



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit privé général
Dirigé par le Professeur Laurent LEVENEUR
2022

***La renonciation contractuelle aux droits
fondamentaux***

Ynès BELKHIR

Sous la direction du Professeur Laurent LEVENEUR

TABLE DES ABREVIATIONS

NB : Seules les abréviations juridiques sont indiquées ici

1^{re} civ.	Première chambre civile
2^e civ.	Deuxième chambre civile
3^e civ.	Troisième chambre civile
AJDA	L'Actualité juridique. Droit administratif.
Ass. plén.	Assemblée plénière
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. consom.	Code de la consommation
C. pén.	Code pénal
C. pr. civ.	Code de procédure civile
C. trans.	Code des transports
C. trav.	Code du travail
C.C.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEE	Communauté économique européenne
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
Civ.	Chambre civile
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Chambre commerciale

II

Cons.	Considérant
Const.	Constitution
Conv. eur. droits homme	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPCE	Code des procédures civiles d'exécution
CPI	Code de la propriété intellectuelle
Crim.	Chambre criminelle
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
D. act.	Dalloz actualités
DC	Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, traités, et règlements des Assemblées
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789
Defrénois	Defrénois. Revue du notariat
Dir.	Directive
DP	Dalloz périodique
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948
Europe	Revue mensuelle du droit de l'Union européenne
JCP G	La semaine juridique. Edition générale
JCP Communication	La semaine juridique. Communication – commerce électronique
JCP trav	La semaine juridique. Droit social
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République Française

III

JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
L.	Loi
LPA	Les Petites Affiches
OIT	Organisation internationale du travail
Ord.	Ordonnance
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDC	Revue des contrats
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDSS	Revue de droit social et sanitaire
RDT	Revue de droit du travail
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
SCOC	Supreme court of Canada [Court suprême du Canada]
SCOTUS	Supreme court of the United States [Court suprême des Etats-Unis)
Soc.	Chambre sociale
UE	Union européenne
Ville	Cour d'appel

SOMMAIRE

Introduction.....	1
Partie I : La validité de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux.....	8
<u>Titre I : La validité matérielle de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux.....</u>	<u>8</u>
Chapitre I : L'ineffectivité du droit fondamental atteint.....	8
Chapitre II : La prohibition des clauses liberticides.....	22
<u>Titre II : La validité formelle de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux.....</u>	<u>34</u>
Chapitre I : Les modalités subjectives de la renonciation : un consentement libre et éclairé.....	34
Chapitre II : Les modalités objectives de la renonciation : une atteinte justifiée et proportionnée.....	48
Partie II : Les effets de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux.....	62
Chapitre I : L'exécution de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux.....	62
Chapitre II : L'inexécution de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux.....	67
Conclusion.....	72

INTRODUCTION

1. « Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs. Il n'y a nul dédommagement possible pour quiconque renonce à tout. Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme, et c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute liberté à sa volonté. »¹

2. L'idée de renonciation aux droits fondamentaux n'est pas nouvelle ; la théorie du contrat social de Rousseau s'y réfère implicitement, dans la mesure où ce contrat suppose que les individus renoncent à une part de leur liberté pour bénéficier d'une certaine sécurité. Elle n'est pas non plus désuète, dès lors que les débats contemporains sur l'euthanasie ou la gestation pour autrui posent nécessairement la question de la renonciation par le malade à son droit à la vie² ou au droit de la mère-porteuse au respect de son intégrité physique³. De même, l'interdiction du port du voile islamique dans certaines circonstances⁴, parfois appréhendée comme une forme de renonciation au droit à l'égalité des sexes ou à la liberté des femmes⁵, démontre que le titulaire d'un droit fondamental ne peut pas toujours faire prévaloir sa revendication d'autonomie sur ses propres droits fondamentaux⁶.

3. « Priver les populations de leurs droits fondamentaux revient à contester leur humanité même »⁷. L'importance des droits fondamentaux dans les systèmes juridiques modernes des Etats de

¹ ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Pléiade [t. III], 1758, p. 1866

² Conv. eur. droits homme, art. 2 : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. [...] ».

³ CEDH, 25 avril 1978, *Tyrrer c/ Royaume-Uni*, aff. n°5856/72, §33 : La Cour considère pour la première fois que la protection de « la dignité et l'intégrité physique de la personne [...] figurent précisément parmi les buts principaux de l'article 3 ».

⁴ Not., par les agents du service public en application du principe de laïcité (Const., art. 1) ; dans les écoles, collèges et lycées (L. n°2004-228 du 15 mars 2004) ; lorsqu'il dissimule le visage de la femme et rend impossible son identification (L. n°2010-1192 du 11 octobre 2010) ; au cours de la participation, y compris lors des sorties scolaires, aux activités liées à l'enseignement dans ou en dehors des établissements, organisées par ces écoles et établissements publics locaux d'enseignement (L. n°2021-1109 du 24 août 2021) ; dans les compétitions sportives (L. n°2022-296 du 2 mars 2022)

⁵ V. not. : C.C., 7 octobre 2010, *Loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, n°2010-613 DC, Cons. 4 : « Considérant [...] que le législateur a estimé que [...] les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité. »

⁶ V. not. : DE SCHUTTER O. et RINGELHEIM J., « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Bruylant Bruxelles, 2005 ; AÏT EL KADI Z., « Compatibilité de l'interdiction du port du voile islamique avec les droits de l'homme » [en ligne], *D. act.*, 12 décembre 2008 [consulté le 30 mai 2022] ; CLAVAGNIER B., « Le foot, le hijab et le juge » [en ligne], *Juris associations*, 2022 [consulté le 30 mai 2022], n°655, p.3

⁷ « To deny people their human rights is to challenge their very humanity » (MANDELA N., *Discours d'investiture du Président Nelson Mandela*, République d'Afrique du Sud, 10 mai 1994)

droit, qui constituent la principale limitation des pouvoirs des gouvernants sur leurs populations, se heurte à la difficulté d'en définir précisément le contenu. Ainsi, les droits fondamentaux « *s'avèrent difficilement saisissables* »⁸, et dès que l'expression est avancée « *une rafale de questions surgit et l'impression d'un grand malentendu s'installe* »⁹.

4. Lorsque l'on retrace les origines historiques des droits fondamentaux, on observe que ces derniers constituent l'héritage juridique des droits de l'Homme. Cette notion philosophique et politique émerge au XVI^e siècle sur le fondement des théories individualistes, visant la primauté de l'individu sur la société, et du droit naturel, affirmant la préexistence des droits subjectifs sur la société¹⁰.

5. La première hésitation terminologique porte sur l'opposition entre droits et libertés. Il est fréquemment avancé que, si les droits fondamentaux doivent être précisément délimités, les libertés fondamentales sont par essence indéterminées puisqu'elles préexistent à tout ordre juridique. *A contrario*, il est également opposé que toutes les notions juridiques sont indéterminées, dans la mesure où elles n'acquièrent une signification normative particulière qu'à partir du moment où elles sont interprétées (notamment, par la loi, la jurisprudence ou la doctrine). En outre, les deux notions, qui sont le fruit d'une « *double identité politique et juridique* », sont intuitivement associées ; en effet, « *affirmer la 'liberté' d'expression ne revient-il pas nécessairement à garantir le 'droit' de s'exprimer librement ?* »¹¹. C'est pourquoi le terme droits fondamentaux doit être entendu dans son sens générique, renvoyant à la fois aux droits fondamentaux *stricto sensu* et aux libertés fondamentales.

6. On propose classiquement deux définitions des droits fondamentaux, qui se fondent tantôt sur leur contenu, et tantôt sur leur consécration. Néanmoins, elles ne sont pas forcément opposées et peuvent même être complémentaires, dans la mesure où la consécration d'un droit fondamental dans un texte haut placé dans la hiérarchie des normes traduit l'importance des valeurs qu'il porte.

7. La définition matérielle du droit fondamental renvoie à l'importance des valeurs qu'il est censé incarner pour la société. Les droits fondamentaux évoluent donc nécessairement avec les besoins des individus qui la composent, et c'est pourquoi la doctrine distingue traditionnellement plusieurs générations. Les premiers droits fondamentaux sont de nature civile et politique ; ils ont été consacrés au XVIII^e par un Etat libéral qui tendait à protéger l'individu contre l'arbitraire des gouvernements (grâce, par exemple, au droit au respect de sa vie privée, à la liberté de communication et d'expression

⁸ MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, GHESTIN J. [dir.], Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2003, p. 241, n°397

⁹ GIRARD C., *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques*, La Sorbonne éditions, 2010

¹⁰ V. not. FAVOREU L., *Droit des Libertés fondamentales*, Dalloz [éd. n°8], 2021, p. 15 et s.

¹¹ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz [éd. 4], 2020, p. 9, n°3

ou à la liberté d'aller et de venir). Puis, les droits économiques et sociaux, apparus aux XIXe et XXe siècles dans un contexte de révolution industrielle, ont été consacrés par un Etat social qui s'adresse davantage à la collectivité (à travers, par exemple, le droit de grève, la liberté de travailler et d'entreprendre ou la liberté syndicale). Enfin, les droits-solidarités, consacrés au XXIe siècle, dépasseraient le cadre des Etats dans un objectif de protection de l'environnement (nous pouvons citer, à titre d'illustration, le droit à un environnement sain ou le droit au développement). Or, si la définition matérielle des droits fondamentaux est un indicateur précieux des évolutions sociétales, elle génère une certaine insécurité juridique, et c'est pourquoi les juristes lui préfèrent une définition formelle.

8. La définition formelle des droits fondamentaux se fonde sur la place qu'occupe la norme qui les porte dans la hiérarchie des normes ; ils sont donc consacrés par la Constitution ou par les Traités internationaux, ce qui les rend opposables aux trois pouvoirs constitués¹². Deux conséquences juridiques s'attachent à une telle approche : d'une part, les droits fondamentaux s'imposent au législateur qui ne peut pas les supprimer ou y porter une atteinte excessive ; d'autre part, les décisions de justice qui les sanctionnent ont vocation à s'imposer dans l'ordre juridique¹³. Cette approche formelle des droits fondamentaux permet de les déterminer plus facilement, ce qui comporte l'avantage d'une certaine sécurité juridique, et ce qui permet d'englober un nombre important de droits. En effet, les droits fondamentaux n'ont cessé de se multiplier depuis la fin de la seconde guerre mondiale, notamment grâce à la jurisprudence extensive de la Cour européenne des droits de l'Homme et à l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en 2008¹⁴.

9. « *La renonciation apparaît insaisissable : le législateur lui-même n'a pas jugé bon de se risquer à une définition* »¹⁵. La polysémie de ce terme, qui se retrouve essentiellement en droit civil¹⁶, appelle donc elle aussi quelques précisions. La renonciation se définit essentiellement à travers son caractère abdicatif, ce qui la distingue des opérations translatives sur obligation (telles que la cession, l'aliénation ou la disposition).

10. Cette définition doit toutefois être nuancée lorsqu'il est question de renoncer à un droit fondamental. En effet, la renonciation n'entraîne pas l'anéantissement du droit fondamental ; le renonçant reste titulaire de son droit, mais il est indisponible. Dès lors, la renonciation *lato sensu* peut

¹² KELSEN K., *Théorie pure du droit*, LGDJ [2^e éd.], 1960

¹³ Elles émanent essentiellement du Conseil constitutionnel, de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat, de la Cour de Justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme.

¹⁴ C., art. 16-1

¹⁵ HOUTCIEFF D., « Renonciation », in *Répertoire de Droit civil*, Dalloz [en ligne], 2017 (act. 2021) [Consulté le 30 mai 2022], n°1

¹⁶ V. not. : DUCOIN C., *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil français*, Université de Lyon, 1914, 192 p.

être identifiée chaque fois qu'un individu s'engage, par un acte juridique, à ne pas exercer son droit fondamental ou à l'exercer dans un sens déterminé.

11. La renonciation aux droits fondamentaux n'est pas nécessairement contractuelle ; chacun peut renoncer à son droit fondamental en s'abstenant de l'exercer ou en se gardant d'agir en justice pour se plaindre d'une atteinte portée à ce droit. En outre, elle peut également être stipulée dans un contrat public, mais cette hypothèse relève davantage du droit administratif et ne sera pas abordée ici.

12. L'hypothèse qui nous intéresse est celle où un individu consent à l'avance une atteinte à ses droits fondamentaux par un contrat. Ce contrat peut être unilatéral ou synallagmatique ; son objet importe peu, mais on remarque en pratique qu'il s'agit souvent d'un contrat de travail ou de bail, d'une libéralité ou d'une transaction. L'acte abdicatif prend alors la forme d'une clause principale « *indispensable à la fois à l'existence même dudit contrat [...] et à sa qualification* »¹⁷, ou d'une clause accessoire lorsqu'elle « *n'apparaît pas indispensable à la réalisation de l'opération contractuelle* »¹⁸. La plupart du temps, cet engagement conventionnel se traduira par une obligation de faire ou de ne pas faire à la charge du renonçant ; plus rarement, le renonçant se trouvera créancier d'une obligation conditionnelle.

13. Evolution du sujet. Les juristes publicistes ont dans un premier temps appréhendé la problématique de l'atteinte aux droits fondamentaux sous un angle vertical, visant l'hypothèse où la puissance publique viole les droits subjectifs d'un particulier, par des actes positifs ou négatifs. Mais la question de l'atteinte aux droits fondamentaux dans les relations horizontales a longtemps été ignorée par la doctrine civiliste, encore aujourd'hui divisée sur la question d'une possible « *fondamentalisation du droit privé* »¹⁹. La réticence des auteurs privatistes à admettre la validité de la renonciation aux droits fondamentaux dans les actes privés semble s'expliquer, d'une part, parce qu'il paraît paradoxal d'admettre la « *marchandisation* » par contrat de droits par nature extrapatrimoniaux²⁰, et d'autre part, surtout, par la crainte d'admettre l'abdication de droits qui sont par définition au fondement « *de ce qui fait l'humanité de l'homme* »²¹.

¹⁷ CARDOSO-ROULOT, « Les obligations essentielles en droit privé des contrats », *Logiques juridiques*, 2008, p. 33, n°14

¹⁸ HYDE A.-A., *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat : Essai d'une théorie*, FABRE-MAGNAN M. (dir.), Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2012, p. 302

¹⁹ V. not., DROUILLET C., *Ordre public et droits fondamentaux. Contribution à l'étude de la fondamentalisation en droit privé interne*, Université de Pau, 2018

²⁰ DE SCHUTTER O. et RINGELHEIM J., « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », op. cit.

²¹ MOLFESSIS N., « La dignité de la personne humaine en droit civil » in *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 123 et s.

14. Or, la renonciation aux droits fondamentaux est un phénomène qui se traduit *de facto* dans les contrats privés depuis le XIXe s. En effet, « *la dérèglementation des relations de travail* »²² couplée à une certaine inégalité entre les contractants a toujours fait du contrat de travail un terrain propice à la stipulation de clauses par lesquelles le salarié renonce à ses droits fondamentaux (comme, par exemple, les clauses de non-concurrence, de mobilité ou de secret professionnel). Aussi, le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication s'est traduit devant les tribunaux par un contentieux important relatif à la renonciation au droit à l'image. Par ailleurs, ce sont parfois les Etats eux-mêmes qui encouragent les parties au contrat à renoncer à certains de leurs droits fondamentaux, notamment à travers la promotion des modes alternatifs de règlement des litiges, car en renonçant à leur droit au juge les parties contribuent à désengorger les tribunaux.

15. En conséquence, de nombreux travaux universitaires permettent aujourd'hui d'affirmer que la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux est non seulement valable, mais aussi qu'elle a été absorbée par la théorie générale des obligations²³. En outre, la Cour européenne des droits de l'Homme admet de longue date que : « [...] *Sans doute la nature de certains droits garantis par la Convention exclut-elle un abandon de la faculté de les exercer [...], mais il n'en va pas de même de certains autres* »²⁴. Mais, surtout, on observe que le projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription avait consacré les droits fondamentaux comme catégorie autonome, les détachant ainsi de l'ordre public avec lequel ils sont souvent confondus : « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché.* »²⁵. Or, s'il est impossible de porter atteinte à l'ordre public par contrat, il n'en est pas de même pour les droits fondamentaux, dans la mesure où « *si l'atteinte à l'ordre public est radicalement*

²² CHAZAL J.-P., « Simplifier le droit du travail : entre naïveté herméneutique et démantèlement politique » [en ligne], *D.*, 2015, p. 1593

²³ V. not. : RIPOCHE E., *La liberté et l'ordre public contractuels à l'épreuve des droits fondamentaux*, LEQUETTE Y. (dir.), Université Paris Panthéon-Assas, 2019, 1080 p. ; ARROYO ; J., *La renonciation aux droits fondamentaux*, DUPRE DE BOULOIS X. (dir.), Université Grenoble Alpes, 2014, 669 p. ; MAURIN L., *Contrat et Droits fondamentaux*, LEQUETTE Y. (dir.), Université d'Aix-Marseille, 2013, 514 p. ; HYDE A.-A., *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat : Essai d'une théorie*, FABRE-MAGNAN M. (dir.), Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2012, 654 p. ; FRUMER P., *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Université libre de Bruxelles, 2001, 756 p. ; RAYNAUD J., *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, GARAUD E. (dir.), Université de Limoges, 2001, 439 p.

²⁴ CEDH, 10 févr. 1983, *Albert et le Compte contre Belgique*, aff. n°7299/75 et 7496/76, §35

²⁵ Ministère de la justice, *Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, art. 1102 : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché.* »

impossible, celle apportée aux droits et libertés fondamentaux peut en revanche être rachetée par un contrôle de proportionnalité »²⁶.

16. Champ d'application du sujet. La catégorie des droits fondamentaux est large, mais une précision peut d'ores et déjà être faite : seuls les droits fondamentaux des personnes physiques privées seront étudiés, à l'exclusion des droits fondamentaux des personnes morales²⁷. Aussi, l'hypothèse qui nous intéresse est celle où une partie s'engage par avance, dans un contrat, à ne pas exercer son droit fondamental ou à l'exercer dans un sens déterminé. En conséquence, la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux concerne, *rationae personae*, une personne privée physique et partie à un contrat.

17. En outre, la définition formelle des droits fondamentaux présente l'avantage d'une certaine clarté, et c'est pourquoi c'est cette dernière qui sera retenue. Tous les droits individuels et économiques consacrés par la Constitution ou par des Traités internationaux seront étudiés, à l'exception des droits-créances²⁸ et du principe d'égalité²⁹. Par ailleurs, les atteintes verticales aux droits fondamentaux, qui puisent leur source dans des dispositions légales *lato sensu* (c'est-à-dire dans des lois, des règlements ou dans la jurisprudence), ne seront pas étudiées ici puisqu'elles relèvent du droit administratif ; c'est pourquoi seules les clauses insérées dans des contrats privés seront abordées. Ainsi, la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux concerne, *rationae materiae*, l'hypothèse où une personne privée renonce, par une clause insérée dans un contrat, à un droit fondamental à caractère personnel ou économique consacré par la Constitution ou par un Traité international.

18. Enfin, l'étude de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux a pour objet le droit français, plus précisément le droit des contrats tel que consacré par le Code civil de 1804. Mais le droit de l'Union européenne et surtout la Convention européenne des droits de l'Homme ne sauraient être ignorés, en raison de leur influence sur le droit interne. Donc, seront étudiées, *rationae loci* et *rationae temporis*, les contrats soumis au droit civil français.

19. Intérêts du sujet. La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux s'inscrit à contresens du mouvement de fondamentalisation du droit privé. En effet, l'irruption massive des droits

²⁶ Commentaire sous l'article 1102 du Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription [en ligne], Dalloz [Consulté le 30 mai 2022]

²⁷ Sur la reconnaissance de droits fondamentaux aux personnes morales v. not. : GUYON Y., « Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé », *AJDA*, 1998, p. 136

²⁸ Les droits-créances nécessitent une action de l'Etat ; en conséquence, leur non-exercice résulte davantage de l'ignorance de leur titulaire que d'une renonciation. Il s'agit, par exemple, du droit au développement ou le droit à un environnement sain.

²⁹ Le principe de non-discrimination est d'ordre public, et par définition inatteignable, donc *a fortiori* insusceptible de renonciation (V. not., DREANO M., *La non-discrimination en droit des contrats*, SAVAUX E. (dir.), Université de Poitiers, 2018, 864 p.)

fondamentaux dans la sphère contractuelle depuis la fin de la seconde guerre mondiale s'est essentiellement traduite par une réduction de la liberté contractuelle des contractants, qui se retrouvent dès lors assujettis à un devoir réciproque de respect des droits fondamentaux. Or, on observe aujourd'hui une tendance inverse de contractualisation des droits fondamentaux ; les contractants, en quête d'autonomie, s'emparent des droits fondamentaux comme objet du contrat afin de promouvoir leur développement (à travers, par exemple, la stipulation de codes de conduite ou de clauses éthiques) ou, au contraire, d'y porter atteinte. Ainsi, la renonciation, qui permet de renforcer le principe de liberté contractuelle, met en lumière le rôle spécifique de la volonté du titulaire dans l'exercice de ses droits fondamentaux.

20. On observe que le contractant qui revendique un droit de renoncer demande à être libéré d'une attitude paternaliste de l'ordre juridique consistant à lui imposer le bénéfice des droits fondamentaux qui lui sont attribués. Face à ce phénomène, les Etats doivent choisir entre protéger le contractant contre lui-même ou se garder de toute ingérence. Or, alors qu'une immixtion de cet ordre juridique dans le contrat pourrait être analysée comme une atteinte à sa force obligatoire, sa passivité pourrait lui être reprochée dans la mesure où le renonçant dépouillé de ses droits fondamentaux se retrouve dans une situation de vulnérabilité. Cette question se pose d'autant plus que l'opération est susceptible de comporter des risques pour la personne du renonçant ou de porter atteinte à l'ordre public.

21. Dès lors, il est admis qu'un contractant puisse renoncer à ses droits fondamentaux si cet acte abdicatif est réellement l'expression de sa volonté individuelle, car elle est susceptible d'être invoquée par la partie qui était tenue de respecter ce droit pour échapper à son obligation. Autrement dit, la reconnaissance d'un droit de renoncer au profit d'une partie entraîne corrélativement une réduction de l'obligation de respecter ce droit à la charge de son cocontractant. Ce constat soulève donc une question fondamentale : dans quelle mesure le droit commun des contrats permet-il de préserver l'autonomie individuelle du contractant qui, faisant usage de sa liberté contractuelle, renonce à ses droits fondamentaux ?

22. Plan. La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux doit promouvoir l'autonomie individuelle des contractants et non la restreindre, et dès lors elle doit être encadrée par des garde-fous substantiels et procéduraux. Or, si les conditions de formation de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux semblent efficacement protéger le renonçant contre le mauvais usage qu'il pourrait faire de sa liberté contractuelle (**Partie 1**), ses conditions d'exécution semblent inaptes à préserver la continuité dans le temps de son autonomie individuelle (**Partie 2**).

PARTIE I : LA VALIDITE DE LA RENONCIATION

CONTRACTUELLE AUX DROITS FONDAMENTAUX

23. Plan. Si on observe effectivement « *le glissement d'une validité substantielle à une validé formelle* »³⁰, les conditions de validité matérielle de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux (**Titre I**) permettent de renforcer la protection qu'offrent les conditions de validité formelle (**Titre II**).

Titre I : La validité matérielle de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux

24. Plan. Tout contractant peut en principe renoncer à ses droits fondamentaux quelle qu'en soit la substance (**Chapitre I**), mais les parties ne doivent pas pour autant conclure une clause liberticide qui aurait pour effet de restreindre l'autonomie individuelle du renonçant (**Chapitre II**).

Chapitre I : L'ineffectivité de la substance du droit fondamental atteint

25. Plan. Les parties peuvent renoncer à leurs droits fondamentaux car ils ne sont pas assimilables à l'ordre public (**Section I**), qu'importe leur objet (**Section II**).

Section I : L'ordre public, un obstacle relatif

26. Définitions. L'ordre public pose des restrictions à la liberté contractuelle des parties sur le fondement des articles 6, 1102 alinéa 2 et 1162 du Code civil³¹. Garant de l'intérêt général, « *il manifeste la supériorité de la collectivité sur l'individu* »³². A côté de l'ordre public textuel consacré par la loi (via des diverses formules, comme par exemple « *le présent texte est d'ordre public* »³³ ou encore « *ne peuvent être modifiées par convention les prescriptions [légales]* »³⁴), il existe un ordre

³⁰ MAURIN L., *Contrat et Droits fondamentaux*, LEQUETTE Y. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université d'Aix-Marseille, 2013, p. 245, n°297

³¹ C. civ., art. 6. : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* » ; C. civ., art. 1102, al. 2 : « *La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.* » ; C. civ., art. 1162 : « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.* »

³² GOUËZEL A., « *Ordre public et bonnes mœurs en droit des contrats* » [en ligne], *JCP G*, Fasc. unique, 24 Octobre 2018 [consulté le 30 mai 2022]

³³ Par ex., C. trans, art. L. 5542-43 (au sujet du préavis pour le licenciement d'un marin)

³⁴ Par ex., C. assur., art. L. 111-2 (sur les règles communes aux assurances de dommages et aux assurances de personnes)

public virtuel reconnu par le juge à un texte qui ne le prévoit pas explicitement. L'ordre public a longtemps été accusé d'être une notion obscure aux contours abstraits, sa définition variant selon les auteurs et même selon les juridictions. Or, cette qualification a des conséquences importantes en droit des contrats où le principe « pas de nullité sans texte » ne s'applique pas, le juge pouvant donc annuler un contrat sur le fondement de sa contrariété à l'ordre public alors qu'aucun texte ne le prévoit.

27. Distinction entre ordre public et droits fondamentaux. L'ordre public et les droits fondamentaux sont souvent associés, tant en droit interne qu'en droit européen. Mais ils doivent être distingués, car ils n'ont pas la même finalité ; en effet, « *derrière l'ordre public, il y a la société et l'intérêt général que les volontés individuelles ne peuvent évidemment évincer ; derrière les droits fondamentaux, il y a en revanche l'individu* »³⁵. L'ordre public ne peut et ne doit pas prohiber totalement la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux, car le risque serait de les confiner à leur seule fonction sociale, occultant totalement leur dimension individuelle. Cette distinction apparaît clairement dans la jurisprudence de la Cour de Cassation, qui considère que « *si l'on ne peut renoncer aux prérogatives extrapatrimoniales conférées dans le seul intérêt public, rien ne s'oppose à la renonciation par une partie à un droit déjà né à son profit* »³⁶.

28. Rapprochement entre ordre public et droits fondamentaux. Cependant, la frontière entre ordre public et droits fondamentaux se brouille parfois. Aussi, l'ordre public doit encadrer la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux, les volontés individuelles ne pouvant évidemment pas supplanter l'intérêt général, si bien qu'il a été avancé que « *l'ordre public renforce l'admission d'une renonciation [...] aux droits fondamentaux, car il l'encadre* »³⁷. Certains auteurs, face à l'obscurité de la notion d'ordre public virtuel, ont proposé de hiérarchiser les droits fondamentaux pour distinguer ceux qui, présentant un caractère d'ordre public, seraient insusceptibles de renonciation³⁸. La plupart de ces propositions doctrinales se fondent sur l'article 15 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui prévoit un noyau dur de droits insusceptibles de dérogation en période exceptionnelle (notamment le droit à la vie protégée, le droit de ne pas être soumis à la torture ou aux traitements inhumains et dégradants et le droit de ne pas être réduit en esclavage)³⁹ et sur

³⁵ ARROYO J., *La renonciation aux droits fondamentaux*, DUPRE DE BOULOIS X. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Grenoble Alpes, 2014, p. 116 n°180

³⁶ 3^e civ., 5 déc. 1972, Bull. civ. III, n°657

³⁷ DIJOUX R., « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux » [en ligne], *LPA* n°214, p. 12, 27 octobre 2011 [consulté le 30 mai 2022]

³⁸ « *Il semble séduisant d'admettre que l'ordre public ne s'oppose à la renonciation que lorsque les droits fondamentaux qui en sont l'objet présentent un caractère d'ordre public plus marqué que d'autres droits de la même catégorie, quant à eux renonçables* » (ARROYO Julie, op. cit., p. 116, n° 180)

³⁹ Conv. eur. droits homme, art. 15, al. 1 et 2 : « (1) En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction

certaines formulations jurisprudentielles de la Cour européenne des droits de l'Homme qui iraient en ce sens⁴⁰. Or, force est de constater qu'il est aujourd'hui difficile de dresser une liste exhaustive de tous les droits fondamentaux existants, et davantage encore de tous les droits fondamentaux insusceptibles de renonciation.

Section II : L'objet du droit fondamental en cause, un élément inopérant

29. Plan. Les parties peuvent librement renoncer à leurs droits fondamentaux substantiels (§I) et procéduraux (§II), dont nous allons tenter de dresser une liste non-exhaustive.

§I. La validité de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux substantiels

30. Définitions. Les droits fondamentaux substantiels renvoient aux « *droits et libertés attachés à l'individu qui fondent le primat ontologique de l'être humain sur la société et sur le groupe* »⁴¹. Ils se définissent traditionnellement à contrario des droits fondamentaux procéduraux qui en permettent la défense en justice, même si certains droits fondamentaux se fondent dans les deux catégories (par exemple, le droit au procès). La doctrine semble unanime à l'égard de la licéité des clauses portant renonciation aux droits fondamentaux substantiels, certains auteurs affirmant prudemment que « *la renonciation aux droits fondamentaux substantiels n'est théoriquement pas admise selon que l'on se place ou non dans un contexte contractuel. [...] Néanmoins, si le principe paraît clair, son application montre que la position des juridictions européennes n'est pas si stricte en ce qui concerne les renonciations* »⁴², d'autres de manière plus tranchée qu'« *il ne semble pas possible d'affirmer de manière péremptoire que le caractère substantiel d'un droit ou d'une liberté fait en toute hypothèse obstacle à ce qu'il y soit renoncé* »⁴³.

31. Plan. L'objectif n'est pas de faire une liste exhaustive de toutes les clauses portant renonciation aux droits fondamentaux substantiels, mais de déterminer celles qui sont les plus

avec les autres obligations découlant du droit international. (2) La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7. »

⁴⁰ CEDH, 10 févr. 1983, *Albert et le Compte contre Belgique*, aff. n°7299/75 et 7496/76, §35 : « [...] Sans doute la nature de certains droits garantis par la Convention exclut-elle un abandon de la faculté de les exercer [...], mais il n'en va pas de même de certains autres ».

⁴¹ RIDEAU J., GAUDIN H., MARGUENAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., SUDRE F. (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF [1^{ère} éd.], 2008

⁴² DEBET A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, LEVENEUR L. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Paris Panthéon-Assas, 2011, n°416

⁴³ FRUMER P., *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, thèse de doctorat, droit, Université libre de Bruxelles, 2001, n°318

courantes en pratique. Ainsi, nous tenterons d'étudier les spécificités des principales clauses portant renonciation aux droits fondamentaux civils et politiques (A) et économiques et sociaux (B).

A. La renonciation aux droits fondamentaux civils et politiques

32. Plan. Dans le domaine de leur vie privée, les contractants en quête d'autonomie renoncent surtout au droit au respect de leur vie privée et familiale (1) et à leur liberté d'expression (2).

