

UNIVERSITÉ AIX-MARSEILLE  
ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUE ET POLITIQUE  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE  
ET  
UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL  
FACULTÉ DE DROIT

**LES CONTRATS ET LES DROITS  
FONDAMENTAUX  
PERSPECTIVE FRANCO-QUÉBÉCOISE**

**THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT**

*Présentée par*

**Jérémie TORRES-CEYTE**

**Octobre 2015**

© TORRES-CEYTE, 2015







# RÉSUMÉ

La rencontre entre les contrats et les droits fondamentaux est au centre de très nombreux débats juridiques contemporains : qu'il s'agisse notamment de la place du fait religieux dans la société, de la marchandisation du corps humain, ou encore du respect de la dignité de la personne. Cette rencontre stimule la réflexion de nombreux juristes, le sens de l'étude est de contribuer modestement à celle-ci dans la perspective d'une comparaison entre les droits français et québécois.

On peut alors observer que l'exigence de respect des droits fondamentaux dans les contrats progresse dans les deux systèmes. En premier lieu, parce que nos droits font une place de plus en plus grande aux instruments de protection des droits fondamentaux, leur autorité s'impose en matière contractuelle. Ensuite, il faut remarquer que l'autorité des droits fondamentaux n'épuise pas leurs effets dans ce domaine. Ils rayonnent dans les contrats, car de relecture en réécriture les droits français et québécois des contrats sont de plus en plus imprégnés par l'exigence de respect des droits fondamentaux.

Toutefois, en France et au Québec, à cette progression répond la nécessité de permettre l'inscription sociale des droits fondamentaux. On voit alors que le pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats s'affirme, et que de contrat médical en contrat de travail, il devient incontournable pour permettre leur exercice. Toutefois, la dangerosité inhérente du pouvoir sur les droits fondamentaux justifie une réflexion sur les limites qui peuvent lui être assigné, à la fois en considération du respect de la dignité de la personne, mais également en considération de sa légitimité.

**Mots clés :** contrats, droits fondamentaux, Code civil français, Code civil du Québec, Convention européenne des droits de l'Homme, Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, Charte canadienne des droits et libertés, Charte des droits et libertés de la personne, dignité de la personne humaine.



# ABSTRACT

The meeting of contract law with fundamental rights is at the center of numerous contemporary legal debates, notably with regard to the place of the religious in society, the commodification of the body, or respect for human dignity. This encounter has prodded a reflection from numerous jurists. The aim of this study is to bring a modest contribution to the discussion, through a comparison of French and Québec law.

The exigencies of respect for fundamental rights is evolving in the two legal systems. Because fundamental rights instruments play a larger role in our laws, their authority in contractual matters is becoming ineludible. Indeed, it should be noted that fundamental rights have not reached their full extent in this field. They emerge within contracts, because from revisiting to re-writing, Québec and French contract law are increasingly influenced by the obligation to comply with fundamental rights.

However, this evolution in France and in Quebec is accompanied by a requirement that fundamental rights be allowed social admission. From that point on, we can see power over fundamental rights being asserted within contacts, that power evolving from medical contracts to work contracts towards becoming inescapable for their enforcement. Yet, the danger inherent in such power over fundamental rights calls for serious deliberations on the limits that must be set upon it, both with regard to the dignity of the human person, and in relation to its legitimacy.

**Keyword :** contracts, fundamentals rights, French Civil Code, Civil Code of Québec, European Convention on Human Rights, Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, Canadian Charter of rights and freedoms, Charter Of Human Rights And Freedoms, Dignity of the human Person





*Mes remerciements vont à mon maître à la Faculté de droit,  
Monsieur le Professeur Benoît Moore*

*Qu'il reçoive ici le témoignage de ma plus profonde reconnaissance  
pour son aide, ses conseils, sa patience et sa grande générosité*

*Mes remerciements vont également à mon codirecteur,  
Monsieur le Professeur Hugo Barbier*

*Qu'il reçoive ici l'expression de ma vive gratitude  
pour son soutien et sa bienveillance*



# SOMMAIRE

## PREMIERE PARTIE

### LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LES CONTRATS

#### **TITRE 1 – L'autorité des droits fondamentaux sur les contrats**

Chapitre liminaire – Les instruments de protection des droits fondamentaux

Chapitre 1 – L'autorité relative des droits fondamentaux sur le droit des contrats

Chapitre 2 – L'autorité incertaine des droits fondamentaux dans les contrats

#### **TITRE 2 – Le rayonnement des droits fondamentaux dans les contrats**

Chapitre 1 – La transcendance du respect des droits fondamentaux dans les contrats

Chapitre 2 – La consécration du respect des droits fondamentaux dans le droit des contrats

## SECONDE PARTIE

### LE POUVOIR SUR LES DROITS FONDAMENTAUX DANS LES CONTRATS

#### **TITRE 1 – L'affirmation du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats**

Chapitre 1 – La qualification du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats

Chapitre 2 – L'admission du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats

#### **TITRE 2 – Les limites du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats**

Chapitre 1 – Le respect de la dignité de la personne humaine dans les contrats

Chapitre 2 – L'exigence de légitimité de la contractualisation des droits fondamentaux



# PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>adde</i>	Ajouter
<i>A.F.D.I.</i>	Annuaire Français de Droit International
<i>A.J.D.A.</i>	L'Actualité Juridique - Droit Administratif
<i>A.J.D.I.</i>	L'Actualité Juridique - Droit Immobilier
<i>A.J. fam.</i>	Actualité Juridique Famille
<i>A.J. Pénal</i>	Actualité Juridique Pénal
al.	alinéa
<i>Alta L. Rev.</i>	Alberta Law Review
<i>Am. J. Comp. L.</i>	American Journal of Comparative Law
<i>A.P.D</i>	Archives de Philosophie du Droit
art.	article
<i>B.M.I.S.</i>	Bulletin Joly mensuel d'information des sociétés
<i>B.Q.D.C.</i>	Bulletin québécois de droit constitutionnel
B.R.	Rapports de la Cour du Banc de la Reine (du Roi)
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (I, II, III), commerciale (IV) et sociale (V)
c.	contre
C.A.	Cour d'appel
C.A.Q.	Cour d'appel du Québec
Cass. Ass	Cour de cassation réunie en Assemblée plénière
Cass. civ. 1 <sup>ère</sup> , 2 <sup>ème</sup> , 3 <sup>ème</sup>	Première, Deuxième, Troisième chambre civil de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. mixte	Cour de cassation réunie en Chambre mixte
C.c.B.C.	Code civil du Bas-Canada
<i>C.C.C</i>	Contrats, concurrence, consommation
<i>C.C.E.</i>	Communication, commerce électronique
<i>C.civ.</i>	Code civil
<i>C.c.Q.</i>	Code civil du Québec
<i>C.cr.</i>	Code criminel
<i>C. de D.</i>	Les Cahiers de droit – Université Laval
CEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
ch.	chapitre

