



HAL
open science

La constitutionnalisation de la liberté contractuelle

Aurélie Duffy-Meunier

► **To cite this version:**

Aurélie Duffy-Meunier. La constitutionnalisation de la liberté contractuelle. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2006, n° 6, pp. 1569-1600. hal-02611626

HAL Id: hal-02611626

<https://amu.hal.science/hal-02611626v1>

Submitted on 7 Apr 2022

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.

La constitutionnalisation de la liberté contractuelle

Aurélié Duffy

ATER à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence,
Centre Louis Favoreu GERJC (CNRS UMR 6201)

En 1982, le Doyen Favoreu constatait l'influence de la jurisprudence constitutionnelle sur l'ensemble des branches du droit. Bien que moins manifeste qu'en droit public, l'apport du droit constitutionnel au droit privé et notamment au droit civil était, même à l'époque, une certitude². Cependant si la constitutionnalisation des diverses branches du droit³, y compris du droit civil est désormais incontestable⁴, le droit des obligations et, plus particulièrement, la liberté contractuelle semblait avoir échappé à ce phénomène.

Ce principe essentiel en droit civil des obligations n'est mentionné expressément dans aucun texte. Toutefois, la liberté contractuelle peut être déduite du Code civil et notamment des articles 1123 et 6 d'une lecture a contrario⁵. Ils prévoient respectivement que « Toute personne peut contracter, si elle n'en a pas été déclarée incapable par la loi » et qu'« On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs ». Pour beaucoup d'auteurs⁶, la liberté contractuelle procède de l'autonomie de la volonté, principe qui n'est pas non plus prévu par les textes. Cette notion, parfois contestée⁷, fait reposer l'obligation contractuelle sur la volonté exclusive des parties⁸. La liberté contractuelle correspond alors à la liberté de contracter avec le cocontractant de son choix et de déterminer librement le contenu du contrat. La difficulté à trouver une référence textuelle explicite à la liberté contractuelle se rencontre également au niveau constitutionnel. Cette absence de fondement constitutionnel exprès a ainsi pu justifier la réticence du Conseil constitutionnel à consacrer la liberté contractuelle⁹.

Le juge constitutionnel a, tout d'abord, refusé de reconnaître la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle¹⁰ et de l'autonomie de la volonté¹¹, les qualifiant de principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales¹². La protection accordée à la liberté contractuelle était donc législative et non pas constitutionnelle¹³. L'explication de ce refus par le défaut de disposition constitutionnelle garantissant la liberté contractuelle peut, toutefois, être contestée. Les principes de continuité des services publics et la liberté d'entreprendre ont, en effet, été consacrés alors qu'aucun élément du bloc de constitutionnalité ne les mentionnait expressément¹⁴. Dans ce cas, pourquoi en serait-il autrement de la liberté contractuelle ?

La position du Conseil peut s'expliquer, selon le Professeur Rousseau, par l'existence de fréquentes limitations législatives en la matière¹⁵. Le principe de liberté, censé être « l'âme du contrat »¹⁶, est aménagé de façon croissante par le législateur, ce qui provoque un recul de la liberté contractuelle¹⁷. Cette dernière apparaît comme une liberté très encadrée, qui se réduit comme « peau de chagrin »¹⁸. Ainsi, M. Broussolle de remarquer que « si le principe de la liberté contractuelle est d'une importance fondamentale sur le plan théorique, la réalité économique et juridique tend à en réduire considérablement la portée »¹⁹. La liberté contractuelle était-elle si limitée qu'elle ne méritait pas d'être classée au rang de liberté fondamentale ? L'explication semble tourner en rond. La liberté contractuelle ne peut être consacrée constitutionnellement car elle fait l'objet de trop nombreuses restrictions législatives qui sont, elles-mêmes, favorisées par l'absence de valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle. La boucle est bouclée. Cependant, le raisonnement présente une faille. Une liberté reconnue au niveau constitutionnel n'est ni générale ni absolue et peut donc être limitée par le législateur. L'existence d'aménagements législatifs ne semble donc pas être un obstacle insurmontable à la reconnaissance, au niveau constitutionnel, de la liberté contractuelle. La solution adoptée par le juge constitutionnel reflète peut-être la crainte d'être trop souvent saisi sur le fondement d'atteintes à cette liberté.

Quoiqu'il en soit, ces explications ne semblent désormais plus d'actualité. La position du Conseil constitutionnel a progressivement évolué à la suite de la décision no 98-401 DC, Loi d'orientation et

d'incitation relative à la réduction du temps de travail²⁰. Une jurisprudence bienveillante succède ainsi à la réticence dont faisait preuve le juge constitutionnel à l'égard de la liberté contractuelle. Le Conseil a progressivement consacré cette liberté en reconnaissant, d'abord, le principe « d'économie des contrats et conventions légalement conclues » dans la décision no 98-401 DC. Par cette décision, le juge constitutionnel apporte à sa jurisprudence « un tempérament inédit »²¹ qui sera ultérieurement confirmé. En effet, le juge constitutionnel s'est par la suite référé à « la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »²². Cette consécration de la liberté contractuelle complète le phénomène de constitutionnalisation du droit privé et confère au droit des obligations une base constitutionnelle. Inversement, le droit privé des obligations pourrait lui-même être une source d'inspiration, plus matérielle, dans la détermination du contenu de la liberté contractuelle.

Dès lors, il s'agit d'apprécier dans quelle mesure la liberté contractuelle, telle qu'elle est appréhendée en droit privé, est aujourd'hui constitutionnellement garantie²³. Pour cela, il est, tout d'abord, indispensable de revenir sur la consécration progressive de la liberté contractuelle qui est désormais reconnue de façon autonome par le juge constitutionnel (I). Il convient, ensuite, de déterminer si, dans son contenu, la liberté consacrée par le Conseil tend à une certaine convergence avec la liberté contractuelle au sens privatiste (II). Enfin, la reconnaissance constitutionnelle de la liberté contractuelle n'a d'intérêt que si cette dernière est effectivement protégée, il apparaît alors opportun d'évaluer l'efficacité de la garantie constitutionnelle de la liberté contractuelle (III).

I. UNE CONSÉCRATION AUTONOME DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

En France, la Constitution est muette quant au principe de liberté contractuelle contrairement aux États-Unis où la Section 10 de la Constitution interdit aux États d'adopter des lois rétroactives ou portant atteinte aux obligations résultant des contrats²⁴. Le Conseil constitutionnel a été plus que réticent en la matière puisqu'il a, à deux reprises, refusé de consacrer constitutionnellement la liberté contractuelle. Cette dernière était donc protégée indirectement et bénéficiait de la consécration constitutionnelle d'autres libertés²⁵ (A). Néanmoins, et cette évolution est d'autant plus notable que le juge constitutionnel avait témoigné d'une défiance à toute épreuve, le Conseil a, par la suite, rattaché partiellement, puis intégralement, la liberté contractuelle à l'article 4 et à l'article 16 de la Déclaration de 1789. Il s'est également référé à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 pour consacrer un aspect de la liberté contractuelle dans le cadre plus spécifique des conventions collectives (B).

A. D'une reconnaissance implicite à travers d'autres droits fondamentaux...

La liberté contractuelle, ou du moins certains de ses aspects, a tout d'abord été protégée à travers la garantie accordée à d'autres droits et libertés. Si cette reconnaissance incidente n'était, à l'origine, pas clairement formulée, la Haute instance a finalement affirmé de manière explicite que la méconnaissance de la liberté contractuelle ne pouvait être invoquée que dans l'hypothèse où elle affecterait d'autres droits et libertés constitutionnellement garantis.

Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a implicitement reconnu la liberté contractuelle dans la mesure où elle constituait un aspect d'autres droits et libertés déjà constitutionnalisés. Elle était, de ce fait, protégée indirectement lorsque le Conseil garantissait des principes de valeur constitutionnelle²⁶ tels que la liberté de mariage²⁷, le droit de propriété²⁸, la liberté d'entreprendre²⁹, la liberté d'association³⁰, la liberté d'enseignement³¹ ou la libre administration des collectivités territoriales³².

La protection particulière accordée à la liberté du mariage depuis la décision no 93-325 DC, Maîtrise de l'immigration³³ et récemment confirmée par la décision no 2003-484 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité³⁴ illustre bien cette garantie implicite. Ainsi, lorsque le juge constitutionnel censure des dispositions législatives sur le fondement de la liberté du mariage, il garantit incidemment la liberté de s'engager dans un certain type de contrat : le contrat de mariage. Cette protection indirecte apparaît de façon plus évidente dans les décisions no 88-244 DC, Loi portant amnistie³⁵ et no 92-316 DC, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques³⁶ qui concernent la liberté d'entreprendre.

Le juge constitutionnel a, dans la première décision, répondu au moyen tiré de la violation de la liberté de

contracter en se fondant sur la liberté d'entreprendre³⁷. Le terrain plus connu de la liberté d'entreprendre, dont la valeur constitutionnelle avait été reconnue en 1982³⁸, a donc été préféré à celui de la liberté contractuelle pour invalider la disposition législative en cause. Le Conseil, opérant une substitution des moyens, a ainsi garanti la liberté contractuelle de façon indirecte à travers la liberté d'entreprendre.

De même, dans la décision no 92-316 DC, le Conseil a rejeté deux moyens relatifs à la violation de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre en ne répondant qu'aux griefs tirés de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre³⁹. Le fait d'éluder la question de l'atteinte à la liberté contractuelle souligne non seulement la réserve du juge constitutionnel à l'égard de cette liberté, mais également le fait que la liberté de contracter est indissociable de la liberté d'entreprendre⁴⁰.

Dès lors, la jurisprudence constitutionnelle ne reconnaissait qu'indirectement la liberté contractuelle à travers la garantie accordée à certains droits fondamentaux. Cette liberté n'était donc pas protégée de façon autonome et sa violation ne pouvait, de ce fait, être invoquée que lorsque certains droits ou libertés étaient en cause⁴¹. Ainsi, le Conseil constitutionnel a refusé d'invalider une disposition contestée sur le fondement de la liberté contractuelle, dès lors qu'elle ne portait pas atteinte à la capacité de négociation des partenaires sociaux⁴².

Finalement, le Conseil constitutionnel a clairement confirmé sa position, soutenant, tout d'abord, qu'« aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit la liberté contractuelle »⁴³ et déclarant, par la suite, que « le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle ; que sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis »⁴⁴. Cette solution s'impose après que les décisions no 94-358 DC, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire⁴⁵ et no 96-385 DC, Loi de finances pour 1997⁴⁶ aient pu laisser penser à une constitutionnalisation implicite de la liberté contractuelle⁴⁷. Le juge constitutionnel affirme ainsi, de façon explicite, que la liberté contractuelle ne fait pas partie des principes constitutionnels dont il doit assurer le respect. Selon les Professeurs Mathieu et Verpeaux, la liberté contractuelle constitue, dès lors, un « principe législatif-sentinelle » dont l'atteinte n'est sanctionnée que lorsqu'un principe de valeur constitutionnelle plus général se trouve méconnu⁴⁸. Toutefois, la jurisprudence ultérieure révèle une évolution du statut de la liberté contractuelle. Cette dernière a connu un « retour en faveur »⁴⁹ après un état de « disgrâce » puisqu'elle dispose aujourd'hui de fondements constitutionnels propres.

