2003, p. 290.

[395] Cass. soc., 24 mars 1998 ; Cass. civ. 3ème, 18 décembre 2002, Arrêt *AMAR et autres*, pourvoi n° 01-00.519, *AJDI* 2003, p. 182, avis de l'avocat général O. GUERIN et note Y. ROUQUET ; *RJPF* 2003, n° 4, p. 9, obs. E. GARAUD ; *Dr. et procédures*, 2003, p. 157, obs. B. VAREILLES ; *RTD civ*. 2003, p. 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ*. 2003, p. 383, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ*. 2003, p. 575, obs. R. LIBCHABER ; *RDC* 2003, p. 220, obs. A. MARAIS ; *RDC*, 2004, p. 231, obs. J. ROCHFELD ; *RDC* 2004, p. 348, obs. G. LARDEUX ; *D.* 2004, p. 844, N. DAMAS ; Cass. civ. 3ème, 8 juin 2006, *Epoux X c. Syndicat des copropriétaires Les jardins* de *Gorbella*, *LPA* 5 juillet 2006, n° 133, p. 9, note D. FENOUILLET ; « La troisième chambre civile de la Cour de cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD civ*. 2006, p. 722, J.-P. MARGUÉNAUD ; « Liberté religieuse et légalité : La suprématie de la règle inférieure sur la règle supérieure et l'éviction de l'ordre public », *D.* 2006, p. 2887, C. ATIAS ; « Harmonie de l'immeuble contre liberté religieuse : la Cour de cassation placerait-elle un règlement de copropriété au sommet de la hiérarchie des normes ? », *AJDI* 2006, p. 609, J. RAYNAUD ; « La copropriété et la fête des cabanes », *AJDI* 2007, p. 311, p. CAPOULADE.

[396] Cass. civ. 3ème, 8 juin 2006, *Epoux X c. Syndicat des copropriétaires Les jardins* de *Gorbella*, *LPA* 5 juillet 2006, n° 133, p. 9, note D. FENOUILLET ; « La troisième chambre civile de la Cour de cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD civ*. 2006, p. 722, J.-P. MARGUÉNAUD ; « Liberté religieuse et légalité : La suprématie de la règle inférieure sur la règle supérieure et l'éviction de l'ordre public », *D.* 2006, p. 2887, C. ATIAS ; « Harmonie de l'immeuble contre liberté religieuse : la Cour de cassation placerait-elle un règlement de copropriété au sommet de la hiérarchie des normes ? », *AJDI* 2006, p. 609, J. RAYNAUD ; « La copropriété et la fête des cabanes », *AJDI* 2007, p. 311, P. CAPOULADE.

cabane sur le balcon de leur appartement niçois au sein d'une résidence immobilière. Certains voisins mécontents de la vue qu'offrait celle-ci décidèrent en assemblée générale des copropriétaires d'établir une résolution mandatant le syndic pour obtenir en référé la démolition des cabanes, celles-ci faisant partie des constructions prohibées par le règlement de copropriété, car portant atteinte à l'harmonie de l'ensemble immobilier. La Cour d'appel d'Aix en Provence, puis la Cour de cassation leur donnèrent gain de cause[397]. Les convictions religieuses ne peuvent donc pas permettre à des locataires de violer les dispositions d'un règlement de copropriété, pas plus qu'elles ne peuvent permettre à un locataire[398] ou un employé[399] de mettre respectivement à la charge de leur propriétaire et employeur le respect de celles-ci, à moins qu'une clause ne le prévoie expressément dans le contrat.

Dans l'affaire dite du digicode[400], le raisonnement du juge est tout aussi minimaliste que dans celle des cabanes. Une société propriétaire d'un ensemble immobilier dans lequel résidait dans le centre de Paris un millier de personnes décida de faire installer - dans le but d'améliorer la sécurité et satisfaire ses locataires - des grilles avec des portes s'ouvrant par l'intermédiaire d'un digicode. Or, certains locataires juifs mécontents de cette installation, saisirent le juge des référés et demandèrent l'installation d'une serrure mécanique, leur religion leur interdisant pendant le Shabbat et les fêtes juives d'utiliser une forme quelconque d'énergie et notamment d'électricité. Par ordonnance du président du Tribunal d'instance de Paris 19ème en date du 1er avril 1999, la société bailleresse reçut l'ordre d'installer une serrure mécanique sur l'une des portes d'accès à la résidence. La Cour d'appel de Paris par un arrêt

[397] Il est intéressant d'observer que dans un arrêt *AMSELEM* du 30 juin 2004, la Cour suprême du Canada décida le contraire en considérant comme illégale, parce que contraire à la liberté religieuse, la clause d'une déclaration de copropriété d'un immeuble qui prohibait la présence, sur les balcons, de petites huttes dans lesquelles les juifs religieux prenaient leurs repas pendant cette même fête des souccahs. Elle s'était fondée sur l'article 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec selon laquelle le droit de pratiquer sa religion ne s'applique pas seulement aux rapports entre l'État et les individus, mais également aux rapports entre les personnes privées. Adoptant une vision très large de la religion, la décision fut critiquée, car les conditions posées par le Code civil québécois ne suffisant plus, il fallait désormais, en plus d'être justifiées par la destination, les caractères, et la situation de l'immeuble, qu'elles respectent les droits et libertés fondamentaux. Mais l'opportunité de cette décision doit être tempérée pour diverses raisons. La première tient en ce que le système juridique canadien de Common Law demeure bien différent du notre sur certains aspects, ne reconnaissant pas, par exemple, la laïcité ou le principe de neutralité. En outre, sur les neuf juges de la Cour suprême canadienne, quatre ont exprimé des opinions dissidentes.

[398] Cass. civ. 3ème, 18 décembre 2002, Arrêt *AMAR et autres*, pourvoi n° 01-00.519, *AJDI* 2003, p. 182, avis de l'avocat général O. GUERIN et note Y. ROUQUET ; *RJPF* 2003, n° 4, p. 9, obs. E. GARAUD ; *Dr. et procédures*, 2003, p. 157, obs. B. VAREILLES ; *RTD civ*. 2003, p. 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ. 2003, p. 383, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ*. 2003, p. 575, obs. R. LIBCHABER ; *RDC* 2003, p. 220, obs. A. MARAIS ; *RDC*, 2004, p. 231, obs. J. ROCHFELD ; *RDC* 2004, p. 348, obs. G. LARDEUX ; *D.* 2004, p. 844, N. DAMAS.

[399] Cass. soc., 24 mars 1998.

[400] *op. cit.* (v. note 398).

du 27 octobre 2000 confirma cette décision. En revanche, saisie d'un pourvoi de la société bailleresse, la troisième Chambre civile retient une solution contraire selon laquelle *« les pratiques édictées par les convictions religieuses du preneur n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique »*.

Pareillement, dans l'affaire dite du boucher musulman[401], un boucher de religion musulmane refusa lors de l'exécution de son contrat de travail d'être en contact avec de la viande de porc conformément à ce que sa religion lui imposait. Il demanda donc à son employeur de l'affecter dans un autre service, lequel refusa. Cessant le travail, l'employé assigna son employeur devant le Tribunal de Mamoudzou pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette juridiction rejeta sa demande. Le Tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou infirma le 6 juin 1995 en décidant que *« l'employeur doit respecter les croyances religieuses de son salarié dans un territoire essentiellement voué à l'Islam qui proscrit la viande de porc, et que, en affectant son salarié au rayon boucherie, il aurait dû l'informer qu'il aurait à travailler cette viande, qu'en omettant de l'informer correctement sur la réalité de son nouveau poste de travail et en refusant de le réintégrer dans son service antérieur, l'employeur a commis une faute »*. La Chambre sociale de la Cour de cassation accueillit favorablement le pourvoi formé par l'employeur et cassa la décision du Tribunal supérieur. *« Attendu, cependant, que s'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public »*.

159.- Constatant qu'une clause du contrat a peut être partiellement anéantie au nom des droits fondamentaux, il était légitime d'attendre de la part du juge une attitude semblable à l'égard de clauses venant s'ajouter au contenu du contrat. Or, la jurisprudence démontre que dans les hypothèses où l'argument religieux est invoqué « *à retardement* »[402] pour *« amender »*[403] le contrat d'une clause en rapport avec le culte, le juge écarte d'office cette

[401] Cass. soc., 24 mars 1998.

[402] R. LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD civ*. 2003, p. 575.

[403] *Ibid.*

possibilité. Le droit fondamental est ici *« hors débat »*[404]. Le droit fondamental ne peut pas entrer dans le champ contractuel pour justifier que l'un des contractants puisse imposer une nouvelle obligation à l'autre partie ou se soustrait à celle qui existe déjà. Dans la même démarche de cloisonnement, le juge est parfois allé plus loin dans le raisonnement en considérant que le droit fondamental n'était pas hors débat du fait qu'il n'entre pas dans le champ contractuel, mais parce qu'il se trouvait en dehors du domaine des droits fondamentaux[405].

La jurisprudence, essentiellement dans le cadre de conflits d'interprétation relatifs à la liberté de religion, fait primer la force obligatoire du contrat sur la conformité de ce dernier au respect des droits fondamentaux. Au regard de la spécificité de ces hypothèses, on peut dès lors douter de l'importance à accorder à de telles jurisprudences en tant qu'obstructives de la thèse selon laquelle les droits fondamentaux influencent sensiblement l'interprétation du contrat. Elles ne sont pas majoritaires et doivent en ce sens être considérées plus comme des exceptions, au regard de l'exacte finalité qu'elles poursuivent.

§ 2. L'infériorité dépréciée

160.- La solution retenue dans ces décisions ne doit pas remettre en cause la thèse selon laquelle les droits fondamentaux jouent une influence conséquente dans l'interprétation du contrat. La solution en elle-même n'est pas spécialement choquante. En effet, il apparaît compréhensible de ne pas imposer à l'employeur ou au propriétaire de telles obligations. D'ailleurs, certains reconnaissent que le fait d'exclure du champ contractuel les convictions religieuses peut éviter la discrimination dans l'exécution du contrat. *« C'est alors la garantie d'un droit à l'indifférence »*[406]. *« La Cour de cassation a su éviter cette conception utopiste, presque naïve : ce qui aurait pu être accordé aux locataires de confession juive aurait dû l'être également aux locataires d'une autre confession, à peine de discrimination. Les difficultés seraient alors inextricables s'il fallait concilier au jour le jour dans un immeuble collectif des convictions religieuses »*[407].

[404] J.-P. GRIDEL, « Droits fondamentaux et interprétation du contrat : regard du juge judiciaire », *Colloque contrats et droits fondamentaux,* Avignon, PUAM (à par.), 12 janvier 2007.

[405] Cour cass, ch. soc, 28 mai 2003.

[406] G. LOISEAU, « Les convictions religieuses du contractant », *Droit et patrimoine* 2003, n° 117.

[407] N. DAMAS, « Les convictions religieuses n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel », *D.* 2004, p. 844.

La raison pour laquelle il nous semble que ces décisions ne doivent pas vraiment être appréhendées comme une limite à l’influence déterminante des droits fondamentaux dans l’interprétation du contrat tient au domaine dans lequel elles s’expriment. Alors que le juge admet concrètement que les droits fondamentaux ne peuvent pas tout justifier, il est bon de se rendre compte que le contexte dans lequel il adopte cette attitude suggère d’être prudent sur les conclusions à en tirer. Plusieurs éléments nous permettent en effet de considérer que ce choix n’est pas guidé par la volonté première de protéger le contrat et de limiter l’impact des droits fondamentaux dans la détermination de son sens, mais plutôt de ne pas s’immiscer dans le domaine complexe du religieux dans lequel s’inscrivent les affaires concernées.

Lorsqu’une atteinte à la liberté de religion est invoquée par l’un des contractants - par le biais de l’article 9 de la Convention EDH - le juge limite l’influence des droits fondamentaux dans l’interprétation du contrat. L’observation de la jurisprudence révèle que cette méfiance n’est pas nouvelle (I). En outre, certains détails du raisonnement adopté par le juge encouragent l’idée selon laquelle ce qui détermine la solution rendue tient au domaine du droit concerné (II).

I. La méfiance récurrente du juge à l’égard de la religion

161.- Le juge français a toujours montré une certaine réticence - au regard notamment de l’importance accordée au principe de laïcité dans notre société - pour se positionner sur la question de la religion. La méfiance du juge à l’égard de la religion n’est pas récente. Elle tend à exclure la jurisprudence du phénomène général consistant à faire primer la Convention EDH des droits de l’homme sur le sens initial du contrat pour en déterminer le sens

La récurrence de l’approche mérite de la mentionner (A). Cette réticence n’est pas toujours partagée par les autres systèmes juridiques (B).

A. Une approche méfiante de la France

162.- Depuis toujours, l'appréhension du fait religieux par le droit a posé des questions[408]. Rémy LIBCHABER[409] remarque que *« le droit étatique se révèle aussi peu accueillant au fait religieux qu'au droit religieux »*. Cette délicate articulation est sans doute la raison pour laquelle le juge agit avec autant de fermeté dans la jurisprudence étudiée.

Pourtant, la logique européenne dans laquelle le juge s'est engouffré à l'égard d'autres questions aurait dû permettre de justifier qu'il en soit de même pour toutes les affaires dans lesquelles la liberté de culte était en cause[410].

On observe que les juges du fond sont plus ouverts à la reconnaissance du fait religieux que la Cour de cassation. Ils adoptent la même démarche à l'égard de tous les droits fondamentaux sans distinction particulière, hormis la classique séparation entre les droits indérogeables et les droits relatifs. Par exemple, sur le point de savoir s'il faut mettre à la charge de l'employeur ou du propriétaire le respect des convictions religieuses de l'employé ou du locataire, les Cours d'appel répondent généralement favorablement. Le contrat doit respecter la liberté de culte. Le bailleur doit donc adapter le bien loué aux prescriptions de la religion juive qui interdisent notamment l'utilisation de l'électricité en période de shabbat. De même, l'emploi du boucher musulman doit être adapté par l'employeur à ses convictions religieuses qui lui interdisent d'être en contact avec la viande de porc. Le juge d'appel considère que cette exigence relève de l'idée de bonne foi contractuelle, alors même que la liberté individuelle protégée n'a aucun lien direct avec l'objet du contrat. Dans l'affaire du digicode[411] ou bien du boucher musulman[412], les juges du fond avaient accepté les requêtes des locataires juifs. En revanche, la Cour de cassation n'a pas admis cette intrusion de la

[408] G. KOUBI, « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ? », *JCP* 1987, éd. G, I, 3292.

[409] R. LIBCHABER, *op. cit. (*v. note 402).

[410] J. ROCHFELD, *op. cit.* (v. note 334).

[411] CA de Paris, arrêt du 27 octobre 2000. Celle-ci donne tort au propriétaire « au regard de la liberté de culte garantie par la Constitution et les textes supranationaux », au motif que « les Conventions doivent être exécutées de bonne foi, la pose d'une serrure complémentaire et la confection de clés, n'altérant pas l'équilibre du contrat ».

[412] Tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou, déc. du 6 juin 1995. « L'employeur devait respecter les croyances religieuses de M. Y. dans un territoire essentiellement voué à l'Islam qui proscrit la viande de porc ; qu'en l'affectant au rayon boucherie, il aurait dû l'informer qu'il aurait à travailler cette viande, qu'en omettant de l'informer correctement sur la réalité de son nouveau poste de travail et en refusant de le réintégrer dans son service antérieur, l'employeur a commis une faute ».

religion dans les litiges. En vertu de la jurisprudence du juge interne, on observe que la liberté de religion n'est pas aussi percutante et saisissante que le droit au respect de la vie privée.

163.- Est-ce à dire que le juge européen aurait agi de la même manière ? La Cour de cassation agit-elle ainsi par anticipation de la réaction européenne ? Adopte-t-elle ces solutions en considérant qu'elles constituent ce que souhaiterait le juge européen ? Il est légitime de penser que la Cour de cassation agit dans ce but. En effet, la Cour EDH a érigé la laïcité en valeur primordiale[413]. Alors que l'article 9 de la Convention EDH ne fait pas référence au terme de laïcité, mais se réfère uniquement au *« droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion »*, à la *« liberté de changer de religion ou de conviction* », et à la liberté *« de manifester sa religion ou ses convictions »*, la laïcité a été érigée en valeur de la société démocratique européenne dans une affaire[414] récente.

En outre, la Cour de Strasbourg a déjà eu l'occasion de préciser que la liberté de religion ne pouvait permettre à un individu de se soustraire au respect de certaines règles. Ainsi, dans l'affaire *PICHON et SAJOUS* contre France[415], elle a décidé à l'encontre de pharmaciens qui refusaient de vendre la pilule contraceptive pour des motifs religieux que ces convictions ne pouvaient justifier leur refus de vendre ce produit, c'est-à-dire que leur liberté de culte ne pouvait justifier une violation des dispositions du code de la consommation, sanctionnant le refus de vente. De même, dans l'affaire[416] *KURTULMUS* contre Turquie, les juges européens ont précisé que l'article 9 de la Convention ne confère pas aux individus souhaitant se comporter d'une manière dictée par leurs convictions religieuses, le droit de se soustraire à des règles qui se sont révélées justifiées[417], en l'espèce, un code vestimentaire imposé aux fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions.

Pour autant, on aurait pu aussi considérer que le juge européen n'aurait pas agi ainsi et ne s'accorde pas avec les décisions internes sur ce point. La Cour de Strasbourg pourrait être

[413] A. GARAY, « La laïcité, principe érigé en valeur de la Convention EDH », *D.* 2006, p. 103.

[414] Cour EDH, 31 juillet 2001, *Affaire de la dissolution du REFAH PARTISI et autres c. Turquie*, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, *RTDH* 2002, p. 983, obs. S. SOTTIAUX et D. de PRINS ; *JCP* 2002, éd. G, I, 105, n° 16, obs. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2001, p. 979, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; Cour EDH,13 février 2003, *ODIEVRE c. France*, req. n° 42326/98, *JCP* 2003, éd. G, I, 120, P. MALAURIE ; *JCP* 2003, éd. G, II, 10049, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *RTD civ.* 2003, p. 276, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2003, p. 375, J.-P. MARGUÉNAUD ; *GACEDH*, n° 39, comm. J.-P. MARGUÉNAUD.

[415] Cass. soc., 2 octobre 2001, *SA NIKON France*, *RTD civ.* 2002, p. 72, obs. J. HAUSER ; *D.* 2001, p. 3148, note P.-Y. GAUTIER ; *D.* 2001, p. 3286, P. LANGLOIS ; *D.* 2002, p. 2296, obs. C. CARON ; *Répertoire Defrénois* 2002, p. 1407, A. RAYNOUARD.

[416] Cour EDH, 24 janvier 2006, *D.* 2006, p. 1720, obs. J.-F. RENUCCI.

[417] En l'espèce, un code vestimentaire imposé aux fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions.

en droit de reprocher à la Cour de cassation de ne pas assurer l'effectivité de la liberté de religion et de laisser se développer *« l'intolérance émanant de particuliers ou de groupements »*[418]. La Cour EDH pourrait juger qu'un équilibre correct n'a pas été trouvé entre les intérêts fondamentaux des copropriétaires blessés dans leur foi et les intérêts collectifs défendus par le règlement de copropriété. Ainsi, la jurisprudence européenne ne nous apporte que peu d'éléments nous permettant d'éclaircir la position du juge français.

Dans une affaire *KHURSHID MUSTAFA et TARZIBACHI* citée précédemment, le juge européen a pourtant abordé la question de la religion d'une façon favorable à la primauté de l'article 10 de la Convention EDH sur la clause contractuelle qui interdisait aux locataires l'exposition d'antennes paraboliques pour des raisons esthétiques. Dans le but de défendre le droit à l'information des locataires d'origine étrangère, le juge européen estime que la pose d'une telle antenne ne peut être interdite par le contrat, dans la mesure où elle participe de la liberté d'expression. Difficile pour le moment de déterminer si la portée de l'arrêt trouvera écho dans les jurisprudences futures.

Certains éléments laissent penser qu'elle aurait adopté la même solution et qu'aucune condamnation n'est prévisible, d'autres éléments font penser le contraire. Cela étant, le Professeur Jean-François FLAUSS observe à juste titre que *« si la liberté de religion constitue l'une des assises d'une société démocratique au sens de la Convention, la Cour n'a pas pour autant versé dans une politique jurisprudentielle fondée sur une conception hypertrophiée de la liberté de religion. La Cour n'entend pas aller aussi loin dans la valorisation du respect des convictions religieuses. En optant pour un contrôle européen à profil bas, la Cour entend à l'évidence ne pas s'engager dans une politique jurisprudentielle qui risquerait de mettre à mal les options constitutionnelles ou/et législatives retenues par les États en matière d'exercice de la liberté religieuse »*[419].

Le juge français a toujours émis une certaine réserve à l'égard de la liberté de religion. Cette question de la religion n'est pas toujours abordée de la même manière dans les autres systèmes juridiques, pour lesquels la question de la laïcité n'a pas été véritablement soulevée.

[418] M. DUPUIS, « Influence de la Convention EDH sur le droit des personnes », *Lamy Droit des personnes et de la famille* mai 2005, n° 120-65.

[419] J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention EDH », *AJDA* 2000, p. 1015-1016.

B. Une approche plus nuancée dans d'autres systèmes juridiques

164.- L'exemple du Canada est intéressant puisque le juge de la Cour suprême du Canada a été confronté exactement à la même affaire que l'affaire des souccahs françaises, et l'on peut observer que sa solution est contraire à celle apportée par la Cour de cassation.

Le célèbre arrêt *AMSELEM*[420] rendu par la Cour suprême du Canada en 2004 est intéressant du fait de la similitude des faits qu'il partage avec l'affaire dite des cabanes[421]. En effet, les parties se trouvaient dans la même situation. Des locataires de confession juive avaient construit sur leur balcon une souccah pour une durée d'une semaine. Pour motif qu'ils violaient le règlement de copropriété, le syndic saisit le juge pour résiliation du bail. En effet, le juge canadien tient pour illégale la clause d'une déclaration de copropriété stipulant que la présence, sur les balcons, de petites huttes dans lesquelles les juifs religieux prennent leurs repas pendant la fête du Souccoth est interdite parce que contraire à la liberté de religion. La Cour s'appuie sur l'article 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec relatif au droit de pratiquer sa religion, en soulignant que ce dernier ne s'applique pas seulement aux rapports entre l'État et les individus, mais également aux relations entre les personnes privées : *« empêcher les appelants d'installer leur propre souccah constitue [...] dans les faits une entrave non négligeable à l'exercice de leur droit protégé d'habiter dans une souccah pendant la fête du Souccoth, et entraîne de ce fait une atteinte à ce droit [...] Les atteintes ou effets préjudiciables qui seraient causés aux droits des copropriétaires à la jouissance paisible de leurs biens et à la sûreté de leur personne, droits que leur garantissent respectivement les articles 6 et 1 de la Charte québécoise, sont, dans les circonstances, tout au plus minimes et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion »*. Seule est posée la condition que les tentes soient installées de façon à ne pas constituer un risque pour la sécurité en bloquant les portes ou les sorties de secours.

---

[420] Cour suprême du Canada, 30 juin 2004, *Syndicat NORTHCREST c. AMSELEM*.

[421] Cass. civ. 3ème, 8 juin 2006, *Epoux X c. Syndicat des copropriétaires Les jardins* de *Gorbella, LPA* 5 juillet 2006, n° 133, p. 9, note D. FENOUILLET ; « La troisième chambre civile de la Cour de cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD civ.* 2006, p. 722, J.-P. MARGUÉNAUD ; « Liberté religieuse et légalité : La suprématie de la règle inférieure sur la règle supérieure et l'éviction de l'ordre public », *D.* 2006, p. 2887, C. ATIAS ; « Harmonie de l'immeuble contre liberté religieuse : la Cour de cassation placerait-elle un règlement de copropriété au sommet de la hiérarchie des normes ? », *AJDI* 2006, p. 609, J. RAYNAUD ; « La copropriété et la fête des cabanes », *AJDI* 2007, p. 311, P. CAPOULADE.

Le juge a considéré que les locataires en signant le règlement de copropriété ne pouvaient avoir envisagé que l'interdiction de porter atteinte à l'harmonie de l'immeuble pouvait être violée du fait de leurs pratiques si brèves. *« Les copropriétaires n'avaient pas lu la déclaration de copropriété lors de leur achat. Même s'ils s'étaient donné la peine de la lire, il est décidé qu'ils n'auraient pas pu saisir que la clause interdisant les constructions visait indirectement, entre autres choses, les souccahs. Mais il y a plus : la renonciation doit aussi être explicite, claire, précise ; la Cour exige que le contrat mentionne « expressément » le droit garanti auquel on renonce, ce qui n'était pas le cas de la déclaration de copropriété en litige »*[422]. En outre, la solution française a un caractère extrême que les juges canadiens ont su éviter : si les contractants s'étaient *« objectés à la clause litigieuse, ils n'auraient eu d'autre choix que d'aller habiter ailleurs »*[423]. Cette idée que les locataires doivent accepter les contraintes imposées dans le contrat ou partir est rejetée par les juges canadiens. Le juge canadien adopte ici une attitude protectrice des contractants locataires en position de faiblesse, tout comme a pu le faire le juge interne dans les arrêts relatifs à la clause d'habitation personnelle.

165.- La Cour suprême du Canada favorise une vision très large de la notion de religion. La décision fut critiquée, car les conditions posées par le Code civil québécois ne suffisant plus, il fallait désormais, en plus d'être justifiées par la destination, les caractères, et la situation de l'immeuble, qu'elles respectent les droits et libertés fondamentaux. Comme le souligne le Professeur JOBIN, elle risque d'engendrer des effets contraires à ceux escomptés. En effet, cela pourrait faire augmenter le nombre de requêtes relatives à la religion, requêtes parfois sans limites, mais aussi créer des distinctions entre les différentes minorités et provoquer des tensions, au lieu de valoriser le pluralisme, c'est-à-dire avoir un effet contraire à celui escompté.

En outre, le contrat est affecté par cette décision. L'un des juges dissidents à l'arrêt *AMSELEM*, Ian BINNIE, a dénoncé le manque d'importance accordé au contrat par le juge. Il souligne qu'il est bon de différencier l'utilisation de la clause sur la liberté de religion comme *« bouclier »* contre les ingérences étatiques, de son utilisation comme *« une épée »* contre des contractants, c'est-à-dire parfois comme une défense, parfois comme une attaque. *« Il existe selon moi une énorme différence entre le fait d'utiliser la liberté de religion comme un*

[422] P-G. JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », *RTD civ.* 2007, p. 33.

[423] *Ibid.*

bouclier contre les atteintes portées par l'État à la liberté de religion et le fait de l'utiliser comme une épée contre des cocontractants dans un immeuble privé. Il appartenait aux appelants et non aux autres copropriétaires de déterminer, avant d'acheter leur appartement, quelles exigences étaient liées à leurs croyances religieuses. Il y avait plusieurs immeubles où ils pouvaient acheter. Ils se sont engagés par contrat envers les propriétaires de cet immeuble à respecter les règles de cet immeuble, même si (comme c'est apparemment le cas) ils ont accepté les règles sans les avoir lues »[424]. Bien que les divers règlements de copropriété ne fassent l'unanimité au sein des locataires, il soulève que ces derniers reflètent *« la volonté collective des copropriétaires de l'immeuble dans lequel les appelants ont décidé d'acheter un logis »*[425]. Il défend l'idée que cette décision tend à détacher trop facilement les contractants de leurs obligations. *« L'essence même du contrat réside dans la cession d'un bien ou d'un service contre un autre bien ou service auquel on attache plus de valeur. Ce processus mène à un bien-être accru pour chacune des parties au contrat. Dans l'affaire AMSELEM, les appelants auraient pu refuser de s'établir au Sanctuaire si l'idée de se conformer aux dispositions de la déclaration de copropriété ne leur plaisait pas. Or, ils ont choisi de s'y établir. La Cour suprême a commis une erreur en leur permettant de ne pas respecter leurs obligations contractuelles »*[426].

La distance marquée par le juge français à l'égard de la religion - distance qui n'existe pas dans tous les systèmes - n'est pas nouvelle. On peut penser que sa volonté d'écarter l'article 9 de la Convention EDH pour interpréter le contrat n'est pas étrangère à l'objet même de cet article. Les décisions concernées révèlent certains éléments permettant de dresser ce constat. La condition posée par la Cour de cassation d'une clause contractuelle expresse présente dans le contrat conforte cette opinion, tout comme l'absence de l'utilisation de la proportionnalité, contrairement au juge canadien dont le raisonnement est bien plus explicite.

[424] Cour suprême du Canada, 30 juin 2004, *Syndicat NORTHCREST c. AMSELEM*, § 185.

[425] *Ibid.*

[426] V. P. BEAUDRY, « L'affaire AMSELEM: le droit de pratiquer sa religion vs la liberté de contracter », site internet www. quebecoislibre.org.

II. L'identification de la méfiance dans la décision

166.- Deux éléments permettent de penser que l'objet du litige d'interprétation en cause dans ces affaires - à savoir le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion - constitue un élément important dans la position du juge. Le raisonnement de ces derniers n'est pas explicité (B). En outre, l'exigence de la présence d'une clause contractuelle paraît superflue (A).

A. L'exigence révélatrice de la présence d'une clause contractuelle

167.- À plusieurs reprises, le juge fait apparaître que, *« sauf stipulation expresse »*, la liberté de religion ne peut générer à l'égard de l'employeur ou du propriétaire une obligation qui n'a pas été prévue dans le contrat. Il pose comme une condition essentielle la présence d'une clause contractuelle, qui mettrait à la charge du bailleur ou de l'employeur le devoir de respecter les convictions religieuses du locataire ou de l'employé.

A contrario, on peut en déduire dans un premier temps que la présence d'une clause prévoyant une telle obligation à la charge du bailleur, ou de l'employeur aurait eu une portée différente aux yeux du juge. Or, on observe dans un second temps qu'il a déjà montré dans des décisions antérieures que la présence d'une clause contractuelle expresse n'était pas toujours nécessaire (2). En outre, l'analyse de cette exigence sur le fond montre qu'elle ne tient pas, en raison du flou qui l'entoure (1).

1. Le flou caractérisant l'exigence

168.- Cette exigence- exprimée de manière très vague - est mise en avant pour permettre au juge de s'extraire du débat en cause. En effet, rien n'est spécifié sur le degré de précision de la clause contractuelle qui devrait être insérée au contrat. Doit-elle prévoir précisément que le propriétaire devra mettre en place un système spécifique pour que les locataires juifs puissent entrer chez eux sans actionner l'électricité, ou bien encore que l'employeur organise les tâches de l'employé boucher en considération de son interdiction religieuse de toucher de la viande de porc ? Ou bien cette clause devrait-elle simplement prévoir qu'ils doivent de manière générale respecter leur liberté de religion respective ?

En outre, il faut relever que le juge exige la présence d'une clause contractuelle expresse, mais encore faut-il considérer que l'exécution du contrat est ou sera appelée à connaître de l'expression de la conviction religieuse de l'une des parties. Or, dans l'affaire du digicode par exemple, aucun élément ne permettait de laisser penser aux locataires - aucun digicode n'étant installé à leur arrivée - qu'ils auraient dû préciser au propriétaire que leur religion leur interdisait d'utiliser l'électricité en période de shabbat. Cette condition sous-tend que le contractant a identifié un problème susceptible d'arriver, or ce n'est pas parce qu'un problème intervient et qu'il n'a pas été prévu, qu'il n'est pas légitime. En outre, cette exigence - parce qu'elle n'est pas cadrée - encourage la révélation, sans limites, de données personnelles, et laisse poindre de cette façon un risque évident d'atteintes au droit au respect de la vie privée de chacun. Dans l'affaire du boucher musulman, on peut en revanche considérer de manière tout à fait légitime que l'employé aurait pu comprendre la nécessité - au regard des tâches normales que son employeur allait attendre de lui - de préciser son interdiction de toucher de la viande de porc.

De plus, le juge à travers cette exigence condamne l'imprévisibilité des parties et rejette l'inexistence d'une obligation qui encadrerait la conviction religieuse de l'une d'elles, tout en laissant penser qu'il en serait ainsi pour tout autre droit concerné. Le juge laisse donc penser que ce qu'il refuse, c'est l'ajout d'une obligation au contrat. Or le problème se situe ailleurs, pour une raison très simple, tenant au fait que le juge accepte en revanche de supprimer une clause au contrat, suppression qui revient également à modifier le contenu du contrat, et la modification des obligations pour l'une des parties.

Enfin, sur une simple question de forme, il est étonnant d'exiger la présence d'une clause contractuelle qui justifierait elle-même l'existence potentielle d'une future clause contractuelle. On peut présumer que si les parties étaient convenues de mettre à la charge de l'employeur ou du propriétaire l'obligation de respecter les convictions et pratiques religieuses de leur salarié et locataire respectifs, elles ne se seraient sans doute pas opposées, les hypothèses de litiges auraient en tout cas étaient sensiblement amoindries. En effet, ce type de clause de par son contenu et les conséquences qu'elle peut entraîner démontre un engagement certain, rendant toute renonciation limitée.

L'exigence posée par le juge de la présence d'une clause contractuelle au sein du contrat - qui devrait prévoir qu'il incombe au propriétaire ou à l'employeur de respecter les croyances religieuses du locataire ou du salarié - demeure assez floue dans la manière dont elle est formulée. En outre, cette exigence perd en crédibilité, dans la mesure où le juge a déjà montré qu'il pouvait, dans certaines situations, ne pas la considérer comme nécessaire.

2. Une exigence irrégulière à travers la jurisprudence

169.- Le juge a démontré, dans d'autres situations, que la présence de clause contractuelle n'était pas indispensable. Il a en effet prouvé qu'il tolérait des situations dans lesquelles la religion était présente, voire déterminante du choix des parties, sans pour autant qu'une clause contractuelle ne l'ait prévu. Il n'exige pas que la clause soit expressément écrite quand la volonté des parties, même si elle n'est pas formelle, paraît évidente ou que le contexte religieux est palpable. Par exemple, à propos du licenciement par un organisme religieux d'une enseignante à la suite de son remariage après divorce, l'Assemblée plénière avait admis, sans exiger une clause expresse en ce sens, que le mode de vie catholique de l'institutrice *« avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante »*[427].

Ainsi, le juge a déjà considéré que la liberté de culte pouvait faire partie du champ contractuel en estimant que les convictions religieuses étaient déterminantes dans le contenu du contrat, même sans clause expresse. Le contexte religieux d'une relation de travail peut être essentiel au point de faire parti du champ contractuel *: « L'article L. 122-45 du Code du travail, en ce qu'il dispose qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses convictions religieuses, n'est pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement »*[428].

Si les clauses d'un contrat de travail interdisant le divorce sont contraires à l'ordre public, il en va différemment lorsque l'on se trouve dans le cadre d'une école catholique qui exige l'adhésion des enseignants à ses principes[429].

Également, un employé choisi pour ses compétences religieuses peut interrompre son travail le temps nécessaire au rituel de la prière, sans que son employeur ne lui oppose de façon valable la durée prévue par le droit du travail[430].

170.- On peut donc penser que si les locataires avaient été locataires d'une résidence cultuelle, leurs revendications auraient été entendues. En l'espèce, le contexte non religieux

[427] Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, *D.* 1978, p. 541, note P. ARDANT ; *JCP* 1979, II, 19009, note R. LINDON.

[428] Cass. soc., 20 novembre 1986, *JCP* 1987, II, 20798, note T. REVET.

[429] *op. cit.* (v. note 427).

[430] CA Paris, 25 mai 1990, *D.* 1990, p. 596, note J. VILLACEQUE.

ne le favorisait pas. Le juge ne nie pas le caractère religieux du litige né dans ces contrats. Cependant, la présence presque inhérente de la religion dans ce type d'accord ne lui permet pas de l'évincer. En outre, cette caractéristique est si prégnante qu'elle ne sollicite pas une réelle implication du juge et une réelle interprétation du contrat puisqu'elle est la raison pour laquelle les parties ont décidé de signer entre elles le contrat. Dès lors, on ne sollicite pas la même prise de position du juge que dans les arrêts du digicode ou des cabanes par exemple.

Au-delà du flou entourant l'exigence de la présence d'une clause contractuelle, l'absence de justification de la solution tend à reconnaître une forme de méfiance du juge de se positionner ouvertement et clairement sur le droit en cause.

B. L'absence de justification de la solution

171.- On peut considérer, au regard des décisions rendues, que l'absence d'un raisonnement explicite est le signe le plus probant d'une approche fuyante du problème de fond posé par ces litiges.

Conformément à la jurisprudence européenne, une limite à la liberté de conscience n'est licite qu'à la condition d'être prévue par la loi, d'être nécessaire pour préserver un intérêt général ou d'autres intérêts privés, et d'être proportionnée à ce but. Bien que ces conditions soient initialement prévues pour intervenir au sein de relations verticales, on aurait pu penser que le juge aurait vérifié - par analogie avec la procédure de la Cour EDH - l'existence de ces conditions et ne reconnaisse une violation à la liberté de religion que si ces conditions étaient remplies. Or, ce n'est pas le cas, alors pourtant que la Cour de cassation a déjà utilisé un tel contrôle[431]. L'absence de raisonnement explicite laisse penser que la solution apportée pour lire le contrat ne répond pas à ces conditions. Leur examen confirme cette hypothèse.

172.- Premièrement, la limite à la liberté de culte était-elle prévue par la loi ? On peut au mieux admettre la possibilité de voir dans l'article 1134 du Code civil une base légale à cette restriction. Sur la base de la relation - matérialisée par le contrat - qui l'unit à son locataire, le propriétaire justifie cette restriction par l'existence du contrat, contrat considéré

[431] Cass. soc. 12 janv. 1999, « Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité », *D.* 1999, p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; « La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales renforce son emprise sur le contenu du contrat », *RTD civ*. 1999, p. 395, obs. J. MESTRE ; « La firme (suite ») , *RTD civ.* 1999, p. 358, obs. J. HAUSER. 12 juillet. 2005, « Nullité d'une clause portant atteinte à la liberté de choix du domicile », *RTD civ*. 2006, p. 109, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

comme la loi des parties. Dans l'affaire des cabanes, le propriétaire peut s'appuyer sur le règlement de copropriété par exemple. Mais, dans les autres affaires, rien dans le contrat ne pouvait justifier de s'en servir comme une base légale pour justifier la restriction. Le juge condamne l'absence de clause contractuelle prévoyant la protection de la liberté de religion, et en même temps restreint ce droit en justifiant la violation par le contrat, lequel ne prévoit rien. La loi des parties ne peut justifier cette restriction.

173.- Deuxièmement, la restriction constitue-t-elle une mesure nécessaire dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, où encore à la protection des droits et liberté d'autrui ? Ces notions ne sont pas topiques de la relation unissant deux individus. En revanche, la nécessité d'une mesure pour protéger les droits d'autrui peut être entendue dans ce cadre, puisque le juge interne peut décider, lorsqu'il interprète le contrat, de la validité ou pas d'une clause contractuelle en ce qu'elle viole ou pas la liberté de l'une des parties au contrat. La pose d'un digicode était-elle réellement nécessaire au regard de la violation qu'elle cause aux convictions religieuses de certains locataires ? Au regard du nombre important d'habitants dans la résidence, on peut légitimement considérer que la loi du plus grand nombre l'emporte. Cependant, rien n'interdit de laisser, sur l'une des portes d'entrée, une serrure manuelle. Ainsi, différentes alternatives s'offraient au juge, qu'il n'a pourtant pas abordé. *« Le primat de l'intérêt individuel conduisait à interdire la pose du digicode, celui de l'intérêt collectif à autoriser les locataires récalcitrants à quitter l'immeuble sans préavis, éventuellement avec des dommages-intérêts ; une voie moyenne acceptait l'installation, en y adjoignant une serrure mécanique de manière à concilier tous les intérêts. Face à un grief que la Cour d'appel avait pris en considération, pour s'efforcer d'en minimiser l'impact individuel, la Cour régulatrice a préféré considérer qu'à raison de son origine religieuse, il n'était pas recevable en tant que tel »*[432]. *« La question n'était pas de savoir si les pratiques religieuses étaient entrées dans le champ contractuel, comme l'affirme la Cour, mais de déterminer la mesure dans laquelle le grief devait être pris en considération, compte tenu de la modification du contrat »*[433]. La mise en œuvre du digicode répondait à un souci de sécurité publique du propriétaire pour ses locataires. Mais en l'espèce, le choix entre le digicode ou une serrure mécanique ne faisait pas de différence quant au souci de sécurité publique.

[432] R. LIBCHABER, *op. cit. (*v. note 402).

[433] *Ibid.*

La construction d'une cabane pour une durée de sept jours sur un balcon nécessite-t-elle une restriction à la liberté de culte qu'elle est sensée exprimer ? Dans cette affaire, aucun préjudice concret et sérieux ne pouvait être valablement constaté du fait de la pratique religieuse, somme toute passagère. Devait-on réellement considérer que la prohibition de l'édification d'une cabane temporaire sur un balcon se trouvait justifiée par la protection des droits et libertés d'autrui ? Le pourvoi insistait sur les conséquences produites par l'édification. Il reprochait à la décision de priver les demandeurs de leur liberté d'exercer leur culte *« en l'absence de toute nuisance »* pour les autres copropriétaires et mettait en avant les caractéristiques concrètes de l'édification : réalisée *« pendant une semaine »*, *« cabane précaire et temporaire »*. En bref, il soutenait que l'exercice de la liberté de culte n'entraînait que des conséquences préjudiciables très limitées pour les autres copropriétaires. L'atteinte subie par les locataires de religion juive ne semblait pas répondre à un besoin social impérieux[434]. La question posée par le pourvoi n'était pas de savoir si, par principe, le règlement de copropriété pouvait être écarté pour une raison de conscience, mais bien s'il pouvait, en l'espèce, entamer la liberté de conscience, ce à quoi la Cour ne répond pas. Par définition, le règlement de copropriété a pour vocation d'organiser des rapports collectifs au sein d'un immeuble, tout en conciliant les intérêts individuels des occupants. Il faut donc s'attendre à ce que par nature, il puisse porter atteinte aux droits de la personne dans une certaine mesure. Il faut en effet que ces restrictions soient justifiées par la destination de l'immeuble. Les restrictions envisagées dans l'affaire étaient justifiées par l'harmonie de l'immeuble. Ainsi définies, les dispositions d'un règlement de copropriété semblent bien répondre, par hypothèse, à la finalité légitime exigée par l'alinéa 2 de l'article 9. Mais la Cour de cassation aurait dû explicitement raisonner à partir de cette finalité légitime. La Cour de cassation confirmer l'arrêt d'appel : « *La cabane [...] portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble puisqu'elle était visible de la rue*. » Or, tout ce qui est visible de l'extérieur, surtout de façon très passagère, ne porte pourtant pas nécessairement atteinte à l'harmonie de l'immeuble.

174.- Troisièmement, existe-t-il un équilibre entre l'atteinte portée et le but poursuivi, c'est-à-dire à l'harmonie de l'immeuble, la sécurité de l'immeuble, et l'exécution du contrat de travail ? S'il semble bien que les solutions retenues soient compréhensibles, la balance des intérêts n'a pas été totalement abordée. Il semble que seul le point de vue du

[434] Cour EDH,25 mai 1993, *KOKKINAKIS c. Grèce*, série A, n° 260-A, *RTDH* 1994, p. 137, F. RIGAUX ; *AJDA* 1994, p. 31, obs. J.-F. FLAUSS ; *JCP* 1994, éd. G, I, p. 3742, n° 32, obs. F. SUDRE.

propriétaire et de l'employeur ait été pris en considération. Le juge n'exprime pas l'idée d'une proportionnalité de la mesure exprimée.

Par exemple, dans l'affaire du digicode, la modification unilatérale[435] aurait pu justifier un raisonnement poussé au regard des conséquences que cela impliquait pour les locataires. Le juge de cassation, contrairement au juge d'appel, n'a pas pris en considération la modification fondamentale de modalités de jouissance des lieux loués qui est intervenue unilatéralement, provoquant un déséquilibre dans le contrat. Lorsque les locataires ont signé leur contrat, l'entrée aujourd'hui équipée d'un digicode était libre. Aucun élément précis ne permettait aux nouveaux locataires d'envisager qu'une modification allait intervenir. Sous cet angle, on peut considérer qu'ils ont subi une atteinte qui aurait du être mentionnée, voir solutionnée. Pareillement, dans l'affaire des cabanes, l'intérêt des locataires est évincé. On ne sait pas si ce sont les conditions à la restriction qui étaient remplies et ont permis au juge d'appliquer l'article 9§ 2 de la Convention EDH, ou si l'on doit considérer que cette pratique religieuse ne fait pas partie de celles protégées par l'article 9§ 1 de la Convention, comme le suggérait l'avocat général[436] ou la jurisprudence de Strasbourg[437]. Si on lit la décision en la basant sur l'article 9§ 2, alors elle semble compréhensible. Si elle est basée sur l'article 9§ 1, elle semble radicale. Contrairement à ces deux affaires, l'affaire du boucher musulman doit être nuancée puisqu'il est évident que l'on est en mesure d'attendre d'un boucher, quand il signe son contrat de travail, qu'il touche de la viande, quelle qu'elle soit. Il est délicat de sa part d'invoquer sa liberté de religion, alors qu'il devait s'attendre à de telles directives de la part de son employeur. Sur la base de la bonne foi, il aurait dû envisager de dévoiler à la signature du contrat l'importance pour lui que revêtait cet élément.

Le juge interne n'explicite pas la manière dont il mène son raisonnement. Ce flou entourant la décision - laquelle fait primer la force obligatoire du contrat sur le droit fondamental pour en déterminer le sens - accompagné d'une exigence non moins floue de la présence d'une clause contractuelle expresse dans le contrat, engendre un sentiment de flottement et d'incompréhension sur la portée réelle qu'il faut en tirer.

[435] G. LEJWI, « Le bailleur est-il tenu par les pratiques religieuses de son locataire ? », *Rev. des loyers* 2003, n° 836, p. 217.

[436] O. GUÉRIN, « Liberté religieuse et obligations du bailleur », *AJDI* 2003, p. 182.

[437] Comm. EDH., 12 octobre 1978, *ARROWSMITH c. Royaume-Uni*, *DR* n° 19, p. 5 ; Cour EDH, arrêt *KALAC* c. Turquie du 1er juillet 1997.

CONCLUSION CHAPITRE 1

175.- La réception bienveillante des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat par le juge interne. - C'est au juge interne qu'est reconnue la faculté de pouvoir appliquer de manière directe la Convention EDH dans l'interprétation du contrat. Son action tend néanmoins à être imprégnée de l'influence exercée par le juge européen à son égard.

L'accueil réservé à la Convention EDH par le juge interne est aujourd'hui favorable. Ce dernier n'hésite plus à utiliser les droits fondamentaux, parfois au seul visa de sa décision, pour déterminer le sens d'un contrat. L'observation de sa jurisprudence nous amène à tirer un bilan assez homogène, consistant à souligner sa démarche quasi systématique à faire primer les droits fondamentaux sur la force obligatoire du contrat pour en déterminer le sens. Cela implique que le juge, même si les parties ont exprimé une volonté différente, n'hésite pas à en modifier le contenu pour favoriser sa conformité à la Convention EDH.

Cette primauté des droits fondamentaux dans la détermination du sens du contrat se manifeste le plus clair du temps par la neutralisation d'une clause du contrat au contrat. Dans cette démarche, la fermeté du juge peut varier. Parfois, il opte pour la nuance en privilégiant l'articulation entre la protection du droit fondamental et l'aménagement de la clause litigieuse, cette dernière étant dès lors déclarée partiellement nulle. Dans d'autres situations, le raisonnement du juge est davantage péremptoire. La prononciation de la violation du droit entraîne corrélativement la nullité totale de la clause.

On a pu envisager un instant - au regard de certaines décisions - que l'attitude interprétative du juge était inexplicablement changeante, oscillant entre la primauté des droits fondamentaux dans certains cas, et la primauté de la force obligatoire du contrat dans d'autres. Dans certaines décisions en effet, le juge fait prévaloir la volonté exprimée dans le contrat par les parties alors qu'il aurait pu - conformément aux droits de la Convention EDH - en modifier le contenu. Mais, suite à une analyse plus détaillée de sa jurisprudence, on peut considérer que ces hypothèses constituent des exceptions qu'il ne faut pas forcément interpréter comme contredisant de manière déterminante l'interprétation majoritaire menée par le juge interne. Si le juge se positionne ainsi, ce n'est pas tant en raison de limites qu'il fixerait à l'influence jouée par les droits fondamentaux, mais plutôt en raison de sa volonté de ne pas s'immiscer dans le droit en cause, à savoir la liberté de culte et de religion.

Il faut donc considérer que le juge interne a tendance à faire jouer un rôle sensible aux droits fondamentaux dans l’interprétation du contrat. Le bilan de cette réception bienveillante de l’influence doit être appréhendé.

CHAPITRE 2

LE BILAN D’UNE RÉCEPTION ACCUEILLANTE DE L’INFLUENCE

176.- Suite à l’observation d’une réception bienveillante des droits fondamentaux par le juge dans l’interprétation du contrat, une conclusion s’impose. L’interprétation du contrat doit être conforme à a Convention EDH. De cet objectif dicté par le juge européen, le juge interne voit désormais la tâche qui lui incombe d’interpréter le contrat modifié. En effet, les parties vont devoir observer des normes différentes dans l’élaboration du sens qu’elles vont donner à leur contrat, et a *fortiori*, cela suppose que le contrat ne sera plus uniquement interprété à l’aune des mêmes règles qui prévalaient jusqu’alors et que la manière dont il va aborder le contrat sera différente.

Dans un premier temps, l’émergence des droits fondamentaux en droit interne doit nécessairement être prise en compte par le juge interne. La manière dont l’interprétation va être menée change donc, du fait de l’existence de nouvelles règles irriguant le droit des contrats et qui vont servir de base à la lecture de l’acte. L’émergence des droits fondamentaux en droit interne élargit le socle des règles par le prisme desquelles le contrat est désormais susceptible d’être lu.

Dans un second temps, et sur le fond même du contrat, on observe une modification dans la démarche du juge, laquelle devient de plus en plus interventionniste, lequel n’hésite plus, du fait de cette quête d’une conformité de l'acte à la Convention EDH, à modifier de façon importante l’acte contractuel. L’invocation des droits de l’homme permettait de protéger l’individu contre l’État. Elle permet en outre aujourd’hui à l’État de s’immiscer dans les relations entre les individus, de justifier son intervention consistant à rendre le contrat plus équilibré. En se fondamentalisant, le contrat marque un accroissement de l’interventionnisme étatique dans les relations privées.

Ainsi, la modification de l’interprétation se fait ressentir à la fois sur la forme (Section 1), et sur le fond (Section 2).

SECTION 1. LA MODIFICATION DE L'INTERPRÉTATION SUR LA FORME

177.- *« La notion d'ordre public a, entre autres pour but principal d'indiquer à ceux qui veulent accomplir un acte juridique ce qu'ils peuvent écarter et ce qu'ils ne peuvent pas »*[438]. Cette approche ciblée de l'ordre public permet de mettre en évidence l'importance que devront accorder les parties au sens qu'elles donnent à leur contrat. En effet, l'évolution des règles de l'ordre public - du fait de l'émergence en droit interne des droits de la Convention EDH - va nécessairement avoir pour conséquence, si le juge venait à être saisi pour un litige d'interprétation, de modifier l'approche de ce dernier.

Les règles de l'ordre public servant à jauger le sens du contrat - au premier rang desquelles figure l'article 6 du Code civil[439] - tendent à être complétées. En ce sens, l'interprétation du contrat va nécessairement en être impactée puisque le sens du contrat ne sera plus lu uniquement au travers du seul prisme des règles de l'ordre public interne issues du Code civil. Les considérations d'ordre public servant au juge à déterminer le sens du contrat sont élargies.

L'évolution des règles de l'ordre public guidant l'interprétation (§ 1), suppose que le juge est susceptible lors de l'interprétation de se retrouver dans la situation de devoir articuler ces règles, européennes et internes (§ 2).