1. Le droit au respect de la vie privée et familiale

33. Liberté matrimoniale. Les premiers débats sur la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux dans le domaine de la vie privée ont porté sur la liberté matrimoniale, consacrée en droit interne⁴⁴ mais surtout en droit international à travers le droit au respect de la vie privée et familiale⁴⁵. Elle concerne exclusivement le droit de se marier ou de ne pas se marier, la Cour européenne des droits de l'Homme rappelant régulièrement qu'il n'existe pas de droit au divorce⁴⁶.

34. A ce titre, il est de jurisprudence constante depuis plus d'un siècle que les clauses de célibat et de viduité sont licites si elles respectent certaines conditions. En effet, de telles clauses sont essentiellement insérées dans des contrats de donation entre époux, auquel cas la donation doit porter sur des biens à venir⁴⁷, ne pas être « *inspirée soit par un sentiment de bienfaisant intérêt à l'égard du légataire, soit par l'attachement du disposant pour sa famille personnelle* »⁴⁸, ne pas être « *imposée à une ancienne maîtresse dans le souci d'attester sa liaison avec le disposant* »⁴⁹ et surtout ne pas être « *motivée par la rancœur du disposant à l'égard du futur conjoint du gratifié* »⁵⁰. Il y a plus de cinquante ans, la jurisprudence avait également annulé des clauses de célibat figurant dans les contrats de travail des hôtesse de l'air⁵¹, étant précisé qu'elles sont tout de même licites si « *des motifs impérieux [le] justifient [...] dans des circonstances exceptionnelles* »⁵².

⁴⁴ C.C., 20 nov. 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, n° 2003-484 DC, Cons. 94 : « *Le respect de la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé.* »

⁴⁵ Conv. eur. droits homme, art. 8, al. 1 : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.* » ; art. 12 : « *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.* »

⁴⁶ CEDH, 18 déc. 1986, *Johnston et autres c/ Irlande*, aff. n°9697/82 : La Cour a rejeté le recours d'un irlandais qui, ne parvenant pas à divorcer de son épouse en raison du refus persistant de cette dernière, ne pouvait pas se marier avec son amante.

⁴⁷ 1^{re} civ., 13 déc. 2005, n°02-14.135 ; 1^{re} civ., 14 mars 2012, n°11-13.791

⁴⁸ Req., 11 nov. 1912 : DP 1913, 1, 105

⁴⁹ Req., 8 avr. 1913 : DP 1915, 1, 29

⁵⁰ 1^{re} civ., 8 nov. 1965 : D. 1966, somm. 33.

⁵¹ Paris, 30 avr. 1963 : RTD civ. 1963, p. 570 et 697 ; Soc., 7 févr. 1968, *Epoux Barbier c. Air France* : Bull. civ. V, n° 86, RTD civ. 1968, p. 557 ; Soc., 10 juin 1982 : JCP G 1984, II, 20230

⁵² Ass. plén., 19 mai 1978 : RTD civ. 1978, p. 665

35. Liberté de résidence. Dans le domaine de la vie privée, la renonciation contractuelle porte également sur la liberté de résidence ou de domicile⁵³, consacrée en droit interne⁵⁴ mais surtout en droit international à travers le droit au respect de la vie privée et familiale⁵⁵. Elle concerne principalement la liberté de choisir et de changer sa résidence, mais aussi le droit à son inviolabilité (la violation du domicile faisant l'objet d'une incrimination pénale⁵⁶).

36. Cette renonciation prend souvent la forme d'une clause contractuelle insérée dans un contrat de travail ; il peut s'agir d'une clause de mobilité géographique « *par laquelle le salarié accepte que l'employeur puisse modifier unilatéralement son lieu de travail dans une sphère géographique prédéterminée* »⁵⁷, ou d'une clause de résidence par laquelle le salarié s'engage à résider dans un périmètre délimité autour de son lieu de travail. La Cour de cassation a consacré la licéité de la clause de mobilité géographique⁵⁸ si tant est qu'elle soit prévue explicitement dans le contrat de travail et précisément délimitée⁵⁹. Mais elle se montre plus réticente à admettre la licéité des clauses de résidence⁶⁰, et ce même si le Code du travail permet à l'employeur d'apporter des restrictions à la liberté de résidence lorsque « *les restrictions [sont] justifiées par la nature de la tâche à accomplir [et] proportionnées au but recherché* »⁶¹. Selon certains auteurs, cette renonciation pourrait également prendre la forme d'une clause de résidence insérée dans une libéralité⁶², mais il y a très peu d'exemples en jurisprudence, sans doute car elle présente peu d'intérêts pratiques pour le gratifiant ou le gratifié.

37. Droit à l'image. Mais, dans l'ère du tout numérique, le débat contemporain porte davantage sur les clauses portant renonciation au droit à l'image, parfois qualifiées de « *contrats d'image de personne* »⁶³ par certains auteurs. Ces clauses sont très fréquentes ; il s'agit par exemple du contrat de télé-réalité dans lequel le candidat accepte que son image soit captée et diffusée à la télévision⁶⁴, du

⁵³ C. pr. civ., art. 43 : « *Le lieu où demeure le défendeur s'entend [...] s'il s'agit d'une personne physique, du lieu où celle-ci a son domicile ou, à défaut, sa résidence [...].* »

⁵⁴ C.C., 29 déc. 1983, *Loi de finances pour 1984*, n°83-164 DC, Cons. 28 : « *L'article 66 de la Constitution [...] confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects, et notamment celui de l'inviolabilité du domicile* » ; C. civ., art. 9, al. 1 : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée.* »

⁵⁵ Conv. eur. droits homme, art. 8, al. 1 : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* » ; art. 2, al. 1 : « *Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence* »

⁵⁶ C. pén., art. 226-4 et 432-8

⁵⁷ ANONYME, « *La clause de mobilité* », in *Fiches d'orientation*, Dalloz [en ligne], 2022 [consulté le 30 mai 2022]

⁵⁸ Soc., 31 oct. 1996, n°93-43.779

⁵⁹ Soc., 7 juin 2006, n°04-45.846

⁶⁰ V. not. : VARIN C., « *Clause de résidence : la Cour de cassation persiste et signe. Commentaire sous Soc. 28 février 2012, n° 10-18.308* » [en ligne], D., n°744, 2012 [consulté le 30 mai 2022]

⁶¹ C. trav., art. L. 1121-1

⁶² V. not. ARROYO Julie, op. cit., p. 127, n°198

⁶³ CARRIE L., « *Contrats d'image de personnes* » [en ligne], *JCP Communication*, Fasc. 320, 18 juin 2018 [consulté le 30 mai 2022]

⁶⁴ V. not. : Soc., 3 juin 2009, n°08-40.981 ; Soc., 4 avril 2012, n°10-28.818

contrat de mannequinat dans lequel le modèle accepte que son image soit captée et utilisée à des fins commerciales, ou encore du contrat de mandat par lequel un artiste ou un sportif accepte que ses images soient captées et diffusées dans les médias pour permettre à son agent d'assurer sa communication. Elles occupent une place d'autant plus importante que ces images sont aujourd'hui susceptibles d'être diffusées au plus grand nombre et pour un temps indéterminé sur les réseaux sociaux.

38. Les fondements du droit à l'image sont incertains, la Cour de cassation affirmant tantôt son autonomie par rapport au droit à la vie privée de l'article 9 du Code civil⁶⁵ puis la réfutant⁶⁶, et sa nature est ambivalente, la doctrine le qualifiant successivement de droit extrapatrimonial (inestimable en argent et incessible)⁶⁷ puis de droit patrimonial (dont chacun peut tirer un profit économique)⁶⁸. S'il a longtemps été difficile de définir précisément le droit à l'image en raison notamment du développement rapide des nouvelles technologies de l'information et de la communication (le site officiel de l'administration française en témoigne⁶⁹), la Cour de cassation considère aujourd'hui que « *le droit dont la personne dispose sur son image porte sur sa captation, sa conservation, sa reproduction et son utilisation* »⁷⁰, le terme « image » étant entendu largement puisqu'il concerne « *son image, sa voix ou des renseignements relatifs à sa vie privée* »⁷¹.

39. Le droit à l'image est susceptible de renonciation depuis de nombreuses années⁷², et la jurisprudence à ce sujet est foisonnante, ce qui démontre son importance pratique. A titre d'exemple, un arrêt du 20 octobre 2021⁷³ a récemment suscité l'intérêt de la doctrine⁷⁴ ; en l'espèce, une candidate de télé-réalité avait assigné une chaîne de télévision en indemnisation de son préjudice résultant d'une atteinte à son droit à l'image et en interdiction de toute exploitation d'une séquence télévisuelle dans laquelle elle apparaissait (laquelle avait fait l'objet d'une sanction du Conseil supérieur de

⁶⁵ 1^{re} civ., 12 déc. 2000, n°98-21.161 : « *L'atteinte au respect dû à la vie privée et l'atteinte au droit de chacun sur son image constituent des sources de préjudices distinctes, ouvrant droit à des réparations distinctes* »

⁶⁶ 1^{re} Civ., 11 déc. 2008, n°07-19.494 : « *Seules les dispositions de l'article 9 du code civil [...] sont applicables en matière de cession du droit à l'image* ».

⁶⁷ STOUFFLET J., « Le droit de la personne sur son image, quelques remarques sur la protection de la personnalité », *JCP G*, I, 1957, p. 1374

⁶⁸ ARROYO J, op. cit., p. 125, n°196

⁶⁹ « *Le droit à l'image permet d'autoriser ou de refuser la reproduction et la diffusion publique de votre image* » (Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), « Droit à l'image et respect de la vie privée », sur *Service-Public.fr* [en ligne], publié le 6 mai 2022 [consulté le 30 mai 2022])

⁷⁰ 1^{re} civ., 2 juin 2021, n°20-13.753

⁷¹ DUPRES DE BOULOIS X., *Droits des libertés fondamentales*, Paris, PUF [3^e éd.], 2022, p. 136

⁷² 1^{re} civ., 11 déc. 2008, n°07-19.494

⁷³ 1^{re} civ., 20 oct. 2021, n° 20-16.343 : « *En matière de cession de droit à l'image, les parties doivent stipuler clairement les limites temporelle, géographique, matérielle et contextuelle de l'autorisation accordée contractuellement. [...] En présence d'une telle cession, l'action en réparation de l'atteinte invoquée à un droit à l'image doit être réalisée sur un fondement contractuel et non délictuel.* »

⁷⁴ V. not. : ANCIAUX N., « L'attraction du droit à l'image dans le contrat » [en ligne], *JCP G*, n° 50, 13 Décembre 2021 [consulté le 30 mai 2022], p. 1322

l'audiovisuel en raison de son caractère « *choquant* »). Or, la Cour de cassation avait rejeté sa demande, au motif que la candidate aurait dû agir sur le fondement contractuel, et que par ailleurs le contrat qu'elle avait passé avec la chaîne de télévision stipulait « *clairement les limites temporelle, géographique, matérielle et contextuelle de l'autorisation accordée contractuellement* ».

40. Les contrats de télé-réalité sont en effet l'illustration la plus parlante des clauses portant renonciation aux droits fondamentaux, et c'est pourquoi ils font souvent l'objet de litiges devant les tribunaux. En plus de renoncer au droit à leur image, les candidats renoncent aussi souvent à leur liberté d'aller et de venir (« *la liberté de se déplacer et de s'établir* »⁷⁵, un principe à valeur constitutionnelle⁷⁶ fondé sur la liberté individuelle⁷⁷), puisqu'ils sont souvent confinés dans un lieu déterminé pendant la durée de l'émission⁷⁸, et à leur liberté d'expression, car leur parole engage la réputation de la chaîne de télévision diffusant l'émission.

2. La liberté d'expression

41. Définitions. La liberté d'expression est le droit reconnu à chaque individu de communiquer le fruit de sa pensée à autrui, sous quelle que forme que ce soit. Étant considérée comme une liberté individuelle essentielle à la prospérité d'un État de droit démocratique, elle est consacrée de manière pérenne tant en droit interne⁷⁹ qu'en droit international⁸⁰.

42. Liberté d'expression et de communication. Pourtant, les clauses portant renonciation à la liberté d'expression sont très courantes en pratique, et elles sont essentiellement insérées dans les contrats de travail. Il s'agit notamment des clauses de confidentialité, qui interdisent au salarié de communiquer des informations dont il aurait eu connaissance dans le cadre de son travail. Dans une moindre mesure, les entreprises dites « *de tendance* », ayant pour objet la défense ou la promotion d'une doctrine ou d'une éthique, insèrent fréquemment des clauses de réserve dans les contrats de travail de leurs salariés, qui leur défendent d'exprimer une opinion pouvant aller à l'encontre de la politique de l'entreprise. Ainsi, dans deux arrêts rendus en 2010 et en 2011, la CEDH a considéré que les salariés avaient renoncé à exercer leur liberté d'expression en devenant partie à un contrat de travail les liant à une paroisse (catholique dans la première espèce, protestante dans la seconde)⁸¹. Plus

⁷⁵ ARROYO Julie, op. cit., p. 128, n°201

⁷⁶ C.C., 12 juil. 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, n°79-107 DC, Cons. 2 et 3

⁷⁷ Const., art. 66

⁷⁸ V. not. : Soc., 4 avr. 2012, n°10-28.818

⁷⁹ D.D.H.C., art. 10 et 11 ; C. C., 29 juil. 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, n°94-345 DC

⁸⁰ Conv. eur. droits homme, art. 9

⁸¹ CEDH, 23 sept. 2010, *Schiith c. Allemagne*, aff. n°1620/03 ; CEDH, 3 févr. 2011, *Sibenhaar c. Allemagne*, aff. n°18136/02 : Dans la première espèce, un organiste du chef de chœur dans une paroisse catholique avait été licencié après

récemment, la Cour de cassation a validé le licenciement pour faute grave d'un animateur qui avait tenté, à l'occasion d'une émission de télévision, à une heure de grande écoute, une blague sexiste alors que son contrat de travail contenait une clause particulière sur « *le respect des droits de la personne* »⁸².

43. Liberté de religion. La Cour de cassation semble en revanche plus réticente à admettre les clauses contractuelles portant renonciation à la liberté de religion, composante des libertés intellectuelles d'opinion et d'expression. Dans un arrêt du 21 novembre 2012, elle a notamment censuré la clause testamentaire qui stipulait un legs sous condition de conversion religieuse du gratifié au catholicisme au visa de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁸³. Plus récemment, elle a déclaré nul pour motif discriminatoire le licenciement d'une vendeuse qui avait refusé de retirer son voile islamique à la demande de son employeur, alors qu'une clause de neutralité lui interdisait le port de signes religieux lorsqu'elle était en contact avec des clients⁸⁴.

44. Mais elle reste à ce titre beaucoup plus nuancée que la Cour Suprême canadienne, qui, dans un arrêt très remarqué⁸⁵, a censuré un règlement de copropriété qui prohibait toute construction sur les balcons car il empêchait les requérants d'y installer des cabanes en bois pendant la fête juive du *Souccot*. En effet, alors qu'elle était saisie d'une affaire en tous points similaire, la Cour de cassation a considéré 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* »⁸⁶. La Cour européenne des droits de l'Homme reste quant à elle prudente sur les questions religieuses, éludant les questions sur la validité des clauses portant renonciation à la liberté religieuse dans les contrats de travail, sans doute par soucis de « *ménager les identités nationales* »⁸⁷.

B. La renonciation aux droits fondamentaux économiques et sociaux

45. Des clauses portant renonciation à la liberté de travailler ou d'entreprendre sont très fréquemment insérées dans les contrats de travail, si bien que leur licéité n'est plus à débattre depuis longtemps.

avoir révélé entretenir une liaison adultère. Dans la seconde espèce, une éducatrice dans une paroisse protestante avait été licenciée après avoir exprimé son appartenance à une autre Eglise.

⁸² Soc., 20 avr. 2022, n°20-10.852 : L'animateur avait tenté, à une heure de grande écoute, la blague suivante « *comme c'est un sujet sensible, je la tente : les gars vous savez c'qu'on dit à une femme qu'a déjà les deux yeux au beurre noir ? - elle est terrible celle-là ! - on lui dit plus rien on vient déjà d'lui expliquer deux fois !* »

⁸³ 1^{re} civ., 21 nov. 2012, n°10-17.365

⁸⁴ Soc., 14 avr. 2021, n°19-24.079

⁸⁵ SCOC, 31 oct. 1997, *Godbout c/ Ville de Longueuil*, 3 RCS 844

⁸⁶ 3^e civ., 8 juin 2006, n°05-14.774

⁸⁷ DANIEL E., « Deux petits arrêts rendus en grande chambre. À propos des arrêts du 14 mars 2017 sur le port du voile en entreprise » [en ligne], *Europe*, n° 5, Mai 2017 [consulté le 30 mai 2022]

46. Liberté de travailler. Ainsi, les salariés renoncent régulièrement à leur liberté de travail, c'est-à-dire à leur « *liberté d'accepter ou de refuser un travail accompli sous l'autorité d'autrui* »⁸⁸, sous le contrôle vigilant de la Chambre sociale. La clause de non-concurrence notamment, qui empêche le salarié d'exercer son activité professionnelle dans un espace et un temps limités moyennant compensation financière, doit respecter quatre conditions ; être justifiée par les intérêts de l'entreprise, être limitée dans le temps et dans l'espace, permettre au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation⁸⁹ et surtout faire l'objet d'une contrepartie financière suffisante⁹⁰.

47. On peut également considérer que le salarié renonce à sa liberté de travail en signant une clause de dédit-formation, l'obligeant à rester dans une entreprise pendant une période déterminée à défaut de quoi il sera tenu de rembourser les frais (souvent très importants) engagés pour sa formation. Elle doit elle aussi respecter quatre conditions ; ne pas priver le salarié de sa faculté de démissionner, figurer dans un avenant au contrat de travail pour s'assurer de la bonne information du salarié, faire état de frais réels engagés par l'employeur en raison d'une obligation légale ou conventionnelle et prévoir un remboursement proportionnel au montant engagé par l'employeur⁹¹.

48. Liberté d'entreprendre. La liberté d'entreprendre, c'est-à-dire « *la liberté d'accéder à l'activité indépendante de son choix ainsi que la liberté d'exploiter son entreprise à sa guise* »⁹², peut elle aussi faire l'objet d'une renonciation. Elle prend souvent la forme d'une clause de non-concurrence « *qui a pour objet d'interdire à une partie (le débiteur de l'obligation de non-concurrence) de faire concurrence à une autre partie (le créancier) en exerçant une activité professionnelle similaire pendant la durée des relations contractuelles ou après leur expiration* »⁹³ ou d'une clause de non-réinstallation, qui sont notamment conclues entre professionnels de santé⁹⁴.

49. Enfin, nous pourrions citer les clauses de non-démarchage ou de non-sollicitation en vertu desquelles le salarié ou l'entrepreneur s'engage à ne pas agir au détriment de son employeur, de son ex-employeur ou de son concurrent en détournant sa clientèle, mais elles sont anecdotiques. Bien que

⁸⁸ ARROYO Julie, op. cit., p. 133, n°208

⁸⁹ V., pour trois arrêts de principe : Soc., 10 juillet 2002, *Salembier c/ SA La Mondiale*, n°00-45135 ; *Barbier c/ SA Maine Agri*, n°00-45387 ; *Moline et a. c/ Sté MSAS cargo international*, n°99-43334

⁹⁰ V., pour l'exigence d'une contrepartie financière ; Soc., 17 déc. 2004, n°03-40.008

⁹¹ Soc., 4 févr. 2004, n°01-43.651 ; Soc., 16 mai 2007, n°05-16.647

⁹² ARROYO Julie, op. cit., p. 132, n°208

⁹³ BUCHER C.-E., « Clause de non-concurrence - Efficacité » [en ligne], *JCP G*, Fasc. n°112, 18 Septembre 2021 [consulté le 30 mai 2022], p. 1

⁹⁴ 1^{re} civ., 4 févr. 2015, n°13-26.452 : « *Les clauses de non-réinstallation conclues entre professionnels de santé, susceptibles de porter atteinte tant à la liberté d'exercice de la profession qu'à la liberté de choix des patients, sont d'interprétation stricte et ne peuvent être étendues au-delà de leurs prévisions.* »

stipulées par les professionnels en pratique, elles sont peu appliquées en jurisprudence, la Cour de cassation préférant se fonder sur l'interdiction de concurrence déloyale pour sanctionner de tels abus.

50. Il apparaît que la renonciation contractuelle aux droits substantiels, bien que courante en pratique, est encadrée par la jurisprudence qui veille depuis le XIXe siècle au respect de l'autonomie personnelle du renonçant. A l'inverse, la renonciation contractuelle aux droits procéduraux est souvent encouragée à travers la promotion des modes alternatifs de règlement des litiges, car en renonçant à accéder des tribunaux les parties au contrat contribuent à les désengorger.

§II. La validité de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux procéduraux

51. **Définitions.** Le droit d'accès au juge est reconnu en droit international, à la fois par la Convention européenne des droits de l'Homme⁹⁵ et par le droit de l'Union européenne⁹⁶. Il est également consacré en droit interne, par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁹⁷. Ce droit fondamental est protégé autant par le juge communautaire⁹⁸, que par la Cour européenne des droits de l'Homme⁹⁹, le juge administratif¹⁰⁰ et le juge judiciaire¹⁰¹.

52. **Développement des modes alternatifs de règlement des litiges.** Paradoxalement, la Cour européenne des droits de l'Homme admet de longue date qu'il est possible de renoncer au droit d'accès au juge : « [...] *Elément du droit à un procès équitable, le droit à un tribunal n'est pas plus absolu en matière pénale qu'en matière civile [...]. Dans le système juridique interne des Etats contractants, pareille renonciation se rencontre fréquemment au civil, notamment sous la forme de clauses contractuelles d'arbitrage, et au pénal sous celle, entre autres, des amendes de composition. Présentant pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables, elle ne se heurte pas en principe à la Convention.* »

⁹⁵ Conv. eur. droits homme, art. 6§1 et 13 et CEDH, 21 févr. 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, aff. n°4451/70, §36 : « L'équité, la publicité et la célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès [...]. Le droit d'accès [au juge] constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6§1 de la Convention ».

⁹⁶ Dir. n°76/207, art. 6 et CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, pt n°19 : « Le contrôle juridictionnel imposé par [l'article 6 de la directive n°76/207] est à la base d'un principe général de droit des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950. »

⁹⁷ C.C., 9 avr. 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, n°96-373 DC, Cons. 83 : « Il résulte de [l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen] qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction. »

⁹⁸ V. not. TESAURO G., « L'accès au juge comme droit fondamental communautaire », in *L'accès à l'égalité entre femmes et hommes dans la Communauté européenne*, PU de Louvain, 1993, p. 12

⁹⁹ CEDH, 21 févr. 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, op. cit.

¹⁰⁰ CE, 10 janv. 2001, *Mme Coren*, n°211878

¹⁰¹ Ass. plén., 30 juin 1995, *Conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation*, n°94-20.302 : « La défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ; [...] son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention. »

53. Ainsi, l'Ordonnance du 16 novembre 2011¹⁰² portant transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale¹⁰³ « fixe un cadre destiné à favoriser la résolution amiable des différends par les parties, avec l'aide d'un tiers, le médiateur »¹⁰⁴. Elle encourage les contractants à anticiper le mode de règlement de leur litige, notamment par l'insertion de clauses de médiation, de conciliation ou d'arbitrage dans leur contrat initial. L'objectif est de garantir « la célérité et la qualité de la justice »¹⁰⁵ en désengorgeant les tribunaux étatiques. Or, ces clauses traduisent en réalité une renonciation des contractants à leurs droits fondamentaux procéduraux (ou « processuels » selon l'expression consacrée¹⁰⁶), et notamment à leur droit d'accès au juge.

54. Plan. C'est précisément en raison des avantages qu'elle représente pour les parties et pour les Etats que la renonciation contractuelle aux droits procéduraux est encouragée (A) et peu limitée (B).

A. La diversité des modes alternatifs de règlement des litiges

55. Plan. La diversité des clauses contractuelles portant renonciation aux droits procéduraux témoigne de son importance pratique. En effet, la renonciation au droit d'agir en justice prend habituellement la forme d'une clause d'arbitrage, de médiation ou de conciliation insérée préalablement dans un contrat pour empêcher tout recours juridictionnel (1) ou d'une transaction conclue en cours d'instance (2).

1. Renonciation par anticipation

56. Il est assez fréquent que des contractants insèrent des clauses d'arbitrage, de médiation ou de conciliation en prévision d'un éventuel litige qui naîtrait au cours de l'exécution du contrat. Ces modes alternatifs de règlement des litiges sont privilégiés par les cocontractants en raison de leur célérité, car l'arbitre statue plus rapidement qu'un juge étatique (notamment en raison d'une procédure simplifiée). Ces clauses portent renonciation au droit d'accès à un juge, mais leur portée doit être

¹⁰² Ministère de la justice et des libertés, Ord. n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JORF n°0266 du 17 novembre 2011

¹⁰³ UE, Dir. 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JOUE n°L136 du 24 mai 2008, Cons. 5

¹⁰⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JORF n°0266 du 17 novembre 2011

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ MAURIN L., op. cit., p. 250 et s., n°309 et s.

relativisée puisqu'il s'agit « *d'un acte de neutralisation d'action en ce qu'elle conduit à priver temporairement ou définitivement l'accès au juge étatique* »¹⁰⁷.

57. Renonciation définitive au droit d'accès au juge (clauses d'arbitrage). Plus précisément, les clauses d'arbitrage imposent aux parties de saisir un tiers, l'arbitre, pour régler leur litige, ce qui les empêche donc de saisir un juge étatique. La Commission européenne des droits de l'Homme considère ainsi que « *la conclusion d'un compromis d'arbitrage entre particuliers s'analyse juridiquement en une renonciation partielle à l'exercice des droits que définit l'article 6§1 de la Convention* »¹⁰⁸, et que « *rien dans le texte de cet article ni d'aucun autre article de la Convention n'interdit expressément pareille renonciation* »¹⁰⁹. En outre, l'obligation légale de confidentialité à la charge de l'arbitre¹¹⁰ justifie que « *le recours à l'arbitrage [puisse] emporter renonciation des parties à leur droit à une audience publique* »¹¹¹. Cependant, la Cour de cassation précise que le recours à l'arbitrage ne vaut pas renonciation au droit à une procédure contradictoire¹¹² et au droit d'être jugé dans un délai raisonnable et par un tribunal impartial¹¹³.

58. Renonciation temporaire au droit d'accès au juge (clauses de conciliation et de médiation). Précisons dans un premier temps que « *les clauses compromissaires, de conciliation ou de médiation ne sont que des illustrations topiques. Il peut donc y avoir d'autres clauses touchant au droit au juge* »¹¹⁴. Ainsi, les clauses de conciliation ou de médiation n'ont pour conséquence qu'une renonciation temporaire au droit d'accès au juge, car les parties peuvent toujours saisir un juge si les négociations échouent.

2. Renonciation en cours d'instance

59. Renonciation expresse au droit d'accès au juge (transactions civiles). Les parties peuvent également renoncer à leur droit d'agir en justice en cours d'instance, même si cette situation est plus rare. Elles concluent généralement une transaction, par laquelle elles décident de mettre fin à

¹⁰⁷ MAURIN L., op. cit., p. 252, n°315

¹⁰⁸ Comm. EDH, 5 mars 1962, X. contre RFA, aff. n°1197/61

¹⁰⁹ CEDH, 4 mars 1987, R. contre Suisse, aff. n°10881/84

¹¹⁰ C. pr. civ., art. 1464, al. 4 : « *Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité* »

¹¹¹ CEDH, 23 févr. 1999, Suovaniemi et a. contre Finlande, aff. n°31737/96

¹¹² 2^e Civ., 21 juin 1995, n°92-14.594

¹¹³ 1^{re} Civ., 16 mars 1999, n°96-12.748

¹¹⁴ AMRANI-MEKKI S., « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales » [en ligne], RC, n°4, 1^{er} octobre 2009 [consulté le 30 mai 2022], p. 1617

un litige déjà né¹¹⁵, ce qui suppose qu'elles fassent des concessions réciproques en renonçant partiellement ou totalement à leurs prétentions¹¹⁶.

60. Renonciation tacite au droit d'accès au juge. Le fait pour une partie de s'abstenir d'effectuer un acte de procédure est susceptible d'être analysé comme une renonciation tacite au droit à la poursuite d'instance. Ainsi, le requérant peut être réputé renoncer à son droit à un tribunal impartial en s'abstenant de révoquer la formation collégiale avant la clôture des débats, solution pérenne en droit interne¹¹⁷ mais récusée en droit international¹¹⁸.

B. Des limites classiques

61. Substance du droit d'accès au juge. Si la renonciation au droit d'accès au juge est encouragée, elle ne doit cependant pas porter « *atteinte à la substance du droit au juge* »¹¹⁹. Ainsi, certains auteurs ont théorisé une limite générale tenant à « *l'inconventionnalité de certaines clauses relatives à l'action en justice dès lors que la substance du droit d'agir en justice est atteinte* »¹²⁰ à partir de l'analyse des clauses dites de prescription extinctive, qui ont pour objet la réduction du délai d'agir en justice. La Cour européenne des droits de l'Homme affirme la validité de ces clauses de longue date¹²¹, à condition qu'elles ne conduisent pas à vider de sa substance le droit d'agir en justice en « *constituant une sorte de barrière qui empêche le justiciable de voir son litige tranché au fond par la juridiction compétente* »¹²². Ainsi, les clauses de prescription extinctive ne sont admises que si le créancier conserve la possibilité d'agir contre un autre débiteur (par exemple, en matière de crédit-bail, le fournisseur peut agir contre le crédit-preneur si le crédit-bailleur n'exécute pas son obligation de garantie d'une jouissance paisible de la chose louée, à condition que ce dernier lui ait donné mandat préalablement).

62. En effet, la renonciation aux droits procéduraux ne doit pas se traduire une renonciation à un droit substantiel, en empêchant une partie d'agir contre son contractant qui ne respecte pas ses

¹¹⁵ C. civ., art. 2044 à 2056

¹¹⁶ 1^{re} civ., 3 mai 2000, n°98-12.819

¹¹⁷ Ass. plén., 24 nov. 2000, n°99-12.412

¹¹⁸ V. not. : CEDH, 23 mai 1991, *Obserschlick contre Autriche*, aff. n°11662/85 et CEDH, 25 févr. 1992, *Pfeifer et Pankl contre Autriche*, aff. n°10802/84

¹¹⁹ MAURIN L., op. cit., p. 254, n°315

¹²⁰ Ibid., p. 253, n°313

¹²¹ CEDH, 22 oct. 1996, *Stubbings et a. contre Royaume-Uni*, aff. n°22083/93, §51 : « [Les clauses de prescription] ont plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé. »

¹²² CEDH, 7 juil. 2009, *Stagno contre Belgique*, aff. n°1062/07, §25 : « Le droit d'accès à un tribunal se trouve atteint lorsque la réglementation cesse de servir les buts de sécurité juridique et de bonne administration de la justice et constitue une sorte de barrière qui empêche le justiciable de voir son litige tranché au fond par la juridiction compétente. »

obligations contractuelles. C'est pourquoi la renonciation contractuelle au droit d'agir en justice « *ne doit pas conduire à supprimer toute possibilité de se prévaloir de la violation d'une obligation essentielle¹²³ du contrat* »¹²⁴. Cette limite est assez évidente, tant il serait inimaginable d'empêcher un salarié de contester la rupture conventionnelle abusive de son contrat de travail¹²⁵ ou les bénéficiaires d'une assurance-vie d'agir contre l'assureur qui a versé les primes à la mauvaise personne pendant plusieurs années¹²⁶. En effet, « *un contrat ne peut comporter une clause retirant à l'une des parties le pouvoir de contraindre le créancier à exécuter les obligations déterminantes du consentement du cocontractant* »¹²⁷.