B. ... à une reconnaissance avérée aux fondements multiples

Le Conseil constitutionnel a identifié diverses dispositions pouvant servir de fondement à la liberté contractuelle. Le rattachement à l'article 4 de la Déclaration de 1789 s'est réalisé progressivement. Si cette disposition constitutionnelle n'est pas un fondement inattendu pour consacrer le principe de liberté contractuelle, le fait que le Conseil constitutionnel ait par la suite associé la protection des contrats légalement conclus à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen révèle que certaines facettes de cette liberté sont, en droit constitutionnel, liées à l'idée de garantie des droits et plus largement au principe de sécurité juridique. L'utilisation plus récente de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, lorsque des conventions collectives sont en cause, témoigne de l'approche désormais conciliante du Conseil. Ce dernier est maintenant disposé à découvrir de nouveaux fondements constitutionnels pour la liberté contractuelle.

1. Le rattachement à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

À l'occasion du contrôle de la loi sur la réduction du temps de travail, le juge constitutionnel a consacré la notion d'« économie des contrats et conventions légalement conclus » qu'il a déduit de la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789⁵⁰. Le Conseil a précisé, dans un considérant désormais récurrent⁵¹, que le législateur « ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». Cette formule qui, pour certains commentateurs⁵², est une allusion évidente à la liberté contractuelle, permet d'associer cette liberté à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁵³.

La décision no 98-401 DC n'a pourtant pas pour effet de constitutionnaliser la liberté contractuelle dans son intégralité. En effet, le Conseil ne mentionne pas la liberté contractuelle mais la « liberté » découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789⁵⁴. Néanmoins, la référence à la notion « d'économie des conventions et contrats légalement conclus » laisse logiquement penser que le principe de liberté contractuelle est en cause. Certains auteurs ont alors parlé d'une « quasi constitutionnalisation »⁵⁵ de cette liberté. D'autres ont considéré que cette décision permettait d'affirmer davantage la reconnaissance d'« une protection constitutionnelle du contrat »⁵⁶ que de la liberté contractuelle.

Cependant, après cette décision, les Professeurs Mathieu et Verpeaux soutenaient toujours que la liberté contractuelle n'était pas un principe constitutionnel mais un « principe sentinelle » de valeur législative dérivant de la « liberté en général »⁵⁷. La violation qui est sanctionnée par le juge constitutionnel ne résulte pas, selon eux, d'une méconnaissance de la liberté contractuelle mais de l'atteinte au principe de liberté prévu par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le Professeur Rousseau estimait, pour sa part, que « les doutes (...) sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, ne pouv[ai]ent que s'effacer »⁵⁸ à la suite de la décision no 99-423 DC, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail⁵⁹. Quelle que soit la position des auteurs quant à l'incidence de cette décision sur la valeur de la liberté contractuelle, sa portée est tout au moins claire en ce qui concerne le fondement de la protection de l'économie des conventions qui est désormais l'article 4 de la Déclaration de 1789. La garantie conférée par cette disposition constitutionnelle s'est par la suite étendue à la liberté contractuelle en tant que telle.

En effet, le Conseil constitutionnel a jugé, dans la décision no 2000-437 DC, Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001⁶⁰, que la disposition législative contestée⁶¹ n'« apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 une atteinte contraire à la Constitution ». Les neuf sages, qui ne s'étaient jusque-là référés à la liberté contractuelle que de manière implicite ou pour lui refuser toute valeur constitutionnelle, la consacrent de façon autonome⁶² sur le fondement de la Déclaration de 1789. Le Professeur Luchaire affirmait, bien avant cette décision, que la liberté contractuelle avait valeur constitutionnelle⁶³. La position adoptée dans cette décision corrobore donc l'opinion de cet auteur démentie en son temps par le Conseil constitutionnel. Pourtant, certains éléments pouvaient inciter à la prudence quant à la portée de cette décision.

Le Conseil ne s'est dans des décisions postérieures plus référé directement à la liberté contractuelle en la rattachant à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il a préféré réitérer son considérant traditionnel, contrôlant que le législateur ne porte pas « à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »⁶⁴. Ce silence s'explique sans doute par le fait que les affaires en cause concernaient davantage la protection des conventions en cours que la liberté de contracter. Pourtant, si le Conseil avait voulu renouveler la consécration de la liberté contractuelle, il aurait pu profiter de ces occasions pour confirmer ou infirmer la position qu'il avait adoptée dans la décision no 2000-437 DC.

Par ailleurs, certains commentateurs ont affirmé, après cette décision, que la liberté contractuelle n'avait toujours pas valeur constitutionnelle⁶⁵ ou que ce principe n'était constitutionnalisé qu'en ce qui concerne le respect des conventions en cours⁶⁶. Il semble étonnant que cette première référence à l'article 4 de la Déclaration de 1789 comme fondement explicite de la liberté contractuelle soit passée inaperçue. Malgré les observations de ces auteurs, qui laissent penser que la liberté contractuelle n'est toujours pas constitutionnellement consacrée, il est difficile de partager leur position.

Le Conseil, lors de l'examen de la loi de financement de la Sécurité sociale dans la décision no 2000-37 DC, n'a pas examiné si la disposition contestée portait atteinte au principe général de liberté, mais bien à la liberté contractuelle⁶⁷. De ce fait, si elle n'était qu'un principe législatif, le Conseil n'aurait pas, comme il l'a fait le 19 décembre 2000 vérifié que la loi ne méconnaissait pas la liberté contractuelle. Il aurait simplement examiné si la disposition ne portait pas atteinte au principe plus général de liberté protégé par l'article 4 de la Déclaration de 1789. Bien que le Conseil n'ait pas clairement affirmé que « la liberté contractuelle avait valeur constitutionnelle », il a directement fait découler cette liberté de l'article 4 de la Déclaration de 1789. La liberté contractuelle est donc, depuis la décision no 2000-437 DC⁶⁸, protégée au niveau constitutionnel sur le fondement de cette disposition de la Déclaration des droits de l'homme et du

citoyen⁶⁹.

La jurisprudence postérieure confirme cette solution et lève les doutes⁷⁰ qui pouvaient persister après la décision no 2000-437 DC. Dans les décisions no 2002-486 DC, Loi de financement de la Sécurité sociale⁷¹ et no 2004-487 DC, Loi portant décentralisation en matière de RMI et créant un RMA⁷² le Conseil constitutionnel a accepté d'examiner des griefs tirés de la violation de la liberté contractuelle sans pour autant revenir sur ses fondements. Par ailleurs, le juge constitutionnel a, dans la décision no 2004-497 DC, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle⁷³, vérifié que la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle ne méconnaissait pas la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle alors qu'aucune référence à la liberté contractuelle n'avait été faite dans la saisine des requérants. Un tel contrôle atteste donc du rang pleinement constitutionnel de la liberté contractuelle car le Conseil n'aurait pas pu examiner la loi en cause au regard d'un principe dénué d'une telle valeur⁷⁴. Plus récemment encore, dans la décision du 30 mars 2006, Loi sur l'égalité des chances, le juge constitutionnel a, pour la première fois, réitéré la formulation utilisée dans la décision no 2000-437 DC, en se référant « au principe de la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 »⁷⁵. Ce faisant, le juge constitutionnel a clairement confirmé la place de la liberté contractuelle au sein des libertés constitutionnellement garanties bien qu'il ait, en l'espèce, refusé que cette liberté ni « aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle » ne permette de subordonner « la faculté pour l'employeur de mettre fin au "contrat première embauche" (...) à l'obligation d'en énoncer préalablement les motifs ».

L'article 4 de la Déclaration de 1789, qui est une base constitutionnelle logique au regard du principe de liberté de contracter, est pourtant équivoque lorsqu'il s'agit de la protection de l'économie des contrats qui correspond davantage au principe de sécurité juridique⁷⁶. Le Conseil a éclairci cette ambiguïté en rattachant la protection des contrats légalement conclus à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

2. La référence à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

Le Conseil constitutionnel a finalement affirmé dans la décision no 2002-465 DC, Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi⁷⁷, puis dans la décision no 2004-490 DC, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française⁷⁸, que « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »⁷⁹. La protection des contrats légalement conclus se fonde ainsi sur les articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 qui consacrent, pour le premier, le principe de liberté et, pour le second, la garantie des droits et la séparation des pouvoirs. Le juge constitutionnel semble, dès lors, souligner que la protection des contrats légalement conclus, élément de la liberté contractuelle, découle non seulement du principe constitutionnel de liberté mais également du principe de sécurité juridique⁸⁰, qui n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle. En effet, la liberté contractuelle était, dans cette affaire, appréhendée sous l'angle de la sécurité juridique puisque l'article 2 de la loi déferée conférait, notamment, à certaines conventions en cours une portée qu'elles n'avaient pas lors de leur conclusion⁸¹. La référence à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est donc bienvenue dans la mesure où la Haute instance protège, en l'espèce, davantage « la stabilité des relations contractuelles »⁸² que la liberté de contracter. Cette disposition constitue, de ce fait, un fondement constitutionnel adapté au principe du respect des contrats légalement conclus. Elle complète la référence à l'article 4 de la Déclaration de 1789 et témoigne de la double facette de la liberté contractuelle qui oscille, entre liberté de contracter et garantie des conventions. C'est donc à travers la notion de garantie des droits, protégée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, que le Conseil constitutionnel semble avoir choisi de mettre en oeuvre un aspect du principe de sécurité juridique, dont la valeur constitutionnelle n'a pas encore été reconnue. La liberté contractuelle est ainsi l'occasion pour le juge constitutionnel de s'orienter vers une forme de reconnaissance du principe de sécurité juridique.

Le Conseil constitutionnel a finalement eu recours à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 afin de protéger la liberté contractuelle lorsque des conventions collectives sont en cause.

3. L'utilisation de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 dans le domaine des conventions collectives

L'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 a été, pour la première fois, rattaché explicitement à la liberté contractuelle et plus particulièrement à la protection des contrats légalement conclus dans la décision no 2002-465 DC⁸³. En l'espèce, le Conseil constitutionnel a affirmé que « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ». La référence à cette disposition, qui garantit la participation de tout travailleur, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises, est donc logique puisque l'article contesté affectait des conventions et des accords collectifs. Le juge constitutionnel, qui a consacré à partir du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 le principe de participation⁸⁴ et qui a progressivement développé un droit constitutionnel de la négociation collective⁸⁵, a donc étendu le champ d'application de cette disposition à la protection d'un aspect de la liberté contractuelle dans le cadre des conventions collectives.