§ 1 : L'évolution des règles de l'ordre public guidant l'interprétation

178.- L'ordre public a évolué. Auparavant, la liberté contractuelle était principalement encadrée par la légalité du contrat, c'est-à-dire un contrat conforme aux bonnes mœurs et à l'ordre public de l'article 6 du Code civil. Les limites de l'ordre public

[438] J. HAUSER et J.-J LEMOULAND, V° « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. Civ. Dalloz*, mars 2004, mise à jour juin 2010.

[439] « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

encadrant le contrat étaient moins strictes. Le contrôle du juge était *« relativement léger »*[440]. Aujourd'hui, en plus de ces considérations, l'ordre public s'est fondamentalisé. Les droits fondamentaux sont désormais compris dans la notion d'ordre public que le juge protège et constituent la référence sur laquelle le juge va se baser pour lire le contrat.

Après avoir constaté cette évolution d'une manière générale, il conviendra de définir plus précisément (I) ce que recouvre ces idées d'ordre public interne et européen (II).

I. Le constat de l'évolution

179.- L'intrusion des droits fondamentaux dans le contrat est révélatrice d'un *« changement de perception du contrat et des rapports qui s'y nouent »* [441]. L'approche du juge relativement à l'interprétation du contrat est modifiée sur la forme. En effet, les règles d'interprétation valorisant la recherche de la volonté des parties tendent à s'effacer au profit de règles axées sur la recherche d'une conformité aux droits fondamentaux. La manière d'appréhender la lecture du contrat est ainsi modifiée.

À travers l'exemple de la clause de non-concurrence, Judith ROCHFELD décrit cette évolution. *« Dans une optique traditionnelle, la clause de non-concurrence était valable sur le fondement de la toute puissante liberté contractuelle : la disposition est licite parce qu'elle a été voulue. Puis, vint la considération du conflit de libertés et sa résolution par le recours à la limite traditionnelle de l'ordre public : la disposition est licite parce qu'elle a été voulue, sauf à ce qu'elle soit jugée contraire à l'ordre public comme dépassant une certaine mesure. Au sein des raisonnements classiques, « l'efficacité des droits fondamentaux » était « filtrée à la lumière des valeurs contractuelles »*[442]*. Engageons-nous désormais sur la nouvelle route et raisonnons en termes d'atteinte à une liberté. Certes, celle-ci est portée par le contrat. Mais, le choix opéré par la liberté contractuelle, ou ce qui en tient lieu, n'épuise plus le conflit. Loin de la conception libérale et des raisonnements classiques, le consentement à la limitation d'une liberté n'en justifie pas l'atteinte. Il faut à l'inverse poser une « présomption de liberté », en ce qu'elle est fondamentale, et considérer si l'atteinte portée peut se justifier »*[443]. L'ensemble de la démarche du juge, distanciée de plus en plus des raisonnements

[440] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit. (*v. note 57), n° 35.

[441] J. ROCHFELD, « Contrat et libertés fondamentales », *RDC* 2003, p. 17.

[442] J.-J. ABRANTES, *Contrat de travail et droits fondamentaux*, Peter Lang, 2000, p. 76-80, p. 194.

[443] J. ROCHFELD, *op. cit.* (v. note 22), p. 17.

traditionnels et du respect de la liberté contractuelle, vise à la recherche de la *« concordance pratique entre tous les intérêts en cause »*[444]. On observe ainsi trois approches chronologiques dans la forme de l'interprétation.

Dans un premier temps, l'interprétation a longtemps été incarnée par l'éminence de la volonté. En ce sens, l'interprétation se voulait peu interventionniste dans le contrat puisque le juge avait à cœur de protéger le sens initial du contrat à travers la liberté contractuelle.

Puis dans un second temps, la tradition civiliste - notamment au travers de l'article 6 du Code civil qui dispose que l' *« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »* - a progressivement permis de concilier cette liberté contractuelle avec les impératifs liés à la protection de l'ordre public. La volonté des parties justifie la simple existence de la clause contractuelle, sauf à ce que cette dernière soit contraire à l'ordre public. L'interprétation est alors quelque peu modifiée dans sa forme, tout en préservant le rôle de la volonté.

Mais dans un troisième temps, on assiste désormais de plus en plus à une interprétation interventionniste. La recherche de la volonté ne constitue plus forcément l'angle d'attaque de la lecture du contrat par le juge. La protection de la liberté - par principe altérée - prévaut. La lecture du contrat telle qu'elle est abordée tend à révéler un rapport de force entre une partie faible et une partie dominatrice. Pour pallier cette situation, l'utilisation des droits fondamentaux replacerait le contractant faible dans la situation du citoyen qui se trouverait confronté à l'État, incarné par le contractant dominant. Le contrat *« en plus d'un lieu d'échanges, est devenu dans nombre de cas un lieu d'exercice d'un pouvoir par l'un des contractants ; en conséquence, pour ne pas devenir un lieu de soumission, il ferait appel aux fondements et raisonnements relevant des limites opposées à un pouvoir unilatéral, les libertés et droits fondamentaux. Ces derniers risquent donc, à l'avenir, d'infiltrer l'ensemble du droit des contrats, au moins de ceux liant des partenaires de force déséquilibrée où une atteinte aux libertés peut plus facilement se produire »*[445]. La volonté des parties ne suffit plus à interpréter le contrat. *« En matière contractuelle, l'analyse de la volonté des parties ne sera plus l'essentiel, il faudra s'attacher à ce que les parties sont légitimement et raisonnablement en droit d'attendre en conformité avec les principes sous-jacents de la Convention européenne des droits de l'homme »*[446].

[444] J.-J. ABRANTES, *op. cit.* (v. note 442).

[445] J. ROCHFELD, *op. cit.* (v. note 22).

[446] M. SANTA-CROCE, *op. cit.* (v. note 265).

180.- Cette interprétation nouvelle du contrat, révèle un phénomène plus général d'une quête utilitariste de l'acte contractuel. La lecture du contrat par le prisme des droits fondamentaux révèle la volonté du juge de rétablir un équilibre en poursuivant une quête égalitariste.

En réalité, il est plus juste de considérer que les droits fondamentaux sont utilisés pour interpréter le contrat parce que ce contrat n'est plus axé sur la base traditionnelle du rapport contractuel - à savoir la libre détermination, la volonté - et incarne une relation dans laquelle l'une des parties est en situation de faiblesse. Ce rapport, rapproché de celui unissant l'individu à l'État, est corrigé dans le contrat par le biais des droits fondamentaux, traditionnellement utilisés pour brimer le pouvoir unilatéral[447]. Comme l'explique Judith ROCHFELD, désormais il n'est plus forcément question de chercher à déterminer si la formation du contrat a été conclue de manière valable, ou s'il est exécuté correctement, mais davantage à surveiller que les libertés de chacun des contractants puissent être conciliées entre elles et respectées. Le choix opéré par la liberté contractuelle ne permet plus d'épuiser le conflit. Cela implique d'aller au-delà de la référence traditionnelle au *« fondement cardinal »*[448] du droit des obligations qu'est la liberté contractuelle, pour atteindre *« des raisonnements relevant de rapports d'assujettis à détenteurs de pouvoirs »*[449].

181.- L'utilité concrète du contrat est recherchée. Le dogme de l'autonomie de la volonté sur lequel il était érigé a peu à peu perdu de son importance.*« Au sortir d'une adolescence baignée d'individualisme, la théorie générale a connu une forte crise de croissance marquée par la remise en cause du dogme de l'autonomie de la volonté qui l'avait dominée et expliquée jusque-là. Et voilà que dans la déstabilisation de ce fondement perdu, apparaissent des droits jeunes pleins de vitalité et mus par une puissance naturelle d'expansion, comme les droits de la consommation ou de la concurrence, dont les règles malmènent pour le moins les principes classiques de consensualisme, de liberté contractuelle et autre force obligatoire. Ces droits multiplient à grande échelle des atteintes que le droit contemporain avait déjà commencé à porter à la théorie générale »*[450].

[447] J. ROCHEFELD, *op. cit.*(v. note 22).

[448] *Ibid.*

[449] *Ibid.*

[450] C. THIBIERGE-GUEFULCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 et s.

L'évolution que connaît l'interprétation se caractérise, au-delà des significations symboliques que l'on peut y apporter, par la mise en scène de nouvelles règles provenant de l'ordre public européen, et de règles de l'ordre public interne, lesquelles se côtoient nécessairement

II. L'expression de l'évolution

182.- Les règles de l'ordre public interne qui servent à interpréter le contrat côtoient désormais les droits fondamentaux issus de l'ordre public européen. Il convient avant tout de préciser que malgré les questionnements doctrinaux qui peuvent exister sur le contenu ou l'existence même de l'ordre public européen[451], une vision élargie de ce dernier est privilégié, s'inscrivant ainsi dans la démarche générale du juge européen de promouvoir avant tout l'effectivité des droits. Les droits fondamentaux sont dès lors entendus comme constituant l'ordre public européen. Ce dernier correspond dans cette conception large à l'ensemble des droits fondamentaux qui émergent en droit interne. Ces droits, par le biais de la jurisprudence strasbourgeoise et l'interprétation qui leur est donnée - associant ainsi l'idée de l'aspect à la fois normatif et institutionnel de la Convention EDH - portent et constituent les valeurs les plus essentielles de l'ordre public européen.

L'ordre public européen et l'ordre public interne correspondent à un ensemble de règles rendues impératives, parce que considérées comme essentielles pour la société. Au départ, ces deux corps de règles, bien qu'elles aient des causes identiques, s'adressaient clairement à des entités distinctes, à savoir respectivement l'État et l'individu. Depuis la reconnaissance de l'effet horizontal, le juge européen, par le biais de l'interprétation des droits fondamentaux - qui incarnent dès lors les valeurs de l'ordre public européen - peut influencer l'interprétation. En effet, passant par l'intermédiaire de l'État, plus précisément du juge[452], il

[451] v. par ex. F. SUDRE : « Existe-t-il un ordre public européen ? », in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite »*, Bruxelles, Bruylant, 1996 ; F. SUDRE, « L'ordre public européen », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et Justice, 2001, p. 109 ; C. PICHERAL ? *L'ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l'Homme*, préf. F. Sudre, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2001.

[452] L'ordre public interne émane de la loi, bien qu'une part importante des règles qui vont encadrer l'action des parties et par la même l'interprétation du contrat proviennent du juge, parfois qualifié par la doctrine en ce cas d'ordre public virtuel ou judiciaire. En ce sens, v. par ex. J. CARBONNIER, « L'ordre public et le domaine des lois impératives », *Droit civil, t. 4, Les obligations*, n° 69, p. 140 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. 1, Le sources, 1988, Sirey, n° 74.

va pouvoir approcher de plus près l'acte contractuel. Du fait de l'effet horizontal, le respect des droits fondamentaux à la charge de l'État doit aussi être assuré dans les relations privées, donc dans l'interprétation. Il faut, avant de comprendre comment ces règles vont impacter l'interprétation du contrat, percevoir ce que recouvrent l'ordre public interne (A) et l'ordre public européen (B). L'émergence des droits fondamentaux implique que l'ordre européen, dont ils portent et incarnent les valeurs, va orienter l'interprétation, laquelle ne sera plus jaugée par le seul prisme des règles de l'ordre public interne.

A. L'ordre public interne

183.- En droit interne, l'ordre public[453] incarne de manière générale une norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter, ni dans leur comportement, ni dans leur convention. Il s'agit d'*« une norme qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques…) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens, l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle) »*[454]. Cette notion n'a jamais fait l'objet d'une définition précise. « *La notion d'ordre public « ne se laisse enfermer ni dans une définition, ni dans un catalogue »*[455].

Nombre d'auteurs s'y sont pourtant attelés donnant lieu à des définitions différentes[456], parfois tellement éloignées qu'il semble encore difficile aujourd'hui de pouvoir en donner une définition unifiée. La définition donnée par le Professeur PLANIOL fut souvent reprise, rapprochant l'ordre public de l'idée d'intérêt général. Une disposition est d'ordre public *« toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi »*[457]. Sur ce point, l'ordre public interne et l'ordre public européen se confondent puisque chacun a pour objectif de protéger et de défendre des valeurs considérées comme primordiales et

[453] Sur ce point v. par ex. P. DEUMIER et T. REVET, « Ordre public », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLARD et S. RIALS (dir), PUF, 2003.

[454] G. CORNU, *op. cit. (*v. note 198).

[455] J. CARBONNIER, *op. cit. (*v. note 61), n° 69.

[456] P. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, thèse Paris, 1953.

[457] *Ibid.*

supérieures. Difficilement définissable, les auteurs se sont donc parfois penchés sur la question du contenu de l'ordre public plus que sur sa définition. Certains ont mis en avant un manque d'unité de cette notion. Jean RIVERO, par exemple, distinguait au sein de l'ordre public, l'ordre public substantiel et l'ordre public procédural. Le Professeur COMBACAU développe la même idée en opposant l'ordre public qui vise à combattre *« certains comportements matériels »* et celui qui encadre la production *« d'actes juridiques »*. Selon certains auteurs, le contenu est variable, mais le contenant est unique[458]. Selon le professeur COUTURIER, l'une des analyses de l'ordre public interne « *des plus éclairantes fait apparaître (celui-ci) comme principe de solution d'un conflit de normes* »[459]. Ainsi, une règle est d'ordre public lorsque « *ses dispositions doivent nécessairement prévaloir sur les dispositions contraires résultant d'une autre source* »[460].

Le Code civil ne donne pas plus de renseignements sur la définition de l'ordre public. Les considérations liées à son contenu peuvent apporter quelques précisions, bien qu'elles restent minces. Relativement au contrat, les règles qui vont permettre au juge de jauger la licéité du sens du contrat s'expriment essentiellement à l'article 6 du Code civil mentionné précédemment. On peut penser également à l'article 16-9[461] par exemple relatif au corps humain, ou encore aux articles 686 sur les servitudes et 1133 et 1131 relatif à la cause du contrat. Enfin, l'article 1128 interdit *a contrario* les conventions sur les choses qui sont hors du commerce.

L'ordre public ciblé de la sorte va permettre au juge de donner un sens au contrat qui lui est soumis, à l'évaluer, à *« porter un jugement de valeur sur la convention qui lui est soumise en considération de cette idée générale »*[462].

[458] E. PICARD, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 17.

[459] G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », Études offertes à Jacques FLOUR, *Répertoire Defrénois* 1979, pp. 95-115.

[460] *Ibid.*

[461] « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public ».

[462] J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 77.

B. L'ordre public européen

184.- Dans la sphère européenne, l'ordre public sert à défendre les valeurs de la société démocratique européenne voulue par les États membres. Bien après la doctrine et la Commission européenne[463], l'arrêt *LOIZIDOU*[464] a été l'occasion pour la Cour EDH d'affirmer que la Convention était un *« instrument constitutionnel de l'ordre public européen »*[465]. Le préambule de la Convention EDH lui sert de fondement. Son existence s'explique par la volonté de respecter des droits de l'homme. D'ailleurs, le contrôle par le juge du respect de ces derniers jusque dans les contrats tend à renforcer le champ d'application de l'ordre public européen.

Le contenu de l'ordre public européen n'est pas non plus clairement défini. Les droits dits indérogeables composent nécessairement - de par leur caractère - l'ordre public européen. On pense à l'article 2 de la Convention protégeant le droit à la vie, ou encore l'article 3 sur le droit de ne pas subir de tortures ou de traitements inhumains et dégradants, à l'article 4 sur l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé... Pour autant, l'ordre public européen ne se limite pas à une liste limitative de droits, mais sera envisagé comme l'ensemble des droits fondamentaux qui peuvent influencer l'interprétation du contrat.

En outre, l'idée de démocratie y est centrale. Elle représente un élément *« fondamental de l'ordre public européen »*[466]. *« Mais ces composantes restent relativement abstraites et l'on peut se demander si l'ordre public européen n'est pas une catégorie fonctionnelle, qui se reconnaîtrait moins à un contenu prédéterminé qu'à ses usages et qui ne saurait donc se concevoir indépendamment de ses manifestations »*[467].

185.- L'ordre public interne - auquel on renvoie souvent l'article 6 du Code civil - s'illustre en réalité à travers différentes règles, qui vont servir de cadre au juge pour interpréter le contrat. Depuis que les droits fondamentaux de la Convention EDH innervent le

[463] Comm. EDH., 10 juillet 1978, *Chypre c. Turquie, DR* n° 13, p. 85.

[464] Cour EDH,23 mars 1995, *LOIZIDOU c. Turquie*, série A, n° 310, *JCP* 1996, éd. G, I, 3910, n° 4, F. SUDRE ; *AJDA* 1996, p. 385, obs. J.-F. FLAUSS ; *JDI* 1997, p. 273, P. TAVERNIER ; *RTDH* 1998, p. 102, J. COT ; *JCP* 1996, I, 3910, n° 4, F. SUDRE.

[465] *Ibid.*, § 75.

[466] Cour EDH, Gde. Ch. 31 janvier 1998, *Parti communiste unifié et autres* c. Turquie du 31 janvier 1998, § 45 ; Gde Ch. 17 février 2004, *GORZELIK* c. Pologne, § 89.

[467] C. PICHERAL, *Dictionnaire des droits de l'homme*, sous la direction de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, PUF, 1ère éd. 2008, p.720.

droit interne, on observe inévitablement une multiplication des règles d'ordre public à partir desquelles le juge va apprécier la licéité du sens que les parties ont donné au contrat. On peut imaginer que l'élargissement de ces règles d'ordre public donne lieu à des confrontations entre les règles du droit interne et les droits fondamentaux, auquel le juge va être soumis.

§ 2 : L'articulation des règles de l'ordre public guidant l'interprétation

186.- L'ordre public européen et l'ordre public interne forment deux blocs de règles, lesquels sont nécessairement amenés à se rencontrer, du fait de l'intrusion en droit interne des droits fondamentaux de la Convention EDH. Dès lors, comment vont-ils pouvoir s'articuler ? On peut penser que lors de l'interprétation du contrat, le juge peut être confronté essentiellement à deux hypothèses. D'une manière générale, et dans le cadre de l'interprétation, les règles de l'ordre public européen prendront le dessus sur celles de l'ordre public interne (I). Mais il semble possible de nuancer ce propos (II).

I. L'interprétation aboutissant à la prévalence de l'ordre public européen sur les règles de l'ordre public interne de l'interprétation

187.- Deux situations sont envisageables.

La première hypothèse est celle dans laquelle l'interprétation du contrat confronte deux normes, l'une européenne et l'autre interne, qui concordent. On peut imaginer qu'à l'issue de la décision d'interprétation, si l'un des contractants saisit la cour européenne des droits de l'homme, celle-ci rendra une décision n'engageant pas la responsabilité de l'État, dans la mesure où il n'y a pas violation de la norme européenne. En effet, dans une telle configuration, relever la conformité de l'acte contractuel à la CEDH est superflue puisque les normes sont semblables. Cette hypothèse n'est pas la plus à même de mettre en avant l'exigence contraignante posée par le juge européen de conformer l'acte à la CEDH. L'ordre public européen dans cette configuration n'impose pas, outre mesure que l'ordre public interne se plie à lui dans la considération d'un « ordre public nouveau »[468].

[468] J. ROCHFELD, *op. cit.* (v. note 307).

La seconde hypothèse va mettre en avant une contradiction entre l'ordre public interne et une norme européenne. À l'issue de l'interprétation, si l'un des contractants saisit le juge européen, on peut supposer que ce dernier relèvera une violation de droit fondamental et engagera la responsabilité de l'État. La seule lecture de l'article 55 de la constitution qui dispose que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

Cette vision schématique, bien qu'elle mette en avant les deux grandes possibilités d'articulation des règles, reste axée sur une vision quelque peu théorique.

Si l'on reprend la deuxième hypothèse, on peut présager que l'ordre public européen supplantera l'ordre public interne. Mais, certaines considérations permettent de penser qu'une nuance doit être apportée. En effet, même dans le cadre de l'interprétation d'un contrat, la marge nationale d'appréciation de l'État peut jouer[469], et permettre que sa responsabilité ne soit pas toujours engagée, que les règles de l'ordre public interne d'interprétation ne soient pas de manière absolue contraintes de se plier aux exigences européennes. En outre, et de manière plus importante, certaines interrogations, ont pu être envisagées par la doctrine sur la délimitation de l'élargissement des règles d'ordre public de l'interprétation, en se questionnant sur la question du relevé d'office.

II. La nuance envisagée par la question du relevé d'office

188.- Relever d'office un moyen de droit, c'est faire spontanément application au litige de règles de droit autres que celles dont le demandeur ou le défendeur sollicitait le profit[470]. Le juge interne se trouve-t-il dans l'obligation de soulever d'office une atteinte à l'ordre public européen que le contractant requérant n'aurait pas avancé ? La primauté de l'ordre public européen sur l'ordre public interne doit-elle s'exprimer en toutes circonstances, ou peut-il appliquer le droit interne, si le droit européen n'est pas avancé ?

[469] S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation, Autour de l'arrêt *Chassagnou c. France* », *Journal des Tribunaux de Droit Européen* (1999), pp. 162-166 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu, Attention aux chiens de garde*, Larcier, 2004.

[470] J. NORMAND, « Principes directeurs du procès, office du juge, Fondement des prétentions litigieuses », JCl. Procédure civile, Fasc. 152, n° 64.

La doctrine[471] a pu s'interroger sur la question de savoir si le juge, saisi d'un litige, devait soulever d'office la Convention EDH si les parties ne l'avaient pas fait. La question est intéressante sur le point de l'interprétation du contrat, dans la mesure où elle permettrait de savoir si l'exigence d'une lecture de l'acte contractuel qui soit conforme à la Convention EDH est absolue.

189.- Le juge interne se trouve-t-il dans l'obligation de soulever d'office une atteinte à l'ordre public européen que le contractant requérant n'aurait pas avancé ? La primauté de l'ordre public européen sur l'ordre public interne doit-elle s'exprimer en toutes circonstances, ou peut-il appliquer le droit interne, si le droit européen n'est pas avancé ?

Le législateur et le juge par leurs actions permettent d'observer la manière dont le relevé d'office est mis en œuvre en général dans le droit interne. L'intérêt de la question du relevé d'office dans le cadre de l'interprétation se justifie au regard de l'évolution hypothétique que l'intrusion des droits fondamentaux pourrait avoir sur le rôle des juges du fond et de la Cour de cassation dans l'interprétation du contrat. La question du relevé d'office sur le front de l'interprétation du contrat ne se distingue pas dans un premier temps des règles du relevé d'office pour la Cour EDH en ce qui concerne le droit privé et plus spécifiquement le contrat. Mais l'intérêt d'aborder la question nous est apparu évident sur la question précise de savoir s'il s'agissait d'une obligation ou d'une faculté de soulever d'office les droits fondamentaux dans le cadre de l'interprétation. Ce point précis de l'étude, pourrait hypothétiquement impliquer que le rôle des juges du fond mais aussi de la Cour de cassation soit modifié dans ce contexte en fonction de la conception de l'interprétation envisagée.

Pour arriver à ce point précis des règles du relevé d'office il a fallu nécessairement observer les règles du relevé d'office en général (A), les confronter avec les règles du relevé d'office vis-à-vis de la Convention EDH[472], pour enfin, sur ce dernier point, pousser précisément sur la question de la nature de ce relevé d'office à l'égard des droits fondamentaux dans l'interprétation (B).

[471] E. BRUCE, « La Cour de cassation française et l'application d'office de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 2005, pp. 401-443, spéc. p. 412 ; F. SUDRE, *RUDH* 1991, p. 12. J-.F. FLAUSS, *AJDA* 1997, p. 977, B. MOUTEL, *op. cit.* (v. note 74).

[472] Question développée par B. MOUTEL, *op. cit. (*v. note 74), n° 419 et suiv.

A. Les règles du relevé d'office en général

190.- Le juge européen impose-t-il au juge interne de soulever d'office la Convention EDH ? Contrairement au droit communautaire[473], la Cour EDH ne semble pas exiger du juge interne qu'il examine d'office le conflit au regard de la Convention[474].

Intéressons-nous dès lors au droit français. De manière générale, les règles de procédure civile interne prévoient que les parties sont maîtresses de l'objet de leur procès, à travers le principe dispositif[475]. Henri MOTULSKY[476] défendait l'idée qu'il appartient aux parties d'établir les faits qui vont fonder leur prétention. Il s'agit pour les parties de déterminer à la fois l'objet de la matière litigieuse, mais en même temps d'établir les faits qui vont leur servir de fondement. Le juge quant à lui est tenu de juger exactement ce sur quoi la demande des parties porte. Il ne peut pas introduire dans le procès des faits que les parties n'auraient pas mentionnés. En droit, il ne doit pas juger *in petita*, c'est-à-dire en deçà de leur requête, ni *ultra-petita*, c'est-à-dire au-delà de leur requête. Le juge doit se prononcer uniquement sur ce qui lui est demandé[477]. Le droit français prévoit que le juge doit appliquer les moyens de droit que les parties ont avancé. Quand il s'agit de moyen de pur droit, alors le juge a l'obligation de la relever. Si c'est un moyen mélangé de fait et de droit, il s'agit alors d'une faculté. Quant à la Cour de cassation, l'article 620 du NCPC dispose qu'elle *« peut, sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit »*. Cependant, la perception du verbe pouvoir étant toujours délicate, il est courant de considérer, qu'au même titre que les juges du fond, l'article 12 doit lui être appliqué. Il s'agit donc également d'une obligation.

Aucune règle ne prévoit expressément la manière dont le juge interne devra - dans le cadre de l'interprétation d'un contrat - relever d'office un moyen tiré des droits fondamentaux. Il convient dès lors de supposer, au regard de ce contexte particulier et des règles existant en droit interne, la réglementation qui pourrait convenir au mieux.

---

[473] CJCE, 11 juillet 1991, *VERHOLENE. A.*, aff. C-87, 88 et 89/90, Rec. I, p. 3757, concl. DARMON.

[474] Cour EDH,15 novembre 1996, *AHMET SADIK c. Grèce*, req. n° 18877/91, *RUDH* 1991, p. 12, F. SUDRE ; *AJDA* 1997, p. 977, J.-F. FLAUSS.

[475] Art. 4 du NCPC, « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ».

[476] H. MOTULSKY, « La Réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP* 1966, éd. G, I, 1996, chron. p. 91.

[477] Art. 5 du NCPC, « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ».

B. Les règles du relevé d'office des droits fondamentaux

191.- Étant donné que la Cour EDH ne donne pas de réponse à la question, doit-on considérer - au regard de ce que prévoient les règles internes sur le relevé d'office - que le juge interne lors de l'interprétation du contrat doit soulever d'office la Convention EDH si les contractants ne l'ont pas soulevé ? En outre, s'agit-il d'une faculté ou d'une obligation ?

192.- Les normes de la Convention EDH ayant caractère d'ordre public- caractère nuancé par certains auteurs[478] - ces dernières imposent-elles au juge interne de les relever d'office lorsqu'il est vraisemblable qu'elles ont été violées ? L'alinéa 1er de l'article 12 du Code de procédure civile dispose que *« le juge tranche le litige conformément aux règles de droit applicables »*. L'alinéa 2 prévoit quant à lui qu'*« il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée »*. Le Conseil d'État a décidé[479] en 1979 de supprimer l'alinéa 3 de cet article qui prévoyait que le juge *« peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties »*. La raison invoquée de cette suppression était la violation du principe du contradictoire. Pourtant, le droit positif semble aller à l'encontre de cette décision. En effet, Jacques HERON parle d'une autorité officieuse, *« puisque l'arrêt du Conseil d'État est demeuré purement formel (...) »*, et n'a *« entraîné aucune modification du droit positif »*[480]. Dans la même veine, d'autres auteurs à propos de l'alinéa 3 parlent d'« *existence vivace quoique fantomatique »*[481], ou encore d'un usage *« coutumier »*[482].

Dès lors, puisque la Convention EDH ne prévoit rien - et si l'on s'en tient aux règles de droit interne - on peut considérer au regard de cet alinéa - supprimé, mais encore appliqué - que le juge peut invoquer la Convention, alors même que les parties ne l'auraient pas relevée ou qu'elles se seraient appuyées sur d'autres fondements, tout simplement parce que la

[478] F. SUDRE, *op. cit. (*v. note 123), p. 381 et s.

[479] CE, 12 octobre 1979, *D*. 1979, p. 606, note A. BENABENT ; *RTD civ.* 1980, n°2, p. 145, obs. J. NORMAND.

[480] J. HERON, *Droit judiciaire privé*, 2ème éd. Par T. L. BARS, Montchrestien, 2002, p. 219, n° 290.

[481] H. CROZE et C. MOREL, obs. sous Cass. civ. 2ème, 4 novembre 1988, *Gaz. Pal.* 1989, II, somm. 464, H. CROZE et C. MOREL.

[482] G. CORNU, *Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes*, Études BELLET, n°4 : « *...La raison commande de rétablir, comme une évidence et un acquis coutumier, la disposition de l'alinéa III originaire »*. On peut, cependant, se demander si l'alinéa III originaire de l'article 12 correspond bien à la définition d'une règle coutumière, usage ancien qui tire sa force de la croyance populaire en son caractère obligatoire. En l'espèce, la règle ne pourrait tirer sa force obligatoire que d'une pratique judiciaire suivie.

Convention EDH fait partie des règles de droit auxquelles le juge interne est soumis. Le juge est en mesure de soulever d'office la Convention EDH, alors même que les parties ne l'auraient pas invoquée, s'il constate une violation.

La possibilité de soulever d'office le texte si le juge remarque une violation - alors même que les parties ne l'auraient pas envisagé - semble donc possible. Pour autant, il faut s'interroger sur la nature de cette possibilité.

193.- La question qui se pose est celle de la détermination de la nature du relevé d'office dans l'interprétation. Est-ce une obligation ou une faculté ? Les règles issues de la Convention EDH, parce qu'elles sont d'ordre public, imposent-elles au juge d'agir ainsi ? En réalité, il semble que ce ne soit pas le caractère d'ordre public de la Convention qui soit déterminant pour répondre à cette problématique. *« L'obligation qui pèse sur le juge a trait à ce que ce sont des moyens de droit et non pas parce qu'ils sont d'ordre public, cette dernière qualification interdisant seulement aux parties d'en disposer »*[483]. Ce qui importe davantage est donc de savoir s'il s'agit d'un moyen de droit auquel cas il s'agira d'une obligation – conditionnée - pour le juge de soulever d'office la Convention[484].

On part de l'hypothèse dans laquelle les parties ont avancé un moyen de droit à l'appui de leurs prétentions et de l'hypothèse dans laquelle le juge va soulever d'office un autre moyen et non le requalifier. En revanche, si les parties ont mentionné les moyens de droit, le juge à la possibilité de requalifier ou de soulever d'office un moyen de droit sous certaines conditions.

Selon les situations, il peut s'agir d'une faculté ou d'une obligation. En effet, la doctrine majoritaire distingue les moyens de pur droit des moyens mélangés de fait et de droit[485]. Un moyen de pur droit est un *« moyen dont la justification opère sans qu'il soit nécessaire de mettre en œuvre des faits autres que ceux établis dans le débat, parce qu'il se réfère à une règle de droit dont l'application à l'espèce n'en postule pas d'autres »*[486]. Un

[483] J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 27ème éd. Dalloz, 2003, p.537, n° 585.

[484] Il convient également de signaler l'existence d'une opinion minoritaire selon laquelle le juge ne doit relever d'office que les moyens d'ordre public et précisant que la distinction entre moyen de pur droit et moyen mélangé de fait et de droit est inadéquate s'agissant du juge du fond : J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 27ème éd. Dalloz, 2003, p.537, n° 585.

[485] J. NORMAND, *op. cit. (*v. note 470).

[486] G. CORNU, *op. cit. (*v. note 198).

moyen mélangé de fait et droit est un *« moyen qui se réfère à une règle de droit dont l'application à l'espèce exigerait la mise en œuvre de faits qui ne résultent pas du débat »*[487].

Cette alternative dépend en réalité de la nature du moyen en cause, qui peut être mélangé de fait et de droit (2) ou de pur droit (1). Analysons-les au cas de l'interprétation du contrat.

1. L'obligation de soulever un moyen de pur droit dans l'interprétation

194.- La convention EDH insérée dans le droit interne constitue une règle de droit directement applicable. On peut penser donc qu'elle est un moyen de droit. Le juge du fond doit-il soulever d'office la Convention EDH, ce qui correspond à soulever un moyen de pur droit, si cela n'a pas été fait par les parties.

De manière générale, la règle veut que le juge du fond ait l'obligation de soulever d'office les moyens de pur droit. Cette règle applicable aux juges du fond est le fruit d'une interprétation *a contrario*[488] d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 14 février 1985 selon lequel le juge n'a pas l'obligation de relever d'office un moyen qui, *« impliquant l'appréciation de circonstances de fait, n'était pas de pur droit »*[489]. Si le juge du fond ne soulève pas d'office un moyen de pur droit tiré de la Convention EDH pour interpréter le contrat, on peut penser qu'il sera condamné pour violation de l'article 12 du Code de procédure civile.

Plus précisément dans le cadre de l'interprétation du contrat, le juge du fond doit-il soulever d'office la Convention si les parties ne l'ont pas fait ? Au regard de la règle générale énoncée ci-dessus et considérant que le juge du fond est souverain en matière d'interprétation, il est légitime de considérer que la réponse à cette interrogation sera affirmative. Cette règle apparaît logique dans le cadre de l'interprétation étant donné que le juge du fond est souverain en la matière. Son rôle relativement à la question du relevé d'office vis-à-vis des droits fondamentaux n'est donc pas véritablement modifié. En outre, cette approche de la question aurait pour avantage de valoriser l'effectivité des droits fondamentaux et de favoriser un traitement de l'affaire au niveau interne. Une question de nuance reste en suspens cependant, dans l'hypothèse où les parties auraient invoqué à l'appui de leurs prétentions un moyen de

[487] G. CORNU, *op. cit. (*v. note 198).

[488] J. NORMAND, *op. cit. (*v. note 470), n° 100.

[489] Cass. Civ. 2ème, 14 février 1985, n° de pourvoi 83-12062.

pur droit dont l'objet serait le même que celui soulevé par le juge. On pense par exemple au cas dans lequel les parties avancent l'article 9 du Code civil et que le juge du fond soulève d'office une violation de l'article 8 à la Convention EDH. Dans ce contexte, le juge requalifie le moyen mais l'objet de la protection est le même. Reste à savoir si une telle démarche doit être encouragée ou si le juge du fond devrait dans ces conditions s'en tenir aux prétentions soulevées par les parties ?

195.- La Cour de cassation doit-elle soulever d'office un moyen de pur droit si les parties ne l'ont pas fait ? De manière générale, et au regard des articles 619 et 620[490] du NCPC, il semble qu'il s'agisse *a priori* d'une faculté bien que la doctrine[491] soit partagée sur la question.

Dans le cadre de l'interprétation du contrat, le juge de la Cour de cassation doit-il soulever d'office la Convention européenne des droits de l'homme si les parties ne l'ont pas fait ? *A priori*, la question ne se pose pas puisque, sauf exception, la Cour de cassation n'interprète pas le contrat, qui relève d'une question de fait. Quand bien même l'interprétation serait entendue comme pouvant être une question de droit[492], et donc que le juge de la Cour de cassation pourrait traiter de l'interprétation, en aurait-il le devoir ou la faculté ? Puisque les juges du fond, dans le cas du relevé d'office d'un moyen de pur droit ont l'obligation de relever la Convention EDH, on ne perçoit pas un intérêt à développer cette possibilité au regard de l'assurance que l'on peut avoir au niveau de l'action du juge du fond.

Néanmois, si le juge du fond venait à ne pas appliquer son obligation de relever d'office un moyen de pur droit (Convention EDH) dans le cadre de l'interprétation du contrat, le juge de la Cour de cassation, au regard de la jurisprudence, a pu montrer qu'il s'octroyait

[490] L'utilisation du verbe « *pouvoir* » suggère qu'il s'agirait d'une faculté.

[491] E. BRUCE, *op. cit.* (v. note 471) ; B. MOUTEL, *op. cit. (*v. note 74).

[492] F. ROUVIERE, *J.-Cl civil,*« Contrats, Contenu du contrat », mars 2010 : « L'interprétation désigne à la fois le processus de l'esprit qui donne ou recherche un sens et le résultat de ce processus. Interpréter le contenu du contrat peut alors renvoyer au moins à deux types de questions. La première consiste à se demander quels sont les engagements que les parties ont souscrits ? On reconnaît ici le problème classique de la détermination du contenu du contrat, celui-ci étant pris dans l'acception décrite ci-dessus comme l'« ensemble des engagements et des obligations souscrits par les parties ». La deuxième question vise à se renseigner sur la signification à accorder aux termes employés par les parties dans leur écrit contractuel. Selon cette seconde perspective, l'interprétation se réduit alors à une appréciation de la preuve du contenu du contrat entendu comme l'ensemble des engagements et, à ce titre, relève du fait et de l'appréciation souveraine des juges du fond. (…) L'interprétation peut alors être distinguée selon qu'elle porte sur le fait ou sur le droit. Lorsqu'elle porte sur le fait, il s'agit bien d'une question de preuve et donc seulement de l'appréciation par le juge de la portée des termes employés. Lorsqu'elle porte sur le droit, il s'agit d'une question contrôlée par la Cour de cassation qui intéresse à la fois la qualification du contrat, mais encore la détermination des obligations et engagements assumés par les parties ».

parfois la possibilité d'intervenir dans un sens bien plus élargi que celui que lui reconnaît le Code civil. Il adopte d'ailleurs à l'égard des droits fondamentaux une bienveillance souvent bien plus affirmée que les juges du fond. Cette démarche constitue pour lui le dernier rempart face à l'intrusion du juge européen. Cette démarche, bien qu'elle ne suive pas forcément les règles de procédure civile, s'inscrit dans une dynamique de *« survie »* que la juridiction suprême est poussée à mettre en œuvre pour faire face et tempérer l'intrusion du juge européen.

La question du moyen mélangé de fait et de droit semble plus délicate à aborder dans le cadre de l'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux.

2. La question délicate du moyen mélangé de fait et de droit

196.- Le juge du fond doit-il soulever d'office un moyen mélangé de fait et de droit, précisément la Convention EDH, si les parties ne l'ont pas fait. De manière générale, à l'égard des juges du fond, la règle pose que ces derniers ont la faculté de soulever les moyens de fait et de droit.

Dans le cadre de l'interprétation du contrat, s'agit-il toujours d'une faculté ou d'une obligation ? On peut penser que pour interpréter le contrat et donc pour lui donner un sens, pour apprécier si ce sens porte atteinte aux droits fondamentaux, il va nécessairement aborder des éléments factuels pour prendre sa décision. Dans la mesure où le juge du fond est souverain en matière d'interprétation, devrait-on envisager que dans ce contexte précis, il faudrait qu'il s'agisse d'une obligation. Entendue dans un sens strict, la question de l'interprétation est une question de fait. La violation du droit fondamental, si elle venait à être reconnue, et parce qu'elle s'inscrit dans ce cadre de l'interprétation, serait l'aboutissement d'un raisonnement ayant nécessairement fait appel à des considérations factuelles. À l'heure actuelle, rien ne permet de savoir précisément si une telle proposition serait envisageable.

Puisqu'il semble que le juge du fond ait la faculté de soulever d'office un moyen mélangé de fait et de droit, et qu'il décide dans le cadre de l'interprétation, de ne pas mettre en œuvre cette possibilité, doit-on envisager que la Cour de cassation doive le faire ?

197.- Le juge de la Cour de cassation doit-il soulever un moyen mélangé de fait et de droit[493] ?

[493] Toujours dans le contexte où le moyen mélange du fait et la Convention EDH.

En général, les éléments de fait ne doivent pas être abordés par la Cour de cassation. Or, la question de l'interprétation relève du fait comme nous l'avons vu, et pour apprécier le sens du contrat dont découle la violation du droit fondamental, il serait nécessairement amené à traiter les questions qu'il ne peut aborder. Dès lors, le rôle de la Cour de cassation dans le cadre particulier de l'interprétation du contrat lorsqu'il s'agirait de soulever d'office un moyen mélangé de fait et de droit basé sur la Convention EDH, restera le même que dans le cadre du relevé d'office en général.

Puisque la Cour de cassation dans le cadre d'un moyen mélangé de fait et de droit ne peut intervenir, il faudrait donc réfléchir à la question soulevée précédemment de reconsidérer la simple faculté qui est aujourd'hui reconnue au juge du fond. En effet, l'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux implique inévitablement d'aborder des éléments factuels en rapport avec la Convention EDH qui permettront de déterminer la lecture du contrat et d'en déduire s'il y a violation.

198.- Le droit de la Convention EDH est soumis aux règles internes d'organisation et de procédure judiciaire[494]. Le juge a l'obligation d'appliquer le droit en vigueur et la Convention EDH en fait partie. Les juges français sont donc en mesure d'appliquer d'office les dispositions conventionnelles.

Plus précisément dans le cadre de l'interprétation du contrat, il semble que la compétence souveraine attribuée au juge du fond dans ce cadre renforcera, quand il s'agit d'un moyen de pur droit, le relevé d'office de la violation. Dans le cadre de l'interprétation, mais lorsque le moyen est mélangé de fait et de droit, la question peut être posée de savoir si la faculté qui est reconnue à son égard ne devrait pas être reconsidérée. En effet, rien dans ce contexte d'un moyen mélangé de fait et de droit, en l'état actuel des règles générales de procédure civile, ne permet d'assurer devant le juge du fond - et encore moins devant la Cour de cassation puisqu'elle n'est pas compétente en matière d'interprétation -, qu'une violation au droit fondamental sera relevée d'office. Ce constat peut laisser penser que le litige aura dès lors plus de possibilités d'être traité par le juge européen, et l'État condamné.

La réponse à cette question soulevée dépend en réalité de l'importance que l'on accordera à la liberté contractuelle des individus. La question qui se pose est celle des limites de la modification de l'acte contractuel dans le cadre de la détermination de son sens. Cela consiste à se demander si l'influence des droits fondamentaux peut de manière absolue

[494] E. BRUCE, *op. cit. (*v. note 471).

modifier le sens que les parties ont voulu donner au contrat, au nom de la conformité à la Convention EDH. On peut penser que tenter de valoriser en toute occurrence le relevé d’office dans le cadre de l’interprétation ne peut être une bonne solution puisqu’elle implique que la liberté contractuelle des individus sera abordée de manière très stricte et encadrée. Or, le sens que les parties accordent à leur contrat est une question qui est au centre de cette idée d’expression de la volonté.

L’interprétation du contrat est modifiée sur la forme, mais également sur le fond.

SECTION 2. LA MODIFICATION DE L'INTERPRÉTATION SUR LE FOND

199.- Dès l'instant où les droits fondamentaux interviennent dans l'interprétation, la notion de volonté est atteinte. L'intrusion des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat provoque chez le juge une volonté de rééquilibrer la relation contractuelle, créant par la même une confrontation entre deux conceptions bien différentes du contrat, originaire et actuelle. Le contrat est transformé, il ne reflète plus les caractéristiques qui lui sont propres. La conception idéale de la relation contractuelle, fondée sur la libre volonté des parties n'est plus privilégiée. Le contrat n'a plus l'aspect d'un acte décidé, mais d'un acte formaté. Le juge doit respecter la volonté des parties lorsque celle-ci est évidente[495]. Mais l'invocation des droits fondamentaux a tendance à favoriser une interprétation qui est préorientée, sans recherche réelle de la volonté. Ce n'est pas tant le contrat qui est amené à disparaître, mais davantage la loi qui l'encadrait depuis toujours[496]. Le contrat ne disparaît pas, il aurait davantage tendance à se transformer[497].

La forme nouvelle de l'interprétation génère une modification sur le fond de l'interprétation, en ce qu'elle permet désormais de modifier l'acte contractuel. Pour protéger la liberté à laquelle le contrat peut nuire - cette lecture de l'atteinte à la liberté étant de plus en plus protectrice - le juge n'hésite pas à supprimer, de manière totale ou partielle, une clause contractuelle. La jurisprudence nous a en effet permis de montrer que les juridictions internes, lorsqu'elles interprétaient le contrat, pouvaient limiter les obligations de l'un des contractants dans le but de protéger sa vie privée et familiale. En revanche, la jurisprudence nous a également révélé que le juge se refusait à ajouter une clause au contrat, sauf si une stipulation expresse le justifiait. La suppression d'une clause est tolérée dans l'interprétation du contrat par le prisme des droits fondamentaux. L'ajout d'une clause par le prisme des droits fondamentaux est rejeté dans l'interprétation du contrat.

---

[495] J. MESTRE et A. LAUDE, *op.cit.* (v. note 66), p. 9 et s.

[496] P. JESTAZ, « Rapport de synthèse, quel contrat pour demain ? », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 243, spéc. p. 259.

[497] P. REMY-CORLAY, *op. cit.* (v. note 34), p. 200.

Or, d'un point de vue symbolique, la suppression d'une obligation n'a-t-elle pas le même effet que la suppression d'une obligation au contrat ? Le refus du juge de traiter de la même manière la suppression et l'ajout d'une obligation s'explique par son rejet - au sein des relations privées - d'appliquer la théorie des obligations positives (§ 1). Normalement appliquée à l'égard de l'État, cette théorie permet de justifier la mise en œuvre de sa responsabilité en cas d'abstention ayant entraîné une violation au droit fondamental d'un individu, que cette violation soit concrètement mise en œuvre par l'État ou par un autre individu. En refusant d'ajouter une obligation au contrat, le juge marque son refus d'appliquer la théorie des obligations positives à un individu dans une relation privée, individu qui serait personnellement responsable de ne pas avoir agi en faveur de la protection des droits fondamentaux de son cocontractant.

Pourtant, alors que le juge et une part de la doctrine se refusent à cautionner l'effet additif des droits fondamentaux dans le contrat, il n'en demeure pas moins qu'en modifiant le contrat - qu'il s'agisse d'un ajout ou d'une suppression d'obligation - le juge créé à l'égard de l'une des parties une nouvelle obligation dont on pourrait imaginer qu'elle se rapproche d'une obligation positive. Ainsi, alors que le juge européen étend la théorie des obligations positives à l'égard des États, lesquels doivent faire en sorte d'empêcher les atteintes au sein des relations privées, le juge interne pourrait reconnaître implicitement cette même obligation positive à la charge des parties (§ 2).

§ 1. La réticence à la reconnaissance d'une obligation positive

200.- La jurisprudence nous enseigne que le juge n'accepte pas - au nom des droits fondamentaux - de modifier le sens du contrat s'il s'agit d'ajouter une obligation qui n'était pas prévue pas les parties. Le respect des convictions religieuses du locataire ou du salarié n'incombe pas au propriétaire ni à l'employeur, sauf si une stipulation expresse le prévoit dans le contrat. On pourrait penser qu'en adoptant une telle lecture du contrat - plutôt restrictive par rapport aux autres manifestations récentes d'interprétations - le juge marque son refus d'appliquer, au sein des relations privées, ce qui s'apparenterait à la théorie des obligations positives. Il ne souhaite pas greffer dans le contrat une obligation que les parties n'auraient pas prévue et qui aurait pour conséquence, tout en rendant l'acte conforme à la Convention, d'alourdir la charge incombant à l'une d'elles, heurtant ainsi la sécurité juridique.

On comprend alors que pour les juridictions, ce n'est pas la même chose d'écarter une clause du contrat parce qu'elle rend son sens illicite - en allégeant la charge incombant au preneur ou au salarié - et d'imposer au bailleur ou à l'employeur qu'ils garantissent l'effectivité de la liberté concernée en l'absence de clause le prévoyant dans le contrat. Le juge tolère de porter atteinte à la liberté contractuelle en neutralisant une clause du contrat, mais ne tolère pas d'imposer à l'un des individus une obligation nouvelle.

Sur ce point, Gwendoline LARDEUX[498] explique cette différence d'approche tolérant *l'effet élusif* et refusant l'*effet additif*[499] des droits fondamentaux par le biais de la notion de prévisibilité. Tout n'est que fonction de la prévisibilité de la survenance d'une nouvelle obligation. Protéger le preneur en supprimant une obligation au contrat n'a pas le même impact que d'imposer au bailleur une nouvelle obligation. Il faut que l'obligation qui est évincée du contrat ne change pas le sens du contrat d'une façon trop importante pour les parties, et qu'elle soit prévisible. Cette notion de prévisibilité défend la même idée que la condition posée par le juge de la présence d'une clause contractuelle. La clause contractuelle incarne la prévisibilité. L'absence de clause contractuelle incarne l'imprévisibilité pour les parties.

201.- Il est courant de considérer que la théorie des obligations positives ne doit pas être appliquée dans les relations privées. Or, lorsque le juge soustrait une clause au contrat parce qu'il lit l'acte au regard des droits fondamentaux, cela revient à reconnaître que l'une des parties a porté atteinte au droit de l'autre - en insérant une telle clause dans le contrat - clause qui porte atteinte aux droits fondamentaux de son cocontractant. En modifiant le contrat, le juge met à la charge du contractant qui a violé le droit fondamental de l'autre partie, une nouvelle obligation. Supprimer une obligation au contrat pour une partie, en fait naître instantanément une autre à la charge de l'autre partie. La théorie des obligations positives trouve donc une nouvelle extension dans les relations privées.

Dans les faits, il est évidemment différent de supprimer une obligation du contrat ou d'en ajouter une. Certes, si l'on prend en compte le critère de la prévisibilité, il est évident qu'une obligation prévue par les parties et qui est supprimée par le juge était prévisible, contrairement à celle qui pourrait lui être ajoutée. Mais abstraction faite de la question du degré de l'imprévisibilité, les effets d'une soustraction ou d'une addition d'obligation dans le

[498] G. LARDEUX, *op. cit.* (v. note 133), p. 348.

[499] E. GARAUD, *op. cit.* (v. note 369).

contrat semblent les mêmes sur le fond. Plus encore, ce pour quoi le juge refuse d'ajouter une obligation au contrat n'a pas de sens, puisque lorsqu'il soustrait une obligation, les effets sont les mêmes.

Le refus d'inscrire dans le contrat une nouvelle obligation est net. On comprend qu'il soit justifié par l'imprévisibilité qui entoure cette démarche et provoquerait une violation importante du principe de sécurité juridique. Il n'est pas envisagé de mettre à la charge de l'un des contractants ce qui pourrait s'apparenter à une obligation positive.

Pour autant, on peut s'interroger sur la différence qu'il y aurait, d'un point de vue général, entre le fait de soustraire une clause au contrat et celui d'en ajouter une. La modification du contrat, qu'elle consiste en l'une ou l'autre de ces hypothèses, s'apparente bel et bien à l'utilisation, en son sein, de la théorie des obligations positives.

§ 2. L'évidence de l'existence d'une obligation positive

202.- Il semble que l'ajout ou la suppression d'une clause par le juge lorsqu'il interprète le contrat aura les mêmes impacts sur le fond. Quelle que soit la forme qu'elle prend, on peut considérer que la modification du fait de l'interprétation est génératrice d'une obligation positive à la charge des contractants (A). Un raisonnement par analogie avec l'obligation positive reconnue à l'État est sur ce point intéressant (B).

I. La modification du contrat génératrice d'une obligation positive à la charge des contractants

203.- Le juge européen attend des États qu'ils agissent concrètement. Il s'agit de *« prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde d'un droit »*[500], d'*« adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger le droit de l'individu »*[501]. Dans cette optique, l'État ne doit pas agir à contre-courant de ces exigences. Dans cette quête de protection et de défense des droits fondamentaux, le juge met à sa charge des obligations positives, s'il s'avère qu'il n'a pas agi, ou mal agi.

[500] Cour EDH, 24 août 1994, arrêt *HOKKANEN* c. Finlande.

[501] Cour EDH, 9 décembre 1994, *LOPEZ OSTRA c.* Espagne, série A, n° 303-C, *RTD civ.* 1996, p. 507, obs. J-P. MARGUÉNAUD ; *JDI* 1995, p. 798, P. TAVERNIER.