63. Dispositions légales impératives. Mais la principale limite à la renonciation contractuelle au droit d'agir en justice réside dans la législation spéciale protectrice des parties faibles, à savoir le droit du travail, de la consommation et des assurances. En droit de la consommation notamment, les clauses relatives à la suppression ou à l'entrave des actions en justice et des voies de recours par le consommateur, les clauses l'obligeant à saisir exclusivement une juridiction arbitrale et les clauses l'obligeant à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges sont inscrites sur la « liste grise », ce qui signifie qu'elles font l'objet d'une présomption simple de caractère abusif¹²⁸. La législation protectrice des parties faibles illustre le fait qu'un contractant ne peut pas toujours faire prévaloir sa revendication d'autonomie sur ses propres droits fondamentaux.

¹²³ C. civ., art. 1170 : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Cet article entérine les jurisprudences *Chronopost* (Com., 22 oct. 1996, n°93-18.632) et *Faurecia* (Com., 29 juin 2010, n°09-11.841)

¹²⁴ MAURIN L., op. cit., p. 254, n°316

¹²⁵ Soc., 26 juin 2013, n°12-15.208 : « *Une clause de renonciation à tout recours insérée dans une convention de rupture [de contrat de travail] et [signée par le salarié et l'employeur] doit être réputée non écrite* ».

¹²⁶ CEDH, 7 juil. 2009, *Stagno contre Belgique*, op. cit. : Deux enfants mineurs bénéficient de la prime d'assurance décès du contrat d'assurance-vie de leur père, mais l'assureur la verse à leur mère qui en fait un usage personnel jusqu'à épuisement des fonds. Une fois majeurs, les bénéficiaires agissent contre l'assureur qui leur oppose la prescription de l'action, sur le fondement d'une clause idoine.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ C. consom., art. R. 212-2 : « *Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions des premier et cinquième alinéas de l'article L. 212-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de [...] supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges.* »

Chapitre II : La prohibition des clauses liberticides

64. Plan. L'autonomie individuelle des parties au contrat ne peut pas justifier qu'elles concluent une clause liberticide (**Section I**), qui serait sanctionnée (**Section II**).

Section I : La caractérisation de la clause liberticide

65. Définitions. La Cour européenne des droits de l'Homme considère que « *la nature de certains des droits garantis par la Convention exclut [...] un abandon de la faculté de les exercer* »¹²⁹. Ainsi, les clauses liberticides portent atteinte à des droits fondamentaux insusceptibles de renonciation, d'une part parce qu'elles portent atteinte à l'ordre public, et d'autre part parce qu'elles comportent des risques importants pour la personne du renonçant. C'est pourquoi leur liberté contractuelle ne peut justifier que les parties puissent y porter atteinte par contrat, et *a fortiori* y renoncer.

66. Plan. Il est défendu aux contractants de renoncer à certains droits fondamentaux individuels (§I) et collectifs (§II) en raison des risques qu'une telle renonciation comporterait pour l'ordre public et pour la personne du renonçant.

§I. Les droits fondamentaux individuels insusceptibles de renonciation : l'ambivalence du principe de dignité de la personne humaine

67. Plan. L'importance du principe de dignité de la personne humaine (A) explique pourquoi les contractants ne peuvent pas renoncer à leur droit à la vie ou au droit au respect de leur intégrité physique (B).

A. Le principe de dignité de la personne humaine, une valeur objective au régime juridique dérogatoire

68. Définitions. Le principe de dignité de la personne humaine, dans un premier temps théorisé en philosophie et en théologie, a été juridiquement consacré après la Seconde Guerre Mondiale en réaction à l'atrocité des crimes nazis. D'abord érigé en principe constitutionnel allemand¹³⁰, le principe de dignité de la personne humaine s'est exporté en droit international où il est aujourd'hui considéré comme un principe fondamental par des conventions liant un nombre important d'Etats. Citons

¹²⁹ CEDH, 10 févr. 1983, *Albert et le Compte contre Belgique*, op. cit., §35

¹³⁰ *Loi fondamentale pour la République fédérale allemande*, 8 mai 1949, art. 1^{er}, al. 1 et 2 : « (1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. (2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde. »

notamment la Convention européenne des droits de l'Homme¹³¹, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹³² et le Pacte des droits civils et politiques de l'ONU¹³³. Consacré en droit interne depuis 1994 par le Conseil constitutionnel¹³⁴, le principe constitutionnel de dignité de la personne humaine occupe une place importante en droit privé où il est particulièrement protégé tant par le Code pénal qui lui consacre un chapitre entier¹³⁵ (auquel on peut ajouter les infractions de crime contre l'humanité¹³⁶ et de crime contre l'espèce humaine¹³⁷) que par le Code civil à son article 16¹³⁸. Le juge administratif assure la protection du principe de dignité de la personne humaine en tant que composante de l'ordre public¹³⁹, et le juge judiciaire au titre du Code pénal¹⁴⁰ et de l'article 16 du Code civil¹⁴¹. Bien que le principe de dignité de la personne humaine ait été consacré en droit français il y a presque trente ans, il fait encore aujourd'hui l'objet de nouvelles législations, tant en droit pénal (avec, par exemple, l'incrimination récente dans le Code pénal des examens en vue d'attester la virginité¹⁴²

¹³¹ CEDH, 25 avr. 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, aff. n°5856/72, §33 : La Cour considère pour la première fois que la protection de « la dignité et l'intégrité physique de la personne [...] figurent précisément parmi les buts principaux de l'article 3 ».

¹³² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOUE, 18 décembre 2000, art. 1^{er} : « La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée. »

¹³³ PIDCP, 23 mars 1976, Pr. Cons. 1 : « Les Etats parties au présent Pacte, [...] Considérant que, conformément aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde, [...] Reconnaissant que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine [...] »

¹³⁴ En droit interne, le principe de dignité de la personne humaine n'est pas explicitement consacré par la Constitution ; l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen est le seul à employer le terme de « dignité », mais c'est pour définir « la qualité de membre d'un ordre civil ou militaire ». En revanche, il a été consacré de manière prétorienne, par le Conseil constitutionnel qui a déduit un « principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation » du Préambule de la Constitution de 1946 (C.C., 27 juil. 1994, *Bioéthique*, n°94-343/344 DC, Cons. 2).

¹³⁵ V. C. pén. [Partie législative], Liv. II, Tit. II, Chap. V « Des atteintes à la dignité de la personne ». Plusieurs infractions sont visées au titre du principe de dignité de la personne humaine (par ex., la traite des êtres humains, le proxénétisme, les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, le travail forcé, la réduction en servitude).

¹³⁶ C. pén., art. 211-1 à 213-4-1

¹³⁷ C. pén., art. 214-1 à 215-3

¹³⁸ C. civ., art. 16 : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. »

¹³⁹ CE, 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n°136727 : « L'attraction de "lancer de nain" consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle [...]. Par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine. [...] L'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération. »

¹⁴⁰ Avec, notamment, une jurisprudence foisonnante de la Chambre criminelle en matière de conditions d'hébergement et de travail contraires à la dignité de la personne (v., par ex., Crim. 4 mars 2003, n°02-82.194 sur les conditions de travail et Crim. 22 juin 2016, n°14-80.041 sur les conditions d'hébergement).

¹⁴¹ Par ex. : 1^{ère} civ., 20 déc. 2000, *Affaire de l'image du préfet assassiné*, n°98-13.875 : « Justifie légalement sa décision au regard des exigences tant de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que de l'article 16 du Code civil la cour d'appel qui juge illicite la publication de la dépouille mortelle d'un préfet de la République, assassiné sur la voie publique, dès lors qu'elle retient que la photographie représentait distinctement le corps et le visage de la victime, retenant ainsi que cette image était attentatoire à la dignité de la personne humaine. »

¹⁴² L. n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, JORF n°0197 du 25 août 2021, art. 34

et des pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre¹⁴³) qu'en droit civil (avec, notamment, le débat entourant l'autorisation des conventions d'euthanasie¹⁴⁴).

69. Régime juridique. La dignité de la personne humaine est un principe matriciel d'une particulière importance, « *parce qu'il exprime ce qui fait la substance ou l'essence de l'être humain* »¹⁴⁵ et qu'il participe à « *la défense de ce qui fait l'humanité de l'homme* »¹⁴⁶. Il s'agit d'une valeur objective (et non d'un droit subjectif), composante de l'ordre public et transcendant les volontés individuelles. Les droits fondamentaux découlant de ce principe matriciel sont donc par principe inatteignables et *a fortiori* insusceptibles d'une renonciation¹⁴⁷.

70. Cette solution a des répercussions en droit pénal, où le consentement de la victime n'est pas considéré comme un fait justificatif emportant l'irresponsabilité pénale du mis en cause¹⁴⁸, mais aussi en droit civil, où elle est susceptible d'emporter la nullité des conventions portant renonciation à ces droits fondamentaux. Les droits fondamentaux découlant du principe de dignité de la personne humaine, peu nombreux, sont stipulés intangibles par l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme ; il s'agit du droit à la vie, de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (ou droit au respect de l'intégrité physique) et de l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé¹⁴⁹. Il n'est logiquement pas possible qu'un cocontractant puisse renoncer à ses droits à ne pas être réduit en esclavage et à ne pas être soumis au travail forcé, car la nature même de ces atteintes tient à leur caractère involontaire, ce qui explique qu'ils naissent essentiellement en dehors de tout contrat¹⁵⁰. En revanche, il arrive qu'une partie à un contrat réclame le droit de renoncer à son droit à la vie ou à son droit au respect de son intégrité physique.

¹⁴³ L. n° 2022-92 du 31 janvier 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne, JORF n°0026 du 1^{er} février 2022, art. 1^{er}

¹⁴⁴ V. infra n°72 et 73

¹⁴⁵ RIPOCHE E., *La liberté et l'ordre public contractuels à l'épreuve des droits fondamentaux*, LEQUETTE Y. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Paris Panthéon-Assas, 2019, p. 567, n°945

¹⁴⁶ MOLFESSIS N., « La dignité de la personne humaine en droit civil », in *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 123 et s.

¹⁴⁷ « *A partir du moment, en effet, où la dignité se définit comme cette qualité inhérente à l'être humain, il est logique de considérer que nul ne peut en principe y renoncer puisque cela reviendrait à nier sa propre humanité et donc à nier son propre être. La dignité conduira, dans cette mesure, à limiter la liberté du sujet lui-même* ». (FENOUILLET D., « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 518)

¹⁴⁸ En vertu du principe de légalité pénale, seul le législateur peut déterminer les causes d'irresponsabilité pénale. Or, le consentement de la victime ne figure pas aux art. 122-4 à 122-7 C. pén.

¹⁴⁹ Conv. eur. droits homme, art. 2, 3 et 4

¹⁵⁰ Sur la prohibition des engagements perpétuels, v. not. C. civ., art. 1780, al. 1 : « *On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée* ».

B. La dignité de la personne humaine, un principe matriciel générateur de droits fondamentaux dérivés

71. Plan. C'est parce qu'ils découlent du principe de dignité de la personne humaine que les contractants ne peuvent pas renoncer au droit à la vie (1) ou au droit au respect de leur intégrité physique (2), malgré leur revendication d'autonomie face à un ordre juridique qui leur impose le bénéfice de leurs droits fondamentaux.

1. L'impossibilité de renoncer au droit à la vie

72. Euthanasie. Les contrats portant renonciation au droit à la vie sont nuls d'une nullité absolue. Il s'agit essentiellement des conventions aménageant l'euthanasie active ou le suicide assisté (c'est-à-dire le fait de donner de la mort). Bien que certains auteurs affirment l'existence d'un « *droit fondamental de mourir dans la dignité* »¹⁵¹ au soutien d'une autorisation de l'euthanasie, la Cour européenne des droits de l'Homme laisse aux Etats une marge de manœuvre importante pour déterminer la validité de ces conventions¹⁵² qui ne sont pas admises en France où elles sont également constitutives de plusieurs infractions¹⁵³.

73. Cependant, sont valables les conventions aménageant l'euthanasie passive, par lesquelles « *toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté [...] relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux* »¹⁵⁴. Ces directives anticipées (souvent insérées dans un testament) expriment la volonté du mourant de ne pas exercer son droit à la vie, aussi elles doivent « *être stipulées au moins 3 ans avant l'état d'inconscience de la personne* » et elles sont librement révocables à tout moment et sans motif.

74. Duels. Dans une affaire plus surprenante où des contractants s'étaient mutuellement autorisés à se donner la mort au cours d'un duel, en prévoyant que le survivant ne pourrait pas être sanctionné pour son crime, la Cour de cassation avait considéré « *qu'une convention par laquelle deux hommes prétendent transformer de leur autorité privée un crime qualifié en action indifférente ou*

¹⁵¹ V. not. LAMARCHE M., « Le droit de mourir dans la dignité est-il un droit de l'Homme ? », *Dr famille*, n°1, Janvier 2021 [consulté le 30 mai 2022], p. 1

¹⁵² CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty contre Royaume-Uni*, aff. n°2346/02 : La requérante (paralysée par une maladie dégénérative incurable) désirait mettre fin à ses jours, mais les autorités anglaises avaient refusé d'accorder une immunité de poursuites à son époux qui devait l'assister. La Cour a refusé de consacrer « un droit à la mort » sur le fondement du principe de dignité de la personne humaine, mais elle a consacré un droit à choisir sa fin de vie sur le fondement du principe de l'autonomie personnelle.

¹⁵³ V. not. : C. pén., art. 223-13 (sur la provocation au suicide) ; C. pén., art. 233-6 (sur la non-assistance à personne en danger)

¹⁵⁴ CSP, art. L. 1111-11

licite, se remettre d'avance la peine portée par la loi ou contre ce crime, s'attribuer le droit de disposer mutuellement de leur vie et usurper doublement les droits de la société, rentre évidemment dans la classe des conventions contraires aux bonnes mœurs »¹⁵⁵. Les contractants ne sont donc pas libres de disposer de leurs corps comme ils l'entendent par voie contractuelle.

2. L'impossibilité de renoncer au droit au respect de son intégrité physique

75. Droit de disposer librement de son corps. Le principe d'autonomie personnelle a permis d'ancrer progressivement un droit à disposer librement de son corps, notamment en matière médicale ou de bioéthique où le patient peut consentir à « une intervention thérapeutique »¹⁵⁶ ou au « don d'éléments ou de produits » de son corps¹⁵⁷. Dans un autre domaine, la Cour européenne des droits de l'Homme a également reconnu la validité de contrats passés entre des individus se livrant à des pratiques sadomasochistes¹⁵⁸, car « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle ».¹⁵⁹

76. Consentement. Cependant, le consentement de la personne est toujours requis. Ainsi, le défaut de consentement permet non seulement de prononcer la nullité absolue de la convention mais aussi de sanctionner l'auteur de l'atteinte¹⁶⁰. Mais surtout, ce consentement est librement révocable, à tout moment et sans motifs. Ainsi, le patient dispose d'un droit de retrait dans le domaine médical¹⁶¹ ou de la bioéthique¹⁶² et la Cour européenne des droits de l'Homme a également reconnu la libre révocabilité du consentement en matière sexuelle¹⁶³.

77. Indisponibilité du corps humain. Mais surtout, le droit de disposer librement de son corps, qui n'est pas absolu, se heurte au principe de l'indisponibilité du corps humain et surtout de son corollaire, le principe de non-patrimonialité du corps humain¹⁶⁴. Il n'est donc pas possible de faire commerce des produits ou des éléments du corps humain, le consentement du renonçant étant inopérant

¹⁵⁵ Crim., 22 déc. 1837, *Pesson* : Sirey, 1838, I, p. 5

¹⁵⁶ C. civ., art. 16-3

¹⁵⁷ CSP, art. L. 1211-1 à L. 1274-3

¹⁵⁸ MARGUENAUD J.-P., « Sadomasochisme et autonomie personnelle (Cour EDH 1^{ère} section 17 févr. 2005 *KA. et AD. c/ Belgique*) » [en ligne], *RTD Civ.* 2005, p. 341 [consulté le 30 mai 2022]

¹⁵⁹ CEDH, 17 février 2005, *KA. et AD. c/ Belgique*, aff. n°42758/98 et 45558/99

¹⁶⁰ C. pén., art. 511-1 à 511-28

¹⁶¹ CSP, art. L. 1111-4, al. 4 : « *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment.* »

¹⁶² CSP, art. L. 1111-2, I, al. 4 : « [...] *Il est tenu compte de la volonté de la personne de bénéficiaire de l'une de ces formes de prise en charge. [...]* »

¹⁶³ CEDH, 17 févr. 2005, *KA. et AD. c/ Belgique*, op. cit., §15 : « *Plusieurs fois, les prévenus ont tout simplement ignoré que la victime criait « pitié ! », le mot par lequel il aurait été convenu entre les intéressés que la victime pouvait immédiatement mettre fin aux opérations en cours.* ».

¹⁶⁴ C. civ., art. 16-1 : « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* »

à ce sujet. Il a été avancé en doctrine qu' « *en permettant d'utiliser tout ou partie du corps sans but mercantile, la gratuité a aussi à voir avec la solidarité et s'apparente peut-être à une traduction en droit des personnes du courant solidariste ayant marqué le droit des contrats.* »¹⁶⁵. Cela se traduit juridiquement par la nullité absolue des conventions portant sur le prélèvement et/ou sur la vente d'organes, de tissus, de cellules, de produits du corps humain ou de gamètes (qui font par ailleurs l'objet d'incriminations pénales¹⁶⁶) ainsi que par la nullité absolue des conventions portant sur la gestation pour autrui conclues à titre gratuit et à titre onéreux¹⁶⁷ (constitutives elles aussi d'une infraction pénale¹⁶⁸). Cette prohibition vise essentiellement la protection des contractants qui, parce qu'ils sont placés dans une particulière situation de vulnérabilité, seraient susceptibles d'accepter qu'on attente à leur corps.

§II. Les droits fondamentaux collectifs insusceptibles de renonciation : le droit de grève et les libertés syndicales et d'association

78. Plan. La « *situation de vulnérabilité du salarié le conduisant à tout faire pour se conformer aux conditions de travail proposées* »¹⁶⁹ justifie qu'il ne puisse pas renoncer à son droit de grève (A) ou à ses libertés syndicales et d'association (B).

A. L'impossibilité de renoncer au droit de grève

79. Définitions. Le droit de grève, consacré par le Préambule du 27 octobre 1946¹⁷⁰, « *est un principe à valeur constitutionnelle, mais [...] il a des limites et seul le législateur [est habilité à les tracer]* »¹⁷¹. En effet, c'est la compétence exclusive du législateur pour limiter le droit de grève qui empêche l'employeur ou le salarié d'y porter des restrictions, et *a fortiori* d'y renoncer.

¹⁶⁵ « *Juridiquement, le corps est gratuit. On donne ses organes ou son sang mais on ne les vend pas. Cette gratuité a pu être associée au principe d'indisponibilité du corps humain qui semble aujourd'hui en perte de vitesse. C'est donc plutôt à la non-patrimonialité du corps évoquée par le code civil qu'il convient de rattacher la gratuité du corps. En permettant d'utiliser tout ou partie du corps sans but mercantile, la gratuité a aussi à voir avec la solidarité et s'apparente peut-être à une traduction en droit des personnes du courant solidariste ayant marqué le droit des contrats.* » (CAIRE A.-B., « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », RDSS, 2015, p. 865)

¹⁶⁶ C. pén., art. 511-1 à 511-28

¹⁶⁷ C. civ., art. 16-7 : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* »

¹⁶⁸ C. pén., art. 227-12, al. 3 : « *Est puni [d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende] le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.* »

¹⁶⁹ CEDH, 11 janv. 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, aff. n°52562/99 et 52620/99, §59

¹⁷⁰ Const., Pr. 1946, al. 7 : « *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* »

¹⁷¹ C.C., 25 juill. 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, n°79-105 DC, Cons. 1

80. Prohibition des délais de préavis conventionnels. Le contentieux relatif à la renonciation au droit de grève s'est d'abord matérialisé par la création de délais de préavis par voie de conventions collectives, de règlements intérieurs ou de contrats de travail. A ce sujet, il est de jurisprudence constante depuis 1995 qu'ils « *ne peuvent avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et que seule la loi peut créer un préavis s'imposant à eux* »¹⁷². Le salarié ne peut donc pas renoncer à son droit de grève en signant un contrat de travail, car la clause instituant un délai de préavis différent du délai légal serait frappée de nullité.

81. Prohibition des « primes anti-grèves ». Le contentieux s'est ensuite déplacé sur la question des « primes anti-grèves » insérées dans les contrats de travail. Elles permettaient de récompenser un salarié pour son assiduité alors que ses collègues faisaient grève, ce qui le poussait évidemment à s'abstenir d'exercer son droit fondamental. Mais elles ont été requalifiées de « *primes d'assiduité* » par la Cour de cassation¹⁷³ puis par la loi¹⁷⁴, car elles portaient atteinte au principe de non-discrimination. Ainsi, l'employeur peut aujourd'hui récompenser un salarié pour son assiduité, mais il doit tenir compte de sa présence effective, sans distinguer selon la nature de son absence (grève, maladie professionnelle, congé formation, activités syndicales, etc.).

B. L'impossibilité de renoncer aux libertés syndicales et d'association

82. Liberté d'association. La liberté d'association, principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁷⁵ consacré par la Constitution¹⁷⁶ et par de nombreux textes de droit international¹⁷⁷, implique la liberté de créer une association, de choisir ses membres, de rejoindre ou non une association existante et de la quitter. Les clauses portant renonciation à la liberté d'association ont été essentiellement stipulées dans les contrats de bail, aussi la loi les prohibe-t-elle dans les contrats de

¹⁷² Soc., 7 juin 1995, *SA Transports Seroul c. Beillevaire et a.*, n°93-46.448 : « *Attendu, d'abord, qu'une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et que seule la loi peut créer un délai de préavis de grève s'imposant à eux* ». Or, la rédaction de la Cour de cassation laisse entendre que cette solution vaut également pour les règlements intérieurs et les contrats de travail.

¹⁷³ Soc., 23 juin 2009, n°08-42.154

¹⁷⁴ C. trav., art. L. 2511-1, al. 2 : « *[L'exercice du droit de grève] ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2, notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux* »

¹⁷⁵ C.C., 16 juil. 1971, *Liberté d'association*, n°71-44 DC

¹⁷⁶ D.D.H.C., art. 20 ; Pr. 1946, al. 1^{er}

¹⁷⁷ Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 12 ; Conv. de New York relative aux droits de l'enfant, art. 15 ; Conv. eur. droits homme, art. 11 ; PIDCP, art. 22

bail d'habitation depuis 1989¹⁷⁸ et la Cour de cassation dans les contrats de bail commerciaux depuis 2001¹⁷⁹.

83. Cette solution ne vaut cependant que pour les associations relevant de la loi du 1^{er} juillet 1901. Ainsi, la Cour de cassation a admis la licéité des clauses obligeant l'adhésion des copropriétaires et des locataires à un groupement d'intérêt économique¹⁸⁰ ou des commerçants d'un centre commercial à une société d'action¹⁸¹.

84. Liberté syndicale. Plus spécifique, la liberté syndicale « irrigue la conception française du droit syndical »¹⁸². Consacrée par la loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884, elle est aujourd'hui protégée constitutionnellement¹⁸³ et en droit international¹⁸⁴. C'est en raison de la place particulière qu'elle occupe dans la préservation de l'intérêt général en France que la liberté syndicale ne peut pas faire l'objet d'une renonciation. Ainsi, les clauses interdisant au salarié d'adhérer à un syndicat¹⁸⁵ ou l'empêchant de le quitter sont nulles¹⁸⁶, y compris lorsqu'elles concernent un locataire¹⁸⁷. Il convient à présent d'expliquer le régime de nullité dont sont frappées les clauses liberticides.

Section II : La sanction de la clause liberticide

85. La clause liberticide, parce qu'elle porte atteinte à un droit fondamental particulièrement protégé, doit être sanctionnée. Ainsi, « *parce que les renonciations irrégulières attentent aux droits fondamentaux, étudier leur sanction revient, indirectement, à s'intéresser aux sanctions de la violation de ces droits* »¹⁸⁸.

¹⁷⁸ L. n°89-462 du 6 juillet 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs*, art. 4, j) : « Est réputée non écrite toute clause [...] qui interdit au locataire l'exercice d'une activité politique, syndicale, associative ou confessionnelle ».

¹⁷⁹ Ass. plén., 9 févr. 2001, n°99-17.642 : « Hormis les cas où la loi en décide autrement, nul n'est tenu d'adhérer à une association régie par la loi du 1er juillet 1901, ou, y ayant adhéré, d'en demeurer membre. »

¹⁸⁰ 3^e Civ., 18 déc. 2001, n°00-14.802

¹⁸¹ 3^e Civ., 12 févr. 1997, n°95-12.125

¹⁸² GREVY M., « Syndicats professionnels : constitution et fonctionnement », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz [en ligne], 2012 (act. 2020) [Consulté le 30 mai 2022]

¹⁸³ C.C., 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, n°89-257 DC, § 22 : « les modalités de mise en œuvre des prérogatives reconnues aux organisations syndicales doivent respecter la liberté personnelle du salarié qui, comme la liberté syndicale, a valeur constitutionnelle »

¹⁸⁴ Charte des droits fondamentaux de l'UE, JOUE, 26 octobre 2012, al. 6 : « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix » ; Conv. eur. droits homme, art. 11 ; Conv. O.I.T. n° 87 et 98 ; DUDH, art. 23, §4 ; PIDESC, art. 8 ; PIDCP, art. 22

¹⁸⁵ C. trav., art. L. 2141-1 : « Tout salarié peut librement adhérer au syndicat professionnel de son choix et ne peut être écarté pour l'un des motifs visés à l'article L1132-1 »

¹⁸⁶ C. trav., art. L. 2141-3, al.1 : « Tout membre d'un syndicat professionnel peut s'en retirer à tout instant, même en présence d'une clause contraire. »

¹⁸⁷ L. n°89-462 du 6 juillet 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs*, art. 4 j) : « Est réputée non écrite toute clause [...] qui interdit au locataire l'exercice d'une activité politique, syndicale, associative ou confessionnelle »

¹⁸⁸ ARROYO J., op. cit., p. 409, n°747

86. Plan. La nullité de la clause liberticide permet de faire cesser l’atteinte illicite aux droits fondamentaux (§I) mais on peut regretter que la jurisprudence ne prononce pas de sanctions plus souples (§II).

§I. La nullité de la clause liberticide, une sanction radicale

87. Définitions. La nullité sanctionne le contrat qui ne remplit pas les conditions légales de validité¹⁸⁹ formelle (consentement et capacité des parties) et/ou substantielle (contenu licite et certain)¹⁹⁰. Le Code civil opère une distinction entre la nullité relative, qui sanctionne le non-respect d’une règle de protection individuelle, et la nullité absolue, qui sanctionne la violation d’une règle ayant pour objet la sauvegarde de l’intérêt général¹⁹¹.

88. Dans le cadre de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux, la nullité frappe la clause liberticide en raison de son illicéité. Si « *une condamnation pénale implique nécessairement la nullité du contrat* »¹⁹², il arrive également qu’elle soit prononcée nonobstant une quelconque incrimination. La nullité des clauses liberticides est une sanction privilégiée par la jurisprudence, car sa brutalité permet à la fois de faire cesser l’illicite et de dissuader de futurs contractants de conclure des clauses identiques. Cette sanction radicale s’explique notamment par le fait que l’Etat pourrait voir sa responsabilité engagée s’il s’abstenait de prendre des mesures pour protéger les droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l’Homme, y compris si l’atteinte provenait d’une personne privée.

89. Enjeux. Le débat ne porte donc pas sur la sanction elle-même, mais sur la nature de la nullité, et ce qu’elle dit de la nature de l’intérêt qui doit être protégé. D’une part, la nullité relative tend à sanctionner une clause qui va à l’encontre des droits fondamentaux inaliénables du contractant, afin de protéger sa personne. D’autre part, la nullité absolue vient sanctionner une clause qui porte une telle atteinte aux droits fondamentaux du contractant qu’elle va à l’encontre de l’ordre public. Ainsi, certains auteurs ont tenté d’étudier la jurisprudence de la Cour de cassation afin dégager une solution prétorienne, souvent fondée sur la substance du droit fondamental en cause¹⁹³. Mais ces études se heurtent à un obstacle important : « *outré le fait que les juges se réfèrent rarement à la nature de la nullité appliquée à l’acte de renonciation irrégulier, ce qui implique de raisonner à partir de quelques*

¹⁸⁹ C. civ., art. 1178, al. 1 : « *Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul* »

¹⁹⁰ C. civ., art. 1128

¹⁹¹ C. civ., art. 1179

¹⁹² DADOUN A., *La nullité du contrat et le droit pénal*, SERINET Y.-M. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université de Cergy-Pontoise, 2009, n°431

¹⁹³ MAURIN L., op. cit., p. 287 et s., n°364 et s.

exemples uniquement, aucune nullité ne semble s'imposer comme la sanction de principe en la matière »¹⁹⁴.

90. L'enjeu de cette distinction tient essentiellement à la possibilité pour le renonçant de confirmer la clause par laquelle il renonce à son droit fondamental. En effet, l'action en nullité se prescrit depuis 2008¹⁹⁵ par 5 ans¹⁹⁶ quelle que soit sa nature. Par ailleurs, dans la mesure où un droit fondamental s'exerce individuellement, on aurait du mal à envisager dans quelle hypothèse un tiers aurait intérêt à demander la nullité d'une clause y portant atteinte.

91. Critiques. En outre, certains auteurs ont pu critiquer la rigidité d'une telle sanction, qui ne propose que deux alternatives : soit la clause est licite et elle doit être exécutée, soit elle est illicite et elle est frappée de nullité. Or, « *le temps n'est plus où la sanction de la formation du contrat rimait exclusivement avec sa nullité, mesure brutale et jugée trop radicale dans certains cas. On souligne à l'envi combien la palette de ces sanctions s'est enrichie.* »¹⁹⁷.

92. Les parties au contrat ont donc intérêt à voir se développer, à côté de la nullité, des sanctions contractuelles plus adaptées. Certains auteurs ont notamment imaginé de privilégier les mesures injonctives permettant de rétablir la licéité des clauses susceptibles d'être annulées¹⁹⁸. Ainsi, il a été proposé qu'un juge des référés¹⁹⁹ en matière contractuelle puisse ordonner « *la cessation du trouble illicite dont le contrat constituerait le support ou le résultat* »²⁰⁰. Mais cette proposition se heurte à un obstacle important : le juge des référés rend une ordonnance provisoire qui ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée, ce qui signifie qu'elle pourrait être remise en cause devant les juges du fond à tout moment. C'est la raison pour laquelle les mesures réparatrices représentent une meilleure alternative pour la sécurité juridique des parties au contrat.

