



HAL
open science

La liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'homme

Nicolas Bareït

► **To cite this version:**

Nicolas Bareït. La liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'homme. Institut Universitaire Varenne. Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques, L.G.D.J, 2013, 9782916606767. hal-01081666

HAL Id: hal-01081666

<https://hal.science/hal-01081666>

Submitted on 20 Nov 2014

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

La liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'homme

Nicolas BAREÏT

1. Selon certains augures, la Cour européenne des droits de l'homme serait en train de façonner « *l'homme rêvé par le marché* »¹ : un individu « *égoïste, hédoniste* » et dont la « *seule préoccupation* » serait « *sa liberté de tout faire, de prendre tous les risques, de construire son destin sans être entravé* »². L'homme du marché serait ainsi un être libre, libre notamment de conclure des contrats.

La liberté contractuelle est en effet indissociable de la notion de « marché » : à suivre les économistes, le marché n'est rien d'autre qu'un « *lieu de rencontre réel ou fictif entre des offreurs et des demandeurs* »³. Plus précisément, le marché se définit « *comme le lieu de rencontre d'une offre et d'une demande à partir duquel se forme le prix du bien échangé* »⁴. Or, juridiquement, cet échange, cette rencontre d'une offre et d'une demande se réalise par le biais du contrat, qui est alors « *appréhendé*

1 B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D.* 2011, p. 897.

2 *Ibid.*, p. 900.

3 Ph. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 253, 2007, p. 2.

4 J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen – Union européenne, Conseil de l'Europe*, PUF, « Thémis », n° 126, 2011, 2^e éd., p. 90.

comme un instrument de circulation des biens et des services »⁵. Dans cette perspective, l'épanouissement du marché est directement fonction de la faculté accordée aux agents économiques de procéder librement à ces échanges. En d'autres termes, plus la liberté contractuelle est étendue, plus le marché peut se développer. Une question surgit aussitôt : le marché a-t-il vocation à s'épanouir indéfiniment ? La faculté accordée aux agents économiques de conclure des contrats est-elle illimitée ? La liberté contractuelle est-elle une liberté sans entrave ? La jurisprudence élaborée sur le fondement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme fournit un élément de réponse capital : la liberté contractuelle est limitée par les droits fondamentaux.

2. Pour comprendre pleinement la portée de cette affirmation, deux points doivent être précisés.

D'une part, toutes les facettes de la liberté contractuelle ne sont pas ici visées. Chacun sait que la liberté contractuelle peut se décomposer « en deux éléments : la liberté de contracter et la liberté de déterminer le contenu du contrat »⁶. La liberté de contracter implique la liberté de conclure ou de ne pas conclure un contrat ainsi que la liberté de choisir son cocontractant ; la liberté de déterminer le contenu du contrat désigne, quant à elle, la liberté accordée aux contractants « de définir ce à quoi ils s'obligent »⁷. Ces deux facettes de la liberté contractuelle ne soulèvent pas les mêmes problèmes. En effet, au travers de la liberté de contracter, c'est la question de l'**existence** du principe de liberté contractuelle qui se trouve posée, et la jurisprudence européenne n'apporte pour l'heure que des bribes de réponse⁸. À l'inverse, au travers de la liberté de déterminer

5 G. BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, Fondation Varenne, « Collection de Thèses », t. 27, 2010, n° 223, p. 240. V. aussi Th. DUMORTIER, « La référence ambivalente au marché comme justification de la liberté des agents économiques », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 75.

6 L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé », *AJDA*, 1998, p. 677.

7 Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 2009, 10^e éd., n° 24, p. 31.

8 V. J.-Fr. FLAUSS, « Liberté contractuelle et contrôle des loyers à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1990, p. 387 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in Association Henri CAPITANT, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1997, p. 55 ; « Un petit pas de plus vers l'assimilation européenne de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale », *Revue des contrats*, 2009, p. 1211 ; Cl. LALAUT, « Le contrat et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.*, 1999, p. 554 ; D. DE BÉCHILLON, « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Juger l'administration, administrer la justice – Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 53. V. également A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2002, vol. 15, p. 725, note 2.

le contenu du contrat, c'est la question des éventuelles *limitations* de la liberté contractuelle qui est soulevée ; or, en la matière, la jurisprudence est particulièrement riche d'enseignements. Il convient donc de se focaliser sur les hypothèses dans lesquelles la liberté contractuelle a pu être limitée par les droits fondamentaux, certaines clauses contractuelles étant invalidées car contraires aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

D'autre part, cette limitation de la liberté contractuelle n'est pas seulement l'œuvre du juge de Strasbourg. En effet, depuis une quinzaine d'années, la Cour de cassation a développé sa propre jurisprudence sur la question, si bien que le respect des droits de l'homme est devenu un critère presque classique de validité ou d'efficacité des clauses contractuelles. Il est d'ailleurs difficile de savoir si, dans ce domaine, c'est le juge européen qui joue le rôle de « *Mentor* »⁹ à l'égard du juge interne, ou si c'est le juge interne qui est devenu l'aiguillon du juge européen. Il ne semble donc pas opportun de réduire l'analyse aux seuls arrêts rendus par la Cour européenne : jurisprudence interne et jurisprudence européenne doivent être étudiées de concert, de façon à saisir au mieux ce mouvement jurisprudentiel qui place la liberté contractuelle sous la toise des droits de l'homme.

3. Ce mouvement jurisprudentiel n'a pas laissé insensible les observateurs : cette « *entrée en force des droits de l'homme dans le droit des contrats* »¹⁰ apparaît comme un phénomène tout à la fois nouveau et potentiellement révolutionnaire. Ainsi, nous assisterions à une « *modification considérable du paysage juridique* »¹¹. Pourquoi ? « *Parce que les droits fondamentaux s'emparent littéralement du droit des contrats et qu'ils s'en emparent d'une manière qui pourrait être à la fois brusque et suffisamment puissante pour le transformer de fond en comble, en transformer la substance et la logique interne, la manière dont il est agencé et la façon dont les juristes raisonnent à son propos* »¹². Dans ces conditions, comment ne

9 P. TAVERNIER, « Réflexions sur le rôle de Mentor du juge des droits de l'homme. A propos de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg », in *Les droits de l'homme en évolution – Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Bruylant, 2009, p. 479.

10 D. MAZEAUD, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, n° 28, p. 391.

11 D. DE BÉCHILLON, art. cit. (n. 8), p. 54.

12 Chr. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in Gr. LEWCOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, « Méthodes du droit », 2009, p. 177.

pas craindre une « *fondamentalisation excessive et destructurante de notre ordre contractuel* »¹³ ?

En réalité, ce phénomène n'est peut-être pas aussi révolutionnaire qu'il n'y paraît. D'abord, la soumission de la liberté contractuelle au respect des droits fondamentaux n'est pas forcément une idée neuve : déjà, dans les années 1960, les clauses de célibat inscrites dans certains contrats de travail (hôtesses de l'air¹⁴, assistantes sociales rurales¹⁵) soulevaient le problème de la conciliation entre la liberté contractuelle et le droit fondamental au mariage¹⁶. Ensuite, l'analyse de la jurisprudence conduit à relativiser les certitudes ou les fantasmes concernant la force subversive des droits de l'homme. En effet, au regard de la liberté contractuelle, l'homme du marché que le juge est peut-être en train de construire n'a rien d'un surhomme : c'est un homme banal, qui n'a rien perdu de sa liberté mais qui n'en a pas gagné non plus. Sous la toise de la Convention européenne, la liberté contractuelle pourrait bien conserver ses mensurations habituelles.

4. Pour le démontrer, il convient de mettre en lumière l'ambiguïté, voire l'ambivalence, de la jurisprudence. D'un côté, le juge – européen ou interne – n'hésite pas à affirmer sa volonté de soumettre la liberté contractuelle à la Convention européenne des droits de l'homme. La liberté contractuelle n'est donc pas illimitée, les contractants doivent respecter les droits de l'homme lorsqu'ils déterminent le contenu de leur accord. Ce faisant, le juge fait preuve d'une certaine audace, car l'applicabilité de la Convention européenne aux relations contractuelles ne va pas de soi (I). Mais d'un autre côté, l'étude de la jurisprudence révèle que le juge européen se montre assez réservé lorsqu'il s'agit de contrôler effectivement la conventionnalité de certaines clauses, et que le juge interne éprouve quelque scrupule à « neutraliser » complètement une clause qui violerait les droits de l'homme. En d'autres termes, dès lors qu'il s'agit d'appliquer réellement la Convention européenne aux relations contractuelles, le juge – interne ou européen – agit avec une prudence certaine (II).