Au niveau national - et dans le cadre de l'interprétation d'un contrat - le juge interne peut-il mettre à la charge d'un individu une telle obligation positive - en soustrayant ou en ajoutant une obligation au contrat pour rendre son sens conforme aux droits fondamentaux, sous prétexte que le contrat ne protégerait pas comme il se doit les droits fondamentaux ? Le bilan de la jurisprudence suggère d'apporter une réponse positive à cette question. En effet, qu'il ajoute ou qu'il supprime une obligation au contrat pour le rendre conforme aux droits fondamentaux, le juge interne créé à l'égard de l'une ou l'autre partie, une nouvelle obligation qui peut être considérée comme une obligation positive. Par cette déduction, on peut d'ores et déjà se distinguer de l'opinion majoritaire - allant dans le sens de la jurisprudence - consistant à penser que soustraire une obligation au contrat n'est pas la même chose que d'y ajouter une obligation, sans pour autant contester le fond de cette opinion doctrinale.

204.- À l'issue du contrôle de proportionnalité, le juge va décider du sens qu'il donne au contrat. Deux hypothèses se présentent précisément à lui. Il peut estimer que le sens que revêt le contrat ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux. Dans cette situation, il ne sera pas nécessaire pour le juge de modifier le contenu du contrat pour le rendre conforme à la Convention EDH. Au contraire, il peut considérer qu'une atteinte au droit fondamental de l'un des contractants est perceptible au sein de l'acte contractuel. Alors, le sens du contrat doit être modifié, de manière à être en accord avec les exigences européennes.

Pour ce faire, le juge va modifier le contenu des obligations du contrat. Dans cette perspective, la jurisprudence nous permet de tirer un bilan clair : deux solutions sont envisageables. Lorsque le juge interne soustrait une clause au contrat ou neutralise ses effets, il agit en conséquence d'un contrôle classique de proportionnalité qui consiste à se demander si cette clause porte atteinte au droit fondamental de celui qui la subit. Si la réponse à cette question est positive, alors le juge soustrait la clause au contrat en la neutralisant partiellement ou totalement.

Lorsque le juge ajoute[502] une clause au contrat par le biais d'une nouvelle obligation, il agit en conséquence d'un contrôle double. Le juge a d'abord appliqué le principe classique de proportionnalité. De cette première application, il a déduit une atteinte, atteinte qu'il veut pallier. En effet, cette atteinte se manifeste par un manque, alors que l'hypothèse de la suppression de la clause concerne une atteinte qui est matérialisée, qui existe dans le contrat.

[502] Aucune des décisions du juge ne le formule de la sorte.

.

Face à cette atteinte fantôme, le juge ajoute une obligation au contrat pour y remédier, après s'être demandé si cette nouvelle obligation n'est pas trop lourde à porter pour le requérant, qui va devoir la respecter. Il s'agit d'un contrôle inversé de proportionnalité.

Imaginons. Le juge a refusé de considérer que le propriétaire - sauf si c'était mentionné dans le contrat - devait respecter les croyances religieuses de ses locataires. Au nom de la sécurité juridique, il refuse de modifier le contrat, car il lui paraît impossible de mettre à la charge d'une partie une telle obligation imprévue. Or, lorsque le juge accepte, au nom des droits fondamentaux, de soustraire du contrat une clause qui impose au locataire une habitation personnelle des lieux loués, il créé au même instant - à l'égard du propriétaire - l'obligation de tolérer la présence de personnes avec qui il n'a pas signé le contrat. Pareillement, lorsque le juge accepte de soustraire au sein du contrat une clause d'habitation personnelle alors que le locataire est en colocation, ne porte-t-il pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de l'autre locataire en lui imposant l'obligation de vivre avec une personne supplémentaire, avec laquelle elle n'a pas signé le contrat ?

Lorsque le juge refuse d'ajouter une obligation au contrat, il refuse de se mettre dans la position du juge européen qui ferait naître une obligation à la charge d'un État parce que l'État n'aurait pas agi quand il aurait dû ou aurait mal agi. Le juge se retrouverait donc dans la situation de faire naître à la charge d'un individu une nouvelle obligation parce qu'il porterait atteinte, par son action ou son inaction, au droit fondamental de son cocontractant.

Ainsi, que le juge supprime ou ajoute une obligation, le contenu du contrat est modifié. En ce sens, le contrat n'est plus l'acte que les parties avaient signé. Le juge peut prendre une décision au nom des droits fondamentaux qui favorise une partie considérée comme *« faible »*. Mais, tout en voulant créer un contrat plus équilibré, le juge affaiblit l'autre partie en lui imposant une nouvelle obligation qu'elle n'avait pas prévue.

205.- Cependant, il serait faux de dire que le degré de modification du contrat est le même lorsque le juge supprime une obligation et quand il en ajoute une au contrat. Bien évidemment, ce n'est pas la même chose pour un locataire de se voir interdire d'héberger chez lui des personnes autres que celles avec qui il vit, et d'obliger le propriétaire à supporter la présence d'inconnus. En outre, la liberté contractuelle entendue à travers le droit pour le contractant au maintien de l'économie de son contrat est liée à la bonne foi de ce dernier. Le locataire est dans une situation plus défendable que celle du propriétaire, qui à travers une clause excessive, à fait preuve de mauvaise foi. L'obligation dans les deux cas n'a sans doute pas la même nature.

En outre, on peut objecter que l'obligation qui a été supprimée et qui engendre une nouvelle obligation pour une partie était au départ illégale. En ce sens, la partie qui se voit obliger nouvellement est celle qui était à l'origine de la clause illégale - par exemple le propriétaire dans le cas de la clause d'habitation personnelle - jugée trop extrême. Nous sommes d'accord pour admettre que lorsque le juge soustrait une clause, c'est en raison de son illicéité dans le contrat, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il serait tenté d'en ajouter une. Le juge modifie le contrat, mais parce que ce contrat n'est pas légal. Certains peuvent donc penser - au-delà de la méfiance portée à la religion - que cette illicéité dans le contrat constitue la seule raison pour laquelle le juge se permet d'en soustraire la clause. Ainsi, cela justifierait du même coup son refus d'ajouter une obligation dans un contrat qui n'est pas illégal dans son contenu. C'est davantage lors de son exécution qu'un litige naîtra[503].

Pour autant, l'analyse proposée se situe plus en recul de cette réflexion et se positionne de manière objective sur le sort commun du contrat dans ces affaires. Se positionner de manière objective signifie de ne pas s'attacher précisément à la cause de la soustraction ou de l'ajout de l'obligation, mais à en constater les conséquences communes, c'est-à-dire la modification du contrat signé par les parties, au nom des droits fondamentaux. En plus des règles prévues par le droit interne encadrant les relations contractuelles, la légalité d'un comportement individuel au sein d'un contrat est dès lors susceptible d'être jugée à l'aune des droits fondamentaux, ce qui tend à accroître l'intrusion du juge dans les relations privées.

Que le juge interne supprime ou ajoute une clause au contrat revient au même quant au résultat obtenu, à savoir la modification de l'acte qui avait été signé par les parties. En ce sens - et sans nier le fait que les effets subis ne sont pas les mêmes selon que l'on se trouve dans l'une ou l'autre de ces situations - on peut considérer qu'il met à la charge de l'une des parties une obligation positive. Il paraît dès lors intéressant de raisonner par analogie avec l'obligation positive qui est normalement découverte à l'égard de l'État.

[503] Mais alors, comment déterminer les frontières entre le contrat valable et celui qui ne l'est pas ? De nombreux contrats dont le contenu paraît douteux continuent pourtant d'être appliqués et ne soulèvent aucune problématique particulière entre les parties.

II. La justification de la déduction par analogie

206.- Un raisonnement par analogie est intéressant, qui consisterait à comparer le rôle de l'État et celui du particulier qui se voit soumis à une nouvelle obligation positive.

La théorie des obligations positives est usuellement appliquée par le juge européen à l'égard des États. La notion a vu ses contours s'affiner au gré de la jurisprudence strasbourgeoise. Elle engendre l'obligation pour l'État, de ne pas *« se borner à rester passif»* [504], mais *« d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits »*[505] garantis par la Convention. *« La Cour EDH a construit - bien qu'elle s'en défende - la théorie des obligations positives qui impose à l'État de donner corps et chair aux droits et libertés des individus »*[506]. Cela sous-entend dés le départ que l'État ne doit pas porter atteinte aux droits fondamentaux de ses ressortissants, mais qu'il doit agir pour les protéger et les rendre effectifs.

Comment peut se manifester une obligation positive pour un contractant ? La question que se pose le juge est simple. Par exemple, dans le cadre des arrêts relatifs à la liberté de culte, le juge a été amené à se demander si la liberté de culte des locataires pouvait obliger le bailleur à faire installer une serrure mécanique, en plus des serrures électriques, pour accéder à l'immeuble pour permettre aux locataires de se conformer aux pratiques dictées par leur religion. Ou bien, le bailleur est-il tenu d'organiser les horaires de travail de son salarié en fonction des exigences que requiert la pratique de la prière dans sa religion, ou son interdiction d'être en contact avec de la viande de porc ? Ainsi, par analogie avec les obligations positives rencontrées dans le cadre de relations verticales, le juge se demande - comme il pourrait le faire à l'égard de l'État - dans quelles mesures une personne privée est tenue de respecter et de rendre effectifs les droits fondamentaux d'un autre individu. L'obligation positive dégagée par le juge européen à l'égard de l'État suppose que l'État n'ait pas agi comme il aurait dû le faire à l'égard d'un particulier. Le juge interne peut donc

[504] Cour EDH, 9 octobre 1979, *AIREY* c. Irlande, série A, n° 32, *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. ROLLAND ; *GACEDH*, n° 2, comm. F. SUDRE.

[505] Cour EDH, 21 février 1990, *POWELL et RAYNER* c. Royaume-Uni, série A, n° 172, *RTDH* 1991, p. 241, obs. J.-F. FLAUSS ; *JDI* 1991, p. 774, obs. P. TAVERNIER.

[506] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'État et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour EDH », *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, vol. I, 2004, pp. 57-78.

considérer qu’un contractant n’a pas agi comme il aurait dû à l’égard de son cocontractant, en considération des droits fondamentaux.

La manière dont le contrat est interprété évolue du fait de la prise en compte croissante du respect des droits fondamentaux de la Convention EDH. Cette influence conséquente jouée par les droits fondamentaux dans l’interprétation du contrat génère une autre conséquence majeure. En effet, elle provoque à travers l’ordre public un élargissement important de l’ensemble des règles qui devront être respectées par les parties, et sur la base desquelles le juge appréhendra l’interprétation du contrat en cas de litige.

CONCLUSION CHAPITRE 2

207.- L'impact d'une réception accueillante des droits fondamentaux sur l'interprétation.- L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux révèle une primauté des droits fondamentaux sur le contrat. Les conséquences sur le droit des obligations, et sur le droit interne en général sont importantes. Le contrat n'est plus considéré comme un outil de soumission, dicté par des considérations purement libérales et inégalitaires. Par le biais des droits fondamentaux, le juge rétablit un équilibre qui ne peut exister. La liberté contractuelle n'est plus la valeur à privilégier. En outre, l'ordre public interne ne suffit plus à juguler les relations humaines. Plus précisément, l'objectif poursuivi à travers l'interprétation du contrat a changé. L'interprétation change sur la forme, mais aussi sur le fond.

Sur la forme, on observe une évolution des règles de l'ordre public guidant l'interprétation du contrat. Correspondant à une norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leur convention[507], l'ordre public interne sur lequel se basait jusqu'à présent le juge pour interpréter le contrat est élargi. Ayant pour fonction initiale de concilier des intérêts divergents au regard d'une règle que la société juge essentielle, il va permettre au juge de donner un sens au contrat qui lui est soumis, de *« porter un jugement de valeur sur la convention qui lui est soumise en considération de cette idée générale »*[508]. Cette détermination du sens du contrat va désormais devoir prendre en compte les règles issues de l'ordre public européen, lequel constitue un bloc de règles énoncées par la Cour EDH - à destination des États membres - correspondant à l'objectif de constitution d'une société démocratique. La rencontre de plus en plus fréquente entre ces deux corps de règles - du fait de l'influence jouée par les droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat - provoque une modification de l'ordre public interne. Le juge se base donc - de manière exclusive ou complémentaire - sur des règles différentes de celles prévues par le droit interne, pour interpréter le contrat. De manière générale, lorsque les deux ordres publics se confrontent, l'ordre public européen va primer. Intégrées dans les règles applicables en droit

[507] Art. 6 du Code civil.

[508] J. GHESTIN, *op. cit. (*v. note 462), p. 77.

interne - et que le juge doit faire respecter - les exigences de la Convention EDH prennent dès lors une importance déterminante dans l’interprétation du contrat et transcendent les règles internes. Cette primauté qui influence directement l’interprétation du contrat et joue sur l’encadrement de la liberté contractuelle des individus ne peut être pour autant sans limites, si bien que la question du relevé d’office, dans le cadre de l’interprétation, permet d’en mesurer la portée.

Sur le fond - et bien que cette analyse ne soit pas toujours partagée - il faut reconnaître l’émergence de la théorie des obligations positives à l’égard des individus. En effet, cette théorie qui sert normalement à la Cour EDH des droits de l’homme - dans un cadre vertical - à mettre à la charge de l’État une obligation de faire respecter et de protéger les droits fondamentaux des individus, est étendue aux particuliers entre eux. Le juge met à la charge des individus l’obligation de respecter - parfois même de rendre effectifs - les droits fondamentaux des autres individus. Effectivement, qu’il neutralise une clause du contrat ou bien qu’il ajoute une obligation au contrat, les conséquences sont « objectivement » les mêmes, c’est-à-dire que le juge tend dans son interprétation au travers du prisme des droits fondamentaux, à modifier de plus en plus le contrat. Il créé à l’égard de l’une des parties une nouvelle obligation qui peut-être considérée comme une obligation positive, à l’égard de son cocontractant.

CONCLUSION TITRE 2

208.- Un accueil favorable du juge interne à l'égard des droits fondamentaux.- La jurisprudence du juge interne nous dévoile son adoption progressive de la norme européenne pour régler les litiges d'interprétation auxquels il est confronté. Lorsque la détermination du sens d'un contrat s'avère nécessaire, la Convention EDH constitue un outil lui permettant de valoriser sa décision et lui conférer une assise plus importante. Il revient au juge interne de mettre en œuvre l'influence des droits fondamentaux, laquelle est déterminée par le juge européen.

Dans cette tâche, la jurisprudence interne révèle que la tendance la plus courante du juge consiste à faire prévaloir les droits fondamentaux sur la force obligatoire du contrat, si bien que ces derniers constituent une norme de référence importante sur laquelle le juge interne se base désormais dans l'interprétation. Dans quelques rares hypothèses plus ciblées, le juge interne a au contraire préféré privilégier le contrat sur la protection du droit fondamental, sans que ces jurisprudences ne viennent pour autant contredire le constat plutôt général d'une primauté quasi-systématique des droits fondamentaux sur la force obligatoire du contrat.

209.- Les conséquences de la primauté des droits fondamentaux lors de l'interprétation du contrat.- Aux origines très marqué par la liberté et l'individualisme, le contrat est aujourd'hui l'objet d'une quête égalitariste mise en œuvre par le juge. L'ensemble de sa démarche s'éloigne de plus en plus des raisonnements traditionnels et du respect de la liberté contractuelle, et vise à la recherche de la *« concordance pratique entre tous les intérêts en cause »*[509]. Le juge ne valorise pas toujours l'interprétation du contrat en fonction de la volonté des parties, mais cherche la « bonne » interprétation en conformité avec les droits fondamentaux. Tant sur la forme que sur le fond, les règles et la conception de l'interprétation sont dès lors modifiées.

[509] J.-J. ABRANTES, *op. cit. (*v. note 442), p.170.

CONCLUSION PARTIE 1

210.- L'influence des droits fondamentaux, fruit d'un travail complémentaire du juge européen et du juge interne.- Les droits fondamentaux influencent de manière sensible l'interprétation des contrats. Cette manifestation est le fruit d'un travail réparti entre la Cour EDH et les juridictions internes. Ce partage est cependant organisé, car chacune d'elles - de manière choisie ou subie - remplit un rôle déterminé, duquel elle ne s'éloigne pas. De la sorte, le juge européen dicte l'influence, le juge interne la réceptionne.

Du fait de l'absence de reconnaissance d'un effet horizontal direct de la Convention EDH à l'égard du juge européen, ce dernier a su dans un premier temps contourner cet obstacle en développant de manière progressive et par diverses manœuvres l'effet horizontal indirect. En agissant de la sorte, il a su progressivement instaurer un climat favorable lui permettant une émergence en droit interne allant croissant, alors même que l'influence des droits fondamentaux sur le contrat est médiate. L'influence est générale, elle s'observe sur le contrat, et de fait sur son interprétation - cette dernière étant entendue d'une manière élargie dans ce contexte comme consistant en la détermination du contenu de l'acte et des obligations en découlant -, laquelle interprétation, bien que menée au niveau interne, est fortement orientée, cloisonnée, par l'action du juge européen. Plus récemment, le juge européen a franchi une avancée supplémentaire dans son action, en faisant jouer aux droits fondamentaux une influence immédiate sur l'interprétation, en exigeant que la lecture du contrat soit réalisée en conformité avec la Convention EDH.

En droit interne, la lecture du contrat au travers du prisme des droits fondamentaux se fait en vertu de l'effet horizontal direct de la Convention EDH. L'accueil plutôt favorable qui leur est réservé aujourd'hui - le juge sait qu'il encourt une condamnation en cas de non-conformité de l'interprétation à la Convention EDH - génère le plus souvent une primauté de ces derniers face à la liberté contractuelle, et à travers elle la force obligatoire du contrat. Lourde de conséquences sur le contrat et l'interprétation de ce dernier, cette modification de l'approche du juge n'en est encore qu'à ces prémices.

Mais, qu'elle émane du juge européen ou du juge interne, l'influence observée des droits fondamentaux sur l'interprétation du contrat est perfectible. En effet, bien que la

complémentarité de leurs actions soit évidente, certains éléments empêchent d’apprécier toute la mesure de cette évolution.

PARTIE 2

L’INFLUENCE PERFECTIBLE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L’INTERPRÉTATION DU CONTRAT

211.- L'influence des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat est le fruit d'un travail partagé entre le juge européen et le juge interne dont la complémentarité est évidente. Alors que la Cour EDH dicte l'influence en interprétant la Convention EDH, le juge interne tend à appliquer cette influence. Mais d'où qu'elle provienne, il apparaît au regard de l'observation des décisions européennes et nationales qu'elle doit gagner en cohérence et en légitimité pour être appréciée et mesurée à sa juste valeur. En effet, l'analyse complète de l'influence des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat ne peut se suffire de l'observation de la jurisprudence, faute de quoi son appréciation demeurerait superficielle. L'approche critique de certains paramètres s'avère nécessaire pour rendre l'étude complète.

L'influence des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat est mise en œuvre par une action commune de la Cour EDH et des juges internes. En ce sens, les améliorations envisageables doivent être appréhendées de manière globale, alors même que les points sur lesquels le juge européen et le juge interne devraient se corriger doivent être distingués.

212.- À l'égard de l'action du juge européen, deux attitudes sont envisageables. La première consiste à nier son implication et à tenter de la réfréner. Cette démarche ne nous convainc guère du fait de son manque de réalisme. Dès lors, une seconde attitude - tout en reconnaissant le caractère inattendu et donc inadapté de l'action du juge - consisterait à tenter de modeler cette action, non pas forcément pour la justifier ou l'encourager, mais pour la rendre plus cohérente.

Ainsi, bien que le juge européen soit l'instigateur de l'importance qu'occupent aujourd'hui les droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat, il doit adapter son intervention aux litiges privés et ne pas utiliser systématiquement des outils et raisonnements pensés pour régler des litiges de nature verticale.

213.- À l'égard de l'action du juge interne, deux réactions sont également possibles. Une attitude restrictive suppose de privilégier la souveraineté de l'État et de repousser toutes influences extérieures. Une attitude plus nuancée et pragmatique consiste, tout en renforçant le rôle du juge interne - de manière à ce qu'il constitue un réel contrepoids à l'intrusion de la Cour EDH - à prendre en compte la réalité européenne. Le juge interne - bien qu'il soit souverain en matière d'interprétation - doit renforcer son intervention pour rendre plus saine la relation qu'il entretient avec le juge européen et ainsi rendre plus compréhensible

l’importance qu’il attribue aux droits fondamentaux dans ses décisions relative à l’interprétation du contrat.

Deux lignes directrices permettent ainsi d’engager la réflexion sur une amélioration envisageable de l’action du juge européen et du juge interne dans la mise en œuvre des droits fondamentaux dans l’interprétation. Tout d’abord, l’influence des droits fondamentaux doit davantage prendre en compte les intérêts des cocontractants dans la décision d’interprétation . Une plus grande valorisation générale des contractants pour déterminer le sens du contrat est indispensable devant le juge européen (Titre 1). En parallèle, la technique décisionnelle doit être adaptée au niveau interne, c’est-à-dire que les outils dont dispose le juge interne pour interpréter le contrat doivent être reconsidérés, à la fois pour renforcer son action et conserver au maximum le règlement des litiges relatifs à l’interprétation au niveau interne, mais aussi pour s’adapter à l’émergence des droits fondamentaux et composer avec elle de manière plus cohérente et constructive (Titre 2).

TITRE 1

LA NÉCESSITÉ D'UNE VALORISATION DES CONTRACTANTS

214.- La valorisation des cocontractants, c'est-à-dire des deux personnes privées ayant contracté au niveau interne, peut s'exprimer par différentes mesures devant le juge européen.

Elle pourrait dans un premier temps s'exprimer à travers une plus grande adaptation de la décision européenne d'interprétation. En effet, le juge européen, alors même qu'il exige du juge interne une lecture du contrat qui soit conforme à la Convention EDH et qu'il intervient directement dans l'interprétation, ne peut pas se comporter comme s'il se trouvait dans une configuration verticale pour régler le litige (Chapitre 1).

La valorisation des contractants pourrait dans un second temps consister à favoriser une meilleure effectivité de la décision européenne d'interprétation. Alors même que le juge européen se positionne sur la décision d'interprétation prise par le juge interne, ou même qu'il substitue sa propre interprétation - compétence qui ne lui est d'ailleurs pas reconnue - sa décision n'est suivie d'aucune portée au niveau interne. Une plus grande prise en compte des contractants est nécessaire, au regard de l'impact que peut avoir la démarche du juge européen sur leur situation privée, du pouvoir qu'il s'octroie de définir le sens de leur contrat (Chapitre 2).

Une partie de la doctrine et notamment l'étude éclairante de Béatrice MOUTEL sur le front de l'effet horizontal dans le droit privé[510] a déjà permis de soulever ces questions, abordées néanmoins dans un cadre plus général. Il nous est apparu intéressant de pousser plus loin sur le point précis de l'interprétation.

[510] B. MOUTEL, *op. cit.* (v. note 74).

CHAPITRE 1

L'ADAPTATION DE LA DÉCISION EUROPÉENNE D'INTERPRÉTATION

215.- Alors que le litige d'interprétation intervient au sein d'un contrat entre personnes privées, la Cour EDH traite le litige sous l'angle vertical, donnant lieu à un contexte délié. Il semblerait intéressant de recadrer le litige sur les parties contractantes, clé de voûte du conflit initial. La revalorisation du rôle des parties et leur protection passent ainsi par un cadrage de l'action du juge européen dont la cohérence doit être renforcée, car l'intérêt des contractants ne doit pas être perdu de vue. L'adaptation de la décision européenne d'interprétation peut être envisagée sous deux aspects.

Dans un premier temps, cette adaptation implique de reconsidérer les intérêts réellement en conflit. Le juge européen est souvent trop éloigné des deux intérêts privés qui s'opposent réellement dans le cadre de l'interprétation (Section 1).

Dans un second temps, cette adaptation implique de reconsidérer les parties réellement en conflit. Dans le cadre de l'interprétation du contrat, et au regard de l'importance qu'elles ont pu attacher au sens qu'elles ont conféré au contrat, elles devraient être en mesure de pouvoir légitimement expliquer - afin que l'interprétation du contrat soit déterminée en considération de ces éléments déterminants - le sens qu'elles attribuent à une clause en particulier et à propos de laquelle un litige éclate par exemple (Section 2).

SECTION 1. LA CONSIDÉRATION DES INTÉRÊTS EFFECTIVEMENT EN CONFLIT

216.- Il est nécessaire de reconsidérer les intérêts pris en compte par le juge européen. Comme nous avons pu l'observer précédemment[511], l'utilisation d'une « *proportionnalité privatisée* »[512] adaptée est encore hésitante. Pour autant, cette lacune mise en avant s'exprime dans le cadre d'une influence médiate des droits fondamentaux sur l'interprétation du contrat[513]. Le juge européen par l'utilisation de cet outil favorise comme nous l'avons souligné[514] un contexte favorable à l'application horizontale des droits fondamentaux dans le contrat et par extension dans son interprétation. Mais, lorsque le juge, comme il a pu le montrer[515], s'attelle à interpréter directement une clause du contrat, il apparaît de manière encore plus nécessaire et légitime d'encourager la prise en compte de la nature des deux intérêts privés qui s'opposent.

L'application de la proportionnalité prenant en compte ces intérêts - autrement dit une « *proportionnalité privatisée* » [516]- doit être dans ce cas encouragée.

Dans la mesure où la jurisprudence est encore discrète, et que le juge européen n'évolue pas dans un contexte qui lui est familier et que la Cour EDH ne lui reconnaît pas en tant que compétence, la mise en œuvre de cette application singulière des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat pourrait trouver inspiration sur certaines réflexions doctrinales internes qui tentent de la justifier et de réfléchir à son adaptation et à sa mise en oeuvre (§ 1). Par ailleurs, le droit interne lui-même peut constituer une base de réflexion intéressante, notamment le droit du travail, lequel utilise la proportionnalité entre intérêts privés (§ 2).

---

[511] v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

[512] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.* (v. note 191).

[513] Les améliorations envisagées concernent plus précisément les cas dans lesquels une influence immédiate des droits fondamentaux s'est faite ressentir sur l'interprétation.

[514] v. Partie 1, Titre 1, section 2.

[515] v. Partie 1, Titre 1, chapitre 2.

[516] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.* (v. note 191).

§ 1. L'inspiration doctrinale

217.- De nombreux auteurs français ont valorisé la recherche de la proportionnalité entre les intérêts en présence. À cet égard, François GENY fait partie de ceux dont la réflexion - même ancienne - a sans doute été la plus diffusée. À défaut de déceler la volonté des contractants, *« il incombera à l'interprète d'y suppléer par la considération des intérêts en présence, dont la balance établira une probabilité normale, pouvant légitimement remplacer l'élément psychologique défaillant »*[517]. La balance des intérêts en jeu est donc primordiale. *« Finalement donc, ce problème du rôle et des limites à assigner à l'autonomie de la volonté, dans la création des droits individuels, se montre dominé par un principe général de solution… Ce principe, qu'on peut appeler principe de l'équilibre des intérêts en présence, doit guider le jurisconsulte interprète du droit, aussi bien qu'il guide le législateur ou les organes de la coutume, toutes les fois, qu'à défaut d'un règlement privé, légitime et suffisant, il s'agit de statuer, d'autorité, les règles de conduite constituant l'organisation juridique positive »*[518]. Il propose une méthode pour concilier ces intérêts, conciliation devant se faire dans le respect de la « *justice* » et de *« l'utilité sociale »*[519].

218.- Plusieurs réflexions doctrinales[520] ont été soulevées relativement à la « *proportionnalité privatisée* »[521]. Plus précisément dans le cadre de l'interprétation du contrat, on perçoit tout l'intérêt qu'il y a à valoriser une telle application. En effet, alors que le principe de proportionnalité classique protège les particuliers et ne permet des exceptions d'ingérences de l'État que très déterminées, il est nécessaire, lorsque le juge est amené à confronter deux intérêts privés, qu'il ne définisse pas *a priori* de situations déterminées de violations possibles pour éviter de favoriser un contractant plus que l'autre.

Pour autant, il ne faut pas omettre le fait qu'au regard du contexte dans lequel s'exprime cette proportionnalité et quand bien même elle serait utilisée de façon convaincante par le juge européen, ce dernier est obligé de passer par l'intermédiaire de l'État et la théorie des obligations étatiques pour appréhender les intérêts privés qu'il pourrait mettre en balance.

---

[517] F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, 2e éd. LGDJ, 1954, n° 174, p. 528 et suiv.

[518] *Ibid.*

[519] *Ibid.*, p. 169 et suiv.

[520] v. par ex. J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.* (v. note 191) ; V. VAN der PLANCKE et N. VAN LEUVEN, *op. cit.* (v. note 143).

[521] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, (v. note 191).

Dans ce sens, un article particulièrement riche de Jean-Pierre MARGUÉNAUD et Jean MOULY[522] met en avant l'idée que l'application du principe de proportionnalité devrait varier en fonction de l'obligation étatique qui est contrôlée.

219.- Pour chaque type d'obligations étatiques[523] existerait donc un contrôle de proportionnalité adapté. Les auteurs distinguent entre l'obligation négative de respecter, l'obligation négative de ne pas fournir à un particulier les moyens de porter atteinte au droit d'un autre individu ou de favoriser cette atteinte, l'obligation de protéger, auxquelles ils ajoutent, ce que ne fait pas Olivier de SCHUTTER, l'obligation de réaliser. Selon ces auteurs, les différentes formes de proportionnalité seront appliquées différemment en fonction de l'obligation étatique en jeu.

L'application de la proportionnalité est classique lorsqu'elle oppose l'intérêt général et l'intérêt privé. Dans ce cas, le juge se demande si l'intérêt général justifie qu'une atteinte soit portée par l'État au droit fondamental de l'individu. L'application de la proportionnalité est inversée si elle permet au juge de considérer qu'il n'est pas excessif de mettre à la charge de l'État une obligation positive. Enfin, le contrôle de proportionnalité est privatisé lorsque le juge oppose deux intérêts privés.

À partir de cette approche de la mise en œuvre du principe de proportionnalité, il apparaît intéressant dans le cadre de l'interprétation d'évaluer quelles sont les obligations étatiques qui peuvent être concernées et dès lors quelle application du principe de proportionnalité le juge devrait privilégier[524].

L'application de la proportionnalité au litige privé pourrait être déterminée en fonction de l'entité responsable de l'atteinte au sein du contrat, ayant engendré la nécessité de l'interprétation.

Lors de l'interprétation du contrat, deux situations peuvent se dégager selon que l'on considère que c'est l'État qui est condamnable du fait de n'avoir pas favorisé la *« bonne »* interprétation du contrat (I), ou bien que le contenu même du contrat génère un sens « mauvais » de l'acte[525] (II), comme si le sens du contrat était inhérent à ce qu'il contenait. Selon que l'on se trouve dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, on envisage donc sur la base

[522] J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, *op. cit. (*v. note 203).

[523] *Ibid.* ; O. de SCHUTTER, *op. cit.* (v. note 180).

[524] En gardant à l'esprit que l'objectif de ce développement est de valoriser une application de la proportionnalité qui prenne en compte deux intérêts privés.

[525] Cf. l'introduction où il est précisé que l'interprétation est entendue largement.

de ces réflexions doctrinales que la proportionnalité ne sera pas appliquée de la même manière.

I. L'État fautif

220.- Parmi les quatre obligations étatiques énumérées précédemment, et si l'on part du postulat que l'État est directement fautif de la violation dans le contrat, il semble que sa responsabilité soit engagée du fait de n'avoir pas respecté l'une d'entre elles précisément. En effet, dans ce cadre, c'est parce qu'il n'a pas respecté son obligation négative de ne pas fournir à un particulier les moyens ou les encouragements de porter atteinte à un autre individu. En ayant agi de la sorte, il aurait incité ou n'aurait pas empêché un individu de rendre le sens du contrat contraire aux droits fondamentaux. Dans le cadre de l'interprétation du contrat, l'autre volet de la manifestation négative de l'obligation de respecter - consistant à empêcher que l'État ne porte des atteintes aux droits fondamentaux aux individus autres que celle prévue par la convention européenne des droits de l'homme - ne devrait pas *a priori* être appliquée, puisqu'elle s'inscrit dans une relation purement verticale.

221.- Concrètement, le juge européen devrait veiller à ce que l'État ne donne pas les moyens aux individus - par le biais d'une loi par exemple et donc de l'action du législateur - de porter atteinte dans le contrat aux droits fondamentaux de leur cocontractant. Le fait d'avoir favorisé ou de ne pas avoir découragé l'un des contractants de porter atteinte au droit fondamental de son cocontractant peut aussi être le fait de l'État par le biais de son juge, qui par sa décision d'interprétation n'aurait pas pris en compte cette violation.

222.- Toujours accès sur l'idée qu'il faut favoriser l'application d'une proportionnalité prenant en compte les intérêts des deux parties, il faut se demander quel contrôle de proportionnalité sera le mieux adapté lorsqu'il s'agit d'une obligation négative de respecter. L'obligation négative de respecter donne classiquement lieu à une application traditionnelle de la proportionnalité puisque la relation verticale oppose l'intérêt de l'État à celui de l'individu. On pourrait imaginer que l'obligation négative de ne pas fournir à un particulier les encouragements de porter atteinte à un autre individu, laquelle nous intéresse précisément dans le cadre de l'interprétation, devrait être soumise au même contrôle. Cependant, cette thèse va à l'encontre de notre proposition qui est faite de valoriser et de

prendre en compte les deux intérêts privés. Dès lors, il faut considérer que l'orque l'État est fautif de l'atteinte provoquée dans le contrat - et qui en pervertit le sens - l'application d'un principe de proportionnalité dit privatisé serait le mieux adapté.

On peut imaginer l'hypothèse dans laquelle la violation du contrat n'est pas directement imputable à l'État mais que c'est le cocontractant qui peut peut être directement fautif de cette atteinte. Dans le cadre de l'interprétation, il faudrait dès lors s'interroger également sur contrôle de proportionnalité qui devrait être encouragé en fonction de l'obligation étatique concernée.

II. L'individu fautif

223.- Si l'on part du postulat que l'interprétation du contrat - entendue largement comme se rattachant à la détermination de son contenu - révèle une violation au droit fondamental, cette atteinte réalisée dans le contrat et qui en pervertit le sens peut-être du fait du cocontractant. L'engagement de la responsabilité de l'État n'est alors que symbolique et répond simplement des exigences de procédures et de compétences prévues par la Convention EDH. Si l'on considère que l'individu est fautif, on peut considérer que l'obligation étatique en jeu est l'obligation positive de protéger qui consiste à empêcher qu'un individu subisse les atteintes d'un autre individu, en l'occurrence de son cocontractant. L'obligation de protéger peut être reconnue à l'égard de l'individu en passant par l'État.

224.- Dans de nombreux types de contrats étudiés au travers de la jurisprudence, l'obligation de l'État à propos de l'interprétation du contrat peut être une obligation positive de protéger. Par exemple, l'État doit veiller à ce que l'employeur ou le propriétaire ne portent atteinte aux droits fondamentaux de l'employé ou du locataire, et inversement. Dès lors, si l'on estime que la violation du droit fondamental est le fait d'un individu - ce qui suppose que l'État est présent uniquement parce que la procédure européenne l'impose - l'obligation positive de protéger consiste pour l'État à protéger les des droits fondamentaux des individus d'atteintes provoquées par d'autres individus.

225.- Toujours accès sur l'idée qu'il faut favoriser l'application d'une proportionnalité prenant en compte les intérêts des deux parties, il faut se demander quel contrôle de proportionnalité sera le mieux adapté lorsqu'il s'agit d'une obligation positive de

protéger. Dans le cadre de cette obligation positive, on imagine aisément que la justification de la mise en œuvre de la « *proportionnalité privatisée* »[526] puisera dans ce cadre sa plus forte légitimité. En effet, deux intérêts privés sont indéniablement en conflit.

226.- Néanmoins, Jean-Pierre MARGUÉNAUD et Jean MOULY[527] soulignent que l'obligation positive de protéger lorsqu'elle est abordée par le biais du principe de « *proportionnalité privatisée* »[528] est limitée. Ils relèvent en effet que cette obligation est freinée, car si elle *« n'a pu être admise qu'après la mise en œuvre, en amont, du principe de proportionnalité inversée, nécessaire pour s'assurer que la diffusion dans les relations privées du droit de l'homme considéré n'entraînerait pas de trop graves bouleversements pour la société tout entière, il serait à première vue surprenant que le principe de « proportionnalité privatisée »*[529] *puisse jouer en aval pour étouffer dans l'œuf ce qui vient juste d'être admis »*[530].

Pour autant, dans le cadre de l'interprétation du contrat, et toujours dans cette volonté de valoriser les intérêts réellement en conflit des parties, cette considération doit être nuancée. En effet, l'interprétation d'un contrat privé par le juge européen ne semble pas outre mesure pouvoir entraîner « de trop graves bouleverssements » pour la société au regard du cadre privé et restreint dans lequel s'inscrit la relation des parties. En outre, comme nous le développerons dans la suite de l'étude, la présence de l'État devant le juge européen relativement à la question de l'interprétation du contrat doit être amoindrie, ce qui limite du même coup la considération de ces auteurs pour le principe de la proportionnalité inversée.

227.- De manière générale, lorsque la question de l'interprétation du contrat se pose devant le juge européen, et bien que cette situation soit encore rare, la Cour EDH - bien que la jurisprudence soit encore discrète - utilise le principe de proportionnalité classique. En effet, bien que le juge européen joue une influence sur l'interprétation du contrat, l'État reste encore seul condamnable, ce qui implique que le juge passe nécessairement par son intermédiaire. Le juge européen devrait favoriser une certaine autonomie lorsqu'il applique le principe de proportionnalité pour opérer un balancier entre intérêts privés. Lorsque l'interprétation se fait

[526] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, (v. note 191).

[527] J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, *op. cit. (*v. note 203).

[528] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, (v. note 191).

[529] *Ibid.*

[530] J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, *op. cit. (*v. note 203).

au travers du prisme des droits fondamentaux, une précaution à cette démarche de valorisation a pu être soulignée en raison de la part de subjectivité qui les caractérise. En effet, l'équilibre trouvé - du fait de la mouvance des droits fondamentaux - peut être instable, irrégulier. *« La balance des intérêts est peut-être une manière de poser les questions non de les résoudre (…) et les solutions qui s'en évincent ne sont toujours que des arrangements instables (…) »*[531].

La proportionnalité apparaît néanmoins comme un outil indispensable à la résolution d'un litige opposant deux intérêts privés et qu'il convient de mettre en œuvre et d'adapter dans le cas où le juge européen interprète directement un contrat.

Le droit interne, au travers du droit du travail permet, en parallèle des réflexions doctrinales, de justifier de l'importance de l'utilisation de la proportionnalité lorsqu'il s'agit d'interpréter un contrat qui confronte deux intérêts privés. En ce sens, une valorisation des parties au contrat est recommandée et une reconsidération des intérêts réellement en conflit privilégiée.

§ 2. L'inspiration légale

228.- Nous avons pu observer dans des développements antérieurs que le juge interne utilisait la proportionnalité pour interpréter le contrat de travail[532]. Il applique à partir de l'article L. 1121-1[533] du Code du travail[534] la proportionnalité dans les relations de travail unissant le salarié à l'employeur[535]. D'ailleurs, la suggestion d'une application d'un principe privatisé de la proportionnalité provient du juge interne [536], avant même que la Cour EDH[537] ne l'ait envisagé.

---

[531] C. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS, *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 175.

[532] v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2, II.

[533] Ancien article L. 120-2 du Code du travail.

[534] Selon cette disposition, « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

[535] B. GENIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail, De l'exigence au principe*, Thèse, Lyon, 2007.

[536] Cass. soc., 12 janvier 1999, *SPILEERS c. SARL OMNIPAC*, *D.* 1999, p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; *RTD civ.* 1999, p. 358, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 1999, p. 395, J. MESTRE ; RJPF 1999, n° 3, p. 8, E. GARAUD, Dr. soc. 1999, p. 287, J.-E. RAY ; RJS 1999, p. 94, p. 94, J. RICHARD de la TOUR ; *Cah. soc. Barreau de Paris*, année, n° 110, A, 25, p. 159, R. WINTGEN.

[537] Cour EDH,12 juin 2003, *VAN KUCK c. Allemagne*, req. n° 35968/97, *RTD civ.* 2004, p. 361, obs. J. P. MARGUÉNAUD ; *RDC* 1er juillet 2004, n° 3, p. 788, obs. A. DEBET.

Le contrat de travail est sans nul doute le seul acte à l'égard duquel le juge français s'attelle à la formulation d'un tel raisonnement et dans lequel l'idée de proportionnalité entre les intérêts en jeu est présente. Les juridictions internes, sur la base de l'article L. 1121-1 du Code du travail, appliquent un contrôle de proportionnalité entre intérêts privés. Le contrat de travail illustre cette démarche à travers la clause de mobilité domiciliaire ou de domiciliation et la clause de non-concurrence[538]. C'est ainsi qu'une clause de mobilité géographique insérée dans un contrat de travail et acceptée par l'employé peut être valable, sous certaines conditions de proportionnalité notamment, même si elle semble nuire au droit au respect à la vie privée et familiale du salarié.

L'utilisation de la proportionnalité lorsque deux intérêts privés se confrontent est importante, d'autant plus lorsque des droits fondamentaux sont en jeu, car elle permet, de ne pas orienter *a priori* l'issue du litige. C'est ainsi qu'une clause de mobilité géographique insérée dans un contrat de travail et acceptée par l'employé peut être valable, sous certaines conditions de proportionnalité notamment, même si elle semble nuire au droit au respect à la vie privée et familiale du salarié.

Ainsi, la fondamentalité des droits ne pouvant entraîner une expansion à l'infini des droits du salarié face aux exigences de l'employeur, le principe de proportionnalité s'applique à la matière afin d'opérer un balancement entre les intérêts de l'entreprise et les intérêts personnels du salarié. *« Cette conciliation particulièrement sensible en droit du travail est due à l'antagonisme originel d'intérêts entre employeur et salarié* »[539].

Le juge européen devrait reconsidérer la manière dont il aborde les conflits qui sont portés devant lui, et qui ont - certes de manière indirecte - une nature privée. L'influence constatée des droits fondamentaux sur l'interprétation du contrat ne peut pas être cohérente et acceptable si le juge feint de ne départager, comme à son habitude, qu'un intérêt privé de l'intérêt général.

[538] Cass. soc., 31 mai 2006.

[539] M. PELLEGRIN et J. TRESCA, « Droits fondamentaux et droit du travail », *AEDSN*, 26 mars 2010.

SECTION 2. LA CONSIDÉRATION DES PARTIES EFFECTIVEMENT EN CONFLIT

229.- L’utilisation par le juge européen d’un principe de proportionnalité adapté prenant en compte les intérêts privés des deux contractants est encouragée. Le juge européen interprète le contrat. Il faut dès lors que les intérêts des contractants, de la confrontation desquels a découlé le sens de l’acte contractuel, soient à la fois pris en compte, mais également bien identifiés.

Or, on peut douter de la capacité du juge européen à pouvoir les identifier. On peut considérer en revanche que seules les parties sont véritablement en mesure de connaître ces intérêts et de les identifier comme tels, puisqu’il s’agit des leurs, de ceux qu’elles ont mis en avant et qui justifient l’existence même du contrat. Dès lors, une problématique de taille émerge entre l’importance de prendre en compte les intérêts des parties et de les identifier, et la procédure de la Cour EDH, qui est prévue pour régler des litiges de nature verticale. Dès lors, seul l’État et le cocontractant requérant se retrouvent devant le juge européen. Alors que le litige opposait deux individus au niveau interne - et que l’un d’eux, suite à la décision d’interprétation interne saisit le juge européen - seul l’État et l’autre contractant son présents pour se défendre. En effet, en vertu de l’’article 34 de la Convention EDH, *« la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».*

Concrètement, le contractant qui saisit le juge européen se plaint devant la Cour EDH d’une violation à l’un de ses droits fondamentaux, violation portée par son contrat, soit du fait d’une clause, soit du fait d’une norme interne applicable au contrat et qui en pervertit dès lors le sens. Par cette démarche, il marque son insatisfaction de la décision d’interprétation qui a été prise par le juge interne.

La détermination de la place qu’occupe l’État dans ce cadre est plus délicate à dégager. Quels intérêts défend-il dans ce contexte ? On peut imaginer qu’il va tenter de démontrer que la violation avancée ne peut lui être imputée - la procédure européenne ne

pouvant s'exprimer que dans ce cadre d'une imputabilité de la responsabilité étatique - soit qu'il ait suffisamment protégé le contractant requérant, soit que la violation dont ce même contractant se plaint était justifiée. Mais pourrait-il endosser le rôle de défenseur du contractant absent ? En effet, protecteur de l'intérêt général, mais se devant dans un même temps - en vertu de l'article 1er de la Convention EDH - de protéger les droits et libertés d'autrui, la question a été soulevée de savoir sur quel terrain il allait se situer dans le litige. Du fait de cette confusion, la présomption d'une mauvaise représentation du contractant absent a été soulevée[540].

Au regard des décisions - même rares - qui ont pu être prises par le juge européen et qui ont consisté à appliquer directement les droits fondamentaux pour interpréter un contrat privé, on pourrait imaginer de s'appuyer sur certains mécanismes prévus par la Cour EDH et qui permettraient, appliqué à ce contexte très particulier, de valoriser davantage une juste identification des intérêts exprimés dans le contrat, pour toucher au plus près au sens qu'on voulu lui donner les parties. En effet, la question n'est pas de créer une procédure dans le cadre particulier de l'interprétation d'un contrat par le juge européen, d'abord parce que cette démarche est encore très rare, ensuite parce qu'il ne revient pas au juge européen d'intervenir dans les relations privées, encore plus sur la question de l'interprétation qui exprime une volonté privée certaine. Néanmoins, et parce que le juge a montré qu'il se donnait le pouvoir d'intervenir de la sorte, il faut réfléchir à des pistes « les moins pires » qui permettraient d'améliorer, avec les outils qui existent - la création ou l'invention d'outils différents au niveau européen ne ferait que valoriser et accroître une telle démarche d'intervention - l'identification de ces intérêts. Dans la mesure où il nous semble que les parties sont les mieux placées pour le faire, réfléchir à la mise en œuvre de la technique de la tierce intervention - prévue par la Convention EDH - pourrait peut-être constituer une base de réflexion intéressante.

Dans l'hypothèse où la technique de la tierce intervention (§ 1) permettrait à un contractant évincé de la procédure européenne d'intervenir devant Strasbourg pour se positionner dans le cadre de l'interprétation de son contrat, il faudrait déterminer dans quelles mesures cette intervention serait possible et légitime précisément dans le cas où le juge européen applique directement les droits fondamentaux pour interpréter un contrat (§ 2).

[540] B. MOUTEL, *op.cit.* (v. note 74), n° 196 et suiv.

§ 1. L'existence de la tierce intervention en général

230.- La technique de la tierce intervention a été introduite en deux temps.

Tout d'abord, le Protocole n°11 à la Convention EDH, entré en vigueur le 11 novembre 1998 a permis d'introduire la première modalité d'exercice de la tierce intervention. À travers son paragraphe premier, l'article 36 autorise la tierce intervention aux États. Il dispose en effet que *« dans toute affaire devant une chambre ou la Grande Chambre, une Haute Partie contractante dont un ressortissant est requérant a le droit de présenter des observations écrites et de prendre part aux audiences »*. Cette prérogative est prévue pour les personnes dans le deuxième paragraphe de l'article 36. « *Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la Cour peut inviter toute Haute partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences* ». Depuis que l'article 36 § 2 a été intégré à la Convention EDH, la tierce intervention peut prendre la forme d'observations écrites, ou bien peut permettre à un tiers de prendre part à l'audience à l'oral.

Ensuite, le protocole n°14 à la Convention EDH, entré en vigueur le 1er juin 2010, a ajouté un paragraphe 3 à l'article 36 de cette dernière, instituant le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe. Ce dernier est ainsi libellé : *« Dans une affaire devant une Chambre ou la Grande Chambre, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe peut présenter des observations écrites et prendre part aux audiences* ». Son rôle peut être déterminant dans cette procédure. Sa compétence est large et lui confère un pouvoir important, « *comme s'il lui était désormais reconnu le rôle de gardien attitré de l'ordre public européen en matière de droits de l'homme »*[541].

« L'objectif recherché est d'apporter à la Cour un éclairage nouveau sur les enjeux de l'affaire qu'elle a à trancher, original par rapport à celui des parties, et qui lui permettra de rendre une décision meilleure, parce que mieux informé »[542].

[541] M. de SALVIA, « La tierce intervention dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme : un moyen hybride, aléatoire et novateur », in *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé* E. DECAUX et C. PETTITI (dir.), Droit et Justice n°84, Bruylant, 2008, p. 23.

[542] O. de SCHUTTER, « La réforme des mécanismes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme. État des lieux et perspectives d'avenir », *courrier hebdomadaire du C.R.I.S.P.*, n° 1512-1213, 1996, p. 45.

231.- Dans les faits, bien que sa création ne soit plus vraiment récente, on observe que la technique de la tierce intervention a mis du temps à être mise en œuvre. Peu employée, elle commence néanmoins, depuis quelques années seulement à susciter un intérêt grandissant manifesté à la fois à travers l'action des tiers eux-mêmes - on constate une augmentation du nombre de requêtes devant la Cour EDH - mais également auprès de la doctrine et des praticiens du droit en général[543].

En pratique, il semblerait que sa mise en œuvre ne soit pas valorisée à l'égard des tiers, dans la mesure où leur information d'une requête en cours doit être volontaire, et se limite aux notes d'information du greffe[544]. En revanche, lorsque c'est un État qui souhaite intervenir en tant que tiers dans la procédure, le greffier communique en même temps une copie de la requête à toute autre Partie contractante dont un ressortissant est requérant dans la cause.

232.- La technique de la tierce intervention existe aussi en droit français, bien qu'elle se distingue de celle prévue devant la Cour EDH.

L'article 66 du NCPC définit l'intervention, laquelle a pour objet de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires. La place accordée à ce dernier apparaît donc plus importante que dans le cadre de la procédure de la Convention européenne. En outre, l'article 325 du NCPC prévoyant le régime de cette intervention dispose qu'elle n'est recevable que dans la mesure où elle serait rattachée aux prétentions des parties par un lien suffisant.

Dans l'hypothèse où la technique de la tierce intervention permettrait à un contractant évincé de la procédure européenne d'intervenir devant Strasbourg, il faudrait déterminer dans quelle mesure cette intervention serait possible et intéressante, au regard de l'interprétation. Il faut en effet se baser sur la procédure qui existe, puisque l'on doute qu'une procédure spécifique au cas du cocontractant évincé soit mise en œuvre - serait-elle d'ailleurs justifiée au regard du rôle normal de la Cour ? - et que la valorisation d'un traitement des litiges d'interprétation par le juge européen d'une manière générale n'est pas encouragée. Mais, puisque cette intervention du juge européen dans l'interprétation existe, rien ne sert de la nier.

[543] Cf par ex. E. DECAUX et C. PETTITI (dir.), *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé*, Droit et Justice n° 84, Bruylant, 2008

[544] En outre, la possibilité d'une action est limitée dans le temps puisqu'ils disposent d'un délai de 12 semaines suivant la date de communication de la requête à la partie défenderesse.

Envisageons dès lors la meilleure manière de la mettre en œuvre, dans le souci de préserver, à chaque instant, l'intérêt des contractants.

§ 2. L'intérêt de la tierce intervention dans l'interprétation

233.- Pour mesurer l'intérêt d'une mise en œuvre de la tierce intervention lorsque le juge européen interprète le contrat, nous sommes obligés de nous placer dans les conditions actuelles d'application de ce mécanisme prévu par la Convention EDH, même si ces règles ont été posées dans le cadre du règlement d'un litige vertical. Cette transposition permettra d'apprécier si en l'état de la procédure, telle qu'elle est conçue et organisée aujourd'hui, on peut y inclure les situations dans lesquelles l'interprétation du contrat serait concernée.

La réflexion ne porte pas sur une volonté de modifier la procédure existante, ni même de modifier la substance même de son domaine d'intervention aux relations verticales pour lesquelles elle a été créée. Ni même encore d'en créer une distincte qui serait spécifiquement adaptée au cas de l'interprétation. C'est pourquoi, à la lecture de l'article 36 et au regard des conditions procédurales existantes, il faut se demander si on pourrait y inclure hypothétiquement - et de manière exceptionnelle - les litiges relatifs à l'interprétation du contrat.