chron.	Chronique
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
coll.	collection
concl.	conclusions
conf.	confirmée
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. d'État	Conseil d'État
C.S.	Cour supérieure
C. sant. Pub.	Code de la santé publique
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
D.C.	Décision du Conseil constitutionnel
<i>Deffrénois</i>	Répertoire du notariat Deffrénois
doct.	doctrine
dir.	direction
<i>Dr. Fam.</i>	Droit de la famille (revue)
<i>Dr. et Pat.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. soc.</i>	Droit social (revue)
éd.	édition
<i>E.R.P.L.</i>	European Review of Private Law
FUSL	Faculté de l'Université Saint-Louis
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>G.A. CEDH</i>	Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme
<i>G.A.J.A.</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
<i>G.A.J.C.</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence civile
<i>G.D.C.C.</i>	Les grandes décisions du Conseil constitutionnel
<i>Id.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Infra</i>	ci-dessous
j.	juge
J.O.R.F.	Journal officiel de la République française
<i>J.C.P. A., E., G., N., S.</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique) édition Administration et collectivités territoriales, Entreprise, Générale, Notariale et Sociale
<i>J.D.I.</i>	Journal de droit international (Clunet)
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>L.P.A.</i>	Les Petites Affiches
L.Q.	Loi du Québec
<i>Loy. L. Rev.</i>	Loyola Law Review
L.R.C.	Lois révisées du Canada
L.R.Q.	Lois refondues du Québec

<i>Man. L. J.</i>	Manitoba Law Journal
N.S.	Numéro spécial
<i>Nouveaux Cab. Cons. Const.</i>	Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel
obs.	observations
Ont. C.A.	Ontario Court of appeal
O.R.C.C.	Office de révision du Code civil
p.	page(s)
para.	paragraphe
préf.	préface
P.U.A.M.	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
P.U.L.	Presses de l'Université Laval
P.U.F.	Presses Universitaires de France
QCCQ	Cour du Québec
Q.P.C.	Question Prioritaire de Constitutionnalité
rapp.	rapport
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
<i>R.D.C</i>	Revue des contrats
<i>R.D.L.F.</i>	Revue de droits et libertés fondamentaux
<i>R.D. McGill</i>	Revue de droit de McGill
<i>R.D. Ottawa</i>	Revue de droit d'Ottawa
<i>R.D.P</i>	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
<i>R. du B.</i>	Revue du Barreau (Québec)
<i>R. du B. can.</i>	Revue du Barreau canadien
<i>R.D.S.S.</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>R.D.U.S.</i>	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
<i>Rec. Lebon</i>	Recueil des arrêts du Conseil d'État
<i>Rec. Cons. const.</i>	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
<i>Rép. Civ.</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Rev. Crit.</i>	Revue critique de droit international privé
<i>R.F.D.A.</i>	Revue française de droit administratif
<i>R.F.D.C.</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>R.G.D.</i>	Revue générale de droit
<i>R.G.D.I.P.</i>	Revue générale de droit international public
<i>R.G.D.M.</i>	Revue générale de droit médical
<i>R.I.D.C.</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>R.I.E.J.</i>	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
<i>R.J.P.F.</i>	Revue Juridique Personne et Famille
<i>R.J.Q.</i>	Recueils de jurisprudence du Québec

R.J.T.	Revue juridique Thémis
R.L.C.	Revue Lamy de la concurrence
R.L.D.A.	Revue Lamy droit des affaires
R.L.D.C.	Revue Lamy droit civil
R.S.C.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R.R.J.	Revue de la recherche juridique Droit prospectif
R.R.Q.	Règlements refondus du Québec
R.T.D. <i>civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D. <i>com.</i>	Revue trimestrielle de droit commerciale
R.T.D. <i>eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
R.U.D.H.	Revue universelle des droits de l'homme
ss.	sous
suiv.	suivants
<i>Supra</i>	ci-dessus
t.	tome
T.G.I.	Tribunal de grande instance
trad.	traduit
v <sup>o</sup>	<i>verbo</i>
v.	volume
voir	voir
W.W.R.	Western Weekly Report



*À la mémoire de mon père Michel  
À mes parents Jeanne et Christophe  
À ma compagne Cora-Louise*







# INTRODUCTION

« On ne peut expliquer un paradoxe, non plus qu'un éternuement.  
D'ailleurs, le paradoxe n'est-il pas un éternuement de l'esprit ? »

*Le crépuscule des pensées*, Emil Michel CIORAN

**1. Apories.** Arendt étudiant la question de la définition de la liberté affirmait : « [l]es hommes sont libres [...] aussi longtemps qu'ils agissent, ni avant ni après ; en effet, être libre et agir ne font qu'un. »<sup>1</sup>. L'harmonie<sup>2</sup> constatée par la philosophe entre la liberté et l'action ne semble plus apparaître à l'individu « post-matérialiste »<sup>3</sup> qu'on dit plus soucieux

---

<sup>1</sup> Hanna ARENDT, *La crise de la culture – Huit exercices de pensée politique*, trad. collective de *Between Past and Future*, 1972, coll. « Folio essais », Paris, Gallimard, 1989, à la p. 198.