13 D. MAZEAUD, art. cit. (n. 10), n° 29, p. 392.

14 CA Paris, 30 avril 1963 ; *D.* 1963, juris., p. 428, note A. ROUAST ; *RTD civ.* 1963, p. 570, note G. CORNU.

15 Cass. Soc., 7 février 1968 ; *D.* 1968, juris., p. 429 ; *RTD civ.* 1968, p. 557, note G. CORNU.

16 V. J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, n° 279-281, p. 285-287 ; P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme – Analyse du droit français*, PUAM, 2004, n° 205-215, p. 109-112.

I. L'APPLICABILITÉ DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME AUX RELATIONS CONTRACTUELLES : UNE CERTAINE AUDACE

5. L'idée selon laquelle la liberté contractuelle peut être limitée par la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas une idée si facile à admettre¹⁷. En effet, il s'agit d'imposer à des personnes privées le respect d'un traité international qu'elles n'ont pas, par hypothèse, conclu. De toute évidence, seuls les États contractants sont tenus de respecter la Convention européenne des droits de l'homme, et cette évidence peut s'autoriser d'une tradition immémoriale : « *les libertés publiques se sont affirmées par leur opposabilité à l'État, et de manière plus générale, à la puissance publique. Les droits de l'homme sont alors analysés dans un rapport vertical à l'État* »¹⁸.

De prime abord, cette verticalité semble constituer un obstacle infranchissable. Cependant, certains ont fait valoir que « *pour que les droits de l'homme soient véritablement vécus, il est nécessaire de s'attacher à les faire respecter dans les rapports entre personnes privées* »¹⁹. La notion d'« effet horizontal » a alors surgi dans le débat : « *l'effet horizontal recouvre la relation nouée entre deux personnes privées, à l'inverse de l'effet vertical qui vise les rapports entretenus entre les particuliers et l'État* »²⁰. Dans cette perspective, l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme désigne « *l'application des dispositions européennes aux relations privées* »²¹.

17 V. par exemple P.-Y. GAUTIER, « La cessation du contrat, confrontée aux droits fondamentaux », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 487.

18 J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé – L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La documentation française, 2001, p. 76.

19 J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *René Cassin, Amicorum discipulorumque liber*, Éditions Pedone, 1971, t. III, p. 312.

20 B. MOUDEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français – Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse Limoges, 2006, n° 6, p. 15. V. aussi A. DEBET, *op. cit.* (n. 8), n° 57 et s., p. 66 et s. ; J. RAYNAUD, *op. cit.* (n. 16), n° 51 et s., p. 83 et s. ; Fr. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET et G. GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, « Thémis », 2011, 6^e éd., p. 30 et s. ; P. DE FONTBRESSIN, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, 1995, p. 157 ; P. DE FONTBRESSIN, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme, voie de démocratie participative », in *Les droits de l'homme en évolution – Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Panaras*, Bruylant, 2009, p. 215. V. également D. RIBES, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux – Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, thèse Aix-Marseille, 2005, p. 173 et s.

21 B. MOUDEL, *op. cit.* (n. 20), n° 9, p. 17.

6. Cette notion d'« *effet horizontal* » est essentielle car elle a permis au juge de soumettre les relations contractuelles à la Convention européenne. Il faut l'avouer : une telle admission de l'effet horizontal témoigne d'une certaine audace de la part du juge, car nombreuses sont les critiques adressées à l'encontre de la théorie de l'effet horizontal²². Ainsi, la soumission des relations interindividuelles aux droits de l'homme serait « *superflue* » et dépourvue de toute « *justification convaincante* » ; pire, cette soumission serait « *néfaste* » car « *le champ même des droits tirés de la Convention n'est pas adapté au contentieux contractuel* »²³. L'effet horizontal ne serait finalement qu'une « *invention de la Cour européenne des droits de l'homme* »²⁴.

Faisant fi de ces remarques, la jurisprudence a consacré l'effet horizontal de la Convention européenne, mais cette consécration ne revêt pas la même portée en droit européen et en droit interne. Au niveau européen, le juge a admis, en le justifiant, l'effet horizontal de la Convention européenne, mais en réalité c'est un effet horizontal indirect qu'il a consacré (A). Au niveau interne, le juge, sans s'embarrasser d'aucune justification, a mis en œuvre l'effet horizontal de la Convention européenne de façon, cette fois, directe (B).

A. L'admission de l'effet horizontal indirect par le juge européen

7. L'effet horizontal est qualifié d'« indirect » dans l'hypothèse où un État est mis en cause car « *sa réglementation inexistante ou défailante... ne permet pas de rendre effectifs, entre personnes privées, les droits consacrés par la Convention* »²⁵. L'effet horizontal est bel et bien indirect « *puisque la solution rendue ne s'adresse pas aux personnes privées et ne résout pas leur désaccord, mais est destinée à l'État, qui acquiert ainsi un rôle d'intermédiaire* »²⁶.

Il est important de souligner que, devant la Cour européenne des droits de l'homme, seul l'effet horizontal indirect a pu être consacré, car la Cour

²² V. cependant J. RAYNAUD, *op. cit.* (n. 16), n° 184 bis, p. 197, qui estime que l'admission de l'effet horizontal est aujourd'hui un « *phénomène... acquis* ».

²³ M.-É. ANCEL, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », in G. PIGNARRE (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 127, 129 et 131.

²⁴ Fr. SUDRE, « Petit lexique de la pratique française de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Territoires et liberté – Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruylant, 2000, p. 435. Sous la plume de l'auteur, la formule est ironique.

²⁵ J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *op. cit.* (n. 18), p. 86. V. également L. ABADIE, « Convention européenne des droits de l'homme et contentieux contractuel », *Droit et patrimoine* juillet-août 2010, p. 76.

²⁶ B. MOUTEL, *op. cit.* (n. 20), n° 8, p. 17.

n'est compétente que pour connaître des violations commises par un État signataire. Devant le juge européen, il existe une « *irresponsabilité conventionnelle de la personne privée* »²⁷. Pour autant, cela n'a pas dissuadé la Cour de Strasbourg d'admettre l'applicabilité de la Convention européenne aux relations contractuelles entre personnes privées.

8. À cet égard, l'arrêt « *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/Suède* »²⁸ prononcé le 16 décembre 2008 est tout à fait révélateur du raisonnement suivi par le juge européen pour justifier l'effet horizontal indirect de la Convention.

En l'espèce, un couple d'origine irakienne avait loué un appartement dans une banlieue de Stockholm. Après s'être installés, les locataires avaient découvert, sur la façade de leur appartement, une antenne parabolique qu'ils utilisèrent pour recevoir des programmes télévisés en langues arabe et farsi. Or, dans leur contrat de bail, une clause spéciale prévoyait que « *le locataire ne doit pas installer, sans autorisation expresse, de pancartes, d'enseignes, de pare-soleils, d'antennes extérieures ou tout autre objet similaire sur l'immeuble* »²⁹. Se fondant sur cette clause, le propriétaire de l'immeuble exigea le démantèlement de l'antenne parabolique. Le couple de locataires ayant refusé d'accéder à cette demande, le propriétaire leur signifia la résiliation du bail. Ne pouvant obtenir gain de cause devant les juridictions internes, le couple a donc saisi la Cour européenne, estimant avoir subi une atteinte à sa liberté de recevoir des informations garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Incontestablement, l'origine du litige réside dans la clause du contrat de bail interdisant l'installation d'antennes. Deux libertés s'affrontent ici : la liberté contractuelle, censée permettre aux parties de déterminer comme elles l'entendent le contenu de leur contrat, et la liberté de recevoir des informations, qui est remise en cause par le contrat lui-même. Fort de ce constat, le gouvernement suédois a fait valoir que la Cour européenne n'était pas compétente pour connaître de ce litige. En effet, il s'agit d'un conflit entre deux personnes privées à propos d'une obligation contractuelle et les autorités publiques ne sont pas concernées³⁰.

²⁷ *Ibid.*, n° 87, p. 75.

²⁸ Cour EDH, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa and Tarzibachi c/ Sweden* ; *RTD civ.* 2009, p. 281, note J.-P. MARGUENAUD, *Revue des contrats*, 2010, p. 131, note C. GRIMALDI.