234.- Si l'on se place dans le cadre d'une conception large de l'interprétation - c'est-à-dire dans le cas où le juge européen aurait interprété le contrat en se fondant sur la loi interne qui aurait perverti le sens de l'acte - qu'est-ce qui pourrait justifier et rendre légitime une telle intervention ? Doit-on considérer que le contractant absent aurait un intérêt suffisamment légitime à venir expliquer devant la Cour le sens du contrat - en fonction de ses propres intérêts -, sens qui viole la Convention du fait d'une loi[545].

On peut imaginer que son intervention ne constituera pas un apport de taille au-delà de ce que la procédure permet déjà. En effet, en vertu de la possibilité offerte par l'article 36 § 3 de la Convention EDH de faire intervenir le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, ce dernier défend l'intérêt général. On pourrait imaginer que par les effets qu'elle produit - à plus forte raison si de nombreux contrats se sont appuyés sur elle - l'intérêt général peut être concerné.

[545] Cette loi sur laquelle le contrat s'appuie, et dont en découlent les obligations contractuelles, viole la Convention EDH, et pervertit ainsi le sens du contrat.

Dans le cadre vertical, c'est une situation dans laquelle le Commissaire est tout à fait susceptible d'intervenir. *« Un tel éclairage devrait être bénéfique au travail des juges, en particulier s'agissant de requêtes mettant en évidence des lacunes structurelles ou systématiques au sein des États défendeurs »*[546]. Puisque l'interprétation est entendue ici de manière large, et donc que l'État a sa part de responsabilité du fait que le sens du contrat est non conforme à la Convention, on se trouve, certes dans une relation horizontale, mais dans laquelle certains aspects, du fait du rôle qu'a pu jouer l'État, s'apparentent à la sphère verticale. On peut penser que le juge européen, lorsqu'il interprétera le contrat dans ce cadre, est en mesure d'aborder de manière satisfaisante la norme interne litigieuse, et que l'intérêt pour le contractant absent d'intervenir dans l'objectif de maximiser l'identification de son intérêt exprimé par le sens du contrat est moindre.

235.- Si l'on se place dans le cadre d'une conception stricte de l'interprétation - c'est-à-dire d'une interprétation rendue par le juge européen et qui aurait eu pour objet de définir le sens d'une clause contractuelle - qu'est ce qui pourrait justifier et rendre légitime et intéressante une telle intervention ? On peut imaginer, au regard du fort caractère personnalisé unissant les individus, que l'un comme l'autre, attache un intérêt propre qui s'exprime dans ce contrat en particulier. L'intérêt de pouvoir exprimer le sens qu'ils ont affecté au contrat prend dans ce contexte une autre dimension. Quel sens donnent-ils à la clause litigieuse en particulier - sens littéral et/ou sens renfermé. Quelle importance lui attribuent-ils ? Constitue-t-elle un élément déterminant ou accessoire du contrat ? Auraient-ils contracté si cette clause n'était pas présente ?

Si l'on se positionne dans les conditions actuelles de la procédure de tierce intervention, aucun mécanisme ni aucun autre individu ou organe rattaché à la Cour ne permettrait de défendre les intérêts du contractant absent puisque personne ne pourra jamais savoir mieux que lui le sens qu'il a attribué à la stipulation. L'État ne peut pas le savoir, le contractant requérant défendra souvent un intérêt opposé.

La procédure de la tierce intervention pouvant se manifester sous la forme orale ou écrite, on peut sans doute trouver un intérêt à ce que le contractant - celui qui n'est pas représenté devant le juge européen - exprime le sens qu'il a personnellement attribué à la clause, favorisant ainsi une meilleure identification de chaque intérêt des parties. Pour que l'interprétation du juge européen soit la plus cohérente et la plus juste possible, si elle venait à

[546] M. EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse Paris, 2004, p. 198.

être renouvelée - alors pourtant qu’elle ne relève pas de sa compétence -, une telle prise en compte pourrait être intéressante.

CONCLUSION CHAPITRE 1

236.- L'action perfectible du juge européen dans la détermination de l'influence.- La manière dont le juge européen influence l'interprétation du contrat par le biais des droits fondamentaux dans le contrat est perfectible. En effet, différents éléments sont susceptibles d'être améliorés, qui auraient pour effet de donner davantage de crédibilité et de cohérence à son action. Cette influence ne peut être niée - la question de son existence ne se pose même plus - et n'aura sans doute pas tendance à décroître. Ainsi, il apparaît plus cohérent de l'adapter - sans pour autant perdre de vue que le règlement des litiges d'interprétation doit être privilégié au niveau interne.

237.- L'adaptation de la décision européenne d'interprétation.- Il est important que les intérêts réellement en conflit dans le cadre de l'interprétation - c'est-à-dire ceux de deux individus - soient davantage pris en compte, mieux identifiés. Les deux contractants poursuivent à travers le sens qu'ils ont conféré à l'acte des intérêts différents qu'il faut mettre en avant pour pouvoir effectivement les confronter et influencer une interprétation qui soit la plus juste possible. L'identification de ces intérêts et leur mise en œuvre passe par l'utilisation du principe de proportionnalité. Conçue devant le juge européen pour s'appliquer dans un litige vertical, la valorisation d'une application davantage axée sur les intérêts particuliers des contractants est envisagée. Pour le moment, le juge européen applique la « *proportionnalité privatisée* »[547] de manière trop aléatoire pour considérer qu'une nouvelle manifestation de ce principe est consacrée. Dès lors, une réflexion s'impose dans le but que le juge européen attribue au principe de proportionnalité une certaine autonomie et différenciation par rapport au principe de proportionnalité classique, qui a été créé pour limiter les atteintes des autorités publiques aux droits fondamentaux des individus.

Il est important également dans le cadre d'une adaptation de la décision européenne d'interprétation de valoriser une plus grande considération des parties effectivement en conflit, puisque la procédure européenne - envisagée pour les relations verticales - ne prévoit devant le juge européen que la présence de l'État et d'un individu. À ce sujet, l'étude s'est

[547] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, (v. note 191).

portée sur la technique de la tierce intervention - mécanisme existant déjà devant la Cour mais dans le cadre des relations verticales - pour savoir dans quelles mesures elle pourrait, dans des circonstances exceptionnelles - la jurisprudence en la matière est encore rare, et il n’est pas envisagé d’encourager le traitement des litiges d’interprétation au niveau européen - permettre au contractant évincé de la procédure de faire-valoir ses intérêts. Il semble en effet, surtout dans le cadre d’une conception stricte de l’interprétation, que l’importance et le sens qu’à pu accorder un contractant à la présence d’une clause particulière dans le contrat mérite qu’il ait la possibilité de l’exprimer.

La nécessité d’une valorisation des contractants dans la décision d’interprétation devrait également passer par une plus grande effectivité de cette décision. Soulevé par la doctrine à l’égard du contrat en général, ce débat pourrait avoir un intérêt particulier dans le cadre de l’interprétation du contrat, différent en fonction de la conception retenue de l’interprétation.

CHAPITRE 2

L'EFFECTIVITÉ DE LA DÉCISION EUROPÉENNE D'INTERPRÉTATION

238.- Les droits fondamentaux peuvent jouer une influence immédiate sur l'interprétation du contrat[548] par le biais de l'effet horizontal indirect. « *Il est certain que la reconnaissance de l'effet immédiat de l'arret rendu par la Cour EDH serait le moyen le plus approprié pour réparer la violation* »[549]. Pour autant, et au regard des difficultés et des conséquences importantes qu'un effet immédiat de l'arrêt en droit interne susciterait, la question de sa légitimité se pose. La question est débattue en doctrine. Certains auteurs avancent comme une exigence, la nécessité de réexaminer l'affaire au niveau interne[550]. Au regard des arguments avancés dans le débat, et sans défendre une position aussi tranchée *a priori*, nous envisagerons la possibilité d'une telle démarche, cette fois-ci sur le front de l'interprétation du contrat.

239.- Alors même que l'absence d'un réexamen de la décision interne suite au jugement européen ne peut être qualifiée de *« scandaleuse »*[551], il apparaît surprenant que l'effectivité des droits fondamentaux sans cesse promue par le juge européen soit ainsi stoppée. Actuellement, *« le requérant individuel qui saisit les instances européennes combat donc exclusivement pour le droit, l'honneur des principes et l'amélioration de la situation de ceux qui pourront ensuite s'engouffrer dans la brèche qu'il aura fait ouvrir »*[552]. En effet, le litige entre les contractants initialement horizontal - doté d'apparence verticale devant le juge européen - ne retrouve pas cette caractéristique suite au jugement européen. Une importance

[548] v. Partie 1, titre 1, chapitre 2.

[549] J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 3ème éd. LGDJ, 2003, p. 541, n° 415.

[550] B. MOUTEL, *op. cit.* (v. note 74), n° 323. La solution proposée est envisagée par l'auteur de manière générale pour le droit privé ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'instauration d'une procédure de révision des décisions définitives déclarées contraires à la CEDH par la Cour de Strasbourg », in J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour EDH des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, Paris, 2001, p 209.

[551] J.-P. MARGUÉNAUD, *Ibid.*

[552] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit. (*v. note 192), p. 209.

considérable est en ce sens accordée à la Cour EDH, devant laquelle s'arrête définitivement le règlement du litige, ce qui tend à l'instituer en quatrième degré de juridiction[553].

240.- L'importance attribuée au contractant satisfait devant Strasbourg - alors pourtant que le litige est de nature privée et que le juge interne l'avait condamné - engendre une certaine incohérence. En cela, les arrêts rendus par la Cour EDH « *modifient faiblement le sort du requérant individuel et enrichissent considérablement la Convention* »[554]. Un paradoxe se dessine entre d'un côté la volonté du juge européen de protéger les droits fondamentaux, et d'autre part cette perte d'intérêt pour les contractants. Alors même que le droit interne devra au fil du temps se plier aux recommandations européennes, le contractant à l'origine de la requête ne peut pas bénéficier directement des avantages que la décision pourrait lui procurer au niveau interne. D'autre part, le contractant absent à la procédure, quelque soit le fond de la décision européenne ne sera pas non plus intéressé par le sort qui est réservé à l'interprétation de son contrat.

Après avoir apprécié la légitimité d'une valorisation de la décision européenne d'interprétation au niveau interne, par le biais des divers apports de la jurisprudence et de la doctrine (section 1), il conviendra d'envisager la manière dont cette question peut être abordée précisément sur le front de l'interprétation du contrat (Section 2).

[553] Cf. par ex. F. SUDRE, *op. cit.* (v. note 18), p. 380, n° 212-3.

[554] J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 3ème éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005.

SECTION 1. LA MESURE DE L'EFFECTIVITÉ

241.- La question de l'effectivité de la décision européenne d'interprétation en droit interne, constitue une piste de perfectionnement de l'influence des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat. Elle consisterait concrètement à étendre la portée de la décision du juge européen au niveau interne en réexaminant la décision d'interprétation opérée par le juge interne. Les éléments avancés à l'égard d'une telle démarche, cette question étant débattue par la doctrine, doivent d'abord être cernés (§ 1) pour envisager de la faisabilité d'une telle procédure dans le cadre de l'interprétation du contrat (§ 2).

§ 1.Une effectivité freinée

242.- On peut considérer *a priori* que le seul obstacle véritable qui pourrait discréditer cette piste se retrouve à travers un des principes importants du droit interne (I). Pourtant, on peut considérer *a posteriori*, au regard de l'influence directe que le juge européen a parfois fait jouer aux droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat, que cet obstacle doit être tempéré. Le seul obstacle véritable qui peut discréditer cette piste se retrouve à travers le respect du principe de l'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internes. Pourtant, divers éléments de l'action européenne tendent à démontrer que cette autorité de chose jugée en droit interne est largement dépassée (II).

I. Une effectivité contrainte *a priori* par l'autorité de chose jugée du droit interne

243.- Précisons dès à présent que cette réflexion qui invite à reconsidérer totalement nos pratiques traditionnelles, et la valeur et le rôle que l'on attache aux juridictions nationales de manière générale doit être nuancée. Les inquiétudes face à l'atténuation de l'autorité des décisions nationales sont légitimes puisque ce principe garantit la sécurité juridique et permet de limiter les lenteurs procédurales. Mais ce doute doit être relativisé dans la mesure où peu de litiges horizontaux sont portés devant les instances européennes, encore plus en matière

d'interprétation. Le réexamen des décisions civiles aurait pour avantage de mettre en œuvre un système de protection des droits de l'homme qui soit « *complet, effectif, efficace, cohérent, lisible et compréhensible* »[555].

244.- Le jugement rendu par les juridictions internes est doté de l'autorité de la chose jugée et ne peut pas, en vertu de cette caractéristique, être remis en cause. L'article 1351 du Code civil dispose que *« l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».*

Les décisions rendues par les juridictions ont autorité de chose jugée, c'est-à-dire que l'on considère qu'elles représentent la vérité[556]. Une fois le jugement rendu, et toutes les voies de recours ayant été mises en œuvre, la décision ne peut plus être remise en cause. Ainsi, il ne paraît pas possible qu'une procédure soit rouverte, suite à un arrêt de la Cour EDH.

Pourtant, cette autorité de chose jugée semble dépassée par le juge européen.

II. Une effectivité dépassée *a posteriori* par le juge européen

245.- Divers arguments tendent à démontrer que l'autorité de chose jugée du droit interne est dépassée. Le principe de l'autorité de chose jugée dont sont revêtues les décisions internes est battu en brèche aujourd'hui. Lorsque l'affaire est portée devant le juge européen, elle perd sa caractéristique horizontale et confronte l'État à l'un des contractants. On constate dès lors une modification de la représentation des parties. La demande ne joue pas entre les mêmes parties. Elle n'est pas fondée sur la même cause. Au niveau interne, le contractant se plaint de l'action de son cocontractant à travers le contrat. Au niveau européen, le contractant ne peut que se plaindre de l'action de l'État. L'autorité de chose jugée n'aurait donc plus lieu de jouer pour ce litige qui, dès lors qu'il est passé devant le juge européen, n'a plus la même nature. On peut donc estimer que lorsqu'il revient au niveau interne, ce n'est plus le même litige et donc que l'autorité de la première décision ne peut plus lui être appliquée.

[555] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La réouverture d'une instance juridictionnelle administrative après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme », *RFDA* 2005, p. 165.

[556] Cf. l'adage « res judicata pro veritate accipitur ».

De fait, le principe de l'autorité de chose jugée est affaibli quand une décision interne est contredite par Strasbourg. Après l'intervention de la Cour EDH constatant une violation du droit conventionnel - que celle-ci émane d'une action ou d'une abstention étatique - l'autorité de la chose jugée et l'idée de vérité qu'elle contient sont atteintes. La préservation de l'autorité de la chose jugée par les juridictions internes se justifiait dans « *un ordre juridique clos sur lui-même* »[557]. Mais l'on ne peut aujourd'hui rester campé sur ces opinions. Il est nécessaire « *de prendre en compte, avec conviction, les normes conventionnelles européennes, y compris lorsqu'elles ont pour effet de bouleverser nos pratiques et nos traditions internes* »[558].

246.- D'autres arguments tendent à montrer le pouvoir que la jurisprudence européenne joue sur les décisions internes. Puisque le juge européen est en mesure de contredire une décision interne, on peut considérer que le principe de l'autorité de la chose jugée est atteint. Or, le droit pénal est la seule branche du droit à prévoir une exception à l'autorité de chose jugée. Certains systèmes étrangers prévoient également cette procédure.

§ 2. Une effectivité envisagée

247.- On pourrait déduire de certaines actions du juge européen certains éléments laissant penser que réexaminer l'affaire au niveau interne n'est pas impossible (I). En outre, l'hypothèse d'un tel réexamen a été également abordée en droit interne (II).

I. Les arguments déduits de l'action du juge européen

248.- Bien que la jurisprudence rendue par la Cour EDH ne pose pas nécessairement la question du réexamen des décisions internes, la seule constatation du renforcement de l'autorité de ces arrêts vient appuyer cette piste de réflexion. Il semble que la jurisprudence

[557]J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit. (*v. note 555), p. 165.

[558]J.-P. DINTILHAC, « Confrontation entre le Code de procédure civile et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » in J. FOYER et C. PUIGELIER (dir), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006, p. 415.

européenne - outrepassant les pouvoirs que lui confère la Convention EDH - joue et sera amenée à jouer un rôle déterminant en droit interne[559].

249.- On peut s'appuyer sur l'interprétation même de l'article 6 de la convention EDH que réalise le juge européen pour considérer que cette piste de réflexion pourrait être envisageable. Les développements relatifs à cet article mettent en avant le droit d'accès à un tribunal[560]. La sécurité juridique protégée suppose que « *la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause* »[561]. Cette approche pourrait laisser penser que la décision interne ne doit pas être remise en cause. Pourtant, ces mêmes développements relatifs à l'article 6 valorisent le droit pour chaque individu à une décision tranchant définitivement le litige. En ce sens, on peut imaginer que la décision européenne relative au contrat, et qui influe par la suite sur la situation des contractants - surtout que l'un d'eux est absent de la procédure - ne constitue pas une solution tranchée au litige, sans revenir au niveau interne.

L'article 46-1 de la convention EDH qui dispose que *« les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties »* peut également laisser penser que suite au jugement européen, lequel concernerait une décision interne, celle-ci devrait être réenvisagée.

En outre, l'arrêt VERMEIRE[562], lequel sanctionne l'absence d'exécution immédiate par un État de l'arrêt européen, pourrait laisser penser que l'État pour répondre favorablement à cette jurisprudence soit obligé de passer par la révision de la décision interne pour laquelle sa responsabilité a été engagée.

Certains éléments ont été développés également au niveau interne.

[559] v. Partie 1, titre 1, section 2, § 2.

[560] Cour EDH, 21 février 1975, *GOLDER c. Royaume-Uni*, série A n° 18. *AFDI* 1975, p. 330, obs. R. PELLOUX ; *GACEDH*, n° 25, comm. A. GOUTTENOIRE.

[561] Cour EDH, 28 octobre 1999, *BRUMARESCU* c. Roumanie, § 61.

[562] Cour EDH., 29 novembre 1991, *VERMEIRE c. Belgique*, série A, n° 214-C, *RTDH* 1992, p. 211, obs. F. RIGAUX.

II. Les arguments développés au niveau interne

250.- Le droit interne français, mais également certains systèmes juridiques étrangers ont abordé la question de la mise en place d'une procédure de réexamen au niveau interne suite à un jugement de la Cour EDH (A). Une partie de la doctrine n'est pas restée étrangère à ce débat (B).

A. Les arguments posés par le droit

251.- Le droit interne lui-même a déjà prouvé, au travers de sa branche pénale, que l'instauration d'une procédure de réexamen était possible. Le droit français dans sa branche pénale prévoit une exception à l'autorité de chose jugée, en prévoyant qu'il est possible de contourner cet obstacle pourtant jugé irréfragable en réexaminant l'affaire jugée à Strasbourg, au niveau interne. Pourquoi, dès lors, ne pas l'appliquer à l'interprétation du contrat lorsque les droits fondamentaux sont en cause ?

Depuis la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, une procédure spécifique inspirée de la procédure de révision a été instaurée au sein du Code de procédure pénale, intitulé *« du réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour EDH des droits de l'homme ».* Il est désormais permis, dans un délai d'un an à compter de l'arrêt rendu par la Cour EDH[563], d'adresser une demande de réexamen d'une décision pénale à une commission composée de sept magistrats de la Cour de cassation[564], « *dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne pour le condamné des conséquences dommageables auxquelles la « satisfaction équitable » allouée sur le fondement de l'article 41 de la Convention ne pourrait mettre un terme* »[565]. Cette demande de réexamen peut être sollicitée par le ministre de la Justice, le procureur général près la Cour de cassation, ou bien le condamné ou ses ayants-droits en cas de décès[566]. La décision de renvoi[567] peut être l'issue choisie par la Commission si elle estime que la demande est justifiée. Cette décision de renvoi se fait envers l'Assemblée plénière de la

[563] Art. 626-3 al. 2 CPP.

[564] Art. 626-3 al. 1 CPP.

[565] Art. 626-1 CPP.

[566] Art. 626-2 CPP.

[567] Rédaction de la loi du 9 mars 2004.

Cour de cassation, ou devant une juridiction de même ordre et de même degré que celle qui a rendu la décision non conforme à la Convention EDH. La suspension de l'exécution de la condamnation peut alors être prononcée. Ainsi, le réexamen pour conformité à la Convention EDH est désormais une possibilité de remise en cause exceptionnelle de la chose jugée.

Cette évolution favorable au droit européen a satisfait la doctrine française[568] et certains déplorent d'ailleurs que cette décision ne soit pas étendue au droit privé et reste cantonnée à la matière pénale[569]. D'autres auteurs, plus réservés, condamnent l'atténuation du rôle de la Cour de cassation, mais aussi de sa suprématie[570].

Cette référence au droit pénal est intéressante, car elle permet de démontrer qu'une telle réflexion peut être engagée au niveau interne et est possible[571]. Il faut cependant apporter une nuance en précisant que, du fait de leurs différences, ce n'est pas une application par analogie que bien évidemment nous avons voulu démontrer. La caractéristique purement horizontale de la relation privée ne se retrouve pas dans ce cadre là.

252.- Certains systèmes juridiques étrangers prévoient une procédure de réexamen au niveau interne des décisions européennes[572]. Tout comme la France[573], la plupart des pays européens prévoient que l'autorité de chose jugée peut être remise en cause lorsqu'un fait nouveau intervient après que la décision définitive ait été prise. Pour autant - et comme la France le refuse elle-même - tous ne prévoient pas que cette remise en cause puisse être

[568] J. PRADEL, « Encore une tornade sur notre procédure pénale avec la loi du 15 juin 2000 », *D.* 2000, Point de vue, V-VI ; F. Le GUNEHEC, *« Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* » ; *« Quatrième et dernière partie : dispositions concernant l'application des peines et l'après*jugement », *JCP éd. G.*, 2000, Actualité pp. 1407-1410, spéc. pp. 1409-1410 ; pour une appréciation avant l'adoption de la loi, G. ROUJOU de BOUBEE et B. de LAMY, *« À propos de la création en procédure pénale d'un pourvoi dans l'intérêt des droits de l'Homme »*, *D.* 2000, Point de vue, V-VI ; « Le réexamen d'une décision de justice définitive dans l'intérêt des droits de l'homme », *D.* 2000, p. 655, J.-F. RENUCCI.

[569] J.-P. MARGUÉNAUD, « L'instauration d'une procédure de révision des décisions définitives déclarées contraires à la CEDH par la Cour de Strasbourg », in J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour EDH des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, Paris, 2001, p 229.

[570] R. de GOUTTES, « La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour EDH des droits de l'Homme », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, p. 563.

[571] Il faut rester prudent quant à la question de l'extension d'une telle procédure de réexamen au-delà du droit pénal. Le juge interne lui-même n'y étant pas forcément favorable : Cass. Soc. 30 septembre 2005, *LEMOINE c. SNCF*, *D.* 2005, 2800, obs. P.-Y. GAUTIER.

[572] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit. (*v. note 192), p. 222 et suiv.

[573] Cf. art. 620 C. pr. p. ; art. 622 C. pr. p al. 4.

générée par un arrêt de la Cour EDH. Le Danemark, la Finlande ou encore la Suède font partie des pays ayant reconnu cette possibilité. La procédure de réexamen mise en œuvre, du fait de la condamnation adressée par la Cour EDH, fait appel à la procédure de révision classique existant dans ces pays. D'autres systèmes, comme le droit espagnol, prévoient au contraire une procédure spécifique dans le cas d'un réexamen intervenant après une décision européenne. Cette procédure s'applique tant aux affaires pénales, qu'administratives, ou encore civiles. L'Autriche et le Luxembourg prévoient également cette procédure, mais uniquement en matière pénale. La Norvège et la Suisse l'appliquent en matière civile et pénale.

Partant des observations effectuées dans les autres pays européens ainsi que dans le droit interne français, et notamment en matière pénale, une partie de la doctrine avance également des arguments allant dans le sens d'un réexamen de la décision européenne en droit interne.

B. Les arguments avancés par la doctrine

253.- Certains auteurs[574] envisagent par exemple de mettre en place une voie de réexamen qui serait ouverte uniquement sur initiative du Ministère public, en fonction de la gravité de la violation, mais aussi du rôle joué devant les instances européennes par la partie qui n'était pas à l'origine de la requête. Le Professeur Jean-Pierre MARGUÉNAUD précise qu'il faudrait insérer dans le nouveau Code de procédure civile un article ainsi rédigé : « *le procureur général près la Cour de cassation peut demander la révision d'un jugement rendu par une juridiction civile quelconque lorsqu'un arrêt de la Cour EDH a établi que cette décision a été prononcée dans des conditions contraires à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ou à ses protocoles additionnels* »[575].

Le Professeur Pierre-Yves GAUTIER[576] propose quant à lui d'insérer un nouvel article 1351-1 dans le Code civil - parce que celui-ci relève du domaine de la loi alors que le code de procédure civile est réglé par décret - qui énoncerait que « *le réexamen d'une*

[574] Cf. J.-P. MARGUÉNAUD, « L'instauration d'une procédure de révision des décisions définitives déclarées contraires à la C.E.D.H. par la Cour de Strasbourg », in J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour EDH des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, Paris, 2001, pp. 208-232, spéc. p. 228.

[575] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.* p. 229.

[576] P.-Y. GAUTIER, « De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 2005, p. 2773.

décision civile définitive peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour EDH des droits de l'Homme que cette décision a été prononcée en violation des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et de ses Protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne pour l'intéressé des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable allouée sur le fondement de l'article 41 de la Convention ne pourrait mettre un terme ». Ces propositions ont l'avantage d'encourager une initiative *in concreto*, laissant ainsi une certaine marge de manœuvre à l'État en ne rendant pas systématique le réexamen.

Une réouverture du procès est donc encouragée pour revoir l'impact entre les parties. *« Il n'y a objectivement aucune raison de ne pas avoir la même attitude vis-à-vis des décisions civiles ou administratives, les mêmes causes devant logiquement produire les mêmes effets (...). Le principe affirmé par la Convention européenne des droits de l'homme est celui de l'indivisibilité des droits garantis : si aucune hiérarchie ne doit être établie pour le contenu de ces droits, il ne peut en être autrement quant à leur application concrète »*[577]. Ou encore, *« un particulier, personne physique ou morale, a perdu un procès contre un autre devant le juge français, touchant les rapports de famille, ou la presse, ou les contrats, ou les biens, ou la responsabilité civile. Après avoir épuisé les voies de recours, il saisit la CEDH et celle-ci estime que, dans l'espèce qui lui est soumise, la juridiction interne a méconnu une des dispositions de la Convention européenne, de sorte qu'elle sanctionne l'État. L'affaire s'arrête-t-elle là, du fait de l'autorité de chose jugée des décisions nationales, fussent-elles désavouées, ou bien le demandeur peut-il « revenir en France », muni de l'arrêt, afin de faire réexaminer le cas, contre son adversaire ? Avec beaucoup de prudence, c'est le second parti qui sera adopté, parce qu'il est probablement inéluctable et que les arguments contre ne sont pas complètement déterminants »*[578].

Il est « *de la responsabilité des avocats, chargés d'obtenir gain de cause pour leurs clients, de prendre l'initiative de faire pression sur les autorités internes en vue de la réouverture du procès ; leur manque d'initiative en ce sens, spécialement en France, n'est indifférent au statu quo normatif* »[579].

---

[577] J.-F. RENUCCI, « Le réexamen d'une décision de justice définitive dans l'intérêt des droits de l'homme », *D.* 2000, p. 655.

[578] P.-Y. GAUTIER, *op. cit.* (v. note 576).

[579] E. LAMBERT, « La pratique récente de réparation des violations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : Plaidoyer pour la préservation d'un acquis remarquable », *RTDH*, 2000, p. 199.

254.- Cette piste de réflexion, soulevée pour le droit privé[580] en général semble possible au regard des éléments avancés. Mais il convient maintenant de l'apprécier au regard de la question de l'interprétation du contrat, pour envisager dans quelles mesures elle pourrait être mise en œuvre et si elle comporte un intérêt.

[580] B. MOUTEL, *op. cit.* (v. note 74), n° 323.

SECTION 2. LA PORTÉE DE L'EFFECTIVITÉ

255.- C'est à travers le sens que les parties donnent à leur contrat qu'elles expriment leurs intérêts privés. Du fait de cette connotation fortement personnalisée, il ne revient pas au juge européen d'intervenir dans ces relations individuelles, lequel contrôle des relations verticales. Pourtant, et bien que la jurisprudence soit encore très discrète sur le sujet, la liberté que ce dernier a pu prendre à l'égard de l'interprétation d'un contrat impose de s'interroger sur la manière dont les intérêts des parties pourront au mieux être préservés jusque dans la sphère interne.

Dépassant cette contrariété, la priorité donnée à la protection de l'intérêt des parties doit primer, et suppose dès lors de se demander s'il serait bon d'étendre la portée de la décision européenne d'interprétation au niveau interne. Certes, l'intervention du juge concernant l'interprétation est encore rare, mais suffisamment bouleversante pour justifier que l'on se pose la question, à laquelle les éléments qui pourront être mis en avant seront nécessairement empiriques.

256.- Aborder la question du réexamen dans le cadre de l'interprétation suppose de distinguer parmi les rares décisions, ce qui les caractérise. Quel type d'interprétation rend le juge européen ? Dans quelle mesure s'est-il substitué au juge interne ? Dans quelle mesure a-t-il reconnu la responsabilité de l'État ? Se place-t-il dans un litige purement vertical ou prend-il en compte le rôle des parties dans la violation du droit fondamental ?

La jurisprudence étudiée a montré que le juge européen pouvait intervenir directement dans l'interprétation en condamnant l'interprétation réalisée par l'État, voire même en se substituant à lui[581]. Au sein de cette jurisprudence, deux éléments peuvent être distingués, à partir desquels on peut penser que l'idée d'une application de la décision européenne d'interprétation au niveau européen sera appréhendée différemment.

En effet, selon que l'interprétation de la Cour EDH révèle que l'atteinte au droit fondamental est due à un dysfonctionnement ponctuel (par exemple une mauvaise interprétation d'une clause contractuelle par le juge interne) ou bien à un dysfonctionnement

[581] v. Partie 1, titre 1, chapitre 2.

structurel (par exemple la présence d'une loi sur laquelle s'appuie le contrat, et qui détermine son sens et les obligations qui en découlent), l'intérêt pour la question divergera.

257.- Dans l'hypothèse où le juge européen ne condamnerait pas l'État, cela signifierait-il que la clause contractuelle et l'interprétation qui en avait été donnée par le juge interne attribuent au contrat un sens conforme à la Convention EDH ? En est-il de même s'il s'agit d'une loi ? Est-ce pour autant que l'atteinte qui est invoquée par le requérant à Strasbourg perd de sa légitimité ?

Qu'il s'agisse pour le juge européen d'analyser la conformité de l'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux du fait d'une loi interne ou d'une clause insérée au contrat dont il faut déterminer le sens, si la responsabilité de l'État n'est pas reconnue, alors le réexamen de l'affaire au niveau interne ne devrait pas avoir lieu. En effet, la nécessité de mettre en place une procédure de réexamen est largement atténuée dans ce cas, attendu que la situation des parties reste inchangée. Le jugement européen alors même qu'il passe par l'intermédiaire de l'État confirme en quelque sorte la décision d'interprétation interne d'une relation privée. Quand bien même les paramètres du raisonnement poursuivi l'ayant amené à cette décision seraient différents de ceux du juge interne, en ce qu'il ne se place pas sur le même terrain et qu'il ne juge pas de la même manière, le résultat est le même pour les parties. L'appréciation du réexamen au cas de l'interprétation ne semble dès lors avoir un intérêt que lorsque la responsabilité de l'État est engagée.

La question du réexamen dans le cadre de l'interprétation d'un contrat prend tout son sens lorsque la responsabilité de l'État est en effet engagée. Si le juge européen condamne l'État, la violation qui était alléguée par le contractant mécontent est corrélativement reconnue. Quelle portée donner à son interprétation du contrat ? Il faudra distinguer selon que l'on se trouve dans le cadre d'une interprétation révélant que la clause n'est pas conforme à la Convention EDH (§ 1), ou bien que le sens du contrat porte atteinte à la Convention du fait d'une loi (§ 2).

§ 1. L'interprétation du fait d'un dysfonctionnement ponctuel

258.- Le juge européen a montré qu'il pouvait intervenir directement dans l'interprétation du contrat lorsqu'il s'agissait de contrôler l'interprétation que le juge interne avait lui-même réalisée d'une clause insérée - et donc personnalisée - par les parties dans le contrat[582]. Les paramètres du litige sont donc très ciblés et axés sur la situation personnelle des deux contractants.

Dans ce cas, l'action du juge européen s'inscrit dans une conception stricte de l'interprétation. Celle-ci est alors entendue comme ayant pour objet de déterminer le sens d'une clause dont la confusion a engendré le litige entre les parties. C'est dans ce contexte que la démarche du juge est la plus troublante puisqu'il n'évolue absolument pas dans le domaine qui est normalement le sien. D'ailleurs, on peut présager - en tout cas faut-il l'envisager - que s'il est intervenu de la sorte, il continuera sur sa lancée.

Dans ce contexte d'une interprétation entendue strictement, la nécessité de faire jouer sa décision au niveau interne, supposant de remettre en cause l'interprétation déjà menée par le juge national est-elle judicieuse ?

259.- Il est important, au regard des caractéristiques particulières dans lesquelles s'inscrit l'action du juge européen, d'opérer un balancier entre l'intérêt particulier que pourrait avoir pour les parties le fait d'appliquer la décision en droit interne, et les conséquences générales que cela pourrait engendrer au niveau interne.

260.- L'intérêt pour les parties de voir rouvrir la procédure au niveau interne pour appliquer la décision du juge européen ne semble pas déterminant, encore davantage si les intérêts privés des deux parties ont été pris en compte par le juge européen, comme cela a été précisé précédemment[583]. En effet, le litige s'inscrit dans le cadre d'une interprétation stricte d'une stipulation exprimant une relation spécifique et unique, opposable à l'idée d'une

[582] Cf. par ex. Cour EDH, 13 juillet 2004, *PLA ET PUNCERNAU* c. Andorre: *RTD civ*. 2004, p. 804, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. FLAUSS ; « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. SUDRE ; « L'interprétation d'une clause testamentaire et la Convention EDH », *JCP*, 2005, éd. G, II, 10052, note F. BOULANGER ; « La Cour européenne des droits de l'homme et l'interprétation d'un testament », *D*. 2005, p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT ; « La nature testamentaire d'une lettre missive », *D*. 2005, p. 1064, obs. M. NICOD ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. ROCHFELD ; « L'interprétation d'un testament conformément aux principes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Répertoire Defrénois* 2005, p. 1909, note P. MALAURIE.

[583] v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

standardisation de la relation. À partir de ce constat, on peut envisager deux hypothèses. Tout d'abord, si le contractant qui a saisi le juge européen est conforté par la décision d'interprétation européenne - ce qui sous-entend que l'État est condamné - cela sous-entend que la partie qui avait saisi le juge interne d'une question d'interprétation voit dès lors sa situation changer. Elle devient la partie perdante au procès, alors qu'elle n'est pas présente devant le juge européen, et qu'il ne revient pas au juge européen d'agir dans ce cadre très privé d'une interprétation stricte du contrat. En ce sens, on peut envisager que le seul moyen dont dispose le juge européen serait la procédure de la *restitutio in integrum*, qui pourrait être mise en œuvre à l'égard de l'autre contractant, bien que celle-ci n'ait pas était pensée dans le cadre d'une relation horizontale, encore moins de l'interprétation d'un contrat. Elle a pour objectif de remettre la situation en l'état antérieur à l'atteinte à la Convention EDH. Les mesures que peut prendre l'État, sous le contrôle du juge européen, sont élargies. Même si elle ne semble pas constituer une mesure adaptée pour s'inscrire dans le cadre de l'interprétation, la largesse qui la caractérise peut laisser penser que le juge européen pourrait développer un mode de réparation plus spécifique que dans le cadre d'une atteinte verticale. Remettre les choses en l'état antérieur à la violation impliquera en outre une multitude d'hypothèses, puisque les situations contractuelles, surtout lorsque certaines stipulations sont personnalisées, sont toutes différentes.

En revanche, la question d'une telle réparation ne se pose pas si la requête du contractant ayant saisi la Cour EDH n'est pas confirmée par la décision d'interprétation européenne, c'est-à-dire si l'État n'est pas condamné. En effet, la situation des deux parties reste la même que ce qu'elle était suite à l'interprétation interne. Le juge européen, dans les deux cas, aura agi comme une juridiction d'appel du juge interne. Quelque soit l'issue de la décision d'interprétation européenne, et bien qu'il soit nécessaire d'envisager les solutions « les moins pires » dans la mesure où l'on ne peut pas ignorer cette démarche du juge européen qui a bien eu lieu. Dès lors, la question d'une procédure de réouverture de la décision interne doit être envisagée.

261.- Les conséquences que pourrait avoir au niveau interne la remise en cause de la première décision d'interprétation par la décision d'interprétation européenne paraissent au contraire lourdes de conséquences. En effet, cette portée qui serait donnée à la décision de la Cour EDH, dans le cadre d'une interprétation stricte rappelons-le, contreviendrait notamment à l'autorité de chose jugée, à la souveraineté du juge, à la sécurité juridique…

Au regard de la situation isolée des requérants - puisque l'interprétation de leur contrat n'aura de conséquence qu'à leur égard - et des conséquences qu'un réexamen engendrerait, celui-ci ne semble pas nécessaire dans le cadre strict de l'interprétation.

La question d'une procédure de réouverture de la décision interne devait être envisagée. Pour autant, dans le cadre d'une interprétation stricte du contrat, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une interprétation consistant à révéler le sens d'une stipulation contractuelle « matérialisée », la possibilité pour le juge européen de traiter d'une telle affaire, et par la même pour le requérant de pouvoir saisir le juge européen d'une telle question, n'est pas souhaitable. Dans ce cadre privé et très ponctuel, il convient de rester dans une sphère purement interne, en faisant néanmoins recours, s'il le fallait à d'autres mécanismes - envisagés ultérieurement - comme la valorisation des règles relatives à l'interprétation du contrat[584], ou l'intérêt pour la question du renvoi préjudiciel[585].

Envisageons dès à présent la question lorsque l'interprétation est requise du fait d'un dysfonctionnement structurel.

§ 2. L'interprétation du fait d'un dysfonctionnement structurel

262.- Le juge européen a montré qu'il pouvait intervenir directement dans l'interprétation du contrat lorsque c'est une loi qui a permis aux contractants, par le sens qu'ils ont donné à leur contrat en appui de ce texte, de violer la convention EDH[586].

Dans ce cas, l'action du juge européen s'inscrit dans une conception large de l'interprétation. Celle-ci est alors entendue comme ayant pour objet de déterminer le sens du contrat de manière générale, c'est-à-dire de préciser son contenu, et donc les obligations qui en découlent. Ici, ce n'est pas le sens d'une clause « matérialisée » qui est source du litige entre les parties contractantes, mais le sens général que le contrat véhicule.

Dans ce contexte d'une interprétation entendue largement, la nécessité de faire jouer la décision du juge européen au niveau interne, supposant de remettre en cause l'interprétation déjà menée par le juge national, est-elle judicieuse ?

[584] v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

[585] v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

[586] Cf. par ex. Cour EDH, Gde Ch., 19 juin 2006, *HUTTEN-CZAPSKA c. Pologne*, req. n° 35014/97, *AJDA* 2006, p. 1709 et 1717, obs. J.-F. FLAUSS.

263.- Sans justifier pour autant la démarche du juge d'intervenir dans une relation privée pour interpréter le contrat, on peut dans un premier temps souligner que dans ce cadre d'une configuration élargie de l'interprétation, l'intervention du juge européen est en tout cas moins troublante. Dans la mesure où une loi est en cause, la place de l'État dans ce contexte est plus évidente que dans le cadre d'une interprétation ponctuelle. En effet, c'est parce qu'il prend appui sur la loi, que le sens de l'acte contractuel n'est pas conforme à la Convention EDH.

264.- Il convient, dans la même veine que le raisonnement précédent, d'opérer un balancier entre les intérêts pour les parties de rouvrir la procédure au niveau interne, et les conséquences générales que cela aurait dans le droit interne.

265.- L'intérêt pour les contractants que la décision européenne d'interprétation soit appliquée en droit interne apparaît de façon plus importante dans ce contexte. En effet, leur exigence pourrait être d'autant plus marquée que la violation ne provient pas de l'une d'entre elles à travers la clause qu'elle aurait insérée au contrat, mais du fait même de l'État, plus précisément de son législateur.

Si l'État est condamné, l'intérêt de rouvrir la procédure au niveau interne comporte sans doute un intérêt dans la mesure où le sens de leur contrat, *a posteriori* d'une action du juge interne sur sa législation, pourrait devenir conforme à la Convention EDH. Surtout, d'un point de vue de la sécurité juridique, et de l'idée de l'égalité qui peut être soulevée[587] - d'autres contractants sont nécessairement dans la même situation qu'eux[588] - rouvrir l'affaire pourrait être bénéfique. En l'absence d'une réouverture de la procédure au niveau interne, les contractants ne pourraient bénéficier des avantages de la modification de la loi résultant de l'arrêt européen. Rouvrir la procédure au niveau interne permettrait au juge du fond de tirer toutes les conséquences sur le contrat du changement de la loi au niveau interne. Surtout, que la loi soit modifiée ou supprimée, il semble qu'il doit revenir au juge interne de pouvoir à nouveau interpréter le contrat pour déterminer l'impact que celle-ci avait dans le sens de l'acte, l'importance que les parties lui avaient conférée, en son état antérieur. Il s'agira en réalité de savoir si le sens que les parties avaient donné au contrat et que le juge dégage

[587] Cela créerait des inégalités entre les parties au contrat qui sont à l'origine de la modification de la loi, et les autres individus qui se trouvent dans la même situation, et dont le litige n'a pas encore était tranché. Elles pourront sans doute bénéficier de la modification de loi.

[588] Cf le développement sur la technique de l'arrêt pilote : v. Partie 1, Titre 1, Chap. 1, Section 2.

attribuait un rôle déterminant à cette loi, si elle constituait le socle du contrat, ou un élément accessoire. La survie du contrat dépendra de cette analyse.

Si l’État n’est pas condamné, et comme dans le cadre de l’interprétation d’un dysfonctionnement ponctuel, la question du réexamen ne se pose pas.

266.- Les conséquences au niveau interne ne sont pas si éloignées de l’hypothèse dans laquelle le juge européen aurait condamné, même dans une relation purement verticale, une loi interne. L’impact de la modification sur le droit interne s’en rapprochera.

Cette prise en compte des intérêts pour les contractants, face aux conséquences rencontrées en droit interne, montre qu’attribuer une portée à la décision d’interprétation européenne - dans le cadre d’une interprétation du fait d’un dysfonctionnement structurel au niveau interne - est intéressant.

CONCLUSION CHAPITRE 2

267.- L'effectivité de la décision européenne d'interprétation.- Dénuée de toute application obligatoire en droit interne, la protection du contractant satisfait devant la Cour EDH ne peut pas être assurée convenablement dans la mesure où l'affaire s'éteint à Strasbourg. Suite au jugement européen, aucune procédure ne permet au requérant de pouvoir faire réexaminer l'affaire au niveau interne. Les arrêts rendus par la Cour EDH ne modifient que très faiblement la situation du requérant, mais permettent à la Convention EDH de se développer[589]. Largement débattue, cette question pose le problème majeur de l'atteinte au principe d'autorité de chose jugée de la décision interne. Pour autant, divers arguments, tirés de la doctrine, de l'action du juge européen, du droit pénal français, ou encore de systèmes juridiques étrangers, laissent penser qu'une telle démarche serait envisageable. Tout l'intérêt de l'aborder est de savoir dans quelles mesures elle pourrait être intéressante et possible dans le cadre de l'interprétation.

268.- Selon la conception de l'interprétation dans laquelle on se situe, il semble que l'intérêt pour la question de l'effectivité de la décision européenne au niveau interne ne soit pas le même.

Dans le cadre d'une interprétation du fait d'un dysfonctionnement structurel, c'est-à-dire lorsque le sens que les parties ont donné au contrat découle d'une norme interne par exemple, sur laquelle le contrat prend appui - et qui, du fait des obligations qui en découlent en pervertirait le sens - l'étude montre qu'il pourrait y avoir un intérêt à ce que la décision européenne d'interprétation ait une portée en droit interne, ce qui impliquerait de revoir la première décision d'interprétation menée par le juge interne.

En revanche, dans le cadre d'une interprétation du fait d'un dysfonctionnement ponctuel, c'est-à-dire- lorsque l'interprétation est entendue de manière stricte, et qu'elle consiste à déterminer le sens d'une clause précise du contrat, l'étude à montré que l'intérêt pour cette solution était moindre.

[589] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit. (*v. note 554), p. 113.

CONCLUSION DU TITRE 1

269.- Une influence perfectible de la décision européenne d'interprétation.-

L'influence conséquente des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat est perfectible. La décision européenne d'interprétation, telle qu'elle est aujourd'hui envisagée nécessite de valoriser davantage les contractants. La détermination du sens du contrat constitue une problématique qui les concerne au plus haut point, dans la mesure où les conséquences qui seront engendrées sur l'exécution du contrat modifieront inévitablement leur situation personnelle.

270.- La revalorisation des contractants.- L'étude a montré que l'influence des droits fondamentaux sur l'interprétation du contrat lorsque cette interprétation est menée au niveau européen ne permettait pas de prendre suffisamment en compte les contractants.

Des pistes de réflexion, s'appuyant sur la base de débats doctrinaux déjà engagés, ont permis de considérer, sur le front précis de l'interprétation du contrat, que cette valorisation pouvait passer dans un premier temps par une adaptation de la décision européenne, laquelle permettrait une considération plus grande des intérêts effectivement en conflit, et une considération plus grande des parties effectivement en conflit, à propos de laquelle la question de la tierce intervention a été envisagée[590].

Cette valorisation des contractants dans l'interprétation du contrat passe par l'adaptation de la décision européenne d'interprétation mais aussi par la question de l'effectivité de la décision européenne d'interprétation.

Sur la base de ces mêmes débats doctrinaux liés, l'intérêt a été poussé sur le front de l'interprétation pour montrer que l'intérêt d'une telle approche dépendait en réalité de l'origine de l'interprétation au niveau interne, selon qu'elle ait été nécessaire du fait d'un dysfonctionnement ponctuel ou structurel.

Certaines réflexions ont pu être soulevées pour améliorer la perception de l'influence des droits fondamentaux sur l'interprétation au niveau interne. Leur prise en compte est encouragée de manière plus importante, car elles permettraient peut-être de favoriser le

[590] G. COHEN-JONATHAN, *op. cit. (*v. note 178), p. 535.

traitement des litiges d’interprétation au regard des droits fondamentaux au niveau purement national, sans nier pour autant l’influence du juge européen.

TITRE 2

LA NÉCESSITÉ D'UNE AMÉLIORATION DU PROCESSUS DÉCISIONNEL

271.- L'observation et la critique de la jurisprudence interne ont permis de mettre en avant les caractéristiques de l'attitude du juge, lorsqu'il interprète un contrat au travers du prisme des droits fondamentaux. Pensons pèle mêle, à l'instabilité des décisions jurisprudentielles, à la diminution de l'importance accordée à la volonté dans le contrat, à la diminution des pouvoirs du juge interne face à la Cour EDH, à la mauvaise maîtrise d'outils européens comme la proportionnalité.

À ces observations, il est envisageable de proposer quelques pistes de réflexion visant à perfectionner le processus décisionnel au niveau interne. En effet, il n'est pas utile de discuter de l'existence même de ce phénomène[591] - aujourd'hui indéniable - mais plutôt d'en proposer des améliorations. Il paraît important que le juge interne puisse se doter d'outils solides pour aborder l'influence des droits fondamentaux de manière équilibrée, et puisse contrebalancer l'intrusion du juge européen dans les litiges relatifs à l'interprétation du contrat. La lecture du contrat par le prisme des droits fondamentaux semble à ce point résulter d'une soumission aux exigences européennes - par prévention d'une condamnation - qu'il convient d'en revoir le cadre, dans l'objectif de donner plus de poids au juge interne.

La première amélioration possible passe par la mise en œuvre d'une procédure de renvoi préjudiciel qui serait le fruit d'une coopération entre le juge européen et le juge interne, à l'initiative de ce dernier. En faisant appel à la Cour EDH, le juge interne ne se couperait pas de l'influence qui s'opère, mais garderait à sa charge la décision finale. Cette technique constituerait un bon compromis entre la prise en compte des droits fondamentaux et la résolution du litige par le juge interne (Chapitre 1).

La seconde amélioration envisageable concerne les règles relatives à l'interprétation du contrat en droit interne. Il s'agirait de renforcer ces dernières, qu'il s'agisse des règles

[591] A. DEBET, *op. cit. (*v. note 32).

techniques prévues par le Code civil, comme des règles plus abstraites tenant à la manière dont le juge conçoit l’interprétation, et l’oriente. Sur ce dernier point, une réflexion sur la question de la renonciation paraît intéressante (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LA RECONNAISSANCE ENCOURAGÉE DU RENVOI PRÉJUDICIEL

272.- Le recours à la technique communautaire du renvoi préjudiciel est une des solutions qui pourrait être apportée[592] pour maintenir ce lien indéniable entre le juge européen et le juge interne tout en conservant le règlement des litiges relatifs à l'interprétation au maximum dans la sphère interne. En effet, alors que le droit communautaire prévoit une procédure de dialogue entre le juge interne et la Cour de justice et que le droit interne organise une saisine pour avis[593] entre les juridictions du fond et la Cour de cassation, aucun dispositif n'est prévu à l'égard de la Cour EDH des droits de l'homme, hormis la règle d'une *restitutio in integrum* lorsqu'un arrêt de la Cour constate une violation.

En outre, les juges du fond sont souverains en matière d'interprétation. La Cour de cassation quant à elle n'a que le pouvoir d'intervenir en cas de dénaturation. Face à l'intrusion du juge européen, qui agit parfois comme un quatrième degré de juridiction[594], il est envisageable, en réponse à la volonté de freiner cette intrusion, de donner compétence à la Cour de cassation lors de l'interprétation du contrat, et ce, alors même que le juge en ferait une lecture par le biais des droits fondamentaux. Ainsi, en réponse au souci de revaloriser le pouvoir du juge interne dans l'interprétation, mais aussi à celui d'une plus grande maîtrise des outils permettant au juge de prendre sa décision, le renvoi préjudiciel constitue une piste de réflexion intéressante. Il permettrait à la fois d'intégrer la Cour de cassation dans le processus, ce qui constituerait un obstacle avant de saisir éventuellement le juge européen, et cela permettrait également de mieux maîtriser les droits fondamentaux, en demandant conseil au juge européen, sans pour autant que la décision finale ne soit prise par lui.

---

[592] F. BENOIT-ROHMER, « Les perspectives de réformes à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme : *« certiorari »* versus renvoi préjudiciel », *RUDH* 16 décembre 2002, vol. 14, n° 7-8, p. 313 et suiv.

[593] G. CORNU, *op. cit. (*v. note 198): « Procédure de consultation préalable aux fins d'interprétation permettant à toute juridiction de l'ordre judiciaire saisie d'une question de droit nouvelle, délicate et fréquente (matière pénale exceptée), de surseoir à statuer et de solliciter, de la Cour de cassation, un avis qui, purement consultatif, ne lie pas en droit la juridiction qui l'a sollicité (encore moins les autres juridictions dans les litiges futurs) et que cette juridiction n'a pas à attendre au-delà du délai légal de réponse, limite extrême du sursis à statuer ».

[594] Cf. par ex. F. SUDRE, *op. cit.* (v. note 18), p. 380, n° 212-3.