Le Conseil a, par la suite, précisé sa position lors de l'examen de la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française⁸⁶. Il a, tout d'abord, admis que les lois du pays, qui sont pourtant des actes administratifs, pouvaient faire exception au principe général du droit⁸⁷ selon lequel un acte administratif ne peut pas affecter les contrats en cours. Cette dérogation, qui s'explique par la compétence étendue attribuée à la Polynésie, doit, selon le Conseil, être justifiée par un motif d'intérêt général suffisant⁸⁸. Ainsi, le juge constitutionnel a rappelé qu'une atteinte aux contrats légalement conclus devait être justifiée par un tel motif pour ne pas violer les articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789. Il s'est, ensuite, plus particulièrement référé aux conventions collectives et a estimé qu'en l'absence d'un motif d'intérêt général suffisant leur méconnaissance portait atteinte à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946⁸⁹. La démarche du juge constitutionnel rappelle celle qu'il avait adopté dans la décision no 98-401 DC en ne consacrant pas la liberté contractuelle en tant que telle, mais en reconnaissant le principe d'économie des contrats et conventions légalement conclus. Cet aspect de la liberté contractuelle est maintenant protégé sur le fondement d'une disposition constitutionnelle spécifique dans le cadre particulier des conventions collectives. L'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 ne garantit pas, pour l'instant, l'ensemble des facettes de la liberté contractuelle dans le domaine des conventions collectives, mais simplement le respect de ces conventions une fois qu'elles sont conclues. En effet, la référence à l'alinéa 8 ne s'imposait pas en l'espèce puisque la disposition examinée ne faisait aucune allusion aux conventions collectives. Les refus réitérés d'élever la liberté contractuelle au rang constitutionnel sous prétexte de l'absence de normes garantissant cette liberté semblent loin. Le Conseil est dorénavant plus enclin à préciser les fondements de la liberté contractuelle et, même, à les adapter à certains types de contrats.

Liberté et sécurité juridique constituent le socle constitutionnel sur lequel repose la liberté contractuelle. Les bases textuelles de cette liberté sont apparues par touches successives lors de la reconnaissance par le Conseil de certains de ses éléments. De plus les fondements de la liberté contractuelle se sont développés et spécialisés. En témoigne le rattachement du respect de l'économie des conventions collectives à l'alinéa 8 du Préambule de 1946. Cette approche graduelle caractérise également la consécration de la notion de liberté contractuelle. Ainsi, puisqu'il est question de la découverte par le juge constitutionnel d'un principe issu du droit privé, il convient, à présent, d'examiner les similitudes que peut présenter la conception constitutionnelle de la liberté contractuelle avec la notion privatiste.

II. UNE CONVERGENCE ENTRE NOTION PRIVATISTE ET APPROCHE CONSTITUTIONNELLE

Le principe de liberté contractuelle n'est pas explicitement proclamé par le Code civil mais peut être déduit des articles 1123 et 6 dudit Code. Il faut alors faire appel à la doctrine pour déterminer à quoi correspond exactement la notion de liberté contractuelle.

Cette liberté recouvre plusieurs aspects qui peuvent varier en fonction des auteurs⁹⁰. Elle implique généralement la liberté de contracter avec la personne de son choix⁹¹, ainsi que la libre détermination du

contenu du contrat⁹². Certains auteurs enrichissent cette définition par de nouveaux aspects tels que la liberté de choisir le type de contrat, de négocier avec le cocontractant pressenti, de s'engager par sa seule volonté ainsi que de faire se dérouler un contrat et d'y mettre fin⁹³. Pour d'autres auteurs, elle implique également la liberté de conclure des avenants⁹⁴ ou encore le respect par les tiers des stipulations prévues par le contrat⁹⁵. Ces éléments supplémentaires peuvent toutefois être regroupés au sein des aspects précédemment présentés car ils sont susceptibles d'être englobés sous les notions de liberté de contracter, de libre choix du cocontractant et de libre détermination du contenu du contrat.

En définitive, la liberté contractuelle correspond, en droit privé, à la liberté de s'engager dans une relation contractuelle, dont le contenu a été librement déterminé, avec le partenaire de son choix. Le Conseil constitutionnel se réfère-t-il, alors, à la liberté contractuelle au sens privatiste ou bien consacre-t-il un concept purement constitutionnel qui n'a emprunté au droit privé que son nom ?

En effet, selon le Professeur Chérot, « si le droit constitutionnel connaît les mêmes mots que le Code civil, il ne s'agit pas nécessairement des mêmes notions avec les mêmes fonctions dans le système juridique. [...] Les juridictions constitutionnelles travaillent à partir de notions constitutionnelles qu'il ne faut pas confondre avec celles du droit privé, surtout lorsque ces notions de droit constitutionnel et de droit privé ont un air de famille »⁹⁶. Quel est alors le contenu de la notion reconnue par le Conseil constitutionnel ?

Ce dernier n'a pas explicitement défini les éléments constitutifs de la liberté contractuelle, mais a toutefois reconnu certaines de ses composantes. Une tendance se dessine au regard de sa jurisprudence. Elle révèle que la liberté contractuelle s'organise, en droit constitutionnel, autour du respect de l'économie et du contenu des conventions (A) ainsi que de la liberté de contracter au sens large du terme (B). Ces éléments, protégés au niveau constitutionnel, peuvent, dans une certaine mesure, être rapprochés des composantes de la liberté contractuelle en droit privé.

A. La consécration du respect de l'économie et du contenu du contrat

Le concept d'économie des contrats et des conventions, qui a été consacré à plusieurs reprises par le juge constitutionnel⁹⁷, était déjà utilisé par la Cour de cassation⁹⁸. Cependant, les difficultés à appréhender cette notion conduisent le Doyen Mestre à souligner qu'elle tend à affecter l'impératif de sécurité contractuelle⁹⁹. Des auteurs ont, tout de même, tenté d'expliquer ce que signifiait la notion d'économie des contrats. Elle protège, selon certains, la « prévisibilité des contrats »¹⁰⁰ ou, pour d'autres, le « respect par les tiers au contrat (...) des stipulations prévues par le contrat »¹⁰¹. S'il est encore difficile de trouver une définition exacte de cette notion, le contexte dans lequel elle a été employée par le Conseil constitutionnel peut éclairer sa signification.

D'après la jurisprudence constitutionnelle, l'économie des contrats renvoie, en premier lieu, au contenu du contrat. En effet, le juge constitutionnel a eu recours à cette expression lors de l'examen de dispositions de la loi sur la réduction du temps de travail ayant des incidences sur les contrats de travail et les accords collectifs¹⁰². Le Conseil a, par ailleurs, utilisé cette formule lorsque le législateur prévoyait que le juge pouvait, dans certains cas, imposer de nouvelles obligations aux contractants ou, encore, lorsqu'une loi envisageait de pérenniser la destination sociale de certains logements alors même que les conventions qui les assimilaient à des logements sociaux avaient expiré¹⁰³. De même, une disposition de la loi de modernisation sociale a été examinée au regard de l'atteinte portée à l'économie des conventions et contrats légalement conclus. Elle prévoyait que, lorsque des immeubles destinés à loger des personnes en difficulté faisaient l'objet de location ou de sous-location meublée, le prix de location des meubles serait fixé et même révisé dans des conditions prévues par un arrêté ministériel¹⁰⁴. Dans la décision no 2004-490 DC¹⁰⁵, la Haute juridiction s'est référée à l'économie des conventions et des contrats légalement conclus lors du contrôle d'une disposition législative autorisant les lois du pays à s'appliquer, lorsque l'intérêt général le justifie, aux contrats en cours. Plus récemment¹⁰⁶, le Conseil a jugé que l'article 95 de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises _ qui permet aux conventions ou accords collectifs sur la réduction du temps de travail d'étendre le régime du forfait-jours à certains salariés non cadres alors que les conventions de forfait qui leur étaient jusqu'à présent applicables étaient des conventions de forfait en heures _ ne portait pas atteinte à l'économie des accords déjà conclus. Le juge constitutionnel utilise donc ce concept lorsque le législateur envisage de modifier le contenu d'une relation contractuelle, en général, sans l'accord des parties.

L'économie des contrats renvoie, en second lieu, à la protection de l'exécution des conventions. Cet aspect était notamment en cause lors de l'examen de dispositions envisageant la résiliation de plein droit de contrats souscrits auprès d'un organisme de protection sociale complémentaire par les bénéficiaires de la CMU¹⁰⁷ ou de contrats d'assurance sociale d'exploitants agricoles¹⁰⁸.

Ainsi, d'un point de vue constitutionnel, la notion d'économie des contrats semble impliquer le respect des « relations contractuelles »¹⁰⁹ afin que leurs modalités d'exécution et leur contenu soient conformes à ce qui a été décidé lors de la conclusion du contrat. Dès lors, cette notion paraît, a priori, davantage garantir la « stabilité »¹¹⁰ des relations contractuelles, qui se rattache à l'idée de force obligatoire du contrat, prévue par l'article 1134 du Code civil, que la libre détermination du contenu du contrat, élément constitutif de la liberté contractuelle selon la doctrine privatiste.

Néanmoins, protéger les parties contre des immixtions non décidées par elles, tant dans le contenu même des dispositions contractuelles que dans l'exécution d'une convention, n'est-ce pas les aider à déterminer librement le contenu de leur contrat ? En effet, le principe de libre détermination du contenu du contrat peut être appréhendé dans un sens positif qui reviendrait à permettre d'insérer librement certaines clauses contractuelles, mais également dans un sens négatif qui signifierait que les parties sont libres de ne pas modifier ou exécuter un contrat contre leur volonté originelle. En conséquence, lorsqu'il contrôle si l'économie des contrats n'est pas affectée au point de méconnaître manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789, le Conseil examine, en réalité, si les ingérences du législateur portent atteinte aux termes de la relation contractuelle librement décidée et exécutée par les parties. Il protège, en ce sens, la libre détermination du contenu du contrat mais également son exécution.

En outre, le contenu des conventions a été garanti de façon plus explicite dans la décision no 99-423 DC¹¹¹, sans que le Conseil ne se réfère à la notion d'économie des conventions légalement conclues. Les requérants soutenaient que des dispositions de la loi relative à la réduction négociée du temps de travail méconnaissaient la liberté contractuelle des partenaires sociaux découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789. La Haute juridiction a admis l'argumentation des députés et sénateurs en se fondant sur l'article 4 de la Déclaration de 1789 et sur le huitième alinéa du Préambule de 1946 qui consacre le principe de participation. Le contenu des conventions est ainsi protégé à travers ces deux dispositions constitutionnelles. Toutefois, soulignant que le juge constitutionnel se fonde sur les « circonstances particulières de l'espèce », le secrétaire général du Conseil constitutionnel estime que cette décision ne permet pas de conclure à la consécration du principe d'« immutabilité des contrats (...) en exigence constitutionnelle »¹¹². Malgré cela, le Conseil a démontré qu'il garantissait le contenu des conventions sans se référer à la formulation traditionnelle relative à la protection de l'économie des conventions et des contrats. D'ailleurs, même si cette exigence n'a pas valeur constitutionnelle et que la décision n'est motivée que par les circonstances de l'espèce, nous avons pu voir que le Conseil protège, dans une certaine mesure, le contenu des conventions à travers la notion d'économie des conventions et des contrats.