²⁹ *Ibid.*, § 6 : « *The tenant undertakes not to erect, without specific permission, placards, signs, sunblinds, outdoor aerials and such like on the house* ». Nous traduisons.

³⁰ *Ibid.*, § 30.

9. Le juge européen a pourtant déclaré la requête des locataires recevable. Voici son raisonnement qui mérite que l'on s'y attarde. La Cour commence par se référer à l'article 1^{er} de la Convention européenne, aux termes duquel « *les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre 1 de la présente Convention* »³¹. Cette référence à l'article 1^{er} est particulièrement intéressante, car cette disposition est considérée comme le fondement textuel de la théorie de l'effet horizontal³². Et la Cour européenne d'ajouter que les États contractants ne se sont pas uniquement engagés à ne pas porter atteinte aux droits garantis par la Convention, car il existe des obligations positives, inhérentes à ces droits, que les États sont également tenus de respecter³³. En d'autres termes, « *la responsabilité de l'État peut être engagée non seulement du fait de son ingérence 'active' dans tel ou tel droit mais aussi... du fait de son ingérence 'passive', en raison de la non-adoption des mesures positives que l'application concrète du droit réclamait* »³⁴. Notons que cette référence à la théorie des obligations positives n'est pas neutre, car celle-ci est considérée comme le fondement prétorien de la théorie de l'effet horizontal³⁵.

En quelques lignes, le juge européen a posé le cadre conceptuel de son interprétation. Le fait que le litige n'oppose que des parties privées à propos d'une clause contractuelle n'est pas considéré comme un obstacle, dès lors que la combinaison de l'article 1^{er} de la Convention et de la théorie des obligations positives permet à la Cour d'attribuer un effet horizontal au texte européen. Et c'est précisément ce que la Cour va faire. D'abord, elle relève que la liberté d'expression, consacrée par l'article 10 de la Convention européenne, ne peut être véritablement effective que si des mesures positives de protection sont prises par l'État, même dans la sphère des relations interindividuelles³⁶. Partant, l'État suédois pourrait être reconnu responsable s'il n'a pas rempli son obligation positive de préserver la liberté de recevoir des informations, alors même que la remise en cause de cette liberté trouverait sa source dans un contrat de droit privé. C'est ainsi que la théorie des obligations positives permet de sanctionner une violation des droits de l'homme commise par un particulier, tout en justifiant la compétence de la Cour européenne qui, *in fine*, condamnera un État.

Pour conforter son raisonnement, la Cour précise ensuite qu'en principe, elle n'est pas compétente pour régler des conflits de nature purement

31 Cour EDH, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa and Tarzibachi c/Sweden*, arrêt précité, § 31.

32 V. B. MOUTEL, *op. cit.* (n. 20), n° 66 et s., p. 59 et s.

33 Cour EDH, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa and Tarzibachi c/Sweden*, arrêt précité, § 31.

34 Fr. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET et G. GONZALEZ, *op. cit.* (n. 20), p. 23.

35 V. B. MOUTEL, *op. cit.* (n. 20), n° 42 et s., p. 40 et s.

36 Cour EDH, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa and Tarzibachi c/Sweden*, arrêt précité, § 32.

privée. Cependant, elle avoue ne pas pouvoir rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou discriminatoire³⁷. Or, justement, dans le cas d'espèce, la Cour européenne estime que les juridictions internes ont validé le contrat de bail et que, par conséquent, l'expulsion des locataires de leur appartement est le résultat de la décision des tribunaux³⁸. La Cour en conclut que la responsabilité de l'État suédois, au sens de l'article 1^{er} de la Convention européenne, peut être engagée sur cette base. La boucle est donc bouclée.

10. Cet arrêt est remarquable en ce qu'il illustre à la fois le mécanisme de l'effet horizontal et son caractère indirect. Le juge européen confère à l'article 10 de la Convention une dimension horizontale puisqu'il l'applique à des relations privées. Toutefois, cette dimension horizontale reste indirecte car ce n'est pas le propriétaire de l'immeuble qui sera sanctionné, mais l'État suédois qui a permis la conclusion d'un bail renfermant une clause attentatoire à la liberté d'expression³⁹.

Ce détour intellectuel est indispensable pour fonder la compétence de la Cour européenne, et il explique sans doute que, dans les arrêts concernant des clauses attentatoires à des droits fondamentaux, le juge européen ne se prononce pas directement sur la validité de ces clauses, mais statue sur l'interprétation qu'en donnent les juridictions, ou sur les procédures mises en œuvre pour les contester. Comme si la Cour européenne éprouvait toujours le besoin de rattacher la violation du droit fondamental à une intervention quelconque de l'État. Quelques exemples permettront de s'en apercevoir.

11. Ainsi, dans l'arrêt *Langborger c/ Suède*⁴⁰ rendu le 22 juin 1989, un ressortissant suédois avait conclu un contrat de bail d'habitation qui renfermait une « clause de négociation ». En vertu de cette clause, les parties au contrat s'engageaient à accepter le loyer et les autres conditions convenues sur la base de l'accord de négociation conclu entre une union de propriétaires d'immeubles et une union de locataires⁴¹. Peu satisfait du montant du loyer, et désireux de ne plus être représenté par l'union des locataires, le requérant

37 *Ibid.*, § 33.

38 *Ibid.*, § 34.

39 *Ibid.*, § 50.

40 Cour EDH, 22 juin 1989, *Langborger c/ Suède*, req. n° 11179/84.

41 *Ibid.*, § 7.

a résilié le bail et a invité le propriétaire à conclure avec lui un nouveau contrat dépourvu de clause de négociation ; le propriétaire a refusé son offre. L'affaire a été portée devant la Cour européenne, le requérant se plaignant notamment d'une « atteinte à sa liberté d'association, protégée par l'article 11, car il doit accepter, contre son gré et moyennant finance, les services de l'Union des locataires dans les négociations »⁴². La Cour européenne ne l'a pas suivi sur ce terrain : considérant que la question soulevée ne relevait pas du domaine de l'article 11, elle a cependant constaté une violation de l'article 6 § 1 de la Convention, car le tribunal ayant statué sur la demande du requérant de supprimer la clause de négociation ne présentait pas de garanties d'indépendance et d'impartialité suffisantes⁴³. Plutôt que de se prononcer sur la valeur de la clause litigieuse, la Cour européenne a donc préféré focaliser son attention sur le déroulement de la procédure permettant de contester cette clause.

Dans l'arrêt *Van Kück c/ Allemagne* prononcé le 12 juin 2003⁴⁴, la requérante, née de sexe masculin, a subi un traitement de conversion sexuelle. Avant même l'intervention chirurgicale, elle a assigné sa compagnie d'assurance afin que celle-ci lui rembourse les frais pharmaceutiques engagés, ainsi que la moitié des dépenses liées aux opérations de conversion sexuelle. Or, les clauses des conditions générales du contrat d'assurance interdisent à l'assurée de demander un remboursement si la maladie ou l'accident a été délibérément provoqué⁴⁵. Les juridictions internes ont ainsi dû se prononcer sur le point de savoir si le traitement de conversion sexuelle était véritablement nécessaire ou si l'état de la requérante n'était que la conséquence d'un comportement délibéré. Elles ont conclu que la requérante ne pouvait prétendre à un remboursement car elle avait elle-même provoqué sa maladie⁴⁶. Saisie de l'affaire, la Cour européenne ne s'est à aucun moment prononcée sur la validité de la clause de limitation de remboursement ; elle a simplement vérifié si les procédures auxquelles avait donné lieu l'action en remboursement étaient équitables⁴⁷.

Citons enfin les arrêts *Schüth c/ Allemagne* et *Obst c/ Allemagne* prononcés le 23 septembre 2010, ainsi que l'arrêt *Siebenhaar c/ Allemagne* rendu le 3 février 2011⁴⁸. Dans ces trois affaires, des salariés n'ayant pas respecté les obligations de loyauté inscrites dans leurs contrats de travail ont été licenciés,

⁴² *Ibid.*, § 38.

⁴³ *Ibid.*, § 35 et § 39.

⁴⁴ Cour EDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne* ; *RTD civ.* 2004, p. 361, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *Revue des contrats* 2004, p. 788, note A. DEBET.

⁴⁵ *Ibid.*, § 34.

⁴⁶ *Ibid.*, § 23.