L’idée est de doter le juge de davantage de pouvoirs pour constituer un rempart efficace face à la Cour EDH et rééquilibrer la relation, relation de soumission mise en œuvre par le juge européen à l’égard du juge interne. Le renvoi préjudiciel émanant du droit communautaire constituerait indiscutablement un outil très utile pour le juge interne à l’égard de la Cour EDH (Section 1). La question de la possibilité d’une telle transposition est en revanche plus délicate (Section 2).

SECTION 1. L'UTILITÉ DE LA MISE EN ŒUVRE DU RENVOI PRÉJUDICIEL

273.- En raison des possibilités qu'il met en œuvre (§ 1), le renvoi préjudiciel serait un outil très utile entre les mains du juge interne dans sa relation avec la Cour EDH (§ 2).

§ 1. Le sens du renvoi préjudiciel en général

274.- Le sens de la technique du renvoi préjudiciel (I) ainsi que sa mise en œuvre (II) doivent être précisés.

I. Le sens de la technique du renvoi préjudiciel

275.- La définition du renvoi préjudiciel (A) et l'identification de ses caractères (B) permettent de comprendre le sens de cette technique.

A. La définition du renvoi préjudiciel

276.- Prévu par le droit communautaire, le renvoi préjudiciel[595] permet au juge interne d'interroger le juge de la Cour de justice des communautés européennes au sujet de l'interprétation ou de la validité d'une norme communautaire[596]. Le juge interrogé statue avant même que le juge interne n'ait statué sur le fond, et ce, uniquement sur la question posée par le juge national.

[595] Art. 234 du Traité instituant la Communauté européenne.

[596] L'article 234 du Traité prévoit précisément que la Cour de Strasbourg est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur « l'interprétation du présent traité », « sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté et par la Banque centrale européenne », mais aussi sur « l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient ».

La question posée doit être cohérente et complète et doit être en rapport avec l’objet du litige. En retour, la réponse apportée doit être utile, c’est-à-dire qu’elle doit constituer un réel conseil donné au juge national, pour qu’il prenne sa décision. La norme qui peut faire l’objet de la demande peut découler du droit primaire ou du droit dérivé.

D’origine communautaire, le renvoi préjudiciel s’inscrit dans une procédure encadrée et répond à des caractéristiques précises.

B. Les caractères du renvoi préjudiciel

277.- Concernant le caractère de la demande, celui-ci est facultatif lorsque la question préjudicielle intervient devant une juridiction d’un État membre et que le juge interne estime qu’il lui faut se tourner vers la Cour de justice des communautés européennes pour y répondre. En effet, dans le souci d’éviter une surcharge des demandes adressées à la Cour EDH, il est préférable de ne pas rendre cette demande obligatoire.

En revanche, lorsque la Cour intervient dans une affaire pendante devant la juridiction interne dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction a le devoir de saisir la Cour de justice. En effet, dans l’objectif de favoriser une application uniforme du droit communautaire, dans la mesure où les décisions de celles-ci ont autorité sur les décisions des juridictions inférieures, il est important de rendre cette demande obligatoire. Seuls les cas pour lesquels un arrêt portant sur le même point de droit a déjà été rendu par le juge communautaire ne s’inscrivent pas dans cette obligation.

Répondant à une définition précise, le renvoi préjudiciel génère également une mise en œuvre qui lui est propre.

II. La mise en œuvre de la technique du renvoi préjudiciel

278.- La procédure suivie lors du renvoi préjudiciel (A) ainsi que la portée de la décision rendue (B) sont importantes à cerner.

A. La procédure du renvoi préjudiciel

279.- Ces règles s'appliquent lorsque c'est une question d'interprétation qui est posée à la Cour. En revanche, lorsque c'est une question de validité qui est posée, les règles sont différentes en raison de la présomption de légalité pesant sur le droit communautaire. Alors que rien dans le Traité n'est prévu en ce sens, lequel n'opère pas de distinction, la Cour de justice en a décidé ainsi pour éviter que les juridictions du fond puissent de façon illimitée remettre en cause la validité des actes communautaires sans passer par la Cour de justice dans la mesure où le renvoi préjudiciel n'est pas obligatoire. Seule la Cour de justice peut prononcer la nullité d'un acte communautaire dans la mesure où l'objectif est de maintenir l'unité du droit communautaire. Si cette distinction n'était pas opérée, la nullité d'une norme communautaire pourrait être soulevée dans un État, et pas dans un autre. Il en ressort que toute juridiction nationale, si elle estime le grief de l'illégalité de l'acte communautaire fondé, doit faire appel à la Cour de justice.

À la suite de la saisine, le juge communautaire, par le biais d'un arrêt préjudiciel va apporter une réponse à la question posée. Mais quelle est l'autorité de sa décision ? Le juge interne est-il contraint de suivre la solution apportée ? Peut-il s'en écarter ? Le Traité ne le précise pas. La jurisprudence communautaire a elle-même précisé les règles en la matière en conciliant l'unité du droit communautaire et le respect du juge national. Ainsi, le juge national est lié par l'autorité de chose jugée des arrêts rendus par le juge communautaire. En ce sens, il doit suivre la solution apportée à la question posée[597], même s'il lui est possible de saisir à nouveau la Cour de justice, dans le cas où il désire poser une nouvelle question de droit, s'il ne comprend pas la solution rendue. Cette solution lie les autres États membres ainsi que leurs juridictions puisque *« l'interprétation donnée par la Cour s'incorpore à la disposition*

[597] CJCE, 5 mars 1986, Ordonnance *WUNSCHE*, 69/85, Rec. p. 947.

interprétée »[598]. Concernant les questions relatives à la validité d'un acte communautaire, la portée de l'arrêt préjudiciel est la même.

Pour être valable, la mise en œuvre de la technique du renvoi préjudiciel doit respecter certaines conditions de procédure. Une fois la décision rendue, il faut s'intéresser à sa portée.

B. La portée du renvoi préjudiciel

280.- La question de la portée dans le temps de l'arrêt est importante. Lorsque le juge intervient à propos de l'interprétation d'une norme, sa décision aura un effet rétroactif, *« puisque la règle est réputée avoir toujours eu le même sens depuis son entrée en vigueur »*[599]. L'interprétation que le juge va faire d'une disposition du Traité sera donc applicable à des situations antérieures.

Lorsque le juge intervient à propos de la validité d'un acte communautaire, la solution qu'il donne à la question aura un effet rétroactif également, mais l'arrêt à une valeur rétroactive simplement pour le litige en cause.

Dans un souci de sécurité juridique, il est possible sous certaines conditions exceptionnelles que le juge communautaire ne fasse jouer d'effet à son arrêt que pour l'avenir.

Alors qu'il est envisageable aujourd'hui de transposer cette procédure communautaire à l'égard de la Cour EDH[600], et plus précisément en matière d'interprétation des contrats, rien n'a été concrétisé en ce sens. Seul le recours individuel, prévu par le Protocole additionnel n° 11, permet un recours devant la Grande chambre pour poursuivre le dialogue avec les juges européens. Pourtant, « *la réussite du système de la Convention dépendra en dernier ressort de l'existence d'une forme quelconque de coopération entre les juridictions internes et les juridictions de Strasbourg* »[601]. La mise en place du renvoi préjudiciel dans le cadre de la relation unissant la Cour EDH et le juge national au cas de l'interprétation du contrat paraît utile.

---

[598] J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 4e éd. 2006, p. 737, nº 1156.

[599] *Ibid.*, nº 1158.

[600] D. RITLENG, « L'institutionnalisation du dialogue : perspectives d'avenir pour la Cour de justice des communautés européennes et pour la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice, n° 53, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2004.

[601] R. RYSSDAL, citation in A. DRZEMCZEWSKI et J. MEYER-LADEWIG, « Principales caractéristiques du nouveau mécanisme de contrôle établi par la CEDH suite au Protocole n° 11 », signé le 11 mai 1994, *RUDH* 1994, p. 81.

§ 2. L'utilité du renvoi préjudiciel à l'égard de la Cour EDH

281.- La mise en œuvre du renvoi préjudiciel serait utile dans le cadre de l'interprétation du contrat principalement à deux égards. Tout d'abord, cette technique permettrait de constituer une limite à l'intrusion du juge européen dans l'interprétation du contrat qui semble mieux appréhendé par le juge interne. La Cour de cassation pourrait ainsi intervenir au-delà du rôle qui lui est assigné (I). Ensuite, cette technique améliorerait le contenu des décisions jurisprudentielles puisque le juge interne, conseillé par le juge européen, appliquerait de manière plus cohérente les droits fondamentaux et certains outils européens (II).

I. L'accroissement quantitatif de la jurisprudence interne

282.- Le renvoi préjudiciel permettrait tout d'abord de limiter l'action du juge européen et de renforcer celle du juge interne. En effet, la Cour de cassation ne joue aujourd'hui qu'un rôle limité dans l'interprétation du contrat, si bien que le requérant a tendance à faire du recours au juge européen un automatisme. Au regard des compétences reconnues à la Cour de cassation, aucun élément ne serait actuellement en mesure de satisfaire pleinement le requérant lorsqu'un droit fondamental est en cause. Agissant sur cette faiblesse, il faut accroître le poids du juge interne et faire en sorte qu'il demeure l'interprète du contrat. Le renvoi préjudiciel répondrait à cette attente puisque, tout en prenant lui-même la décision, le juge interne s'appuierait sur le juge de Strasbourg, ce qui donnerait davantage de légitimité à sa décision.

Le recours au renvoi préjudiciel permettrait de tempérer cet aspect menaçant qu'une condamnation de la Cour EDH fait courir[602]. Le recours préjudiciel - qu'il soit ou non utilisé par le juge national - n'empêcherait pas le requérant de s'adresser au juge européen, puisque le recours individuel ne serait pas limité pas cette technique. Mais, on est en mesure de penser que le requérant jugera moins nécessaire de se tourner vers le juge européen si le juge interne l'a fait avant lui, d'autant plus si le juge a appliqué la décision. Revaloriser le rôle de la Cour de cassation, c'est anticiper sur le risque qu'à long terme, la Cour EDH ne s'apparente à un

[602] J.-P. JACQUE, *op. cit. (*v. note 598), n° 1129.

juge d'appel ou à un quatrième degré de juridiction[603]. D'un point de vue pratique, cette amélioration faciliterait l'application du droit, puisqu'en traitant lui-même la question, le juge interne favorise l'application du juge interne.

Dans la mesure où la technique du renvoi préjudiciel viendrait à être mise en place dans le cadre de la relation unissant le juge interne à la Cour EDH, l'accroissement quantitatif de la jurisprudence serait net, au regard du rôle nouvellement dévolu au juge interne de pouvoir aborder directement des litiges d'interprétation influencés par les droits fondamentaux, tout en s'adressant au juge européen.

L'utilité du renvoi préjudiciel pourrait permettre également un accroissement qualitatif de la jurisprudence.

II. L'accroissement qualitatif de la jurisprudence interne

283.- Le renvoi préjudiciel permettrait dans un deuxième temps d'améliorer la qualité des décisions jurisprudentielles. C'est d'ailleurs pour cette raison que le juge communautaire est sollicité. Il précise au juge interne le sens des normes contenues dans le Traité. Pareillement, la Cour EDH pourrait préciser au juge interne le sens à donner à un droit fondamental issu de la Convention EDH. Il pourrait également lui donner des conseils sur la manière d'appliquer à tel litige le principe de proportionnalité.

Plus précisément, on peut imaginer une double application du renvoi préjudiciel. En effet, il pourrait être un outil intéressant entre les mains du juge. Il permettrait à ce dernier, confronté à l'interprétation du contrat, de s'assurer une lecture conforme du contrat par le prisme des droits fondamentaux. Il pourrait constituer également un outil intéressant entre les mains du législateur, qui pourrait - par le biais d'un *« relais législatif »* [604] - s'assurer de la conformité des lois qu'il adopte par un contrôle de conventionnalité, et agir *a posteriori* pour éviter d'éventuelles condamnations. *« Les adversaires de l'effet horizontal des droits fondamentaux pourraient d'ailleurs soutenir que l'absence d'un tel relais législatif constitue la preuve de l'effet strictement vertical des libertés… »*[605], ou l'aider, postérieurement à une décision européenne constatant une violation, pour prendre les mesures qui s'imposent relativement aux règles de droit privé contraires à cette jurisprudence. À propos d'une loi qui

[603] Cf. par ex. F. SUDRE, *op. cit.* (v. note 18), p. 380, n° 212-3.

[604] J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *op. cit. (*v. note 39), p. 171.

[605] J. RAYNAUD, *op. cit. (*v. note 84), p. 84, n° 52.

avait été utilisée dans un contrat, ayant pour conséquence de rendre le sens de ce dernier non conforme à la Convention EDH, Julien RAYNAUD montre que si cette norme avait été mieux contrôlée au niveau interne, la condamnation par le juge européen aurait pu être jugulée. *« La sanction par l'effet horizontal indirect aurait alors semble-t-il pu être évitée si le juge interne avait soumis cette loi à un contrôle de conventionnalité par rapport à la norme européenne, faisant ainsi produire tous ses effets à la prééminence verticale de la CEDH »*[606].

Nous avons précédemment montré que l'État pouvait être responsable du sens d'un contrat qu'il n'a pas interprété correctement, et qui est donc en contradiction avec la Convention, soit du fait de son législateur - par l'insertion dans le contrat d'une loi qui porte atteinte aux droits fondamentaux et qui n'a pas été identifiée comme telle - soit du fait du juge interne qui n'a pas interprété le contrat en conformité avec les droits fondamentaux. Ces deux atteintes pourraient être jugulées par la mise en œuvre d'une procédure de renvoi préjudiciel utilisable aussi bien par le juge que par le législateur.

La mise en place du renvoi préjudiciel assurerait un accroissement qualitatif de la jurisprudence interne relative à l'interprétation des contrats, car - tout en jugeant lui-même l'affaire par le biais des droits fondamentaux - le juge interne s'assurerait une lecture de l'acte conforme à la Convention EDH.

Même dotée d'avantages indéniables, cette mise en œuvre du renvoi préjudiciel n'en demeure pas moins délicate.

[606] J. RAYNAUD, *op. cit. (*v. note 84), p. 98, n° 64.

SECTION 2. LA DIFFICULTÉ DE LA MISE EN ŒUVRE DU RENVOI PRÉJUDICIEL

284.- Au regard des pouvoirs actuellement reconnus à la Cour de cassation en matière d'interprétation des contrats, la mise en place d'un renvoi préjudiciel ne sera pas simple. Cette transposition serait-elle possible de façon générale ? Le serait-elle plus précisément aux contentieux liés à l'interprétation ? Il convient de se demander dans un premier temps si la transposition de la technique du renvoi préjudiciel du juge interne à l'égard de la Cour EDH est envisageable. Dans cette perspective, différentes questions doivent être abordées, avec un parallèle nécessaire avec la procédure communautaire.

Sur quoi porterait la question adressée par le juge interne ? Quel serait le but poursuivi par la question ? Serait-elle obligatoire ou facultative ? Quel juge la poserait ? Quels en seraient les effets ? (§ 1). Puis, il sera alors possible dans un second temps d'affiner la problématique au domaine de l'interprétation du contrat (§ 2). En quoi la question de l'interprétation rendrait l'application du renvoi préjudiciel complexe ?

§ 1. La prospection générale

285.- Sur quoi devrait porter le renvoi préjudiciel adressé à la Cour EDH ? Le juge interne pourrait, comme lorsqu'il le fait à l'égard du juge communautaire, poser une question d'interprétation. Il s'adresserait à la Cour EDH des droits de l'homme pour qu'elle puisse lui préciser le sens du contenu de la Convention européenne. Cette proposition corrobore la compétence déjà reconnue à la Cour EDH au sein de l'article 32 de la Convention européenne, lequel prévoit que *« la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles (...) »*.

Le juge interne pourrait-il - à l'instar de ce que prévoit le droit communautaire - poser à la Cour EDH des droits de l'homme une question relative à la validité d'un acte qu'elle aurait pris ? Dans la mesure où la fonction de la Cour EDH se limite à rendre des arrêts, la transposition ne jouerait pas sur ce point. À moins que l'on puisse imaginer que le juge interne puisse interroger le juge européen sur la validité non pas d'un acte, au sens où peuvent

l'être entendus une directive ou un règlement communautaires, mais d'un arrêt. La validité de l'arrêt consisterait par exemple pour le juge européen à souligner le fait que ce qu'il a admis auparavant dans une affaire continue de s'appliquer pour d'autres, éventuelles, et qu'il ne s'éloigne pas, au regard du temps passé et de l'évolution de certains paramètres (sociaux, culturels, économiques ou politiques), de sa position. Cette faculté permettrait au juge interne d'appliquer correctement une jurisprudence qu'il aurait mal comprise au départ. Cela lui permettrait également, dans le cas où il se trouverait confronté à une situation semblable, laquelle avait déjà nécessité qu'il sollicite le juge européen, d'évaluer et de comprendre la démarche à favoriser.

286.- Par qui et dans quel but serait adressée la demande ? Tout comme le droit communautaire, les juges du fond auraient la faculté de s'adresser à la Cour EDH, et les instances suprêmes en auraient l'obligation. Cette règle, comme en droit communautaire, aurait pour objectif de favoriser une application uniforme du droit issu de la Convention EDH. En donnant la faculté aux juges du fond de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel, on s'assurerait que les demandes ne soient pas trop nombreuses. En donnant à la Cour de cassation l'obligation de le faire, on s'assurerait, comme en droit communautaire, que la question soit posée, et que la décision finale prise par la Cour de cassation ait autorité sur les juridictions du fond.

287.- Quelle autorité revêtirait la solution rendue par le juge de la Cour EDH ? La réponse à la question pourrait avoir autorité de chose jugée. Alors que le juge interne ferait la démarche de poser la question et d'appliquer lui-même la solution au litige, l'apport du juge européen serait important. Cette technique permettrait donc d'assimiler l'influence que jouent les droits fondamentaux dans notre droit tout en préservant une part de liberté et d'action au juge interne.

On peut imaginer la teneur des règles qui seraient mises en place si le renvoi préjudiciel devait être utilisé en droit interne d'une façon générale. En effet, on peut penser que ces dernières ne s'éloigneraient pas véritablement de celles prévues en droit communautaire. Pour autant, l'application du renvoi préjudiciel dans le cadre de l'interprétation du contrat serait-elle la même ?

§ 2. La prospection spécifique au cas de l'interprétation

288.- Lors de l'interprétation d'un contrat, pourrait-on concevoir de la même manière que le juge interne puisse utiliser la technique du renvoi préjudiciel pour solliciter l'avis de la Cour EDH dans l'application des droits fondamentaux ? Certains éléments pourraient-ils bloquer ou rendre difficile sa mise en œuvre ? Pour que la proposition soit crédible et transposable, il serait préférable qu'elle s'éloigne le moins possible du renvoi préjudiciel existant déjà à l'égard de la Cour de justice des communautés européennes.

Certains éléments de la prospection semblent dès lors plus faciles à dégager (I) que d'autres (II).

I. Les éléments simples de la prospection

289.- D'un point de vue technique, le renvoi préjudiciel lorsqu'il intervient dans le cadre communautaire, sert à résoudre des litiges nés au sein de relations verticales. Or, dans le cadre de l'interprétation d'un contrat privé, il s'agit de relations horizontales. Cet élément pourrait-il couper court à l'idée d'une transposition du renvoi préjudiciel adressé à la Cour EDH dans le cadre de l'interprétation d'un contrat? Il ne semble pas, car le juge européen - pour jouer une influence sur l'interprétation, et au regard des compétences qui sont les siennes - arrive à intervenir dans une relation horizontale en maintenant le cadre dans lequel il intervient normalement. Étant donné qu'il s'adresse à l'État, qu'il juge responsable de l'atteinte causée au sein du contrat, cet élément ne fera pas obstacle à la transposition.

290.- Dans le cadre de l'interprétation du contrat, on a pu souligner l'importance du rôle joué par le juge européen lorsqu'il interprète- en vertu de l'article 32 de la Convention - les droits fondamentaux. Par souci d'éviter une condamnation, le juge interne prend garde désormais de ne pas s'éloigner de l'interprétation des droits fondamentaux rendue par la Cour EDH. La technique du renvoi préjudiciel pourrait favoriser cette prise en compte, en sollicitant directement le juge européen sur la manière dont il faudrait, pour une situation donnée, appliquer les droits fondamentaux. Dans le cadre de l'interprétation du contrat, la question de l'interprétation des droits fondamentaux se présente donc dans les mêmes termes que lorsqu'on envisage le renvoi préjudiciel de manière générale. Sans doute la différence tiendra-t-elle davantage au fait que le renvoi préjudiciel portant sur une question

d'interprétation de la Convention EDH sera plus sollicité quand l'interprétation d'un contrat est en cause. Lorsque le juge interne rencontrera une difficulté d'interprétation - que le litige soit provoqué par une difficulté à interpréter le sens d'une clause portant sur un droit fondamental ou provoqué par la difficulté de dégager une obligation incombant aux parties- il pourra demander au juge européen la manière dont il convient d'agir au regard de la situation des contractants. De la sorte, il pourra interpréter plus aisément le contrat, tout en maximisant ses chances de ne pas être par la suite condamné. La demande formulée par le juge interne pourrait donc porter sur l'interprétation des droits fondamentaux de la Convention pour orienter sa lecture du contrat, dans la mesure où il souhaite désormais que le sens de l'acte contractuel soit conforme aux droits fondamentaux. En effet, pour interpréter le contrat conformément aux droits fondamentaux, quel meilleur moyen que de s'adresser directement à l'organe chargé d'interpréter lui-même les droits fondamentaux ?

Le but poursuivi serait le même qu'en droit communautaire. Le recours au juge européen permettrait de limiter le nombre de condamnations, mais aussi le nombre de recours de particuliers devant le juge européen. L'assise du juge européen ne serait pas plus importante qu'aujourd'hui, mais simplement confirmée, officialisée. Le rôle du juge interne serait par contre valorisé puisque la démarche viendrait de lui et c'est lui qui appliquerait la solution finale. En outre, davantage satisfaits, les contractants se tourneront moins vers le juge européen.

Concernant l'autorité de l'arrêt préjudiciel dans le cadre de l'interprétation d'un contrat, on peut imaginer que celle-ci sera la même que lorsque le juge européen prend un arrêt à l'égard d'un État. Sans être formellement identifiée de la sorte dans le texte de la Convention, l'influence de ses décisions est plus importante qu'elle n'y paraît. Sans que l'État soit textuellement contraint de s'y plier, il abonde nécessairement dans son sens. On peut penser que si le renvoi préjudiciel intervient dans le cadre de l'interprétation d'un contrat- ou pour des questions plus générales- la réponse apportée par le juge sera suivie par le juge interne.

Ces éléments, bien qu'ils permettent d'avoir des doutes sur la mise en œuvre précise du renvoi préjudiciel, sont plutôt perceptibles. En revanche, certains points sont plus complexes à envisager.

II. Les éléments délicats de la prospection

291.- La dichotomie opérée entre la compétence des juges du fond et celle de la Cour de cassation constitue un élément délicat dans la mise en œuvre du renvoi préjudiciel (A). La valorisation de la Cour de cassation à travers ce dispositif permettrait de constituer un filtre efficace à l'action diffuse du juge européen. Mais cela suppose d'aller à l'encontre des compétences minimes qui lui sont reconnues en matière d'interprétation par opposition à la souveraineté reconnue des juges du fond en la matière (B).

A. La dichotomie entre les juges du fond et la Cour de cassation dépassée ?

292.- La question de la juridiction interne chargée du recours est délicate et demande une réflexion plus détaillée. Les règles internes d'interprétation relatives à cette question étant solidement établies, la transposition devra nécessairement les prendre en compte.

Une dichotomie est opérée pour distinguer le rôle attribué aux juges internes. Le juge du fond est souverain, libre d'interpréter le contrat comme bon lui semble. Depuis 1808, la Cour de cassation a jugé que les juges du fond étaient souverains en matière d'interprétation des contrats[607]. Ainsi, même si elle estime que le juge a mal interprété le contrat, car il n'a pas respecté la volonté des parties, elle ne peut censurer sa décision. Il est le *« gardien naturel de la foi contractuelle »*[608].

La Cour de cassation quant à elle ne peut intervenir que dans deux hypothèses déterminées par la jurisprudence. Elle peut censurer les juges du fond qui auraient dénaturé une clause claire et précise[609]. Il faut donc que l'interprétation soit nécessaire. En outre - et dans un souci d'unification - la Cour de cassation se réserve l'interprétation des contrats types ou des contrats standardisés reproduits en de très nombreux exemplaires[610], mais aussi de

[607] Auparavant, se basant sur l'article 1134 alinéa 1er du Code civil, la Cour de cassation considérait que le contrat constituait une loi, dont elle pouvait contrôler la violation par une ouverture en cassation.

[608] J. DUPICHOT, *op. cit. (*v. note 50), p. 179 et s. n° 8.

[609] Depuis un arrêt de principe de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 15 avril 1872 qui décide qu'il « n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elles renferment », S. 1873, 1, page 232 ; D.P. 1872, 1, page 176 ; et in Les grands arrêts de la jurisprudence civile, par F. TERRE et Y. LEQUETTE, éditions Dalloz, 2000 (11e éd.), n° 160.

[610] Cass. civ., 3 juin et 9 juillet 1930.

nombreux contrats homologués par l'administration, ainsi que les conventions collectives. Ces exceptions se justifient par le fait que le juge se prononce sur des actes ayant vocation à être diffusés largement, qui sont donc dotés d'un contenu général, voire impersonnel. Dépourvus de tout *intuitu personae*, il ne serait pas logique que les solutions divergent en fonction du juge du fond saisi. Or, un problème survient à l'égard de cette dichotomie.

En effet, la prégnance de la Cour de cassation est bien plus importante qu'elle n'y paraît. Son rôle - tel qu'il est déduit de ces règles - ne reflète pas la réalité. Tout d'abord, si la Cour de cassation est en mesure de déterminer le caractère obscur ou clair d'une clause pour justifier la dénaturation, c'est que nécessairement elle ne s'en tient pas uniquement au droit, mais analyse cette disposition en la considérant également dans son contexte factuel. Une même clause pourra paraître claire et précise dans un contrat, et obscure au sein d'un autre. En effet, le cadre contractuel implique que lorsqu'une clause doit être interprétée, l'étude des faits est primordiale, puisque le Code civil valorise, dans un premier temps, une lecture subjective du contrat.

293.- Sans mettre à la charge de la Cour de cassation l'analyse des faits, il est légitime, au regard de ces compétences et de la réalité de leur mise en œuvre, de proposer la mise en place d'un renvoi préjudiciel au profit du juge interne, envers la Convention EDH. Si une clause est claire et précise, elle ne doit pas être interprétée, dans le but de rechercher la commune intention des parties. Or, dans les arrêts étudiés, on se rend compte qu'il y a un renversement de situation. Alors que certaines clauses étaient claires et précises, la Cour de cassation a décidé d'intervenir pour les soustraire au contrat, alors même que les juges du fond n'étaient pas intervenus.

Comment prendre en compte - dans le cadre du renvoi préjudiciel - la portée de la dichotomie opérée entre le rôle de la Cour de cassation et celui des juges du fond dans l'interprétation ? Bien que les juges du fond soient souverains, la réalité démontre que la Cour de cassation intervient plus régulièrement dans l'interprétation que la jurisprudence ne lui en reconnaît la possibilité. Ainsi, on peut envisager que dans le cadre du renvoi préjudiciel, le rôle de la Cour de cassation serait élargi.

B. La valorisation de la Cour de cassation acceptée ?

294.- On peut envisager la manière dont les compétences de la Cour de cassation pourraient être valorisées dans le cadre d'une procédure de renvoi préjudiciel au juge européen (1). Des réflexions doctrinales ont déjà été engagées sur ce point (2).

1. Les hypothèses de mise en œuvre

295.- Les limites de cette mise en œuvre doivent être abordées (a) ainsi que ses caractères (b).

a. Les limites de la mise en œuvre

296.- Les juges du fond doivent rester souverains en matière d'interprétation puisque la question de l'interprétation d'un contrat soulève des questions de fait. Il n'est donc pas envisagé de modifier la compétence de la Cour de cassation - juge du droit - au point qu'elle devienne juge du fait. La question de la valorisation de la Cour de cassation dans le dispositif n'augure en rien de la diminution de la compétence des juges du fond. La Cour de cassation doit simplement jouer un rôle plus établi dans le processus de manière à limiter le nombre de requêtes devant le juge européen. La compétence des juges du fond resterait la même. On peut d'ailleurs envisager que la question préjudicielle soit posée par le juge du fond lorsqu'il rencontre un problème d'interprétation du contrat par le biais d'un droit fondamental.

297.- Une autre limite intervient dont il ne faut pas négliger l'importance, sans pour autant qu'elle remette en cause la nécessité de réfléchir à la mise en œuvre d'une procédure de renvoi préjudiciel. En effet, le renvoi préjudiciel à l'égard de la Convention EDH à quelque chose de relatif au regard de la fluctuation des droits fondamentaux. *« Une telle démarche, hautement souhaitable à d'autres égards, ne peut toutefois être que d'une efficacité relative. Une décision interne scrupuleusement conforme à l'état actuel du droit européen des droits de l'homme peu, en effet, être ultérieurement déclarée contraire à la CEDH par la Cour EDH en raison du caractère évolutif qu'elle a conféré à sa jurisprudence (…). Ainsi peut-il advenir que, entre la date d'un précédent arrêt de la Cour EDH et la date de la décision interne*

définitive, les mœurs, les mentalités, les techniques, les législations internes et les traités internationaux aient entraîné, sur la question litigieuse, des évolutions suffisamment significatives pour justifier un revirement de la jurisprudence européenne »[611]. Pour cette raison, et si cette technique devait être mise en œuvre, elle ne saurait être la seule si l'on souhaite donner toutes les chances possibles à ce phénomène d'intrusion des droits fondamentaux dans le contrat de gagner en compréhension et en cohérence.

Assortie de limites indéniables, la mise en œuvre du renvoi préjudiciel entre les juges du fond et la Cour de cassation peut être néanmoins envisagée sous certaines caractéristiques.

b. Les caractéristiques de la mise en œuvre

298.- Sollicité par le juge interne, le juge européen rendrait un arrêt préjudiciel sur la question posée. Mais, en aurait-il la faculté ou l'obligation ?

Dans le même souci de ne pas surcharger la Cour EDH, il convient de considérer qu'il s'agit d'une simple faculté. Il est nécessaire que le juge national puisse être libre de donner l'interprétation du contrat qu'il juge être la bonne. La réponse du juge européen doit être un soutien à sa décision. Ainsi, il n'est pas envisageable d'imposer au juge interne de se soumettre à la solution apportée par l'arrêt préjudiciel. Le juge interne reste le mieux placé pour résoudre les litiges relatifs à l'interprétation d'un contrat privé. En revanche, il est bien évident que s'il décide de s'éloigner trop fortement de la solution suggérée par Strasbourg, il risque une condamnation future si l'un des contractants saisit la Cour EDH. Il lui faut trouver un juste milieu entre son pouvoir souverain et sa volonté de ne pas être condamné.

299.- S'il s'agit d'une faculté pour le juge européen, doit-il s'agir d'une obligation pour la Cour de cassation ? Le souci étant de favoriser une application uniforme des droits fondamentaux tout en maintenant le règlement du litige au sein des juridictions internes, il devrait en être ainsi. En effet, bien que l'interprétation du contrat soit essentiellement une question de fait, et bien que la Cour de cassation soit juge du droit, il faudrait mettre en place une obligation pour le juge suprême de soulever une question préjudicielle lorsque celle-ci ne l'a pas été par le juge du fond. Cette dernière condition permettrait également de préserver la compétence souveraine aux juges du fond.

[611] J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit. (*v. note 39), p. 212.

Sans formuler ni même adresser elle-même la question au juge européen, la Cour de cassation devrait être en mesure d'opérer un renvoi vers le juge du fond, lorsqu'une question aurait dû être posée et qu'elle ne l'a pas été. On pourrait même imaginer que la requête de la Cour EDH par l'un des contractants ne soit possible qu'à la double condition d'avoir épuisé les voies de recours internes, et d'avoir posé une question préjudicielle au juge de Strasbourg. Encourager cette démarche aura sans doute pour conséquence de limiter le nombre de requêtes de contractants devant le juge européen. Le recours individuel deviendrait *« le recours ultime du requérant qui n'aurait pas obtenu satisfaction devant les juridictions nationales »*[612]. En multipliant le nombre de possibilités offertes aux individus de saisir le juge interne, on limite les probabilités qu'il se tourne vers le juge européen pour traiter le litige. Une décision prise par le juge interne - même si elle est guidée par le juge européen - sera bien mieux acceptée.

Ces réflexions permettent d'envisager de quelle manière la Cour de cassation pourrait sans doute voir son rôle valorisé dans le cadre d'une procédure de renvoi préjudiciel. Certaines réflexions doctrinales ont déjà envisagé une telle transposition du renvoi préjudiciel.

2. Les pistes de réflexion engagées

300.- Des réflexions ont-elles été déjà menées en ce sens ? La réponse est positive. En 2000[613], à l'occasion du cinquantenaire de la Convention EDH, la Conférence européenne ministérielle sur les droits de l'Homme s'est tenue à Rome avec pour objectif de réfléchir à l'avenir de la Cour EDH. À cette occasion, l'hypothèse d'un renvoi préjudiciel n'a pas été encouragée. En revanche, l'idée d'une limitation des requêtes de la Cour - en référence au *certiorari* américain - a été davantage développée. L'effet recherché est le même, c'est-à-dire le règlement du litige par le juge interne. En revanche, l'objet de l'action n'est pas le même. Alors que nous encourageons une action sur le rôle du juge interne pour limiter l'action du juge européen, cette dernière proposition tend à agir sur les requérants eux-mêmes en limitant leurs recours devant le juge européen.

301.- La place du recours individuel est alors en cause. Soit on limite ce recours, en privilégiant les requêtes devant le juge européen soulevant de graves atteintes aux droits

[612] F. BENOIT-ROHMER, *op. cit. (*v. note 592).

[613] Conférence européenne ministérielle sur les droits de l'homme du 3 et 4 novembre 2000, à Rome.

fondamentaux[614], soit on favorise une approche généreuse de la question en estimant que l'individu doit pouvoir saisir la Cour dès qu'il estime que l'État lui a porté atteinte, quel que soit le degré de l'atteinte. Certains défendent l'idée qu'il faut limiter le recours individuel aux cas dans lesquels une violation grave affecte les droits fondamentaux. « *Les experts ont estimé qu'en raison de leur peu d'importance, certaines affaires ne devraient pas remonter jusqu'à la Cour de Strasbourg, d'où l'idée que la Cour ne connaisse que des requêtes soulevant une question substantielle au regard de la Convention* »[615]. Mais, comme le relève Florence BENOIT-ROHMER, la transposition de la technique américaine du *writ of certiorari* au contentieux européen n'est pas évidente. La procédure américaine prévoit que l'affaire doit avoir été jugée deux fois — par une Cour de district et une Cour de circuit — avant que la Cour suprême internationale puisse opérer une quelconque sélection. *« À introduire le writ sans s'assurer que les affaires ont fait l'objet d'un jugement préalable que l'on pourrait au demeurant laisser intact, on risque de se retrouver dans un système dans lequel le pouvoir de la Cour EDH des droits de l'homme de prendre ou de refuser une affaire conduit dans certains cas à laisser des violations sans aucune solution parce que la Cour jugerait qu'elles ne sont pas suffisantes pour mériter son examen »*[616].

Pour ces raisons, la première proposition - bien qu'elle poursuive le même objectif - est davantage envisageable. En effet, il est préférable d'agir sur le rôle du juge interne pour limiter celui du juge européen, plutôt que d'agir sur l'action des requérants. Cette démarche est beaucoup plus acceptable pour les particuliers que s'ils se sentent contraints. Mais, au-delà de repenser le rôle des acteurs de l'interprétation, il faudra également proposer des pistes de réflexion quant aux règles de l'interprétation du contrat.

La question des conditions et des caractéristiques de la mise en place du renvoi préjudiciel - sans qu'il n'y soit apporté de réponse unanime et déterminée - est posée.

[614] L. WILDHABER, « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des Droits de l'Homme ? » *RUDH* 2002, vol. 14, n° 1.

[615] F. BENOIT-ROHMER, *op. cit. (*v. note 92).

[616] F. BENOIT-ROHMER, *Ibid.*

CONCLUSION CHAPITRE 1

302.- Amélioration du processus décisionnel.- Suite au constat d'une influence perfectible des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat, on observe que le processus décisionnel mis en œuvre par le juge européen et le juge interne suscite également la curiosité. Des pistes de réflexion peuvent dès lors être engagées pour tenter d'améliorer ces paramètres. Parmi elles, la mise en place de la technique du renvoi préjudiciel est intéressante. En effet, sans ignorer l'influence que joue désormais le juge européen dans l'interprétation du contrat, elle pourrait sans doute encourager un règlement des litiges d'interprétation au niveau interne.

303.- Amélioration par le renvoi préjudiciel.- La mise en œuvre d'une procédure de renvoi préjudiciel pourrait permettre de renforcer la cohérence et la crédibilité de l'influence constatée. Cet outil utilisé en droit communautaire pourrait instaurer une sorte de compromis entre la prise en compte de l'influence européenne, et la gestion du litige d'interprétation au niveau purement interne.

En droit communautaire, le renvoi préjudiciel permet d'instaurer un dialogue entre le juge interne et la Cour de justice des communautés européennes, lorsque le premier rencontre une difficulté d'interprétation du droit ou s'interroge sur sa validité. La demande du juge interne doit respecter plusieurs conditions de fond et de forme, et permet au juge interne, tout en considérant l'arrêt donné par la Cour de justice, de garder l'initiative de la requête et de la décision finale.

Dans le cadre de l'interprétation d'un contrat, la transposition du renvoi préjudiciel serait utile. En effet, elle permettrait de limiter l'action du juge européen et de renforcer celle du juge interne. Le recours préjudiciel - qu'il soit ou non utilisé par le juge national - n'empêcherait pas le requérant de s'adresser au juge européen, puisque le recours individuel ne serait pas limité par cette technique. Mais, on peut penser que cette mise en œuvre poussera le requérant à moins se tourner vers le juge européen. En outre, cette technique aurait le double avantage de renforcer le rôle du juge interne, mais aussi d'améliorer le fond de ces décisions au regard de la conformité à la Convention EDH, dans la mesure où il pourrait solliciter le juge pour des questions d'interprétation des droits fondamentaux.

Bien qu'elle semble utile, la transposition de la mise en œuvre du renvoi préjudiciel à la question de l'interprétation d'un contrat reste délicate. Si l'on imagine une transposition du renvoi préjudiciel de manière générale, cette tâche ne semble pas difficile. De la même façon que le juge le fait à l'égard de la Cour de justice des communautés européennes, il pourrait s'adresser à la Cour EDH pour lui poser une question relative à l'interprétation des droits fondamentaux. Tout comme le droit communautaire, les juges du fond auraient la faculté de poser une question préjudicielle, et les juges suprêmes en auraient l'obligation, dans le but de favoriser une application uniforme des droits fondamentaux.

Mais l'application du renvoi préjudiciel au cas de l'interprétation d'un contrat est plus délicate au regard des règles internes relatives à l'interprétation. Sur le plan du contenu de la question posée, les éléments seront les mêmes que dans le cadre d'une question préjudicielle dans un cadre général. En revanche, la question de la distribution des compétences entre juge du fond et Cour de cassation constitue le point délicat. En effet, les juges du fond sont souverains en matière d'interprétation, et la Cour de cassation ne peut intervenir qu'en cas de dénaturation. En ce cas, quelle autorité devra être chargée de poser la question préjudicielle ?

Si l'on souhaite véritablement constituer un rempart, ce devrait être à la Cour de cassation d'en avoir l'obligation, et aux juges du fond la faculté. Mais ce serait nier les compétences qui leur reviennent au niveau interne. Il est important que les juges du fond restent souverains, dans la mesure où l'interprétation d'un contrat fait naître essentiellement des questions relatives aux faits. S'il s'agit d'une faculté pour le juge du fond, devrait-ce être une obligation pour la Cour de cassation ? Bien que l'interprétation du contrat soit essentiellement une question de fait, et bien que la Cour de cassation soit juge du droit, il faudrait mettre en place une obligation pour le juge suprême de soulever une question préjudicielle, lorsque celle-ci ne l'a pas été par le juge du fond. Il serait possible, pour ne pas aller trop à l'encontre des règles de droit interne, que la Cour de cassation soulève l'absence de question préjudicielle et renvoie aux juges du fond. On pourrait même imaginer que la requête de la Cour EDH par l'un des contractants ne soit possible qu'à la double condition d'avoir épuisé les voies de recours internes et d'avoir posé une question préjudicielle au juge de Strasbourg. Encourager cette démarche aura sans doute pour conséquence de limiter le nombre de requêtes de contractants devant le juge européen et d'encourager le traitement des litiges d'interprétation au niveau interne.

Une autre approche perfectible pourrait être envisagée, qui consisterait à appréhender autrement les règles traditionnelles de l'interprétation, leur donner un nouvel élan.

CHAPITRE 2

LA CONSOLIDATION SUGGÉRÉE DES RÈGLES PORTANT SUR LA QUESTION DE L'INTERPRÉTATION

304.- Les corrections possibles permettant de rendre plus cohérente et crédible l'utilisation des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat passent par un renforcement du rôle du juge interne. Sans contredire l'influence européenne, il est important de favoriser le règlement des litiges privés par le juge interne. Alors que le juge européen tend à s'inscrire dans le rôle d'un quatrième degré de juridiction[617], il serait souhaitable que la Cour de cassation puisse constituer un réel rempart face à cette intrusion déroutante. En effet, il est difficile d'apprécier de façon saine une influence des droits fondamentaux qui ne s'exprime pas dans un contexte équilibré entre les acteurs la mettant en œuvre.

En valorisant les règles prévues par le Code civil, la place laissée aux règles européennes ne pourra en être que réduite. Attribuer aux articles du Code un caractère impératif peut être une piste de réflexion intéressante. En effet, le juge interne serait alors contraint, avant de mener une interprétation objective du contrat, d'opérer une lecture subjective qui valorise la volonté des parties. Il s'agit donc de valoriser les règles qui existent déjà en droit interne. Le rôle attribué à la volonté lors de l'interprétation du contrat tend à diminuer au profit de la conformité aux droits fondamentaux. Loin de s'appuyer sur l'ordonnancement des règles d'interprétation prévues par le droit interne, le juge s'en éloigne. Favorisant une trop grande flexibilité dans le règlement des litiges, et se dispersant dans les objectifs poursuivis, le juge favorise ainsi l'intrusion du juge européen. Sa jurisprudence manque de fermeté et de légitimité au regard des requérants, lesquels, dans ce contexte, se tournent irrémédiablement vers la Cour EDH (Section 1).

En outre, cette consolidation des règles internes relatives à l'interprétation peut s'inspirer des règles existant dans d'autres systèmes juridiques. Alors que l'objectif de ce renforcement vise à donner plus d'importance au juge interne - et notamment la Cour de cassation - mais aussi à revaloriser le rôle de la volonté des parties dans l'interprétation du

[617] Cf. par ex. F. SUDRE, *op. cit.* (v. note 18), p. 380, n° 212-3.

contrat, il apparaît constructif de s’intéresser à la question de la renonciation, beaucoup plus avancée que la France dans certains systèmes juridiques étrangers. Elle constitue la manifestation la plus aboutie et la plus extrême de la mise en œuvre de la volonté et s’inscrit en ce sens dans cette réflexion. Si l’on pousse au paroxysme la valorisation de la volonté, il est alors impossible d’ignorer cette piste, fût-ce telle extrême (Section 2).

SECTION 1. L'IMPÉRATIVITÉ DES RÈGLES DU CODE CIVIL SUGGERÉE

305.- Les règles relatives à l'interprétation prévues par le Code civil ne sont pas impératives et constituent de simples conseils à l'égard du juge. Dès lors, la jurisprudence relative à la détermination du sens d'un contrat est forcément marquée du sceau de l'irrégularité. L'idée de conférer un caractère impératif aux articles 1156 et suivants du Code civil - loin de prétendre résoudre tous les problèmes relevés - possède l'intérêt d'engager la réflexion sur une approche différente de celle réalisée jusqu'alors (§ 1). Sans présager en totalité du résultat obtenu si cette suggestion venait à être mise en œuvre, on peut tout de même augurer de manière générale que cette démarche aura pour effet d'agir sur la perception du contrat en donnant davantage de poids à la volonté des parties (§ 2).

§ 1. Réflexion autour de la mise en œuvre de l'impérativité

306.- La prééminence des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat marque un essoufflement du droit interne des contrats, voire une perte de légitimité aux yeux du juge et des particuliers. *« Si le Code civil a prouvé ses capacités de résistances en perdurant malgré les changements incessants du droit, il a vieilli »*[618]. Pour que l'intervention des droits fondamentaux soit légitime, le juge français doit pouvoir agir en amont à l'appui de règles fortes et cohérentes, pouvant constituer un contrepoids nécessaire. Dans un cas contraire, l'idée de soumission et de contrainte est si prégnante, que l'on ne peut accorder une crédibilité totale à ces nouvelles manifestations. La valorisation des règles existantes en droit interne pourrait donc se concrétiser par la reconnaissance de leur impérativité. Sans encourager un système trop rigide puisque l'interprétation est essentiellement une question de fait, il serait judicieux de valoriser les règles privilégiant la recherche de la volonté.

La force contraignante des articles 1156 et suivants du Code civil est nulle (I). Il faut qu'elle soit repensée pour favoriser le respect des règles d'interprétation (II).

[618] B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, n° 3, p. 463.

I. La force des règles de l'interprétation contestée

307.- En matière d'interprétation des conventions, le Code civil met en œuvre de simples conseils à l'égard du juge (A), lesquels ont tendance à favoriser une jurisprudence décousue (B).

A. La qualité de conseils des règles de l'interprétation

308.- La Cour de cassation considère depuis 1807 que *« les dispositions des articles 1156 et suivants du Code civil sont plutôt des conseils donnés aux juges, en matière d'interprétation des contrats, que des règles rigoureuses et impératives, dont les circonstances, même les plus fortes, ne les autoriseraient pas à les écarter »*[619].

Dans le cadre de l'interprétation d'un contrat, les règles du Code civil permettent au juge d'adopter deux attitudes. Lorsqu'il peut tirer de la volonté commune des parties des indices suffisants pour lire le contrat, il est tenu de le faire en ce sens. C'est ce que prévoit l'article phare en matière d'interprétation, l'article 1156 : *« On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes »*. Les articles 1159 et 1 164, mais aussi 1163 le prévoient également, et sont de ce fait fortement liés à l'article 1156[620] : *« Ils relèvent également de la méthode subjective et permettent « d'étendre la sphère des effets contractuels au-delà de la lettre même du contrat » »*. Les articles 1157 et 1161 favorisent l'utilité et la cohérence de l'acte. Mais, il n'est pas toujours possible de dégager une telle volonté du fait du silence des parties. En effet, elles n'ont pas pu prévoir toutes les questions qui allaient intervenir dans le contrat. Dans ce cas, le juge va interpréter de manière objective le contrat, c'est-à-dire qu'il va décider lui-même du sens à lui donner à l'aide de l'équité par exemple[621].

Ces règles laissent supposer qu'une certaine chronologie doit être respectée entre les articles pour procéder à l'interprétation. Or régulièrement, le juge tend à opérer directement une interprétation objective du contrat. L'utilisation des droits fondamentaux s'inscrit dans ce contexte. Les arrêts dans lesquels le juge a manifesté cette utilisation ne correspondaient pas

[619] Cass, 18 mars 1807.

[620] J. DUPICHOT, *op.cit.* (v. note 50), p. 179 et suiv, notamment nº 9.

[621] v. par exemple, les articles 1135, 1157 à 1164 du Code civil.

toujours à des situations dans lesquelles les parties n'avaient pas manifesté leur volonté. Lire le contrat par le prisme des droits fondamentaux ce n'est pas lire le contrat au regard uniquement de la volonté. Cela peut vouloir dire et c'est le risque, ne pas prendre garde à la volonté ou la modifier.

Le caractère non impératif des règles d'interprétation prévues par le Code civil génère de l'irrégularité dans la jurisprudence.

B. Un caractère facteur d'irrégularité de la jurisprudence

309.- Le caractère actuel des règles d'interprétation ne permet pas au juge interne de faire face à l'intrusion massive des droits fondamentaux dans le droit des contrats. Le caractère des règles d'interprétation ne permet pas de discipliner la démarche du juge. En effet, les règles du Code civil encadrant l'interprétation du contrat n'ont pas de valeur contraignante, si bien que la question de leur existence peut être posée. Dotées de la qualité de simples conseils, ces règles facultatives ne peuvent pas être hiérarchisées. À partir de ce constat, rien n'empêche le juge d'utiliser en priorité les articles consacrant une lecture objective du contrat, faisant fi de la volonté qui a pu être exprimée par les parties. L'interprétation du contrat par le biais des droits fondamentaux sert davantage à dégager la portée des obligations contractées qu'à dégager le sens du contrat. La lecture du contrat par le prisme des droits fondamentaux tend donc à valoriser l'interprétation objective davantage que l'interprétation subjective. Mais, *« l'interprétation des contrats doit se faire par référence à la commune intention des parties »*[622]. Ce qui pousse certains auteurs[623] à considérer que le juge interprète le contrat, mais que ce n'est pas une *« bonne »* interprétation qu'il fait du contrat. C'est une *« interprétation partisane sans souci de rechercher la volonté commune »*[624]. Face aux exigences européennes, le juge interne est en réalité tiraillé entre la nécessité de s'y conformer pour éviter les condamnations, et la volonté de sauvegarder sa part d'autonomie.

Dans cette perspective de rééquilibrer la relation entre le juge interne et le juge européen, une des pistes de réflexion d'amélioration pourrait être de revaloriser la force des règles d'interprétation. Le fait de les rendre impératives aura pour effet de structurer l'action du juge interne en le rendant plus résistant, et favorisera une jurisprudence plus linéaire. En

[622] Cass. civ. 1ère, 20 janvier 1970.

[623] C. GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC* 1er avril 2008, n° 2, p. 207.

[624] P. STOFFEL-MUNCK, note sous CA Reims, 7 janvier 2004, *RDC* 1er octobre 2004, n° 4, p. 933.

outre, il est toujours préférable et cohérent qu'un litige privé relatif à l'interprétation d'un contrat soit traité par le juge interne.

Les règles relatives à l'interprétation du contrat ne contraignent pas le juge. Cet aspect souvent décrié pousse à s'interroger sur une modification de leur valeur.

II. La force des règles de l'interprétation modifiée

310.- L'attribution d'une valeur impérative aux règles d'interprétation prévues dans le Code civil peut être préconisée pour les transformer en devoirs. Agir de manière encadrée et régulière est gage de sécurité pour les contractants, qui ne se tourneront pas forcément vers la Cour EDH des droits de l'homme s'ils ont le sentiment que la procédure est maîtrisée et leurs droits défendus de manière crédible par le juge interne.

Pour justifier la nécessité de rendre les articles impératifs, certains auteurs ont pu montrer que ce caractère obligatoire était reconnu à l'égard de certains articles ayant la même portée que les articles 1156 et suivants du Code civil. Cyril GRIMALDI [625] par exemple a ainsi rapproché l'article 1162 du Code civil de l'article 1602 du Code qui prévoit que *« le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur »*. Il mentionne également l'article L. 133-2 du Code de la consommation suivant lequel, *« les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non professionnels doivent être présentées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non professionnel »*. Dès lors, l'article 1162 - dont ces articles sont inspirés - ne devrait-il pas lui-même être considéré comme impératif ? L'auteur fait référence à la jurisprudence[626] et confirme que la Cour de cassation contrôle effectivement l'application de ces deux dispositions par les juges du fond. Ne serait-il pas envisageable que l'on puisse en exiger autant lors de l'interprétation du contrat ? Rien ne semble s'y opposer. Il est cependant important de faire attention à la manière de les aborder.