<sup>2</sup> Voir Charles BEUDANT, *Le droit individuel et l'État – Introduction à l'étude du droit*, Paris, Arthur Rousseau, 1891, à la p. 7 : l'auteur enseigne que « [c]e sentiment d'intérêt collectif, cette idée d'ordre et d'arrangement en vue d'une fin commune, c'est l'origine des sociétés civiles. C'est en même temps la source permanente du droit qui est la règle des sociétés civiles, comme la morale est celle de la société naturelle. L'indépendance restreinte dans les limites que nécessitent les exigences de la vie commune, la raison s'ajoutant à l'instinct pour diriger, forme le juste pratique ; le droit a pour objet de le déterminer et d'en assurer le respect ; on dira de lui quand la notion en aura été scientifiquement analysée, qu'il est « *l'harmonie des libertés* ». » (nos italiques) ; et *Code civil du Québec*, Disposition préliminaire al. 1 : « Le Code civil du Québec régit, *en harmonie* avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. » (nos italiques).

<sup>3</sup> Cf. notamment Ronald INGLEHART, *Modernization and postmodernization - cultural, economic, and political change in 43 societies*, Princeton, Princeton University Press, 1997: l'auteur analyse le passage d'une société moderne à une société post-moderne, ainsi il observe « [a] modern worldview that was once firmly established has gradually given way to Postmodern values that emphasize human autonomy and diversity instead of the hierarchy and conformity that are central to modernity. » (à la p. 27), et révèle « [t]he shift from « materialist » values, emphasizing economic and physical security, to « Postmaterialist » values, emphasizing individual self-expression and quality of life concerns » (à la p. 28) ; *adde* Gilles GAGNE, « Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité », (1992) 33 *C. de D.* 701 ; et Jacques CHEVALIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit et Société », Paris, L.G.D.J., 2008.

de sa dignité que de ses intérêts<sup>4</sup>. De plus en plus d'affaires, ayant pour point commun une confrontation entre les contrats et les droits fondamentaux, en sont le révélateur.

Le droit des contrats est alors mis à l'épreuve dans ses fondements mêmes, puisque sa « mission civilisatrice »<sup>5</sup> est contestée. En effet, que faire lorsque est exposée en pleine lumière la contradiction même dont est porteuse l'idée de contrat<sup>6</sup> ? Par exemple, lorsqu'une personne conteste des règles de copropriété au nom de sa liberté religieuse. Doit-on sacrifier la liberté religieuse ? Ou alors, doit-on sacrifier les règles de la copropriété ? La liberté religieuse, seront tentés de répondre ceux qui sont plus soucieux du respect de la parole donnée que de la protection des droits fondamentaux. Les règles de la copropriété, voudront répondre ceux qui placent la protection des droits fondamentaux au dessus du respect de la parole donnée.

À dire vrai, les deux solutions sont également concevables et respectables ; pourtant, aucune d'elles n'apparaîtra satisfaisantes aux deux parties. Or, l'une est celle du droit français, lorsqu'il est décidé 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 »<sup>7</sup> ; et l'autre est celle du droit québécois, lorsqu'il est conclu que « la déclaration de copropriété [...] porte [...] atteinte à la liberté de religion »<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Voir Christophe JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans Mikhaïl XIFARAS et Gregory LEWKOWICZ (dir.), *Repenser le contrat*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2009, p. 175, à la p. 189 : pour l'auteur la révolution des droits fondamentaux « tourn[e] autour de la conception sociale du droit des contrats » et elle pourrait « aboutir au dépassement de la figure de l'ouvrier [...] individu déterminé par ses intérêts matériels, au profits d'un contractant [post-matérialiste] plus soucieux de faire prévaloir sa dignité. ». (références omises).

<sup>5</sup> Voir Alain SUPIOT, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, coll. « Essais », Paris, Éditions du Seuil, 2005, à la p. 136 et suiv. : selon l'auteur il s'agit de ne pas voir « dans le contrat une abstraction éternelle suspendue dans le ciel platonicien des Idées, mais l'aboutissement indépassable d'un progrès historique arrachant les hommes aux sujétions des statuts pour les faire accéder à la liberté. ».

<sup>6</sup> Voir Jacques GHESTIN, « Avant-propos », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, coll. « Actes », Paris, Dalloz, 2003, p. 1, à la p. 2 : l'auteur remarque que « [l]e contrat, acte volontaire et exercice d'une liberté, est en même temps une aliénation volontaire de liberté. ».

<sup>7</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ.* III, n° 140 : note Charles AMSON et Daniel AMSON, *Gaz. Pal.* 2006.340.12 ; note Christian ATIAS, *D.* 2006.2887 ; obs. Pierre CAPOULADE, *A.J.D.I.* 2007.311 ; note Thierry DUBAELE, *R.L.F.* 2006.355 ; note Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2006.722 ; note Hugues PÉRINET-MARQUET, *J.C.P. N.* 2006.2379 ; obs. Anne-Sophie

Cette double collision, d'une part entre les solutions retenues et d'autre part, entre les contrats et les droits fondamentaux apparaît immédiatement stimulante. En effet, si la confrontation des contrats et des droits fondamentaux semble porteuse, celle des droits français et québécois promet de l'être plus encore. Pourtant, la sagesse commanderait la prudence – et peut-être même une attitude de retrait – face aux défis lancés par ces questions. D'ailleurs, n'a-t-on pas dit qu'il faudrait être téméraire pour entreprendre l'étude de la rencontre des contrats et des droits fondamentaux<sup>9</sup> ? Alors, prévenons immédiatement le lecteur que notre réflexion s'inscrira dans une optique modeste. Nulle prétention à l'exhaustivité – serait-ce d'ailleurs possible ?<sup>10</sup> –, nulle volonté de faire système – serait-ce d'ailleurs envisageable ?<sup>11</sup> –, nul désir d'établir des modèles à importer ou exporter – serait-ce d'ailleurs souhaitable ?<sup>12</sup> –. Mais le simple projet d'explorer les grands mouvements qui animent le sujet en droit français et québécois. Qu'est-ce à dire ? Qu'il s'agit, à travers une

---

RACT et Charles AMSON, *Gaz. Pal.* 2007.159.2 ; obs. Julien RAYNAUD, *A.J.D.I.* 2006.609 ; note Jean-Baptiste SEUBE et Thierry REVET, *Dr. et Pat.* 2007.161.82 ; note Guy VIGNERON, *Loyers et Copropriété* 2006.9.22.