¹⁹⁴ ARROYO J., op. cit., p. 416, n°757

¹⁹⁵ L. n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n°0141 du 18 juin 2008, p. 9856

¹⁹⁶ C. civ., art. 2224

¹⁹⁷ GENICON T., « De la nullité partielle à la clause « partiellement » réputée non-écrite. Cass. Soc., 8 avril 2010 », *RDC* 2010, p. 1199 et s.

¹⁹⁸ MAURIN L., op. cit., p. 305 et s., n°393 et s.

¹⁹⁹ C. pr. civ., art. 808 à 810

²⁰⁰ SERINET Y.-M., « Le juge et l'illicéité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles* (COLLART-DUTILLEUL F. et COULON C. [dir.]), *Economica*, t. 28, 2007, p. 94, n°16

§II. La réparation du renonçant lésé, une mesure d'apaisement

93. Le bénéficiaire d'une clause liberticide pourrait voir sa responsabilité civile engagée, indépendamment ou corrélativement avec la nullité de la clause²⁰¹. Il pourrait alors être condamné à réparer le préjudice subi par le renonçant.

94. Responsabilité contractuelle. Il est assez rare que la conclusion d'une clause liberticide conduise à engager la responsabilité contractuelle d'un contractant, car cela suppose que la clause portant atteinte à un droit fondamental soit valable. Par ailleurs, le régime de la responsabilité contractuelle serait peu avantageux pour le renonçant, dans la mesure où le juge ne pourrait réparer que les dommages prévisibles au moment de la conclusion du contrat²⁰². Or, le contractant qui renonce à ses droits fondamentaux a rarement conscience des conséquences d'une telle opération à long-terme. Ainsi, lorsque la Cour de cassation refuse d'indemniser le préjudice d'une candidate de télé-réalité sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, elle refuse en réalité de réparer les conséquences qu'a eu la diffusion de l'émission sur le long-terme, notamment à travers l'utilisation de son image en ligne²⁰³.

95. Responsabilité extracontractuelle. En conséquence, la conclusion d'une clause liberticide risque surtout d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'auteur de l'atteinte aux droits fondamentaux, dans la mesure où elle est susceptible d'être annulée. Or, « *plus l'engagement de cette responsabilité est facilité, plus le droit et, par ricochet, la liberté de son bénéficiaire sont protégés* »²⁰⁴. C'est pourquoi certains auteurs considèrent que la particularité des clauses portant renonciation aux droits fondamentaux « *incite à concevoir un droit à réparation détaché des règles classiques de la responsabilité civile* »²⁰⁵. Ils proposent donc de substituer la simple démonstration d'une atteinte à un droit fondamental²⁰⁶ aux règles traditionnelles de la responsabilité extracontractuelle²⁰⁷. Cependant, cette proposition doctrinale ne trouve pas d'équivalent en jurisprudence.

²⁰¹ C. civ., art. 1178, al. 4 : « *Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle* »

²⁰² C. civ., art. 1231-3 : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.* »

²⁰³ 1^{re} civ., 20 oct. 2021, n°20-16.343 : « *En présence d'une [cession de droit à l'image], l'action en réparation de l'atteinte invoquée à un droit à l'image doit être réalisée sur un fondement contractuel et non délictuel.* »

²⁰⁴ ARROYO J., op. cit., p. 444, n°804

²⁰⁵ MARCHADIER F., « La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD civ.*, 2009, n°2, p. 245 et s., n°3

²⁰⁶ V. not. QUEZEL-AMBRUNAZ C., « La contraction des conditions de la responsabilité civile en cas d'atteinte à un droit fondamental », *RDLF*, 2012, chron. n°27

²⁰⁷ C. civ., art. 1240 : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »

96. Réparation de l'atteinte aux droits fondamentaux. En pratique, ce n'est pas l'engagement de la responsabilité de l'auteur de l'atteinte, mais la réparation du titulaire des droits fondamentaux qui soulève le plus de questions. En effet, sauf la présence de clauses pénales en matière de non-concurrence, l'indemnisation de l'atteinte aux droits fondamentaux est rarement déterminée contractuellement par les parties, aussi le juge bénéficie-t-il d'importants pouvoirs pour réparer l'atteinte.

97. En outre, la réparation en nature de l'atteinte aux droits fondamentaux est rare, sauf lorsque le juge réintègre un salarié licencié pour n'avoir pas respecté une clause liberticide dans son contrat de travail. Elle est donc essentiellement financière ; ainsi, le juge doit paradoxalement fixer le « *tarif de l'atteinte* »²⁰⁸ à des droits extra-patrimoniaux par nature, ce qui risque de le pousser à condamner l'auteur de l'atteinte au paiement de dommages-intérêts punitifs. En effet, « *parce que les droits de l'Homme sont précieux, il est nécessaire de réparer les atteintes qui leur sont portées ; parce qu'ils n'ont pas de prix, ces atteintes sont irréparables* ».

98. Or, « *Dans le domaine de la renonciation contractuelle à un droit fondamental, la problématique s'est déplacée de la question de savoir « à quoi peut-on renoncer ? » vers celle du « comment peut-on valablement consentir ? »* »²⁰⁹. En effet, la renonciation aux droits fondamentaux ne peut réellement exprimer l'autonomie individuelle d'un contractant que s'il y consent librement, et c'est pourquoi une attention particulière doit être portée à aux modalités qui entourent l'opération.

²⁰⁸ MAURIN L., op. cit., p. 323, n°426

²⁰⁹ Ibid., p. 245, n°297

Titre II : La validité formelle de la renonciation contractuelle **aux droits fondamentaux**

99. Plan. Pour que la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux permette réellement d'accroître l'autonomie individuelle des parties²¹⁰, elle est encadrée par des modalités subjectives tenant à la qualité du consentement des parties (**Chapitre I**) et par des modalités objectives faisant l'objet d'un contrôle de proportionnalité (**Chapitre II**).

Chapitre I : Les modalités subjectives de la renonciation : un **consentement libre et éclairé**

100. Définition. Le consentement, condition de validité formelle de tout contrat²¹¹, renvoie à « l'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit »²¹².

101. Plan. Ainsi, le contrat portant renonciation aux droits fondamentaux n'échappe pas à l'exigence légale d'un consentement (**Section I**) libre et éclairé (**Section II**).

Section I : L'existence du consentement

102. Plan. Si le consentement du renonçant est souvent tacite (§I), il doit en revanche être non-équivoque afin d'exprimer réellement son autonomie individuelle (§II).

§I. Une renonciation expresse ou tacite

103. Définitions. La renonciation est « un acte de disposition par lequel une personne, abandonnant volontairement un droit déjà né dans son patrimoine (droit substantiel ou action en justice), éteint ce droit ou s'interdit de faire valoir un moyen de défense ou d'action »²¹³. C'est précisément son effet abdicatif (et non translatif) qui a conduit certains auteurs à considérer que la

²¹⁰ « Notre hypothèse est que la question de savoir si le titulaire d'un droit fondamental doit pouvoir y renoncer n'est pas une question à trancher en fonction de la nature du droit en cause ou d'une théorie générale de la « renonciabilité aux droits fondamentaux », mais sur la base d'un examen, aussi individualisé que possible, des circonstances entourant la renonciation, et notamment de l'autonomie dont dispose le sujet lorsqu'il prend cette décision. Nous préconisons donc une solution procédurale plutôt que décontextualisée. » (DE SCHUTTER O. et RINGELHEIM J., « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Bruylant Bruxelles, 2005, pp. 441 et 442)

²¹¹ C. civ., art. 1128 : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : le consentement des parties ; leur capacité de contracter ; un contenu licite et certain »

²¹² Association Henri Capitant (CORNU G. [dir.]), *Vocabulaire juridique*, PUF [14^e éd.], 2022, p. 245

²¹³ Ibid., p. 894

renonciation ne pouvait pas être contractuelle²¹⁴, mais cette thèse est aujourd'hui largement réfutée en doctrine²¹⁵. La matérialisation de la renonciation aux droits fondamentaux par une clause contractuelle explique qu'elle soit soumise aux droits des obligations, et notamment aux règles du droit des contrats. Par conséquent, elle obéit aux règles classiques relatives au consentement²¹⁶. Ainsi, en vertu du principe légal de consensualisme²¹⁷, « *les divers modes d'extériorisation du consentement sont considérés comme équivalents dès lors qu'ils sont suffisamment expressifs* »²¹⁸ : le consentement du renonçant peut prendre la forme d'un écrit, d'une parole, d'un geste, voire même d'un silence.

104. Consentement tacite. Or, la plupart des renonciations contractuelles aux droits fondamentaux sont tacites, car elles prennent rarement la forme d'un document écrit prévoyant expressément le consentement du renonçant à l'opération (par exemple, le mannequin qui consent à l'exploitation de ses photographies renonce implicitement à son droit à l'image). En pratique, le consentement du renonçant n'est expresse que dans les rares cas où la loi exige un formalisme²¹⁹ (par exemple, la clause de dédit-formation doit figurer dans un avenant au contrat de travail pour s'assurer de la bonne information du salarié²²⁰), dans les contrats d'adhésion²²¹ et lorsque les parties le désirent.

105. A ce titre, il est de jurisprudence constante que le consentement d'une partie à renoncer à ses droits fondamentaux peut être tacite²²². S'agissant des droits procéduraux, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que « *ni la lettre ni l'esprit [l'article 6 § 1 de la CEDH] n'empêchent une personne d'y renoncer de son plein gré de manière expresse ou tacite, mais pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important* »²²³, solution qu'elle a

²¹⁴ V. HOUTCIEFF D., « Renonciation », in *Répertoire de Droit civil*, Dalloz [en ligne], 2017 (act. 2021) [Consulté le 30 mai 2022], n°10 : « Les arguments de la contestation de l'unilatéralité de la renonciation n'emportent cependant pas la conviction. [...] Comme l'engagement unilatéral de volonté s'oppose au contrat, la renonciation se différencie de la convention abdicative. [...] L'irréductible unilatéralité de la renonciation empêche seulement de l'y dissoudre, à peine de perdre de vue l'originalité profonde que confère à cette notion l'efficacité de la volonté solitaire. »

²¹⁵ V. not. RIPOCHE E., op. cit., p. 466, n°798 : « *C'est ainsi l'identité du contenu psychologique de l'acte abdicatif, c'est-à-dire l'animus dereliquendi, qui permet d'étendre la renonciation au support conventionnel. La renonciation devient alors un acte abdicatif quelle que soit sa structure, unilatérale ou conventionnelle.* »

²¹⁶ C. civ., art. 1128 à 1144

²¹⁷ C. civ., art. 1172, al. 1 : « *Les contrats sont par principe consensuels* »

²¹⁸ LEQUETTE Y., TERRE F., SIMLER P., CHENEDE F., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, p. 226, n°192

²¹⁹ C. civ., art. 1172, al. 2 : « *Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation* »

²²⁰ C. trav., art. L. 6325-15

²²¹ V. infra n°124 et 125

²²² 1^{re} civ., 8 janv. 1962, Bull. civ. 1962, I, n° 8 : « *[La renonciation à un droit] peut ne pas être expresse si elle résulte de faits non équivoques impliquant nécessairement la volonté de renoncer en connaissance de cause* » ; Com., 10 avr. 1964, Bull. civ. 1964, IV, n° 173 : « *Si la renonciation à un droit ne se présume pas, elle ne doit pas obligatoirement être expresse, et peut se déduire de faits non équivoques qui l'impliquent nécessairement* »

²²³ CEDH, 30 nov. 2000, *Kwiatkowska c/ Italie*, aff. n°52868/99

appliqué à la publicité des débats²²⁴, au droit à être jugé par un tribunal impartial²²⁵ et au droit d'accès au juge²²⁶. S'agissant de la renonciation aux droits substantiels, la Cour de cassation admet par exemple qu'un contractant puisse consentir de manière tacite à renoncer à son droit à l'image²²⁷.

§II. Une renonciation non-équivoque

106. Définitions. Si le consentement du renonçant peut être tacite, il doit néanmoins être non-équivoque. Le caractère certain du consentement est une condition de validité impérative sanctionnée par la nullité²²⁸, en droit interne²²⁹ comme en droit international²³⁰. Concrètement, la renonciation tacite aux droits fondamentaux « doit être la seule signification qu'il soit possible d'attribuer au comportement du renonçant au regard des circonstances »²³¹. Elle est « caractérisée dès lors que le comportement du renonçant apparaîtra comme incompatible avec la volonté de conserver pleinement sa prérogative »²³². Pour émettre un consentement non-équivoque, le renonçant doit avoir pris connaissance de la clause portant renonciation au droit fondamental avant de signer le contrat. Pour cela, la clause doit être matériellement et intellectuellement accessible²³³.

107. Preuve. En outre, la renonciation à un droit fondamental ne se présume pas²³⁴, elle doit être prouvée²³⁵, essentiellement lorsqu'elle est tacite. La charge de la preuve de la renonciation tacite ne repose en principe pas sur le renonçant, car lui demander de prouver qu'il n'a pas renoncé à ses droits fondamentaux reviendrait à lui imposer la preuve diabolique d'un fait négatif. Par ailleurs, il n'existe pas de présomption de renonciation, ce qui permet d'« éviter un glissement inexorable d'un

²²⁴ CEDH, 21 févr. 1990, *Hakansson et Sturesson c/ Suède*, aff. n°11855/85

²²⁵ CEDH, 8 févr. 2000, *McGonnell c/ RU*, aff. n°28488/95, §44-45 : La renonciation implicite au droit de demander la récusation d'un magistrat est tirée du fait que l'intéressé avait continué à prendre part à l'audience après avoir eu connaissance de la cause de récusation. ; Ass. plén., 24 nov. 2000, n°99-12.412 : Le requérant qui s'abstient de révoquer une formation collégiale avant la clôture des débats renonce implicitement à son droit à un tribunal impartial.

²²⁶ CEDH, 25 nov. 1997, *Zana c/Turquie*, n°18954/91, §70

²²⁷ V., pour un arrêt de principe, 1^{re} civ., 7 mars 2006, n°04-20.715 : « Le consentement à la diffusion d'images de la personne ou de faits de sa vie privée peut être tacite » ; V., par ex., 2^e civ., 12 juil. 2001, n°99-21.822 : La Cour de cassation retient le consentement tacite du mannequin à l'exploitation de ses photographies dans un catalogue d'habits de mariés, au motif que « les circonstances de la prise de vue et les attestations des témoins démontrent [qu'elle] ne pouvait avoir aucun doute sur le fait que la photographie figurerait dans le catalogue ».

²²⁸ C. civ., art. 1128 et 1179

²²⁹ 1^{re} civ., 8 janv. 1962, Bull. civ. 1962, I, n° 8 : « [La renonciation à un droit] peut ne pas être expresse si elle résulte de faits non équivoques impliquant nécessairement la volonté de renoncer en connaissance de cause » ; Com. 10 avr. 1964, Bull. civ. 1964, IV, n° 173 : « Si la renonciation à un droit ne se présume pas, elle ne doit pas obligatoirement être expresse, et peut se déduire de faits non équivoques qui l'impliquent nécessairement »

²³⁰ CEDH, 12 févr. 1985, *Colozza c/ Italie*, aff. n°9024/80, §28 ; CEDH 25 nov. 1997, *Zana c/ Turquie*, op. cit. ; CEDH, 13 nov. 2007, *D. H. et autres c/ République Tchèque*, aff. n°57325/00, §202. : « La renonciation à l'exercice d'un droit garanti par la Convention doit se trouver établie de manière non équivoque ».

²³¹ RIPOCHE E., op. cit., p. 584, n°977

²³² Ibid., p. 579, n°968

²³³ V. infra n°124 à 127

²³⁴ Civ., 8 janv. 1962, n°60-11.170 : « La renonciation à un droit ne se présume pas »

²³⁵ C. civ., art. 1353, al. 1 : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver »

consentement présumé vers un consentement purement fictif »²³⁶. Aussi, la jurisprudence est réticente à déduire le consentement tacite du renonçant de son inertie ou de son silence, et cette position fait l'unanimité en doctrine car « *une interprétation de ce silence serait de considérer que finalement, il n'y aurait pas de méthode, mais du flair* »²³⁷.

Section II : L'intégrité du consentement

108. Définitions. Le consentement à la renonciation aux droits fondamentaux est intrinsèquement lié à l'autonomie individuelle du renonçant. Afin de s'assurer que cette opération ne conduise pas à la restreindre, certains auteurs ont proposé de définir une « *situation idéale d'action* », où « *le choix de l'individu n'est dicté ni par une situation de besoin dans laquelle il serait plongé, ni par son ignorance des conséquences pouvant résulter de l'exercice de ce choix, ni par une incapacité à coordonner son action avec d'autres personnes, l'obligeant à parier, aveuglément si l'on veut, sur les comportements qu'elle veut adopter* »²³⁸.

109. Plan. Le consentement doit donc être libre, c'est-à-dire exempt de tout vice du consentement (§I) et éclairé par des informations suffisantes (§II).

§I. Une renonciation libre : la prise en compte de l'état de vulnérabilité du renonçant

110. Définitions. L'exigence d'un consentement libre, c'est-à-dire exempt de tout vice²³⁹, permet de protéger le renonçant contre lui-même pour le mauvais usage qu'il pourrait faire de sa liberté contractuelle, dans la mesure où le contexte de la conclusion du contrat est toujours une source de contraintes.

111. Plan. Ainsi, la vulnérabilité du renonçant est essentiellement caractérisée sur le terrain de la violence économique²⁴⁰, dont l'objectif est de renforcer la protection des parties faibles²⁴¹, plus précisément par la menace d'un préjudice grave (**A**) ou un état de dépendance économique (**B**).

²³⁶ ARROYO J., op. cit., p. 334, n°609

²³⁷ DIJOUX R., op. cit.

²³⁸ DE SCHUTTER O. et RINGELHEIM J., « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, op. cit., p. 443

²³⁹ C. civ., art 1130 et s.

²⁴⁰ C. civ., art. 1140 à 1143

²⁴¹ V. not. Association Henri Capitant [PICOD Y. et MAZEAUD D. (dir.)], *La violence économique. À l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Dalloz, 2017, Tome XXI

A. La caractérisation de la contrainte par la menace d'un préjudice grave

112. Crainte d'un licenciement ou de la fermeture de son commerce. La menace d'un préjudice grave, c'est-à-dire « *la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* »²⁴², a été qualifiée de violence économique par la jurisprudence²⁴³, entérinée par la réforme²⁴⁴. Ce mal renvoie généralement à un dommage de nature économique, notamment la crainte que peut ressentir le renonçant face à une menace de licenciement ou de fermeture de son commerce (souvent les seules sources de revenus dont il dispose).

113. Crainte d'un procès. Ainsi, la Cour européenne des Droits de l'Homme considère que la crainte de « *perspectives redoutables* » peut s'analyser comme une situation de contrainte économique de nature à vicier le consentement du renonçant²⁴⁵. S'agissant de la renonciation aux droits procéduraux, c'est notamment le cas lorsque l'intérêt financier que représente le recours à une transaction en matière pénale constitue une forme de pression économique de nature à vicier le consentement du renonçant. Il s'agit, par exemple, de la renonciation à son droit d'agir en justice par un commerçant (dès lors que la seule alternative à la conclusion de la transaction pénale était la fermeture de son commerce par les autorités belges)²⁴⁶ ou par une victime d'accident (la compagnie d'assurance étant venue trouver une personne âgée et blessée à la sortie de l'hôpital pour qu'elle signe un acte par lequel elle se déclarait « parfaitement indemnisée »)²⁴⁷.

B. La caractérisation de la contrainte par un état de dépendance économique

114. Définitions. L'abus de l'état de dépendance économique²⁴⁸ du renonçant renvoie à la situation dans laquelle « *la renonciation apparaît pour l'individu comme un moindre mal, c'est-à-dire, où, en réalité, il aurait préféré ne pas avoir à renoncer, mais où à défaut de renonciation, il aurait été placé dans une position plus difficile encore* »²⁴⁹. Or, c'est paradoxalement dans la situation où le

²⁴² C. civ., art. 1140

²⁴³ 1^{re} civ., 3 avr. 2002, *Bordas*, n°00-12.932 : « *Seule l'exploitation d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement. Ne donne pas de base légale à sa décision l'arrêt qui annule une cession de droits d'auteur consentie par un salarié craignant de perdre son emploi sans constater que, lors de la cession, l'intéressée était elle-même menacée par le plan de licenciement et que l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre.* »

²⁴⁴ L. n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0093 du 21 avril 2018, art. 16-1

²⁴⁵ CEDH, 23 nov. 1983, *Van der Musselle c/ Belgique*, aff. n° 8919/80, §35.

²⁴⁶ CEDH, 27 févr. 1980, *Deweer c/ Belgique*, op. cit.

²⁴⁷ Crim., 20 févr. 1968, n°67-90.938

²⁴⁸ C. civ., art. 1143

²⁴⁹ DE SCHUTTER O. et RINGELHEIM J., « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, op. cit., p. 454

renonçant a le plus d'intérêt à renoncer à ses droits fondamentaux, car il n'a pas ou peu d'alternatives, que sa renonciation présente le plus de risques d'être viciée.

115. Contrepartie financière. C'est surtout le cas des clauses insérées dans les contrats à titre onéreux, car le renonçant en attend un avantage matériel (souvent financier), ce qui peut conduire à une « *marchandisation du droit [fondamental]* »²⁵⁰. Cet avantage matériel peut représenter en apparence une contrepartie permettant de rétablir l'équilibre contractuel entre les parties, mais se révéler être en fait une violence économique de nature à vicier le consentement du renonçant.

116. L'abus de dépendance économique se caractérise notamment dans les contrats de travail, où le renonçant est souvent la partie faible, car « *seuls ceux ayant un pressant besoin d'argent consentent* » à travailler dans des conditions misérables²⁵¹. Le travailleur peut par exemple être tenté de renoncer à ses libertés syndicales, à son droit de grève ou encore à son droit au repos²⁵² en contrepartie d'une rémunération plus importante, mais au détriment de sa santé et de sa sécurité (voire de la santé et de la sécurité des autres travailleurs, car il leur sera d'autant plus difficile de ne pas renoncer à leurs droits fondamentaux quand d'autres sont prêts à le faire). A titre d'illustration, le commissaire du gouvernement, dans son avis présenté au Conseil d'Etat à propos de l'affaire dite du « lancer de nains », avait argué que « *la circonstance que la participation de l'intéressé aux spectacles incriminés donne lieu à un salaire ne nous paraît nullement de nature – nous serions tentés d'ajouter le contraire – à infléchir cette conclusion. [...] Sur un plan moral, nous croyons précisément pouvoir déceler, pour notre part, une circonstance aggravante, plutôt qu'atténuante, dans le fait qu'une personne acceptant de se prêter à une attraction à caractère dégradant le fasse à titre de prestation rémunérée dans le cadre d'une exploitation commerciale* »²⁵³. C'est la raison pour laquelle un salarié français ne peut légalement pas renoncer à sa liberté syndicale²⁵⁴, à son droit aux congés payés annuels de quatre semaines²⁵⁵ ou à son droit de grève²⁵⁶ contre une indemnisation financière. Le droit français se conforme ainsi à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a notamment

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ FABRE-MAGNAN M., « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31 s.

²⁵² Concl. du 8 févr. 2011, prec. CJCE, 26 juin 2011, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union c. Secretary of State for Trade and Industry*, aff. C-173/99, point 31 : Il ressort de l'art. 7§2 de la Directive 89/391/CEE adoptée par le Conseil le 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail que le droit à des congés annuels payés doit être considéré comme un droit social fondamental.

²⁵³ CE, 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* : Concl. P. FRYDMAN, RFDA [vol.11], novembre-décembre 1995, p. 1204

²⁵⁴ C. trav., art. L. 2141-1 et L. 2141-3, al. 1

²⁵⁵ CEE, Dir. 89/391/CEE concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, 12 juin 1989, JOCE n°L183 du 29 juin 1989, art. 7

²⁵⁶ C. trav., art. L. 2511-1, al. 2

sanctionné le Royaume-Uni car sa législation permettait aux employeurs d'inciter financièrement leurs salariés à renoncer à leur liberté syndicale, notamment en contrepartie d'une augmentation de salaire²⁵⁷.

117. Coût financier. L'état de dépendance économique se manifeste également dans le cas où le coût de l'exercice d'une liberté fondamentale est excessivement plus élevé que le coût de sa renonciation. Il s'agit notamment de la situation dans laquelle un justiciable accepte de conclure une transaction car il ne pourrait pas supporter le coût d'un procès, renonçant ainsi à son droit d'agir en justice. Par exemple, la Cour européenne des Droits de l'Homme a déclaré une transaction pénale illicite dans le cadre de l'affaire dite du « sang contaminé » ; un patient infecté par le VIH à l'occasion d'une transfusion sanguine avait accepté l'offre de transaction faite par un fonds d'indemnisation car il se trouvait à l'époque dans une situation de grande précarité ne lui permettant pas de payer les frais afférents à un procès ou d'attendre une décision de justice pour obtenir réparation²⁵⁸.

118. A titre de comparaison, la Cour Suprême des Etats-Unis ne tient pas la même position que les juridictions françaises et européennes sur ce point. Par exemple, elle a considéré qu'un amendement au service « Medicaid » (qui permet le remboursement des soins de santé des personnes indigentes les plus précaires) ne viciait pas le consentement des femmes à renoncer à leur liberté fondamentale d'interrompre leur grossesse²⁵⁹, alors même qu'il supprimait le remboursement des frais d'interruption volontaire de grossesse, tout en conservant la prise en charge de l'ensemble de leurs frais d'accouchement²⁶⁰.

119. Or, afin que l'opération exprime réellement sa volonté, le contractant doit être en mesure de connaître et de comprendre les conséquences qui s'attachent à la renonciation à ses droits fondamentaux, nonobstant les avantages financiers qu'elle peut représenter. C'est pourquoi son cocontractant est soumis à un devoir d'information.

§II. Une renonciation éclairée : la bonne information du renonçant

120. Définitions. La bonne information du renonçant, qui intervient pendant la phase précontractuelle, permet (avec la stipulation d'un délai de réflexion) de s'assurer que l'opération reflète

²⁵⁷ CEDH, 2 juil. 2002, *Wilson, National Union of Journalists et autres c/ Royaume-Uni*, aff. n°30668/96, 30671/96 et 30678/96, §48 : « En permettant aux employeurs d'avoir recours à des incitants financiers pour amener les salariés à renoncer à des droits syndicaux importants, l'État défendeur a manqué à son obligation positive de garantir la jouissance des droits consacrés par l'article 11 de la Convention ».

²⁵⁸ CEDH, 19 janv. 1995, *Bellet c/ France*, aff. n°23805/94

²⁵⁹ SCOTUS, *Roe v. Wade*, 22 janv. 1973, 418 US 113 : L'interruption volontaire de grossesse est une liberté constitutionnelle.

²⁶⁰ SCOTUS, *Harris v. MacRae*, 21 avr. 1980, 448 US 297

réellement l'autonomie de sa volonté et qu'elle respecte le principe de sécurité juridique. En effet, en éclairant le consentement du renonçant, son cocontractant s'assure qu'il n'invoquera pas les vices du consentement que sont l'erreur et le dol pour obtenir l'annulation du contrat²⁶¹.

121 Plan. La clause portant renonciation aux droits fondamentaux n'échappe pas à l'exigence légale d'information²⁶², mais son objet (**A**) et ses modalités (**B**) présentent des particularités.

A. L'objet du devoir d'information

122. Plan. Afin que l'opération soit conforme à sa volonté, le renonçant doit être en mesure de connaître le droit fondamental auquel il renonce (**1**) et de comprendre les conséquences qui s'attachent à une telle renonciation (**2**), à défaut de quoi il pourrait invoquer une erreur substantielle déterminante de son consentement²⁶³ pour obtenir l'annulation du contrat.

1. La nature de la renonciation : la connaissance exacte du droit fondamental objet de la renonciation

123. Définitions. Le renonçant ne peut librement exercer son droit fondamental que s'il en connaît la teneur exacte, soit « *les éléments constitutifs de la liberté en cause, c'est-à-dire, les traits caractéristiques de celle-ci et la protection qu'ils impliquent* »²⁶⁴. Par exemple, la partie qui accepte une clause de viduité doit être informée que la liberté matrimoniale présente une dimension positive – le droit de se marier – et une dimension négative – le droit de ne pas se marier. C'est la raison pour laquelle la clause portant renonciation aux droits fondamentaux doit être matériellement et intellectuellement accessible²⁶⁵.

124. Accessibilité matérielle. D'une part, une clause matériellement accessible doit figurer dans l'*instrumentum* du contrat, et non dans un acte à part, comme une convention collective ou un règlement intérieur²⁶⁶. D'autre part, le créancier doit s'assurer qu'elle attire suffisamment l'attention du renonçant. Or, le devoir de bonne information du renonçant est d'autant plus difficile à mettre en œuvre lorsque la renonciation au droit fondamental est stipulée dans une clause accessoire au contrat²⁶⁷

²⁶¹ C. civ., art. 1130 à 1139

²⁶² C. civ., art. 1112-1

²⁶³ C. civ., art. 1130 et 1132

²⁶⁴ HYDE A.-A., *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat : Essai d'une théorie*, FABRE-MAGNAN M. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2012, p. 187, n° 265

²⁶⁵ V. not. MAURIN L., op. cit., p. 280, n°335 et s. : « *L'accessibilité de l'information s'entend aussi bien d'une accessibilité intellectuelle que matérielle de la mesure portant restriction du droit fondamental. Il en va de l'effectivité de la sécurité juridique.* »

²⁶⁶ Soc., 19 nov. 1997, n°95-41.260 : La signature apposée par le salarié sous le règlement intérieur contenant une clause de mobilité n'a pas pour effet de l'insérer dans le contrat de travail.

²⁶⁷ « *qui n'apparaît pas indispensable à la réalisation de l'opération contractuelle* » (HYDE A.-A., op. cit., p. 302)

que lorsqu'elle fait l'objet d'une clause principale²⁶⁸, dans la mesure où le consentement du renonçant porte surtout sur l'objet principal de l'acte et non sur la clause aménageant la renonciation. C'est la raison pour laquelle la clause portant renonciation au droit fondamental doit être expresse²⁶⁹ lorsqu'elle déterminée à l'avance par l'autre partie, c'est-à-dire quand est stipulée dans un contrat d'adhésion²⁷⁰ qui « *se caractérise par la prédétermination des conditions contractuelles et leur imposition à l'une des parties par l'autre qui jouit d'une supériorité de puissance économique* »²⁷¹.

125. Ainsi, « *la relation de travail [prenant] souvent la forme d'un contrat d'adhésion* »²⁷², la loi exige que certaines clauses insérées dans les contrats de travail soient écrites afin de s'assurer de la bonne information du salarié. C'est le cas, par exemple, de la clause de dédit-formation (qui doit par ailleurs être stipulée dans un avenant au contrat de travail²⁷³), de la clause de non-concurrence²⁷⁴ et de la clause de mobilité²⁷⁵.

126. Accessibilité intellectuelle. Une clause intellectuellement accessible est intelligible, c'est-à-dire qu'elle s'exprime en des termes suffisamment compréhensibles pour le renonçant. Pour Madame Ripoché, « *cette exigence d'intelligibilité des clauses contractuelles restrictives de liberté rejoint le principe de clarté de la loi* »²⁷⁶. En pratique, le juge doit rigoureusement contrôler si « *elle a été véritablement acceptée par les parties ou si son insertion dans le règlement compact et mystérieux, dans un magma topographique de lecture malaisée ne constitue pas un piège à l'adresse de l'une d'elle* »²⁷⁷. Il opère en ce sens un contrôle de qualification, et parfois un travail de requalification, essentiel.