En effet, si l'on décide de reconnaître le caractère impératif, une difficulté va apparaître en ce qui concerne le champ d'application de cette impérativité. Doit-elle être

[625] C. GRIMALDI, *op. cit. (*v. note 623).

[626] Pour l'art. 1602 : Cass. civ. 1ère, 13 avril 1999, *Rev. Contrats, conc. consom.* 1999, comm. 127, note L. LEVENEUR. Pour l'art. L. 133-2 : Cass. civ. 1ère, 21 janvier 2003, *CORDEIRO,* P. CHAUVEL, *op. cit. (*v. note 63) ; B. BOULOC, *op. cit. (*v. note 63) ; J. MESTRE et B. FAGES, *op. cit. (*v. note 63) ; *RDC,* 2003, p. 91, obs. M. BRUSCHI. Cass. civ. 2ème, 13 juillet 2006, *D.* 2006, p. 2848, M. LAMOUREUX.

reconnue à tous les articles 1156 et suivants ? Doivent-ils avoir la même portée ou faut-il établir entre eux une hiérarchie ? Bien que la recherche de la volonté constitue le pilier en termes d'interprétation, il est évident qu'à l'heure actuelle, le défaut d'impérativité empêche d'avoir une quelconque exigence quant à une hiérarchie des règles d'interprétation. Pour autant, certains auteurs auxquels nous nous rallions pensent que ces règles doivent être appliquées dans un ordre défini pour éviter qu'une même clause puisse être interprétée de manière différente selon l'ordre dans lequel sont utilisés les articles, et surtout pour laisser à la volonté des parties sa place prédominante. *« La règle suivante ne doit être utilisée que si la précédente est inapplicable, ou si son application n'aboutit pas à donner un sens satisfaisant à la clause obscure »*[627]. Ces règles semblent davantage se compléter que se confronter. Certaines sont faites pour être utilisées en premier, d'autres en cas d'inefficacité des premières. Une lecture ordonnée des articles est intéressante. La reconnaissance de l'impérativité des articles permettrait d'en assurer le respect.

Les règles prévues[628] par le Code civil pour interpréter le contrat doivent être repensées pour être efficaces et donner davantage de cohérence au processus d'interprétation. La reconnaissance de leur impérativité constitue la réflexion principale. À travers l'impérativité de ces règles, c'est la recherche de la volonté que l'on cherche à assurer.

§ 2. Réflexion autour de la portée de l'impérativité

311.- La mise en œuvre d'une impérativité des règles encadrant l'interprétation des conventions aurait pour conséquence de valoriser la volonté des parties qu'elles ont pu exprimer. Cette rigueur garantirait en effet une approche du juge qui ferait primer une lecture subjective de l'acte.

On considère *a priori* que l'importance donnée à la recherche de la volonté sera différente selon l'objectif poursuivi par l'interprétation (I). À moins qu'une approche unifiée puisse être envisagée (II).

[627] H. TROFIMOFF, « Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des contrats », *Rev. Hist. Droit Français et Étranger* 1994, Sirey, p. 203.

[628] Cf. art. 1156 et suiv. du Code civil, et art. 6 du Code civil.

I. Une recherche distinguée de la volonté

312.- La nécessité de garantir la recherche de volonté des parties s'inscrit dans le cadre d'une interprétation pour laquelle le juge devrait attribuer un sens à une clause du contrat (A). En revanche, elle apparaît moins efficace dans le cas où le juge interprète le contrat pour en déterminer le contenu obligationnel (B).

A. L'importance de la recherche de la volonté pour la détermination du sens d'une clause

313.- En effet, lorsque l'interprétation consiste à dégager le sens d'une clause contractuelle, il est important de valoriser la volonté des parties. Le juge - dans le cadre des affaires étudiées - utilise les droits fondamentaux pour interpréter le contrat, à l'égard de clauses pourtant claires. La proposition consiste donc à faire en sorte que la volonté soit respectée lorsqu'elle est claire sinon - comme le prévoient les règles d'interprétation - il s'agit d'une dénaturation. Alors même que la Cour de cassation peut intervenir lorsque les juges du fond dénaturent le contrat, c'est elle-même qui dénature l'acte, en privilégiant une lecture conforme à la Convention européenne plutôt qu'à la volonté exprimée. Il est dans ce cas important de toujours nuancer la proposition en admettant l'existence de certaines affaires dans lesquelles - bien que les parties se soient clairement exprimées et aient donné leur consentement - le juge n'a pas pu donner de sens légal à leur volonté[629]. Il existe donc toujours une limite qui consiste à réprimer en toute occurrence une violation à la substance même du droit.

Dans la mesure où la clause n'est dotée d'aucune ambiguïté flagrante, cela signifie que les parties l'ont accepté en connaissance de cause et qu'il ne faut pas aller à son encontre. Le juge doit favoriser la volonté des parties. Bien qu'il soit d'usage de parler de volonté commune, il semble que celle - ci ne puisse exister. En réalité, une clause d'un contrat ne peut pas exprimer une volonté commune. Lorsque le propriétaire a la volonté de limiter le droit au respect de la vie privée et familiale de son locataire, cette volonté ne peut pas être partagée par le locataire. Si on lui laissait le choix, il préférerait ne pas subir cette contrainte. Mais, le but du contrat le pousse à accepter, car son objectif d'obtenir un emploi ou un logement est

[629] Cf. la distinction entre interprétation objective et subjective. v. § 18, p. 16.

plus fort. La volonté commune est la volonté exprimée ou sous-entendue. La volonté commune est celle de signer le même contrat, avec un objectif différent pour chaque partie. La volonté commune n'est pas relative au contenu du contrat.

La recherche de volonté est nuancée lorsque l'interprétation consiste à déterminer le contenu contractuel et non plus seulement à déterminer le sens d'une clause.

B. La nuance quant à la recherche de la volonté pour la détermination du contenu du contrat

314.- La plupart du temps, lorsque l'interprétation consiste à dégager le contenu du contrat, la volonté n'est pas exprimée. Lors de l'exécution du contrat, un problème va survenir pour lequel les parties ne trouveront pas d'accord quant à sa résolution, puisqu'elles ne se sont pas concertées au préalable. Parfois, le point sur lequel un litige intervient est tellement éloigné de l'objectif du contrat, que l'interprétation en est délicate. Pensons par exemple à un contrat de bail. Il est difficile pour les parties de se mettre d'accord - lorsqu'elles signent le contrat - sur la manière dont les convictions religieuses de l'une d'elles devront être entendues et respectées. En effet, l'objet du contrat de bail ne concerne pas au premier abord la liberté de religion. Il devient alors plus délicat pour le juge de privilégier la volonté, puisque celle-ci n'existe pas. Seule la volonté de chacune des parties peut être déduite. Dès lors, dans quelles mesures attendre du juge une telle démarche qui consisterait à privilégier la volonté ?

À moins de ne créer plus d'irrégularités dans la jurisprudence qu'il n'en existe déjà, il serait préférable de ne pas vouloir à tout prix privilégier la volonté dans un cas comme celui-ci, sans tomber dans le forçage à outrance du juge, que l'on souhaite justement limiter. Pour éviter de faire de trop grandes distinctions, il est possible d'avancer une piste de réflexion qui pourrait même être applicable aux deux types d'interprétation, à savoir celle dans laquelle le juge donne un sens à une clause et celle lui permettant de préciser les obligations découlant du contrat. Car, interpréter le contrat suppose de pouvoir dire ce qu'il signifie, mais aussi à quoi il engage. Cette piste de réflexion serait commune aux différentes interprétations, et ne dépendrait pas du fait que les parties ont formulé expressément leur volonté ou non.

La recherche de la volonté dans le contrat ne constitue pas *a priori* une démarche qui devrait être distincte selon l'objectif poursuivi par l'interprétation. Une approche unifiée de la volonté semble possible.

II. Une recherche unifiée de la volonté

315.- Le juge doit être en mesure de dire - que la volonté ait été exprimée formellement ou pas - en fonction du type de contrat par exemple ou des spécificités d'un des contractants, quelle importance elle a pu jouer ou aurait pu jouer si elle avait été formulée. Il est possible donc de s'interroger sur le degré de l'importance que l'un des contractants a pu attacher à une clause ou à un élément qui, même s'il est d'une importance extrême, n'a pas été spécifié, car le type de contrat n'en supposait pas l'utilité, ou encore que le contexte, lors de la signature du contrat, ne demandait pas de le signaler.

« Dans la quête de l'exacte portée et nature d'un contrat, il est commode de recourir à une distinction tripartite remontant au XIIIe siècle (...). Certaines obligations sont de l'essence du contrat (les essentialia) : « les choses qui sont de l'essence du contrat sont celles sans lesquelles ce contrat ne saurait subsister. Faute de l'une de ces choses, où il n'y a pas du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat »[630]*. D'autres obligations sont seulement de la nature du contrat (les naturalia) : ce sont celles que comporte le contrat bien que les parties ne s'en soient pas expliquées (...) ; elles peuvent être exclues sans le disqualifier. Enfin, il en est qui sont purement accidentelles (les accidentalia) qui sont ajoutées par une clause particulière »*[631]. Il peut exister dans un contrat des éléments qui relèvent de son essence. Dans cette situation, on peut supposer que la partie pour laquelle cet élément est important l'aura mentionné par une clause. Sa volonté - acceptée par l'autre - en devient commune et le juge doit la respecter, dans la mesure du tolérable. Il peut exister des éléments qui - bien que non exprimés dans le contrat - sont de la nature du contrat. Bien que la volonté n'ait pas été clairement définie, on peut penser que le juge arrivera à ne pas s'en éloigner et à la faire-valoir. Enfin, certains éléments peuvent ne pas avoir de rapport avec le contrat en cause, si bien que le juge peut difficilement accorder de crédit à la volonté, qu'elle soit exprimée ou pas. On pense par exemple aux locataires juifs qui signent un contrat de bail pour un appartement situé dans un immeuble au sein duquel ils pénètrent grâce à une serrure manuelle. Postérieurement à la conclusion, le contexte évolue puisque le propriétaire y place un digicode. Leurs croyances religieuses sont donc altérées. Mais qu'est-ce qui aurait pu justifier qu'ils fassent connaître cette pratique - primordiale à leurs yeux - lorsqu'ils ont signé le contrat ?

[630] P. le TOURNEAU citant POTHIER au XVIIIe siècle.

[631] P. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6ème éd., Dalloz, 2006, p. 788, nº 3617.

316.- Le juge peut donc s'attacher à prendre en considération l'importance de l'élément qui intervient en cours d'exécution du contrat, que la volonté ait été exprimée ou pas. Une fois appréciée cette importance, il faut également qu'il veille à prendre en compte les conséquences qu'elle implique pour l'autre partie, et c'est ici qu'interviendra le principe de proportionnalité. Dans cette même affaire dite du digicode, le juge a estimé qu'il était trop lourd pour le propriétaire de s'attacher au respect des croyances religieuses des locataires, fussent-elles très importantes pour eux. Cette obligation était trop éloignée de ce pour quoi le contrat avait été signé, et il était trop lourd de conséquences de reconnaître que le sens du contrat impliquait ici le respect de ces convictions. D'une certaine manière, on comprend que le juge agisse ainsi. Dans un cas contraire, il serait dès lors possible de faire découler de nouvelles obligations pour tous les contrats. D'un autre côté, on comprend l'importance que peut revêtir cette croyance pour des pratiquants. On pourrait alors attendre des contractants qu'ils fassent connaître, à la conclusion du contrat, les éléments du quotidien qui revêtent pour eux une extrême importance. Mais, on conçoit que cette approche ne soit trop subjective. En outre, qu'est-ce qui aurait dû justifier dans le cadre du contrat que ces locataires aient à faire connaître - sinon à entrer dans leur vie privée - l'importance de leurs pratiques religieuses ? La question est délicate. On pourrait simplement attendre du juge, lorsque la volonté n'a pas été exprimée, qu'il légitime les attentes que tout individu *« moyen »* serait en mesure de manifester.

En octroyant une valeur impérative aux règles d'interprétation, la recherche de la commune intention des parties serait inéluctable et limiterait l'action du juge dans sa tendance à reformuler le contrat pour qu'il soit conforme avec les droits fondamentaux. Interpréter le contrat par le prisme des droits fondamentaux revient à occulter la volonté, ou bien à n'y porter que peu d'intérêt. Ce n'est plus la volonté qui prime, mais une lecture plus équilibrée et plus juste du contrat. Au nom de principes fondamentaux, le contrat va être interprété dans un sens qui leur est favorable, mais pas forcément dans le sens qu'ont souhaité les parties. C'est donc une bonne interprétation du contrat qui est recherchée, et plus simplement l'interprétation du contrat.

Dans le droit chemin de cette idée, la renonciation qui est utilisée dans certains systèmes juridiques permet également de constituer une piste de réflexion intéressante.

SECTION 2. L'INTÉRÊT POUR LA RENONCIATION ENCOURAGÉ

317.- La question de la renonciation est intéressante pour réfléchir à la manière dont il serait possible d'améliorer la lecture du contrat par le prisme des droits fondamentaux. En effet, la place de la volonté tendant à diminuer dans le règlement des litiges relatifs à l'interprétation, il paraît judicieux de s'interroger sur la manière dont celle-ci pourrait être revalorisée par les règles de l'interprétation. Certains systèmes juridiques comme le droit canadien ou québécois reconnaissent- en le conditionnant- le droit à la renonciation jusque dans les relations privées. Cette vision décomplexée des droits fondamentaux fait la part belle à la liberté et à la volonté de chacun de contractualiser ses droits les plus subjectifs. Les développements doctrinaux en général y consacrent un intérêt certain[632], sans qu'ils soient légion en ce domaine.

Il semble que par hypothèse, le droit de renoncer à un droit fondamental doit être apprécié au cas par cas. La question est d'une importance telle que la généraliser serait prendre de trop grands risques et l'interdire de manière absolue bien trop sévère à l'égard de situations qui ont pour conséquences réelles d'assouvir la liberté de l'individu et son épanouissement, son autonomie. *« ... Certains contextes comprennent des conditions- matérielles, informationnelles, procédurales- qui permettent de considérer que la renonciation correspond à la préférence authentique de l'individu, plutôt que d'être simplement sa façon de répondre à la situation dans laquelle il est plongé »*[633].

Il est utile dans un premier temps de réfléchir à la manière dont la renonciation pourrait être exprimée au regard des dérives qu'elle peut engendrer, pour percevoir ensuite la façon dont elle pourrait améliorer l'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux. Ainsi, l'encadrement de la renonciation (§ 1) ainsi que son appréciation doivent être présentés (§ 2).

[632] O. de SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange*, Université catholique de Louvain, Working paper series 2005/1 CRIDHO.

[633] *Ibid.*, p. 40.

§ 1. L'encadrement de la renonciation

318.- Il faut être conscient que tolérer de telles manifestations de volonté, parfois réductrices des droits les plus essentiels, encourage un effet pervers, celui que l'individu *« détruise lui-même, en l'exerçant, la liberté que la loi lui donne »*[634]. Pour cette raison, la renonciation - si elle devait être généralisée - doit être encadrée. C'est pourquoi certaines conditions doivent être avancées qui permettent de distinguer les renonciations valables de celles qui ne le seraient pas.

Pour cela, il est nécessaire d'identifier la renonciation (I) pour pouvoir ensuite la conditionner (II).

I. L'identification de la renonciation

319.- Les droits fondamentaux reconnus à l'individu lui permettent de se protéger contre les atteintes que peuvent lui causer l'État ou d'autres individus. Pour cette raison, il existe par exemple au Canada une Charte des droits et libertés ayant vocation à protéger les droits fondamentaux des individus. Comme une Convention, l'objectif d'une Charte des droits et libertés est de porter en elle *« le germe de la subversion »*[635]. C'est-à-dire qu'elle constitue un moyen pour le particulier de protéger les droits que la Charte contient en contestant un acte de la personne publique qui y porte atteinte. *« Pionnier dans ce domaine, le Québec a adopté, dès 1975, sa Charte des droits et libertés de la personne. Depuis 1982, le Canada a lui aussi sa Charte canadienne des droits et libertés. Les deux chartes ont sensiblement le même contenu. Toutefois, alors que la seconde, s'appliquant aux lois, règlements et autres actes gouvernementaux, vise les rapports entre l'État et les citoyens, la Charte québécoise régit toutes les branches du droit, y compris les contrats entre particuliers. Celle-ci protège notamment le droit à la vie, les libertés fondamentales (religion, conscience, opinion, expression et autres) et le droit à l'égalité »*[636]. L'invocation des droits fondamentaux permet donc aux individus de remettre en cause des normes, des usages, qui y porteraient atteinte. Mais, le Canada reconnaît aussi- et c'est en cela que l'exemple de ce système juridique est

[634] G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1952, nº 64.

[635] P.-G. JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », *RTD civ.* 2007, p. 33.

[636] *Ibid.*

intéressant- que l'individu puisse provoquer lui-même une atteinte à l'un de ses droits fondamentaux, en exerçant la renonciation. Au-delà de ce système juridique et de manière générale, dès lors qu'un individu est lui-même à l'origine de la norme - par le biais d'un contrat - peut-il s'en éloigner ultérieurement ? *« Qu'arrive-t-il quand la personne ou la minorité a elle-même participé à l'élaboration de la norme qu'elle conteste aujourd'hui ? Cette situation se présente notamment dans le monde des contrats. Il arrive en effet qu'une convention, comportant la violation potentielle d'une liberté ou d'un droit garanti, ait été passée par deux ou plusieurs personnes sans erreur ni dol ; un jour, une partie désire se libérer de la convention ou d'une de ses stipulations, et elle brandit la Charte. Il surgit alors l'une des plus formidables confrontations de notre époque, en droit privé : liberté contractuelle, d'un côté, et liberté ou droit fondamental, de l'autre, s'opposent directement. Tel est l'épisode de l'histoire des chartes que vit présentement Montréal »*[637].

La question de la renonciation pose avant toute chose celle de son identification. Que signifie la renonciation ? À quoi peut-on l'identifier ? Renoncer à un droit fondamental signifie renoncer à son exercice. Mais, de manière plus précise, certains auteurs[638] ont dressé trois types de renonciations.

La renonciation est effectuée par le détenteur du droit en cause- rejetant ainsi une attitude par trop protectrice de l'État cherchant à lui assurer le bénéfice de ces droits. Elle peut aussi être le fait du débiteur de l'obligation - dans une vision large de la notion - lequel s'en détache du fait de la renonciation ultérieure. Elle peut consister dans le choix pour l'individu titulaire du droit qui lui est reconnu de ne pas l'exercer. Elle peut consister dans une violation de son droit qui est anticipée - formulée par exemple dans une clause contractuelle - et qui consiste par avance à se dédouaner du bénéfice de son droit. Elle peut enfin consister en l'abstention de condamner une atteinte provoquée par le comportement d'un autre individu à l'un de nos droits fondamentaux, et à refuser ainsi tout droit à réparation.

Une fois définie, il faut préciser que la renonciation, pour être valable, doit remplir certaines conditions.

[637] P.-G. JOBIN, *op. cit. (*v. note 635).

[638] O. de SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit. (*v. note 632).

II. Les conditions de la renonciation

320.- Ces mêmes auteurs distinguent trois conditions nécessaires à une mise en œuvre acceptable de la renonciation c'est-à-dire d'une renonciation mettant en œuvre la liberté de l'individu, qui le sert davantage qu'elle ne pourrait lui nuire. Parmi ces trois conditions, ils distinguent les *conditions matérielles*, les *conditions informationnelles* et les *conditions procédurales*[639]. À ce propos, et pour faire référence au système canadien évoqué précédemment, ce dernier prévoit des conditions similaires. Il prévoit en effet que deux conditions doivent être réunies pour que la renonciation soit valable. Tout d'abord, le consentement des parties doit être pleinement volontaire et libre. En outre, la renonciation doit être faite en pleine connaissance de ses conséquences et effets véritables. Enfin, elle doit être exprimée de manière claire, précise et explicite. La Cour suprême exige en effet que le droit auquel la partie renonce soit mentionné expressément. Il est donc d'usage de considérer - pour les défenseurs de la théorie de la renonciation - que celle-ci peut être valable, si elle répond à certaines conditions.

Les conditions *« matérielles »* correspondent à l'expression d'une renonciation, fruit d'un consentement libre. L'individu ne doit pas décider de renoncer à son droit parce qu'il en ressent le besoin, parce qu'il se trouve dans une situation *« dommageable »*. Dans la célèbre affaire[640] dite du lancer de nain, le juge a ainsi pu décider que *« ... la circonstance que la participation de l'intéressé aux spectacles incriminés donne lieu au versement d'un salaire ne nous paraît nullement de nature - nous serions tentés d'ajouter le contraire- à infléchir cette conclusion. Par sa nature même, la dignité humaine doit en effet être placée hors commerce et, sur un plan moral, nous croyons précisément pouvoir déceler, pour notre part, une circonstance aggravante, plutôt qu'atténuante, dans le fait qu'une personne acceptant de se prêter à une attraction à caractère dégradant le fasse à titre de prestation rémunérée dans le cadre d'une exploitation commerciale »*. Le besoin de renoncer pour obtenir des *avantages matériels*[641] ne peut rendre la renonciation valable.

[639] O. de SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit. (*v. note 632), p. 3.

[640] CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* et *Ville d'Aix en Provence*, *RFDA* 1995, p. 1204, concl. P. FRYDMAN ; *AJDA* 1995, p. 878, J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX ; *D.* 1996, p. 177, G. LEBRETON.

[641] O. de SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit. (*v. note 632).

Les conditions *« informationnelles »* recouvrent l'idée d'une nécessité d'un consentement éclairé, c'est-à-dire que l'individu qui renonce doit être conscient des conséquences de son choix au moment où il le décide.

Enfin, les conditions *« procédurales »* signifient que le choix de renoncer doit être *concerté*[642]. *« Lorsqu'en raison du poids de l'histoire ou de certaines traditions, il existe un contexte social défavorable à l'exercice d'un droit, il peut être nécessaire, pour que les individus tirent un réel bénéfice de ce droit, qu'ils soient suffisamment nombreux à l'exercer. Dans une telle situation, la possibilité pour chaque individu d'exercer son droit est entravée par son incertitude quant aux intentions des autres personnes susceptibles de l'exercer. On peut aboutir ainsi à une situation de blocage ou, bien que formellement titulaires d'un droit, les individus renoncent à s'en prévaloir, de crainte de devoir affronter seuls des réactions hostiles ou des marques de désapprobations »*.

Des considérations matérielles et procédurales conditionnent la validité de la renonciation. D'autres éléments permettent de l'apprécier.

§ 2. L'appréciation de la renonciation

321.- Il faut préciser que l'appréciation de la renonciation peut varier selon le moment et le contexte dans lequel elle intervient. Les trois hypothèses de renonciation évoquées par les auteurs ne sont d'ailleurs pas appréciées et jugulées de la même manière par le droit. *« Pour éviter que l'individu ne soit dissuadé d'exercer le droit qui lui est reconnu, toute forme de pression exercée sur lui pour qu'il y « renonce », même librement, sera considérée comme une forme d'atteinte à ce droit ; pour l'empêcher d'y renoncer par la conclusion d'une convention, toute clause contractuelle en ce sens, même « librement » consentie, sera considérée comme nulle pour contrariété à l'ordre public ; enfin, pour éviter que l'individu s'accommode d'une violation de son droit, et « renonce » à porter plainte ou à exercer un recours, le droit pénal prévoit qu'en principe, le consentement de la victime ne prive pas certains comportements de leur caractère délictueux, avec pour conséquence que des poursuites peuvent être déclenchées d'office, même sans plainte de la victime »*[643].

Le contexte de l'appréciation de la renonciation dans le cadre de l'interprétation d'un contrat sera celui de la deuxième hypothèse : l'individu en signant le contrat renonce à son

[642] O. de SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit. (*v. note 632), p. 27.

[643] *Ibid.*, p.10.

droit par le biais d'une clause contractuelle. Dans ce cadre, le juge doit-il à chaque fois le protéger et considérer que sa renonciation ne peut être valable même si elle respecte les trois conditions énumérées précédemment ? Et si l'individu n'a pas exprimé précisément sa renonciation dans une clause contractuelle, mais que le contrat le pousse - par nature - à renoncer à l'un de ses droits, c'est-à-dire s'il se retrouve dans le cadre de la troisième hypothèse, comment apprécier cette forme de renonciation ? Pour répondre à ces interrogations, différentes pistes de réflexion - auxquelles nous adhérons - sont avancées par le Professeur JOBIN. Il est important pour comprendre l'analyse de définir au préalable si le contrat permet ou non d'anticiper sur les obligations qu'il va faire naître au cours de son exécution, à partir desquelles l'un des contractants - en les ayant clairement identifiées - serait susceptible de vouloir renoncer à l'un de ses droits. En effet, bien qu'il soit difficile de déterminer par avance toutes les atteintes que pourra faire naître le contrat au cours de son exécution - et donc de déterminer à quels droits de la Convention EDH l'on souhaite renoncer - il faut trouver des règles de mise en œuvre.

322.- Est-ce à la partie qui renonce au droit de la formuler, ou à l'autre cocontractant de s'assurer que toutes les conditions ont été réunies ? On peut penser que le renonçant est le mieux placé pour faire connaître ses convictions personnelles et mettre en avant les éléments essentiels de sa personne et de sa vie qu'il souhaite protéger, ou au contraire ceux sur lesquels il est prêt à subir des limitations. En ce sens - et comme le souligne l'auteur - ces règles existent à l'égard des contrats de vente. Lorsque l'erreur porte sur un aspect du bien vendu qui n'est déterminant que de façon subjective - propre à l'acheteur - la nullité lui est refusée à moins qu'il n'ait fait connaître au vendeur son intérêt pour cet aspect. Lorsqu'une partie, au regard de l'objectif principal qu'elle poursuit par le contrat, tolère de renoncer à un droit prévu par la Convention - droit qui est susceptible d'être atteint par le contrat - elle devrait donc l'exprimer clairement lors de la conclusion de l'acte. Dans une situation contraire, lorsqu'une partie suppose que le contrat pourrait porter atteinte à un droit qu'elle estime déterminant pour elle, elle devrait l'exprimer et trouver avec son cocontractant un arrangement, ou bien ne pas signer le contrat. Mais cela suppose que l'atteinte soit détectable. Or ce n'est pas souvent le cas, car l'atteinte qui intervient n'a pas véritablement de lien logique avec l'objectif principal poursuivi par le contrat. Concrètement, deux situations peuvent être rencontrées.

Le contrat permet parfois d'anticiper sur les obligations qu'il va faire naître et donc justifie que le contractant qui souhaitait le faire ait pu manifester une renonciation (I). Dans

d'autres cas, cette anticipation n'est pas possible et rend la possibilité d'une renonciation difficile (II).

I. L'anticipation permise par le contrat

323.- Lorsque le contrat permet d'anticiper sur les obligations qui vont naître et les obligations qui vont en découler, le contractant visé par la potentielle atteinte peut exprimer librement sa volonté de renoncer à ce droit ce qui revient à accepter l'atteinte, ou bien - pourtant en mesure de connaître les obligations découlant du contrat - il peut décider de ne pas mentionner certains détails déterminants de sa personne à la conclusion du contrat - auxquels il sera inévitablement porté atteinte au regard de l'objet du contrat - révélant lors de l'exécution une attitude pouvant s'apparenter à la mauvaise foi (A). Quelle que soit la configuration adoptée, la renonciation lorsqu'elle est permise par le contrat - qu'elle découle d'une action ou d'une inaction de l'individu - ne doit pas excéder certaines limites (B).

A. Le comportement déterminant du contractant

324.- Le contractant dont le droit va être atteint par le sens donné au contrat peut manifester une action (2) ou une inaction (1) dans le cadre de la renonciation.

1. La renonciation niée

325.- Cette première configuration est la suivante : le contrat - par son objet - permet d'anticiper, de comprendre, de connaître les obligations normales qui vont en découler durant son exécution, et de ce fait les atteintes aux droits fondamentaux qu'il est susceptible de causer. On part du postulat que l'individu qui contracte est un individu lambda, susceptible de comprendre et d'analyser la situation, même s'il semble très difficile dans un contrat de bail, une déclaration de copropriété, un contrat de travail, de pouvoir anticiper toutes les atteintes indirectes imaginables à des libertés ou des droits fondamentaux et qui excluent expressément tels ou tels articles de la Convention EDH.

En ce sens, l'idée de se référer au comportement d'un individu « normal » se rapproche de ce que prévoient les principes Unidroit relatifs à l'interprétation. En effet, alors

que le droit interne valorise une interprétation *in concreto,* c'est-à-dire la recherche de la volonté des parties, il est ici davantage question d'une interprétation *in abstracto,* valorisant la recherche de la volonté qu'aurait eu n'importe quel citoyen « moyen » dans leur situation : *« Faute de pouvoir déceler la commune intention des parties , le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation »*[644]. En des termes pratiquement similaires, les Principes du droit européen des contrats prévoient la même règle selon laquelle *« faute de pouvoir déceler l'intention conformément aux alinéas (1) et (2), on donne au contrat le sens que des personnes raisonnables de même qualité que les parties lui donneraient dans les mêmes circonstances »*[645]. Par exemple, lorsqu'un individu signe un contrat de travail pour un emploi de boucher, et qu'il ne mentionne pas à son employeur ses convictions religieuses musulmanes - lui interdisant de toucher de la viande de porc - on peut légitimement considérer que son attitude relève de la mauvaise foi. N'est-il d'ailleurs pas légitime d'envisager que l'attitude du boucher soit sanctionnée, au titre même qu'une erreur d'appréciation de l'équilibre du contrat ? L'exécution du contrat fera nécessairement naître des situations dans lesquelles le boucher devra toucher de la viande de porc. Cela ne sous-entend pas que parce qu'il a ces convictions, un individu ne peut pas être embauché à cette fonction. Mais le fait d'avertir l'employeur lui fait prendre connaissance de ses obligations et lui permet - s'il l'accepte - de trouver des aménagements à l'emploi de son salarié. Si l'employeur émet un refus à l'embauche, la personne pourra très bien se protéger en invoquant la discrimination. L'atteinte était détectable et prévisible pour l'employé. En face, l'attente de l'employeur est normale. En ce cas, le juge ne devrait pas pouvoir interpréter le contrat en faveur de celui qui n'a rien dit. Il n'est pas admissible d'attendre de la part de l'employeur de respecter de telles attentes si on ne les lui a pas mentionnées, alors que le travail demandé était inévitablement en étroites relations avec elles. L'obligation de toucher de la viande, qui découle directement de l'objet d'un contrat de travail pour un emploi de boucher, ne peut pas être contestée en cours d'exécution du contrat. Ce n'est pas excessif de la part de l'employeur de demander cela à son employé.

Parfois, les atteintes qu'était susceptible d'entraîner le contrat aux droits fondamentaux ont été à la fois anticipées par le contractant concerné, mais celui-ci a

644 Art. 4-1.

645 Art. 5-101, 3ème al.

matérialisé une action en manifestant clairement sa volonté de renoncer au droit dont la violation par le contrat est envisagée.

2. La renonciation assumée

326.- Dans cette configuration, le contrat permet d’anticiper, de comprendre et de connaître les obligations normales qui en découlent et donc du même coup les atteintes aux droits qu’il est susceptible de causer en fonction des contractants concernés. Contrairement au cas précédent dans lequel ces paramètres sont assimilés - mais où l’une des parties choisit le silence à la conclusion du contrat - l’un des contractants va accepter de renoncer à l’exercice de l’un de ses droits parce qu’il n’est pas déterminant pour lui par rapport à l’objectif qu’il place dans le contrat, au regard de ce qu’il est ou de ce qu’il pense. Dans ce cas, le juge ne devrait pas pouvoir lors de l’interprétation transformer cette position, bien qu’elle puisse être étonnante, voire déroutante. La liberté contractuelle doit primer à partir du moment où la renonciation est libre, formulée de manière officielle et explicite, et que le renonçant fait preuve de lucidité sur les conséquences de sa démarche.

Au-delà de la prise en compte du comportement de l’individu concerné - qui paraît déterminant - la renonciation peut connaître certaines limites.

B. Les limites de la renonciation

327.- La renonciation doit connaître des limites. Le renonçant ne doit pas vivre une situation trop extrême au regard de la protection des droits fondamentaux, alors même qu’il l’aurait acceptée en signant le contrat. *« À ce sujet, on pourra se tourner vers les valeurs les plus essentielles de notre société, protégées par l'ordre public. L'une d'elles est certainement la dignité humaine, valeur sous-jacente à toutes les libertés et tous les droits fondamentaux. Un jour, les tribunaux s'inspireront peut-être de la règle du droit québécois sur les clauses abusives dans les contrats d'adhésion ou de consommation. L'article 1437 du Code civil, en effet, permet d'annuler ou réduire une clause quand elle « désavantage le consommateur ou l'adhérent de manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi ». Ainsi, une renonciation serait valide en autant qu'elle n'entrave pas un droit ou une liberté de manière excessive et déraisonnable, allant à l'encontre de la dignité*

humaine »[646]. Cela signifie que si l'atteinte est trop importante - qu'elle ait été prévisible ou non au regard du type de contrat - elle ne peut en aucun cas être légitimée, même si une renonciation claire a été exprimée par l'une des parties[647].

La Convention EDH prévoit dans son article 3 le droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants. Par exemple, un contrat au sein duquel un individu renoncerait à sa dignité - protégée notamment par l'article 16 du Code civil, mais aussi par l'article 3 de la Convention européenne - ne peut pas être valable. *« Nul ne peut s'exclure de lui-même de l'humanité »*[648]. Le fait que la personne ait donné son consentement à ce type de contrat n'a pas pour conséquence de le rendre valable. Un organisateur de spectacles embauchait des personnes de petite taille pour qu'elles se prêtent à des séances dites de lancer de nain, divertissement surtout proposé dans les discothèques et consistant à servir de projectile aux clients, pour atteindre une certaine distance lors d'un jet sur matelas pneumatiques. Dans deux affaires du même jour, le Conseil d'État[649] décide que *« par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération »*. Même si cette activité permettait aux nains concernés d'avoir un travail, le juge a considéré que l'intérêt de tous les autres nains et leur dignité prévalaient sur la liberté contractuelle. D'autres contrats sont parfois désignés par la doctrine et la jurisprudence comme dégradants, à l'appui de différents textes de droit interne, mais également de la Convention. Un auteur[650] estime par exemple que *« la dignité de la personne humaine fait barrage à la validité des conventions passées par les acteurs de films pornographiques ou les modèles posant pour des revues licencieuses »*. La jurisprudence[651] a déjà annulé une convention de strip-tease, en raison du caractère scandaleux de l'exploitation de la nudité féminine.

---

[646] P.-G. JOBIN, *op. cit.* (v. note 635).

[647] CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* et *Ville d'Aix en Provence*, *RFDA* 1995, p. 1204, concl. P. FRYDMAN ; *AJDA* 1995, p. 878, J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX ; D. 1996, p. 177, G. LEBRETON.

[648] B. EDELMAN, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, Dalloz, 1997, p. 186.

[649] CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* et *Ville d'Aix en Provence*, *RFDA* 1995, p. 1204, concl. P. FRYDMAN ; *AJDA* 1995, p. 878, J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX ; *D.* 1996, p. 177, G. LEBRETON.

[650] C. SAINT-ALARY-HOUIN, *La sexualité dans le droit civil contemporain*, Ann. Univ. Toulouse 1985, p. 5.

[651] TGI Paris, 8 novembre 1973, *D.* 1975, 401, note M. PUECH.

L'idée défendue consiste à considérer que la liberté contractuelle ne peut pas tout justifier, et que quand bien même l'une des parties serait claire sur sa renonciation à un droit fondamental, il faut qu'elle soit protégée, au-delà même de ce qu'elle tolère. Il en est ainsi également pour les mères porteuses par exemple. L'association *ALMA MATER* avait pour objet l'aide à la procréation des couples dont la femme était stérile. Par le biais de mères porteuses volontaires et rémunérées en contrepartie, les couples pouvaient accueillir un enfant au terme d'un contrat avec l'association. La Cour de cassation décida dans le célèbre arrêt *ALMA MATER* que *« le droit de se marier et de fonder une famille, reconnu par l'article 12 de la Convention du 4 novembre 1950 et par l'article 23 du Pacte international du 19 décembre 1966, à l'homme et à la femme nubile, n'implique pas le droit de conclure avec des tiers des conventions portant sur le sort d'un enfant à naître »*[652]. Alors même que les futurs parents donnent leur accord à la Convention et que la mère porteuse renonce à son droit d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, la convention n'est pas valable.

Il est des cas dans lesquels le contrat ne permettait pas au contractant d'anticiper la renonciation.

II. L'anticipation impossible par le contrat

328.- Une seconde configuration est possible : le type de contrat permet d'anticiper, de comprendre, de connaître les obligations normales qui en découlent, mais n'a pas permis d'expliquer l'atteinte aux droits fondamentaux qui est intervenue pendant l'exécution. L'interprétation du contrat doit-elle prendre en compte cette imprévisibilité et les changements du contexte contractuel pour justifier que la liberté contractuelle ne prévale pas ?

Il est question des situations dans lesquelles l'objet du contrat qui a été signé ne laissait pas présager qu'en cours d'exécution un droit fondamental n'ayant pas de rapport direct avec lui allait être atteint, comme dans l'affaire dite du digicode[653]. En l'espèce, des

[652] Cass. civ. 1ère, 13 décembre 1989, Arrêt *ASSOCIATION ALMA MATER, Répertoire Defrénois* 1990, art. 34815, rapp. J. MASSIP ; *D.* 1990, p. 540, note F. BOULANGER ; *JCP* 1990, éd. G, II, 21526, note A. SERIAUX ; *RTD civ.* 1990, p. 457, J. RUBELLIN-DEVICHI ; *Rev. de droit sanitaire et social*, 1990, p. 733, E. ALFANDARI.

[653] Cass. civ. 3ème, 18 décembre 2002, Arrêt *AMAR et autres*, pourvoi n° 01-00.519, *AJDI* 2003, p. 182, avis de l'avocat général O. GUERIN et note Y. ROUQUET ; *RJPF* 2003, n° 4, p. 9, obs. E. GARAUD ; *Dr. et procédures*, 2003, p. 157, obs. B. VAREILLES ; *RTD civ*. 2003, p. 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ. 2003, p. 383, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ*. 2003, p. 575, obs. R. LIBCHABER ; *RDC* 2003, p. 220, obs. A. MARAIS ; *RDC*, 2004, p. 231, obs. J. ROCHFELD ; *RDC* 2004, p. 348, obs. G. LARDEUX ; *D.* 2004, p. 844, N. DAMAS.

individus signent un contrat de bail pour habiter dans un immeuble dont l'entrée est activée par une serrure mécanique. Au cours de l'exécution du contrat, le propriétaire change la serrure par un digicode. Cet élément n'était donc pas connu à la signature du contrat. Or, les locataires étant de confessions juives, ils ne peuvent activer l'électricité en période de Shabbat. Cette considération doit-elle être prise en compte alors que les locataires ne l'ont pas mentionnée ? Mais qu'est-ce qui aurait pu justifier au regard du contexte contractuel lors de la signature qu'ils aient à mentionner cet élément ? Dans une autre affaire - dite des cabanes[654] - des locataires juifs signent un contrat de bail. Lors de l'exécution, ils installent sur leur balcon une cabane - en respect à la fête juive des cabanes - pour une durée d'une semaine. Sauf que le syndicat de copropriété exige sa démolition, car en vertu du règlement de copropriété, il est interdit de disposer sur les balcons des édifices ou constructions dans le souci de préserver l'harmonie des lieux. Doit-on penser qu'à la lecture du règlement de copropriété, ils auraient dû préciser qu'ils devraient aller à son encontre une semaine par an, au regard de leurs convictions religieuses ? Doit-on accorder plus d'importance au fait que les parties n'aient pas lu le règlement de façon rigoureuse - où qu'elles aient omis volontairement de mentionner cet élément déterminant pour elles - ou bien doit-on accorder plus d'importance au fait que le règlement, ou la destruction de la construction, portent atteinte à la liberté de culte de ces locataires, de manière exagérée, et donc que le propriétaire devrait pouvoir prendre la demande des locataires ?

329.- Il faut distinguer les deux exemples pour une raison précise. Dans la première affaire, les locataires ne pouvaient pas forcément envisager que leur liberté de culte allait être atteinte durant l'exécution du contrat. Dans la seconde affaire, ils auraient pu imaginer que le règlement de copropriété interdisait cette pratique. Mais, s'ils avaient pris en compte cet élément, qu'auraient-ils dû faire pour autant ? L'interdiction d'aménager des constructions ou édifices sur le balcon peut être comprise comme une interdiction relative à des manifestations définitives. Or, n'installant leurs cabanes que pour une semaine, il est possible d'envisager

[654] Cass. civ. 3ème, 8 juin 2006, *Epoux X c. Syndicat des copropriétaires Les jardins* de *Gorbella, LPA* 5 juillet 2006, n° 133, p. 9, note D. FENOUILLET ; « La troisième chambre civile de la Cour de cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD civ.* 2006, p. 722, J.-P. MARGUÉNAUD ; « Liberté religieuse et légalité : La suprématie de la règle inférieure sur la règle supérieure et l'éviction de l'ordre public », *D.* 2006, p. 2887, C. ATIAS ; « Harmonie de l'immeuble contre liberté religieuse : la Cour de cassation placerait-elle un règlement de copropriété au sommet de la hiérarchie des normes ? », *AJDI* 2006, p. 609, J. RAYNAUD ; « La copropriété et la fête des cabanes », *AJDI* 2007, p. 311, P. CAPOULADE.

que les locataires n'aient jugé utile d'assimiler l'interdiction à leur pratique. En outre, comment considérer une tente pour enfant servant de jouet sur un balcon, ou un sapin de Noël en période de fêtes ? À l'égard de quoi s'adresse véritablement cette disposition ? À toutes les constructions ? Aux constructions définitives ou trop régulières ? Il est difficile d'y répondre. Nous nous rapprochons cependant de l'opinion de la Cour suprême du Canada dans son arrêt *AMSELEM* lorsqu'elle souligne que l'argument consistant à dire que si les locataires n'étaient pas satisfaits du règlement - au regard de leurs croyances - ils étaient libres de partir, et qu'en ce sens, parce qu'ils restaient libres, et non atteints dans la substance même de leur droit, on ne pouvait accepter qu'ils se soient soustraits à leurs obligations contractuelles. *« Ce serait un geste à la fois indélicat et moralement répugnant, écrit la Cour, que de suggérer que les appelants aillent tout simplement vivre ailleurs s'ils ne sont pas d'accord avec la clause restreignant leur droit à la liberté de religion »*.[655] Si l'on exige, lorsqu'une partie renonce à un droit qu'elle l'exprime de manière expresse et claire, il faut en attendre autant de la partie qui oblige l'autre à renoncer. La stipulation du règlement de copropriété n'était pas claire au point de comprendre que les cabanes construites pour une période d'une semaine durant la fête juive seraient interdites.

Il faut considérer que si aucun élément ne permettait aux parties de comprendre qu'elles allaient subir une atteinte à un droit fondamental, le juge doit être clément à l'égard de la partie dont le droit fondamental est atteint. Dans la mesure où la volonté n'a pas été exprimée sur ce point, il va rendre une interprétation objective. Il lui faut donc, en pesant l'intérêt de chacune des parties, privilégier le respect des droits fondamentaux.

[655] Cour suprême du Canada, 30 juin 2004, *Syndicat NORTHCREST c. AMSELEM*, M. le juge IACOBUCCI, § 98.

CONCLUSION CHAPITRE 2

330.- Amélioration du processus décisionnel par le renforcement des règles internes de l'interprétation.- Pour améliorer le processus décisionnel tendant à mettre en œuvre l'influence des droits fondamentaux, il est possible d'envisager une consolidation des règles internes portant sur la question de l'interprétation. En effet, face à l'influence jouée par la Cour EDH dans l'interprétation du contrat, certains éléments du droit interne ne sont plus en adéquation avec ce que recouvre cette réalité nouvelle. Cette réalité ne doit pas être ignorée puisqu'elle n'aura sans doute pas tendance à décroître. Sans la repousser, il serait intéressant de réfléchir à la manière dont est encadrée et perçue l'interprétation du contrat au niveau interne, pour renforcer sa cohérence, et ainsi constituer une approche plus dynamique, qui puisse constituer une sorte de contrepoids efficace face à la pression européenne.

331.- L'impérativité des règles d'interprétation du Code civil.- Les règles du Code civil relatives à l'interprétation des contrats doivent tout d'abord être revisitées. Alors par exemple que la volonté constitue la clé de voûte du droit des contrats, le rôle attribué à cette dernière lors de l'interprétation tend aujourd'hui à diminuer au profit de la conformité aux droits fondamentaux. Sans rejeter en bloc l'influence européenne, la revalorisation des règles d'interprétation permettrait de leur donner plus de poids face à celle-ci.

Attribuer aux articles du Code civil un caractère impératif est une piste qui a pu être soulevée. En effet, le juge interne serait alors contraint - avant de mener une interprétation objective du contrat - d'opérer une lecture subjective qui valorise la volonté des parties. Ces règles permettent d'adopter deux types d'attitudes : une interprétation subjective au regard de la volonté commune, ou bien une interprétation objective lorsque celle-ci n'est pas décelable parce qu'elle n'avait pas été prévue par les parties par exemple. Mais, parce qu'elles ne sont pas impératives, ces règles sont parfois utilisées de manière assez dispersée par le juge, qui n'hésite pas à appliquer en premier lieu les règles d'une interprétation objective. C'est d'ailleurs ce qu'illustre l'interprétation des contrats par le prisme des droits fondamentaux. Alors que la volonté des parties ne fait parfois pas de doute, le juge préfère lire le contrat en conformité avec la Convention EDH, plutôt que de faire primer la liberté contractuelle.

En rendant les règles impératives, on pourrait s'assurer une plus grande discipline dans l'interprétation. Mais, dans cette quête, plusieurs points sont délicats. Une difficulté est unanimement mise en avant qui consiste à se demander si l'on doit considérer que ces articles doivent avoir la même portée ou s'il faut-il établir entre eux une hiérarchie ? Doivent-ils tous devenirs impératifs, où certains d'entre eux revêtent-ils une plus grande importance ? Lorsque l'interprétation consiste à dégager le sens d'une clause - dans la mesure où celle-ci n'est dotée d'aucune ambiguïté évidente - cela signifie que les parties l'ont accepté en connaissance de cause et qu'il ne faut pas aller à son encontre. Sauf le cas dans lequel la substance du droit serait atteinte et que la violation serait trop extrême, le juge doit davantage respecter la volonté exprimée.

Lorsque l'interprétation consiste à éclaircir les obligations découlant du contrat, la volonté n'est pas exprimée la plupart du temps. Les parties ne se sont pas mises d'accord sur un point qui intervient lors de l'exécution. Dans quelles mesures attendre du juge une telle démarche qui consisterait à privilégier la volonté ? À moins de ne créer plus d'irrégularités dans la jurisprudence qu'il n'en existe déjà, il serait préférable de ne pas vouloir à tout prix privilégier la volonté dans un cas comme celui-ci, sans tomber dans le forçage à outrance du juge, que l'on souhaite justement limiter.

On peut penser à une piste de réflexion qui pourrait même être applicable aux deux types d'interprétation, à savoir celle dans laquelle le juge donne un sens à une clause et celle lui permettant de préciser les obligations découlant du contrat. Car, interpréter le contrat suppose de pouvoir dire ce qu'il signifie, mais aussi à quoi il engage. Cette piste de réflexion serait commune aux différentes interprétations, et ne dépendrait pas du fait que les parties ont formulé expressément leur volonté ou non. Le juge doit être en mesure de dire - que la volonté ait été exprimée formellement ou pas - en fonction du type de contrat par exemple, ou des spécificités d'un des contractants, quelle importance elle a pu jouer, ou aurait pu jouer si elle avait été formulée. Il est possible donc de s'interroger sur le degré de l'importance que l'un des contractants a pu attacher à une clause, ou à un élément qui, même s'il est d'une importance extrême, n'a pas été spécifié, car le type de contrat n'en faisait pas lieu, ou encore que le contexte, lors de la signature du contrat, ne demandait pas de le signaler.

332.- L'attrait pour la question de la renonciation.- L'intérêt pour la question de la renonciation, accepté dans certains systèmes juridiques doit être encouragé. Si l'on pousse au paroxysme la valorisation de la volonté, il est alors impossible d'ignorer cette piste, même extrême. Le Québec ou le Canada ont une approche plus développée que la France sur la

question de la renonciation. Pour qu’elle soit valable, certaines conditions doivent être remplies. Tout d’abord, le consentement des parties doit être pleinement volontaire et libre. En outre, la renonciation doit être faite en pleine connaissance de ses conséquences et effets véritables. Enfin, elle doit être exprimée de manière claire, précise et explicite. La Cour suprême exige en effet que le droit auquel la partie renonce soit mentionné expressément. La question de la renonciation pourrait influencer l’interprétation des contrats, bien que différentes questions soient délicates pour sa mise en œuvre.

CONCLUSION TITRE 2

333.- Amélioration du processus décisionnel.- La lecture du contrat au travers du prisme des droits fondamentaux telle qu'elle est aujourd'hui opérée mérite d'être perfectionnée en ce qui concerne le processus décisionnel au niveau interne. En effet, les règles de l'interprétation qui sont utilisées, entendues largement comme les règles techniques mais aussi la manière de concevoir l'interprétation, favorisent une incapacité pour le juge interne de faire face à l'intrusion du juge européen. Un contrepoids efficace doit être mis en œuvre pour permettre un rééquilibrage et favoriser un règlement du litige au niveau interne, sans quoi cette influence des droits fondamentaux ne peut être appréciée à sa juste valeur.

L'influence du juge européen dans l'interprétation des contrats, alors même qu'elle apparaît discutable sur la manière dont elle est mise en œuvre, ne peut être niée. C'est pourquoi la mise en place de la technique du renvoi préjudiciel pourrait permettre de concilier cette complémentarité des actions des juges, tout en renforçant la place du juge interne. Il pourrait en effet, tout en prenant la décision finale, demander conseil à la Cour EDH notamment sur les questions d'interprétation des droits fondamentaux. Bien que sa mise en œuvre ne soit pas évidente, cette technique aurait l'avantage également non négligeable de conférer à la jurisprudence interne une plus grande stabilité et cohérence, ce qui pourrait limiter les recours de personnes privées devant la Cour EDH.

La consolidation des règles internes relatives à l'interprétation constitue une piste de réflexion intéressante face à l'influence discutable des droits fondamentaux dans l'interprétation des contrats. Les règles prévues par le Code civil doivent être repensées, voire rendues impératives. En outre, l'attrait pour la question de la renonciation peut également constituer une piste intéressante pour améliorer le processus décisionnel, le rendre plus harmonieux. S'intéresser à la question de la renonciation, bien qu'elle soit délicate, permettrait - si une solution venait à être trouvée sur les conditions de sa validité - de déterminer avec beaucoup plus de fermeté et de compréhension dans quelle mesure les droits fondamentaux peuvent influencer le sens d'un contrat et jusqu'à quel point la volonté exprimée doit être prise en compte lorsqu'elle est confrontée à la violation d'un droit fondamental. Déjà développée dans certains systèmes juridiques, la question de la renonciation - bien qu'elle soit extrême et connaisse donc des limites - s'inscrit dans l'objectif

de redonner une place plus importante à la volonté exprimée dans le contrat pour constituer un contrepoids efficace face aux droits fondamentaux.

CONCLUSION PARTIE 2

334.- Une influence dans l'interprétation perfectible.- L'interprétation au travers du prisme des droits fondamentaux, bien que les décisions en la matière soient encore peu nombreuses, aura sans doute tendance à se développer. La jurisprudence, tant européenne qu'interne, dévoile à quel point les juges sont en mesure d'influencer - de manière directe ou indirecte- le sort d'un acte contractuel, outrepassant souvent la liberté contractuelle. La référence à partir de laquelle le sens du contrat est apprécié évolue, se diversifie. Le contrat doit être conforme aux droits fondamentaux. Mais, bien que l'existence même de cette influence conséquente ne puisse être remise en cause, sa mise en œuvre apparaît sur bien des points perfectible.