<sup>8</sup> *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, para. 103.

<sup>9</sup> Cf. Mustapha MEKKI, « Lucien Maurin, *Contrat et droits fondamentaux* », *R.T.D. civ.* 2012.404 : pour l'auteur « si à l'analyse du contrat s'adjoint celle des droits fondamentaux, [le] chercheur ne ferait pas seulement preuve de courage mais aussi de témérité ! ».

<sup>10</sup> Voir Adrian POPOVICI, « Le droit civil, avant tout un style... », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Themis, 2003, p. 207, à la p. 219 : l'auteur rapporte « [a]uparavant, j'avais comme principe et méthode de travail, lorsque je faisais une étude sur un sujet particulier, de lire *tout* ce que était publié sur le sujet en question, jurisprudence et doctrine. Aujourd'hui, je suis littéralement envahi par (pour ne pas dire *enfoui sous*) des jugements imprimés à partir de banques électroniques et je ne puis suffire à moi seul pour les collecter, les trier et les lire. Je suis débordé ».

<sup>11</sup> Voir Christophe JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans Mikhail XIFARAS et Gregory LEWKOWICZ (dir.), *Repenser le contrat*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2009, p. 175, à la p. 219 : selon l'auteur « ce que révèle peut-être la fondamentalisation du droit civil, et ce que ne supporte pas les civilistes actuels, c'est que les théories générales inventées un siècle plus tôt par leurs prédécesseurs pourraient ne plus avoir aucune prise ».

<sup>12</sup> Voir notamment Rodolfo SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Économica, 1991, à la p. 8 : pour l'auteur « [d]ans la mesure où la comparaison est une science, son but est (et ne peut pas ne pas être) la connaissance d'un certain nombre de donnée. Le droit comparé étant une branche de la science juridique, les données qu'il recherche appartiennent au droit » ; et Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *R.I.D.C.* 2005.1.7, à la p. 9 : l'auteur explique « [l]orsque le droit comparé moderne naît vers 1860-70, la justification donnée est la poursuite d'un but pratique : comparer pour trouver « la meilleure solution juridique » [...]. Encore aujourd'hui, le reproche d'une vision strictement utilitariste du droit comparé peut être formulé. ».

étude compréhensive (I), de sonder la tension irréductible entre les contrats et les droits fondamentaux en France et au Québec (II).

## *I. Une étude compréhensive*

**2. Une approche non dogmatique<sup>13</sup>.** La recherche entreprise, en sollicitant une discipline qu'on dit subversive<sup>14</sup> – le droit comparé –, voudrait confronter « deux des notions les plus controversées du droit »<sup>15</sup> – le contrat et les droits fondamentaux –. Faut-il alors faire le choix de se rallier à l'une ou l'autre des théories qui émaillent la recherche contemporaine en droit afin de livrer un point de vue qui serait original, partisan, ou militant ? Ce choix – absolument non contestable – ne sera pas le notre. Notre observation s'appuiera sur une méthode de comparaison pragmatique (A.), et des éléments de comparaison pratiques (B.).

### **A. Une méthode de comparaison pragmatique**

**3. « [U]ne discipline étrange »<sup>16</sup>.** Le droit comparé, dont ni l'utilité ni la légitimité n'ont plus à être démontrées<sup>17</sup>, est une discipline riche, et la profondeur des débats

---

<sup>13</sup> Cf. Adrian POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54 *R.D. McGill* 223, à la p. 231 : « *Dogmatisme*. Celui qui est pragmatique n'est pas dogmatique. Cependant, on décèle au sein d'une jeune doctrine juridique québécoise une tendance plutôt bariolée à délaisser le positivisme pour se placer dans la lignée d'autres «ismes», souvent inspirés des sciences sociales : constructivisme, postmodernisme, etc. Cette tendance se manifeste particulièrement dans le choix des sujets et du contenu des thèses de doctorat ».

<sup>14</sup> Cf. notamment George P. FLETCHER, « Comparative law as a Subversive Discipline », (1998) 46 *Am. J. Comp. L.* 683 ; et Horatia MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.* 2000.52.503.

<sup>15</sup> Mustapha MEKKI, « Lucien Maurin, *Contrat et droits fondamentaux* », *R.T.D. civ.* 2012.404.

<sup>16</sup> Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *R.I.D.C.* 2001.53.275, à la p. 275.

<sup>17</sup> Voir notamment René DAVID, « Le droit comparé – Enseignement de culture générale », *R.I.D.C.* 1950.2.682, à la p. 683 : pour l'auteur « [l]e droit comparé est un instrument essentiel de culture générale pour le juriste parce que, sans lui, comme sans l'histoire dont il est le complément et



épistémologiques qui agitent la matière invite à la plus grande humilité dans son approche<sup>18</sup>. On comprend alors qu'il ne saurait être question de revisiter des propositions déjà élaborées et bien établies<sup>19</sup>, mais il faut pourtant divulguer au lecteur notre étroite compréhension de ses enjeux.

Les diverses approches qui cohabitent dans la pratique du droit comparé<sup>20</sup>, ont toutes, par-delà leurs différences essentielles, un socle commun constitué par le désir de connaissance<sup>21</sup>. C'est précisément sur ce fondement que nous tenterons de bâtir notre travail, désir de connaissance de l'autre par la découverte de l'altérité, car c'est bien là le premier intérêt de la comparaison ; mais aussi un désir de connaissance réflexif par la mise à l'épreuve de nos préconceptions<sup>22</sup>, car c'est là un autre mérite indéniable de la

---

l'homologue, il n'est pas possible d'arriver à des conclusions qui dépassent la portée d'un droit particulier, et l'on ne peut s'élever à l'universalité que postule toute véritable science. » ; et Marie-Claire PONTHEOREAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *R.I.D.C.* 2005.1.7, à la p. 8 : selon l'auteure « [a]ujourd'hui, les interrogations sur sa légitimité ne sont plus d'actualité. » ; *adde* René CASSIN, « Droits de l'Homme et méthode comparative », *R.I.D.C.* 1968.20.449, à la p. 453 : « Au point où nous sommes déjà parvenus, le recours à la méthode comparative pour l'étude des Droits de l'Homme, en général comme en particulier, s'impose comme une évidence ».