Finalement, bien que le juge constitutionnel n'ait pas explicitement proclamé le principe, issu du droit civil, de libre détermination du contenu du contrat, il semble avoir consacré cet élément, de façon indirecte, par l'intermédiaire de la notion d'économie des contrats ou encore à travers la protection brièvement accordée au contenu du contrat dans la décision no 99-423 DC. Ainsi, ces aspects de la liberté contractuelle reconnus au niveau constitutionnel recourent, du moins en partie, un élément de la définition privatiste : la liberté de déterminer le contenu du contrat. De la même manière, le Conseil a consacré d'autres composantes de cette liberté qui rappellent certaines facettes de la notion de liberté contractuelle en droit privé.

B. La consécration de la liberté de contracter

Pour être libre de déterminer le contenu d'un contrat, il faut, tout d'abord, être libre de contracter ou non, avec le partenaire de son choix. Le juge constitutionnel a ainsi reconnu cette liberté (2) après d'autres aspects de la liberté contractuelle, pouvant être rattachés à la liberté de contracter, au rang desquels se trouvent la liberté de conclure des avenants et la liberté de rupture unilatérale des contrats de droit privé à durée indéterminée (1).

1. La reconnaissance préalable de certains corollaires de la liberté de contracter

Le Conseil constitutionnel a, d'abord, reconnu certaines implications de la liberté de contracter avant de la consacrer plus clairement. La Haute instance a protégé, par l'intermédiaire d'une réserve d'interprétation neutralisante, la possibilité pour chaque partie de conclure des avenants à un contrat¹¹³. Le Conseil a jugé que des dispositions législatives, prorogeant des conventions déjà conclues, ne méconnaissaient pas la liberté contractuelle au motif qu'elles ne faisaient pas obstacle à ce que les cocontractants puissent conclure des avenants aux conventions prorogées. Cette faculté a permis au juge constitutionnel de valider la disposition législative en cause qui, sans cela, aurait sans doute porté une atteinte excessive à la liberté contractuelle¹¹⁴. Cette décision laisse supposer que le Conseil reconnaît une liberté de conclure des avenants pour préserver la liberté contractuelle¹¹⁵.

De plus, le juge constitutionnel a également soutenu que « la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants... »¹¹⁶. Cette affirmation suppose que la liberté contractuelle implique une faculté de rupture unilatérale des contrats de droit privé à durée indéterminée¹¹⁷. Selon certains commentateurs, la Haute instance a, dans cette décision, constitutionnalisé le principe de prohibition des engagements perpétuels pour les contrats à durée indéterminée¹¹⁸. Le Conseil reconnaît ainsi, pour certains types de contrats, la liberté de ne plus contracter en choisissant de ne plus être partie au contrat.

2. La reconnaissance de la liberté de contracter avec le partenaire de son choix

Avant de faire explicitement référence à la liberté contractuelle, le Conseil constitutionnel avait déjà indirectement protégé certains aspects de la liberté de contracter, à savoir la liberté de choisir un cocontractant. Dans la décision no 88-244 DC¹¹⁹, il a garanti le libre choix des collaborateurs¹²⁰ sur le fondement de la liberté d'entreprendre. En effet, le Conseil a censuré une disposition de la loi portant amnistie qui imposait la réintégration de certains salariés régulièrement licenciés. Cette invalidation a permis de protéger non seulement la liberté de contracter, puisque la disposition législative imposait à l'employeur de réintégrer certains salariés, mais aussi le libre choix du cocontractant.

La Haute juridiction a finalement consacré, plus explicitement, la liberté contractuelle sous son aspect liberté de contracter dans la décision no 2000-437 DC¹²¹. En l'espèce, le juge constitutionnel ne pouvait pas se fonder sur le principe de protection des conventions et contrats légalement conclus. Il s'agissait, en effet, d'un dispositif incitant les entreprises pharmaceutiques à conclure des conventions avec le comité économique des produits de santé sur l'évolution du prix des médicaments. La référence à la liberté contractuelle est justifiée par le fait que le juge constitutionnel ne devait pas examiner une disposition législative modifiant le contenu ou l'exécution de relations contractuelles, mais affectant la liberté de passation d'un contrat¹²². De même, dans des décisions postérieures, le juge constitutionnel a accepté d'examiner des dispositions législatives qui se rapportaient à cette facette de la liberté contractuelle¹²³. Le Conseil contrôle ainsi les atteintes à la liberté de s'engager dans une relation contractuelle, liberté qui résulte, selon lui, de l'article 4 de la Déclaration de 1789.

En définitive, si les aspects progressivement consacrés par le Conseil ne correspondent pas exactement à la notion privatiste de liberté contractuelle, cela est dû à l'existence d'une grande variété de définitions de la liberté contractuelle en droit privé, mais également à la difficulté de transposer les notions d'un domaine à l'autre¹²⁴. Bien que le Conseil ait une conception propre de la liberté contractuelle _ qui dépend des lois et du contenu des dispositions soumises à son examen _ la comparaison révèle certaines similitudes. En droit privé comme en droit constitutionnel, la liberté contractuelle recouvre deux principaux aspects : le contenu du contrat et la liberté de contracter. Si ces deux composantes sont aujourd'hui reconnues par le juge constitutionnel, cette consécration n'aura d'intérêt que si chacun de ces éléments est effectivement protégé.

III. UNE GARANTIE CONSTITUTIONNELLE EFFECTIVE ?

La garantie constitutionnelle de la liberté contractuelle dépend du degré de protection accordé à chacun de ses aspects. Dès lors, pour évaluer si cette liberté est effectivement garantie par le Conseil constitutionnel, il convient de déterminer, dans un premier temps, l'étendue de la protection accordée par la Haute juridiction

aux principaux aspects de la liberté contractuelle (A). Par ailleurs, et dans la perspective de la consécration d'une notion privatiste, l'effectivité de la protection constitutionnelle s'apprécie également au regard de l'intérêt qu'y trouvent les particuliers. Nous envisagerons ainsi, dans un second temps, les incidences de la constitutionnalisation de la liberté contractuelle dans les relations de droit privé (B).

A. L'étendue de la protection accordée à la liberté contractuelle

La liberté contractuelle qui est désormais affirmée de façon autonome par le juge constitutionnel fait néanmoins l'objet de certaines limitations. Le Code civil prévoit, tout d'abord, que l'on ne saurait « déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs »¹²⁵. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel tolère certaines limites qui sont classiques au regard de sa jurisprudence en matière de droits et libertés fondamentaux. Le législateur peut ainsi limiter la liberté contractuelle lorsqu'il le justifie par des exigences constitutionnelles¹²⁶, un objectif de valeur constitutionnelle¹²⁷ ou encore un motif d'intérêt général¹²⁸. Le contrôle opéré par le juge constitutionnel à l'encontre des restrictions législatives à la liberté contractuelle est donc assez souple. Son régime de protection se rapproche, de ce fait, de celui accordé à la liberté d'entreprendre ou au droit de propriété. Une différence de contrôle semblait se dessiner en fonction des aspects de la liberté contractuelle examinés par le juge constitutionnel. Néanmoins, depuis la décision no 2004-497 DC, le Conseil a précisé et harmonisé l'étendue de son contrôle à l'égard des deux principales composantes de la liberté contractuelle, à savoir l'économie des contrats (1) et la liberté de contracter (2).

1. L'examen des restrictions à l'économie des contrats

Le juge constitutionnel contrôle assez souplesment les restrictions législatives à l'économie des conventions et contrats en cours. La formule qu'il utilise généralement, lorsqu'il s'agit de contrôler une atteinte à cette composante de la liberté contractuelle¹²⁹, révèle que seules les limitations abusives seront sanctionnées. Ainsi, l'examen par le Conseil des aménagements législatifs à l'économie des contrats légalement conclus s'opère en deux temps. Il recherche, en premier lieu, si l'atteinte est justifiée par un motif d'intérêt général et, en second lieu, si elle n'est pas excessive¹³⁰. Le juge constitutionnel censurera alors une disposition lorsqu'elle n'est pas justifiée par un intérêt général et si elle constitue une méconnaissance manifeste de la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789.

Dans certaines décisions¹³¹, le contrôle du degré de gravité de l'atteinte est moins explicite. Le Conseil précise, néanmoins, que les modifications au « contenu » du contrat ou « aux contrats légalement conclus » ne peuvent être justifiées que par un « motif d'intérêt général suffisant », ce qui rappelle le contrôle de proportionnalité¹³² effectué par le juge constitutionnel lorsqu'il examine des validations législatives¹³³. Selon les Professeurs Mathieu et Verpeaux, qualifier un intérêt général de « suffisant » revient à contrôler une exigence de proportionnalité entre le principe mis en cause et l'intérêt général poursuivi. Dès lors, le Conseil, sans s'y référer expressément, contrôlerait le caractère excessif des restrictions à la liberté contractuelle. Par ailleurs, la référence à l'article 16 de la Déclaration de 1789, dans un litige relatif à la liberté contractuelle, conforte ce rapprochement entre le contrôle opéré à l'égard des lois de validation et des lois affectant l'économie d'un contrat. En effet, le Conseil constitutionnel utilise également cette disposition lorsqu'il examine des validations législatives¹³⁴. Certaines lois, qui bouleversent l'économie d'un contrat en modifiant son contenu ou les conditions de son exécution, semblent donc être contrôlées de la même manière que les lois de validation qui peuvent, en outre, valider des contrats¹³⁵. Ainsi, l'examen effectué par le Conseil constitutionnel à l'égard des lois modifiant l'économie des conventions et des contrats évolue vers un contrôle de proportionnalité¹³⁶.

Le contrôle opéré à l'encontre des restrictions à l'économie des conventions n'a, pour l'instant, donné lieu qu'à deux invalidations. Ce sont les seuls cas d'annulation prononcés par le Conseil depuis la consécration du principe d'économie des conventions et des contrats.

Ainsi, dans la décision no 99-423 DC, le Conseil a protégé le contenu des accords collectifs dont la remise en cause par le législateur n'était pas justifiée par un motif d'intérêt général suffisant¹³⁷. Le juge constitutionnel ne se fondait pas expressément sur le principe de liberté contractuelle mais sur la méconnaissance des principes de liberté et de participation. Est-ce alors la double violation du contenu des conventions et du principe de participation qui a conduit le Conseil à invalider la loi en cause ? Selon

certain auteurs, c'est la méconnaissance par le législateur de « la bonne foi des partenaires sociaux »¹³⁸ qui a été condamnée.

