

Gass, István\*

## Réflexions sur l'État de droit du point de vue du droit privé : la liberté contractuelle

### ABSTRACT

In this article, the author presents the evolution of freedom of contract (autonomy of the will), one of the most important principles of civil law. The aim of the analysis is to demonstrate that the autonomy of will is not applied in an absolute way. Within the framework of a comparative analysis, the author outlines the different limits of freedom of contract which are intended to protect social justice or the interests of the contracting parties themselves.

**KEYWORDS:** autonomy of the will, social justice, good morals, proportionality of the value of the service and its consideration, freedom of contract as a fundamental right

### I. INTRODUCTION – L'ÉVOLUTION DU PRINCIPE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

L'élément central du concept du contrat des droits modernes est le consentement des parties. Le principe mettant l'accent sur le consentement des parties comme fait générateur de l'obligation entre les parties s'est répandu dans les systèmes juridiques modernes en partie grâce au droit canonique et en partie grâce à la pensée du droit naturel.

L'un des principes les plus importants du droit des contrats, le principe de la liberté contractuelle trouve ses origines dans le théorème qui considère le consensus comme l'élément fondamental du contrat. La liberté contractuelle donne la priorité à la liberté et à l'autonomie privée des personnes entrant dans une relation contractuelle et repose sur le concept selon lequel les parties contractantes peuvent façonner elles-mêmes leurs relations contractuelles, libres de toute influence extérieure. Comme le souligne Attila Harmathy, le sujet de la liberté contractuelle est au centre des recherches juridiques en Hongrie en raison des changements économiques, sociaux et de l'essor du marché dans les années 1990. La littérature considère le principe de la liberté contractuelle comme un des principes cardinaux du droit privé à la suite de la mutation

---

\* Gass, István est avocat et chargé de cours à l'Université Eötvös Loránd, Faculté de Droit, Département de Droit Romain et Histoire Juridique Comparée.

des systèmes économique comme juridique et souligne qu'il agit comme une force motrice d'évolution des conditions du marché.<sup>1</sup>

Le principe de la liberté contractuelle a d'abord été examiné par les juristes français mais il convient de souligner que la terminologie française fait moins référence à la liberté contractuelle mais plus à ce qu'on appelle l'autonomie de la volonté. Dans la littérature juridique française comme par exemple pour le doyen Jean Carbonnier, l'autonomie de la volonté est utilisée dans deux sens : d'une part, au sens du contenu du contrat, et d'autre part, concernant sa forme. La liberté contractuelle en ce qui concerne le contenu du contrat (autonomie de la volonté) signifie, d'une part, que l'individu est libre de décider s'il souhaite entrer dans une relation contractuelle et, s'il le décide, il est libre de déterminer le contenu du contrat.<sup>2</sup> La liberté contractuelle au sens formel signifie que le contrat est conclu par l'expression unanime de la volonté des parties, de sorte qu'en règle générale, aucune exigence formelle n'est requise pour la conclusion du contrat. Dans la littérature juridique française, la liberté contractuelle (autonomie de la volonté) repose sur une base philosophique ou idéologique. Le principe sous-jacent est la philosophie des Lumières qui se concentrait sur l'individu, dont les actions sont déterminées uniquement par la libre volonté. L'autonomie individuelle s'applique également dans le domaine du droit des contrats, il en découle donc directement que tous les engagements contractuels reposent sur une décision individuelle, c'est-à-dire que les personnes concluent un contrat de leur propre gré. L'idée de l'autonomie de la volonté est également étroitement liée à l'approche économique libérale, dont le concept est que l'autonomie des individus est une condition indispensable au bon fonctionnement du marché et qu'un contrat librement conclu est nécessairement équitable et sert l'intérêt des deux (ou de toutes) les parties contractantes. Cette approche se reflète également dans la conclusion de Fouillée qui a affirmé qu'un contrat se matérialise nécessairement par une notion de justice (« qui dit contractuel, dit juste »).<sup>3</sup>