<sup>18</sup> Cf. notamment Pierre LEGRAND, *Le droit comparé*, 4<sup>ème</sup> éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 2011 ; *adde* Pierre LEGRAND, « Comparer », *R.I.D.C.* 1996.2.279.

<sup>19</sup> Cf. notamment René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, L.G.D.J., 1950 ; Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. 1 « Introduction au droit comparé », Paris, L.G.D.J., 1972 ; Rodolfo SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Économica, 1991 ; Konrad ZWEIGERT et Hein KOTZ, *Introduction to Comparative Law*, trad. de l'allemand par Tony WEIR, Oxford, Clarendon Press, 1998.

<sup>20</sup> Cf. notamment Béatrice JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *R.I.D.C.* 2005.57.29. ; *adde* Christophe JAMIN, « Le vieux rêve de Salleilles et Lambert revisité – À propos du centenaire du congrès international de droit comparé de Paris », *R.I.D.C.* 2000.52.733.

<sup>21</sup> Voir Rodolfo SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Économica, 1991, à la 5 et 8 : l'auteur dans le premier chapitre de son ouvrage démontre que le but de toutes sciences est la connaissance : « La science satisfait le besoin de connaître qui caractérise l'homme ; c'est là son but ; chaque science, spécialement, satisfait le besoin d'acquérir tel ou tel ensemble de notion, qui correspond à l'objet de la science considérée. » ; *adde* Adrian POPOVICI, « Droit comparé et enseignement du droit », (2002) 36 *R.J.T.* 803, à la p. 803 : « Je considère la comparaison (examiner les rapports de ressemblance et de différence) comme une démarche naturelle de l'esprit humain, un moyen de connaissance. ».

<sup>22</sup> Voir notamment René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2002, à la p. 4 : selon les auteurs « [l]e droit comparé dévoile la part de préjugé que comporte [notre] analyse ».

comparaison<sup>23</sup>. Certes, on voit bien que cette démarche est critiquable car elle fait *fi* de l'objectivité – et de la prétendue neutralité – scientifique<sup>24</sup>, mais en tout état de cause elle permet au moins de livrer « une lecture (parmi d'autres) du droit »<sup>25</sup>.

On comprend donc que notre conception du droit comparé est à l'instar de celle développée par M. Popovici : « fondamentalement pragmatique et non dogmatique »<sup>26</sup>. Nous tenterons seulement d'éviter les pièges du « droit comparé décoratif »<sup>27</sup> et celui du « tout-comparer »<sup>28</sup>. Et, pour avancer dans cette voie, nous nous en remettons alors au mouvement instinctif de toute entreprise de droit comparé en retenant « une approche [...] fondée sur les concepts juridiques »<sup>29</sup> – d'autres diraient « des formants »<sup>30</sup> –, et en

---

<sup>23</sup> Voir notamment René CASSIN, « Droits de l'homme et méthode comparative », *R.I.D.C.* 1968.20.449, à la p. 453 : pour l'auteur « [p]armi les différentes utilités reconnues aux recherches de droit comparé, figure d'abord l'avantage d'une meilleure connaissance du droit national, grâce aux réflexions que suscitent les règles en vigueur dans les droits étrangers : le jeu de miroirs permet d'apercevoir certains aspects particuliers d'un objet qu'un regard direct n'a pas permis de découvrir. » ; *adde* Étienne PICARD, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *R.I.D.C.* 1999.4.885, à la p. 897 : selon l'auteur « le droit comparé permet de mieux comprendre non seulement les autres droits, mais bien son propre droit ».

<sup>24</sup> Voir cependant Pierre LANGERON, « La recherche en droit comparé », *R.R.J.* 1996.4.1101, à la p. 1111 : pour l'auteur « le comparatiste observe, analyse et interprète un droit étranger selon sa propre conception du droit : cette approche méthodologique est non seulement naturelle, mais aussi légitime et nécessaire. » ; *adde* plus généralement Hans-Georg GADAMER, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, trad. Pierre FRUCHON de *Wahrheit und Methode*, coll. « L'ordre philosophique », Paris, Seuil, 1976, à la p. 104 : l'auteur démontre que « [q]uiconque veut comprendre un texte a toujours un projet. Dès qu'il se dessine un premier sens dans le texte, l'interprète anticipe un sens pour le tout. À son tour, ce premier sens ne se dessine que parce qu'on lit déjà le texte, guidé par l'attente d'un sens déterminé. C'est dans l'élaboration d'un tel projet anticipant, constamment révisé il est vrai sur la base de ce qui ressort de la pénétration ultérieure dans le sens du texte, que consiste la compréhension de ce qui s'offre à lire. ».

<sup>25</sup> Marie-Claire PONTHEAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *R.I.D.C.* 2005.1.7, à la p. 16.

<sup>26</sup> Adrian POPOVICI, « Droit comparé et enseignement du droit », (2002) 36 *R.J.T.* 803, à la p. 803.

<sup>27</sup> Marie-Claire PONTHEAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *R.I.D.C.* 2005.1.7, à la p. 9 : « Trop souvent, les juristes font de la comparaison comme M. Jourdain... (ce qui est particulièrement vrai pour les thèses de doctorat puisque le droit comparé est désormais en vogue [...]). »

<sup>28</sup> *Id.*, à la p. 9 : « le « tout-comparer » pose un problème de toute autre nature [...]. Si le droit comparé n'est certes plus une étude exotique, ce n'est pourtant pas la panacée : alors qu'il est en passe de devenir argument d'autorité, il ne faudrait pas que les comparatistes oublient de penser les limites de la comparaison juridique. ».

<sup>29</sup> Béatrice JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *R.I.D.C.* 2005.57.29, à la p. 39 : « Partant d'institutions ou de notions, il s'agit de les comparer dans des droits différents.

procédant de manière souple – et parfois non systématique – à la comparaison des droits français et québécois.