Le contenu d'un contrat a, par la suite, été protégé dans la décision no 2000-436 DC, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains¹³⁹, à travers la notion d'économie des conventions. Le Conseil devait, notamment, examiner l'article 145 de la loi SRU qui prorogeait une convention prévoyant la destination sociale de logements appartenant aux sociétés immobilières à participation majoritaire de la Caisse des dépôts et consignations. Cette disposition, motivée par l'objectif à valeur constitutionnelle de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, n'apportait pas, selon le juge constitutionnel, une justification suffisante pour porter une atteinte « aussi grave à l'économie des contrats légalement conclus ». La prorogation d'une convention, au-delà de sa date d'expiration, méconnaît donc manifestement son économie. Cette solution mérite d'être soulignée car, dans la même décision, le juge constitutionnel a refusé de sanctionner une disposition créant de nouvelles obligations pour un bailleur alors qu'elle était également justifiée par la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent. La Haute juridiction a, sans doute, jugé que l'atteinte était plus grave dans un cas que dans l'autre mais elle n'explique cependant pas pourquoi. Peut-être a-t-elle considéré que le fait que le juge soit compétent pour imposer au bailleur l'obligation de mise en conformité du logement loué constituait une garantie suffisante, qui pouvait justifier l'atteinte à l'économie des conventions légalement conclues ? Il est difficile de déterminer, au regard de ces deux cas d'invalidation, le contenu essentiel de ces aspects de la liberté contractuelle. En effet, la prise en compte des circonstances particulières de l'espèce dans la décision no 99-423 DC nous incite à ne pas systématiser le raisonnement du juge constitutionnel. Par ailleurs, le Conseil ne fait pas explicitement apparaître les éléments qui le conduisent à considérer, dans la décision no 2000-436 DC, que la prorogation d'une convention dénature le principe d'économie des contrats alors que l'imposition de nouvelles obligations n'y porte pas atteinte.

Les deux seuls cas de censure de dispositions contestées sur le fondement de la liberté contractuelle ont garanti le contenu d'une convention ou l'économie d'un contrat. Le juge constitutionnel n'a pas encore invalidé de dispositions législatives aménageant la liberté de passation d'un contrat. Peut-on en déduire que le Conseil ne protège effectivement que ce dernier aspect de la liberté contractuelle au détriment de la liberté de contracter ? Une telle conclusion serait trop hâtive. Le Conseil constitutionnel n'a simplement pas encore eu l'occasion de se prononcer sur une violation flagrante de la liberté de contracter alors qu'il en a eu l'opportunité lorsqu'il s'agissait d'une atteinte au contenu ou à l'économie d'un contrat. Le contrôle des restrictions à la liberté de contracter qui paraissait moins poussé s'est, par la suite, rapproché de l'examen des limitations à l'économie des contrats.

2. Le contrôle des atteintes à la liberté de contracter

La décision no 2000-437 DC, qui concerne cet aspect de la liberté contractuelle, a pu, au regard de sa formulation, laisser croire à une différence de contrôle entre les atteintes à la liberté de contracter et celles affectant l'économie des conventions légalement conclues. Ainsi, le juge constitutionnel précise qu'« une telle incitation, inspirée par des motifs d'intérêt général, n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution »¹⁴⁰. Cette affirmation peut laisser supposer que le Conseil s'est contenté de constater l'existence d'un intérêt général _ la modération de l'évolution du prix de certains médicaments et la maîtrise du coût de leur promotion _ sans apprécier la gravité de l'atteinte à la liberté contractuelle. Ceci dit, le Conseil constitutionnel a tout aussi bien pu contrôler, de façon implicite, le caractère excessif de cette atteinte comme il semble l'avoir fait dans la décision no 2002-465 DC. Cette hypothèse est, semble-t-il, la plus vraisemblable puisque, par la suite, le Conseil a examiné si une limitation à la liberté contractuelle n'était pas excessive, alors même que la liberté de contracter était concernée¹⁴¹. Dès lors, le contrôle exercé à l'encontre des restrictions à l'économie des contrats légalement conclus et à la liberté de contracter est identique.

Si la liberté contractuelle est constitutionnellement protégée, il y a lieu de modérer tout enthousiasme, à l'instar du Professeur Molfessis¹⁴². La protection qui est accordée à la liberté contractuelle n'est pas de l'ordre de celle dont jouissent généralement les libertés dites de premier rang¹⁴³. Cette garantie constitutionnelle illustre néanmoins un aspect de la « coloration »¹⁴⁴ constitutionnelle d'une branche du droit privé : le droit des obligations. Dans cette perspective, il convient d'examiner si la protection

constitutionnelle accordée à la liberté contractuelle a une incidence particulière sur les relations de droit privé.

B. Les incidences de la constitutionnalisation de la liberté contractuelle sur les relations de droit privé

Comme le souligne le Professeur Mathieu, le droit constitutionnel civil ne vise pas seulement à vérifier la conformité de dispositions législatives ou réglementaires relatives au droit civil, par rapport à la Constitution, mais peut également régir les rapports entre particuliers »[145](#). Ainsi, les droits fondamentaux applicables au droit privé produisent non seulement un « effet vertical », puisque l'article 62 de la Constitution prévoit que « les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent [...] aux pouvoirs publics et à toute les autorités administratives et juridictionnelles », mais aussi un « effet horizontal » en s'imposant aux personnes privées dans leurs rapports mutuels[146](#). Si le Conseil constitutionnel ne s'est pas encore prononcé à ce propos, la Cour de Cassation semble admettre l'existence d'un « effet horizontal » des droits fondamentaux. En conséquence, elle applique des principes constitutionnels aux rapports de droit privé et reconnaît, de ce fait, aux particuliers la possibilité de les invoquer dans un litige les opposant à d'autres particuliers[147](#). Qu'en est-il de la liberté contractuelle ? Il convient, tout d'abord, d'examiner dans quelle mesure cette liberté produit un « effet horizontal » (1), pour envisager, ensuite, la question de son application immédiate devant les juridictions ordinaires, c'est-à-dire, de son effet direct (2).

1. L'« effet horizontal » de la liberté contractuelle

Les personnes privées sont traditionnellement appréhendées comme les principaux titulaires de la liberté contractuelle. Cette dernière a toutefois été reconnue au profit des collectivités territoriales par l'intermédiaire du principe de libre administration[148](#). Si les particuliers et certaines personnes publiques peuvent exercer cette liberté, la question de son effet horizontal concerne, plus particulièrement, son application dans les rapports entre personnes privées.

Lorsque le Conseil constitutionnel contrôle si le législateur n'a pas méconnu le principe d'économie des contrats légalement conclus ou, plus généralement, la liberté contractuelle, il impose, par la médiation de la loi, le respect de cette liberté dans les rapports entre particuliers. En effet, contrairement à certains droits fondamentaux qui ne peuvent produire qu'un effet vertical, comme le droit d'asile par exemple, la liberté contractuelle s'applique naturellement dans les rapports entre particuliers. Dès lors, cette liberté, telle qu'elle est protégée par le Conseil constitutionnel, semble produire un « effet horizontal indirect »[149](#) qui résulte de la notion même de liberté contractuelle. Cet effet ne bouleverse toutefois pas le domaine d'origine de la liberté contractuelle : le droit privé.

La liberté contractuelle s'appliquait déjà directement dans les rapports de droit privé lorsque les particuliers s'en prévalaient, à l'appui de leur recours devant la Cour de Cassation. Le juge judiciaire ne s'y référait cependant pas en tant que principe constitutionnel. Néanmoins, le Professeur Rouhette soulignait, en 1994, que la liberté contractuelle occupait « une place éminente dans la hiérarchie des normes que s'est constituée la Cour de cassation »[150](#) puisque cette dernière impose une interprétation stricte des textes dérogeant à cette liberté[151](#). Dès lors, la liberté contractuelle est, dans une certaine mesure, garantie dans les rapports entre personnes privées par la Cour de cassation notamment à travers la mise en oeuvre des articles 6, 1123 et 1134 du Code civil. Sa reconnaissance au niveau constitutionnel ne constitue donc pas une évolution notable puisque cette liberté s'imposait déjà entre particuliers. Néanmoins, l'effet horizontal n'est plus limité à une liberté de rang infra-constitutionnel. Il est désormais étendu à une liberté constitutionnellement garantie. Par ailleurs, la liberté contractuelle, telle qu'elle est consacrée en droit constitutionnel, semble pouvoir être directement invocable par des personnes privées.

2. L'effet direct de la liberté contractuelle

Les requérants, qui ont souvent invoqué la méconnaissance de la liberté contractuelle à l'appui de leur demande, pourront aujourd'hui se prévaloir de cette liberté, reconnue à un niveau constitutionnel, contre un autre individu devant les juridictions ordinaires. En effet, ces dernières acceptent généralement d'appliquer les droits fondamentaux dans les relations entre particuliers[152](#).

Jusqu'à présent, les requérants ont généralement eu recours au principe de liberté contractuelle sans pour autant se référer aux éléments explicitement reconnus par le juge constitutionnel[153](#). Les seules exceptions

sont, à notre connaissance, deux arrêts des Chambres commerciale et civile de la Cour de cassation respectivement du 28 mai 2002¹⁵⁴ et du 9 mars 2005¹⁵⁵.

Dans la première espèce, les requérants se fondent sur la protection de l'économie des conventions et des contrats légalement conclus non pas pour faire constater sa méconnaissance par un autre particulier, mais par la Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion. Ils invoquent notamment le principe de sécurité juridique et de liberté contractuelle soutenant « que conformément aux principes de sécurité juridique et de liberté contractuelle, les parties à une convention peuvent en déterminer librement le contenu, sauf si une loi limite ce droit, notamment en prévoyant que certaines clauses seraient nulles ; que selon le Conseil constitutionnel, le législateur ne peut porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme ».

De même, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a examiné le moyen tiré de la méconnaissance par la Cour d'appel de Lyon du « principe constitutionnel de la liberté contractuelle »¹⁵⁶ ainsi que de l'article 1134 du Code civil et du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958.

La Cour de cassation a, dans les deux cas, jugé le moyen infondé mais ne l'a toutefois pas déclaré irrecevable. Elle n'a, dès lors, pas écarté la possibilité d'examiner une convention au regard du principe de protection de l'économie des contrats légalement conclus ni même à la lumière du principe constitutionnel de liberté contractuelle. Si cette occasion se présente, la liberté contractuelle produira un « effet horizontal direct » dans les rapports entre particuliers puisqu'elle sera immédiatement confrontée aux dispositions contractuelles en cause sans l'entremise du législateur.