⁴⁷ V. en ce sens B. MOUTEL, *op. cit.* (n. 20), n° 154, p. 133.

⁴⁸ Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c/ Allemagne* et *Obst c/ Allemagne*, *JCP G* 2010, n° 1006, obs. M. LEVINET ; Cour EDH, 3 février 2011, *Siebenhaar c/ Allemagne*. V. J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire », *D.* 2011, p. 1637.

et ont contesté leur licenciement devant la Cour européenne en alléguant une atteinte au droit au respect de la vie privée. Ici encore, c'est moins la validité de la clause contractuelle que la conventionnalité de la procédure de licenciement qui a retenu l'attention de la Cour⁴⁹. L'arrêt *Schüth c/ Allemagne* est cependant intéressant car le juge européen se prononce directement sur la valeur de la clause de loyauté⁵⁰ – ce qui est peut-être un signe de rapprochement entre la jurisprudence européenne et la jurisprudence interne.

B. La mise en œuvre de l'effet horizontal direct par le juge interne

12. Devant le juge interne, et singulièrement devant la Cour de cassation, la Convention européenne des droits de l'homme se voit reconnaître un effet horizontal direct. Cela signifie que « *le non-respect de la Convention dans les rapports entre particuliers, dénoncé par une partie, ouvre une procédure contentieuse devant les tribunaux internes judiciaires* »⁵¹. En d'autres termes, les juridictions internes peuvent appliquer la Convention européenne afin de résoudre des litiges purement privés⁵². Or, en mettant en œuvre cet effet horizontal, le juge interne est conduit à contrôler la conventionnalité des clauses contractuelles.

C'est dans le bail d'habitation que la Cour de cassation a, pour la première fois, contrôlé la conformité d'une clause aux dispositions de la Convention européenne. Dans un célèbre arrêt rendu le 6 mars 1996, la troisième chambre civile a en effet jugé que « *les clauses d'un bail d'habitation ne [peuvent], en vertu de l'article 8 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches* »⁵³. En l'espèce, le bail d'habitation stipulait que les locaux ne pouvaient être occupés que par la locataire et ses enfants. Or, la locataire ayant notamment hébergé le père de ses deux derniers enfants, le bailleur avait demandé la résiliation du bail pour hébergement d'un tiers. La Cour de cassation a donc tranché le litige en vérifiant la conformité de la clause d'habitation personnelle aux dispositions de la

49 V. Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c/ Allemagne*, arrêt précité, § 57 et *Obst c/ Allemagne*, arrêt précité, § 43 ; *Siebenhaar c/ Allemagne*, arrêt précité, § 40.

50 Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c/ Allemagne*, arrêt précité, § 71. V. en ce sens J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, art. cit. (n. 48), p. 1639.

51 J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *op. cit.* (n. 18), p. 86. V. aussi L. ABADIE, art. cit. (n. 25), p. 77.

52 V. B. MOUTEL, *op. cit.* (n. 20), n° 8, p. 17.

53 Cass. Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, Bull. n° 60, p. 41 ; *RTD civ.* 1996, p. 580, note J. HAUSER ; *RTD civ.* 1996, p. 897, note J. MESTRE ; *RTD civ.* 1996, p. 1024, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.* 1997, juris., p. 167, note B. DE LAMY ; *JCP G* 1997, II, 22764, note N. VAN TUONG.

Convention européenne, et spécialement au regard du droit au respect de la vie privée. Ce faisant, la Cour de cassation a conféré un effet horizontal direct au texte international.

Cette solution a été confirmée par la suite. Dans un arrêt prononcé le 22 mars 2006, la troisième chambre civile, après avoir visé l'article 8 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, a répété que « *les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches* »⁵⁴. En outre, dans un arrêt rendu le 10 mars 2010, la troisième chambre civile a estimé que « *la cour d'appel a retenu à bon droit que la stipulation contractuelle interdisant le prêt des lieux à un tiers sans le consentement exprès et par écrit du bailleur... ne faisait pas obstacle, conformément aux dispositions de l'article 8 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, à ce que le preneur héberge un membre de sa famille* »⁵⁵.

13. Le bail d'habitation a donc servi de « laboratoire d'expérimentation » de l'effet horizontal de la Convention européenne⁵⁶, mais il n'a pas été le seul contrat concerné. Très rapidement, l'effet horizontal direct a gagné le contrat de travail. Par un arrêt rendu le 12 janvier 1999, la chambre sociale de la Cour de cassation a passé une clause de mobilité au crible du droit européen. Après avoir visé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre sociale a affirmé solennellement que « *selon ce texte, toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* »⁵⁷. Effet horizontal de la Convention européenne, interprétation de l'article 8, contrôles de finalité et de proportionnalité : manifestement, la Cour de cassation prend à cœur sa mission de juge des droits de l'homme et, à partir de cet arrêt inaugural, la chambre sociale n'aura de cesse de vérifier la conformité des clauses de mobilité aux droits fondamentaux⁵⁸.

⁵⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, Bull. n° 73, p. 61 ; *Petites affiches*, 2006, n° 148, p. 18, note É. GARAUD ; *RTD civ.* 2006, p. 722, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *Revue Lamy Droit civil*, mai 2006, comm. n° 2033, obs. S. DOIREAU ; *Revue des contrats*, 2006, p. 1149, note J.-B. SEUBE.

⁵⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mars 2010, Bull. n° 57 ; *D.* 2010, juris., p. 1531, note J.-M. BRIGANT.

⁵⁶ V. en ce sens A. DEBET, « Le Code civil et la Convention européenne des droits de l'homme », in *1804-2004, le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 972.

⁵⁷ Cass. soc., 12 janvier 1999, Bull. n° 7, p. 4 ; *D.* 1999, juris., p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; *RTD civ.* 1999, p. 395, note J. MESTRE ; *Dr. soc.*, 1999, p. 287, obs. J.-E. RAY.

⁵⁸ V. notamment D. CORRIGNAN-CARSIN, « Mobilité géographique du salarié : état des « lieux » », in *Droit et actualité – Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 171 ; L.-K. GRATTON, *Les*

Après le contrat de travail, c'est le bail commercial qui a été confronté à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, une société, preneuse à bail d'un local dans un centre commercial, a assigné son bailleur en restitution des cotisations qu'elle avait versées au titre de son adhésion à l'association des commerçants du centre. Elle se plaignait d'avoir été obligée, par une clause du contrat, à adhérer à cette association et à maintenir son adhésion pendant toute la durée du bail et ses renouvellements successifs. Déboutée par les juges du fond, la société a alors formé un pourvoi en cassation qui a conduit la troisième chambre civile à se prononcer sur la conventionnalité de la clause d'adhésion obligatoire à une association. Dans un arrêt en date du 12 juin 2003, la Haute juridiction a jugé, au visa de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 4 de la loi du 1^{er} juillet 1901, que « *la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association des commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue* »⁵⁹. Cette volonté de faire respecter la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas le propre de la troisième chambre civile. Dans un arrêt rendu le 20 mai 2010, la première chambre civile a confirmé la nullité de la clause d'adhésion obligatoire et a cassé, au nom de l'effectivité des droits fondamentaux, l'arrêt de la Cour d'appel qui, après avoir annulé la clause litigieuse, avait condamné le preneur à payer à l'association une somme équivalente aux cotisations versées avant l'annulation⁶⁰.

14. Enfin, deux autres conventions ont également été examinées à la lumière du droit européen : le contrat d'assurance et le règlement de copropriété.

D'une part, dans un arrêt prononcé le 10 mars 2004, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a contrôlé la conventionnalité d'une clause insérée dans le contrat d'assurance d'un véhicule⁶¹. Selon cette clause, la preuve du vol du véhicule ne pouvait être apportée qu'au moyen d'indices prédéterminés (détériorations liées à une pénétration par effraction dans l'habitacle, forcement de la direction ou de son antivol et modification des branchements électriques permettant le démarrage du véhicule). Au double

clauses de variation du contrat de travail, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2011, vol. 104, n° 768 et s., p. 355 et s.

⁵⁹ Cass. Civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, Bull. n° 125, p. 112 ; *D.* 2003, p. 1695, obs. Y. ROUQUET ; *JCP G* 2003, II, 10190, note Fr. AUQUE ; *D.* 2004, juris., p. 367, note C.-M. BENARD.