Dans le droit civil hongrois, le principe de la liberté contractuelle occupe une place essentielle dans le système des principes du droit des contrats. Dans le cadre de la liberté contractuelle, l'autonomie des parties contractantes s'exerce à trois égards selon les règles en vigueur (l'article 6:59 du Code civil hongrois). D'une part, les parties sont libres de décider si elles souhaitent entrer dans une relation contractuelle avec d'autres personnes. Une exception à cette règle générale est l'obligation de conclure un contrat qui peut obliger les individus à conclure un contrat pour certaines raisons d'intérêt public ou de régulation du marché. Le deuxième élément de la liberté contractuelle est la liberté de choisir l'autre partie contractante, en vertu de laquelle les individus ont la liberté de choisir avec qui ils souhaitent conclure le contrat. La liberté contractuelle s'applique non seulement à la

<sup>1</sup> A. Harmathy, A szerződési szabadságról, in *Liber Amicorum. Studia E. Weiss dedicata*, (ELTE ÁJK, Budapest, 2002) 117–131.

<sup>2</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, (Presses universitaires de France, Paris, 2000) 53.

<sup>3</sup> F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, (Daloz, Paris, 1999) 28–29.

conclusion du contrat, c'est-à-dire à la phase initiale de la relation contractuelle, mais également à toute la durée de la relation contractuelle. Compte tenu de cela, la liberté contractuelle signifie également que les parties déjà dans une relation contractuelle sont libres de remplir leur contrat avec le contenu (mais dans certaines limites).

## II. LES LIMITES DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LES DIFFÉRENTS DOMAINES DU DROIT – ANALYSE COMPARATIVE

### 1. Les limites de la liberté contractuelle en général

Comme l'indique Gyula Eörsi, en raison des nouveaux défis sociaux et économiques du XX<sup>e</sup> siècle (développement technologique et production de masse), du changement de la nature des relations contractuelles (comme la propagation des contrats de masse) et de l'intervention accrue de l'État, la liberté contractuelle est de plus en plus soumise aux restrictions.<sup>4</sup>

La question centrale des limites de la liberté contractuelle est celle où se situe la frontière jusqu'à laquelle l'État n'intervient pas dans l'autonomie privée des parties contractantes et leur confie le règlement de leur relation contractuelle et quand devient nécessaire de limiter l'autonomie des parties afin de protéger un intérêt social plus large. Dans ce contexte, Jacques Ghestin explique que le contrat repose non sur le principe d'autonomie mais sur celui d'utilité sociale et de justice. Par rapport au déclin de l'autonomie de la volonté, Ghestin procède à la formulation des principes normatifs du contrat et affirme que ce n'est plus l'autonomie de la volonté mais la recherche, par le droit objectif, de l'utile et du juste qui justifie la force obligatoire du contrat. Pour que ces exigences s'appliquent, les parties doivent respecter les règles d'ordre public et de bonnes mœurs prescrites par les normes juridiques objectives.<sup>5</sup>

Comme mentionné précédemment, selon la théorie de Fouillé, un contrat signifie nécessairement la justice. Cette conclusion nous conduit à l'analyse de la relation entre le contrat et la catégorie abstraite de la justice. Dans ce contexte, la question fondamentale est de savoir si la justice (l'équité) doit être considéré comme l'élément de la notion du contrat, c'est-à-dire si le contrat des parties doit répondre à certains critères de la justice, et dans l'affirmative, quelles sont les conséquences juridiques si ces conditions ne sont pas remplies. Nous pouvons examiner la relation entre le contrat et la justice sous deux angles. D'une part, la justice contractuelle peut être examinée dans un sens plus large,

<sup>4</sup> Gy. Eörsi, *Összehasonlító polgári jog*, (Akadémiai Kiadó, Budapest, 1975) 233–234.

<sup>5</sup> G. Alpa, L'avenir du contrat, (1985) 37 *Revue internationale de droit comparé*, 10–12., <https://doi.org/10.3406/ridc.1985.2840>

lorsqu'il s'agit de vérifier si l'accord des parties contractantes est conforme aux exigences générales de la société. Une telle approche de la justice conduit par exemple à la catégorie des contrats qui sont contraires aux bonnes mœurs. Une autre approche de la justice contractuelle met au centre des recherches les intérêts des parties et cherche à répondre à la question de savoir quelles sont les conséquences si un contrat engendre un certain déséquilibre entre les intérêts des parties et comment il est possible de rétablir l'équilibre de la relation contractuelle. Cette problématique soulève la question de la disproportion entre la valeur du service et la contrepartie.