En définitive, la jurisprudence judiciaire n'a pas encore véritablement pris en considération la dimension constitutionnelle de la liberté contractuelle. Toutefois, en l'absence de contrôle a posteriori, cette consécration a pour l'instant comme principale conséquence de protéger la liberté contractuelle contre les limitations excessives que peut y apporter le législateur avant la promulgation d'une loi. La Cour de cassation¹⁵⁷ applique toujours le principe de liberté contractuelle sans se référer à ses fondements constitutionnels. Le juge judiciaire n'a sans doute pas encore eu l'occasion de mettre en oeuvre une loi qui a fait l'objet d'une décision ayant autorité de chose jugée. Par ailleurs, le manque de clarté de la jurisprudence constitutionnelle en la matière n'est probablement pas non plus étranger à ce phénomène puisque la Cour de cassation a parfois tenu compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel alors-même qu'elle n'y était pas obligée¹⁵⁸.

* * *

Bien que le Conseil constitutionnel ait fait preuve d'une considérable retenue à l'égard de la liberté contractuelle, il l'a finalement constitutionnellement consacrée sur le fondement des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 et de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 lorsque des conventions collectives sont en cause. La liberté contractuelle peut désormais être rangée au rang des libertés fondamentales consacrées par le juge constitutionnel. Cette évolution est d'autant plus remarquable que c'est une liberté « génératrice de libertés »¹⁵⁹. Ainsi, la liberté de mariage ou la liberté d'entreprendre ne pourraient s'exercer sans liberté contractuelle. Le Conseil constitutionnel n'a pourtant pas exactement reconnu la notion privatiste de liberté contractuelle. Néanmoins, une convergence entre les approches privatiste et constitutionnelle peut-être constatée. La liberté contractuelle, telle qu'elle est appréhendée en droit privé, s'avère être protégée, du moins en partie, à travers les aspects consacrés par le Conseil constitutionnel.

Parmi les éléments reconnus par le juge constitutionnel, l'économie des contrats légalement conclus relève davantage du principe de sécurité juridique que de liberté. La référence à l'article 16 de la Déclaration de 1789 confirme cette idée. En effet, bien que le Professeur Luchaire¹⁶⁰ ait estimé que ce principe pouvait être garanti à travers la notion de sûreté présente à l'article 2 de la Déclaration de 1789, l'article 16 de cette Déclaration constituait pour d'autres auteurs un fondement possible pour le principe de sécurité juridique¹⁶¹. Le juge constitutionnel corrobore cette dernière hypothèse en rattachant l'idée de protection d'économie des conventions et contrats à cette disposition. La jurisprudence constitutionnelle relative à la

liberté contractuelle a ainsi permis une avancée de plus vers une consécration constitutionnelle du principe de sécurité juridique¹⁶².

1-

* Cet article a fait l'objet d'une communication dans le cadre du Colloque du 14 mai 2004 sur le Bicentenaire du Code civil organisé par l'École doctorale des Sciences Juridiques et Politiques de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence.

2-

(1) L. FAVOREU, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », pp. 235-244, in *Itinéraires, Études en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, Paris, 1982, 685 p., p. 242.

3-

(2) Voir L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », RFDC, 1990, no 1, pp. 71-89 ; L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », pp. 181-195, in *La constitutionnalisation des branches du droit, Actes de l'atelier du IIIe Congrès de l'Association française des constitutionnalistes*, Dijon, 14, 15, 16 juin, 1996, sous la dir. de B. Mathieu et M. Verpeaux, PUAM, Aix-en-Provence, Economica, Paris, 1998, 204 p. ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2001, 6e éd., 507 p., spéc. p. 385 et s.

4-

(3) En ce sens, voir C. Atias, « La civilisation du droit constitutionnel », RFDC, 1991, no 7, pp. 434-438, p. 436 ; voir M. FRANGI, *Constitution et droit privé, Les droits individuels et les droits économiques*, Economica, Paris, 1992, 317 p. ; G. ROUHETTE, « Le droit privé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Colloque de Rennes*, 20 et 21 septembre 1996, sous la dir. de G. Drago, B. François et N. Molfessis, Economica, Paris, 1999, 415 p.

5-

(4) À ce propos, voir P. TERNEYRE, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? », pp. 473-486, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, PUG, Grenoble, 1995, 550 p., p. 473.

6-

(5) J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, PUF, Paris, 2000, 665 p., p. 53 ; L. Leveneur, « La liberté contractuelle en droit privé », AJDA, 1998, no 9, pp. 676-682, p. 677 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Paris, 2002, 1438 p., p. 31 ; J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », pp. 965-981, in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, Paris, 2001, 992 p., p. 969.

7-

(6) Voir G. ROUHETTE, « "Droit de la consommation" et théorie générale du contrat », pp. 247-272, in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, Paris, 1981, 540 p. ; J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », D., chron., 1982, pp. 2-10.

8-

(7) J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations, L'acte juridique*, A. Colin, Paris, 1998, 393 p., p. 60.

9-

(8) En ce sens, voir L. Favoreu, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », RFDC, 1997, no 30, pp. 328-334, p. 333.

10-

(9) Cons. const., 3 août 1994, no 94-348 DC, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés, RJC I-602.

11-

(10) Cons. const., 20 mars 1997, no 97-388 DC, Loi créant les plans d'épargne retraite, RJC I-701.

12-

(11) Cons. const., 27 novembre 1959, no 59-1 FNR, RJC III-1 ; Cons. const., 8 septembre 1961, no 61-3 FNR, RJC III-2 ; Cons. const., 18 octobre 1961, no 61-4 FNR, RJC III-3 ; Cons. const., 28 novembre 1973, no 73-80 L, RJC II-57 ; Cons. const., 4 juin 1984, no 84-137 L, RJC II-104.

13-

(12) En ce sens, voir P. Gaïa, D., 1995, somm. comm., pp. 351-352, p. 351.

14-

(13) P. Terneyre, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? », AJDA, 1998, no 9, pp. 667-672, p. 669.

15-

(14) D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1993-1994 », cette Revue, 1995, janvier-février, pp. 51-104, p. 62 ; D. Rousseau, « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire », RFDA, 1995, no 11 (5), sept.-oct., pp. 876-883, p. 878.

16-

(15) G. ROUHETTE, « La Force obligatoire du contrat, rapport français », pp. 27-55, in Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, LGDJ, Paris, 1987, 443 p., p. 28.

17-

(16) En ce sens notamment, J. CARBONNIER, op.cit., p. 44 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, Les obligations, l'acte juridique, op. cit., pp. 74-75 ; J. HAUSER, Les contrats, Que sais-je ?, PUF, Paris, 1992, 127 p., pp. 7-8 ; P. TERNEYRE, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? », op. cit., pp. 481-482 ; J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », op. cit., pp. 973-974.

18-

(17) M.-T. Calais-Auloy, « L'importance de la volonté en droit », LPA, 1999, no 243, pp. 14-16, p. 15.

19-

(18) Y. Broussolle, « Le paradoxe du principe de la liberté contractuelle », JCP G., 1995, no 13, pp. 121-

122, p. 121.

20 –

(19) Cons. const., 10 juin 1998, no 98-401 DC, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, RJC I-754.

21 –

(20) J.-E. Schoettl, « Décisions du Conseil constitutionnel. Travail », AJDA, 1998, no 6, pp. 495-499, p. 498.

22 –

(21) Cons. const., 19 décembre 2000, no 2000-437 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, Rec., p. 190.

23 –

(22) Notre propos se limitera toutefois à la dimension privatiste de la liberté contractuelle puisque cette dernière est un concept issu, à l'origine, du droit privé. Nous excluons, de ce fait, de notre étude la liberté contractuelle dans les contrats administratifs, celle-ci faisant l'objet d'un encadrement particulier en ce domaine. À ce sujet, voir C. Maugüé, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », AJDA, 1998, no 9, pp. 694-700 ou encore M. MAHOUACHI, La liberté contractuelle des collectivités territoriales, Aix-en-Provence, 2001.

24 –

(23) À ce propos, voir E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », AJDA, no 6, 1998, pp. 651-666, p. 660.

25 –

(24) En ce sens, voir G. ROUHETTE, « Liberté contractuelle et droit constitutionnel en France », pp. 23-85, in Freedom of Contract and Constitutional law, Proceedings of the Colloquium of the International Association of Legal Science, Jerusalem, Septembre 1994, Hamaccabi Press, Jerusalem, 307 p., p. 40.

26 –

(25) À ce propos, voir P. TERNEYRE, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? », op. cit, p. 476.

27 –

(26) Cons. const., 13 août 1993, no 93-325 DC, Maîtrise de l'immigration, RJC I-53.

28 –

(27) Cons. const., 26 juillet 1984, no 84-172 DC, Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage, RJC I-185.

29 –

(28) Cons. const., janvier 1991, no 90-283 DC, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, RJC I-417.

30 –

(29) Cons. const., 16 juillet 1971, no 71-44 DC, Liberté d'association, RJC I-24.

31 –

(30) Cons. const., 18 janvier 1985, no 84-185 DC, Loi modifiant et complétant la loi no 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales, RJC I-219.

32 –

(31) Cons. const., 20 janvier 1993, no 92-316 DC, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, RJC I-516.

33 –

(32) Cons. const., 12-13 août 1993, no 39-325 DC, op. cit.

34 –

(33) Cons. const., 20 novembre 2003, no 2003-484 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, Rec., p. 438.

35 –

(34) Cons. const., 20 juillet 1988, no 88-244 DC, Loi portant amnistie, RJC I-334.

36 –

(35) Cons. const., 20 janvier 1993, no 92-316 DC, op. cit.

37 –

(36) Il se réfère également à la liberté personnelle de l'employeur et des salariés, sur ce point voir, notamment, D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle (juillet 1989-août 1991) », cette Revue, 1992, janvier-février, pp. 37-109, pp. 41-42.

38 –

(37) Cons. const., 16 janvier 1982, no 81-132 DC, Loi de nationalisation, RJC I-104.

39 –

(38) À ce propos, voir D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1992-1993 », cette Revue, 1994, janvier-février, pp. 103-155, p. 133.

40 –

(39) En ce sens, voir L. Favoreu, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », RFDC, 1993, no 14, pp. 375-378, p. 378. Le lien entre ces deux libertés est illustré par la décision Cons. const., 1er juillet 2004, no 2004-497 DC, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, Rec., p. 107. Le Conseil constitutionnel y examine la constitutionnalité de dispositions législatives tant au regard de la liberté d'entreprendre que de la liberté contractuelle alors que cette dernière n'avait pas été invoquée par les requérants. Sur le lien entre la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre, voir F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle

», RFDA 2006, no 1, pp. 2-11, pp. 4-5.

41 –

(40) En ce sens, voir D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1996-1997 », cette Revue, 1998, no 1, pp. 37-82, p. 42.

42 –

(41) Cons. const., 30 décembre 1996, no 96-385 DC, Loi de finances pour 1997, RJC I-691.

43 –

(42) Cons. const., 3 août 1994, no 94-348 DC, op. cit.

44 –

(43) Cons. const., 20 mars 1997, no 97-388 DC, op. cit.

45 –

(44) Cons. const., 26 janvier 1995, no 94-358 DC, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, RJC I-624.

46 –

(45) Cons. const., 30 décembre 1996, no 96-385 DC, op. cit.