⁶⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 20 mai 2010, Bull. n° 118 ; *JCP G* 2010, n° 925, note Fr. PLANCKEEL ; *JCP E* 2010, 1692, note J. RAYNAUD ; *JCP G* 2010, n° 983, obs. M. MEKKI.

⁶¹ Cass. Civ. 2^{ème}, 10 mars 2004, Bull. n° 101, p. 86 ; *RCA* 2004, étude 20, obs. D. NOGUERO ; *Revue des contrats*, 2004, p. 938, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, et p. 1080, obs. A. DEBET ; *RTD civ.* 2005, p. 133, note J. MESTRE et B. FAGES.

visa de l'article 1315 du Code civil et de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la deuxième chambre civile a jugé que « *la preuve du sinistre, qui est libre, ne pouvait être limitée par le contrat* » et elle a cassé l'arrêt de la Cour d'appel qui avait donné raison à l'assureur.

D'autre part, dans un arrêt rendu le 8 juin 2006, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a été amenée à vérifier la conventionnalité d'une clause d'un règlement de copropriété⁶². En l'espèce, un couple de copropriétaires avait édifié sur son balcon, pendant une semaine, une construction en végétaux à l'occasion de la fête juive des cabanes. Or, une clause du règlement de copropriété interdisait l'installation de cannisses ou de tout autre matériau le long des garde-corps et des terrasses, et prohibait toute modification susceptible de porter atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble⁶³. Aux yeux de l'assemblée générale des copropriétaires, l'édification de cette cabane de roseaux contrevenait au règlement de copropriété et devait donc être retirée. Le couple a porté l'affaire devant la Cour de cassation, en faisant notamment valoir que l'interdiction d'édifier une cabane précaire et temporaire sur leur balcon portait atteinte à leur droit d'exercer leur culte tel que consacré par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. La troisième chambre civile a cependant considéré que les juges du fond avaient « *retenu à bon droit que la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété* ».

15. Finalement, tous ces exemples montrent que la Cour de cassation a le « *courage* »⁶⁴ de mettre en œuvre l'effet horizontal de la Convention européenne en droit des contrats. Son attitude appelle toutefois deux remarques.

En premier lieu, alors même que la théorie de l'effet horizontal soulève des difficultés théoriques importantes, la Cour de cassation ne fournit aucune explication ni aucune justification à la soumission du contrat à la Convention européenne des droits de l'homme. À l'instar de Diogène, elle prouve le mouvement en marchant : la Convention européenne a un effet horizontal puisque la Cour de cassation l'applique aux relations contractuelles privées... Comparé aux explications détaillées de la Cour européenne, le silence de la Cour de cassation pourrait surprendre. Il ne faut pas oublier cependant que le juge interne ne se trouve pas dans la même position que le juge européen : ce dernier doit s'expliquer car il doit justifier, légitimer sa compétence en matière de litiges entre personnes

⁶² Cass. Civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, Bull. n° 140, p. 115 ; *Petites affiches*, 2006, n° 133, p. 9, note D. FENOUILLET ; *RTD civ.* 2006, p. 724, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDI* 2007, p. 311, obs. P. CAPOULADE.

⁶³ V. sur ce point P. CAPOULADE, obs. préc., p. 312.

⁶⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ.* 2006, p. 725.

privées ; au contraire, le juge interne est le juge « *naturel* » des relations contractuelles, et sans doute n'éprouve-t-il pas le besoin de s'expliquer lorsqu'il mobilise telle ou telle source du droit pour mener à bien son office.

En second lieu, la Cour de cassation vise les articles de la Convention européenne dans ses arrêts alors même que ce visa pourrait sembler inutile car des textes purement internes auraient permis d'aboutir à des solutions identiques. Il est en effet frappant de constater que la plupart des commentateurs insiste sur l'« autosuffisance » du droit interne : pourquoi fonder la condamnation de la clause d'habitation personnelle sur l'article 8 de la Convention européenne alors que l'article 6 du Code civil aurait constitué un fondement tout à fait adéquat⁶⁵ ? Pourquoi ne pas contrôler les clauses de mobilité au regard de l'article L. 120-2 du Code du travail, devenu l'article L. 1121-1, qui dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* »⁶⁶ ? Et pourquoi ne pas neutraliser la clause du contrat d'assurance qui porte atteinte à la liberté de la preuve en se fondant sur l'article 1131 du Code civil⁶⁷ ? Quant à la clause d'adhésion obligatoire à une association, sa validité n'était-elle pas discutable au regard de la loi du 1^{er} juillet 1901 ?

Toutes ces interrogations sont légitimes, car elles s'appuient sur le principe de subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme : le texte européen ne devrait être appliqué par le juge interne que dans les hypothèses où les textes nationaux ne sont pas suffisants pour préserver les droits de l'homme⁶⁸. Force est de constater que la Cour de cassation ne respecte guère le principe de subsidiarité, mais cette attitude relève davantage de la stratégie que de l'indifférence. D'abord, la référence à la Convention européenne permet au juge français d'afficher son attachement au texte protecteur des droits de l'homme, et de mettre en lumière « *la complémentarité des dispositions françaises et européennes* » ainsi que leur possible « *cohabitation harmonieuse* »⁶⁹. En outre, l'invocation de la Convention européenne permet

⁶⁵ V. A. DEBET, *op. cit.* (n. 8), n° 437, p. 414.

⁶⁶ V. *ibid.*, n° 455, p. 430 ; L.-K. GRATTON, *op. cit.* (n. 58), n° 787 et s., p. 363 et s. ; A. LYON-CAEN et I. VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle – Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 421 ; Th. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Les libertés et droits fondamentaux dans l'entreprise : brèves remarques sur quelques évolutions récentes », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses universitaires de Toulouse, 2001, p. 261.

⁶⁷ V. en ce sens J. MESTRE et B. FAGES, *RTD civ.* 2005, p. 134.

⁶⁸ V. J. NORMAND, « La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme devant la Cour de cassation », in *La procédure en tous ses états – Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Les Petites affiches, 2004, p. 357 ; C. LAURENT-BOUOTOT, *La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'homme*, thèse Limoges, 2006, n° 445 et s., p. 265 et s.

⁶⁹ A. DEBET, art. cit. (n. 56), p. 973.

à la Cour de cassation d'octroyer « une portée générale ou de principe à sa décision »⁷⁰, car le texte européen pare cette dernière d'un surcroît de légitimité.

16. En conclusion, sous l'action combinée des jurisprudences européenne et interne, la Convention européenne des droits de l'homme a pu étendre son empire jusqu'aux relations contractuelles privées. Désormais, le respect des droits fondamentaux constitue une limite à la liberté contractuelle.

En admettant l'effet horizontal de la Convention européenne, les juges ont, en quelque sorte, franchi le Rubicon, mais il n'est pas sûr qu'ils poussent leur audace beaucoup plus loin. Il apparaît en effet que les juges font preuve d'une prudence certaine dès lors qu'il s'agit d'appliquer effectivement la Convention européenne des droits de l'homme aux relations contractuelles.

II. L'APPLICATION DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME AUX RELATIONS CONTRACTUELLES : UNE PRUDENCE CERTAINE

17. En déclarant la Convention européenne des droits de l'homme applicable aux relations contractuelles, les juges ont peut-être considéré qu'ils avaient fait là l'essentiel. L'important n'est-il pas, en effet, d'affirmer que la liberté contractuelle peut être limitée par les droits fondamentaux ? Mais du principe à la réalité, la distance est souvent grande, et une applicabilité potentielle n'aboutit pas toujours à une application effective.

L'observation des jurisprudences européenne et interne donne l'impression que le juge a été quelque peu effrayé par sa propre audace, et qu'il se sent désormais obligé d'agir avec prudence lorsqu'il lui faut effectivement contrôler la conventionnalité des clauses contractuelles.

18. Sans surprise, c'est devant la Cour européenne des droits de l'homme que cette retenue jurisprudentielle ressort avec le plus d'évidence. Nous le savons, il est extrêmement rare que le juge de Strasbourg contrôle directement la valeur d'une clause contractuelle⁷¹. Seuls deux arrêts semblent pouvoir être évoqués en ce sens : la décision *Rommelfanger c/ République fédérale d'Allemagne*⁷² rendue par la Commission européenne des droits de

70 C. LAURENT-BOUTOT, *op. cit.* (n. 68), n° 500, p. 294.

71 *V. supra* n°s 10-11.