## B. Des éléments de comparaison pratiques

**4. Une discussion concrète.** Par delà la tentation d'une quête épistémologique, ou de visées auto-poïétique<sup>31</sup>, l'étude vise à faire dialoguer des éléments ancrés dans le monde vivant. Il s'agit alors de comparer des Droits – les droits français et québécois –, et de confronter des notions – les contrats et les droits fondamentaux –.

**5. Des Droits en partage.** Il a pu être observé que « [b]ien qu'elle ne se produise pas partout avec la même rapidité l'interpénétration progressive du droit civil et des droits de la personne est un point commun à plusieurs juridictions de tradition civiliste »<sup>32</sup>. De toute évidence, les contraintes de la nécessité ne permettent pas d'entreprendre l'étude de la problématique dans tous les droits<sup>33</sup>, alors à titre principal les droits français et québécois

---

Cette approche semble d'une évidence telle qu'elle a peu retenu l'attention des auteurs alors que presque tous l'appliquent. »

<sup>30</sup> Rodolfo SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Économica, 1991, à la 33 : l'auteur introduit la présentation du concept de « formants » en rappelant que « [p]our parler de comparaison, encore faut-il avoir quelque chose – quelque chose de bien défini – à comparer. Si la question est posée est « Que compare-t-on dans le domaine du droit ? », la première réponse, la plus simple, semblerait être « les *normes juridique* des différents systèmes » ».

<sup>31</sup> Cf. notamment Gunther TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, trad. Gaby MAIER et Nathalie BOUCQUEY de *Recht als autopoietisches system*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1993 ; Michel COUTU, « Contrat et auto-référence en droit suivant Gunther Teubner : une “méprise constructive” ? », *R.I.E.J.* 1998.40.14 ; *adde* Louise ROLAND, « Les aberrations chromatiques du système juridique ou tout ce qu'Adrian a toujours voulu savoir sur l'autopoïèse », dans Benoit MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 681.

<sup>32</sup> Mélanie SAMSON, « Droit civil et droits de la personne au Québec et en France : conflit et réconciliation », (2009) 2 *Jurisdoctoria* 99, à la p. 102.

<sup>33</sup> Cf. notamment Pierre BON, « La constitutionnalisation du droit espagnol », *R.F.D.C.* 1991.5.35 ; Thierry DI MANNO, « Code civil et constitution en Italie », dans Michel VERPEAUX (dir.), *Code civil et constitution(s) : Journée d'étude du 25 mars 2004 à l'Assemblée nationale, Paris/Aix-en-Provence*, Économica/P.U.A.M., 2005, p. 99 ; Gwendoline LARDEUX, « Exécution du contrat et droits fondamentaux – Regard comparatiste l'influence des droits fondamentaux sur le droit allemand des contrats » dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 61 ; Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R.

seront sollicités. À dire vrai, la démarche ne saurait surprendre car l'habitude est prise, depuis longtemps, de faire se croiser les regards par dessus l'océan qui les sépare et de visiter les maisons qui les abritent<sup>34</sup>. À ce titre, on s'épuiserait à recenser les travaux d'auteurs originaires du Québec qui scrutent le droit français<sup>35</sup>, et on ne pourrait non plus nier le pouvoir d'attraction du droit québécois sur les auteurs français<sup>36</sup>. En réalité, la comparaison est même naturelle au regard des liens qui unissent nos droits. On citera parmi eux, l'histoire en premier lieu<sup>37</sup>, « l'art du droit civil »<sup>38</sup> ensuite, ou encore le

---

CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 46 et suiv., n° 52 et suiv. : l'auteur étudie la problématique dans les systèmes anglais, italien et allemand ; *adde* Tom BARKHUSYEN et Siewert LINDENBERGH (dir.), *Constitutionalisation of private law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

<sup>34</sup> Voir Adrian POPOVICI, « Repenser le droit civil – Un nouveau défi pour la doctrine québécoise », (1995) 29 *R.J.T.* 545, à la p. 549 : à propos de la recodification l'auteur formule une invitation à l'adresse des juristes étranger, pour lui « la nouvelle maison est loin d'être une cambuse. La maison est neuve et est plus qu'habitable ; il n'y a pas de honte à y inviter des étrangers. » (références omises).

<sup>35</sup> Cf. notamment Pierre-Gabriel JOBIN, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents », *R.I.D.C.* 1992.2.381 ; Benoit MOORE, « L'arrêt de l'assemblée plénière du 6 octobre 2006 : perspective québécoise », *R.D.C.* 2007.618 ; Benoit MOORE, « Libres propos d'un juriste québécois concernant le projet de réforme des contrats », *R.D.C.* 2015.728.

<sup>36</sup> Cf. notamment Remy CABRILLAC, « Le nouveau code civil du Québec », *D.* 1993.267 ; Michel GRIMALDI, « Codes et codification : pour souligner le dixième anniversaire du Code civil du Québec et le bicentenaire du Code Napoléon », (2005) 46 *C. de D.* 11 ; Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois – 9<sup>e</sup> Conférence Albert Mayrand*, Montréal, Éditions Thémis, 2005 ; Philippe BRUN, « Les projets de réforme du droit français des obligations et l'influence du droit québécois », (2009) 88 *R. du B. can.* 455.

<sup>37</sup> Jean PINEAU, « Codes et histoire », (2005) 39 *R.J.T.* 223, à la p. 230 : l'auteur rapporte que « [c]'est seulement en 1859 qu'étaient désignés trois commissaires, le juge Caron, le juge Day et le juge Morin. Ils étaient chargés de « réduire » en un code les lois civiles, même celles qui se rattachaient aux affaires commerciales, de coordonner le droit existant, en suivant le plan général du *Code civil des Français* de même que « la même somme de détails sur chaque sujet ». Il ne s'agissait donc pas d'innover, mais plutôt de clarifier, d'ordonner, de consolider. Toutefois, outre le modèle qui leur était proposé, les commissaires allaient bénéficier du demi-siècle d'application de ce Code et des commentaires qui en avaient été faits. » ; *adde* Benoit MOORE, « Libres propos d'un juriste québécois concernant le projet de réforme des contrats », *R.D.C.* 2015.728 : l'auteur remarque que « [h]éritier du modèle juridique français, le droit québécois fait maintenant figure d'ainé au sein de la famille des codes nouveaux. Il est donc agréable pour un juriste québécois d'intervenir dans le cadre de la réforme du droit des contrats, réforme que nous avons complétée en 1991 lors de l'adoption, en un seul bloc, du Code civil du Québec, lequel remplaçait le Code civil du Bas-Canada de 1866. » (références omises) ; et notamment H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993 ; Marie-Ève ARBOUR, *Fragments de droit québécois et canadien : histoire, mixité, mutations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.