47 –

(46) À ce sujet, voir D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1994-1995 », cette Revue, 1996, janvier-février, pp. 11-63, p. 23 et s., D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1996-1997 », op. cit., pp. 40-41, S. Aivazzadeh, B. Mathieu, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », LPA, 1997, no 88, pp. 30-31, p. 31.

48 –

(47) B. Mathieu et M. Verpeaux, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », LPA, 1997, no 125, pp. 13-17, p. 17. Le Professeur F. Moderne parle, quant à lui, de la liberté contractuelle comme « d'une liberté seconde, une liberté d'appoint, une liberté instrumentalisée » (F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », op. cit., p. 4).

49 –

(48) L. Favoreu, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », RFDC, 1998, no 35, p. 640-641, p. 641.

50 –

(49) Cons. const., 10 juin 1998, no 98-401 DC, op. cit.

51 –

(50) Voir Cons. const., 23 juillet 1999, no 99-416 DC, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, RJC I-831 ; Cons. const., 7 décembre 2000, no 2000-436 DC, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains, Rec., p. 176 ; Cons. const., 27 novembre 2001, no 2001-451 DC, Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies

professionnelles, Rec., p. 145 ; Cons. const., 12 janvier 2002, no 2001-455 DC, Loi de modernisation sociale, Rec., p. 49.

52 –

(51) B. Mathieu et M. Verpeaux, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », LPA, 1998, no 144, pp. 18-22, p. 20.

53 –

(52) En ce sens, voir, notamment, J. Mestre, « La liberté contractuelle renaît de ses cendres constitutionnelles... », RTD civ., 1999, no 1, pp. 78-81, p. 78.

54 –

(53) À ce propos, voir D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1997-1998 », 1999, no 1, pp. 47-92, p. 54.

55 –

(54) P. Terneyre, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? », op. cit., p. 671.

56 –

(55) N. Molfessis, « La Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil », RTD civ., 1998, no 3, pp. 796-800, p. 798.

57 –

(56) À ce propos, voir B. Mathieu et M. Verpeaux, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », LPA, 1998, op. cit., p. 20.

58 –

(57) D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1999-2000 », cette Revue, 2001, pp. 37-84, p. 61.

59 –

(58) Cons. const., 13 janvier 2000, no 99-423 DC, Rec. p. 33.

60 –

(59) Cons. const., 19 décembre 2000, no 2000-437 DC, op. cit.

61 –

(60) Elle prévoyait un dispositif ayant pour finalité d'inciter les entreprises pharmaceutiques à conclure avec le comité économique des produits de santé des conventions visant à la modération de l'évolution du prix de certains médicaments et à la maîtrise du coût de leur promotion.

62 –

(61) Pour une position contraire, voir F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », op. cit., p. 7.

63 –

(62) Voir F. Luchaire, « Les fondements constitutionnels du droit civil », RTD civ., 1982, pp. 246-328, p. 262.

64 –

(63) Cons. const., 27 novembre 2001, no 2001-451 DC, op cit. Le Conseil également estimé « que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » ; Cons. const., 13 janvier 2003, no 2002-465 DC, Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, Rec., p. 43 ou encore que « le législateur ne saurait permettre que soit portée aux contrats légalement conclu une atteinte qui ne serait justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ; qu'en l'absence d'un tel motif, seraient en effet méconnues les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 », Cons. const., 12 février 2004, no 2004-490 DC, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, Rec., p. 41.

65 –

(64) En ce sens, voir J.-E. Schoettl, « La loi "Fillon I" devant le Conseil constitutionnel », LPA, 2003, no 14, pp. 11-18, p. 14 ; B. Mathieu et M. Verpeaux, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », LPA, 2002, no 186, pp. 5-10, p. 8 ; X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit du travail : l'articulation de la loi et de la négociation collective », Droit social, 2003, no 3, p. 260-264, p. 262.

66 –

(65) En ce sens, voir B. MATHIEU, « L'utilisation de principes législatifs du Code civil comme norme de référence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité », in Code civil et constitution(s), Journée d'études du 25 mars 2004, à l'Assemblée nationale, sous la dir. de M. Verpeaux, PUAM, Aix-en-Provence, Economica, Paris, 2005, 126 p., p. 36.

67 –

(66) Cons. const., 19 décembre 2000, no 2000-437 DC, op. cit. : « ... une telle incitation, inspirée par des motifs d'intérêt général, n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution ».

68 –

(67) Le Professeur Rousseau (qui reconnaît la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle depuis la décision Cons. const., 10 juin 1998, no 98-401 DC) considère, pour sa part, que les décisions Cons. const., 7 décembre 2000, no 2000-436 DC, op. cit., et Cons. const., 27 novembre 2001, no 2001-451 DC, op. cit. témoignent du rang constitutionnel de la liberté contractuelle ; D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2000-2001 », cette Revue 2002, no 3, pp. 635-674, pp. 670-671.

69 –

(68) En ce sens, voir L. FAVOREU et L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, Paris, 2005, 13e éd., 1065 p., p. 457.

70 –

(69) À propos de ces éléments d'incertitudes, voir F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », op. cit., p. 10.

71 –

(70) Cons. const., 11 décembre 2003, no 2003-486 DC, Loi de financement de la sécurité sociale, Rec., p. 467.

72 –

(71) Cons. const., 18 décembre 2003, no 2003-487 DC, Loi portant décentralisation en matière de RMI et créant un RMA, Rec. p. 473.

73 –

(72) Cons. const., 1er juillet 2004, no 2004-497 DC, op. cit.

74 –

(73) Pour une position plus réservée à propos de cette décision, voir F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », op. cit., p. 5. Le Professeur Moderne considère, en effet, que « C'est toujours à travers la liberté d'entreprendre qu'a été appréhendée la liberté contractuelle ».

75 –

(74) Cons. const., 30 mars 2006, no 2006-535 DC, Loi pour l'égalité des chances, JO du 2 avril 2006, p. 4964.

76 –

(75) À ce propos, voir B. Mathieu et M. Verpeaux, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », LPA, 1998, op. cit., p. 20.

77 –

(76) Cons. const., 13 janvier 2003, no 2002-465 DC, op. cit.

78 –

(77) Cons. const., 12 février 2004, no 2004-490 DC, op. cit., considérant no 93, sous une formulation légèrement différente.

79 –

(78) Cons. const., 13 janvier 2003, no 2002-465 DC, op. cit.

80 –

(79) Ils sont qualifiés par B. Mathieu et M. Verpeaux de « principes matriciels », B. Mathieu et M. Verpeaux, LPA, 2003, no 66, pp. 18-26, p. 25 ; à ce sujet, voir B. Mathieu, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », D., 1995, chron., pp. 211-212.

81 –

(80) S'agissant du B de l'article 2 de la loi déférée.

82 –

(81) V. Ogier-Bernaud, « La liberté contractuelle et le principe de faveur face au juge constitutionnel », D., 2004, somm. comm., pp. 1280-1281.

83 –

(82) Cons. const., 13 janvier 2003, no 2002-465 DC, op. cit.

84 –

(83) Cons. const., 5 juillet 1977, no 77-79 DC, Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi no 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la Sécurité sociale, RJC I-48 ; Cons. const., 20 juillet 1977, no 77-83 DC, Loi modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961 (obligation de service des fonctionnaires), RJC I-50 ; Cons. const., 18 janvier 1978, no 77-92 DC, Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale), RJC I-57.

85 –

(84) À ce sujet, voir L. FAVOREU et L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, op. cit., pp. 373-374.

86 –

(85) Cons. const., 12 février 2004, no 2004-490 DC, op. cit.

87 –

(86) CE, 3 mai 1972, Syndicat des propriétaires fonciers de Nouvelle-Calédonie, Rec. p. 329.

88 –

(87) À ce sujet, voir L. J., M. V., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », LPA, no 106, 2005, pp. 7-12 ; D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2004 », cette Revue, 2005, no 1, pp. 267-311, p. 296 ; J.-E. Schoettl, « Un nouveau statut pour la Polynésie Française après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », RFDA, 2004, no 2, mars-avril, pp. 248-272.

89 –

(88) Cons. const., 12 février 2004, no 2004-490 DC, op. cit., considérant no 93.

90 –

(89) J. CARBONNIER, Droit civil, Les obligations, op. cit., p. 53 estime que c'est surtout la liberté de déterminer le contenu du contrat qui constitue à proprement parler la liberté contractuelle ; M. Fabre-Magnan, « Introduction au droit des contrats », JCP G., I, 1997, no 30, pp. 336-338, p. 336 met, quant à elle, en doute le fait que le libre choix du co-contractant et la libre détermination du contenu du contrat soient des éléments constitutifs de la liberté contractuelle.

91 –

(90) C. Bréchon-Moulène, « Liberté contractuelle des personnes publiques », AJDA, 1998, no 9, pp. 643-650, p. 644 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, op. cit., p. 31 ; J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », op. cit. p. 969 ; C. Maugué, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », op. cit. p. 694.

92 –

(91) C. Bréchon-Moulène, « La liberté contractuelle des personnes publiques », op. cit. p. 644 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, Les obligations, L'acte juridique, op. cit., p. 62 ; L. Leveneur, « La liberté contractuelle

en droit privé », op. cit. p. 677 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, op. cit. p. 31 ; J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », op. cit. p. 969.

93 –

(92) C. Bréchon-Moulène, « Liberté contractuelle des personnes publiques », op. cit., p. 644.

94 –

(93) E. Fatôme, « Les avenants », AJDA, 1998, no 9, pp. 760-769, p. 760.

95 –

(94) B. Mathieu et M. Verpeaux, « Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier », LPA, 1997, no 29, pp. 5-7, p. 6.

96 –

(95) J.-Y. Chérot, « Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel », RFDC, 1991, no 7, pp. 440-441, p. 439-445.

97 –

(96) Cons. const., 10 juin 1998, no 98-401 DC, op. cit. et réitéré par Cons. const., 23 juillet 1999, no 99-416 DC, op. cit. ; Cons. const., 7 décembre 2000, no 2000-436 DC, op. cit. ; Cons. const., 27 novembre 2001, no 2001-451 DC, op. cit. ; Cons. const., 13 janvier 2003, no 2002-465 DC, op. cit. ; Cons. const., 29 juillet 2005, no 2005-523, DC, Loi en faveur des petites et moyennes entreprises, Rec., p. 137.

98 –

(97) Cass. com., 3 janvier 1996, inédit, RJDA, 1996, no 490, p. 353 ; Cass. com., 16 janvier 1996, Bull. 1996, IV, no 21, p. 15 ; Cass. com., 26 mars 1996, inédit ; Cass. civ. 3e, 6 décembre 1995, Bull. 1995, III, no 250, p. 168 ; Cass. civ. 1re, 3 juillet 1996, inédit, cités par J. Mestre, « L'économie du contrat », RTD civ., 1996, no 4, pp. 901-904.