## 2. Liberté contractuelle et justice

Sur la base de ce qui précède, l'une des restrictions les plus importantes à la liberté contractuelle est l'exigence que le contrat conclu par les parties doit également répondre à certains critères dans le but de la protection des intérêts sociaux.

Dans ce contexte, la relation entre le droit et la morale est d'une importance particulière. Il convient d'examiner la question des conditions dans lesquelles l'ordre juridique peut restreindre la liberté contractuelle des parties contractantes afin que le contrat des parties ne porte pas atteinte aux exigences de la morale qui représente un autre aspect important de la régulation du système social. Une telle limitation est expressément prévue à l'article 6 dans le Code civil français dans le cadre du titre préliminaire contenant les règles les plus fondamentales pour la mise en œuvre de l'ensemble du droit privé, stipulant qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Cette règle existe également dans le Code civil hongrois qui stipule qu'un contrat manifestement contraire aux bonnes mœurs est nul. Considérant que le Code civil hongrois, à l'instar des systèmes juridiques étrangers, ne définit pas la notion de bonnes mœurs, les tribunaux doivent décider au cas par cas quelles sont les normes morales dont la violation justifie une restriction de la liberté contractuelle et sur la base de laquelle le contrat est déclaré nul. Il est à noter à cet égard que la jurisprudence joue un rôle important dans l'application de normes juridiques générales fondées sur des concepts juridiques non définis. Sur la base des différents systèmes juridiques étrangers et sur leur pratique judiciaire, la littérature juridique énumère certains éléments centraux qui peuvent jouer un rôle déterminant dans la définition du contenu des bonnes mœurs qui évoluent avec le temps et reflètent les changements sociaux et culturels à une époque donnée. Ces catégories sont par exemple : la protection de l'ordre reconnu, la protection contre les restrictions à la liberté, et la protection contre l'abus de pouvoir ou contre un déséquilibre excessif.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> A. Menyhárd, *A jóerkölcsbe ütköző szerződések*, (Gondolat Kiadó, Budapest, 2004) 59.

La catégorie de la justice contractuelle au sens relatif du terme nous conduit à envisager la problématique de la proportionnalité de la valeur du service et sa contrepartie. Dans ce contexte, la question fondamentale est de savoir si les parties contractantes jouissent d'une liberté illimitée pour déterminer le contenu de leur relation contractuelle et en particulier la valeur de la prestation et de sa contrepartie, ou, au contraire, s'il existe une exigence dans l'intérêt de la justice d'assurer un certain équilibre entre le service et la contrepartie.

Dans les systèmes juridiques européens, il existe plusieurs institutions ou mécanismes juridiques qui ont pour but d'assurer l'équilibre entre la valeur du service et de sa contrepartie. Un bon exemple est la lésion en droit français dans le cadre de la vente d'un immeuble (la rescision de la vente pour cause de lésion) que nous présenterons brièvement. La rescision pour cause de lésion est réglementée à l'article 1674 du Code civil stipulant que si le vendeur a été lésé de plus des sept douzièmes du prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand bien même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value. Le Code civil stipule également que pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente. De plus, le Code civil énonce les règles procédurales concernant la preuve de la lésion en stipulant que cette preuve ne pourra se faire qu'à la suite d'un rapport rendu par trois experts, tenus de dresser un procès-verbal commun, et de ne former qu'un seul avis à la pluralité des voix. Les trois experts sont nommés d'office, à moins que les parties ne se soient accordées pour les nommer tous trois conjointement. En ce qui concerne les conséquences de la lésion, dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en récupérant le prix qu'il a initialement payé, ou bien de conserver le fonds en payant le supplément du juste prix, après déduction d'un dixième du prix total. Il est important de noter que la rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur mais seulement en faveur du vendeur. En raison de l'impact du Code Napoléon sur d'autres systèmes juridiques européens, les règles de la lésion se sont répandues dans plusieurs autres États européens. Ainsi, nous retrouvons l'outil juridique de la rescision pour cause de lésion par exemple en droit civil belge, monégasque ou luxembourgeois selon le même contenu que dans le procédé français, parmi les dispositions concernant la vente.<sup>7</sup>