Bien qu'il soit encore difficile d'en mesurer toute la portée, deux observations principales ont été mises en avant, à partir desquelles il est possible d'envisager des pistes d'améliorations, qui rendraient plus cohérente la jurisprudence observée et la manière dont elle est mise en œuvre. Elles tendent à souligner le fait que la démarche du juge européen d'intervenir dans les relations privées pour interpréter le contrat n'est pas une action anodine, et qu'il ne lui revient pas normalement d'agir dans ce contexte. Pour autant, au regard de l'influence qu'il a pu démontrer - il ne servirait à rien de nier une telle émergence - il faut envisager la manière dont celle-ci pourrait s'exprimer dans les meilleures conditions possible, notamment au regard de la protection des intérêts des parties. La lecture du contrat au travers du prisme des droits fondamentaux au niveau interne, bien qu'elle soit amenée à modifier en profondeur bien des habitudes traditionnelles de raisonnements contractuels, s'inscrit dans une démarche plus envisageable, qu'il convient d'encourager davantage.

335.- Valorisation des contractants.- La lecture du contrat par le prisme des droits fondamentaux révèle un manque de prise en compte des intérêts des contractants dans la résolution du litige d'interprétation. La tâche s'avère délicate dans la mesure où l'action du juge européen s'inscrit dans un cadre vertical. Pourtant, une meilleure identification des intérêts des contractants - acteurs principaux du sens initialement attribué au contrat - serait nécessaire pour rendre plus adaptée la décision d'interprétation. En outre, une meilleure mise

en œuvre de ces intérêts particuliers pourrait favoriser une plus grande effectivité de la décision d'interprétation au niveau interne.

336.- Cohérence du processus décisionnel.- La lecture du contrat au travers du prisme des droits fondamentaux révèle un manque de cohésion dans le processus décisionnel. Face à ce constat, il est nécessaire de réfléchir à des systèmes qui permettraient de rendre plus harmonieuse et plus équilibrée la relation établie entre le juge interne et la Cour EDH, influence complémentaire qu'il ne faut pas nier, tout en essayant de valoriser la prise de décision d'interprétation au niveau interne.

La technique du renvoi préjudiciel permettrait par exemple d'améliorer qualitativement la jurisprudence dans la mesure où le juge interne pourrait solliciter le juge européen pour toutes questions relatives à l'interprétation des droits fondamentaux - s'éloignant en cela de tout risque de condamnation future - tout en préservant la prise de la décision finale à sa charge.

En outre, la consolidation des règles du Code civil relatives à l'interprétation du contrat serait également intéressante pour permettre au juge interne de disposer d'outils convaincants - favorisant une jurisprudence régulière - qui permettraient de constituer un réel contrepoids face à la Cour EDH. La question de l'impérativité des règles contenues dans le Code civil aux articles 1156 et suivants, à l'heure actuelle dotées de la qualité de simples conseils, est soulevée.

Enfin, l'intérêt pour la question de la renonciation doit être envisagé puisqu'elle s'inscrit également dans une recherche d'une valorisation - dans le processus décisionnel - de la recherche de la volonté des parties.

CONCLUSION GÉNÉRALE

337.- L'observation de l'influence sur l'interprétation.- L'origine de l'influence des droits fondamentaux sur l'interprétation du contrat est double. En effet, la place notable qui leur est accordée aujourd'hui en droit interne est le fruit d'une démarche complémentaire du juge européen - consistant en la détermination des droits fondamentaux - et du juge interne - consistant en leur réception - qui concourt à cristalliser cette influence, venant bouleverser le droit des contrats. Cette double origine confère une dimension étendue à la fondamentalisation du droit des contrats.

La mise en œuvre de ces droits jusque dans les relations privées témoigne d'un rapport quasi hiérarchique entre les juges, rapport n'excluant pas cependant la matérialisation d'une part de mimétisme et de dialogue entre les deux. Un déséquilibre tout d'abord, attendu que le point de départ de l'influence - alors même qu'elle n'est qu'indirecte - s'opère au niveau du juge européen, lequel insuffle cette émergence des droits fondamentaux notamment à travers leur interprétation, le juge interne les accueillant. Mais, un échange également, puisque chacun déborde sur le rôle normalement dévolu à l'autre dans une configuration « normale » de règlement des litiges. Le juge européen tend à privatiser - de façon encore discrète - ses outils et raisonnements en se rapprochant par la même du contexte dans lequel le juge judiciaire évolue habituellement. Le juge interne quant à lui « s'européanise »[656] en voyant apparaître une nouvelle source du droit des contrats, laquelle implique qu'il aborde d'une manière différente - plus humanisante et plus équilibrée - le contrat et son interprétation.

Désormais, les droits fondamentaux, quelle que soit l'entité qui peut être à l'origine de leur violation, doivent être protégés jusque dans les relations privées. L'auteur de l'ingérence, qu'il s'agisse de l'État - par le biais de son législateur ou du juge - ou encore d'une personne privée, ne peut y porter atteinte. Ainsi, la Cour EDH fait une lecture novatrice du droit européen - par le biais de l'effet horizontal - en reliant l'ingérence individuelle au comportement étatique, en se fondant sur la théorie des obligations positives ou encore l'article 1er de la Convention EDH. Les droits fondamentaux sont utilisés comme norme de référence pour interpréter le contrat. En outre, que cette détermination consiste en la précision des obligations découlant de l'acte contractuel ou en la définition d'une notion du contrat, un rôle déterminant est reconnu aux droits issus de la Convention EDH.

Malgré l'importance et la variété qu'elle transcrit, l'émergence des droits fondamentaux dans l'interprétation est perfectible. La manière dont elle est matérialisée et

[656] B. MOUTEL, *op. cit.* (v. note 74), n° 521.

exprimée par les juges n'est pas toujours appropriée au regard du contexte nouveau dans lequel elle s'inscrit.

338.- L'appréciation de l'influence sur l'interprétation.- Les droits fondamentaux, bien qu'ils influencent l'appréciation de la validité du contrat, ne peuvent pour autant justifier certains dysfonctionnements et incohérences observés. À partir de la jurisprudence ayant déjà eu cours concernant l'interprétation du contrat au travers du prisme des droits fondamentaux, il a semblé nécessaire de mettre en avant certains points perfectibles, et envisager des pistes de réflexion, sans pour autant que celles-ci ne constituent elle-même un ensemble homogène duquel la prise en compte de l'une de ces hypothèses devrait nécessairement justifier celle des autres. Il s'agit plutôt de propositions éparses, point forcément liées les unes avec les autres, mis qui s'inscrivent néanmoins dans une démarche générale. Celles-ci ont pour finalité l'idée que pour une protection plus cohérente des contractants, le règlement des affaires privées, notamment des litiges d'interprétation, et l'appréhension des droits fondamentaux dans ce contexte doivent être encouragés au niveau interne. Le juge européen ayant démontré qu'il pouvait intervenir dans ce cadre - et ne pouvant augurer de la suite qu'il donnera à son action - il était nécessaire d'engager des pistes de réflexion au regard des arrêts rendus, pour que les intérêts des contractants soient au mieux préservés, et l'intervention dans l'interprétation la plus cohérente possible. Ignorer l'influence jouée par le juge européen aurait était stérile puisqu'elle existe concrètement, et aura sans doute tendance à croître au regard de l'autorité réelle du juge européen en droit interne. Pour autant, la question de l'interprétation du contrat - même par le prisme des droits fondamentaux - relève normalement et logiquement de la compétence du juge interne, laquelle doit être encouragée, sans pour autant exclure de prendre en compte l'influence européenne.

Dans un premier temps, une valorisation générale des cocontractants semble propice. Le sens que les parties donnent chacune à leur contrat relève de l'expression d'une volonté exprimée, d'une finalité particulière, d'une appropriation, qu'il faut préserver. Cette considération plus importante des intérêts respectifs mais aussi communs des contractants pourrait être envisagée à travers une plus grande adaptation de la décision européenne d'interprétation. Une meilleure identification et une meilleure prise en compte des intérêts effectivement en conflit, mais également une plus grande considération des parties effectivement en conflit est une piste de réflexion intéressante. En outre, la question de l'effectivité de la décision européenne d'interprétation devrait être repensée , puisqu'à l'heure

actuelle cette interprétation, laquelle influence et modifie la situation particulière d'individus à travers leur contrat, n'est pas réellement suivie d'effets au niveau interne.

Dans un second temps, une amélioration du processus décisionnel tant devant la Cour européenne que devant le juge interne pourrait constituer une base de réflexion intéressante. En effet, sans nier le développement de l'effet horizontal des droits fondamentaux, il apparaît intéressant de perfectionner la manière dont le juge interne reçoit cette influence pour rendre le phénomène plus harmonieux et cohérent. Bien que délicate, la mise en œuvre d'une procédure de renvoi préjudiciel - inspirée du droit communautaire - constituerait un outil attrayant entre les mains du juge interne qui lui permettrait, tout en conservant à sa charge l'interprétation finale du contrat, de s'assurer auprès du juge européen d'une bonne interprétation du droit fondamental en cause dans l'interprétation.

En outre, une réflexion générale sur les règles encadrant l'interprétation au niveau interne est encouragée. Les outils techniques - essentiellement les articles 1156 et suivants du Code civil - sont pour l'heure dotés de la qualité de simples conseils. Ils peuvent ainsi décourager une approche interprétative organisée et régulière, et favoriser une influence confuse et parfois difficilement perceptible des droits fondamentaux sur l'interprétation, à la fois par les juges mais aussi par les contractants. Dès lors, une réflexion autour de l'impérativité de ces règles traditionnelles est intéressante. En outre, l'intérêt pour les règles interprétatives peut également se porter sur la question de la renonciation, laquelle permettrait d'encadrer plus précisément l'approche des droits fondamentaux dans le contrat, mais aussi de redéfinir la part que l'on accorde à la volonté des individus, à la liberté contractuelle.

339.- L'avenir de l'influence sur l'interprétation.- Au regard des incohérences observées, on peut s'interroger sur l'avenir de la fondamentalisation du droit des contrats et précisément sur la question de son interprétation. Le Protocole n° 14 à la Convention EDH, adopté par le Comité des ministres le 12 mai 2004, cherche à limiter les recours individuels - en écartant les requêtes de personnes n'ayant pas subi de préjudice important - ce qui a pour conséquence de restreindre l'impact des droits fondamentaux en droit interne et ainsi de limiter l'impact de la Convention EDH sur les contrats. Paradoxalement, l'importance du recours individuel est régulièrement mise en avant, et la Conférence sur l'avenir de la Cour EDH tenue le 19 février 2010 à Interlaken en constitue un exemple récent. Une Déclaration commune adoptée par les États membres du Conseil de l'Europe a ainsi réaffirmé l'importance fondamentale du droit de recours individuel en tant que pierre angulaire du système conventionnel.

Au-delà de l'approche de ces questions procédurales qui pourrait paraître contradictoire, l'implication concrète du juge européen dans les litiges de nature privée est aujourd'hui indéniable, ce dernier n'hésitant plus désormais à interpréter un acte juridique privé, voire même certaines dispositions légales applicables aux contrats[657]. Dès lors, considérant que cette influence consacre un objectif honorable de recherche d'effectivité et de protection des droits fondamentaux jusque dans les relations privées, il faut réfléchir non pas à la manière de l'endiguer, mais à la manière de la rendre plus cohérente, et à l'inscrire davantage dans la sphère interne. Certaines pistes de réflexion ont déjà été proposées dans l'étude sur la question précise de l'interprétation du contrat. Mais cette problématique pose des questions bien plus générales qu'il ne faut pas non plus écarter.

Par exemple, la privatisation des droits de l'homme à travers le contrat et son interprétation suscite l'interrogation plus large de l'avenir de l'effet horizontal. Dans quelles mesures les droits fondamentaux vont-ils continuer à s'imposer en droit interne, spécialement en droit des contrats ? Autrement dit, jusqu'à quel point le juste équilibre dans le contrat va-t-il être recherché ? Dans la mesure où le juge intervient dans le contrat à l'appui de nouvelles sources, qui plus est dont la valeur normative est très importante, c'est que l'on peut réellement s'interroger sur l'avenir du principe de l'autonomie de la volonté. Il s'agit donc de considérer que ce fondement ne constituerait plus la seule et unique justification des obligations découlant du contrat, mais que d'autres règles impératives, différentes de la recherche de volonté, constitueraient la source du contrat. Du reste, ce constat d'un tel déclin n'est pas nouveau. Mais l'influence des droits fondamentaux dans l'interprétation du contrat remet nécessairement la question sur le devant de la scène et pousse à s'interroger encore davantage sur son devenir et sur la manière dont la force obligatoire du contrat peut être abordée.

On peut imaginer que l'observation de la prise en compte des droits fondamentaux jusque dans les relations privées pourrait appuyer les idées du courant doctrinal minoritaire dit du « solidarisme contractuel »[658] et dont les premières réflexions remontent à la fin du

[657] Cour EDH,1er décembre 2009, VELCEA et MAZARE c. Roumanie, RDC juillet 2010, p. 981, J.-P. MARGUÉNAUD : « Le respect de la vie familiale des requérants aurait exigé la prise en compte des circonstances particulières et, pour ainsi dire, exceptionnelles de l'affaire pour éviter une application mécanique des principes d'interprétation des dispositions de l'article 655, paragraphe 1, du Code civil » ; « en commandant d'éviter les applications mécaniques des principes d'interprétation d'un Code civil, la CEDH ouvre la chasse non seulement aux interprétations qui ne seraient pas conformes au but de la disposition légale appliquée à un contrat, mais également à celles qui ne tiendraient pas compte des bouleversements économiques et sociaux ».

[658] C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise

XIXème siècle, illustrées par Léon BOURGEOIS. Plus récemment inspiré des écrits de René DEMOGUE, ce courant part du postulat que le contrat ne peut pas être librement formé, car les parties se trouvent nécessairement dans des situations inégales[659]. Par conséquent, la force obligatoire du contrat doit être assouplie. Ses défenseurs tendent ainsi à trouver d'autres fondements au droit des contrats en privilégiant une plus grande solidarité et coopération entre les parties pour la bonne exécution de l'acte contractuel, et en défendant l'idée de l'équilibre contractuel, laquelle idée se retrouve lorsque le contrat est lu au travers du prisme des droits fondamentaux. Le fondement du contrat doit toujours être guidé par l'idée de respect de la volonté des parties - constituant la force obligatoire de l'acte - mais le respect de cette volonté doit être associé au respect d'autres exigences tout aussi importantes, comme la bonne foi, l'équité, ou le respect des droits fondamentaux par exemple.

C'est ainsi que l'impact des droits fondamentaux sur le contrat est susceptible d'entraîner une réflexion bien plus large sur le contrat et les principes directeurs qui le gouvernent. L'influence des droits fondamentaux sur l'interprétation suppose de se positionner sur une approche nouvelle du contrat, de se questionner par exemple sur une redéfinition de l'autonomie de la volonté, sur la source des obligations découlant du contrat, sur l'importance que l'on souhaite accorder à l'interventionnisme du juge.

340.- En outre, une autre réflexion générale peut être engagée suite au constat de l'influence des droits fondamentaux, lequel du fait des incertitudes constatées dans la jurisprudence invite à certains perfectionnements.

L'approche des travaux relatifs à l'élaboration d'un droit européen des contrats[660] pourrait être intéressante. Alors même qu'ils ont vocation à aborder les questions relatives à des litiges d'origine transfrontalière, on pourrait songer à y puiser ou à y intégrer certaines règles qui pourraient être applicables indistinctement dans le cadre de contrats privés, que les parties soient ou non ressortissantes d'un même pays. On peut songer à l'élaboration de clauses types lesquelles seraient conformes à la Convention EDH, ou encore à l'élaboration de règles optionnelles que les contractants pourraient insérer dans le contrat en fonction de l'importance qu'ils accordent, dans l'exécution d'un contrat précis, à telle ou telle liberté.

---

contractuelle ? », *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999 ; L. GRYNBAUM et M. NICOD, *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?*, Economica, 2004.

[659] J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », Publications de la Cour, rapport annuel 2003, http://www.courdecassation.fr.

[660] B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen des contrats : bilan et perspectives pour la prochaine décennie », *RDC*, 1er janvier 2010, n° 1, p. 316.

Se pose alors une autre question - bien plus large - du degré de soumission que les juridictions nationales, et par extension l'État, seraient prêts à tolérer à l'égard de droits venus de l'extérieur, d'autant que chacun n'accordent pas la même valeur normative aux droits fondamentaux. En outre, l'attachement au Code civil national est encore fort et l'élaboration de règles de droit européen qui se substitueraient à lui de façon impérative semble encore compromise. La réflexion sur des solutions intermédiaires semble donc pour l'heure actuelle privilégiée.

341.- Enfin, la mise en œuvre récente de la question prioritaire de constitutionnalité constitue une piste d'ouverture également intéressante. Prévue par l'article 61-1 de la Constitution[661], elle ouvre le droit aux citoyens de contester la constitutionnalité d'une disposition législative qui porterait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution[662]. Le Conseil constitutionnel peut être saisi sur renvoi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation sur cette question. Cette contestation peut avoir lieu à l'occasion de procès intentés devant les juridictions administratives et judiciaires, ou celles régies par le Code des juridictions financières.

Entré en vigueur le 1er mars 2010, ce mécanisme constitue une piste de réflexion intéressante quant aux impacts qu'il pourrait avoir sur le contrat et la question de son interprétation[663]. Dans le cadre d'une interprétation large du contrat, on peut en effet imaginer qu'il permettra à un contractant de saisir le juge constitutionnel si une loi sur lequel s'appuie l'acte venait à violer un droit garanti par la Constitution, pervertissant dès lors le sens de sa convention.

La mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité n'en est qu'à ses prémices. Il paraît dès lors difficile d'en mesurer dès à présent la portée[664]. On peut néanmoins imaginer qu'elle favorisera le règlement des litiges d'interprétation par le juge interne dans le cadre d'une conception large de l'interprétation. En effet, la reconnaissance de la responsabilité de l'État du fait d'une loi pourra être sollicitée par un contractant au niveau

[661] La loi organique du 10 décembre 2009 n° 2009-1523 précise les conditions d'application de l'article 61-1.

[662] Ces droits et libertés sont ceux prévus par le texte de la Constitution du 4 octobre 1958, ainsi que les droits et libertés auxquels son Préambule renvoie (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Préambule de la Constitution de 1946, Charte de l'environnement de 2004).

[663] C. PERES, « La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat », *RDC* 1er avril 2010, n° 2, p. 539.

[664] v. J.-M. SAUVE, « La QPC vue par J.-M. SAUVE », *La lettre de la justice administrative*, juillet 2010, n° 22 ; « La question prioritaire de constitutionnalité, Premier bilan et prospective », Colloque sous le haut patronage du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation, Table ronde n° 1, présidée par J.-M. SAUVE, 22 septembre 2010, Actualités, Discours et Interventions, www.conseil-etat.fr.

interne, cette démarche permettant d’envisager qu’il se tournera moins vers le juge européen dans le cadre d’une relation contractuelle privée. La question prioritaire de constitutionnalité constitue dès lors un élément attrayant sur la question de l’avenir de l’influence des droits fondamentaux sur l’interprétation du contrat, en ce qu’elle pourrait contribuer à ce que les litiges relatifs à l’interprétation du contrat continuent d’être solutionnés au niveau interne, tout en valorisant la protection des droits et libertés fondamentaux.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA

Dictionnaire des droits de l'homme, Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme, 1ère éd., PUF, 2008.

C. ATIAS

Philosophie du droit, PUF, coll. Thémis, 1999.

V. BERGER

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 11ème éd., Sirey, 2009.

J. CARBONNIER

Droit civil, Les obligations, 22ème éd. refondue, Paris, PUF, coll. Thémis, 2000.

G. COHEN-JONATHAN

La Convention européenne des droits de l'Homme, PUAM, Economica, 1989.

G. CORNU

L'art du droit en quête de sagesse, PUF, coll. Doctrine juridique, Paris, 1998.

Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, 7ème éd., Paris PUF, coll. Quadrige, 2005.

J. DABIN

Théorie générale du droit, Dalloz, 1969.

M. DOUCHY

Droit processuel. Droit commun du procès, 1ère éd., Précis Dalloz, Paris, 2001.

P.–M. DUPUY

Droit International public, 2ème éd., Dalloz, 1993.

R. ERGEC

La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1990.

L. FAVOREU

Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 12e éd., Dalloz, 2003.

Droit des libertés fondamentales, 3ème éd., Précis Dalloz, 2005.

A. FOUILLEE

La science sociale contemporaine, Paris, 1880.

M. FRANGI

Constitution et droit privé, Economica, 1992.

P. GAIA

Droit des libertés fondamentales, 3ème éd., Précis Dalloz, 2005.

H. GAUDIN

Dictionnaire des droits de l'homme, Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme, 1ère éd., PUF, 2008.

R. GHEVONTIAN

Droit des libertés fondamentales, Précis Dalloz, 3ème éd. 2005.

S. GUINCHARD

Droit processuel. Droit commun du procès, 1ère éd., Précis Dalloz, Paris, 2001.

J. HERON

Droit judiciaire privé, 2ème éd. Par T. L. BARS, Montchrestien, 2002.

P.-H. IMBERT

La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Paris, Economica, 1995.

J.-P. JACQUE

Droit institutionnel de l'Union européenne, Dalloz, 4e éd. 2006.

C. JARROSSON

La notion d'arbitrage, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, 1987.

H. KELSEN

Théorie générale du droit et de l'État, trad. B. LAROCHE et V. FAURE, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1997.

Théorie pure du droit, 2e éd., trad. C. EISENMANN, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999.

X. LAGARDE

Droit processuel. Droit commun du procès, 1ère éd., Précis Dalloz, Paris, 2001.

E. LAMBERT

Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'Homme, Préf. J.-F. FLAUSS, Bruxelles, Bruylant, 1999.

G. LEBRETON

Libertés publiques et droits de l'homme, Armand Colin, 2005.

Y. LEQUETTE

Droit civil, Les obligations, 9ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2005.

P. le TOURNEAU

Droit de la responsabilité et des contrats, 6ème éd., Dalloz, 2006.

J.-P. MARGUÉNAUD

La Cour européenne des droits de l'Homme, 3ème éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005.

Dictionnaire des droits de l'homme, Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme, 1ère éd., PUF, 2008.

F. MELIN-SOUCRAMANIEN

Droit des libertés fondamentales, 3ème éd., Précis Dalloz, 2005.

H. OBERDORFF

Droits de l'homme et libertés fondamentales, LGDJ, 2008.

O. PFERSMANN

Droit des libertés fondamentales, 3ème éd., Précis Dalloz, 2005.

L. PHILIP

Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 12ème éd., Dalloz, 2003.

C. PICHERAL

L'ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l'Homme, la documentation française, coll. Monde européen et international, 2001.

J. PINI

Droit des libertés fondamentales, 3ème éd., Précis Dalloz, 2005.

S. PORCHY-SIMON

Droit civil 2ème année Les obligations, 3ème éd., Dalloz, 2004.

P.-H. PRELOT

Droit des libertés fondamentales, HU droit, 2007.

P. REMY

La recodification civile, Droits, 1997.

P. REUTER

Droit international public, 7ème éd., PUF, coll. Thémis, 1993.

S. RIALS

Dictionnaire des droits de l'homme, Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme, 1ère éd., PUF, 2008.

D. ROUSSEAU

Droit du contentieux constitutionnel, 5ème éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 1999.

A. ROUX

Droit des libertés fondamentales, 3ème éd., Précis Dalloz, 2005.

P. SIMLER

Droit civil, Les obligations, 9ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2005.

F. SUDRE

Libertés et droits fondamentaux, 11ème éd., Dalloz, 2005.

Dictionnaire des droits de l'homme, Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme, 1ère éd., PUF, 2008.

Droit européen et international des droits de l'homme, 9ème éd. PUF, 2008.

F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET

Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 3ème éd., Paris, PUF, Thémis, 2005.

F. TERRE

Droit civil, Les obligations, 9ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2005.

J. TREMEAU

Droit des libertés fondamentales, 3ème éd., Précis Dalloz, 2005.

D. TURPIN

Libertés publiques et droits fondamentaux, Seuil, 2004.

J. VELU

La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1990.

M. VIRALLY

La pensée juridique, LGDJ, Paris, 1960.

OUVRAGES SPECIAUX (THESES, RAPPORTS, ACTES…)

J.-J. ABRANTES

Contrat de travail et droits fondamentaux, Peter Lang, 2000.

C. ALBIGES

De l'équité en droit privé, éd. LGDJ, Bibliothèque de droit privé Paris, 2000.

M. BILLIAU

Traité de droit civil, T 5, Les effets du contrat, interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité, LGDJ, 2001.

A. CARILLON

Les sources européennes des droits de l'Homme salarié, Bruxelles, Bruylant, 2006.

J. CARBONNIER

Droit et passion du droit sous la Vème République, Forum-Flammarion, 1996.

Flexible droit, pour une sociologie sans rigueur, 10ème éd., LGDJ, 2001.

R. CASSIN

René CASSIN Amicorum Discipulorumque Liber III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, Paris Pedone, 1971.

G. COHEN-JONATHAN

Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, Bruylant, Nemesis, coll. Droit et justice, 2005.

S. COSTE

Incidences de la CEDH sur le droit des obligations, PUAM, Mémoire, 2001.

A. DEBET

L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, thèse Paris, 2002.

E. DECAUX

La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé, Nemesis, Bruylant, 2009, Droit et justice n° 84.

I. S. DELICOSTOPOULOS

Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 401, 2003.

O. de SCHUTTER

Fonction de juger et droits fondamentaux, Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens, Bruxelles, Bruylant, 1999.

La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange, Université catholique de Louvain, Working paper series 2005/1 CRIDHO.

R. DUMAS

Essaie sur la fondamentalisation du droit des affaires, Thèse Limoges, 2005.

B. EDELMAN

La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, Dalloz, 1997.

M.-A. EISSEN

Liber AMICORUM Marc-André EISSEN, LGDJ, Bruylant Bruxelles, 1995.

J.-F. FLAUSS

Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, Bruylant, Nemesis, coll. Droit et justice, 2005.

P. FRUMER

La renonciation aux droits et libertés, la Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle, Bruxelles, Bruylant, 2001.

P.-Y. GAHDOUN

La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Thèse Montpellier, 2008.

K. GARCIA

Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept, Larcier, 2008.

F. GENY

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Tome I, 2ème éd. LGDJ, 1954.

J. GHESTIN

Traité de droit civil, T 5, Les effets du contrat, interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité, LGDJ, 2001.

J. HABERMAS

Droit et démocratie, Entre faits et normes, trad. R. ROCHLITZ et C. BOUCHINDHOMME, Gallimard, 1997.

C. HAGUENAU

L'application effective du droit communautaire en droit interne, Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand, Thèse Bruxelles, 1995.

H. KELSEN

La Théorie juridique de la convention, Arch. Phil. Droit 1940.

C. JAMIN

Traité de droit civil, T 5, Les effets du contrat, interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité, LGDJ, 2001.

E. LAMBERT

Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1999.

F. LAZAUD

L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Thèse Aix-Marseille, 2006.

S. Le GAC-PECH

La proportionnalité en droit privé des contrats, Thèse Paris, 2000.

G. LEWKOWICZ

Repenser le contrat, Dalloz, 2009.

F. LICHERE

Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?, Bruylant-Némésis, coll. « Droit et justice », n° 53, 2003.

P. MALAURIE

L'ordre public et le contrat, thèse Paris, 1953.

J.-P. MARGUÉNAUD

CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français, La documentation française, 2001.

M. MEKKI

L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, Thèse Paris, 2004.

B. MOUTEL

L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français, Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées, Thèse Limoges, 2006.

P. MUZNY

La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique, Thèse Aix-Marseille, 2005.

F. OST

De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Publications des facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002.

L.-E. PETTITI

La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé, Nemesis, Bruylant, Droit et justice n° 84, 2009.

L. POTVIN-SOLIS

Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?, Bruylant-Némésis, coll. « Droit et justice », n° 53, 2003.

S. PIMONT

L'économie du contrat, thèse Poitiers, 2004.

J. RAYNAUD

Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, thèse Aix-Marseille, 2003.

A. RAYNOUARD

Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?, Bruylant-Némésis, coll. « Droit et justice », n° 53, 2003.

J.-F. RENUCCI

Droit européen des droits de l'homme, 3ème éd., LGDJ, 2003.

F. RIGAUX

La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, LGDJ, Bruxelles Bruylant, Paris, 1990.

La loi des juges, éd. O. JACOB, 1997.

J. RINGELHEIM

La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange, Université catholique de Louvain, Working paper series 2005/1 CRIDHO.

G. RIPERT

Le régime démocratique et le droit civil moderne, LGDJ, 1952.

G. ROUHETTE

Contribution à l'analyse critique de la notion de contrat, Thèse Paris, 1965.

D. SPIELMANN

L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées, Bruxelles, Bruylant, 1995.

J. VAILHE

La France face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme, Ministère de la Justice, La Documentation française, Université Paris I, janvier 1998, coll. Les études de la Documentation française, Institutions, Paris, 2001.

M. VAN de KERCHOVE

De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Publications des facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002.

V. VAN der PLANCKE

La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ?, Université catholique de Louvain, CRIDHO, 2007.

S. VAN DROOGHENBROECK

La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, Prendre l'idée simple au sérieux, Bruxelles, Bruylant, 2001.

N. VAN LEUVEN

La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ?, Université catholique de Louvain, CRIDHO, 2007.

M. XIFARAS

Repenser le contrat, Dalloz, 2009.

ARTICLES, CHRONIQUES

E. ALFANDARI

« Les liaisons dangereuses du droit associatif et du droit immobilier. L'issue : la liberté », *D.* 2001, p. 1493.

P. AMSELEK

« Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *Revue du droit public de la science politique en France et à l'étranger*, 1978, n° 1, p. 13.

« L'acte juridique à travers la pensée de Charles EISENMANN », in *La pensée de Charles EISENMANN*, éd. Economica, 1986.

M.-E. ANCEL

« Nouvelles frontières: l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, sous la direction de Geneviève PIGNARRE, Dalloz, 2005, p. 121.

P. ANCEL

« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA

« L'élaboration progressive de l'ordre public européen. Chroniques droits de l'homme », *CDE* 1997, p. 668.

« Splendeurs et misères de l'ordre public européen. Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'homme (1996-1997-1998) », *CDE* 2000, p. 674.

« L'État et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour EDH », *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, vol. I, 2004.

« La réouverture d'une instance juridictionnelle administrative après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme », *RFDA* 2005, p. 165.

J.-L. AUBERT

« La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005, p. 1115.

F. AUQUE

« Bail commercial et principe de liberté d'association », *JCP* 2003, éd. G, II, 1190.

R. BADINTER

« Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », *RFDA* 1990, p. 317.

P. BEAUDRY

« L'affaire AMSELEM: le droit de pratiquer sa religion vs la liberté de contracter », site internet www. quebecoislibre.org.

B. BEIGNIER

« La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *D.* 2001, chron. p. 1636.

F. BELLIVIER

« Les juges de Strasbourg et l'assistance médicale à la procréation : le contrat contre les droits de l'homme ? », *RDC* 1er octobre 2007, n° 4, p. 1321.

C.-M. BENARD

« La protection intégrale de la liberté d'association par le juge judiciaire ? », *D.* 2004, p. 367.

F. BENOIT-ROHMER

« Les perspectives de réformes à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme : « certiorari » versus renvoi préjudiciel », *RUDH* 16 décembre 2002, vol. 14, nº 7-8, p. 313 et suiv.

I. BERRO-LEFEVRE

« Adoptions internationales et respect des droits de l'homme : les ambiguïtés de l'arrêt Pini et Bertani c/ Roumanie », *D.* 2004, p. 3026.

V. BONNET

« L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2004, p. 405.

C. BOTOKO-CLAEYSEN

« Engagements universels et identité européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2001, p. 947.

F. BOULANGER

« L'interprétation d'une clause testamentaire et la Convention EDH », *JCP*, 2005, éd. G, II, 10052.

L. BOYER

V° « Contrats et conventions », Rép. civ ., Dalloz, août 1993, mise à jour juin 2010.

Y. BROUSSOLLE

« Le paradoxe du principe de la liberté contractuelle », *JCP* 1995, éd. G, II, 22404.

E. BRUCE

« La Cour de cassation française et l'application d'office de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 2005, pp. 401-443, spéc. p. 412.

G. CANIVET

« Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'Homme, Nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique interne ? », in *Dialogue des juges*, Séminaire organisé à la Cour européenne des droits de l'Homme le 21 janvier 2005.

« Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Éloge de la « bénévolance » des juges», *RSC* 2005, p. 799.

P. CAPOULADE

« Groupement d'intérêt économique et copropriété», *AJDI* juin 2002, p. 461.

J. CARBONNIER

« Europe », Colloque du 3 mai 1999, *La France et la CESDHLF, 25e anniversaire de la ratification de la Convention*, 1999.

« La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français », in *Le droit français et la CEDH, 1974-1992*, F SUDRE (dir.), éd. Engel, Actes du colloque de Montpellier, 1994.

C. CARON

« L'employeur ne peut prendre connaissance des e-mails personnels de ses salariés », *D.* 2002, p. 2296.

V. CHAMPEIL-DESPLATS

« La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, p. 324.

A.- S CHAVENT-LECLERE

« Des bouleversements du droit européen en matière de transsexualisme », *D.* 2003, p. 2032.

G. COHEN-JONATHAN

« L'affaire *LOIZIDOU* devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme : Quelques observations**,** *RGDIP* 1998, p. 123.

« L'apologie de Pétain devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *RTDH* 1999, p. 366.

F. COLLART-DUTILLEUL

« Les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent en vertu de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches », *RD imm*. 1996, p. 620.

J.-P. COT

« La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention Européenne dans la partie nord de Chypre », *RTDH* 1998, p. 77 et suiv.

G. COUTURIER

« L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », Études offertes à Jacques FLOUR, *Répertoire Defrénois* 1979, pp. 95-115.

N. DAMAS

« Les convictions religieuses n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel », *D.* 2004, p. 844.

A. DEBET

« L'assureur, le transsexuel et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDC* 1er juillet 2004, n° 3, p. 788.

R. de GOUTTES

« Protection : actions effectives au plan national », in *Tous concernés, L'effectivité de la protection des droits de l'Homme 50 ans après la Déclaration universelle*, Actes du colloque organisé par le Conseil de l'Europe, Strasbourg 2- 4 septembre 1998, Éditions du Conseil de l'Europe, 1998.

« La CEDH et le juge français », *RIDC* 1999, p. 9.

J. de GUILLENCHMIDT

« La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit civil », exposé lors de la rencontre franco-arménienne du 23 janvier 2007 sur le patrimoine juridique commun, www.conseil-constitutionnel.fr.

M. de SALVIA

« La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis », Actes de la journée d'études du 30 novembre 1996 organisée à l'Institut des hautes études européennes de Strasbourg à la mémoire de Marc-André EISSEN.

O. de SCHUTTER

« Le droit au mode de vie tsigane devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme : droits culturels, droit des minorités, discrimination positive, *RTDH* 1997, p. 64.

« L'intervention des autorités publiques dans les relations familiales et l'obligation de prévenir les mauvais traitements : vie familiale et droit à la protection de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RT droit familial* 1999-3, pp. 427-455, spéc. pp. 442.

« Les générations des droits de l'Homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in *Juger les droits sociaux*, Acte du colloque organisé par ADEAGE le 19 oct. 2001, les chroniques de l'OMIJ, n° 2, PULIM, 2004.

J. DERRUPPE

« Les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent en vertu de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches », *RD imm*. 1996, p. 620.

P.-F. DOCQUIR

« Participation aux débats d'intérêt général : vers la reconnaissance d'un droit d'accès à la tribune médiatique ? », *RTDH* 2002, p. 1045.

A. DRZEMCZEWSKI

« L'exécution des décisions dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *30ème colloque : La protection des droits de l'Homme dans le cadre international*, Strasbourg, 29-31 mai 1997.

P. DUCOULOMBIER

« L'arrêt *BRONIOWSKI* c. Pologne, Grande chambre, du 22 juin 2004 : les enseignements d'un « arrêt pilote » », *L'Europe des libertés* 2005, n° 15, p. 12.

J. DUPICHOT

« Pour un retour aux textes: défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes J. FLOUR*, LGDJ, Defrénois, 1979.

X. DUPRE de BOULOIS

« Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé », *JCP* 2007, éd. G, I, n° 211.

M. DUPUIS

« Influence de la Convention EDH sur le droit des personnes », *Lamy Droit des personnes et de la famille* mai 2005, n°120-65.

O. DUTHEILLET de LAMOTHE

« Droits fondamentaux et interprétation du contrat : le regard du juge constitutionnel », 12 janvier 2007, Services du Conseil constitutionnel.

B. EDELMAN

« La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.* 2008, p. 1946.

V. EGEA

« L'interprétation des contrats : regard sur l'actualité des articles 1156 et suivants du Code civil », Institut d'Études judiciaires - Faculté de droit d'Aix-Marseille, 2004.

M.-A. EISSEN

« La Cour européenne des droits de l'Homme », *RDP* 1986, p. 1574.

M. FABRE

« L'application de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juges nationaux », *LPA* 1996, n° 93, p. 5.

M. FABRE-MAGNAN

« Droit des obligations », *JCP* 1997, éd. G, I, n° 4039.

B. FAGES

« Les pratiques dictées par les convictions religieuses », *RTD civ*. 2003, p. 290.

« De la liberté de ne pas contracter », *RTD civ*. 2004, p. 280.

« Nullité d'une clause portant atteinte à la liberté de choix du domicile », *RTD civ*. 2006, p. 109.

B. FAUVARQUE-COSSON

« Faut-il un Code civil européen? », *RTD civ.* 2002, n° 3, p. 463.

J.-F. FLAUSS

« Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif », *AJDA* 1996, p. 1005.

« La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis », Actes de la journée d'études du 30 novembre 1996 organisée à l'Institut des hautes études européennes de Strasbourg à la mémoire de Marc-André EISSEN.

« Actualité de la Convention EDH », *AJDA* 2000, p. 1015-1016.

P. FRUMER

« Un arrêt définitif sur les mesures provisoires : la Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe », *RTDH* 2005, p. 799.

E. GARAUD

« La violation d'un droit fondamental », *Lamy Droit du contrat* 1999, p. 245.

« Clause de mobilité assortie d'une contrainte domiciliaire, la Cour de cassation se réfère à la CEDH pour définir les critères de validité de la stipulation », *RJPF* 1999, n° 3, p. 8.

« La religion du locataire : une donnée normalement extérieure au contrat de bail mais incorporable à celui-ci », *RJPF* 2003, n° 4, p. 9.

« Le droit au respect de la vie privée et familiale permet au colocataire d'héberger ses proches malgré les stipulations du bail le lui interdisant », *LPA* 26 juillet 2006, n° 148, p. 18.

A. GARAY

« La laïcité, principe érigé en valeur de la Convention EDH », *D.* 2006, p. 103.

P.-Y. GAUTIER

« La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la « vie privée » des salariés », *D.* 2001, p. 3148.

« De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 2005, p. 2773.

B. GENEVOIS

« Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », *RFDA* 1990, p. 317.

J. GHESTIN

« La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147.

C. GIVERDON

« Coexistence dans un ensemble immobilier d'une association syndicale (loi du 21 juin 1865) et d'une association (loi du 1er juillet 1901) », *D.* 2002, p. 1522.

P. GLAUDET

« Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », *LPA* 31 mars 2004, n° 65, p. 3.

O. GOHIN

« La constitution est-elle encore la norme fondamentale de la République ? », *D.* 1999, p. 120.

A. GOUTTENOIRE

« Le sexe n'est plus ce qu'il était…ou le droit des transsexuels à une vie normale », *Dr. Fam.* 2002, comm n° 133, p. 26.

« La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X », *JCP* 2003, éd. G, II, 10049.

F. GRANET

« Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : Études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001.

J.-P. GRIDEL

« Droits fondamentaux et interprétation du contrat : regard du juge judiciaire », *Colloque contrats et droits fondamentaux*, Avignon, PUAM (à par.), 12 janvier 2007.

O. GUERIN

« Liberté religieuse et obligations du bailleur », *AJDI* 2003, p. 182.

V. HAIM

« Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'Homme? », *D.* 2001, p. 2988.

M.-A. HALPERIN

« Liberté d'expression, professions libérales et publicité commerciale », *RTDH* 1995, p. 69.

J. HAUSER

« Bail d'habitation : l'usage en bonne mère de famille », *RTD civ*. 1996, p. 580.

« Divorce sur requête conjointe : contenu de la convention et libertés fondamentales », *RTD civ*. 1997, p. 638.

« La firme (suite »), *RTD civ.* 1999, p. 358.

« L'indisponibilité relative des droits de la personnalité : conventions directes et indirectes sur le droit au respect de la vie privée et le droit au secret », *RTD civ*. 2000, p. 801.

« Préliminaire : une mère quand elle veut, la maternité purement potestative », *RTD civ*. 2003, p. 276.

« Liberté de fixation du domicile : l'obligation de résidence de l'avocat salarié ? », *RTD civ*. 2006 p. 280.

A. JACQUIN

« Les associations de commerçants : de l'obligation d'adhésion », *Gaz. Pal*. 17 octobre 2003, n° 290, p. 9.

C. JAMIN

« Chronique de droit des obligations », *JCP* 1996, éd. G, I, 3958, p. 339.

P. JESTAZ

« Rapport de synthèse, quel contrat pour demain ? », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003.

P.-G. JOBIN

« L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », *RTD civ.* 2007, p. 33.

L. JOSSERAND

« Le contrat dirigé », *D.* 1933, chron. p. 89.

G. KOUBI

« Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ? », *JCP* 1987, éd. G, I, 3292.

J.-F. LACHAUME

« Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA*, 1998, p. 92.

A. LALARDRIE

« L'application de la Convention par le juge judiciaire français », in *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

C. LALAUT

« Le contrat et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 7-8 mai 1999, p. 2.

E. LAMBERT

« La pratique récente de réparation des violations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : Plaidoyer pour la préservation d'un acquis remarquable », *RTDH* 2000, p. 199.

E. LAMBERT-ABDELGAWAD

« La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts « pilotes » », *RTDH* 2005, p. 203.

G. LARDEUX

« Liberté contractuelle du bailleur et libertés fondamentales du preneur », *RDC* 2004, p. 348.

V. LASSERRE-KIESOW

« L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.

A. LAUDE

« L'interprétation "active" du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA du 28 mai 1993, PUAM, 1993.

F. LAZAUD

« L'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme : lecture de l'arrêt *Broniowski* à la lumière du protocole numéro 14 », *RRJ Droit prospectif* 2005, p. 913.

G. LEJWI

« Le bailleur est-il tenu par les pratiques religieuses de son locataire ? », *Rev. des loyers* 2003, n° 836, p. 217.

P. LEMMENS

« Les effets de la CEDH dans certains domaines du droit civil », *RUDH* 1992 p. 447 et s.

R. LIBCHABER

« Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD civ*. 2003, p. 575.

G. LOISEAU

« Les convictions religieuses du contractant », *Droit et patrimoine* 2003, n° 117.

P. MALAURIE

« La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP* 2002, éd. G, I, 143, n° 25, p. 1123.

« La Cour EDH et le droit de connaître ses origines », *JCP* 2003, éd. G, I, 120.

« L'interprétation d'un testament conformément aux principes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Répertoire Defrénois* 2005, p. 1909.

A. MARAIS

« Liberté religieuse et bail », *RDC* 2003, p. 220.

« La liberté de ne pas s’associer », *RDC* 2004, p. 465.

J.-P. MARGUÉNAUD

« La reconnaissance du droit d'association négatif », *D.* 1994, p. 181.

« De la protection européenne des locataires hospitaliers contre la rigueur des clauses d'habitation personnelle », *RTD civ*. 1996, p. 1024.

« Les troubles de voisinage combattus par le droit au respect du domicile et de la vie privée », *RTD civ.* 1996, p. 507.

« L'influence de la CEDH sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Trav. Ass. H. Capitant, T. 1, LGDJ, 1997.

« Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité », *D*. 1999, p. 645.

« La Cour européenne des droits de l'homme permet aux petits propriétaires opposants à la chasse de se soustraire à l'envahissement des associations communales de chasse agréées », *RTD civ*. 1999, p. 913.

« De l'indifférence des juridictions de l'ordre judiciaire aux leçons de l'arrêt *Marckx* », *RTD civ.* 1999, p. 497.

« Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité », *D.* 1999, p. 645.

« Licenciement, droit à la liberté d'expression du salarié et principe européen de proportionnalité », *D.* 2001, p. 574.

« Transsexualisme : la Cour européenne des droits de l'Homme fait le saut de l'ange », *RTD civ*. 2002, p. 862.

« Hymnes à la vie et à l'autonomie personnelle », *RTD civ*. 2002, p. 858.

« Transfert du droit au bail au concubin homosexuel et actio popularis européenne », *RTD civ.* 2003, p. 764.

« Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X », *RTD civ*. 2003, p. 375.

« Digicode, liberté de religion et effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme », RTD civ. 2003, p. 383.

« La Cour de cassation et l’élaboration du droit », Conférences organisées par le laboratoire de sociologie juridique de l’Université de Panthéon-Assas, sous la direction de N. MOLFESSIS, Economica, 2004.

« La princesse et les paparazzis », *RTD civ.* 2004, p. 802.

« Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations contractuelles », *RTD civ.* 2004, p. 361.

« Avis de tempête européenne sur l'interprétation des testaments et des contrats privés », *RTD civ.* 2004, p. 804.

« La servitude en France », *RTD civ.* 2005, p. 740.

« L’alcool et la drogue dans les éprouvettes de la Convention EDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.* 2005, p. 36.

« La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit des contrats au moyen des arrêts pilotes », *RTD civ.* 2006, p. 719.

« La troisième chambre civile de la Cour de cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD civ*. 2006, p. 722.

« Le triste sort des embryons in vitro du couple séparé », *RTD civ.* 2006, p. 255.

« Un nouvel instrument de conquête du droit des contrats par la Cour EDH : le règlement amiable pilote », *RTD civ.* 2008, p. 641.

« L’assujettissement du contrat à la Convention EDH », *RTD civ*. 2009, p. 281.

A. MARIENBURG-WACHSMANN

« La folie dans la loi : Considérations critiques de la Cour européenne des droits de l’homme en matière de transsexualisme », *RTDH* 2003, p. 1157.

F. MARMOZ

« Cause et économie du contrat, un tandem au service de l’interdépendance des contrats », *LPA* 29 décembre 2000, p. 12.

R. MARTIN

« Le relevé d’office par le juge d’un moyen de droit. Une question mal posée », *D*. 2005, p. 1444.

G. MEILHAC-REDON

« Cause et économie du contrat, un tandem au service de l’interdépendance des contrats », *LPA* 29 décembre 2000, p. 12.

J. MESTRE

« L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Savatier,* 1985.

« L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA du 28 mai 1993, coll. IDA, publié par les éd. PUAM, 1993.

« La liberté contractuelle à l'épreuve du Conseil constitutionnel et de la Commission des opérations de bourse », *RTD civ.* 1996, p. 151.

« Contenu des contrats et Convention européenne des droits de l'homme », *RTD civ*. 1996, p. 897.

« La prudence est définitivement de rigueur au Conseil constitutionnel... à l'encontre de la liberté contractuelle », *RTD civ*. 1998, p. 99.

« La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales renforce son emprise sur le contenu du contrat », *RTD civ*. 1999, p. 395.

« Les pratiques dictées par les convictions religieuses », *RTD civ.* 2003, p. 290.

« De la liberté de ne pas contracter », *RTD civ.* 2004, p. 280.

« Définition et source des droits fondamentaux », *Lamy Droit du contrat*, version informatisée, 245-11.

« Nullité d'une clause portant atteinte à la liberté de choix du domicile », *RTD civ*. 2006, p. 109.

M. MONIN

« La hiérarchie des normes n'existe pas », *D*. 1999, n° 30, p. 1.

H. MOTULSKY

« La Réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP* 1966, éd. G, I, 1996.

J. MOULY

« Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité », *D*. 1999, p. 645.

« Licenciement, droit à la liberté d'expression du salarié et principe européen de proportionnalité », *D.* 2001, p. 574.

« L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la Convention EDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.* 2005, p. 36.

« Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ? », *RIDC* 1985, vol. 37, n° 4, spéc. p. 945.

J. MOURY

« Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.* 2000, p. 382.

S. MOUTON

« La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *D.* 2001, chron. p. 1636.

P. MUZNY

« Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit, la jurisprudence du tribunal fédéral suisse et de la Cour EDH », *RDP* 2006, p. 989 et suiv.

« Dictionnaire des droits de l'homme », 1ère éd. PUF, 2008, sous la direction de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, p. 811.

M. NICOD

« La nature testamentaire d'une lettre missive », *D*. 2005, p. 1064.

J. NORMAND

« Principes directeurs du procès, office du juge, Fondement des prétentions litigieuses », JCl. Procédure civile, Fasc. 152, n° 64.

F. OST

« Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY, *Raisonner la raison d'État, vers une Europe des droits de l'Homme*, PUF, coll. Les voies du droit, 1989.

M.-L. PAVIA

« Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA* 6 mai 1994, n° 54, p. 6.

C. PERES

« La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat », *RDC* 1er avril 2010, n°2, p. 539.

M. PELLEGRIN et J. TRESCA

« Droits fondamentaux et droit du travail », *AEDSN*, 26 mars 2010.

E. PICARD

« L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, n° spécial, 1998, p. 6-43.

« Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordre publics, Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et justice, 2001.

E. POISSON-DROCOURT

« La Cour européenne des droits de l'homme et l'interprétation d'un testament », *D.* 2005, p. 1832.

J. PRADEL

« Encore une tornade sur notre procédure pénale avec la loi du 15 juin 2000 », *D.* 2000, Point de vue, V-VI.

P. PUIG

« Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ*. 2001, p. 749.

J. RAYNARD

« Quand la Cour de Luxembourg se préoccupe de droits fondamentaux... », *RTD civ.* 1999, p. 920.

« Bail commercial et liberté associative : quand la clause du bail porte atteinte à la liberté de pensée du preneur à bail, personne morale par ailleurs... », *RTD civ*. 2003, p. 771.

J. RAYNAUD

« Des pharmaciens ne peuvent arguer de leurs croyances religieuses pour refuser de vendre des pilules contraceptives », *JCP* 2002, éd. E, p.1045.

A. RAYNOUARD

« Actualité du droit des nouvelles technologies », *Répertoire Defrénois* 2002, p. 1407.

P. REMY

« Cent ans de chroniques », *RTD civ.* 2002, p. 677.

« Ouverture », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, 2003.

« De la fondamentalisation du droit des contrats », *RDC* 2003, p. 17.

J.-F. RENUCCI

« Le réexamen d'une décision de justice définitive dans l'intérêt des droits de l'homme », *D.* 2000, p. 655.

« Adoptions internationales et respect des droits de l'homme : les ambiguïtés de l'arrêt Pini et Bertani c/ Roumanie », *D.* 2004, p. 3026.

« Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens », *JCP* 14 mars 2007, éd. G, n° 11.

T. REVET

« Protection européenne de la propriété », *RTD civ*. 2000, p. 360.

J. RICHARD de la TOUR

« Le libre choix du domicile du salarié et le contrat de travail », *RJS* 1999, p. 94.

F. RIGAUX

« Quelques réflexions sur l'évolution constitutionnelle de la Belgique et les relations internationales », in *Évolution constitutionnelle en Belgique et relations internationales, Hommage à P. de VISSCHER*, Paris, Pedone, 1984.

D. RITLENG

« L'institutionnalisation du dialogue : perspectives d'avenir pour la Cour de justice des communautés européennes et pour la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice, n° 53, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2004.

J. ROCHFELD

« Contrat et libertés fondamentales », *RDC* 1er décembre 2003, n° 1, p. 17.

« Contrat et Convention EDH », *RDC* 1er avril 2004, n° 2, p. 231.

« CEDH et interprétation des contrats de droit privé », *RDC* 2005, p. 645.

D. ROETS

« L'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme violé par la France : une histoire d'esclavage moderne devant la Cour de Strasbourg », *D*. 2006, p. 346.