« codicentrisme »<sup>39</sup>, mais surtout peut-être « la passion du droit »<sup>40</sup>. D'ailleurs, aujourd'hui ces liens se renforcent avec l'inscription de nos deux droits dans « le mouvement universel pour la défense des droits de l'homme. »<sup>41</sup>. De sorte que la comparaison qui était naturelle devient également impérieuse.

**6. Des notions en action.** Il s'agira de comparer le contrat et les droits fondamentaux ; or ces notions sont de celles sur lesquelles les plumes s'émeussent. Elles épuisent les juristes – tel *Sisyphé* – dans un travail qu'il faut perpétuellement remettre sur l'ouvrage. Mais, puisque nous voulons – nous aussi – « imaginer Sisyphé heureux »<sup>42</sup>, nous pouvons dévoiler le peu de compréhension que nous avons des objets de la comparaison.

Le constat est connu, le contrat se prête à la comparaison<sup>43</sup> mais pas à la définition<sup>44</sup>. Certes, il stimule la réflexion doctrinale en France<sup>45</sup>, comme au Québec<sup>46</sup>.

---

<sup>38</sup> Jean-Louis BAUDOUIN, « L'art du droit civil », dans *Hommage à Gérard Cornu : droit et sagesse*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2009, p. 19, à la p. 19 et suiv. : selon l'auteur « l'art c'est aussi la recherche de l'esthétisme, de la beauté et il n'existe, à bien y penser, aucune raison valable pour que le droit civil ne puisse pas être beau ! Le droit civil systématique, structuré, organisé, ressemble pour moi plus à une cantate de Jean-Sébastien Bach qu'à une œuvre de Messiaen. Le droit civil logique, rationnel et cohérent s'apparente davantage à un tableau de Rembrandt qu'à une œuvre de Picasso, ou encore plus à une sculpture de Camille Claudel qu'à un Giacometti ! ».

<sup>39</sup> Benoit MOORE, « Le droit civil et ses codes : parcours à travers les Amériques – Rapport de synthèse », dans Jimena ANDINO DORATO, Jean-Frédéric MENARD et Lionel SMITH (dir.), *Le droit civil et ses codes : parcours à travers les Amériques*, Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 187, à la p. 200 : pour l'auteur « [l]e système de droit civil se construit sur et autour de son Code qui en est la pièce maîtresse ; c'est le sens le plus strict du *codicentrisme*. »

<sup>40</sup> Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous le V<sup>ème</sup> République*, coll. « Champs essais », Paris, Flammarion, 1996, à la p. 11 : pour l'auteur « la passion du droit peut se manifester sous des formes différentes. Au pôle supérieur, c'est une passion pour le droit [...]. Au pôle inférieur, la passion ne se défend pas d'être utilitaire : c'est la passion du métier [...]. Entre les deux extrêmes dont chacun a sa grandeur, on aperçoit plus d'une variété. [...] L'amour du droit, comme l'autre, peut mettre la raison en déroute. » ; *adde* Daniel JUTRAS, « Le style en quatre lectures – note de synthèse » dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 221, à la p. 225 : selon l'auteur « [s]i tant est qu'il existe un « amour des lois » le civiliste aime ce qui est sans âge, plutôt que ce qui est ancien et présume que cette préférence singulière est aussi celle du destinataire de la norme. ».

<sup>41</sup> Jacques-Yvan MORIN, « Une Charte des droits de l'homme pour le Québec », (1963) 9 *R.D. McGill* 273, à la p. 316.

<sup>42</sup> Albert CAMUS, *Le mythe de Sisyphé*, dans *Œuvres Complètes*, v. 1, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 2006, p. 303.

<sup>43</sup> Voir Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. 1 « Introduction au droit comparé », Paris, L.G.D.J., 1972, à la p. 73 : pour l'auteur « [i]l y a peu d'institutions juridiques aussi technique et générales que le contrat, inhérent à toute société humaine ».

Pourtant, on peine à saisir sa définition<sup>47</sup>, alors le principal paraît être dans son essence<sup>48</sup>. Quelle est-elle ? En France, selon l'article 1101 du *Code civil*: « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. ». De manière comparable, au Québec, aux termes de l'article 1378 alinéa 1 du *Code civil du Québec*: « Le contrat est un

---

<sup>44</sup> Voir notamment François COLLART DUTILLEUL, « Quel place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2003, p. 225, à la p. 225 : pour l'auteur « il en va du contrat comme de la famille ou du groupement, Ce sont là des concepts qui, comme tels, relèvent de la philosophie et non encore du droit. ».

<sup>45</sup> Voir notamment pour les ouvrages plus anciens Théophile HUC, *Commentaires du Code civil*, Paris, Cotillon, 1892 ; Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8<sup>ème</sup> éd., avec le concours de M. JULIOT DE LA MORANDIERE, Paris, Dalloz, 1934 ; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Les obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., t. 1, Paris, Sirey, 1988 ; René DEMOGUE, *Source des Obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1923 ; et pour les ouvrages plus récents Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Droit civil - Les obligations*, t. 1 « L'acte juridique », 16<sup>ème</sup> éd., coll. « Université », Paris, Sirey, 2014 ; Philippe MALINVAUD et Dominique FENOUILLET, *Droit des obligations*, 12<sup>ème</sup> éd., coll. « Manuel », Paris, LexisNexis, 2012 ; Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 4<sup>ème</sup> éd., coll. « Manuel », Paris, L.G.D.J., 2013 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit civil », Paris, L.G.D.J., 2013 ; François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2013 ; Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1 « Contrat et engagement unilatéral, 3<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2012.