Les règles de la rescision pour cause de lésion existent également en droit civil autrichien (*Verkürzung über die Hälfte*), cependant, le Code civil autrichien élargit son champ d'application. L'article 934 du Code civil autrichien prévoit que si l'une des parties ne reçoit pas la moitié de la valeur du service fourni par l'autre partie (et ce quelque soit le contrat), la loi confère à la partie lésée le droit de la rescision du contrat

<sup>7</sup> Art. 1674-1685 du Code civil belge, art. 1516-1525 du Code civil monégasque, art. 1674-1685 du Code civil luxembourgeois (« De la rescision de la vente pour cause de lésion »).

(*Aufhebung*) et de demander la remise en l'état d'origine (*Herstellung in den vorigen Stand*). Selon la littérature juridique autrichienne, cette règle se fonde sur l'exigence d'une proportionnalité objective entre le service et la contrepartie qui constitue une restriction légale à la liberté contractuelle des parties.

Par rapport aux différentes solutions juridiques présentées ci-dessus, le droit civil suisse emprunte un chemin différent. Comme nous l'avons vu, ni le droit français ni le droit autrichien ne contribue d'importance aux circonstances qui ont conduit à la disproportion entre la valeur du service et de la contrepartie. Toutefois, en droit suisse, la seule disproportion entre la valeur de la prestation et la contrepartie ne suffit pas pour appliquer les règles de la rescision pour cause de lésion, en effet une condition supplémentaire est requise. L'article 21 du Code des obligations suisse prévoit qu'en cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an à compter de la conclusion du contrat, déclarer qu'elle résilie le contrat en récupérant ce qu'elle a payé, s'il est prouvé que la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa confusion, de sa légèreté ou de son inexpérience. On constate donc qu'en droit suisse, outre la disproportion objective de la valeur de la prestation et de sa contrepartie, il est nécessaire de prouver que la partie a conclu le contrat en profitant sciemment de la situation défavorable de l'autre partie contractante.

### 3. Les aspects constitutionnels de la liberté contractuelle

Enfin, la liberté contractuelle et sa restriction soulèvent également un certain nombre de questions de droit constitutionnel, comme en témoignent les multiples décisions de la Cour constitutionnelle hongroise. Notamment les décisions concernant la nature de la liberté contractuelle, sa qualification comme droit fondamental et les directions de sa limitation. En examinant trois décisions de la Cour constitutionnelle, nous allons brièvement présenter la place de la liberté contractuelle dans la liste des droits fondamentaux constitutionnellement protégés et les conditions dans lesquelles la liberté contractuelle peut être limitée.

La Cour constitutionnelle s'est prononcée pour la première fois dans sa décision n° 13/1990. (VI. 18.) sur l'évaluation de la liberté contractuelle par rapport à la Constitution. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle a fait référence à l'article 9 de l'ancienne Constitution hongroise qui a stipulé que l'économie hongroise est une économie de marché. Selon la Cour, l'élément essentiel d'une économie de marché est la liberté contractuelle que la Cour constitutionnelle considère comme un droit fondamental indépendant. La Cour constitutionnelle a établi que l'essence de la liberté contractuelle est le principe selon lequel les parties sont libres de déterminer le contenu du contrat et de déroger aux dispositions légales.

Dans une autre décision datée de 1991 [n° 32/1991. (VI. 6.)], la Cour a changé de position concernant l'évaluation constitutionnelle de la liberté contractuelle. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle a souligné, en plus de l'importance de la liberté contractuelle, l'importance accrue de l'intervention de l'État dans les relations contractuelles, en établissant que l'État agit comme un facteur déterminant du domaine contractuel. La Cour a également précisé que la liberté contractuelle ne s'applique pas d'une manière absolue, l'État ne laisse pas pleinement libre cours à l'accord des parties, plus encore l'État peut imposer toute une série de restrictions limitant l'accord des parties par le biais des dispositions légales ou réglementaires. Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle accentue l'intervention du droit public dans la matière des contrats privés. En se référant à des exemples internationaux, la Cour constitutionnelle a souligné que dans de nombreux domaines du droit privé, certaines restrictions à la liberté contractuelle sont devenues nécessaires pour préserver l'économie nationale. La Cour retient cette démonstration dans plusieurs exemples comme le droit de la concurrence, la question de l'abus de position dominante, le contrôle des fusions et acquisitions, la protection de l'environnement et la protection des consommateurs.