72 Com. EDH, 6 septembre 1989, *Maximilian Rommelfanger c/ République fédérale d'Allemagne*, req. n° 12242/86 ; décisions et rapports n° 62, p. 151.

l'homme le 6 septembre 1989, et l'arrêt *Schüth c/ Allemagne*⁷³ prononcé par la Cour européenne le 23 septembre 2010. Il s'agissait, dans les deux cas d'espèce, de contrôler la conventionnalité de clauses de loyauté inscrites dans des contrats de travail, et le juge européen en a profité pour indiquer qu'« *en principe, la Convention autorise des obligations contractuelles de ce type si elles sont librement acceptées* »⁷⁴. Parce que les litiges entre personnes privées ne relèvent pas de son domaine classique d'intervention, la Cour européenne préfère donc rester en retrait.

De façon plus surprenante, la Cour de cassation se révèle également réticente à aller jusqu'au bout de sa logique. La soumission des relations contractuelles aux dispositions de la Convention européenne ne s'est pas traduite par un déferlement tous azimuts de décisions révolutionnant le droit des contrats. En droit interne, la prudence est aussi de rigueur. D'une part, le champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme reste limité à certains types de contrats (A). D'autre part, le juge s'emploie à moduler les sanctions qu'il peut prononcer à l'encontre de clauses attentatoires aux droits de l'homme (B).

A. La limitation du champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme

19. La théorie de l'effet horizontal constitue un passe-partout permettant au juge d'ouvrir toutes les serrures contractuelles. Contrats synallagmatiques ou contrats unilatéraux, à titre onéreux ou à titre gratuit, à exécution instantanée ou exécution successive : *a priori*, tous les contrats sont soumis aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, si bien que la conformité aux droits fondamentaux peut être considérée comme une condition générale de validité des conventions⁷⁵. En ce sens, certains plaident en faveur d'un recours à la Convention européenne pour sanctionner ou, à tout le moins, contrôler certaines clauses contractuelles : les clauses de célibat inscrites dans des contrats à titre onéreux comme à titre gratuit pourraient être annulées sur le fondement de l'article 12 de la Convention européenne protégeant le droit au mariage⁷⁶, tandis que la validité des clauses

73 Arrêt précité.

74 Com. EDH, 6 septembre 1989, *Maximilian Rommelfanger c/ République fédérale d'Allemagne*, décision précitée, p. 170 ; Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c/ Allemagne*, arrêt précité, § 71.

75 V. notamment É. GARAUD, « La violation d'un droit fondamental », in *Lamy Droit du contrat*, étude 245. V. également l'article 59 alinéa 2 du projet de réforme du droit des contrats établi sous la direction de Fr. TERRÉ : le contrat « *ne peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime* » (*Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2009).

76 V. P. HILT, *op. cit.* (n. 16), n° 216 et s., p. 113 et s.

de non-sollicitation ou des clauses de dédit pourraient être réévaluée à l'aune de la Convention européenne⁷⁷.

Dans ce contexte, il est remarquable de constater que le contentieux contractuel n'a pas été englouti par un raz-de-marée provoqué par l'irruption des droits de l'homme. Et ce, pour deux raisons.

20. D'abord, le juge interne – en première ligne dans le contentieux contractuel – n'accède pas systématiquement à la demande des requérants qui invoquent une violation de la Convention européenne par une clause contractuelle. Par exemple, dans un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 12 juillet 2000⁷⁸, une société commerciale avait conclu une promesse de vente de son fonds de commerce avec une autre société. Or, ce fonds de commerce était exploité en vertu d'un bail commercial réservant au bailleur un droit de préemption. Informé de la promesse de vente, le bailleur a décidé de préempter, ce qui a conduit la société à agir en justice pour demander l'annulation de la cession. Déboutée par les juges du fond, la société commerciale a formé un pourvoi en cassation en faisant notamment valoir que la clause de préemption en faveur du bailleur était illicite car contraire à l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le droit au respect des biens. La troisième chambre civile n'a pas été convaincue par cette argumentation : elle a considéré que la cour d'appel avait « *exactement retenu qu'aucun texte ne prohibe l'insertion, dans le bail de locaux à usage commercial d'une clause prévoyant un droit de préemption au profit du bailleur en cas de cession de ce contrat ou du fonds de commerce* », et elle a ajouté que la société commerciale « *invoquait à tort l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme* »⁷⁹. L'invoication du texte européen n'est donc pas toujours un gage de succès.

Ensuite, et surtout, il semble que le juge n'exerce un contrôle de conventionnalité qu'à l'égard de certains contrats spéciaux. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de cassation ne s'est-elle construite qu'à partir d'une poignée de contrats : le contrat de bail (bail d'habitation et bail commercial), le contrat de travail, le contrat d'assurance et le règlement de copropriété. Curieusement, ces mêmes contrats réapparaissent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : le contrat de bail d'habitation dans les arrêts *Langborger c/ Suède* et *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède*, le contrat de travail dans les arrêts *Obst*, *Schüth* et *Siebenhaar* prononcés contre l'Allemagne, et le contrat d'assurance dans l'arrêt *Van Kück c/ Allemagne*.

⁷⁷ V. Pierre-Yves GAUTIER, art. cit. (n. 17), p. 494.

⁷⁸ Cass. Civ. 3^{ème}, 12 juillet 2000, Bull. n° 138, p. 95.

⁷⁹ *Ibid.*

Mais le rapprochement des jurisprudences interne et européenne ne doit peut-être rien au hasard.

21. En pratique, le champ d'application de la Convention européenne est limité à des contrats qui présentent les mêmes caractéristiques, le même « profil » : chacun de ces contrats révèle un rapport de force susceptible de créer des déséquilibres dans la convention. Or, la doctrine n'a pas manqué de souligner que le risque d'atteinte aux droits fondamentaux « *est accru dans les contrats déséquilibrés qui sont le lieu d'exercice d'un pouvoir privé, ce dernier pouvant se révéler aussi menaçant pour les droits fondamentaux d'un individu que peut l'être la puissance publique* »⁸⁰. Il s'agit alors pour le juge de puiser dans les ressources de la Convention européenne des droits de l'homme afin d'assurer au mieux la protection de la partie faible contre la partie contractuellement forte⁸¹. Le contrat de travail illustre parfaitement cette logique : les relations de travail constituent « *un champ de prédilection pour la recherche d'une protection vigilante des droits fondamentaux* »⁸², car « *la nature même du rapport de travail subordonné suppose une restriction à l'exercice des libertés fondamentales* »⁸³. De la sorte, si le juge contrôle particulièrement la conventionnalité du contrat de travail, c'est parce que ce contrat est, par nature, potentiellement attentatoire aux droits de l'homme. Et ce constat vaut pour les autres contrats : le preneur à bail et l'assuré peuvent être considérés comme étant en position de faiblesse par rapport au bailleur et à l'assureur, d'où un contrôle juridictionnel attentif des clauses susceptibles de remettre en cause les droits fondamentaux de la partie la plus vulnérable. Finalement, seul le règlement de copropriété échappe à cette logique de protection de la partie faible.

D'où la nécessité d'affiner l'analyse : les contrats ayant fait l'objet d'un contrôle de conventionnalité sont révélateurs de rapports de force qui naissent et se développent dans des domaines « sensibles », car liés aux conditions de vie des parties concernées. Ainsi, le bail d'habitation et le règlement

⁸⁰ S. CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel – Contrat et Convention européenne des droits de l'homme », in *Libre droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 229.

⁸¹ V. J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel 'de protection de la partie faible' : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 851.

⁸² J.-M. VERDIER, « Relations de travail et droits fondamentaux – Une jurisprudence en éveil », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 653. V. déjà, du même auteur, « En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme », in *Les orientations sociales du droit contemporain – Écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 427.

⁸³ L.-K. GRATTON, *op. cit.* (n. 58), n° 774, p. 357.

de copropriété sont des contrats qui ont pour objet le « *cadre de vie* »⁸⁴ des intéressés. Quant au contrat de travail et au bail commercial, ils sont au cœur de la vie professionnelle du contractant et lui offrent des moyens de subsistance. Enfin, le contrat d'assurance participe de la protection de la personne et des biens de l'assuré. Comme l'explique une doctrine autorisée, la Cour de cassation cherche avant tout à protéger deux droits « fondamentaux » : « *le droit de gagner sa vie par son activité professionnelle* »⁸⁵ et « *le droit de préserver sa vie existentielle* »⁸⁶. En d'autres termes, la liberté contractuelle est limitée par la prise en considération des droits de l'homme à chaque fois que le contrat en question porte sur des intérêts « vitaux ».