127. En effet, l'imagination de la pratique est foisonnante lorsqu'il s'agit d'utiliser des termes excessivement complexes pour contourner la législation sur les clauses abusives, et ainsi masquer le véritable sens des stipulations contractuelles portant renonciation aux droits fondamentaux. C'est notamment le cas en droit de la consommation, où il arrive que des professionnels qualifient de « *délais de réclamation* » des clauses réduisant en fait le délai de prescription, afin de contourner la présomption

²⁶⁸ « *qui est indispensable à la fois à l'existence même dudit contrat [...] et à sa qualification* » (CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, 1^{ère} éd., L'Harmattan, 2008, p. 33, n°14)

²⁶⁹ V. not. RIPOCHE E., op. cit., p. 614, n°1035 et s. ; MAURIN L., op. cit., p. 268, n°338

²⁷⁰ C. civ., art. 1110, al. 2

²⁷¹ DEREUX G., « La nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD civ.* 1910. 503.

²⁷² MEKKI M., « Existe-t-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail ? », *RDT*, 2006, p. 298

²⁷³ C. trav., art. L. 6325-15

²⁷⁴ Soc., 25 mai 2016, n°14-20.578 : La clause de non-concurrence doit être écrite, à peine de nullité.

²⁷⁵ Soc., 27 juin 2002, n°00-42.646 : « *L'employeur ne peut se prévaloir d'une disposition de la convention collective instituant une obligation de mobilité qu'à la condition que le salarié ait été informé de son existence au moment de son engagement, mis en demeure d'en prendre connaissance et que cette disposition se suffise à elle-même* »

²⁷⁶ RIPOCHE E., op. cit., p. 614, n°1036

²⁷⁷ JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français II. Théorie générale des obligations : les principaux contrats du droit civil*, Sirey, 3^e éd., 1939, p. 24, n°33

irréfragable de caractère abusif qui s'y attache²⁷⁸. Elles sont également fréquentes en droit du travail, certains employeurs préférant utiliser le terme de « clause de non-sollicitation » pour qualifier des clauses de non-concurrence²⁷⁹, afin d'économiser le coût d'une contrepartie financière.

128. Présence d'un avocat. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que pour pouvoir valablement renoncer au droit au juge, le renonçant doit être informé de la nature exacte de l'accusation dont il fait l'objet²⁸⁰, étant précisé que la présence d'un avocat peut s'avérer nécessaire lorsque le renonçant est « *profane en droit* »²⁸¹.

2. La portée de la renonciation : les risques pour la personne du renonçant

129. Définitions. Le renonçant ne peut librement renoncer à ses droits fondamentaux que s'il connaît les conséquences juridiques qui s'y attachent, car elles peuvent être dommageables pour sa personne, d'autant plus « *qu'une telle renonciation est souvent contenue dans des contrats qui sont l'expression d'un pouvoir exercé par un contractant sur un autre* »²⁸². A ce titre, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que l'avocat joue un rôle déterminant dans l'information du justiciable « *profane en droit* »²⁸³, mais il serait inenvisageable pour les Etats signataires d'imposer le recours à un conseil pour la conclusion de tous les contrats portant renonciation à un droit fondamental, notamment en raison de leur fréquence.

130. Obligations d'information spéciales. C'est pourquoi l'obligation d'information est renforcée lorsque la renonciation aux droits fondamentaux a des conséquences importantes sur la personne du renonçant. Ainsi, la Cour de cassation exige un écrit pour certaines clauses insérées dans les contrats de travail²⁸⁴, ce qui s'explique par le fait qu'il s'agit d'un contrat essentiel pour le renonçant et sa famille, étant sa source principale de revenus. Elle demande également que « *[les parties stipulent] clairement les limites temporelle, géographique, matérielle et contextuelle de l'autorisation*

²⁷⁸ V. not. MAURIN L., op. cit., p. 270, n°341

²⁷⁹ V., par ex., Soc., 2 juil. 2008, n°07-40.618 : « *Attendu qu'ayant procédé à une interprétation nécessaire exclusive de dénaturation des termes ambigus de la clause contractuelle dite de non-détournement de clientèle, la cour d'appel qui a constaté que son libellé très large et imprécis aboutissait en fait à interdire à M. X... l'accès aux entreprises œuvrant dans le secteur aéronautique et donc à lui interdire l'exercice d'une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, a décidé que la clause litigieuse devait s'analyser en une clause de non-concurrence déguisée illicite puisque dépourvue de contrepartie financière.* »

²⁸⁰ V. par ex., CEDH, 12 févr. 1985, *Colozza c/ Italie*, op. cit., §28

²⁸¹ CEDH, 25 févr. 1992, *Pfeifer et Plankl c. Autriche*, aff. n°10802/84 : « *La présence d'un conseil juridique, non seulement garantit le caractère informé du consentement de l'intéressé à renoncer à l'un de ses droits, mais en outre lui assure une protection contre un abus, par les autorités judiciaires, de leur position de force face à une personne au fait du fonctionnement de la procédure* »

²⁸² RIPOCHE E. op. cit., p. 618, n°1041

²⁸³ V. not., CEDH, 25 février 1992, *Pfeifer et Plankl c. Autriche*, op. cit.

²⁸⁴ V. supra n°125

[de cession de droit à l'image] accordée contractuellement »²⁸⁵, ce qui se comprend aisément par le fait que la publication d'une image sur internet (surtout sur les réseaux sociaux) implique un « *eternity effect* »²⁸⁶, nonobstant la création récente d'un droit à l'oubli²⁸⁷. Mais surtout, la loi impose au médecin d'informer son patient de tous les risques liés à une intervention médicale²⁸⁸ qui met nécessairement en péril son intégrité physique.

131. Délais de réflexion et de rétractation. En outre, certains auteurs militent pour l'instauration de délais de réflexion et de rétractation « *généralisés au cas des renoncements aux droits fondamentaux* »²⁸⁹, arguant principalement que « *la prise de conscience suppose du temps* »²⁹⁰. En effet, la stipulation d'un délai de réflexion ou de rétractation est rare dans la pratique contractuelle, car il n'existe pas de délai de droit commun, mais des délais spéciaux prévus notamment par le Code du travail²⁹¹, le Code de la consommation²⁹² et le Code de la santé publique²⁹³. Or, la mise en place d'un tel délai en matière de renonciation contractuelle aux droits fondamentaux permettrait au renonçant d'assimiler les informations qui lui ont été données et de réfléchir à la portée de son engagement, en prenant du recul face à un contexte souvent porteur de contraintes²⁹⁴. Ainsi, Monsieur Maurin et Madame Ripoché proposent de mettre en place un délai raisonnable de réflexion, dont la durée varierait selon la nature du droit fondamental en cause, la qualité du renonçant ou encore le contrat dans lequel une telle clause est stipulée. Cependant, le fait de laisser la durée de ces délais à l'appréciation souveraine du juge, comme proposé, comporte un risque accru d'atteinte à la force obligatoire du contrat²⁹⁵ et par conséquent d'insécurité juridique pour les parties, aussi il serait préférable qu'ils soient précisément délimités par la loi.

²⁸⁵ 1^{re} civ., 20 oct. 2021, n°20-16.343

²⁸⁶ V. not. WALZ S., « Relationship between the freedom of the press and the right for informational privacy in the emerging Information society », in *19^e Conférence internationale des commissaires à la protection des données* [CNIL], Bruxelles, Dalloz, 17-19 septembre 1997, p. 3

²⁸⁷ V. not., DE TERWANGNE C., ROSIER K. [dir.], *Le règlement général sur la protection des données*, Dalloz (Larcier), 1^{re} éd., 2018, p. 98 et s.

²⁸⁸ CSP, art. L. 1111-2, I : « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. [...] »

²⁸⁹ RIPOCHE E., op. cit., p. 617, n°1040

²⁹⁰ MAURIN L., op. cit., p. 272, n°343

²⁹¹ Par ex., la loi impose un délai de rétractation d'un mois en cas de modification du contrat de travail (C. trav., art. L. 1222-6)

²⁹² Par ex., la loi impose un délai de rétractation de 14 jours dans les contrats conclus à distance (C. consom., art. L.221-1 et s.), hors établissement (C. consom., art. L. 221-1, L. 221-8 et s.), par démarchage téléphonique ou à domicile (C. consom., art. L. 221-16 et L. 221-17) et les crédits à la consommation (C. consom., art. L. 312-1).

²⁹³ Par ex., la loi impose un délai de réflexion de trois mois en matière de procréation médicalement assistée (CSP, art. L. 2141-4) et de quatre mois pour une stérilisation à visée contraceptive (CSP, art. L. 2123-1)

²⁹⁴ V. supra n°110 à 117

²⁹⁵ C. civ., art. 1193 à 1195

B. Les modalités de l'information : la répartition équitable du fardeau informationnel

132. Plan. L'obligation d'information sur les risques d'atteintes graves à un droit fondamental découlant de l'exécution d'un contrat est à la fois horizontale (1) et verticale (2). Cela signifie qu'elle pèse à la fois sur les personnes publiques et sur les contractants privés.

1. La répartition du fardeau informationnel dans les relations verticales

133. Obligation d'information à la charge des Etats. La Cour européenne des droits de l'Homme considère qu'une « *obligation positive de protéger le citoyen* » pèse sur l'Etat, en vertu de laquelle il doit informer le renonçant des risques d'atteinte contractuelle à ses droits fondamentaux. Or, il est intéressant de remarquer que cette obligation a vu le jour très récemment, alors que des clauses portant renonciation aux droits fondamentaux étaient stipulées depuis longtemps dans les contrats entre personnes privées. En effet, dans deux arrêts rendus en 2013, la Cour a mis à la charge des Etats contractants une obligation d'information, en considérant que l'Etat grec aurait dû imposer aux banques de tenir informer leurs clients de l'approche de la fin du délai de prescription d'un compte inactif²⁹⁶ et que l'Etat norvégien aurait dû obliger les employeurs à informer leurs salariés qu'ils se livraient à des activités dangereuses susceptibles de menacer leur santé et leur sécurité²⁹⁷.

134. Critiques. La rareté de ces condamnations s'explique par le fait que « *si cette obligation se présente comme une évidence dans le cadre des relations verticales, dans le cadre des relations contractuelles horizontales en revanche, son application demeure malaisée* »²⁹⁸. En effet, la mise en œuvre d'une telle obligation supposerait que chaque citoyen soit suffisamment informé sur la portée de chaque droit fondamental pour pouvoir en informer son contractant. Autrement dit, les Etats devraient imposer une obligation de se renseigner à la charge de chaque contractant, afin qu'il puisse renseigner le futur renonçant²⁹⁹.

²⁹⁶ CEDH, 29 janv. 2013, *Zolotas c. Grèce*, aff. n°66610/09 : En l'espèce, un citoyen grec avait conclu un contrat de dépôt avec une banque, et avait tenté de récupérer la somme qu'il avait déposé sur ce compte vingt ans plus tard. Or, l'Etat grec était devenu propriétaire de cette somme en vertu d'une loi nationale prévoyant que tout compte inactif est soumis à une prescription de vingt ans, ce qui portait évidemment atteinte au droit de propriété du citoyen. La Cour a considéré qu'il existait à la charge de l'Etat une obligation d'information censée permettre de rétablir le déséquilibre entre les parties, et qu'il aurait en conséquence dû prévoir une obligation à la charge des banques de tenir informé le titulaire d'un compte inactif de l'approche de la fin du délai de prescription afin de lui permettre de l'interrompre.

²⁹⁷ CEDH, 5 déc. 2013, *Vilnes et a. c/ Norvège*, aff. n°52806/09 et 22703/10 : En l'espèce, des plongeurs employés par des compagnies pétrolières privées souffraient, plusieurs années après la cessation d'activités à risque, de troubles physiques et psychologiques. La Cour a considéré qu'il existait à la charge de l'Etat norvégien une obligation d'information, en vertu de laquelle il aurait dû obliger les employeurs à informer leurs salariés qu'ils se livraient à des activités dangereuses susceptibles de menacer leur santé et leur sécurité.

²⁹⁸ DIJOUX R., « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux » [en ligne], *LPA*, op. cit.

²⁹⁹ V. not., ROCHFELD J., « Le solidarisme à la mode européenne : vers une obligation d'information sur les risques d'atteintes graves à un droit fondamental en raison de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat », *RDC 2013*, n° 3, p. 837

135. Solution. C'est pourquoi la Cour européenne des droits de l'Homme exige surtout des Etats que l'ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental soit prévue par la loi³⁰⁰, ce qui signifie qu'elle doit avoir une base suffisante en droit interne pour être à la fois accessible et intelligible. Or, en vertu du principe de force obligatoire du contrat selon lequel « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* »³⁰¹, elle semble se considérer que le contrat constitue une base légale suffisante.

2. La répartition du fardeau informationnel dans les relations horizontales

136. Répartition équitable du fardeau informationnel. Mais l'obligation d'information doit surtout équitablement peser sur le renonçant et sur son cocontractant. Cela s'explique par le fait que le contractant ne peut pas avoir connaissance de l'ensemble des effets préjudiciables que pourrait avoir l'opération sur la personne du renonçant. En effet, non seulement ce dernier n'a pas forcément connaissance de la personnalité du renonçant et donc de ce qu'une telle renonciation signifierait concrètement pour lui (par exemple, l'employeur ne peut et ne doit pas surveiller les pratiques de son salarié afin de déterminer dans quelle mesure ses libertés de religion et d'expression seront affectées par le contrat de travail³⁰²), mais très souvent les droits fondamentaux sont entravés par les modalités d'exécution du contrat (et non dans son objet).

137. Devoir d'information. Ainsi, l'obligation d'information ne pèse sur l'auteur de l'atteinte, c'est-à-dire le contractant, que lorsque l'ignorance du renonçant est légitime, notamment car les informations sont trop techniques ou qu'il entretient une relation de confiance avec lui. C'est essentiellement le cas en matière médicale ou de bioéthique³⁰³, où les connaissances des professionnels de santé excèdent généralement celles du patient, ou dans les libéralités stipulées entre proches, en raison de la relation de confiance qui les unit.

138. Devoir de se renseigner. Dans tous les autres cas, il appartient au renonçant de s'assurer que les principaux éléments de sa personnalité sont intégrés au champ contractuel, à défaut de quoi il devra se renseigner lui-même sur les risques que comporte une telle opération.

³⁰⁰ V., par ex., CEDH, 7 nov. 2002, *Madsen c/ Danemark*, aff. n° 58341/00 (obligation pour les membres de l'équipage d'un ferry de fournir des échantillons d'urine afin de détecter l'usage d'alcool ou de drogue) et CEDH, 9 mars 2004, *Wretlund c/ Suède*, aff. n°46210/99 (obligation pour le personnel d'une centrale nucléaire de fournir des échantillons d'urine afin de détecter l'usage d'alcool ou de drogue).

³⁰¹ C. civ., art. 1103 (anc. art. 1134)

³⁰² V. not. : LAREF L., « Limites de la surveillance horizontale professionnelle face la liberté d'expression. CEDH, 2e sect., 15 juin 2021, *Melike c/ Turquie*, n° 35786/19 » [en ligne], *AJDA*, 28 juin 2021 [consulté le 30 mai 2022]

³⁰³ CSP, art. L. 1111-2, I

139. Par exemple, le renonçant ne peut pas reprocher à son cocontractant d'avoir attenté à sa liberté de religion s'il ne connaît pas ses convictions personnelles. Ainsi, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que l'employeur ou le bailleur n'étaient pas tenus de favoriser l'exercice de la liberté religieuse du salarié ou du locataire par des actions positives, si cette liberté n'avait pas été intégrée dans le champ contractuel préalablement. Ainsi, elle a refusé de considérer que le bailleur avait manqué à son obligation d'information, dès lors que son preneur ne lui avait pas indiqué que ses croyances religieuses l'empêchaient de se servir d'un digicode pour rentrer chez lui le jour du shabbat³⁰⁴. De même, elle a considéré que l'employeur n'avait pas non plus manqué d'informer son salarié qu'il pourrait être amené à toucher de la viande de porc au rayon boucherie d'un supermarché, ce dernier ne lui ayant pas signalé qu'il était de confession musulmane³⁰⁵, d'autant plus qu'il avait toujours la possibilité de démissionner³⁰⁶. Au contraire, dans le cas des entreprises de tendance, les convictions religieuses sont pleinement intégrées au champ contractuel, ce qui justifie leur prise en considération au stade de l'exécution du contrat³⁰⁷.

140. Cependant, ce n'est pas parce que le renonçant refuse de faire entrer ses convictions religieuses dans le champ contractuel qu'il y renonce définitivement, aussi la Cour européenne des droits de l'Homme contrôle-t-elle la proportionnalité de l'atteinte portée à ce droit fondamental.

³⁰⁴ 3^e civ., 18 déc. 2002, *Amar*, n°01-00.519

³⁰⁵ Soc., 24 mars 1998, n°95-44.738

³⁰⁶ V., par ex. : CEDH *Konttinen c/ Finlande*, 3 déc. 1996, aff. n°24949/94

³⁰⁷ V. supra n°43 et 44

Chapitre II : Les modalités objectives de la renonciation : une atteinte justifiée et proportionnée aux droits fondamentaux

141. Définitions. La spécificité de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux réside dans le fait qu'elle représente l'équivalent, dans les relations horizontales, de l'atteinte légale aux droits fondamentaux dans les relations verticales³⁰⁸. Ainsi, le projet de réforme du droit des obligations prévoyait que : « *la liberté contractuelle ne permet pas [...] de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché* »³⁰⁹.

En conséquence, il revient au juge de concilier le contrôle de proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux avec la force obligatoire du contrat³¹⁰.

142. Plan. La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux doit faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité, qui permet au juge de s'assurer que l'atteinte au droit fondamental est justifiée par un intérêt légitime (**Section I**) et proportionnée au but recherché (**Section II**).

Section I : Une renonciation justifiée

143. Plan. Lorsque le juge contrôle la justification de l'atteinte aux droits fondamentaux, il confronte le but poursuivi aux moyens employés pour l'atteindre³¹¹. Ainsi, il vérifie que l'intérêt est légitime (§I) et que les moyens employés pour l'atteindre sont adaptés (§II).

§I. Un intérêt légitime

144. Origines du contrôle. La condition de justification au regard d'un intérêt légitime est d'abord apparue en droit du travail, où elle a été dégagée de l'article L. 1121-1 du Code du travail³¹²

³⁰⁸ « Si l'on admet que l'individu puisse consentir à une restriction contractuelle de ses droits fondamentaux, il faut accepter de transposer à cette situation le contrôle de proportionnalité appliqué aux ingérences étatiques qui se font jour dans une relation verticale » (CHASSAGNARD-PINET S., « 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. 242-243)

³⁰⁹ CATALA P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport au Garde des Sceaux du 22 Septembre 2005, art. 1102, al. 2

³¹⁰ C. civ., art. 1103 (anc. art. 1134)

³¹¹ « Le contrôle de la justification de l'atteinte se distingue en cela du contrôle de sa proportionnalité au sens strict. En effet, le contrôle de proportionnalité n'a pas pour objet la confrontation des fins et des moyens, mais leur conciliation : il ne s'agit pas de légitimer le principe même de l'action mais d'en contrôler la mesure. » (RIPICHE E., op. cit., p. 631, n°1063)

³¹² C. trav., art. L. 1121-1 : « 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 »

par la jurisprudence. En effet, la Chambre sociale de la Cour de cassation a toujours subordonné l'atteinte portée aux droits fondamentaux du salarié à l'existence de motifs légitimes. Elle exige dans un premier temps que les clauses de non-concurrence³¹³ et de domicile³¹⁴ insérées dans les contrats de travail soient « *indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* », avant d'étendre cette solution aux clauses de viduité³¹⁵, de réserve ou de confidentialité³¹⁶. Elle opère à ce titre un véritable contrôle de motivation ; elle a par exemple refusé de justifier l'insertion d'une clause de domicile dans le contrat de travail d'un avocat salarié par le fait qu'elle « *favorise l'établissement d'une relation de proximité entre l'avocat salarié et les clients du cabinet* »³¹⁷.

145. Or, cette exigence, qui ne concerne pas que le droit du travail, est susceptible de s'appliquer à l'ensemble des contrats de droit privé. Ainsi, s'agissant du contrat de bail, il a été jugé que la clause limitant la liberté d'un locataire de recevoir des visites ne pouvait être stipulée « *qu'à condition qu'elle ait une portée limitée et qu'elle soit justifiée par un intérêt légitime* »³¹⁸, et que la clause lui interdisant de poser une antenne parabolique était soumise à l'existence d'un « *motif sérieux et légitime* »³¹⁹. De même, les clauses de viduité, d'inaliénabilité ou d'assignation à résidence stipulées dans des libéralités doivent être « *temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime* »³²⁰.

146. Objet du contrôle. Certains auteurs³²¹ considèrent que la condition de justification au regard d'un intérêt légitime renvoie en réalité à l'appréciation de la cause subjective (ou mobile)³²², devenue but³²³, de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux. En conséquence, le contrôle de la justification se déplacerait sur les mobiles lointains ayant poussé les parties à conclure une telle clause, c'est-à-dire, d'une part, sur les raisons du choix opéré par le renonçant, et d'autre part, surtout, sur les besoins de son cocontractant. Par exemple, il reviendrait au juge de contrôler si la renonciation au droit d'agir en justice stipulée dans une transaction a effectivement permis au renonçant d'être

³¹³ Soc., 14 mai 1992, n°89-45.300 : La stipulation d'une clause de non-concurrence doit être « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* »

³¹⁴ Soc., 12 janv. 1999, *Spileers*, n°96-40.755 : « *Attendu que 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* ».

³¹⁵ Soc., 7 févr. 1968, n°65-40.622

³¹⁶ Soc., 28 avr. 2006, n°03-44.527

³¹⁷ Soc., 12 juil. 2005, n°04-13.342

³¹⁸ TI Périgueux, 12 oct. 1990, *Eymes c. Sarre*, JD n°1990-050066, *Annale des Loyers*, 1992, p. 706 : « *Les droits de la personnalité comme les libertés civiles sont d'ordre public et si des restrictions à leur exercice sont tolérées, c'est à condition qu'elles aient une portée limitée et qu'elles soient justifiées par un intérêt légitime* »

³¹⁹ V. par ex. : 3^e civ., 3 nov. 2005, n°02-21.489

³²⁰ C. civ., art. 900-1

³²¹ V. not., RAYNAUD J., *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, GARAUD E. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université de Limoges, 2001 ; MAURIN L., op. cit., p. 273 et s., n°345 et s.

³²² C. civ., anc. art. 1108 et 1131

³²³ C. civ., art. 1162

indemnisé plus rapidement et à son cocontractant d'avoir évité un procès long et coûteux. Cette thèse présenterait un certain avantage, si toutefois on admettait la théorie de la caducité pour perte d'intérêt³²⁴ : ainsi, le renonçant ou son cocontractant pourraient invoquer la caducité de la renonciation dès lors que les intérêts particuliers attendus de la prestation auraient disparu³²⁵.

147. Cependant, cette théorie se heurte au fait qu'« *il n'est pas admis que la satisfaction de n'importe quel intérêt égoïste soit une cause justificative de l'atteinte à une liberté* »³²⁶, sans quoi une telle stipulation contractuelle heurterait l'ordre public ou serait prohibée par la loi³²⁷. C'est en raison du caractère fondamental du droit atteint par la renonciation que le juge doit contrôler que l'intérêt du créancier « *corresponde à un intérêt protégé par le droit et concrètement menacé dans le cadre de l'exécution du contrat* »³²⁸. Ainsi, le contrôle de la justification au regard d'un intérêt légitime doit porter, certes, sur les intérêts concrets des parties au contrat, mais aussi et surtout sur l'intérêt abstrait qu'une telle opération représente pour la société³²⁹.

148. Intérêts concrets. Les intérêts des parties au contrat s'apprécient au jour de l'exécution de la clause portant renonciation aux droits fondamentaux, c'est-à-dire au jour où elle devient effective, et non au jour de sa conclusion (par exemple, la clause de non-concurrence sert les intérêts de l'employeur le jour où le salarié quitte son entreprise). Ils peuvent être actuels ou futurs, notamment lorsque l'opération vise à prévenir un risque d'atteinte à un intérêt (par exemple, la clause de viduité permet d'anticiper le mariage du renonçant). Néanmoins, les intérêts des parties doivent être réels et sérieux. D'une part, le renonçant doit prouver que l'opération contractuelle lui procure un avantage de nature économique ou morale, qui est destiné à rétablir un certain équilibre contractuel (par exemple, une contrepartie financière, le bien objet d'une donation, l'aménagement des conditions de fin de vie du mourant ou l'intention libérale du donneur d'organe). Mais, surtout, son cocontractant doit prouver que l'opération vise à préserver, faire cesser ou prévenir un risque certain d'atteinte à ses droits (par exemple, le bailleur préserve son droit de propriété en limitant le droit à la vie privée de ses locataires, l'employeur prévient le risque d'atteinte à sa liberté d'entreprendre en stipulant une clause de non-concurrence).

149. Intérêts abstraits. Or, la diversité des intérêts sociaux (à caractère matériel ou moral) rend l'appréciation de sa légitimité difficile, dans la mesure où elle implique nécessairement un

³²⁴ LAITHIER Y.-M., « Quand peut-on invoquer la caducité du contrat ? », *RDC*, 2021, n°1, p. 161

³²⁵ C. civ., art. 1186, al. 1 : « *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.* »

³²⁶ HYDE A.-A., *op. cit.*, n°372

³²⁷ C. civ., art. 6

³²⁸ RIPOCHE E., *op. cit.*, n°1065

³²⁹ ARROYO J., *op. cit.*, p. 378, n°692 : « *Public ou privé, l'intérêt légitime s'entend plus largement de l'intérêt conforme à la justice, à l'équité : il repose sur la moralité du but sous-tendant la restriction apportée au droit fondamental.* »

jugement de valeur³³⁰. C'est pourquoi la distinction opérée par Madame Ripoche est particulièrement intéressante en la matière. Selon l'auteure, l'intérêt du créancier qui s'incarne dans un droit subjectif ferait l'objet d'une « *présomption de légitimité sociale* », tandis que son simple intérêt personnel devrait être apprécié *in concreto* pour être jugé socialement utile³³¹. Plus précisément, les droits subjectifs s'étant « *fondamentalisés* »³³², leur titulaire pourrait les opposer à tous les autres sujets de droit qui entreraient en relation contractuelle avec lui, car la préservation de son droit subjectif fondamental serait susceptible de légitimer l'atteinte au droit fondamental de son cocontractant (par exemple, le droit au respect des biens du bailleur, et donc son droit de propriété, justifie qu'il porte atteinte au droit au respect de la vie privée du locataire). S'agissant de tous les autres intérêts, qui ne s'incarnent pas dans droit subjectif, l'auteure propose de recourir à la technique des standards³³³ afin d'évaluer *in concreto* la légitimité sociale de l'intérêt poursuivi par le créancier (par exemple, l'intérêt de l'entreprise justifie que l'employeur porte atteinte aux droits fondamentaux de ses salariés). Cependant, cette théorie, bien que satisfaisante d'un point de vue pédagogique, conduit *in fine* à mettre en balance les différents droits fondamentaux en cause et donc à les hiérarchiser.

150. En outre, les intérêts légitimes des parties ne doivent pas seulement exister ; ils doivent être atteignables.

§II. Des moyens adaptés

151. Définitions. La renonciation aux droits fondamentaux doit être le seul moyen de satisfaire les intérêts légitimes des contractants. Afin de démontrer que les moyens employés pour atteindre l'intérêt légitime des parties sont adaptés, Monsieur Mekki propose un triptyque fondé sur « *l'utilité, la nécessité et la proportionnalité* »³³⁴ de l'atteinte.

152. Plan. Cela signifie que le juge doit contrôler, d'une part, la nécessité des moyens employés par les parties (**A**) et, d'autre part, leur adéquation au regard du but recherché (**B**).

A. Des moyens utiles

153. Coïncidence entre l'objet du contrat et le droit fondamental. S'agissant du contrôle de l'adéquation des moyens employés au but recherché, certains auteurs ont proposé une analyse fondée

³³⁰ RAYNAUD J., op. cit., n°196

³³¹ RIPOCHE E., op. cit., p. 633 et s., n°1069 et s.

³³² V. not., MAURIN L. op. cit., p. 275, n°347

³³³ Cette technique, présente dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Conseil constitutionnel, s'applique jusqu'à présent aux atteintes légales aux droits fondamentaux dans les relations verticales.

³³⁴ MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, GHESTIN J. [dir.], Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2003, p. 484 et s., n°827 et s.

sur l'objet du contrat³³⁵. Ainsi, le droit fondamental atteint par la renonciation doit correspondre à l'objet du contrat, c'est-à-dire à l'obligation contractuelle qui donne au contrat sa nature propre. Tandis que les contrats portant sur des biens permettraient une atteinte aux libertés économiques du renonçant, seuls les contrats portant sur sa personne justifieraient une atteinte à ses libertés individuelles³³⁶. Dans cette optique, la clause portant renonciation aux droits fondamentaux ne pourrait être adaptée que si elle sert l'objectif contractuel poursuivi par les parties. Ainsi, il doit y avoir une « *relevance juridique des clauses contractuelles à l'égard du contrat* », dans la mesure où il doit « *exister un lien de cohérence inextricable entre la clause, toujours autonome, et le contrat dans sa globalité qui demeure le référent* »³³⁷. C'est la raison pour laquelle, par exemple, le contrat de bail (portant sur la chose louée) ne pourrait pas justifier que le preneur renonce à sa liberté d'expression, contrairement au contrat de travail qui porte sur la personne du renonçant.

154. D'autre part, on peut ajouter qu'il ne suffit pas que la clause portant renonciation aux droits fondamentaux corresponde à l'objet du contrat pour qu'elle permette effectivement d'atteindre les intérêts légitimes des parties. Aussi, il convient de vérifier si la stipulation d'une telle clause conduit, *in fine*, à servir les intérêts légitimes des parties (et non d'autres intérêts sous-jacents, voire aucun intérêt du tout).

155. Clause illicite. Le juge doit donc contrôler que le motif invoqué par les parties corresponde réellement au mobile poursuivi, car il peut cacher un but illicite. C'est notamment le cas dans les contrats de travail, où il arrive que les clauses portant renonciation aux droits fondamentaux constituent une fraude à la loi, l'employeur désirant en réalité contourner une législation qu'il juge trop compliquée à respecter. Il s'agit, par exemple, de l'employeur qui insère une clause de viduité dans le contrat de travail d'hôtesse de l'air pour contourner les dispositions légales impératives prohibant le licenciement des femmes enceintes³³⁸, ou une clause de dédit-formation dans le contrat de travail de chauffeurs-routiers pour mettre fin à un mouvement social visant à améliorer leurs

³³⁵ V. not., HYDE A.-A., op. cit., n°404 et s. ; MEKKI M., op. cit., p. 258-269, n° 423 et s. ; RIPOCHE E, op. cit., p. 657 et s., n°1120 et s.