F. ROLIN

« La liberté contractuelle des personnes publiques », *RDC* 1er avril 2004, n° 2, p. 423.

P. ROLLAND

« Le Contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme », in D. ROUSSEAU et F. SUDRE, *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, éd. S.T.H, Paris, 1990.

Y. ROUQUET

« Nullité de la clause obligeant le locataire à adhérer à une association », *D*. 2003, p. 1694.

F. ROUVIERE

« Contenu du contrat », J.-Cl « Contrats », mars 2010.

V. SAINT-JAMES

« L'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », in J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Mission de recherche Droit et justice, La documentation française, 2001.

P. SARGOS

« Les principaux domaines d'application de la Convention en droit pénal et en droit civil », in *Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire*, Actes du colloque du 18 juin 1987, La Documentation française, 1988.

J.-M. SAUVE

« La QPC vue par J.-M. SAUVE », *La lettre de la justice administrative,* juillet 2010, n° 22.

A. SAUVIAT

« L'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », in J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Mission de recherche Droit et justice, La documentation française, 2001.

G. SINGER

« Synchrotron (acte 2) : de la discrimination à l'égalité de traitement », *Semaine sociale Lamy* 19 mai 2008, n° 1354, p. 12.

D. SPIELMANN

« Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

J.-F. SPITZ

« Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007, p. 281.

P. STOFFEL-MUNCK

« Interprétation des contrats », *RDC* 2004, n° 3, p. 933.

F. SUDRE

« Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992 », Actes du Colloque de Montpellier, février 1993, organisé conjointement par l'Institut de droit européen des droits de l'homme de l'Université de Montpellier I et l'Institut des droits de l'Homme du barreau de Montpellier, février 1993.

« Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 1994, éd. G, I, 3742, n° 32.

« Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme? », in *Liber Amicorum M.-A. EISSEN*, Bruylant, LGDJ Paris, 1995.

« Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 1995, éd. G, I, 3823, n° 44.

« Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995, p. 363 et suiv.

« Existe-t-il un ordre public européen ? », in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite »*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

« Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 1998.

« L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », Acte du colloque organisé par l'institut européen des droits de l'homme, Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, 13 et 14 mars 1998.

« Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », JCP 1999, éd. G, 105.

« Droit de la Convention européenne », *JCP* 2000, éd. G, I, 203.

« À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001, I, p. 335.

« Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001, I, 291.

« Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2003, I, 109.

« La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X », *JCP* 2003, éd. G, II, 10049.

« Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2004, I, 161.

« La dimension internationale et européenne des droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 11ème éd., Dalloz, 2005.

« « Esclavage domestique » et Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2005, éd. G, II, 10142.

« Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2005, I, 103, n° 15.

« Conclusions », in *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Colloque, Limoges, 30 et 31 mars 2006.

« Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2006, I, 164, n° 7.

H. SURREL

« La liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA* 1995, p. 573.

D. SZYMCZAK

« L'arrêt pilote : un remède efficace contre l'engorgement du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme…à condition de bien lire la notice ! », *JCP* 22 mai 2006, éd. Administrations et Collectivités territoriales, n° 21, p. 1111.

C. TCHAKALOFF

« La Constitution est-elle encore la norme fondamentale de la République ? », *D.* 1999, p. 120.

P. TERNEYRE

« La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *AJDA* 20 septembre 1998, p. 667.

F. TERRE

« Interprétation : le fait et le droit, la lettre et l'esprit », in *Mélanges LIGEROPOULOS*, 1985.

C. THIBIERGE-GUEFULCCI

« Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 et s.

H. TROFIMOFF

« Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des contrats », *Rev. Hist. Droit Français et Étranger* 1994, Sirey, p. 203.

M. TROPER

« Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Rev. int. phil.* 1981, n° 138, p. 528.

S. VAN DROOGHENBROECK

« Les limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux », in B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats publics privés : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Charte, 2005.

« La réouverture d'une instance juridictionnelle administrative après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme », *RFDA* 2005, p. 165.

P. VEGLERIS

« Préliminaires à la méthodologie des droits de l'homme », in *René CASSIN Amicorum Discipulorumque Liber III, Méthodologie des droits de l'Homme*, Paris, Pédone, 1971.

D. VELARDOCCHIO

« On ne peut dissimuler son domicile que pour des raisons légitimes et non pour se soustraire aux poursuites de ses créanciers. Ne constitue pas une atteinte à la vie privée la communication par l'employeur de l'adresse d'un salarié à un créancier », *D.* 1991, p. 568.

J. VELU

« À propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme : vues de droit comparé sur des évolutions en cours », in *Nouveaux itinéraires en droit*, Hommage à F. RIGAUX, Bruxelles, Bruylant, 1993.

« Considérations sur quelques aspects de la coopération entre la Cour européenne des droits de l'Homme et les juridictions nationales », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL*, Cologne, Carl HEYMANNS VERLAG KG, 2000.

M. VIRALLY

« Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à H. ROLIN*, Paris, Pedone, 1964.

« Panorama du droit international contemporain », *RCADI* 1983, V, t. 183, p. 1-382.

P. WACHSMANN

« La folie dans la loi : considérations critiques de la Cour européenne des droits de l’homme en matière de transsexualisme », *RTDH* 2003, p. 1157.

L. WILDHABER

« Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des Droits de l’Homme ? » *RUDH* 2002, vol. 14, n° 1.

R. WINTGEN

« Atteinte à la liberté de choix du domicile », *Cah. soc. Barreau de Paris*, année, n° 110, A, 25, p. 159.

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Tribunal d'instance

TI Périgueux, 12 octobre 1990, *Cah. Jurisp. Aquitaine*, 1991/1, n° C-375, cité par J. et F. LAFOND, *les baux* d*'habitation après la loi du 6 juillet 1989*, 2ème éd., Litec, p. 224.

TI Strasbourg, 19 novembre 1996, *LPA*, 17 décembre 1997, p. 25, L. BARTMANN.

Tribunal de grande instance

TGI Paris, 8 novembre 1973, *D.* 1975, 401, note M. PUECH.

Cour d'appel

CA Poitiers, 8 novembre 1949, *JCP éd. G*, 1949, II, n°5205.

CA Paris, 27 février 1987, *JCP* 1988, éd. N, II, p. 228 ; *Loyers et copr*. 1989, n° 46 et 48.

CA Paris, 28 novembre 1988, *Loyers et copr*. 1989, n°46 et 48.

CA Paris, 25 mai 1990, *D.* 1990, p. 596, note J. VILLACEQUE.

CA Paris, 25 avril 1994, *Loyers et copr.* 1994, n°280.

CA Versailles, 29 janvier 1999 : *D.* 2001, Centre de recherche de droit privé de Nancy II, p. 169.

CA Paris, 27 octobre 2000.

CA Reims, 7 janvier 2004, *RDC* 2004, nº 3, p. 933, P. STOFFEL-MUNCK.

Cour de cassation

- ***1ème chambre civile***

Cass. civ. 1ère, 10 janvier 1984, *RENNEMAN*, *JCP* 1984, éd. G, II, 20210, concl. M. GULPHE.

Cass. civ. 1ère, 13 décembre 1989, Arrêt *ASSOCIATION ALMA MATER*, *Répertoire Defrénois* 1990, art. 34815, rapp. J. MASSIP ; *D.* 1990, p. 540, note F. BOULANGER ; *JCP* 1990, éd. G, II, 21526, note A. SERIAUX ; *RTD civ.* 1990, p. 457, J. RUBELLIN-DEVICHI ; *Rev. de droit sanitaire et social*, 1990, p. 733, E. ALFANDARI.

Cass. civ. 1ère, 15 février 2000, *SA COFICA*, *D.* 2000, p. 275, note C. RONDEY ; *RTD. com* 2000, p. 705, B. BOULOC ; *JCP* 2001, éd. G, II, 10477, note O. GOUT ; JCP 2001, I, 312, chron. X. LAGARDE.

Cass. civ. 1ère, 10 juillet 2002, *COFINOGA*, *D.* 2003, p. 549, note O. GOUT ; *RTD civ.* 2003, p. 85, B. FAGES et J. MESTRE ; *RTD com.* 2003, p. 356, B. BOULOC.

Cass. civ. 1ère, 21 janvier 2003, *CORDEIRO*, *Droit et patrimoine* mai 2003, p. 112, note P. CHAUVEL ; *RTD com.* 2003, p. 559, obs. B. BOULOC ; *RTD. civ*. 2003, p. 292, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC, 2003, p. 91, obs. M. BRUSCHI.

- ***2ème chambre civile***

Cass. civ. 2ème, 4 novembre 1988, *Gaz. Pal.* 1989, II, somm. 464, H. CROZE et C. MOREL.

Cass. civ. 2ème, 13 juillet 2006, *D.* 2006, p. 2848, M. LAMOUREUX.

- ***3ème chambre civile***

Cass. civ. 3ème, 6 mars 1996, *MEL YEDEI*, *RTD civ*. 1996, p. 897, obs. J. MESTRE ; *RTD civ.* 1996, p. 1024, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 1996, p. 580, J. HAUSER ; *JCP*, éd. G, I, n° 1, 3958, obs. C. JAMIN ; *RD imm*. 1996, p. 620, obs. F. COLLART-DUTILLEUL et J. DERRUPPE ; *D.* 1997, p. 167, note B. de Lamy ; *D.* 1996, p. 379, Centre de droit privé de Nancy II ; *AJDI* 1996, p. 704, B. WERTENSCHLAG.

Cass. civ. 3ème, 12 février 1997, *Loyers et copropriété*, 1997, n°122, obs. G. VIGNERON.

Cass. civ. 3ème, 18 décembre 2001, *AJDI* 2002, p. 461, obs. P. CAPOULADE.

Cass. civ. 3ème, 18 décembre 2002, *AMAR et autres*, pourvoi n° 01-00.519, *AJDI* 2003, p. 182, avis de l'avocat général O. GUERIN et note Y. ROUQUET ; *RJPF* 2003, n° 4, p. 9, obs. E. GARAUD ; *Dr. et procédures*, 2003, p. 157, obs. B. VAREILLES ; *RTD civ*. 2003, p. 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ. 2003, p. 383, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ*. 2003, p. 575, obs. R. LIBCHABER ; *RDC* 2003, p. 220, obs. A. MARAIS ; *RDC*, 2004, p. 231, obs. J. ROCHFELD ; *RDC* 2004, p. 348, obs. G. LARDEUX ; *D.* 2004, p. 844, N. DAMAS.

Cass. civ. 3ème, 12 juin 2003, *EURL ARLATEX*, *D*. 2003, p. 1694 ; *JCP* 2003, éd. G, II, 1190, note F. AUQUE ; *D.* 2004, p. 367, note C.-M. BENARD ; *RTD civ*. 2003, p. 771, obs. J. RAYNARD ; *RTD civ*. 2004, p. 280, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC*, 2004, p. 281, obs. J. ROCHFELD ; *RDC* 2004, p. 348, obs. G. LARDEUX ; *RDC* 2004, p. 465, obs. A. MARAIS ; *Annuaire de droit européen*, 2003, p. 735, obs. D. ROETS ; *RTD com.* 2004, p. 72, J. MONEGER ; *RTD com.* 2003, p. 755, L. GROSCLAUDE ; *Rev. des soc.* 2003, p. 880, M.-L. COQUELET ; *D.* 2003, p. 1694, Y. ROUQUET ; *AJDI* 2003, p. 663, J.-P. BLATTER.

Cass. civ. 3ème, 25 février 2004, *RDC* 1er octobre 2004, n° 4, p. 988, J.-B. SEUBE ; *RTD civ.* 2004, p. 482, J. HAUSER ; *RTD civ.* 2004, p. 729, J. MESTRE et B. FAGES ; *D.* 2004, p. 1631, C. CARON ; *D.* 2005, p. 749, N. DAMAS ; *AJDI* 2004, p. 370, Y. ROUQUET.

Cass. civ. 3ème, 8 juin 2006, *Epoux X c. Syndicat des copropriétaires Les jardins* de *Gorbella*, *LPA* 5 juillet 2006, n° 133, p. 9, note D. FENOUILLET ; *RTD civ.* 2006, p. 722, J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.* 2006, p. 2887, C. ATIAS ; *AJDI* 2006, p. 609, J. RAYNAUD ; *AJDI* 2007, p. 311, p. CAPOULADE.

Cass. civ. 3ème, 22 mars 2006, *ZELINE*, *LPA* 26 juillet 2006, n° 148, obs. E. GARAUD ; *Loyers et copropriété* 2006, n° 93, B. VIAL-PEDROLETTI ; *Rev. des loyers* 2006, p. 287, obs. J. REMY ; *RTD civ.* 2006, p. 722, J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.* 2007, p. 903, N. DAMAS ; *AJDI* 2006, p. 637, Y. ROUQUET.

- ***Chambre sociale***

Cass. soc., 20 novembre 1986, *JCP*, 1987, II, 20798, note T. REVET.

Cass. soc., 22 janvier 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 329, J. SAVATIER.

Cass. soc., 8 octobre 1996, *D.* 1996, *IR*, p. 235 ; *RTD civ.* 1997, p. 633, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 1997, p. 655, obs. J. MESTRE.

Cass. soc., 24 mars 1998.

Cass. soc., 12 janvier 1999, *SPILEERS c. SARL OMNIPAC*, *D.* 1999, p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; *RTD civ.* 1999, p. 358, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 1999, p. 395, J. MESTRE ; RJPF 1999, n° 3, p. 8, E. GARAUD, Dr. soc. 1999, p. 287, J.-E. RAY ; RJS 1999, p. 94, p. 94, J. RICHARD de la TOUR.

Cass. soc., 2 octobre 2001, *SA NIKON France*, *RTD civ.* 2002, p. 72, obs. J. HAUSER ; *D.* 2001, p. 3148, note P.-Y. GAUTIER ; *D.* 2001, p. 3286, P. LANGLOIS ; *D.* 2002, p. 2296, obs. C. CARON ; *Répertoire Defrénois* 2002, p. 1407, A. RAYNOUARD.

Cass. soc., 30 octobre 2002, *Procédures* février 2003, n° 39, obs. R. PERROT.

Cass. soc. 30 septembre 2005, *LEMOINE c. SNCF*, *D.* 2005, 2800, obs. P.-Y. GAUTIER.

- ***Chambre criminelle***

Cass. crim., 18 mars 1986, *GARDEIL*, *D.* 1988, p. 568.

- ***Assemblée plénière***

Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, *D.* 1978, p. 541, note P. ARDANT ; *JCP* 1979, II, 19009, note R. LINDON.

Cass. Ass. plén., 9 février 2001, *AJDI* 2001, p. 612, obs. C. GIVERDON ; *D.* 2001, p. 1493, E. ALFANDARI ; *D.* 2002, p. 1522, C. GIVERDON ; *D.* 2003, p. 1334, C. GIVERDON ; *Rev. des soc.* 2001, p. 357, Y. GUYON.

Cass. Ass. plén., 21 décembre 2007, *RD imm.* 2008, p. 102, P. MALINVAUD ; *D.* 2008, p. 1102, O. DESHAYES ; *RTD civ.* 2008, p. 317, P.-Y. GAUTIER.

Conseil d'État

CE, 12 octobre 1979, *D.* 1979, p. 606, note A. BENABENT ; *RTD civ.* 1980, n°2, p. 145, obs. J. NORMAND.

CE, 11 juillet 1984, *SUBRINI*, *D.* 1985, p. 150, B. GENEVOIS.

CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* et *Ville d'Aix en Provence*, *RFDA* 1995, p. 1204, concl. P. FRYDMAN ; *AJDA* 1995, p. 878, J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX ; D. 1996, p. 177, G. LEBRETON.

Conseil constitutionnel

Cons. const. 27 novembre 1959, n° 59-1 FNR.

Cons. const. 4 juin 1984, n° 84-137 L.

Cons. const. 3 août 1994, n° 94-348, *JCP* 1995, éd. G, II, n° 22404, note Y. BROUSSOLLE ; *RTD civ.*1996, p. 151, obs. J. MESTRE ; *RFD constit*. 1994, p. 832, P. GAIA ; *LPA* 28 avril 1995, p. 5, B. MATHIEU ; *D.* 1995, p. 344, F. MELIN-SOUCRAMANIEN ; *D.* 1995, p. 351, P. GAIA ; *D.* 1996, p. 45, X. PRETOT.

Cons. const. 20 mars 1997, n° 97-388, *JCP* 1997, éd. G, I, n° 4039, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *RTD civ*. 1998, p. 99, obs. J. MESTRE ; *Droit et patrimoine* 1999, n° 67, p. 75, obs. E. PUTMAN ; *LPA* 17 octobre 1997, p. 13, B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *RFD constit.* 1997, p. 328, L. FAVOREU et F. MELIN-SOUCRAMANIEN ;

Cons. const. 15 mars 1999, n° 99-410, *AJDA* 1999, p. 324, J.-E. SCHOETTL ; *AJDA* 1999, p. 500, O. GOHIN ; *RRJ Droit prospectif* 1999, p. 929, P. PORTET ; *RFD const.* 1999, p. 328, J. PINI ; *RFD const.* 1999, p. 334, J.-C. CAR ; *RFD const.* 1999, p. 345, J.-Y. FABERON ; *LPA* 28 septembre 1999, p. 16, E. AUBIN ; *JCP* 1999 ; éd. G, I, 151, p. 1290, J.-H. ROBERT ; *RRJ Droit prospectif* 2000, p. 681, J.-F. FLAUSS ; *D.* 2000, p. 116, G. ROUJOU DE BOUBEE.

Cons. const. 9 novembre 1999, n° 99-419, *Gaz. du Pal.* 19 et 20 novembre 1999, p. 2, C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER ; *LPA* 1er décembre 1999, p. 6, J.-E. SCHOETTL ; *JCP* 2000, I, 210, N. MOLFESSIS ; *RFD const.* 2000, p. 104, S. GARNERI ; *RTD civ.* 2000, p. 870, T. REVET ; *Gaz. du Pal.* 10 septembre 2000, p. 20, P. LOYER ; *RRJ Droit prospectif* 2002, p. 1199, L.-A. FEMENIA.

Cons. const. 13 janvier 2000, n° 99-423, *LPA* 19 janvier 2000, p. 6, J.-E. SCHOETTL ; *LPA* 19 janvier 2000, p. 30, A. SAURET ; *LPA* 3 février 2000, p. 16, C. CHARBONNEAU, N. MOLFESSIS, F.-J. PANSIER ; *LPA* 24 février 2000, p. 10, G. PICCA, A. SAURET ; *LPA* 28 juillet 2000, p. 22, L. BAGHESTANI-PERREY, B. MATHIEU, M. VERPEAUX ; *RFD const.* 2000, p. 341, V. OGIER-BERNAUD.

Cons. const. 7 décembre 2000, n° 2000-436, *AJDA* 2001, p. 18, J.-E. SCHOETTL ; *LPA* 1er août 2001, p. 18, note F. ROBBE ; *D.* 2001, p. 1841, M. FATIN-ROUGE STEFANINI ; *RFD const.* 2001, p. 346, F. MELIN-SOUCRAMANIEN ; *JCP* 2001, éd. N, p. 494, J.-L. BOURGEOIS.

Cons. const. 19 décembre 2000, n° 2000-437, *LPA* 22 décembre 2000, p. 5, note J.-E. SCHOETTL ; *RTD civ.* 2001, p. 229, N. MOLFESSIS ; *LPA* 1er et 2 mai 2001, p. 4,

B. CASTAGNEDE ; *RFD const.* 2001, p. 129, L. PHILIP ; *RFD const.* 2001, p. 134, D. RIBES.

Cons. const. 13 janvier 2003, n° 2002-465, *LPA* 20 janvier 2003, p. 11, J.-E. SCHOETTL ; *Gaz. du Pal.* 17 et 18 janvier 2003, p. 2, C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER ; *D.* 2003, p. 638, M. BERTRAND ; *D.* 2004, p. 1280, V. OGIER-BERNAUD.

JURISPRUDENCE EUROPEENNE

Commission européenne des droits de l'homme

Comm. EDH., 11 janvier 1961, *Autriche c. Italie*, *DR* n° 6, p. 742.

Comm. EDH., 10 juillet 1978, *Chypre c. Turquie*, *DR* n° 13, p. 85.

Comm. EDH., 12 octobre 1978, *ARROWSMITH c. Royaume-Uni*, *DR* n°19, p. 5.

Comm. EDH., 6 septembre 1989, *ROMMELFANGER c. RFA*, *DR* n°62, p. 151.

Comm. EDH., 3 décembre 1996, *KONTTINEN c. Finlande*, *DR* n° 87A, p. 68.

Comm. EDH., 9 avril 1997, *STEDMAN c. Royaume-Uni*, *DR* n°89 A, p. 104.

Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH., 27 juin 1968, *WEMHOFF c. Allemagne*, série A, n° 8.

Cour EDH., 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, série A, n° 6, *AFDI* 1968, p. 201, obs. R. PELLOUX ; *GACEDH*, n° 8, F. SUDRE.

Cour EDH., 21 février 1975, *GOLDER c. Royaume-Uni*, série A n° 18. *AFDI* 1975, p. 330, obs. R. PELLOUX ; *GACEDH*, n° 25, comm. A. GOUTTENOIRE.

Cour EDH., 8 juin 1976, *ENGEL et AL. c. Pays Bas*, série A, n ° 22, *GACEDH*, n° 4, F. SUDRE.

Cour EDH., 7 décembre 1976, *HANDYSIDE c. Royaume-Uni*, série A, n° 24, *JDI* 1977, p. 706, obs. P. ROLLAND ; *GACEDH*, n° 7, F. SUDRE.

Cour EDH., 18 janvier 1978, *Irlande* c. Royaume-Uni, série A, n° 25.

Cour EDH., 25 avril 1978, *TYRER c. Royaume-Uni*, série A, n° 26, *AFDI* 1978, p. 400, obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1979, p. 471, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1980, p. 457, obs. P. ROLLAND.

Cour EDH., 28 juin 1978, *KONIG c. RFA*, série A, n° 27.

Cour EDH., 13 juin 1979, *MARCKX c. Belgique*, série A, n° 31, *GACEDH*, n° 48, comm. A. GOUTTENOIRE ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. PELLOUX ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. ROLLAND ; *RBDI* 1980, pp. 53-81, M. BOSSUYT ; *CDE* 1980, p. 473, obs. G. COHEN-JONATHAN.

Cour EDH., 9 octobre 1979, *AIREY c. Irlande*, série A, n° 32, *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. ROLLAND ; *GACEDH*, n° 2, comm. F. SUDRE.

Cour EDH., 13 août 1981, *YOUNG, JAMES et WEBSTER*, série A, n° 44, *AFDI*, 1982, p. 499, obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1982, p. 226, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 220, obs. P. ROLLAND.

Cour EDH., 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, série A, n° 91, *CDE* 1988, p. 462, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *RSC* 1985, p. 629, obs. L.-E. PETTITI ; *JDI* 1986, p. 1082, obs. P. ROLLAND.

Cour EDH., 8 juillet 1986, *LINGENS c. Autriche*, série A, n° 103.

Cour EDH., 17 octobre 1986, *REES c. Royaume-Uni*, série A, n° 106, *JDI* 1987 p. 796, obs. P. ROLLAND.

Cour EDH., 24 novembre 1986, *GILLOW c. Royaume-Uni*, série A, n° 109.

Cour EDH., 18 décembre 1987, *F. c. Suisse*, série A, n°128, *JDI* 1988, p. 892, obs. P. TAVERNIER.

Cour EDH., 24 mars 1988, *OLSSON c. Suède*, série A, n° 130.

Cour EDH., 26 mai 1988, *PAUWELS c. Belgique*, série A, n° 135.

Cour EDH., 21 juin 1988, *PLATTFORM « arzte fur das leben »*, série A, n° 139.

Cour EDH., 21 février 1990, *POWELL et RAYNER c. Royaume-Uni*, série A, n° 172, *RTDH* 1991, p. 241, obs. J.-F. FLAUSS ; *JDI* 1991, p. 774, obs. P. TAVERNIER.

Cour EDH., 29 novembre 1991, *VERMEIRE c. Belgique*, série A, n° 214-C, *RTDH* 1992, p. 211, obs. F. RIGAUX.

Cour EDH., 25 mars 1992, *B. c. France*, série A, n° 232-C, *D.* 1992, p. 325, obs. J-. F RENUCCI ; *JCP* 1992, 2, éd. G, II, 21955, T. GARE ; *RTD civ.* 1992, p. 540, J. HAUSER ; *D.* 1993, p. 101, J.-P. MARGUÉNAUD *; JCP* 1993, éd. G, I, p. 3654, n° 19, F. SUDRE ; *JDI* 1993, p. 720, P. TAVERNIER.

Cour EDH., 25 mai 1993, *KOKKINAKIS c. Grèce*, série A, n° 260-A, *RTDH* 1994, p. 137, F. RIGAUX ; *AJDA* 1994, p. 31, obs. J.-F. FLAUSS ; *JCP* 1994, éd. G, I, p. 3742, n° 32, obs. F. SUDRE.

Cour EDH., 24 février 1994, *CASADO COCA c. Espagne*, série A, n° 285-A, *RTDH* 1995, p. 69, obs. M.-A. HALPERIN ; *JCP* 1995, éd. G, I, 3823, n° 44, obs. F. SUDRE.

Cour EDH., 26 mai 1994, *KEEGAN c. Irlande*, série A, n° 290, *JCP* 1995, éd. G, I, 3823, n° 32, obs. F. SUDRE ; *JDI* 1995, p. 764, P. TAVERNIER.

Cour EDH., 20 septembre 1994, *OTTO-PREMINGER-INSTITUT c. Autriche*, série A n° 295-A.

Cour EDH., 23 septembre 1994, *HOKKANEN c. Finlande*, série A, n° 299-A, *JCP* 1995, éd. G, I, 3823, n° 32, F. SUDRE ; *RTD civ*. 1995, p. 347, obs. J. HAUSER.

Cour EDH., 23 septembre 1994, *JERSILD c. Danemark*, série A, n° 298, *JCP* 1995, I, 3823, n° 36, F. SUDRE ; RUDH 1995, p. 1, G. COHEN-JONATHAN.

Cour EDH., 9 décembre 1994, *LOPEZ OSTRA c. Espagne*, série A, n° 303-C, *RTD civ.* 1996, p. 507, obs. J-P. MARGUÉNAUD ; *JDI* 1995, p. 798, P. TAVERNIER.

Cour EDH., 23 mars 1995, *LOIZIDOU c. Turquie*, série A, n° 310, *JCP* 1996, éd. G, I, 3910, n° 4, F. SUDRE ; *AJDA* 1996, p. 385, obs. J.-F. FLAUSS ; *JDI* 1997, p. 273, P. TAVERNIER ; *RTDH* 1998, p. 102, J. COT ; *JCP* 1996, I, 3910, n° 4, SUDRE.

Cour EDH., 27 mars 1996, *GOODWIN c. Royaume-Uni*, req. n° 17488/90, *RTD civ.* 1996, p. 1026, J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTDH* 1996, p. 433, P. de FONTBRESSIN.

Cour EDH., 25 avril 1996, *GUSTAFSSON c. Suède*, req. n° 15573/89 *JCP* 1997, éd. G, I, 4000, n° 40, F. SUDRE ; *D.* 1997, p. 363, J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY.

Cour EDH., 25 septembre 1996, *BUCKLEY c. Royaume-Uni*, req. n° 20348/92, *RTDH* 1997, p. 47, O de SCHUTTER.

Cour EDH., 15 novembre 1996, *AHMET SADIK c. Grèce*, req. n° 18877/91, *RUDH* 1991, p. 12, F. SUDRE ; *AJDA* 1997, p. 977, J.-F. FLAUSS.

Cour EDH., 25 février 1997, *Z. c. Finlande*, n° 22009/93.

Cour EDH., 24 février 1998, *BOTTA c. Italie*, req. n° 21439/93, *RTDC* 1999, p. 498, J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTDH*, 1999, p. 595, B. MAURER.

Cour EDH., 23 septembre 1998, *A. c. Royaume-Uni*, req. n° 25599/94, *JCP* 1999 éd. G, I, 105, n° 11, F. SUDRE.

Cour EDH., Gde Ch., 28 octobre 1998, *OSMAN c. Royaume-Uni*, req. n° 23452/94, *JDI* 1999, p. 269, P. TAVERNIER ; *JCP* 1999, éd. G, I, 105, n° 8, F. SUDRE ; *GACEDH*, n° 11, comm. M. LEVINET.

Cour EDH., Gde Ch., 29 avril 1999, *CHASSAGNOU c. France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, *RTDH*, 1999, p. 901, obs. P. FLORES et M. FLORES-LONJOU ; *RTD civ.* 1999, p. 913, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *GACEDH*, n°66, comm. J.-P. MARGUÉNAUD.

Cour EDH., 29 février 2000, *FUENTES BOBO c. Espagne*, req. n° 39293/98, *D.* 2001, p. 574, J. MOULY et J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2001, éd. G, I, 291, n° 38, obs. F. SUDRE.

Cour EDH., Gde Ch., 13 juillet 2000, *SCOZZARI et GIUNTA*, req. n° 39221/98 et 41963/98.

Cour EDH., 18 janvier 2001, *CHAPMAN c. Royaume-Uni*, req. n° 27238/95, *RTD civ.* 2001, p. 448, obs. J-.P. MARGUÉNAUD ; *RTDH* 2001, p. 887, obs. F. SUDRE ; *GACEDH* n° 45, comm. J.-P. MARGUÉNAUD.

Cour EDH., 28 juin 2001, *VGT VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN c. Suisse*, req. n° 24699/94, *RTDH* 2002, p. 1035, obs. P.-F. DOCQUIR.

Cour EDH., 31 juillet 2001, *Affaire de la dissolution du REFAH PARTISI et autres c. Turquie*, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, *RTDH* 2002, p. 983, obs. S. SOTTIAUX et D. de PRINS ; *JCP* 2002, éd. G, I, 105, n° 16, obs. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2001, p. 979, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

Cour EDH., 2 octobre 2001, *PICHON et SAJOU c. France*, req. n° 49853/99, *JCP* 2002, éd. E, p. 1149.

Cour EDH., 29 avril 2002, *PRETTY c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, *RTDH* 2003, p. 71, obs. O. de SCHUTTER ; *JCP* 2002, éd. G, I, 157, n° 3 et 13, F. SUDRE ; RTD civ. 2002, p. 858, obs. J.-M ; MARGUÉNAUD ; *Répertoire Defrénois* 2002, p. 1131, obs. P. MALAURIE ; *GACEDH*, n° 43, comm. J.-P. MARGUÉNAUD.

Cour EDH., Gde Ch., 11 juillet 2002, *GOODWIN c. Royaume-Uni*, req. 28957/95, *RTD civ.* 2002, p. 862, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2003, éd. G, I, 109, n° 16 et 22, F. SUDRE *; RTDH* 2003, p. 1157, obs. P. WACHSMANN et A. MARIENBURG-WACHSMANN ; *GACEDH* n° 42, comm. M. LEVINET ; *Dr. Fam.* 2002, comm n° 133, p. 26, obs. A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2003, p. 2032, note A.-S CHAVENT-LECLERE ; *RTDH* 2005, p. 349, obs. A. CARILLON.

Cour EDH., 25 juillet 2002, *SOVTRANSAVTO HOLDING c. Ukraine*, req. n° 48553/99, JCP 2003, éd. G, I, 109, n° 24, F. SUDRE.

Cour EDH., Gde Ch., 24 octobre 2002, *MASTROMATTEO c. Italie*, req. n° 37703/97, JCP 2003, éd. G, I, 109, n°1, F. SUDRE.

Cour EDH., 7 novembre 2002, *MADSEN c. Danemark*, *JCP* 2004, éd. E, n° 334, p. 373, obs. J. RAYNAUD.

Cour EDH., 13 février 2003, *ODIEVRE c. France*, req. n° 42326/98, *JCP* 2003, éd. G, I, 120, P. MALAURIE ; *JCP* 2003, éd. G, II, 10049, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *RTD civ.* 2003, p. 276, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2003, p. 375, J.-P. MARGUÉNAUD ; *GACEDH*, n° 39, comm. J.-P. MARGUÉNAUD*RTDH* 2004, p. 405, obs. V. BONNET.

Cour EDH., Gde Ch., 13 février 2003, *REFAH PARTISI et autres c. Turquie*, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 ; *JCP* 2003, éd. G, I, 160, n° 15, F. SUDRE ; *AJDA* 2003, p. 609, obs. J.-F. FLAUSS ; *GACEDH*, n° 54, comm. M. LEVINET.

Cour EDH., 12 juin 2003, *VAN KUCK c. Allemagne*, req. n° 35968/97, *RTD civ.* 2004, p. 361, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RDC* 1er juillet 2004, n° 3, p. 788, obs. A. DEBET.

Cour EDH., Gde Ch., 8 juillet 2003, *HATTON c. Royaume-Uni*, req. n° 36022/97, *JCP* 2004, éd. G, I, 107, n° 14, F. SUDRE ; *RTD civ.* 2003, p. 760, J.-P. MARGUÉNAUD.

Cour EDH, 24 juillet 2003, *KARNER c. Autriche*, req. n° 40016/98, *RTD civ.* 2003, p. 764, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RDC* 2004, p. 785, A. DEBET ; *JCP* 2004, I, 107, n° 18, F. SUDRE ; *RTDH* 2005, p. 663, P. FRUMER.

Cour EDH, Gde Ch., 17 février 2004, *MAESTRI c. Italie*, req. n° 39748/98.

Cour EDH., 22 juin 2004, *BRONIOWSKI c. Pologne*, req. n° 31443/96, *RTDH* 2005, p. 203, obs. E. LAMBERT-ABDELGAWAD ; *JDI* 2005, p. 544, P. TAVERNIER.

Cour EDH, 22 juin 2004, *PINI, BERTANI, MANERA et ATRIPALDI c. Roumanie*, req. n° 78028 et 78030/01, *D.* 2004, p. 3026, J.-F. RENUCCI et I. BERRO-LEFEVRE ; *JCP* 2004, I, 161, n° 7 et 9, obs. F. SUDRE.

Cour EDH., 24 juin 2004, *VAN HANNOVER c. Allemagne*, req. n° 59320/00, *RTD civ.* 2004, p. 802, J-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2004, éd. G, I, 161, n° 8, obs. F.SUDRE ; *D.* 2005, p. 340, J.-L. HALPERIN ; *GACEDH*, n° 40, comm. J.-P. MARGUÉNAUD.

Cour EDH., 13 juillet 2004 , *PLA ET PUNCERNAU c. Andorre*, *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. FLAUSS ; *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. SUDRE ; *JCP*, 2005, éd. G, II, 10052, note F. BOULANGER ; *D.* 2005, p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT ; *D.* 2005, p. 1064, obs. M. NICOD ; *RDC* 2005, p. 645., obs. J. ROCHFELD ; *Répertoire Defrénois* 2005, p. 1909, note P. MALAURIE.

Cour EDH., 18 novembre 2004, *PROKOPOVICH c. Russie*, req. n° no 58255/00.

Cour EDH., Gde Ch., 30 novembre 2004, *ONERYILDIZ c. Turquie*, req. n° 48939/99, *GACEDH*, n° 63, comm. J.-P. MARGUÉNAUD.

Cour EDH., Gde Ch., 4 février 2005, *MAMATKULOV et ASKAROV c. Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, *RTDH* 2005, p. 799, obs. P. FRUMER.

Cour EDH., 15 février 2005, *STEEL et MORRIS c. Royaume-Uni*, req. n° 68416/01, *JCP* 2005, éd. G, I, 159, F. SUDRE.

Cour EDH., 22 février 2005, *HUTTEN-CZAPSKA c. Pologne*, req. n° 35014/797.

Cour EDH., 16 juin 2005, *STORCK c. Allemagne*, req. n° 61603/00, *RTDH* 2006, p. 237, I. SOUMY.

Cour EDH., 26 juillet 2005, *SILIADIN c. France*, req. n° 73316/01, *JCP* 2005, éd. G, II, 10142, note F. SUDRE ; *D.* 2006, p. 346, D. ROETS ; *RTD civ.* 2005, p. 740, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA* 2005, p. 1890, obs. J.-F. FLAUSS ; *RSC* 2006, p. 139, obs. F. MASSIAS.

Cour EDH., 24 janvier 2006, *D.* 2006, p. 1720, obs. J.-F RENUCCI.

Cour EDH., Gde Ch., 1er mars 2006, *SEJDOVIC c. Italie*, req. n° 56581/00.

Cour EDH., 7 mars 2006, *EVANS c. Royaume-Uni*, Renvoyé devant Gde Ch., 10 avril 2007, *RTD civ.* 2006, p. 255, J.-P. MARGUÉNAUD ; *RDC* 1er octobre 2007, n° 4, p. 1321, C. NOIVILLE.

Cour EDH., 23 mai 2006, *GRANT c. Royaume-Uni*, req. n° 32570/03.

Cour EDH., Gde Ch., 19 juin 2006, *HUTTEN-CZAPSKA c. Pologne*, req. n° 35014/97, *AJDA* 2006, p. 1709 et 1717, obs. J.-F. FLAUSS.

Cour EDH., 3 mai 2007, *97 membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et 4 autres c. Géorgie*, req. n° 71156/01.

Cour EDH., 10 janvier 2008, *KEARNS c. France*, req. n° 35991/04, *RTD civ*. 2008, p. 252, J.-P. MARGUÉNAUD.

Cour EDH., 1er décembre 2009, *VELCEA et MAZARE* c. Roumanie, *RDC* juillet 2010, p. 981, J.-P. MARGUÉNAUD.

Cour de justice des communautés européennes

CJCE, 5 mars 1986, Ordonnance *WUNSCHE*, 69/85, Rec. p. 947.

CJCE, 11 juillet 1991, *VERHOLENE. A.*, aff. C-87, 88 et 89/90, Rec. I, p. 3757, concl. DARMON.

CJCE, 15 décembre 1995, *BOSMAN*, C-415/ 93.

Autres juridictions

Cour suprême du Canada, 30 juin 2004, *Syndicat NORTHCREST c. AMSELEM*.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

AMAR *158*
Arrêt de la Cour EDH
  autorité des arrêts
    autorité formelle 86
    de chose interprétée 245
    de chose jugée 244
    réelle 87
  caractères des arrêts
    déclaratoire 99
    limites 92, 100
    obligatoire 91
Arrêt pilote
  mise en oeuvre 94,
  technique 94

B

Bail 133, 136, 150
Baux commerciaux 150

C

Charte sociale européenne 8
Clause de mobilité 153
Clause de non concurrence 153, 156, 179, 228
Clause d'habitation personnelle 131, 133, 136
Contrat
  hiérarchie des normes 27
  modification, forçage 145

D

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen . 5, 13
Déclaration universelle des droits de l'homme 5
Discrimination 111
Droits fondamentaux
  approche chronologique 5
  approche formelle 7
  approche substantielle 10
  classification 5
  hiérarchie 35, 37, 38, 82
  hiérarchie des normes 26
  interprétation du contrat 13, 14
  notion 5
  substance 34

E

Effectivité 36
Effet direct 56
Effet horizontal
  définition 50, 52
  fondements 65
    article 1er de la Convention EDH 68
    théorie des obligations positives 66
Effet vertical 52
Epuisement des voies de recours internes .117, 118

H

Hiérarchie des normes 26, 27
  limites 32
HUTTEN CZAPSKA 98

I

Influence immédiate 103
Influence médiate 48
Interprétation
  compétences 15
  conforme 105
  méthodes 16, 17, 18
  modification 20, 40
    sur la forme 179
    sur le fond 199

L

Liberté contractuelle 30
limites 31
valeur 30
Liberté d'expression 168

M

Marge d'appréciation 253
MEL YEDEI 133

N

Nullité absolue de la clause 150

O

Obligation positive
reconnaissance 202
Ordre public
articulation 186
européen 184
interne 183

P

PLA et PUNCERNAU *110*
Proportionnalité
principe 72
privatisée 75, 76,
verticale 74

Q

Question prioritaire de constitutionnalité 341

R

Réexamen 255
Relevé d'office
règles générales 190
règles pour l'interprétation 191
Renonciation 317
appréciation 321
conditions 320
identification 319
limites 327
Renvoi préjudiciel
caractères 277
définition 276
mise en oeuvre 284
portée 280
procédure 279
Responsabilité étatique
abstention de l'Etat 62
action de l'Etat 58, 59
Restitutio in integrum 272

S

SPILEERS *153*
Subsidiarité (principe de)
en droit 118
en fait 121

T

Tierce intervention 229

V

Vie privée 108, 131, 134, 153, 204

Z

ZELINE 136

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE 1

I. La lecture du contrat au travers du prisme des droits fondamentaux 3
1. Les droits fondamentaux 3
2. Le contrat 9
3. Les droits fondamentaux et le contrat 10
II. La rencontre du contrat et des droits fondamentaux 20
1. Hypothèse du conflit de normes 22
2. Hypothèse du conflit de substances 31

PARTIE 1. L'INFLUENCE SENSIBLE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT 38

TITRE 1. UNE INFLUENCE DICTÉE PAR LE JUGE EUROPEEN 41

CHAPITRE 1. L'INFLUENCE MÉDIATE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR L'INTERPRÉTATION 43

SECTION 1. LA DÉTERMINATION DE L'EFFET HORIZONTAL 44
§ 1. La définition de l'effet horizontal 45
I. L'extension du champ d'application de la Convention EDH 46
A. Une admission suggérée par la Cour EDH 47
B. Une admission accueillie par la doctrine 48
1. Une admission parfois crainte 48
2. Une admission souvent approuvée 49
II. L'extension de la responsabilité étatique 51
A. L'action de l'État engageant sa responsabilité 51
B. L'inaction de l'État engageant sa responsabilité 53
1. Les paramètres de l'inaction 53
2. La portée de l'inaction sur le contrat et son interprétation 54
§ 2. L'assise de l'effet horizontal 55
I. Le recours du juge à la théorie des obligations positives 56
II. Le recours du juge à l'article 1er de la Convention EDH 58

SECTION 2. LA MISE EN ŒUVRE DE L'EFFET HORIZONTAL 61
§ 1. L'extension du principe de proportionnalité 61
I. La constatation de l'extension 62
A. La dissimulation de la *« proportionnalité privatisée »* 64
B. La démonstration de la *« proportionnalité privatisée »* 67
II. L'appréciation de l'extension 69
A. Le degré d'extension de la proportionnalité 69
B. La hiérarchie des droits fondamentaux 71
§ 2. L'extension de l'autorité des arrêts 72
I. La remise en cause de l'autorité de l'arrêt 73
A. L'autorité formelle 73
B. L'autorité réelle 74
II. La remise en cause des caractères de l'arrêt 76

A. Le caractère obligatoire nuancé 76
1. L'accroissement de la portée de la décision 77
2. La technique de l'arrêt pilote 78
a). L'influence de l'arrêt pilote sur l'interprétation du contrat 79
b) La progression de l'influence 81
B. Le caractère déclaratoire nuancé 84

CONCLUSION CHAPITRE 1 87

CHAPITRE 2. L'INFLUENCE IMMÉDIATE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR L'INTERPRÉTATION 89

SECTION 1. LES MANIFESTATIONS DE L'INFLUENCE 90
§ 1. L'appréciation directe de l'interprétation interne 90
I. Les juridictions internes confortées 91
II. Les juridictions internes condamnées 92
§ 2. La substitution directe de l'interprétation interne 94
SECTION 2. LA PORTEE DE L'INFLUENCE IMMEDIATE 98
§ 1. L'enrichissement des pouvoirs du juge européen 98
I. Les hypothèses d'intervention du juge dans l'interprétation 98
II. Les pouvoirs conséquents du juge 99
§ 2. La violation du principe de subsidiarité 100
I. La subsidiarité en droit 101
II. La subsidiarité en fait 103

CONCLUSION CHAPITRE 2 105
CONCLUSION TITRE 1 107

TITRE 2. UNE INFLUENCE RÉCEPTIONNÉE PAR LE JUGE INTERNE 108

CHAPITRE 1. L'OBSERVATION D'UNE RÉCEPTION ACCUEILLANTE DE L'INFLUENCE 110

SECTION 1. LA PRIMAUTE COURANTE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LE CONTRAT 111
§ 1. Une primauté nuancée 111
I. Le respect des droits fondamentaux et le maintien du contrat préservés 111
A. Une jurisprudence discrète 112
1. L'articulation encouragée entre les intérêts du propriétaire et du locataire dans l'affaire MEL YEDEI 113
2. L'articulation encouragée entre les intérêts de deux colocataires dans l'affaire ZELINE 115
B. La recherche d'une nullité partielle de la clause litigieuse 117
II. La portée limitée de l'articulation des intérêts en jeu 118
A. L'attitude évasive du juge 119
B. La modification inéluctable du contrat 121
§ 2. Une primauté péremptoire 122
I. Une primauté affirmée 123
A. La supériorité des droits fondamentaux sur le contrat de bail commercial 123
B. Une supériorité étonnante 124
II. Une primauté parfois justifiée par la proportionnalité 127

SECTION 2. L'INFERIORITE EXCEPTIONNELLE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LE CONTRAT 132
§ 1. L'infériorité constatée 132
§ 2. L'infériorité dépréciée 136
I. La méfiance récurrente du juge à l'égard de la religion 137
A. Une approche méfiante de la France 138
B. Une approche plus nuancée dans d'autres systèmes juridiques 141
II. L'identification de la méfiance dans la décision 144
A. L'exigence révélatrice de la présence d'une clause contractuelle 144
1. Le flou caractérisant l'exigence 144
2. Une exigence irrégulière à travers la jurisprudence 146
B. L'absence de justification de la solution 147

CONCLUSION CHAPITRE 1 151

CHAPITRE 2. LE BILAN D'UNE RÉCEPTION ACCUEILLANTE DE L'INFLUENCE 153

SECTION 1. LA MODIFICATION DE L'INTERPRETATION SUR LA FORME 154
§ 1 : L'évolution des règles de l'ordre public guidant l'interprétation 154
I. Le constat de l'évolution 155
II. L'expression de l'évolution 158
A. L'ordre public interne 159
B. L'ordre public européen 161
§ 2 : L'articulation des règles de l'ordre public guidant l'interprétation 162
I. L'interprétation aboutissant à la prévalence de l'ordre public européen sur les règles de l'ordre public interne de l'interprétation 162
II. La nuance envisagée par la question du relevé d'office 163
A. Les règles du relevé d'office en général 165
B. Les règles du relevé d'office des droits fondamentaux 166
1. L'obligation de soulever un moyen de pur droit dans l'interprétation 168
2. La question délicate du moyen mélangé de fait et de droit 170

SECTION 2. LA MODIFICATION DE L'INTERPRETATION SUR LE FOND 173
§ 1. La réticence à la reconnaissance d'une obligation positive 174
§ 2. L'évidence de l'existence d'une obligation positive 176
I. La modification du contrat génératrice d'une obligation positive à la charge des contractants 176
II. La justification de la déduction par analogie 180

CONCLUSION CHAPITRE 2 182
CONCLUSION TITRE 2 184

CONCLUSION PARTIE 1 185

PARTIE 2. L'INFLUENCE PERFECTIBLE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT 187

TITRE 1. LA NÉCESSITÉ D'UNE VALORISATION DES CONTRACTANTS 190

CHAPITRE 1. L'ADAPTATION DE LA DÉCISION EUROPÉENNE D'INTERPRÉTATION 191

SECTION 1. LA CONSIDÉRATION DES INTÉRÊTS EFFECTIVEMENT EN CONFLIT 192
§ 1. L'inspiration doctrinale 193
I. L'État fautif 195
II. L'individu fautif 196
§ 2. L'inspiration légale 198

SECTION 2. LA CONSIDÉRATION DES PARTIES EFFECTIVEMENT EN CONFLIT 200
§ 1. L'existence de la tierce intervention en général 202
§ 2. L'intérêt de la tierce intervention dans l'interprétation 204

CONCLUSION CHAPITRE 1 207

CHAPITRE 2. L'EFFECTIVITÉ DE LA DÉCISION EUROPÉENNE D'INTERPRÉTATION 209

SECTION 1. LA MESURE DE L'EFFECTIVITÉ 211
§ 1.Une effectivité freinée 211
I. Une effectivité contrainte *a priori* par l'autorité de chose jugée du droit interne 211
II. Une effectivité dépassée *a posteriori* par le juge européen 212
§ 2. Une effectivité envisagée 213
I. Les arguments déduits de l'action du juge européen 213
II. Les arguments développés au niveau interne 215
A. Les arguments posés par le droit 215
B. Les arguments avancés par la doctrine 217

SECTION 2. LA PORTÉE DE L'EFFECTIVITE 220
§ 1. L'interprétation du fait d'un dysfonctionnement ponctuel 222
§ 2. L'interprétation du fait d'un dysfonctionnement structurel 224

CONCLUSION CHAPITRE 2 227
CONCLUSION DU TITRE 1 228

TITRE 2. LA NÉCESSITÉ D'UNE AMÉLIORATION DU PROCESSUS DÉCISIONNEL 230

CHAPITRE 1. LA RECONNAISSANCE ENCOURAGÉE DU RENVOI PRÉJUDICIEL 232

SECTION 1. L'UTILITÉ DE LA MISE EN ŒUVRE DU RENVOI PRÉJUDICIEL 234
§ 1. Le sens du renvoi préjudiciel en général 234
I. Le sens de la technique du renvoi préjudiciel 234
A. La définition du renvoi préjudiciel 234
B. Les caractères du renvoi préjudiciel 235
II. La mise en œuvre de la technique du renvoi préjudiciel 236
A. La procédure du renvoi préjudiciel 236
B. La portée du renvoi préjudiciel 237
§ 2. L'utilité du renvoi préjudiciel à l'égard de la Cour EDH 238
I. L'accroissement quantitatif de la jurisprudence interne 238
II. L'accroissement qualitatif de la jurisprudence interne 239

SECTION 2. LA DIFFICULTÉ DE LA MISE EN ŒUVRE DU RENVOI PRÉJUDICIEL 241
§ 1. La prospection générale 241
§ 2. La prospection spécifique au cas de l'interprétation 243
I. Les éléments simples de la prospection 243
II. Les éléments délicats de la prospection 245
A. La dichotomie entre les juges du fond et la Cour de cassation dépassée ? 245
B. La valorisation de la Cour de cassation acceptée ? 247
1. Les hypothèses de mise en œuvre 247
a. Les limites de la mise en œuvre 247
b. Les caractéristiques de la mise en œuvre 248
2. Les pistes de réflexion engagées 249

CONCLUSION CHAPITRE 1 251

CHAPITRE 2. LA CONSOLIDATION SUGGÉRÉE DES RÈGLES PORTANT SUR LA QUESTION DE L'INTERPRÉTATION 253

SECTION 1. L'IMPÉRATIVITÉ DES RÈGLES DU CODE CIVIL SUGGÉRÉE 255
§ 1. Réflexion autour de la mise en œuvre de l'impérativité 255
I. La force des règles de l'interprétation contestée 256
A. La qualité de conseils des règles de l'interprétation 256
B. Un caractère facteur d'irrégularité de la jurisprudence 257
II. La force des règles de l'interprétation modifiée 258
§ 2. Réflexion autour de la portée de l'impérativité 259
I. Une recherche distinguée de la volonté 260
A. L'importance de la recherche de la volonté pour la détermination du sens d'une clause 260
B. La nuance quant à la recherche de la volonté pour la détermination du contenu du contrat 261
II. Une recherche unifiée de la volonté 262

SECTION 2. L'INTÉRÊT POUR LA RENONCIATION ENCOURAGÉ 264
§ 1. L'encadrement de la renonciation 265
I. L'identification de la renonciation 265
II. Les conditions de la renonciation 267
§ 2. L'appréciation de la renonciation 268
I. L'anticipation permise par le contrat 270
A. Le comportement déterminant du contractant 270
1. La renonciation niée 270
2. La renonciation assumée 272
B. Les limites de la renonciation 272
II. L'anticipation impossible par le contrat 274

CONCLUSION CHAPITRE 2 277
CONCLUSION TITRE 2 280

CONCLUSION PARTIE 2 282

CONCLUSION GÉNÉRALE 284

BIBLIOGRAPHIE 292
INDEX ALPHABÉTIQUE 327
TABLE DES MATIÈRES 329