Par ces conclusions, la Cour constitutionnelle a confirmé qu'en raison du changement des conditions économiques et sociales, nous assistons progressivement au déclin de la liberté contractuelle. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle a également considéré que la raison principale de la restriction de la liberté contractuelle et de l'intervention de l'État était justifiée par la protection des parties contractantes. Selon l'avis de la Cour constitutionnelle, les contrats établissant une relation juridique durable entre les parties représentent certains risques pour ces parties, la teneur économique du contrat peut changer après la conclusion du contrat, l'équilibre économique peut être rompu et ces inégalités ne peuvent être corrigées que si l'État intervient dans la relation contractuelle. La Cour a établi qu'une telle intervention de l'État (par exemple l'obligation de conclure un contrat ou la détermination du contenu d'un contrat par la loi) a pour but de permettre l'ajustement des conditions économiques et contractuelles changées. La conclusion finale de la décision est que la liberté contractuelle fait partie de l'économie de marché, ayant acquis une valeur constitutionnelle. Cependant, contrairement à la décision précédente, la liberté contractuelle ne peut être considérée comme un droit constitutionnel fondamental, de sorte que celle-ci peut être limitée même en termes de son contenu essentiel, s'il existe des motifs constitutionnels qui justifient une telle restriction.

En évaluant les conclusions de la Cour constitutionnelle et à l'appui de la pratique, on peut affirmer que la restriction constitutionnellement justifiée de la liberté contractuelle et l'intervention de l'État dans les relations contractuelles peuvent être observées dans plusieurs domaines, en particulier le droit de la concurrence et le droit de la consommation. La Cour constitutionnelle a déclaré que la liberté contractuelle fait partie de l'économie de marché, de sorte que le principe de la liberté contractuelle est

étroitement lié à la libre concurrence et au libre fonctionnement du marché à l'abri des influences extérieures. L'essence de cette relation est que la libre concurrence est fondée sur le principe de la liberté contractuelle. Toutefois, la liberté contractuelle garantissant des conditions de marché libres peut être limitée par l'ordre juridique dans le cas où le comportement et l'accord des parties contractantes peuvent entraîner une restriction de la concurrence ou porter préjudice aux opérateurs économiques se trouvant dans une situation économique plus faible. Ainsi, l'État intervient dans la relation contractuelle et limite la liberté contractuelle par le biais des mesures contraignantes afin de protéger un intérêt public et social plus large.

Enfin, la liberté contractuelle a fait l'objet d'une décision n° 64/1993. (XII. 22.). En l'espèce, la Cour s'est référée à sa jurisprudence antérieure concernant l'évaluation constitutionnelle de la liberté contractuelle et a rappelé que la liberté contractuelle est un élément essentiel d'une économie de marché, mais ne peut être considérée comme un droit constitutionnel indépendant. La Cour constitutionnelle a également déclaré que l'application sans restriction de la liberté contractuelle n'est garantie ni par les dispositions du Code civil hongrois ni par celles de la Constitution.

### III. CONCLUSIONS

En guise de conclusion, nous pouvons constater que la liberté contractuelle ne joue pas toujours un rôle exclusif dans la relation des parties, l'autonomie de la volonté ne peut pas être appliquée d'une manière absolue. Un élément qui peut limiter le rôle exclusif de l'accord des parties contractantes peut être l'exigence de la justice sociale. L'exigence de la justice sociale peut protéger des intérêts sociaux plus larges, des valeurs (éthiques, déontologiques, morales) généralement admises par la société (cela nous conduit par exemple à la question des contrats contraires aux bonnes mœurs) et les intérêts des parties contractantes elles-mêmes (c'est la question de la disproportion de la valeur du service et de la contrepartie). Nous pouvons également constater qu'en raison des changements sociaux et économiques du XX<sup>e</sup> siècle, le rôle de l'intervention de l'État dans la relation contractuelle des individus s'accroît dans de nombreux domaines du droit civil dans le but de corriger les relations économiques déséquilibrées en vue de la protection de l'ensemble des intérêts sociaux.