22. En résumé, si, en théorie, tous les contrats sont soumis à la Convention européenne des droits de l'homme, en réalité, seuls certains types de contrats, présentant un « profil » particulier, font effectivement l'objet d'un contrôle de conventionnalité. Une telle limitation du champ d'application de la Convention européenne peut être interprétée de deux manières.

Selon un premier point de vue, cette limitation pourrait être perçue comme n'étant que transitoire. N'ayant pas encore l'habitude de manier la Convention européenne dans les relations contractuelles, le juge se montrerait prudent et concentrerait son attention sur les contrats les plus « sensibles », dans lesquels les violations des droits fondamentaux seraient les plus flagrantes. Mais une fois passée cette phase d'adaptation, le juge serait en mesure de vérifier la conformité de n'importe quel contrat aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

Selon un second point de vue, la limitation du champ d'application de la Convention européenne serait quasiment structurelle. En effet, le droit interne n'a pas attendu que les droits de l'homme fassent une entrée fracassante sur la scène juridique pour encadrer la liberté contractuelle lorsqu'un contrat portant sur des intérêts « vitaux » révèle un déséquilibre. Ainsi que l'a noté la doctrine, « *la Cour de cassation a eu recours à la Convention européenne des droits de l'homme pour priver d'effet une clause au bénéfice de la partie réputée la plus faible à propos de contrats qui font l'objet d'un traitement social depuis les premières années du XX^e siècle* »⁸⁷. Effectivement, toute la réglementation des baux d'habitation, des baux commerciaux ou encore du contrat de travail est portée par le souci de rééquilibrer une situation contractuelle

84 R.-N. SCHÜTZ, « Les droits fondamentaux du locataire de l'immeuble à usage d'habitation », *Droit et procédures*, janvier-février 2008, p. 7.

85 J.-P. GRIDEL, « Les droits fondamentaux du contractant au quotidien sont l'objet d'une attention prétorienne renouvelée », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 197.

86 *Ibid.*, p. 203.

87 Chr. JAMIN, art. cit. (n. 12), p. 192.

où l'une des parties est en position de faiblesse par rapport à l'autre, et où ce déséquilibre est considéré comme nocif car remettant en cause les conditions de vie et de subsistance de la personne. La Convention européenne des droits de l'homme ne serait alors qu'un instrument supplémentaire à disposition du juge pour corriger les excès de la liberté contractuelle⁸⁸. Dans cette perspective, le texte européen n'aurait pas vocation à embrasser l'ensemble du contentieux contractuel, mais ne serait utilisé que pour contrôler la validité de contrats classiquement considérés comme « sensibles ».

En tout état de cause, la révolution du droit des contrats n'a pas eu lieu⁸⁹. Pas encore, du moins. Les limites imposées à la liberté contractuelle au nom des droits de l'homme s'inscrivent dans le prolongement des limites qui lui ont été imposées depuis un siècle. Le juge n'est donc pas prêt à bouleverser le paysage juridique actuel – ce qui se traduit également par sa volonté de moduler les sanctions des clauses attentatoires aux droits de l'homme.

B. La modulation des sanctions des clauses attentatoires aux droits de l'homme

23. La protection des droits fondamentaux n'est effective que si les atteintes qui leur sont portées entraînent le prononcé d'une véritable sanction. En effet, « *voilà déjà longtemps que les spécialistes des libertés publiques et des droits de l'homme ont souligné la nécessité impérieuse d'assortir leur reconnaissance de sanctions spécifiques et adéquates, sans lesquelles elle perd en grande partie de sa signification* »⁹⁰. Or, la question de la sanction des atteintes aux droits de l'homme ne se pose pas dans des termes identiques devant le juge européen et devant le juge interne.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, le requérant ne peut réclamer une remise en cause du contrat attentatoire à ses droits fondamentaux ; seule une condamnation de l'État est envisageable⁹¹. Ainsi, dans l'arrêt *Schüth c/ Allemagne*, le juge de Strasbourg a examiné la clause de loyauté inscrite dans le contrat de travail que le requérant avait conclu avec l'Église catholique. Il a considéré que « *l'on ne saurait interpréter la signature apposée par le requérant sur ce contrat comme un engagement personnel sans équivoque de vivre dans l'abstinence en cas de séparation ou de divorce* », et qu'« *une telle interprétation affecterait le cœur même du droit au respect de la vie privée de*

⁸⁸ V. en ce sens *ibid.*, p. 193.

⁸⁹ V. en ce sens Cl. LALAUT, art. cit. (n. 8), p. 561.

⁹⁰ J.-M. VERDIER, art. cit. (n. 82), p. 667.

⁹¹ V. notamment J.-Fr. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, n° 802, p. 896.

l'intéressé »⁹². Dans la mesure où les juridictions nationales n'ont pas respecté cette directive d'interprétation, le juge européen a conclu que « *l'État allemand n'a pas procuré au requérant la protection nécessaire et que, partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention* »⁹³. La sanction de l'atteinte au droit au respect de la vie privée ne s'est donc pas traduite par une annulation du contrat litigieux.

Au contraire, devant la Cour de cassation, la nullité du contrat est la sanction logique des atteintes aux droits fondamentaux du contractant. En effet, la doctrine a montré que « *la protection de l'individu et de ses droits fondamentaux constitue désormais l'une des principales missions de l'ordre public* »⁹⁴. Autrement dit, les droits fondamentaux sont une composante de l'ordre public au sens de l'article 6 du Code civil, et toute clause contraire à l'ordre public doit être annulée⁹⁵. Ainsi, aux yeux de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, la clause d'adhésion obligatoire à une association insérée dans un bail commercial « *est entachée d'une nullité absolue* »⁹⁶. Et la même troisième chambre civile de préciser par ailleurs que cette nullité devait avoir une portée réelle et aboutir à la restitution pure et simple des cotisations versées par le preneur avant l'annulation de la clause litigieuse⁹⁷. En ce qui concerne la clause du contrat d'assurance limitant la preuve du vol à certains indices prédéterminés, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a seulement affirmé que « *la preuve du sinistre, qui est libre, ne pouvait être limitée par le contrat* »⁹⁸, ce qui laisserait entendre que la clause litigieuse doit être neutralisée, c'est-à-dire annulée.

24. La conclusion est donc simple : dès lors que le juge interne est confronté à une clause portant atteinte à un droit consacré par la Convention européenne des droits de l'homme, il doit sanctionner cette atteinte, et il doit la sanctionner par la nullité de la clause. Or, il ressort de certains arrêts que le juge interne n'est pas toujours convaincu de la nécessité d'annuler la clause litigieuse. Il n'hésite pas en effet à moduler les sanctions des atteintes

⁹² Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c/ Allemagne*, arrêt précité, § 71.

⁹³ *Ibid.*, n° 75.

⁹⁴ B. FAUVARQUE-COSSON, « L'ordre public », in *1804-2004, le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 474. V. également Cl. BRUNETTI-PONS, « La conformité des actes juridiques à l'ordre public », in *Études offertes à Philippe Malinvaud*, LexisNexis, 2007, p. 124. V. cependant les nuances apportées par J.-B. SEUBE, *Revue des contrats*, 2006, p. 1151.

⁹⁵ V. B. FAUVARQUE-COSSON, art. cit. (n. 94), p. 480. V. déjà L. JULLIOT DE LA MORAN-DIÈRE, « L'ordre public en droit privé interne », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 392.

⁹⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, arrêt précité.

⁹⁷ Cass. Civ. 3^{ème}, 20 mai 2010, arrêt précité.

⁹⁸ Cass. Civ. 2^{ème}, 10 mars 2004, arrêt précité.

aux droits de l'homme, comme si la nullité de la clause lui semblait parfois trop radicale.