³³⁶ « *Un contrat ayant pour objet un transfert ou un partage de valeurs patrimoniales génèrera alors fondamentalement des obligations ayant pour objet des libertés telles que la liberté de disposer, la liberté de jouissance, la liberté d'acheter, la liberté de payer, etc. [...] Un contrat ayant pour objet un transfert ou un partage de valeurs extrapatrimoniales génèrera alors fondamentalement des obligations extrapatrimoniales ou personnelles, celles-là même qui ont pour objet les libertés personnelles des parties, qu'elles soient économiques (liberté d'entreprendre, liberté du commerce et de l'industrie, liberté du travail, etc.) ou non économiques (liberté d'association, liberté du mariage, libertés de la vie privée, etc.)* » (HYDE A.-A., op. cit., n°453)

³³⁷ MEKKI M., « Existe-t-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail ? », *RDT*, 2006, p. 298

³³⁸ Paris, 30 avr. 1963 : *RTD civ.* 1963, p. 570 et 697 ; Soc, 7 févr. 1968, *Epoux Barbier c. Air France* : *Bull. civ.* V, n° 86, *RTD civ.* 1968, p. 557

conditions de travail dangereuses³³⁹, ou encore une clause de non-concurrence assortie d'une clause de rachat afin de priver le salarié d'une partie de ses indemnités de départ³⁴⁰.

156. Clause inutile. C'est encore le cas de la clause inutile, qui ne poursuit aucun intérêt du tout. Ainsi, pour déterminer l'utilité de la clause portant renonciation contractuelle aux droits fondamentaux, le juge doit comparer la situation du créancier avant et après son exécution. A ce titre, la Cour de cassation censure régulièrement les clauses de résidence³⁴¹ et de célibat³⁴² insérées dans les contrats de travail des salariés dès lors que ces derniers peuvent exécuter leurs tâches sans perturbation tout en résidant à l'extérieur de leur lieu de travail ou en menant une vie familiale normale. Elle s'aligne donc sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui condamne régulièrement le Royaume-Uni pour sa législation peu protectrice des droits fondamentaux des salariés³⁴³.

B. Des moyens nécessaires

157. Définitions. La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux doit être « *indispensable à la protection d'intérêts légitimes* »³⁴⁴, ce qui signifie que le juge doit en contrôler la nécessité, c'est-à-dire à vérifier qu'il n'existait pas de mesures alternatives moins restrictives de droits fondamentaux qui auraient permis d'atteindre le même résultat. Il ne s'agit pas de mesurer les nuances de la renonciation (ce qui relève du contrôle de proportionnalité *stricto sensu*), mais de s'assurer de son caractère indispensable³⁴⁵.

³³⁹ Soc., 4 juin 1987, n°84-43.639 : « *Les juges du fond ont relevé que c'était volontairement que M. X... embauchait des chauffeurs n'ayant pas la qualification leur permettant de transporter des hydrocarbures, leur demandant postérieurement de suivre un stage de formation assujéti à la signature d'un engagement qui, en définitive, les obligeait à rester dix-huit mois minimum dans l'entreprise, dans le but de stabiliser un mouvement de personnel dû aux conditions de travail particulièrement difficiles* ».

³⁴⁰ Soc., 7 avr. 1998, Bull. civ. V, n°202 : D. 1999, somm. 107

³⁴¹ V. par ex. : Soc., 13 avr. 2005, n°03-42.965 (les salariés d'une société HLM devaient résider au sein de l'immeuble dont ils étaient chargés d'assurer l'entretien) ; Soc., 12 juil. 2005, n°04-13.342 (un avocat-salarié devait résider près du cabinet pour favoriser sa « *bonne intégration dans l'environnement local* ») ; Soc., 28 févr. 2012, n°10-18.308 (le salarié devait résider à moins de 200 mètres des locaux de l'entreprise)

³⁴² Soc., 7 févr. 1968, n°65-40.622 : Les juges considèrent, à propos de la clause de célibat insérée dans le contrat de travail d'une assistante rurale, que « *son emploi n'exigeait pas « une disponibilité constante » à toute heure du jour et de la nuit, et n'était pas en soi inconciliable avec les obligations de la vie familiale ; que le mariage ne la mettait pas nécessairement dans l'impossibilité d'exécuter de manière normale les stipulations de son contrat de travail* ».

³⁴³ V. par ex. : CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, aff. n°7601/76 et 7806/77, §64 : « *De ces divers éléments, il ressort que les syndicats de cheminots n'auraient nullement été empêchés de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres au moyen de leur accord avec British Rail même si la législation en vigueur n'avait pas permis de contraindre à l'adhésion les employés non syndiqués ayant des objections du genre de celles des requérants* ».

³⁴⁴ CATALA Pierre, Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport au Garde des Sceaux du 22 Septembre 2005, art. 1102, al. 2

³⁴⁵ « *À la différence du contrôle de la nécessité, le contrôle de la proportionnalité ne relève plus d'un rapport de confrontation, mais d'un rapport de conciliation entre la fin poursuivie et les moyens employés. Le contrôle de proportionnalité est un instrument de mesure de l'atteinte (rapport horizontal d'équilibre), là où la nécessité participe d'une exigence de justification de l'atteinte (rapport vertical d'autorité).* » (RIPOCHE E., op. cit., p. 671, n°1147)

158. Alternatives à la renonciation. Le juge devra donc d'abord rechercher s'il existe une mesure alternative susceptible d'atteindre l'intérêt légitime du créancier et, le cas échéant, comparer ses effets à celles de la renonciation pour déterminer laquelle restreint le moins les droits fondamentaux du renonçant. La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux est une mesure parfois excessive en elle-même, dans le sens où une autre mesure aurait suffi à atteindre le même objectif (par exemple, lorsque la clause de résidence aurait pu être remplacée par une simple clause de mobilité³⁴⁶).

159. Champ d'application de la renonciation. Mais elle est souvent excessive au regard de son champ d'application, parce qu'elle va au-delà de ce qui est nécessaire à l'intérêt légitime du créancier. Par exemple, il a été jugé que la liberté de déplacement des salariés ne pouvait être limitée par un contrôle de leurs déplacements que dans le cas où ils accèdent à des zones dangereuses³⁴⁷, et que leur droit au respect de leur vie privée ne pouvait être atteint par une clause instituant des contrôles d'alcoolémie et de toxicomanie que dans le cas où ils occupent des postes dangereux ou déterminant pour la sécurité de l'entreprise³⁴⁸. Ainsi, le contrôle de nécessité au regard du champ d'application de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux est difficilement dissociable du contrôle de proportionnalité en jurisprudence, tant ils sont complémentaires.

Section II : Une renonciation proportionnée

160. Définitions. La renonciation doit être proportionnée, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas porter atteinte à la substance des droits fondamentaux du renonçant. En conséquence, si ce dernier peut renoncer à l'exercice de son droit fondamental, aucune atteinte ne peut être portée à sa jouissance³⁴⁹.

161. Plan. C'est la raison pour laquelle le champ d'application de la renonciation doit nécessairement être limité (§I) et que l'opération peut éventuellement être contrebalancée par une compensation (§II).

³⁴⁶ V. par ex. : Soc., 3 nov. 2004, n°03-40.158 : L'employeur avait affecté le salarié sur un site distant de plus de 150 kilomètres de son domicile, en connaissant les difficultés matérielles du salarié, et sans rechercher s'il existait d'autres possibilités d'emploi.

³⁴⁷ V. not. : CE, 29 déc. 1995, n°129747 : La clause d'un règlement intérieur imposant aux salariés accédant à des installations nucléaires le port d'un badge d'identification est valable.

³⁴⁸ V not. CE, 1^{er} févr. 1980, *Affaire Corona*, n°06361 et Soc., 22 mai 2002, n°99-45.878 (sur le contrôle de l'alcootest, qui doit être réservé aux salariés effectuant des travaux dangereux pour les personnes ou les biens) ; V. not. CEDH, 7 nov. 2002, *Madsen c/ Danemark*, aff. n°58341/00 et CEDH, 9 mars 2004, *Wretlund c/ Suède*, aff. n°46210/99 (sur les tests de dépistage de la toxicomanie, qui peuvent concerner le personnel navigant d'une compagnie aérienne, l'équipage d'un ferry ou le personnel de nettoyage d'une centrale nucléaire)

³⁴⁹ Pour une reprise de la distinction civiliste, v. not. : ARROYO J., op. cit., p. 528 et s., n°976 et s. ; RIPOCHE E., op. cit., p. 546 et s., n°911 et s. ; HYDE A.-A., op. cit., n°650 et s.

§I. Une renonciation limitée

162. Plan. C'est parce que « *générale renonciation ne vaut* »³⁵⁰ que l'opération contractuelle doit être précisée dans son étendue³⁵¹, et en raison du caractère fondamental du droit qui en fait l'objet qu'elle doit être restreinte dans sa portée³⁵². Ainsi, le champ d'application de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux doit être limité (A) et partiel (B).

A. Une renonciation limitée dans le temps et dans l'espace

163. Plan. La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux doit être limitée dans le temps (1) et dans l'espace (2).

1. Définition du champ d'application temporel

164. Prohibition des engagements perpétuels. Le principe de prohibition des engagements perpétuels³⁵³ justifie que la renonciation aux droits fondamentaux soit limitée dans le temps. Elle implique, d'une part, que l'engagement juridique soit déterminé dans sa durée, et, d'autre part, que le juge apprécie cette durée au regard du risque d'atteinte irréversible aux droits fondamentaux du renonçant. La renonciation aux droits fondamentaux dure parfois aussi longtemps que le contrat dans lequel elle est stipulée, auquel cas elle est limitée dans le temps de façon évidente (par exemple, la transaction est limitée à la procédure en cours, la clause de mobilité ou de résidence est limitée au temps que passe le salarié dans l'entreprise). C'est essentiellement le cas des clauses portant renonciation à un droit processuel. Mais il arrive que certaines clauses portant renonciation aux droits fondamentaux « *aient vocation à régir l'après contrat* »³⁵⁴, auquel cas il revient aux parties ou au juge d'en fixer la durée. Or, l'absence de précisions quant à la durée d'une telle renonciation comporte un risque élevé d'atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux du renonçant.

165. Contrats de travail. C'est notamment le cas de la clause de non-concurrence, qui « *est une obligation post-contractuelle, dont l'objet porte atteinte à la liberté du salarié de retrouver un emploi après l'expiration de son contrat de travail* »³⁵⁵. Il existe donc des dispositions spéciales

³⁵⁰ HOUTCIEFF D., « Renonciation », in *Répertoire de Droit civil*, Dalloz [en ligne], 2017 (act. 2021) [Consulté le 30 mai 2022], n°1

³⁵¹ C. civ., art. 1163 : « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.* »

³⁵² V., par ex., Soc., 26 mai 2010, n°08-43.105 : « *Une clause de non-concurrence qui apporte une restriction au principe de la liberté du travail est d'interprétation stricte et ne peut être étendue au-delà de ses prévisions.* »

³⁵³ C. civ., art. 1210, al. 1 : « *Les engagements perpétuels sont prohibés.* »

³⁵⁴ ARROYO J., op. cit., p. 353, n°645

³⁵⁵ BEYNEIX I., « Clause de non-concurrence » [en ligne], *JCP trav.*, Fasc. n°18-25, 16 novembre 2020 [consulté le 30 mai 2022]

prévoyant un délai maximum (par exemple, la clause de non-concurrence stipulée dans un contrat d'agence commerciale ne doit pas dépasser un délai de deux ans³⁵⁶), mais c'est surtout la Cour de cassation qui exige qu'elle soit restreinte dans sa durée³⁵⁷ (et cumulativement dans l'espace³⁵⁸). Sa durée doit non seulement être déterminée, mais surtout ne pas être excessive³⁵⁹, à peine de nullité. Cette solution a logiquement été transposée aux clauses d'exclusivité³⁶⁰, de non-rétablissement³⁶¹ et de clientèle³⁶².

166. Il en est de même pour les clauses de confidentialité, qui portent renonciation à la liberté d'expression. En effet, le devoir de secret ne disparaît que lorsque la confidentialité de l'information ne s'impose plus (c'est-à-dire lorsqu'elle est révélée au public ou à une catégorie de personnes concernée), de sorte qu'elle est affectée d'un « *terme implicite fixé au jour où celui ayant transmis l'information n'a plus intérêt à sa confidentialité* »³⁶³.

167. Libéralités. Cette exigence concerne également les clauses d'inaliénabilité stipulées dans une donation ou un testament. Ainsi, l'article 900-1 du Code civil considère que « *les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires* ». Or, cette disposition ne fait que constater une jurisprudence vieille de deux-cents ans, qui prohibait déjà les clauses d'inaliénabilité perpétuelles³⁶⁴ et les clauses d'inaliénabilité stipulées pour une durée équivalente à la vie du propriétaire³⁶⁵, qu'elles fassent l'objet d'un acte à titre gratuit ou onéreux. Les clauses de viduité ne connaissent quant à elles aucune limitation temporelle ou géographique, aussi les juges du fond en admettent rarement la validité.

168. Droit à l'image. Mais le respect de cette condition est rendu d'autant plus difficile lorsqu'elle concerne une clause portant renonciation au droit à l'image, notamment car la publication d'informations sur internet implique un « *eternity effect* ». C'est la raison pour laquelle, si la Cour de

³⁵⁶ C. com., art. L. 134-14

³⁵⁷ Req., 11 mai 1858, *Gilbert c. Fourny* : D., 1858, I, p. 219 (à propos d'une stipulation perpétuelle insérée dans un contrat de louage de service)

³⁵⁸ Soc., 10 juil. 2002, n°99-43.334 : La condition tenant à la durée restreinte de la durée de la clause de non-concurrence est cumulative avec l'exigence tenant à sa limitation dans l'espace.

³⁵⁹ Civ., 21 oct. 1960, *Sté Borione et Cie c/ Mermilliod*, n°59.40-160 : Les juges du fond ont le pouvoir d'apprécier l'étendue de la clause au regard de l'atteinte portée aux libertés professionnelles.

³⁶⁰ 3^e civ., 8 janv. 1997, n°94-20.766

³⁶¹ 1^{re} civ., 28 mars 2008, n°07-12.454

³⁶² Soc., 20 déc. 2006, n°05-45.365

³⁶³ ARROYO J., op. cit., p. 357, n°651

³⁶⁴ Req., 27 juil. 1863, *Syndicat Douillet c. Douillet* : Sirey, 1863, I, p. 465

³⁶⁵ Civ., 24 janv. 1899, *Ralli c. Petrocochino et consorts Rodocanachi* : Dalloz, 1900, I, p. 533

cassation exige qu'une telle clause « [stipule] clairement les limites temporelle, géographique, matérielle et contextuelle »³⁶⁶, elle ne porte pas toujours d'appréciation sur sa mesure³⁶⁷.

2. Définition du champ d'application géographique

169. Champ d'application géographique. Lorsque la renonciation aux droits fondamentaux suppose un déplacement du renonçant, elle doit être géographiquement limitée.

170. Contrats de travail. Ainsi, les clauses de non-concurrence³⁶⁸, de non-réinstallation³⁶⁹ et d'exclusivité³⁷⁰ ne peuvent pas empêcher le renonçant d'exercer son activité professionnelle, donc elles doivent être précisément délimitées dans l'espace, condition strictement contrôlée par les juges du fond. De même, la clause de mobilité doit précisément définir sa zone géographique d'application³⁷¹, étant précisé qu'elle ne peut pas « empêcher le salarié d'exercer ses fonctions sur l'ensemble du territoire national, mais également dans tous les pays »³⁷².

171. Droit à l'image. Les clauses portant renonciation au droit à l'image doivent également être géographiquement limitées. Mais les juges apprécient assez soupagement cette condition, ainsi la Cour de cassation a déjà admis la validité d'un contrat par lequel un mannequin avait autorisé l'exploitation de son image « dans le monde entier »³⁷³. Cette condition semble difficile à respecter, les réseaux sociaux étant accessibles dans quasiment tous les pays, et c'est pourquoi les juges exigent que son objet soit précisément délimité.

B. Une renonciation matériellement limitée

172. Définitions. Les seules limitations géographiques et temporelles ne suffisent pas à apprécier la proportionnalité de la clause portant renonciation aux droits fondamentaux. L'objet de cette opération contractuelle doit également être limité, car elle ne peut pas toucher l'ensemble des modalités d'exercice du droit fondamental du renonçant. En vertu de l'exigence de spécialité du

³⁶⁶ 1^{re} civ., 20 oct. 2021, n°20-16.343 : « En matière de cession de droit à l'image, les parties doivent stipuler clairement les limites temporelle, géographique, matérielle et contextuelle de l'autorisation accordée contractuellement. [...] En présence d'une telle cession, l'action en réparation de l'atteinte invoquée à un droit à l'image doit être réalisée sur un fondement contractuel et non délictuel. »

³⁶⁷ V., par ex., 1^{re} civ., 11 déc. 2008, n°07-19.494 (sur l'admission d'un contrat par lequel les parties avaient consenti à l'exploitation de photographies d'un mannequin pendant quinze ans).

³⁶⁸ Soc., 10 juil. 2002, n°99-43.334

³⁶⁹ 1^{re} civ., 4 janv. 1995, n°92-16.519

³⁷⁰ 3^e civ., 8 janv. 1997, n°94-20.766

³⁷¹ Soc., 7 juin 2006, n°04-45.846 : La clause de mobilité conférant à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée est nulle.

³⁷² Soc., 26 mai 2010, n°09-40.422

³⁷³ 1^{re} civ., 11 déc. 2008, n°07-19.494

consentement, la clause doit donc préciser le comportement que doit adopter le renonçant, c'est-à-dire les comportements auquel il renonce concrètement.

173. Droit à l'image. Ainsi, l'acte de renonciation doit précisément définir les éléments sur lesquels porte l'exercice du droit fondamental dont il est question. Par exemple, une clause ne peut pas se contenter d'indiquer que le débiteur renonce à son droit à l'image pendant une durée déterminée et dans un espace géographique délimité. Elle doit également préciser s'il accepte la captation et/ou la divulgation de son image³⁷⁴, ce qu'il entend par image (son image *stricto sensu*, sa voix ou des renseignements relatifs à sa vie privée³⁷⁵), sur quel support (par exemple, un journal, un site internet, une émission de télévision³⁷⁶) et dans quelle finalité (la Cour de cassation a en effet considéré que « *la publication de photographies ne respectant pas la finalité donnée dans l'autorisation par l'intéressé porte atteinte au droit que celui-ci a sur son image* »³⁷⁷).

174. Liberté d'expression. La Cour de cassation apprécie strictement cette condition lorsque les clauses portant renonciation aux droits fondamentaux sont insérées dans un contrat de travail. La clause de confidentialité ou de secret professionnel doit donc précisément définir les informations qu'elle concerne. Ainsi, « *rien ne s'oppose à ce que soit employée une formule générique dès lors que l'accord précise que chaque information confidentielle sera désignée comme telle au moment de la transmission* »³⁷⁸. Dans la mesure où l'atteinte à la liberté d'expression du renonçant ne doit pas être absolue, la limitation matérielle permet de compenser l'absence de limitation temporelle explicite³⁷⁹.

175. Droit d'agir en justice. De même, la transaction doit obligatoirement préciser quel litige les parties acceptent de soustraire au juge³⁸⁰ et la clause d'arbitrage les actions en justice qu'elle prohibe. La Cour de cassation a déjà prononcé la nullité d'une clause qui prohibait « *toute action en*

³⁷⁴ V., par ex. : Paris, 19 oct. 1988, *Scté annonce Canal plus c/ Mme Rosenbluth* : Dalloz, 1988, IR, p. 288 : « *L'artiste de cabaret qui consent à être filmé dans un numéro de striptease n'autorise pas la diffusion de cette séquence par une chaîne de télévision* ».

³⁷⁵ V., par ex. : 1^{re} civ., 4 nov. 2011, n°10-24.761 : « *L'accord donné par une personne pour la diffusion de son image ne peut valoir accord pour la divulgation de ses nom et grade* ».

³⁷⁶ V., par ex. : Aix-en-Provence, 30 nov. 2001, *SARL Explorer c/ Corriol et a.*, JD n°2001-175238 : « *L'autorisation de reproduire l'image, accordée en considération d'une campagne visant la promotion de la culture de la truffe en Provence, ne permet pas d'illustrer un roman qui certes a trait à la culture des truffes, mais n'en assure pas la promotion et par ailleurs se situe dans le Lot et en Corrèze* ».

³⁷⁷ 1^{re} Civ., 14 juin 2007, *Affaire Johnny Halliday*, n°06-13.601 : Un artiste contestait la publication de ses photographies réalisées à des fins publicitaires pour illustrer un article critiquant sa carrière et son mode de vie.

³⁷⁸ ARROYO J., op. cit., p. 363, n°663

³⁷⁹ V., par ex., Com., 2 avr. 1979 : RTD civ., 1979, p. 812 : Elle a admis une clause de confidentialité insérée dans le contrat de travail d'un ingénieur qui n'était ni limitée dans le temps, ni limitée dans l'espace, du moment qu'elle portait « *sur l'un des rameaux spécifiés de sa profession* ».

³⁸⁰ C. civ., art. 2048 : « *Les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu.* » ; C. civ., art. 2049 : « *Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé.* »

dommages et intérêts contre le cocontractant » et qui engageait le renonçant « à n'intenter contre [son cocontractant] aucune action quelconque devant quelques tribunaux ou cours que ce soit, pour quelle que cause que ce soit »³⁸¹. Aujourd'hui, une telle clause serait réputée non-écrite, car elle aurait nécessairement pour effet de « priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur »³⁸².

176. Si le champ d'application de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux doit nécessairement être limité, les parties ont en revanche le choix de prévoir ou non une compensation.

§II. Une renonciation compensée

177. Plan. Afin de rétablir l'équilibre contractuel, condition de validité d'un contrat synallagmatique³⁸³, les parties peuvent prévoir que la perte du renonçant sera compensée. Cette compensation peut prendre la forme de concessions consenties par le créancier (A) ou d'une contrepartie financière visant à indemniser le préjudice subi par le renonçant (B).

A. Une compensation matérielle : des concessions réciproques

178. Transaction. La possibilité pour le créancier de consentir des concessions se vérifie particulièrement en matière de transaction, où elle est érigée en condition de validité. En effet, selon l'article 2044 du Code civil, la transaction est un contrat par lequel les parties font « *des concessions réciproques* »³⁸⁴. Ainsi, le juge contrôle indirectement la proportionnalité de la renonciation au droit d'agir en justice à travers l'existence d'un compromis, qui doit permettre de rétablir un certain équilibre contractuel. Par exemple, la Cour de cassation a admis la validité d'une clause de réserve contenue dans une transaction par laquelle un salarié et son ex-employeur s'engageaient à « *cesser tout propos critique et dénigrant* »³⁸⁵ ; après avoir contrôlé sa proportionnalité sur au regard de l'article L. 1121-1 du Code du travail³⁸⁶, elle en a déduit que l'atteinte portée à la liberté d'expression était limitée quant à son objet et à sa durée et qu'elle comportait des engagements réciproques.

179. Contrôle juridictionnel. Mais elle se manifeste surtout en droit international, à travers la notion allemande de « *concordance pratique* »³⁸⁷. En effet, le juge allemand place tous les droits fondamentaux sur un pied d'égalité, si bien qu'aucun droit ne peut prévaloir sur un autre, et que les

³⁸¹ Req., 19 janv. 1863, *Cohen-Scali c. Roubieu* : Dalloz, 1863, I., p. 248

³⁸² C. civ., art. 1170 : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non-écrite* »

³⁸³ C. civ., art. 1168 et s.

³⁸⁴ C. civ., art. 2044, al. 1 : « *La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.* »

³⁸⁵ Soc., 14 janv. 2014, n°12-27.284

³⁸⁶ C. trav., art. L. 1121-1 : « *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.* »

³⁸⁷ V. not. RIPOCHE E., op. cit., p. 713 et s., n°1221 et s.

parties doivent consentir des concessions réciproques pour dépasser leur conflit. Ce contrôle de proportionnalité apparaît essentiellement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, qui ont toutes les deux été influencées par la jurisprudence allemande. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que le témoignage anonyme d'une personne maquillée et déguisée constitue un compromis satisfaisant entre la liberté d'expression du journaliste et le droit au respect de la vie privée du témoin³⁸⁸.

B. Une compensation financière

180. Clauses de non-concurrence. L'exigence d'une contrepartie financière a dans un premier temps été érigée en condition de validité de la clause de non-concurrence par la Cour de cassation³⁸⁹. Cela s'explique notamment par le fait qu'elle atteint la liberté de travailler du salarié, qui est un droit fondamental économique se prêtant particulièrement à une indemnisation financière.

181. Ainsi, cette exigence permet de rétablir un certain équilibre entre les parties au contrat de travail, et donc de s'assurer que la renonciation par le salarié à sa liberté de travailler et d'entreprendre soit proportionnée. Cette condition a été étendue à l'ensemble des clauses qui portent atteinte aux libertés fondamentales du salarié, quel que soit leur support ; c'est le cas de la clause de non-concurrence contenue dans un pacte d'actionnaires (son bénéficiaire ayant également la qualité de salarié)³⁹⁰, de la clause de non-démarchage³⁹¹ et de la clause d'exclusivité stipulée dans un contrat de travail à temps partiels³⁹². Par ailleurs, la Cour de cassation opère un contrôle de motivation sur le montant de la contrepartie financière, qui ne doit pas être dérisoire³⁹³.

182. Pour certains auteurs, la contrepartie financière constituerait en réalité la cause de l'obligation de non-concurrence³⁹⁴. Mais d'autres auteurs, beaucoup plus nombreux, arguent que « *les obligations contractuelles se compensent les unes avec les autres dans un contrat synallagmatique, si bien que l'obligation de non-concurrence trouve sa cause dans le contrat de travail lui-même, et dans*

³⁸⁸ CEDH, 23 avr. 1997, *Van Mechelen c/ Pays-Bas*, aff. n°21363/93, 21364/93, 21427/93 et 22056/93

³⁸⁹ Soc., 10 juillet 2002, *Salembier c/ SA La Mondiale*, n°00-45135 ; *Barbier c/ SA Maine Agri*, n°00-45387 ; *Moline et a. c/ Sté MSAS cargo international*, n°99-43334 : « *Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives.* »

³⁹⁰ Com., 15 mars 2011, n°10-13.824

³⁹¹ Soc., 2 mars 2011, n°09-40.547 (inédit)

³⁹² Soc. 11 mai 2005, n°03-40.837

³⁹³ Soc., 17 déc. 2004, n°03-40.008

³⁹⁴ Par ex., Monsieur Libchaber considère que le contrôle de proportionnalité de la contrepartie financière correspond à « *l'ancienne cause à laquelle on a fait subir une cure de jouvence* » (Libchaber R., « *Insondables mystères : les incertitudes de la renonciation* », *Defrénois*, 30 décembre 2002, n° 24, p. 1619)

l'obligation de l'employeur de rémunérer le travail fourni »³⁹⁵. En effet, la contrepartie financière vise uniquement l'indemnisation de l'atteinte portée aux libertés de travailler et d'entreprendre du salarié ; la Cour de cassation considère ainsi que la contrepartie financière sert à « *indemniser le salarié qui, après la rupture du contrat de travail, est tenu d'une obligation qui limite ses possibilités d'exercer un autre emploi* »³⁹⁶. C'est notamment pour cela que la jurisprudence distingue « *une tarification distincte pour le travail d'une part, et pour la renonciation à sa liberté d'autre part* »³⁹⁷.

183. Equilibre contractuel. La compensation financière ne constitue une condition de validité de la clause portant renonciation aux droits fondamentaux que si elle porte atteinte à la liberté professionnelle du salarié. Elle ne pourrait pas être généralisée à l'ensemble des clauses portant renonciation aux droits fondamentaux, dans la mesure où l'évaluation de l'atteinte à un droit personnel n'ayant pas de dimension économique serait compliquée.

184. Or, on pourrait légitimement se poser la question de leur généralisation à l'ensemble des clauses portant renonciation aux droits fondamentaux économiques, car elles permettraient de rétablir un certain équilibre contractuel (par exemple, les clauses de résidence, de mobilité ou de confidentialité, qui portent atteinte à la liberté d'entreprendre du salarié ; ou les clauses d'inaliénabilité qui nient le droit de propriété du bénéficiaire). Cette question se pose d'autant plus lorsque de telles clauses sont stipulées dans des contrats d'adhésion, dans la mesure où, n'ayant pas fait l'objet de négociations, elles sont susceptibles de créer un déséquilibre significatif entre le renonçant et son cocontractant³⁹⁸. Ainsi, l'existence d'une contrepartie financière permettrait de rétablir un certain équilibre contractuel, en compensant les atteintes portées aux droits fondamentaux du renonçant.

185. Violence économique. En outre, la compensation financière ne vise qu'à rétablir un certain équilibre contractuel entre les parties au contrat, et il ne doit à ce titre pas se solder par une marchandisation des droits fondamentaux. C'est pourquoi les juges sanctionnent sur le terrain de la violence économique les clauses portant renonciation aux droits fondamentaux lorsqu'ils observent que le créancier abuse de l'état de dépendance économique du renonçant³⁹⁹.

³⁹⁵ V. not., MAURIN L., op. cit., p. 276 et s., n°350 et s. ; RIPOCHE E., op. cit., p. 722 et s., n°1234 et s.

³⁹⁶ Soc., 29 oct. 2008, n°07-43.093

³⁹⁷ CHENEDE F., *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 17^e éd., 2008, n° 266

³⁹⁸ C. civ., art. 1171

³⁹⁹ V. supra n°110 à 117

PARTIE II : LES EFFETS DE LA RENONCIATION

CONTRACTUELLE AUX DROITS FONDAMENTAUX

186. Plan. Une fois la renonciation aux droits fondamentaux valablement formée, le renonçant doit exécuter son engagement contractuel⁴⁰⁰, c'est-à-dire ne pas exercer son droit fondamental dans les conditions prévues par les parties (**Chapitre I**), sans quoi il s'expose à des sanctions (**Chapitre II**). Or, la phase de réalisation de la renonciation comporte des risques importants pour la liberté individuelle du contractant dépouillé de ses droits fondamentaux, dans la mesure où il se trouve dans une situation de vulnérabilité.

Chapitre I : L'exécution de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux

187. Plan. La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux produit toujours un effet abdicatif (**Section I**), qu'elle soit matérialisée par une obligation pure et simple ou conditionnelle (**Section II**).

Section I : L'effet abdicatif de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux

188. Définitions. L'effet abdicatif constitue « *l'essence véritable de la renonciation* »⁴⁰¹. Or, c'est précisément l'absence d'effet translatif de la renonciation qui a longtemps conduit certains auteurs à considérer qu'elle ne pouvait pas faire l'objet de contrats⁴⁰². Mais cette thèse est aujourd'hui largement réfutée en doctrine⁴⁰³, d'autant plus que la renonciation aux droits fondamentaux se distingue de la simple cession de droits par les effets qu'elle produit. En effet, tandis que la cession n'entraîne que le transfert d'un droit d'un patrimoine à un autre⁴⁰⁴, la renonciation emporte véritablement l'extinction du droit du renonçant.

⁴⁰⁰ C. civ., art. 1193 et s.