99 –

(98) J. Mestre, « L'économie du contrat », op. cit., pp. 903-904.

100 –

(99) N. Molfessis, « Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil », op. cit., p. 799.

101 –

(100) B. MATHIEU, « La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin mais efficient », pp. 301-305, in Mélanges Patrice Gélard, Droit constitutionnel, Montchrestien, LGDJ, Paris, 1999, 489 p., p. 304.

102 –

(101) Cons. const., 10 juin 1998, no 98-401 DC, op. cit.

103 –

(102) Cons. const., 7 décembre 2000, no 2000-436 DC, op. cit.

104 –

(103) Cons. const., 12 janvier 2002, no 2001-455 DC, op. cit.

105 –

(104) Cons. const., 12 février 2004, no 2004-490 DC, op. cit.

106 –

(105) Cons. const., 29 juillet 2005, no 2005-523 DC, op. cit.

107 –

(106) Cons. const., 23 juillet 1999, no 99-416 DC, op. cit.

108 –

(107) Cons. const., 27 novembre 2001, no 2001-451 DC, op. cit.

109 –

(108) M. Fatin-Rouge, « Loi sur la solidarité et le renouvellement urbain (loi SRU) », D., 2001, somm. comm., pp. 1841-1842, p. 1842.

110 –

(109) L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TRÉMEAU, Droit des libertés fondamentales, Dalloz, Paris, 2005, 3e éd., 576 p., p. 294.

111 –

(110) Cons. const., 13 janvier 2000, no 99-423 DC, op. cit.

112 –

(111) J.-E., Schoettl, « L'examen par le Conseil constitutionnel de la loi relative à la réduction négociée du temps de travail », LPA, 2000, no 13, pp. 6-17, p. 14.

113 –

(112) Cons. const., 26 janvier 1995, no 94-358 DC, op. cit.

114 –

(113) En ce sens, voir D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1994-1995 », op. cit., p. 24 ; D. Rousseau, « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire », op. cit., p. 877.

115 –

(114) Bien que les co-contractants soient, en l'espèce, des collectivités locales (la prorogation concernait des conventions conclues entre EDF et la Compagnie nationale du Rhône dont les collectivités locales sont

actionnaires majoritaires), la liberté de conclure des avenants découle davantage de la nature de la liberté en cause que de la qualité des co-contractants. Rien ne semble faire obstacle à ce que le Conseil reconnaisse cette liberté dans des contrats privés. Il serait, en effet, surprenant que cette faculté de conclure des avenants ne soit limitée qu'aux contrats administratifs.

116 –

(115) Cons. const., 9 novembre 1999, no 99-419 DC, Loi relative au pacte civil de solidarité, RJC I-842.

117 –

(116) En ce sens, voir B. Mathieu, M. Verpeaux, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », LPA, 2000, no 148, pp. 11-17, p. 17. Le Conseil constitutionnel a, par ailleurs, récemment précisé lors de l'examen de la loi pour l'égalité des chances (Cons. Const., 30 mars 2006, no 2006-535 DC, op. cit.) que le principe de liberté contractuelle n'exigeait pas que le cocontractant, désireux de mettre un terme au contrat première embauche, motive préalablement cette rupture. Cette décision exclut donc la « transposition au CPE de la jurisprudence relative aux modalités de rupture du PACS » (selon laquelle la liberté, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu, mais suppose également que l'information du cocontractant soit assurée et que le législateur précise les causes permettant une telle résiliation et les modalités de celle-ci) (J.-E. Schoettl, « La loi pour l'égalité des chances devant le Conseil constitutionnel (1re partie) », LPA, no 68, 2006, p. 3).

118 –

(117) N. Molfessis, « La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », JCP G., 2000, no 10, pp. 339-407, p. 401.

119 –

(118) Cons. const., 20 juillet 1988, no 88-244 DC, op. cit.

120 –

(119) F. Luchaire, *jurisp.*, D., 1989, pp. 269-274, p. 274.

121 –

(120) Cons. const., 19 décembre 2000, no 2000-437 DC, op. cit.

122 –

(121) À ce propos, voir C. de la Mardière et B. Mathieu, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », LPA, 2001, no 153, pp. 21-24, p. 23.

123 –

(122) Cons. const., 18 décembre 2003, no 2003-487 DC, op. cit. ; Cons. const., 1er juillet 2004, no 2004-497 DC, op. cit.

124 –

(123) À ce propos, voir N. MOLFESSIS, « Le droit privé, source de la jurisprudence constitutionnelle », pp. 20-38, in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit.

125 –

(124) Art. 6 du Code civil.

126 –

(125) Cons. const., 27 juillet 1994, no 94-343/344 DC, Bioéthique, RJC I-592, la dignité de la personne humaine ; Cons. const., 23 juillet 1999, no 99-416 DC, op. cit., le principe d'égalité devant la loi ; Cons. const., 13 janvier 2003, no 2002-465 DC, op. cit., le droit au repos.

127 –

(126) Cons. const., 7 décembre 2000, no 2000-436 DC, op. cit., la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent.

128 –

(127) Cons. const., juillet 1989, no 89-254 DC, Loi modifiant la loi no 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, RJC I-352 ; Cons. const., 26 janvier 1995, no 94-358 DC, op. cit. ; Cons. const., 9 avril 1996, no 96-375 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, RJC I-668 ; Cons. const., 10 juin 1998, no 98-401 DC, op. cit. ; Cons. const., 23 juillet 1999, no 99-416 DC, op. cit. ; Cons. const., 13 janvier 2000, no 99-423 DC, op. cit. ; Cons. const., 7 décembre 2000, no 2000-436 DC, op. cit. ; Cons. const., 19 décembre 2000, no 2000-437 DC, op. cit. ; Cons. const., 27 novembre 2001, no 2001-451 DC, op. cit.

129 –

(128) « S'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

130 –

(129) Le Conseil se réfère au caractère excessif de l'atteinte dans les décisions Cons. const., 27 novembre 2001, no 2001-451 DC, op. cit. ; Cons. const., 27 décembre 2002, no 2002-464 DC, Loi de finances pour 2003, Rec. p. 583.

131 –

(130) Cons. const., 13 janvier 2000, no 99-423 DC, op. cit. ; Cons. const., 13 janvier 2003, no 2002-465 DC, op. cit. ; Cons. const., 12 février 2004, no 2004-490 DC, op. cit.

132 –

(131) Sur le contrôle de proportionnalité, voir, notamment, D. ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, op. cit., pp. 146-149.

133 –

(132) En ce sens, voir B. Mathieu et M. Verpeaux, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », LPA, 2003, no 66, p. 24-26, p. 26.

134 –

(133) À ce propos, voir B. Mathieu, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg », RFDA, 2000, no 16 (2), mars-avr., pp. 289-299, p. 293 et 294.

135 –

(134) À ce propos, voir B. Mathieu, « Les validations législatives devant le juge constitutionnel. Bilan d'une jurisprudence récente », RFDA, 1995, no 11 (4), juill.-août 1995, pp. 780-788, pp. 784-785.

136 –

(135) En ce sens, voir B. Mathieu, « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot. À propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004 », RFDA, 2004, no 2, mars-avril, pp. 224-229, p. 227 ; B. Mathieu et M. Verpeaux, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », LPA, 2003 ; L. J., M. V., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », LPA, 2005, no 106, pp. 7-12, p. 12.

137 –

(136) À ce sujet, voir C. Charbonneau et F.-J. Pansier, « 35 heures : le droit à la paresse... ou la paresse du législateur », LPA, 2000, no 24, pp. 16-19, p. 17 ; D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1999-2000 », op. cit., p. 60.

138 –

(137) B. Mathieu et M. Verpeaux, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », LPA, 2000, no 150, pp. 22-27, p. 26.

139 –

(138) Cons. const., 7 décembre 2000, no 2000-436 DC, op. cit.

140 –

(139) Cons. const., 19 décembre 2000, no 2000-437 DC, op. cit.

141 –

(140) Cons. const., 1er juillet 2004, no 2004-497 DC, op. cit., considérant no 20 ; voir notre contribution « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », RFDC, 2004, no 60, pp. 809-821.

142 –

(141) En ce sens, voir N. Molfessis, « Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil », op. cit., p. 799.

143 –

(142) En ce sens, B. Mathieu, « L'utilisation de principes législatifs du Code civil comme norme de référence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité », op. cit., p. 36 considère que la liberté contractuelle « est une liberté moins protégée que d'autres ».

144 –

(143) L. FAVOREU, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », op.cit, p. 244.

145 –

(144) À ce propos, voir B. Mathieu, « Droit constitutionnel civil », J.-Cl. adm., fasc. 1449.

146 –

(145) Nous renvoyons sur cette question à la thèse de D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Aix-en-Provence, 21 mai 2005, 500 p.

147 –

(146) À ce sujet, voir L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TRÉMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 162.

148 –

(147) Nous renvoyons sur cette question à la thèse de M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, op. cit.

149 –

(148) À propos de l'« effet horizontal indirect », voir, notamment, L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TRÉMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 110.

150 –

(149) G. ROUHETTE, « Liberté contractuelle et droit constitutionnel en France », op. cit., p. 62.

151 –

(150) Cass. civ. 3e, 15 février 1972, Bull. III 1972, no 100, p. 73 ; Civ. 1re, 6 octobre 1982, Bull. I 1982, no 276, p. 237 ; Cass. civ. 1e, 7 avril 1987, Bull. I 1987, no 119, p. 91 cités par G. Rouhette, « Liberté contractuelle et droit constitutionnel en France », op. cit., p. 25.

152 –

(151) À ce sujet, voir L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TRÉMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 162.

153 –

(152) Notamment, Cass. soc., 1er décembre 1999, inédit ; Cass. soc., 18 décembre 2000, Bull V., 2000, no 434, p. 334 ; Cass. civ. 1re, 25 juin 2002, Bull. I 2002, no 171, p. 131 ; Cass. civ. 2e, 10 octobre 2002, inédit.

154 –

(153) Cass. com. 28 mai 2002, Bull. IV 2002, , no 91 p. 98.

155 –

(154) Cass. civ., 3e, 9 mars 2005, Bull., pourvoi no 01-18039.

156 –

(155) Souligné par nous.

157 –

(156) Cass. civ, 1re, 25 juin 2002, op. cit.

158 –

(157) En ce sens, L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, Droit constitutionnel, Dalloz, Paris, 2006, 9e éd., 968, pp. 323-324 ; N. Molfessis, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, LGDJ, Paris, 1997, 602 p., p. 530.

159 –

(158) E. Picard, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », op. cit., p. 659.

160 –

(159) F. LUCHAIRE, La protection constitutionnelle des droits et libertés, Economica, Paris, 1987, 501 p., p. 341 et s.

161 –

(160) Voir, notamment, B. Mathieu et M. Verpeaux, « Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier », op. cit., p. 7.

162 –

(161) En ce sens, voir, notamment, P. Terneyre, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? », op. cit., p. 672.