Ainsi, la clause d'habitation personnelle inscrite dans un bail d'habitation a fait l'objet d'un traitement particulier. Dans les arrêts rendus le 6 mars 1996 et le 22 mars 2006, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que les « *clauses d'un bail d'habitation ne peuvent avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches* »⁹⁹. De prime abord, la Cour de cassation ne semble pas se prononcer sur la validité de la clause litigieuse ; elle paraît se contenter d'en limiter les effets. Pourtant, une autre lecture est possible : la clause d'habitation personnelle portant atteinte aux prescriptions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle doit être considérée comme nulle *et de nul effet* (« *quod nullum est, nullum producit effectum* »¹⁰⁰). Dans cette hypothèse, la limitation des effets de la clause résulterait de la remise en cause de sa validité. Cette seconde interprétation pourrait d'ailleurs trouver un appui dans la loi du 13 juillet 2006¹⁰¹ qui a consacré la solution jurisprudentielle en l'inscrivant dans la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs¹⁰². Aux termes de l'article 4 *n* de la loi de 1989, « *est réputée non écrite toute clause... qui interdit au locataire d'héberger des personnes ne vivant pas habituellement avec lui* »¹⁰³. Or, le fait pour le législateur de réputer une clause non écrite s'apparente davantage au prononcé d'une nullité partielle qu'à une limitation des effets de la clause¹⁰⁴.

Telle n'est pourtant pas la voie empruntée par la Cour de cassation. Dans l'arrêt prononcé le 10 mars 2010, la troisième chambre civile considère que « *la cour d'appel a retenu à bon droit que la stipulation contractuelle interdisant le prêt des lieux à un tiers sans le consentement exprès et par écrit du bailleur, était licite, ne faisait pas obstacle, conformément aux dispositions de l'article 8 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, à ce que le preneur héberge un membre de sa famille mais prohibait qu'il mette les locaux à disposition d'un tiers, quel qu'il soit, si lui-même n'occupait plus effectivement les locaux* »¹⁰⁵. Deux enseignements résultent de ce long motif. D'une part,

⁹⁹ Cass. Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, arrêt précité ; 22 mars 2006, arrêt précité.

¹⁰⁰ V. notamment A. PIEDELIÈVRE, « Quelques réflexions sur la maxime '*quod nullum est, nullum producit effectum*' », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, p. 638.

¹⁰¹ L. n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, JO 16 juillet 2006, p. 10662, art. 84.

¹⁰² L. n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, JO 8 juillet 1989, p. 8541.

¹⁰³ V. R.-N. SCHÜTZ, art. cit. (n. 84), p. 12 ; J.-P. GRIDEL, art. cit. (n. 85), p. 208.

¹⁰⁴ V. Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (n. 7), n° 82, p. 102. Pour autant, « *le réputé non écrit n'est pas une nullité partielle* » (S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, *Economica*, 2006, n° 98, p. 55).

¹⁰⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mars 2010, arrêt précité.

la Cour de cassation ne remet pas en cause la validité de la clause d'habitation personnelle : celle-ci est « licite ». D'autre part, la Cour de cassation se contente de limiter les effets de la clause de façon à ce qu'elle respecte les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. En cela, la Haute juridiction se conforme aux directives d'interprétation des actes juridiques proposées par la Cour européenne dans son arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre* rendu le 13 juillet 2004 : le juge national doit conférer aux actes juridiques « le sens le plus conforme au droit interne et à la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour »¹⁰⁶. La sanction de l'atteinte à un droit fondamental n'est donc pas systématiquement la nullité de la clause litigieuse ; elle peut également consister en une « reconfiguration » des effets de cette clause.

25. Une telle modulation des sanctions des clauses attentatoires aux droits de l'homme témoigne du souci de la Cour de cassation de parvenir à un équilibre entre le respect de la volonté des contractants et le respect des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette opération de mise en balance, le recours à la nullité peut alors apparaître déstabilisant. C'est ce qui ressort également de la jurisprudence relative aux clauses de mobilité inscrites dans certains contrats de travail.

Selon l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 12 janvier 1999, toute personne peut librement choisir son domicile, et « une restriction à cette liberté n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché »¹⁰⁷. Il faut remarquer que la Cour de cassation ne se prononce pas expressément sur la validité de la clause de mobilité, mais sur la validité de la « restriction à la liberté de choisir son domicile ». La distinction semble subtile, elle est pourtant déterminante. Ainsi, dans un arrêt inédit prononcé le 3 novembre 2004, la chambre sociale a approuvé la cour d'appel qui avait estimé que la mutation imposée à la salariée « n'était ni indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ni proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché »¹⁰⁸. Or, pour fonder sa décision, la cour d'appel avait retenu « que l'employeur avait mis en œuvre la clause de mobilité avec précipitation en impartissant à la salariée un délai de prévenance et de réflexion insuffisant ». Ce n'est donc pas la validité de la clause de mobilité qui

106 Cour EDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, § 62 ; *RTD civ.* 2004, note J.-P. MARGUÉ-NAUD ; *JCP G* 2005, II, 10052, note Fr. BOULANGER ; *D.* 2005, juris., p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT ; *Defrénois* 2005, art. 38285, p. 1909, note Ph. MALAURIE ; *Revue des contrats*, 2005, p. 645, note J. ROCHFELD.

107 Cass. Soc., 12 janvier 1999, arrêt précité.

108 Cass. Soc., 3 novembre 2004, inédit, pourvoi n° 03-40158.

est contestée, mais bien sa mise en œuvre par l'employeur. Dans un arrêt rendu le 14 octobre 2008, la chambre sociale a confirmé cette approche, puisqu'elle a reproché à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié « *si la mise en œuvre de la clause contractuelle ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché* »¹⁰⁹.

En résumé, et pour reprendre la formule employée par un éminent conseiller à la Cour de cassation, « *la jurisprudence, évitant de se prononcer sur la validité intrinsèque de la clause de mobilité... concentre... son attention sur des exigences à respecter lors de son éventuelle mise en œuvre* »¹¹⁰. Il s'agit, ici encore, de concilier « *la protection due aux libertés invoquées et l'efficacité qu'il convient d'accorder aux clauses contractuelles en limitant l'exercice* »¹¹¹.

26. La jurisprudence interne n'a donc pas instauré un système monolithique de sanctions des clauses attentatoires aux droits de l'homme : selon les cas, ces clauses sont annulées ou simplement limitées dans leurs effets.

Reste à envisager un dernier point : la « sanction » d'un contrat attentatoire aux droits de l'homme ne pourrait-elle pas consister en l'ajout d'une obligation ? En d'autres termes, au-delà de l'« effet élusif » qui aboutit à « *amputer le contrat d'une de ses stipulations* », la Convention européenne des droits de l'homme pourrait-elle avoir un « effet additif » tendant à « *l'ajout au contrat d'une nouvelle prestation* »¹¹² ? La Cour de cassation a déjà apporté une réponse à cette interrogation. Dans un arrêt en date du 18 décembre 2002, la troisième chambre civile a jugé, au visa notamment de l'article 9 de la Convention européenne garantissant la liberté de religion, que « *les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique* »¹¹³. Par cette affirmation, la Haute juridiction refuse tout « effet additif » à la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁴ qui, du coup, ne peut être considérée comme une

109 Cass. Soc., 14 octobre 2008, Bull. n° 192 ; *Revue de droit du travail*, 2008, p. 731, note G. AUZÉRO ; *D.* 2008, juris., p. 3041, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; *JCP G* 2008, II, 10021, note D. JACOTOT. V. également Cass. Soc., 13 janvier 2009, Bull. n° 4.

110 J.-P. GRIDEL, art. cit. (n. 85), p. 204.

111 L.-K. GRATTON, *op. cit.* (n. 58), n° 857, p. 393.

112 É. GARAUD, *RJPF* avril 2003, p. 9.

113 Cass. Civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002, Bull. n° 262, p. 227 ; *RJPF* avril 2003, p. 9, note É. GARAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 290, note J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.* 2003, p. 383, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 575, note R. LIBCHABER ; *Revue des contrats*, 2003, p. 220, obs. A. MARAIS.

114 V. notamment R.-N. SCHÜTZ, art. cit. (n. 84), p. 13 ; S. CHASSAGNARD-PINET, art. cit. (n. 80), p. 237 ; L. ABADIE, art. cit. (n. 25), p. 78.

source d'obligations complétives au sens de l'article 1135 du Code civil¹¹⁵. Certains voient dans cet arrêt l'affirmation d'un principe de « *laïcité contractuelle* »¹¹⁶ ; nous y voyons surtout une preuve supplémentaire de la prudence qui guide le juge dans son application de la Convention européenne des droits de l'homme aux relations contractuelles.

115 V. en ce sens Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2005, vol. 46, n° 262, p. 532.

116 N. DAMAS, « Droit du bail et droit des obligations », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation – Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 171.