⁴⁰¹ RIPOCHE E., op. cit., p. 464-465, n°797

⁴⁰² « *Les arguments de la contestation de l'unilatéralité de la renonciation n'emportent cependant pas la conviction. [...] Comme l'engagement unilatéral de volonté s'oppose au contrat, la renonciation se différencie de la convention abdicative. [...] L'irréductible unilatéralité de la renonciation empêche seulement de l'y dissoudre, à peine de perdre de vue l'originalité profonde que confère à cette notion l'efficacité de la volonté solitaire.* » (HOUTCIEFF D., « Renonciation », in *Répertoire de Droit civil*, Dalloz [en ligne], 2017 (act. 2021) [Consulté le 30 mai 2022], n°10)

⁴⁰³ « *C'est ainsi l'identité du contenu psychologique de l'acte abdicatif, c'est-à-dire l'animus dereliquendi, qui permet d'étendre la renonciation au support conventionnel. La renonciation devient alors un acte abdicatif quelle que soit sa structure, unilatérale ou conventionnelle.* » (RIPOCHE E., op. cit., p. 466, n°798)

⁴⁰⁴ V., not., la cession de créance, c'est-à-dire « *le transfert de la créance* » (C. civ., art. 1323 C. civ.) ; et la cession de droits d'auteur, c'est-à-dire « *les contrats par lesquels sont transmis des droits d'auteur* » (CPI, art. L.131-2)

189. L'effet abdicatif n'a cependant pas la même force dans les contrats synallagmatiques que dans les actes unilatéraux, dans la mesure où elle n'est pas automatique puisque le renonçant est tributaire de la bonne exécution de sa prestation par son cocontractant⁴⁰⁵ (par exemple, le salarié n'est pas tenu de respecter la clause de non-concurrence si son employeur ne l'a pas indemnisé en conséquence).

190. Distinction entre renonciation principale et renonciation accessoire. Par ailleurs, l'étendue de l'effet abdicatif doit être doublement précisé. D'une part, la renonciation aux droits fondamentaux ne produira pas des effets de la même intensité selon qu'elle soit l'objet principal du contrat ou qu'elle ait été stipulée dans une clause accessoire⁴⁰⁶, dans la mesure où la renonciation accessoire comporte plus de risques pour les libertés du renonçant (par exemple, l'individu en recherche d'emploi ou en quête d'un logement sera susceptible de renoncer subsidiairement à ses droits fondamentaux pour accéder à l'objet du contrat)⁴⁰⁷. Ainsi, si le juge a la possibilité de contraindre le renonçant à exercer ou à ne pas exercer son droit fondamental conformément à son engagement initial, il refuse le plus souvent d'ordonner une telle mesure afin de ne pas heurter sa liberté.

191. Distinction entre existence et exercice du droit fondamental. D'autre part, surtout, l'acte abdicatif n'atteint pas le droit fondamental dans son existence, mais dans son exercice. Ainsi, le renonçant demeure titulaire de son droit fondamental. Il est simplement privé de la liberté d'exercice de son droit fondamental (auquel cas il ne peut l'exercer que dans les conditions prévues par les parties) ou de son exercice (auquel cas il ne peut pas l'exercer du tout). Par exemple, la clause de non-concurrence n'empêche pas le salarié d'exercer son activité ; la transaction ne prive pas le justiciable d'obtenir un jugement sur une autre prétention.

192. Cette dichotomie propre à la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux se justifie en doctrine par leur supposé caractère intangible, inaliénable et imprescriptible, qui voudrait qu'on préserve leur « *noyau dur* »⁴⁰⁸. Elle apparaît clairement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui considère que « *la nature de certains droits garantis par la Convention exclut un abandon de la faculté de les exercer* »⁴⁰⁹, et de la Cour de cassation qui a, par exemple, employé l'expression « *la renonciation à l'exercice, [par un mannequin], de son droit à l'image,*

⁴⁰⁵ C. civ., art. 1219 : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. »

⁴⁰⁶ V. ARROYO J., op. cit. : l'auteur opère une distinction entre renonciation principale et accessoire aux droits fondamentaux, qu'elle développe tout au long de sa thèse.

⁴⁰⁷ V. infra n° 124 et 125

⁴⁰⁸ Ibid., p. 574 et s., n°958 et s.

⁴⁰⁹ CEDH, 10 févr. 1983, *Albert et Lecompte c/ Belgique*, op. cit.

moyennant rémunération [...] »⁴¹⁰. Si cette dichotomie s'inspire ouvertement de la distinction civiliste entre incapacité de jouissance et incapacité d'exercice, il faut néanmoins préciser que leur champ d'application est différent ; en effet, tandis que les incapacités de jouissance et d'exercice visent à protéger une personne vulnérable (majeur ou mineur) en confiant la conclusion de certains actes à un tiers, la renonciation à l'exercice d'un droit fondamental vise à en protéger la substance. Or, elle est vivement critiquée en doctrine en raison de son caractère obscur, qui lui préfère la distinction entre obligations de faire ou de ne pas faire, ou entre condition résolutoire et condition suspensive.

Section II : Les modalités d'exécution de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux

193. Plan. La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux est le plus souvent matérialisée par une obligation pure et simple, le renonçant étant débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire (A), mais elle prend parfois la forme d'une condition, le renonçant se trouvant alors créancier d'une obligation conditionnelle (B).

§I. L'exécution de la renonciation matérialisée par une obligation pure et simple

194. Exercice positif et exercice négatif d'un droit fondamental. Lorsque la renonciation aux droits fondamentaux est matérialisée par une obligation pure et simple, le renonçant se retrouve débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Or, cette distinction entre exercice positif et exercice négatif d'un droit fondamental semble plus pertinente que la dichotomie classique susmentionnée, dans la mesure où « *elle permet en outre de tenir compte du pouvoir d'autodétermination qui échoit au titulaire d'une liberté* »⁴¹¹.

195. Obligation de ne pas faire. En pratique, l'opération prend souvent la forme d'une obligation de ne pas faire. Elle implique alors une abstention du renonçant ; il s'engage à ne pas exercer son droit et/ou à ne pas se prévaloir en justice de l'atteinte portée à son droit. Ce sont surtout les droits procéduraux qui se matérialisent par des obligations de ne pas faire (avec, par exemple, les clauses de non-recours ou les transactions qui imposent au justiciable de ne pas saisir le juge) ainsi que les droits fondamentaux substantiels à caractère personnel, comme la liberté de travailler ou d'entreprendre (le

⁴¹⁰ 1^{re} civ., 11 déc. 2008, n°07-19.494

⁴¹¹ « *S'agissant des libertés fondamentales, l'opposition entre leur exercice positif – qui suppose une action – et leur exercice négatif – qui suppose une abstention – apparaît donc souvent plus pertinente que l'opposition classique entre l'exercice et le non-exercice d'un droit. Elle permet en outre de tenir compte du pouvoir d'autodétermination qui échoit au titulaire d'une liberté ; la liberté conférant une faculté de choix à l'individu, il semble naturel que la possibilité de s'engager à l'encontre d'une forme potentielle d'exercice de la liberté soit reconnue* » (RIPOCHE E., op. cit., p. 477, n°816)

débiteur d'une clause de non-concurrence s'engage à ne pas prendre des comportements qui pourraient concurrencer son ancien employeur, la clause de dédit-formation empêche le salarié de démissionner), la liberté d'expression (le débiteur d'une clause de confidentialité ne doit pas communiquer certaines informations) ou le droit au respect de la vie privée et familiale (le débiteur d'une clause de viduité s'engage à ne pas se marier, le locataire qui a signé une clause d'habitation personnelle s'engage à ne pas héberger ses proches). Il arrive également que la renonciation aux droits fondamentaux substantiels à caractère économique se traduise par des obligations de ne pas faire ; c'est notamment le cas du droit de propriété (par exemple, la clause d'inaliénabilité empêche le bénéficiaire d'aliéner le bien).

196. Obligation de faire. Il arrive plus rarement que la renonciation prenne la forme d'une obligation de faire, et que son exécution nécessite une action du renonçant. Il s'agit essentiellement des clauses portant renonciation au droit au respect de la vie privée. En effet, les clauses de résidence ou de mobilité imposent au débiteur de vivre ou d'accomplir sa prestation de travail dans un lieu déterminé.

197. Obligation mixte. Enfin, la renonciation peut prendre la forme d'une obligation mixte, auquel cas le débiteur doit à la fois fournir des actes positifs et s'abstenir d'adopter certains comportements. C'est surtout le cas de la renonciation au droit à l'image, car le débiteur s'engage à transmettre ses données personnelles et à s'abstenir d'agir en justice contre celui qui les exploite. Dans une moindre mesure, certains auteurs considèrent que la clause fixant le prix de revente du bien dans le cadre d'un pacte de préférence contiendrait une renonciation au droit de propriété, et qu'elle pourrait être analysée à la fois comme une obligation de faire (vendre le bien au créancier de la préférence au prix qui a été convenu) et comme une obligation de ne pas faire (ne pas vendre le bien au créancier de la préférence à un autre prix)⁴¹², mais il paraît excessif de considérer qu'un pacte de préférence porte renonciation au droit de propriété du vendeur, dans la mesure où ce dernier n'est pas dépossédé de son bien.

198. Obligation de ne pas faire et condition résolutoire. La particularité de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux fait qu'elle peut parfois constituer à la fois une obligation et une condition, dans la mesure où certaines obligations de ne pas faire peuvent être assimilées à une condition résolutoire. C'est le cas, par exemple, de la libéralité comprenant une clause portant renonciation à un droit fondamental ; cette dernière pourrait être considérée comme une libéralité avec charge (qui impose une véritable obligation au gratifié) ou une libéralité stipulée sous condition résolutoire de non-exercice du droit fondamental du gratifié. Il reviendra alors au juge d'interpréter le

⁴¹² V. RIPOCHE E., op. cit., p. 483, n°822

contrat conformément à l'intention des parties⁴¹³, étant précisé que le régime de la condition semble plus respectueux de la liberté individuelle du renonçant, dans la mesure où la sanction sera moindre s'il décide finalement d'exercer son droit fondamental.

§II. L'exécution de la renonciation matérialisée par une obligation conditionnelle

199. Définitions. Il arrive, plus rarement, que la renonciation aux droits fondamentaux se matérialise par une condition. Le renonçant devient alors le créancier d'une obligation conditionnelle suspensive ou résolutoire⁴¹⁴, auquel cas il ne profitera des effets du contrat que s'il met en œuvre son droit fondamental conformément aux termes de la condition. Or, l'évènement érigé en condition ne doit pas être potestatif, c'est-à-dire que son exécution ne doit pas dépendre exclusivement de la volonté du renonçant d'exercer son droit fondamental (ou, dans une moindre mesure, de son cocontractant), à peine de nullité⁴¹⁵.

200. Condition résolutoire. En pratique, la renonciation prend surtout la forme d'une condition résolutoire ; conformément aux stipulations contractuelles, si l'évènement prévu par les parties ne s'accomplit pas, le renonçant profitera définitivement des avantages de l'acte, qui sera rétroactivement consolidé. Il s'agit, par exemple, de la clause de viduité stipulée dans une libéralité ; le renonçant devra restituer le bien donné ou légué s'il se marie, ou au contraire être conforté dans sa position de propriétaire s'il reste célibataire.

201. Condition suspensive. Il arrive, plus rarement, que la renonciation prenne la forme d'une condition suspensive ; dans cette hypothèse, si l'évènement stipulé par les parties s'accomplit, le renonçant deviendra créancier d'une obligation pure et simple. Il s'agit, suivant le contre-pied de l'exemple susmentionné, de la clause imposant au renonçant de se marier ; le renonçant deviendra propriétaire du bien donné ou légué le jour de son mariage, ou il n'en deviendra jamais propriétaire.

⁴¹³ C. civ., art. 1188 : « *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.* »

⁴¹⁴ C. civ., art. 1304 : « *L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain. La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation.* »

⁴¹⁵ C. civ., art. 1304-2 : « *Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause.* »

Chapitre II : L'inexécution de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux

202. Plan. Le non-respect de la renonciation, comme la violation de tout engagement contractuel, doit en principe être sanctionné⁴¹⁶ (**Section I**). Néanmoins, la particularité de son objet rend certaines sanctions contractuelles inadaptées⁴¹⁷ (**Section II**).

Section I : La caractérisation de l'inexécution

203. Plan. Si la sanction de l'inexécution est automatique quand la renonciation est matérialisée par une condition (§II), le créancier doit saisir le juge ou mettre en demeure le renonçant lorsqu'elle se matérialise par une obligation (§I).

§I. L'inexécution de la renonciation matérialisée par une obligation

204. Définitions. Lorsque la renonciation aux droits fondamentaux est matérialisée par une obligation pure et simple, le renonçant est débiteur d'une obligation de faire et/ou de ne pas faire. En vertu du principe de force obligatoire du contrat, il doit donc exécuter son obligation⁴¹⁸. C'est parce que le renonçant a librement décidé de renoncer à l'exercice de son droit fondamental que son engagement est irrévocable, à l'exception de certaines dispositions légales impératives (par exemple, le consentement est librement révoquant en matière médicale, sexuelle et de bioéthique⁴¹⁹).

205. Déclenchement des sanctions de l'inexécution. L'inexécution de l'obligation stipulée par le renonçant conduit au prononcé des sanctions classiques de l'inexécution contractuelle⁴²⁰ ; l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature, la réduction du prix (si toutefois la renonciation était stipulée en contrepartie d'un avantage financier), la résolution de la clause portant renonciation au droit fondamental (voire du contrat) et la réparation des conséquences de l'inexécution (par l'allocation de dommages-intérêts au créancier). Des sanctions spéciales peuvent également s'appliquer (par exemple, le salarié peut faire l'objet de sanctions disciplinaires). Le créancier doit intervenir pour les déclencher, soit par la saisine d'un juge, soit par voie de notification, contrairement à la disparition de la condition qui produit automatiquement ses effets.

⁴¹⁶ C. civ., art. 1194 : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.* »

⁴¹⁷ C. civ., art. 1216 et s.

⁴¹⁸ V. infra n° 193 à 197

⁴¹⁹ V. infra n° 76

⁴²⁰ C. civ., art. 1217 et s.

§II. La disparition de la renonciation matérialisée par une condition

206. Définitions. Lorsque la renonciation aux droits fondamentaux est matérialisée par une condition, le renonçant est créancier d'une obligation conditionnelle. Ainsi, il peut renoncer à la condition⁴²¹ en exerçant son droit fondamental ou en n'exerçant pas son droit fondamental conformément à la condition.

207. Automaticité de la disparition de la condition. Or, si la disparition de la condition ne peut pas faire l'objet des sanctions contractuelles classiques, le renonçant est tout de même sanctionné par la perte des potentiels avantages stipulés par les parties. D'une part, s'il s'agit d'une condition résolutoire, le renonçant ne bénéficiera plus de l'obligation conditionnelle du fait de l'anéantissement du contrat (par exemple, le gratifié qui se marie en violation d'une clause de viduité devra restituer le bien objet de la donation). D'autre part, s'il s'agit d'une condition suspensive, le renonçant ne bénéficiera jamais de l'obligation conditionnelle car le contrat n'aura jamais existé (par exemple, le gratifié qui ne se marie pas ne deviendra jamais propriétaire dudit bien).

208. A l'inverse de la renonciation matérialisée par une obligation, la condition produit ses effets automatiquement, sans que le créancier n'ait besoin de saisir le juge ou de mettre le renonçant en demeure. Il s'agit par ailleurs d'un élément permettant au juge de différencier la libéralité avec charge de la libéralité stipulée sous condition résolutoire de non-exercice du droit fondamental du gratifié. En conséquence, la sanction de la disparition de la condition est unique, qu'elle soit résolutoire ou suspensive ; l'obligation disparaît (elle est soit résolue, soit caduque)⁴²², mais le créancier ne peut pas agir en exécution forcée ou en responsabilité contre le renonçant.

Section II : Les sanctions de l'inexécution

209. Plan. Lorsque la renonciation aux droits fondamentaux est matérialisée par une obligation pure et simple, l'inexécution de l'obligation stipulée par le renonçant conduit au prononcé des sanctions classiques de l'inexécution contractuelle. Or, le créancier de l'obligation doit choisir entre faire disparaître le contrat, en demandant sa résolution (§I) ou le maintenir, en agissant en exécution forcée ou en réparation de son préjudice (§II).

⁴²¹ C. civ., art. 1304-4 : « Une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas défailli. »

⁴²² C. civ., art. 1304-6

§I. Les sanctions visant la disparition du contrat : l'action en résolution

210. Exclusion de l'exception d'inexécution. Le succès des sanctions visant la disparition du contrat s'explique notamment par le fait que l'exception d'inexécution, qui permet au créancier de suspendre l'exécution de ses propres obligations sans saisir le juge⁴²³, est une sanction difficile à mettre en œuvre dans le cadre de la renonciation aux droits fondamentaux. En effet, cette mesure supposant la réciprocité des obligations, elle ne peut pas être mise en œuvre par le créancier lorsque la renonciation est stipulée dans une libéralité ou dans une clause accessoire, dans la mesure où le créancier ne peut pas s'exonérer d'exécuter une obligation essentielle du contrat. A cela s'ajoute le fait que certaines dispositions légales s'y opposent (par exemple, le bailleur ne peut pas s'opposer à la jouissance du bien au motif que le locataire a installé une antenne parabolique en violation d'une clause du contrat de bail).

211. Résolution du contrat. L'action en résolution du contrat qui contient une obligation de renonciation aux droits fondamentaux est une sanction brutale. Si elle constitue un moyen de pression efficace incitant le débiteur à s'exécuter, elle se traduit *in fine* par l'anéantissement rétroactif du contrat sans possibilité de le ressusciter. C'est la raison pour laquelle la résolution des contrats de travail est interdite⁴²⁴ ; l'employeur ne peut donc pas se prévaloir de l'inexécution d'une clause portant renonciation aux droits fondamentaux par le salarié pour obtenir l'anéantissement du contrat de travail, car il doit passer par la voie classique du licenciement. Par ailleurs, la révocation d'une libéralité est soumise à la condition de l'inexécution des charges⁴²⁵, mais elle est nécessairement judiciaire.

212. La résolution du contrat étant une sanction particulièrement brutale, elle n'intervient qu'en dernier recours, lorsque le créancier est certain qu'il ne peut pas obtenir l'exécution du contrat ou qu'il considère que son exécution est devenue inutile. De plus, le juge n'est pas tenu de faire droit à la demande de résolution, aussi il considère parfois que l'inexécution est insuffisante pour justifier la résolution, notamment lorsque la renonciation est stipulée dans une clause accessoire. En matière de libéralités, notamment, la charge inexécutée doit « *avoir constitué la cause impulsive et déterminante*

⁴²³ C. civ., art. 1219 et 1220

⁴²⁴ Soc., 13 mars 2001, n°98-46.411 : « *L'employeur, qui dispose du droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée par la voie du licenciement, en respectant les garanties légales, n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire dudit contrat.* »

⁴²⁵ C. civ., art. 953 : « *La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants.* » ; C. civ., art. 1046 : « *Les mêmes causes qui, suivant l'article 954 et les deux premières dispositions de l'article 955, autoriseront la demande en révocation de la donation entre vifs, seront admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires.* »

[de l'acte] » et « présenter une gravité suffisante » pour justifier une résolution⁴²⁶. Les pouvoirs d'appréciation du juge sont importants, mais cela n'est pas surprenant, d'autant plus qu'il n'est pas non plus tenu de faire droit à la demande de réparation du créancier.

§II. Les sanctions visant le maintien du contrat

213. Plan. La renonciation aux droits fondamentaux n'étant pas nécessairement stipulée en contrepartie d'un avantage financier⁴²⁷, le créancier n'a pas d'autre choix que d'agir en réparation (**A**) ou en exécution forcée (**B**) lorsqu'il souhaite maintenir le contrat.

A. L'action en réparation

214. Définitions. Le créancier peut demander réparation du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution contractuelle. Dans cette hypothèse, l'allocation de dommages et intérêts peut prendre la place d'une sanction contractuelle, ou s'ajouter à la résolution ou l'exécution forcée du contrat. Il revient alors au juge de s'assurer que la faute du débiteur (incarnée dans l'inexécution de l'obligation contractuelle) a effectivement causé un préjudice au créancier, avant d'en apprécier l'importance. Bien que le préjudice du créancier soit souvent de nature économique, il est souvent difficile à évaluer, dans la mesure où il correspond souvent à la violation de ses droits fondamentaux (par exemple, le non-respect d'une clause de non-concurrence viole la liberté d'entreprendre de l'employeur).

215. Par ailleurs, cette sanction n'est en théorie pas applicable en droit du travail, où le droit disciplinaire se substitue à la responsabilité du salarié. Mais il est fréquent que le juge condamne le salarié qui a exercé son droit fondamental en violation d'une clause stipulée dans son contrat de travail au paiement de dommages et intérêts. En effet, la violation d'une telle clause ne constitue pas nécessairement une faute grave ou une faute lourde rendant impossible son maintien dans l'entreprise (c'est le cas, par exemple, lorsqu'il refuse de changer de lieu de travail en application d'une clause de mobilité⁴²⁸) et, surtout, le renonçant n'est souvent plus salarié de l'entreprise lorsqu'il viole ses engagements (par exemple, par l'ouverture de son propre commerce en violation d'une clause de non-concurrence).

216. Cependant, l'allocation de dommages et intérêts n'est souvent pas satisfaisante pour le créancier, dans la mesure où le versement d'une somme d'argent lui est souvent moins profitable que

⁴²⁶ Req., 16 juil. 1855, *Dornier c/ Dornier* : Dalloz, 1855, I, p. 419 : La Cour de cassation a écarté l'action en révocation d'une donation au motif que la clause d'inaliénabilité inexécutée n'avait pas, dans l'esprit du donateur, une importance déterminante et qu'il n'entendait pas subordonner la survie de la donation à son exécution.

⁴²⁷ V. infra n° 179 à 184

⁴²⁸ Soc., 19 oct. 2007, n°06-45.239 : Le refus de muter en application d'une clause de mobilité ne constitue pas une faute grave, et donc, a fortiori, une faute lourde.

le respect de la clause portant renonciation au droit fondamental (par exemple, l'ouverture d'un commerce en violation d'une clause de non-concurrence risque de faire perdre de nombreux clients au créancier). C'est pourquoi le créancier peut préférer assortir sa demande de réparation d'une action en exécution forcée.

B. L'action en exécution forcée

217. Liberté individuelle du renonçant. L'aptitude d'un droit fondamental à subir une mesure d'exécution forcée doit être interrogée, notamment car sa mise en œuvre suppose que le juge devra contraindre l'individu à ne pas exercer son droit fondamental ou à l'exercer dans un sens déterminé, alors que ce dernier ne le souhaite plus. Cette sanction peut tantôt se justifier par la volonté que le renonçant a exprimé au stade de la formation du contrat, puis être démentie par l'atteinte qu'elle porte à sa liberté individuelle au stade de l'exécution du contrat.

218. Droit subjectif à l'exécution forcée. La liberté individuelle du renonçant constitue donc un obstacle important à l'exécution forcée d'une obligation abdiquant un droit fondamental. Cependant, cet obstacle n'est pas absolu, dans la mesure où l'inexécution de cette obligation est susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux du créancier. Ainsi, un « *droit subjectif à l'exécution forcée* » est progressivement reconnu au créancier sur le fondement de l'article L. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution⁴²⁹, et il tend à se fondamentaliser par son rattachement au droit de propriété⁴³⁰. En conséquence, « *se prononcer sur la question de l'exécution forcée de l'obligation revient, dès lors, à prendre parti dans un conflit de droits fondamentaux* »⁴³¹.

⁴²⁹ CPCE, art. L. 111-1, al. 1 : « *Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard.* »

⁴³⁰ CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stradis andreadis c/ Grèce*, aff. n° 13427/87 : Elle assimile la créance contractuelle à un bien au sens de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnelle à la Convention.

⁴³¹ ARROYO J., op. cit., p. 494, n°901

CONCLUSION GENERALE

219. Si la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux a été absorbée par la théorie générale des obligations, le droit civil n'a pas été conçu pour faire face à l'intrusion massive des droits fondamentaux dans les contrats entre personnes privées. C'est pourquoi, sans les droits spéciaux et la jurisprudence extensive des Cours suprêmes, le droit commun des contrats ne permettrait pas de protéger suffisamment le renonçant contre le mauvais usage qu'il est susceptible de faire de sa liberté contractuelle.

220. En effet, les droits fondamentaux présentent un régime juridique particulier. En conséquence, la question de savoir si le titulaire d'un droit fondamental peut librement renoncer à ses droits fondamentaux ne doit pas être tranchée en fonction de la nature du droit en cause, mais sur la base d'un examen, aussi individualisé que possible, des circonstances entourant cette décision, et notamment de l'autonomie dont dispose le contractant pour prendre sa décision.

221. Par ailleurs, la phase de réalisation de la renonciation n'est pas dépourvue d'enjeux pour la liberté du renonçant. Afin de s'assurer qu'elle ne heurte pas excessivement l'autonomie du renonçant, la mise en œuvre des sanctions contractuelles classiques fait l'objet d'un contrôle poussé de la part du juge. Ainsi, la question de l'exécution forcée de l'obligation accueillant la renonciation aux droits fondamentaux est significative ; le juge a la possibilité de contraindre le renonçant à exercer ou à ne pas exercer son droit fondamental conformément à son engagement initial, mais il refuse le plus souvent d'ordonner une telle mesure afin de ne pas heurter sa liberté.

222. En outre, si la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux est admise, c'est parce qu'elle ne heurte pas le principe d'égalité entre les contractants. Ainsi, le principe de non-discrimination apporte une limite générale à la liberté contractuelle : les atteintes aux droits fondamentaux par contrat sont licites si elles ne sont pas intrinsèquement liées aux caractéristiques personnelles non pertinentes du renonçant (comme son sexe, son origine, son âge, etc.). Or, le passage d'une conception abstraite à une conception concrète du principe d'égalité sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme soulève la question de savoir jusqu'à quel point l'examen des circonstances entourant la décision du renonçant doit être individualisé.

BIBLIOGRAPHIE

Actes juridiques

- **Constitution**

- **Constitution française** :

- (1) **Constitution du 4 octobre 1958**. Légifrance [en ligne]. 4 octobre 1958. Mise à jour le 1^{er} décembre 2009 [Consulté le 30 mai 2022].
- (2) **Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946**. Légifrance [en ligne]. 27 octobre 1946 [Consulté le 30 mai 2022]
- (3) **Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789**. Légifrance [en ligne]. 1789 [Consulté le 30 mai 2022].

- **Constitution étrangère** :

- (4) **Loi fondamentale pour la République fédérale allemande**. Deutschland.de [en ligne]. 8 mai 1949 [Consulté le 30 mai 2022]

- **Traités européens et internationaux**

- **Union européenne** :

- (5) **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**. Parlement européen, Conseil de l'Union européenne et Commission européenne. EUR-Lex [en ligne]. 18 décembre 2000. Mise à jour le 26 octobre 2012 [Consulté le 30 mai 2022]

- **Conseil de l'Europe** :

- (6) **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**. Conseil de l'Europe. HUDOC-ECHR [en ligne]. 3 septembre 1953 [Consulté le 30 mai 2022]

- **Organisation des Nations-Unies** :

- (7) **Convention relative aux droits de l'enfant**. Organisation des Nations-Unies. UNICEF [en ligne]. 20 novembre 1989 [Consulté le 30 mai 2022].
- (8) **Pacte international relatif aux droits civils et politiques**. Organisation des Nations-Unies. UNDH [en ligne]. 23 mars 1976 [Consulté le 30 mai 2022].
- (9) **Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels**. Organisation des Nations-Unies. UNDH [en ligne]. 3 janvier 1976 [Consulté le 30 mai 2022]

(10) **Déclaration Universelle des droits de l'Homme**. Organisation des Nations-Unies. UN [en ligne]. 10 décembre 1948 [Consulté le 30 mai 2022]

- **Organisation international du travail** :

(11) **Convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical**. Organisation internationale du travail. ILO [en ligne]. 17 juin 1948 [Consulté le 30 mai 2022]

(12) **Convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective**. Organisation internationale du travail. ILO [en ligne]. 8 juin 1949 [Consulté le 30/05/2022]

• **Directives européennes**

(13) **Directive (UE) 2008/52** sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne. EUR-Lex [en ligne]. JOUE n°L136 du 24 mai 2008, CELEX n°32008L0052. 21 mai 2008 [Consulté le 30 mai 2022].

(14) **Directive (CEE) 89/391** concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail. Conseil de l'Union européenne. EUR-Lex [en ligne]. JOCE L183 du 29 juin 1989, CELEX n°31989L0391. 12 juin 1989 [Consulté le 30 mai 2022]

• **Lois et règlements**

- **Textes préparatoires** :

(15) Ministère de la justice. **Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription**, Dalloz [en ligne]. 2016 [Consulté le 30 mai 2022].

(16) Ministère de la justice et des libertés. **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale**. Légifrance [en ligne]. JORF n°0266 du 17 novembre 2011, p. 31, NOR n°JUSC1117339P. 16 mai 2011 [Consulté le 30 mai 2022]

- **Textes codifiés** :

(17) **Code civil [Version en vigueur du 17 février 1804 au 1^{er} octobre 2016]**. Livre III : Titre III ancien (articles 1101 ancien à 1369-11 ancien). Légifrance [en ligne]. 17 février 1804 [Consulté le 30 mai 2022]

(18) **Code civil [Version en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2016]**. Livre I : Titre I : Chapitres I et II (articles 7 à 16-9) et Livre III : Titres II, III, IV et IV bis (articles 893 à 1386-1). Légifrance [en ligne]. Codification le 17 février 1804, mise à jour le 1^{er} octobre 2016 [Consulté le 30 mai 2022].

- (19) **Code de la consommation [Partie législative]**. Livre II : Titre II : Chapitre I (articles L. 221-1 à L. 221-29) et article L. 134-14. Légifrance [en ligne]. 18 janvier 1992, mise à jour le 24 avril 2022 [Consulté le 30 mai 2022]
- (20) **Code de la consommation [Partie réglementaire]**. Livre II : Titre I : Chapitre II (articles R. 212-2 à 212-5). Légifrance [en ligne]. 18 janvier 1992, mise à jour le 24 avril 2022 [Consulté le 30 mai 2022]
- (21) **Code de la propriété intellectuelle**. Article L. 131-2. Légifrance [en ligne]. 1^{er} juillet 1992, mise à jour le 5 mai 2022 [Consulté le 30 mai 2022]
- (22) **Code de la santé publique [Partie législative]**. Livre I : Titre I : Chapitre I : Sections I et II (articles L. 1111-1 à L. 1111-12). Légifrance [en ligne]. 1^{er} janvier 2000, mise à jour le 1^{er} mai 2022 [Consulté le 30 mai 2022]
- (23) **Code de procédure civile**. Article 43, 808, 809 et 810. Légifrance [en ligne]. 1^{er} janvier 1976, mis à jour le 3 mars 2022 [Consulté le 30 mai 2022]
- (24) **Code des procédures civiles d'exécution**. Article L. 111-1. Légifrance [en ligne]. 1^{er} juin 2012, mise à jour le 16 février 2022 [Consulté le 30 mai 2022]
- (25) **Code des transports**. Articles L. 5542-43 et L. 111-2. Légifrance [en ligne]. 28 octobre 2010, mise à jour le 23 avril 2022 [Consulté le 30 mai 2022]
- (26) **Code du travail [Partie législative]**. Articles L. 1 à L. 8831-1. Légifrance [en ligne]. 28 décembre 1910, mise à jour le 1^{er} mai 2022 [Consulté le 30 mai 2022].
- (27) **Code pénal [Partie législative]**. Livres I, II, III, IV, IV bis et V (articles 111-1 à 522-2). Légifrance [en ligne]. 1^{er} mars 1994, mise à jour le 1^{er} mai 2022 [Consulté le 30 mai 2022]
- **Textes non-codifiés** :
- (28) **Loi n°2022-296 du 2 mars 2022 visant à démocratiser le sport en France**. Légifrance [en ligne]. JORF n°0052 du 3 mars 2022, NOR n°MENX2105502L. 2 mars 2022 [consulté le 30 mai 2022]
- (29) **Loi n°2022-92 du 31 janvier 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne**. Légifrance [en ligne]. JORF n°0026 du 1^{er} février 2022, p. 11, NOR n°ECHX2127873L. 31 janvier 2022 [Consulté le 30 mai 2022]
- (30) **Loi n°2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République**. Légifrance [en ligne]. JORF n°0197 du 25 août 2021, p. 9, NOR n°INTX2030083L. 24 août 2021 [Consulté le 30 mai 2022]
- (31) **Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**.

JORF n°0093 du 21 avril 2018, p. 1, NOR n°JUSC1612295L. 20 avril 2018, mise à jour le 1^{er} octobre 2018 [Consulté le 30 mai 2022]

- (32) Ministère de la justice, **Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**. JORF n°0035 du 11 février 2016, p. 136, NOR n°JUSC1522466R
- (33) Ministère de la justice et des libertés. **Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale**. JORF n°0266 du 17 novembre 2011, p. 35, NOR n°JUSC1117339R. 16 novembre 2011, mise à jour le 18 novembre 2011 [Consulté le 30 mai 2022]
- (34) **Loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public**. Légifrance [en ligne]. JORF n°0237 du 12 octobre 2010, NOR n°JUSX1011390L. 11 octobre 2010, mise à jour le 24 mars 2020 [consulté le 30 mai 2022]
- (35) **Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile**. Légifrance [en ligne]. JORF n°0141 du 18 juin 2008, p. 7, NOR n°JUSX0711031L. 17 juin 2008 [Consulté le 30 mai 2022]
- (36) **Loi n°2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics**. Légifrance [en ligne]. JORF n°65 du 17 mars 2004, NOR n° MENX0400001L. 15 mars 2004 [consulté le 30 mai 2022]
- (37) **Loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs**. Légifrance [en ligne]. JORF du 8 juillet 1989, NOR n°EQUX8910174L. 6 juillet 1989, mise à jour le 23 février 2022 [Consulté le 30 mai 2022]

• **Jurisprudence interne**

- **Conseil constitutionnel** :

- (38) C. C., 7 oct. 2010, Loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, n°2010-613 DC
- (39) C. C., 20 nov. 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, n°2003-484 DC
- (40) C. C., 9 avr. 1996, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, n°96-373 DC
- (41) C. C., 29 juil. 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française, n°94-345 DC
- (42) C. C., 27 juil. 1994, Bioéthique, n°94-343/344 DC

- (43) C.C., 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, n°89-257 DC
- (44) C. C., 29 déc. 1983, Loi de finances pour 1984, n°83-164 DC
- (45) C. C., 25 juill. 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n°74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, n°79-105 DC
- (46) C. C., 12 juil. 1979, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, n°79-107 DC
- (47) C. C., 16 juil. 1971, Liberté d'association, n°71-44 DC

- **Conseil d'Etat** :

- (48) CE, 10 janv. 2001, *Mme Coren*, n° 211878
- (49) CE, 29 déc. 1995, n°129747
- (50) CE, 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n°136727 (Concl. P. Frydman, RFDA, [vol. 11], novembre-décembre 1995, p. 1204)
- (51) CE, 1^{er} févr. 1980, *Affaire Corona*, n°06361

- **Cour de cassation** :

▪ **Assemblée plénière** :

- (52) Ass. plén., 9 févr. 2001, n°99-17.642
- (53) Ass. plén., 24 nov. 2000, n°99-12.412
- (54) Ass. plén., 30 juin 1995, *Conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation*, n°94-20.302
- (55) Ass. plén., 19 mai 1978 : *RTD civ.* 1978, p. 665

▪ **Chambre des requêtes** :

- (56) Req., 8 avr. 1913 : DP 1915. 1. 29
- (57) Req., 11 nov. 1912 : DP 1913, 1, 105
- (58) Req., 27 juil. 1863, *Syndicat Douillet c. Douillet* : Sirey, 1863, I, p. 465
- (59) Req., 19 janv. 1863, *Cohen-Scali c. Roubieu* : Dalloz, 1863, I, p. 248
- (60) Req., 11 mai 1858, *Gilbert c. Fourny*, Dalloz, 1858, I, p. 219
- (61) Req., 16 juil. 1855, *Dornier c/ Dornier* : Dalloz, 1855, I, p. 419

▪ **Chambres civiles** :

- (62) Civ., 21 oct. 1960, n°59.40-160
- (63) Civ., 24 janv. 1899, *Ralli c. Petrocochino et consorts Rodocanachi* : Dalloz, 1900, I, p. 533

- (64) 1^{re} civ., 20 oct. 2021, n°20-16.343
- (65) 1^{re} civ., 2 juin 2021, n°20-13.753
- (66) 1^{re} civ., 4 févr. 2015, n°13-26.452
- (67) 1^{re} civ., 4 nov. 2011, n°10-26.761
- (68) 1^{re} civ., 21 nov. 2012, n°10-17.365
- (69) 1^{re} civ., 14 mars 2012, n°11-13.791
- (70) 1^{re} civ., 11 déc. 2008, n°07-19.494
- (71) 1^{re} civ., 28 mars 2008, n°07-12.454
- (72) 1^{re} civ., 14 juin 2007, *Affaire Johnny Halliday*, n°06-13.601
- (73) 1^{re} civ., 7 mars 2006, n°04-20.715
- (74) 1^{re} civ., 13 déc. 2005, n° 02-14.135
- (75) 1^{re} civ., 3 avr. 2002, *Bordas*, n°00-12.932
- (76) 1^{ère} civ., 20 déc. 2000, *Affaire de l'image du préfet assassiné*, n°98-13.875
- (77) 1^{re} civ., 12 déc. 2000, n°98-21.161
- (78) 1^{re} civ., 3 mai 2000, n°98-12.819
- (79) 1^{re} civ., 16 mars 1999, n°96-12.748
- (80) 1^{re} civ., 4 janv. 1995, n°92-16.519
- (81) 1^{re} civ., 8 nov. 1965 : Gaz. Pal. /966. 1, 55 : D. 1966, somm. 33.
- (82) 1^{re} civ., 8 janv. 1962, n°60-11.170
- (83) 2^e civ., 12 juil. 2001, n°99-21.822
- (84) 2^e civ., 21 juin 1995, n°92-14.594
- (85) 3^e civ., 8 juin 2006, n°05-14.774
- (86) 3^e civ., 3 nov. 2005, n°02-21.489
- (87) 3e civ. 3e , 18 déc. 2002, *Amar*, n°01-00.519
- (88) 3e civ., 18 déc. 2001, n°00-14.802
- (89) 3e civ., 12 févr. 1997, n°95-12.125
- (90) 3e civ., 8 janv. 1997, n°94-20.766
- (91) 3^e civ., 5 déc. 1972, Bull civ. III, n°657
- **Chambre sociale :**
- (92) Soc., 20 avr. 2022, n°20-10.852
- (93) Soc., 14 avr. 2021, n°19-24.079
- (94) Soc., 25 mai 2016, n°14-20.578

- (95) Soc., 14 janv. 2014, n°12-27.284
- (96) Soc., 26 juin 2013, n°12-15.208
- (97) Soc., 4 avr. 2012, n°10-28.818
- (98) Soc. 28 février 2012, n°10-18.308
- (99) Soc., 13 mars 2001, n°98-46.411
- (100) Soc., 2 mars 2011, n°09-40.547
- (101) Soc., 26 mai 2010, n°08-43.105, n°09-40.422
- (102) Soc., 7 avr. 2010, n°08-44.865, n°08-44.866, n°08-44.867, n°08-44.868, n°08-44.869
- (103) Soc., 23 juin 2009, n°08-42.154
- (104) Soc. 3 juin 2009, n°08-40.981
- (105) Soc., 29 oct. 2008, n°07-43.093
- (106) Soc., 2 juil. 2008, n°07-40.618
- (107) Soc., 19 oct. 2007, n°06-45.239
- (108) Soc., 16 mai 2007, n°05-16.647
- (109) Soc., 20 déc. 2006, n°05-45.365
- (110) Soc., 7 juin 2006, n°04-45.846
- (111) Soc., 28 avr. 2006, n°03-44.527
- (112) Soc., 12 juil. 2005, n°04-13.342
- (113) Soc., 11 mai 2005, n°03-40.837
- (114) Soc., 13 avr. 2005, n° 03-42.965
- (115) Soc., 17 déc. 2004, n°03-40.008
- (116) Soc., 3 nov. 2004, n°03-40.158
- (117) Soc., 4 févr. 2004, n° 01-43.651
- (118) Soc., 10 juil. 2002, *Salembier c/ SA La Mondiale*, n°00-45135 ; *Barbier c/ SA Maine Agri*, n°00-45387 ; *Moline et a. c/ Sté MSAS cargo international*, n°99-43.334
- (119) Soc., 27 juin 2002, n°00-42.646
- (120) Soc., 22 mai 2002, n°99-45.878
- (121) Soc., 12 janv. 1999, *Spileers*, n° 96-40.755
- (122) Soc., 7 avr. 1998, Bull. civ. V, n° 202 : D. 1999, somm. 107
- (123) Soc., 24 mars 1998, n°95-44.738
- (124) Soc., 19 nov. 1997, n°95-41.260
- (125) Soc., 31 oct. 1996, n°93-43.779
- (126) Soc., 7 juin 1995, *SA Transports Seroul c. Beillevaire et a.*, n°93-46.448
- (127) Soc., 14 mai 1992, n°89-45.300

- (128) Soc., 4 juin 1987, n°84-43.639
 (129) Soc., 10 juin 1982 : JCP G 1984, II, 20230
 (130) Soc., 7 févr. 1968, *Epoux Barbier c. Air France*, n°65-40.622

▪ **Chambre commerciale :**

- (131) Com., 15 mars 2011, n°10-13.824
 (132) Com., 29 juin 2010, *Faurecia*, n° 09-11.841
 (133) Com., 22 oct. 1996, *Chronopost*, n°93-18.632
 (134) Com., 2 avr. 1979 : RTD civ., 1979, p. 812
 (135) Com., 10 avr. 1964, Bull. civ. 1964, IV, n°173

▪ **Chambre criminelle :**

- (136) Crim., 22 juin 2016, n°14-80.041
 (137) Crim., 4 mars 2003, n°02-82.194
 (138) Crim., 20 févr. 1968, n°67-90.938
 (139) Crim., 22 déc. 1837, *Pesson* : Sirey, 1838, I, p. 5

- **Cours d'appel :**

- (140) Aix-en-Provence, 30 nov. 2001, *SARL Explorer c/ Corriol et a.*, JD n°2001-175238
 (141) Paris, 19 oct. 1988, *Scté annonce Canal plus c/ Mme Rosenbluth* : Dalloz, 1988, IR, p. 288
 (142) Paris, 30 avr. 1963 : RTD civ. 1963, p. 570 et 697

- **Tribunal d'instance :**

- (143) Périgueux, 12 oct. 1990, *Eymes c. Sarre*, JD n°1990-050066, Annale des Loyers, 1992, p. 706

• **Jurisprudence internationale**

- **Cour européenne des droits de l'Homme :**

- (144) CEDH, 5 déc. 2013, *Vilnes et a. c/ Norvège*, aff. n°52806/09 et 22703/10
 (145) CEDH, 29 janv. 2013, *Zolotas c. Grèce*, aff. n°66610/09
 (146) CEDH, 3 févr. 2011, *Sibenhaar c. Allemagne*, aff. n°18126/02
 (147) CEDH, 23 sept. 2010, *Schüth c. Allemagne*, aff. n°1620/03
 (148) CEDH, 7 juil. 2009, *Stagno contre Belgique*, aff. n°1062/07
 (149) CEDH, 13 nov. 2007, *D. H. et autres c/ République Tchèque*, aff. n°57325/00
 (150) CEDH, 11 janv. 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, aff. n°52562/99 et 52620/99
 (151) CEDH, 17 février 2005, *KA. et AD. c/ Belgique*, aff. n°42758/98 et 45558/99
 (152) CEDH, 9 mars 2004, *Wretlund c/ Suède*, aff. n°46210/99

- (153) CEDH, 7 nov. 2002, *Madsen c/ Danemark*, aff. n° 58341/00
- (154) CEDH, 2 juil. 2002, *Wilson, National Union of Journalists et autres c/ Royaume-Uni*, aff. n°30668/96, 30671/96 et 30678/96
- (155) CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty contre Royaume-Uni*, aff. n°2346/02
- (156) CEDH, 30 nov. 2000, *Kwiatkowska c/ Italie*, aff. n° 52868/99
- (157) CEDH, 8 févr. 2000, *McGonnell c/ RU*, aff. n°28488/95
- (158) CEDH, 23 févr. 1999, *Suovaniemi et a. contre Finlande*, aff. n°31737/96
- (159) CEDH, 25 nov. 1997, *Zana c/Turquie*, n°18954/91
- (160) CEDH, 23 avr. 1997, *Van Mechelen c/ Pays-Bas*, aff. n°21363/93, 21364/93, 21427/93 et 22056/93
- (161) CEDH, 3 déc. 1996, *Konttinen c/ Finlande*, aff. n°24949/94
- (162) CEDH, 22 oct. 1996, *Stubbings et a. contre Royaume-Uni*, aff. n°22083/93
- (163) CEDH, 19 janv. 1995, *Bellet c/ France*, aff. n°23805/94
- (164) CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stradis andreadis c/ Grèce*, aff. n°13427/87
- (165) CEDH, 25 févr. 1992, *Pfeifer et Pankl contre Autriche*, aff. n°10802/84
- (166) CEDH, 23 mai 1991, *Obserschlick contre Autriche*, aff. n°11662/85
- (167) CEDH, 21 févr. 1990, *Hakansson et Sturesson c/ Suède*, aff. n°11855/85
- (168) CEDH, 12 févr. 1985, *Colozza c/ Italie*, aff. n°9024/80
- (169) CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, aff. n°7601/76 et 7806/77
- (170) CEDH, 23 nov. 1983, *Van der Musselle c/ Belgique*, aff. n°8919/80
- (171) CEDH, 10 févr. 1983, *Albert et le Compte contre Belgique*, aff. n°7299/75 et 7496/76
- (172) CEDH, 4 mars 1987, *R. contre Suisse*, aff. n°10881/84
- (173) CEDH, 18 déc. 1986, *Johnston et autres c/ Irlande*, aff. n°9697/82
- (174) CEDH, 27 févr. 1980, *Deweere contre Belgique*, aff. n°6903/75
- (175) CEDH, 25 avr. 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, aff. n°5856/72
- (176) CEDH, 21 févr. 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, aff. n°4451/70
- (177) CEDH, 5 mars 1962, *X. contre RFA*, aff. n°1197/61

- **Cour de justice de l'Union européenne :**

- (178) CJCE, 26 juin 2011, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union c. Secretary of State for Trade and Industry*, aff. C-173/99 (Concl. du 8 févr. 2011)
- (179) CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222/84

- **Cours étrangères :**

▪ **Cour suprême des Etats-Unis :**

(180) SCOTUS, 21 avr. 1980, *Harris v. MacRae*, 448 US 297

(181) SCOTUS, 22 janv. 1973, *Roe v. Wade*, 418 US 113

▪ **Cour suprême du Canada :**

(182) SCOC, 31 oct. 1997, *Godbout c/ Ville de Longueuil*, 3 RCS 844

• **Site internet officiel**

(183) Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), « Droit à l'image et respect de la vie privée », sur Service-Public.fr [en ligne], publié le 6 mai 2022 [consulté le 30 mai 2022]

Doctrine

• **Ouvrages**

- **Ouvrages généraux :**

(184) KELSEN K., *Théorie pure du droit*, LGDJ [2e éd.], 1960, 376 p.

(185) ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Genève, Pléiade [t. III], 1758, 112 p.

- **Dictionnaires juridiques :**

(186) Association Henri Capitant (CORNU G. [dir.]), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF [14e éd.], 2022, 1101 p.

(187) RIDEAU J., GAUDIN H., MARGUENAUD J.-P. et ANDRIANTSIMBAZONIVA J., SUDRE F. (Dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF [1^{re} éd.], 2008, 876 p.

- **Manuels :**

(188) CARDOSO-ROULOT N., *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, LOQUIN E. (pref.), Paris, L'Harmattan coll. Logiques juridiques [1^{ère} éd.], 2008, 652 p.

(189) CHENEDE F., *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Paris, Economica [17^e éd.], 2008, 558 p.

(190) DE TERWANGNE C., ROSIER K. [dir.], *Le règlement général sur la protection des données*, Bruxelles, Larcier [1^{re} éd.], 2018, 928 p.

(191) DUPRES DE BOULOIS X., *Droits des libertés fondamentales*, Paris, PUF [3^e éd.], 2022, 624 p.

(192) FAVOREU L., *Droit des Libertés fondamentales*, Dalloz [éd. n°8], 2021, 720 p.

- (193) GIRARD C., *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques*, La Sorbonne éditions, 2010, 390 p.
- (194) HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz [éd. 4], 2020, 800 p.
- (195) GUETTIER C., LE TOURNEAU P., Bloch C., GIUDICELLI A., JULIEN J., KRAJESKI D., POUMAREDE M., *Droit de la responsabilité et des contrats 2020/21*, Paris, Dalloz [12^e éd.], 2020, 2900 p.
- (196) JEANGENE VILMER J.-B., *Réparer l'irréparable. Les réparations aux victimes devant la Cour Pénale Internationale*, Paris, PUF, 2009, 202 p.
- (197) JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français Tome II. Théorie générale des obligations : les principaux contrats du droit civil*, Paris, Sirey [3^e éd.], 1939
- (198) CHENEDE F., LEQUETTE Y., SIMLER P., TERRE F., *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz [12^e éd.], 2018, 2036 p.

• Articles

- Articles d'encyclopédies :

- (199) ANONYME, « La clause de mobilité », in *Fiches d'orientation*, Dalloz [en ligne], Avril 2022 [consulté le 30 mai 2022]
- (200) GREVY M., « Syndicats professionnels : constitution et fonctionnement », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz [en ligne], 2012 (act. 2020) [Consulté le 30 mai 2022]
- (201) HOUTCIEFF D., « Renonciation », in *Répertoire de Droit civil*, Dalloz [en ligne], 2017 (act. 2021) [Consulté le 30 mai 2022]

- Articles de mélanges :

- (202) CHASSAGNARD-PINET S., « 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*, Paris, Dalloz, 2008, p. 242 s.
- (203) DE SCHUTTER O. et RINGELHEIM J., « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 441-481
- (204) FENOUILLET D., « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 487 s.
- (205) MOLFESSIS N., « La dignité de la personne humaine en droit civil », in *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, 1999, p. 123 s.

- (206) SERINET Y.-M., « Le juge et l'illicéité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles* (COLLART-DUTILLEUL F. et COULON C. [dir.]), Paris, Economica [t. 28], 2007, p. 89 s.
- (207) TESAURO G., « L'accès au juge comme droit fondamental communautaire », in *L'accès à l'égalité entre femmes et hommes dans la Communauté européenne*, Bruxelles, PU de Louvain, 1993, p. 12 s.
- **Articles de revues** :
- (208) AÏT EL KADI Z., « Compatibilité de l'interdiction du port du voile islamique avec les droits de l'homme » [en ligne], *D. act.*, 12 décembre 2008 [consulté le 30 mai 2022]
- (209) AMRANI-MEKKI S., « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales » [en ligne], *RC*, n°4, 1^{er} octobre 2009, p. 1617 [consulté le 30 mai 2022]
- (210) ANCIAUX N., « L'attraction du droit à l'image dans le contrat » [en ligne], *JCP G*, n° 50, 13 Décembre 2021 [consulté le 30 mai 2022], p. 1322
- (211) BEYNEIX I., « Clause de non-concurrence » [en ligne], *JCP trav.*, Fasc. n°18-25, 16 novembre 2020 [consulté le 30 mai 2022]
- (212) BUCHER C.-E., « Clause de non-concurrence - Efficacité » [en ligne], *JCP G*, Fasc. n°112, 18 Septembre 2021 [consulté le 30 mai 2022], p. 1 s.
- (213) CAIRE A.-B., « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », *RDSS*, 2015, p. 865 s.
- (214) CARRIE L., « Contrats d'image de personnes » [en ligne], *JCP Communication*, Fasc. 320, 18 juin 2018 [consulté le 30 mai 2022]
- (215) CHAZAL J.-P., « Simplifier le droit du travail : entre naïveté herméneutique et démantèlement politique » [en ligne], *D.*, 2015, p. 1593
- (216) CLAVAGNIER B., « Le foot, le hijab et le juge » [en ligne], *Juris associations*, 2022 [consulté le 30 mai 2022], n°655, p. 3
- (217) DANIEL E., « Deux petits arrêts rendus en grande chambre. À propos des arrêts du 14 mars 2017 sur le port du voile en entreprise » [en ligne], *Europe*, n° 5, Mai 2017 [consulté le 30 mai 2022]
- (218) DEREUX G., « La nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD civ.*, 1910. 503.
- (219) DIJOUX R., « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux » [en ligne], *LPA* n°214, p. 12, 27 octobre 2011 [consulté le 30 mai 2022]
- (220) FABRE-MAGNAN M., « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 2008, p. 31 s.

- (221) GENICON T., « De la nullité partielle à la clause « partiellement » réputée non-écrite. Cass. Soc., 8 avril 2010 », *RDC*, 2010, p. 1199 s.
- (222) GOUËZEL A., « Ordre public et bonnes mœurs en droit des contrats » [en ligne], *JCP G*, Fasc. unique, 24 Octobre 2018 [consulté le 30 mai 2022]
- (223) GUYON Y., « Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé », *AJDA*, 1998, p. 136
- (224) LAITHIER Y.-M., « Quand peut-on invoquer la caducité du contrat ? » [en ligne], *RDC*, n°1, 2021 [Consulté le 30 mai 2022], p. 161 s.
- (225) LAMARCHE M., « Le droit de mourir dans la dignité est-il un droit de l'Homme ? », *Dr fam.*, n°1, Janvier 2021 [consulté le 30 mai 2022] , p. 1 s.
- (226) LAREF L., « Limites de la surveillance horizontale professionnelle face la liberté d'expression. CEDH, 2e sect., 15 juin 2021, Melike c/ Turquie, n° 35786/19 » [en ligne], *AJDA*, 28 juin 2021 [consulté le 30 mai 2022]
- (227) LIBCHABER R., « Insondables mystères : les incertitudes de la renonciation », *Defrénois*, 30 décembre 2002, n° 24, p. 1619 s.
- (228) MARCHADIER F., « La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD civ.*, 2009, n°2, p. 245 et s., n°3
- (229) MARGUENAUD J.-P., « Sodomasochisme et autonomie personnelle (Cour EDH 1ère section 17 févr. 2005 KA. et AD. c/ Belgique) » [en ligne], *RTD Civ.*, 2005 [consulté le 30 mai 2022] , p. 341 s.
- (230) MEKKI M., « Existe-t-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail ? », *RDT*, 2006, p. 29 s.
- (231) QUEZEL-AMBRUNAZ C., « La contraction des conditions de la responsabilité civile en cas d'atteinte à un droit fondamental », *RDLF*, 2012, chron. n°27
- (232) ROCHFELD J., « Le solidarisme à la mode européenne : vers une obligation d'information sur les risques d'atteintes graves à un droit fondamental en raison de la conclusion ou de l'exécution d' un contrat », *RDC*, 2013, n° 3, p. 837 s.
- (233) STOUFFLET J., « Le droit de la personne sur son image, quelques remarques sur la protection de la personnalité », *JCP G*, I, 1957, p. 1374 s.
- (234) VARIN C., « Clause de résidence : la Cour de cassation persiste et signe. Commentaire sous Soc. 28 février 2012, n° 10-18.308 » [en ligne], *D.*, n°744, 2012 [consulté le 30 mai 2022]

• **Travaux universitaires :**

- **Thèses :**

- (235) ARROYO J., *La renonciation aux droits fondamentaux*, DUPRE DE BOULOIS X. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Grenoble Alpes, 2014, 669 p.
- (236) DADOUN A., *La nullité du contrat et le droit pénal*, SERINET Y.-M. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université de Cergy-Pontoise, 2009, n°431
- (237) DEBET A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, LEVENEUR L. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Paris II Panthéon-Assas, 2011, 1014 p.
- (238) DREANO M., *La non-discrimination en droit des contrats*, SAVAUX E. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université de Poitiers, 2018, 864 p.
- (239) DROUILLET C., *Ordre public et droits fondamentaux. Contribution à l'étude de la fondamentalisation en droit privé interne*, thèse de doctorat, droit, Université de Pau, 2018, 834 p.
- (240) DUCOIN C., *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil français*, thèse de doctorat, droit, Université de Lyon, 1914
- (241) FRUMER P., *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, thèse de doctorat, droit, Université libre de Bruxelles, 2001, 756 p.
- (242) HYDE A.-A., *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat : Essai d'une théorie*, FABRE-MAGNAN M. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2012, 654 p.
- (243) MAURIN L., *Contrat et Droits fondamentaux*, LEQUETTE Y. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université d'Aix-Marseille, 2013, 514 p.
- (244) MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, GHESTIN J. (dir.), Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2003, 928 p.
- (245) RAYNAUD J., *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, GARAUD E. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université de Limoges, 2001, 439 p.
- (246) RIPOCHE E., *La liberté et l'ordre public contractuels à l'épreuve des droits fondamentaux*, LEQUETTE Y. (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Paris Panthéon-Assas, 2019, 1080 p.

- **Actes publiés de colloques et conférences :**

- (247) Association Henri Capitant [PICOD Y. et MAZEAUD D. (dir.)], *La violence économique. À l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Dalloz, 2017, 152 p.

- (248) WALZ S., « Relationship between the freedom of the press and the right for informational privacy in the emerging Information society », *19e Conférence internationale des commissaires à la protection des données [CNIL]*, Bruxelles, Dalloz, 17-19 septembre 1997, p. 3 s.

Autres

- (249) MANDELA N., *Discours d'investiture du Président Nelson Mandela*, République d'Afrique du Sud, 10 mai 1994

TABLE DES MATIERES

Table des abréviations.....	I
Sommaire.....	IV
Introduction.....	1
<u>Partie I : La validité de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux.....</u>	8
Titre I : La validité matérielle de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux.....	8
<u>Chapitre I : L'ineffectivité de la substance du droit fondamental atteint.....</u>	8
Section I : L'ordre public, un obstacle relatif.....	8
Section II : L'objet du droit fondamental en cause, un élément inopérant.....	10
§I. La validité de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux substantiels.....	10
A. La renonciation aux droits fondamentaux civils et politiques.....	11
1. Le droit au respect de la vie privée et familiale.....	11
2. La liberté d'expression.....	14
B. La renonciation aux droits fondamentaux économiques et sociaux.....	15
§II. La validité de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux procéduraux.....	17
A. La diversité des modes alternatifs de règlement des litiges.....	18
1. Renonciation par anticipation.....	18
2. Renonciation en cours d'instance.....	19
B. Des limites classiques.....	20
<u>Chapitre II : La prohibition des clauses liberticides.....</u>	22
Section I : La caractérisation de la clause liberticide.....	22
§I. Les droits fondamentaux individuels insusceptibles de renonciation : l'ambivalence du principe de dignité de la personne humaine.....	22
A. Le principe de dignité de la personne humaine, une valeur objective au régime juridique dérogatoire	22

B.	La dignité de la personne humaine, un principe matriciel générateur de droits fondamentaux dérivés.....	25
1.	L'impossibilité de renoncer au droit à la vie.....	25
2.	L'impossibilité de renoncer au droit au respect de son intégrité physique.....	26
§II.	Les droits fondamentaux collectifs insusceptibles de renonciation : le droit de grève et les libertés syndicales et d'association.....	27
A.	L'impossibilité de renoncer au droit de grève.....	27
B.	L'impossibilité de renoncer aux libertés syndicales et d'association.....	28
Section II :	La sanction de la clause liberticide.....	29
§I.	La nullité de la clause liberticide, une sanction radicale.....	30
§II.	La réparation du renonçant lésé, une mesure d'apaisement.....	32
Titre II :	La validité formelle de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux.....	34
<u>Chapitre I :</u>	<u>Les modalités subjectives de la renonciation : un consentement libre et éclairé.....</u>	<u>34</u>
Section I :	L'existence du consentement.....	34
§I.	Une renonciation expresse ou tacite.....	34
§II.	Une renonciation non-équivoque.....	36
Section II :	L'intégrité du consentement.....	37
§I.	Une renonciation libre : la prise en compte de l'état de vulnérabilité du renonçant.....	37
A.	La caractérisation de la contrainte par la menace d'un préjudice grave.....	38
B.	La caractérisation de la contrainte par un état de dépendance économique.....	38
§II.	Une renonciation éclairée : la bonne information du renonçant.....	40
A.	L'objet du devoir d'information.....	41
1.	La nature de la renonciation : la connaissance exacte du droit fondamental objet de la renonciation.....	41
2.	La portée de la renonciation : les risques pour la personne du renonçant.....	43
B.	Les modalités de l'information : la répartition équitable du fardeau informationnel.....	45
1.	La répartition du fardeau informationnel dans les relations verticales.....	45
2.	La répartition du fardeau informationnel dans les relations horizontales.....	46
<u>Chapitre II :</u>	<u>Les modalités objectives de la renonciation : une atteinte justifiée et proportionnée aux droits fondamentaux.....</u>	<u>48</u>
Section I :	Une renonciation justifiée.....	48

§I. Un intérêt légitime.....	48
§II. Des moyens adaptés.....	51
A. Des moyens utiles.....	51
B. Des moyens nécessaires.....	53
Section II : Une renonciation proportionnée.....	54
§I. Une renonciation limitée.....	55
A. Une renonciation limitée dans le temps et dans l'espace.....	55
1. Définition du champ d'application temporel.....	55
2. Définition du champ d'application géographique.....	57
B. Une renonciation matériellement limitée.....	57
§II. Une renonciation compensée.....	59
A. Une compensation matérielle : des concessions réciproques.....	59
B. Une compensation financière.....	60
<u>Partie II : Les effets de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux</u>	62
<u>Chapitre I : L'exécution de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux</u>	62
Section I : L'effet abdicatif de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux.....	62
Section II : Les modalités d'exécution de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux.....	64
§I. L'exécution de la renonciation matérialisée par une obligation pure et simple.....	64
§II. L'exécution de la renonciation matérialisée par une obligation conditionnelle.....	66
<u>Chapitre II : L'inexécution de la renonciation contractuelle aux droits fondamentaux</u>	67
Section I : La caractérisation de l'inexécution.....	67
§I. L'inexécution de la renonciation matérialisée par une obligation.....	67
§II. La disparition de la renonciation matérialisée par une condition.....	68
Section II : Les sanctions de l'inexécution.....	68
§I. Les sanctions visant la disparition du contrat : l'action en résolution.....	69
§II. Les sanctions visant le maintien du contrat.....	70
A. L'action en réparation.....	70
B. L'action en exécution forcée.....	71
Conclusion	72

Bibliographie.....V
Table des matières.....XX