<sup>46</sup> Voir notamment pour les principaux ouvrages Jean PINEAU, Serge GAUDET et Danielle BURMAN, *Théorie des obligations*, 4<sup>ème</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001 (non mis à jour) ; Didier LUELLE et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012 ; Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7<sup>ème</sup> éd., par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VEZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013 ; Frédéric LEVESQUE, *Précis de droit québécois des obligations – Contrat, Responsabilité, Exécution et extinction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014 ; Vincent KARIM, *Obligations*, 4<sup>ème</sup> éd., 2 v., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015 ; et pour certaines contributions Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. *McGill* 903

<sup>47</sup> Voir notamment Christian ATIAS, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », dans Christophe JAMIN (dir.), *Droit et économie des contrats*, coll. « Droit et économie », Paris, L.G.D.J., 2008, p. 3, à la p. 4 : l'auteur met en garde « [s]ous la généralité de la question « Qu'est-ce qu'un contrat ? » peuvent venir au jour des distinctions incertaines. Les circonstances présentes pourraient susciter des hésitations. L'économiste, le juriste, le philosophe, le politique, le sociologue, l'anthropologue n'entendent pas de même façon cette question qui semble élémentaire. »

<sup>48</sup> Voir notamment Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *A.P.D.* 1981.26.35, à la p. 36 : l'auteur précise « ce qui est commun à tous les contrat et seulement à ceux-ci, c'est leur mode de formation, leur procédure » ; et Jacques GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits* 1992.7, à la p. 10 : « ce qui caractérise le contrat c'est une procédure et des effets, c'est la procédure, un accord de volontés, par lequel il est destiné à produire des effets de droit. » ; Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, coll. « Droit privé », Montréal, Éditions Thémis, 1995, à la p. 503 : selon l'auteur « [l']essence d'un contrat découle de la définition du Code, à la lumière de notre tradition juridique ».

accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation. ». Voilà donc une base de comparaison, mais on voit bien que ces définitions n'éclairent que peu la réalité du contrat puisqu'elles se bornent à le décrire. Peut-on s'arrêter à ce constat ? Nous le croyons, car à dire vrai, *du* contrat comme notion il sera peu question – ou alors bien incidemment –, le propos tentera de serrer la réalité positive *des* contrats – et peut-être même, pour être plus précis, du droit des contrats – confrontés aux droits fondamentaux. Cette attitude se justifie en raison de la grande diversité qui préside aux interactions visées<sup>49</sup>. Dans cette perspective, il s'agit surtout d'étudier l'encadrement juridique des différentes opérations contractuelles, l'ensemble des normes qui entourent et composent les contrats<sup>50</sup>.

Comme le contrat, la notion de droits fondamentaux est une notion fuyante. On attribue l'origine de l'expression au droit allemand<sup>51</sup>. On dit la notion « [h]éritière de toute une évolution historique et intellectuelle, aboutissement d'un processus où elle dépasse et complète les étapes et formes précédentes sans nécessairement les annuler »<sup>52</sup>. Mais, quel est

---

<sup>49</sup> Voir Jean-Baptiste SEUBE, « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 43, à la p. 43 : « Nous devons parler des contrats, en général, or le contentieux judiciaire concerne surtout certains contrats, aux premier rang desquels le contrat de bail ou le contrat de travail. Ceci n'est guère étonnant car ces contrats sont ceux dans lesquels la vie intime du contractant foyer de ses droits fondamentaux, peut être la plus facilement malmenée. Malgré ce constat, nombreux sont les auteurs qui considèrent que tout le contentieux contractuel pourrait, à terme, être touché par la vague des droits fondamentaux. Sans prendre parti sur cette question, gardons présent à l'esprit que ce qui vaut pour le bail d'habitation ne vaut pas nécessairement pour le bail commercial, que ce qui vaut pour une personne physique ne vaut pas nécessairement pour une personne morale. » (références omises) ; *adde* Christophe JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans Mikhaïl XIFARAS et Gregory LEWKOWICZ (dir.), *Repenser le contrat*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2009, p. 175, à la p. 177.

<sup>50</sup> *Cf.* notamment Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D. civ.* 1999.771.

<sup>51</sup> Voir Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, et al., *Droit des libertés fondamentales*, coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2012, à la p. 61, n° 69 : les auteurs rapportent « [qu']un premier emploi de l'expression « droits fondamentaux » peut être trouvé dans la Constitution allemande de mars 1849 » ; *adde* Olivier JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *A.J.D.A.* 1998.4.

<sup>52</sup> Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, et al., *Droit des libertés fondamentales*, 6<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2012, à la p. 61, n° 69 ; *adde* Marie-Luce PAVIA, « Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *L.P.A.* 1994.54.6 : l'auteure propose de considérer « le droit des droits fondamentaux de l'homme est le fruit d'un processus historique permettant de rendre compte que ce droit est une création continue et qu'il illustre plus que d'autres, peut-être, la grandeur et la fragilité d'une démocratie vivante, dont l'homme est le fondement. » ; et Jérôme

son sens ?<sup>53</sup> A t'elle même un sens ?<sup>54</sup> Peut-elle avoir un sens ?<sup>55</sup> À dire vrai, à toutes ces questions nous ne tenterons pas d'apporter de réponses, tel n'est pas notre propos. Avec toute la part d'irrésolu que cela comporte, nous nous autoriserons à nous en tenir à une approche très formelle<sup>56</sup>, en retenant « des critères de nature organique »<sup>57</sup> pour cerner la notion. Alors, en France nous considèrerons principalement les droits fondamentaux découlant de la *Constitution de 1958*<sup>58</sup>, et de la *Convention européenne des droits de l'homme*<sup>59</sup> ; au

---

FERRAND et Hugues PETIT (dir.), *L'odyssée des droits de l'homme*, t. 1 « Fondation et naissance des Droits de l'homme », Paris, L'Harmattan, 2003 ; Philippe SEGUR, « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », dans Rémy CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 21<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 7.

<sup>53</sup> Voir notamment Charlotte GIRARD, *Des droits fondamentaux au fondement du droit : réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Préf. E. PICARD, coll. « De Republica », Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, à la p. 373, n° 664 : l'auteure conclue en rapportant que « [c]ette signification est, selon les théories, le fruit de l'interprétation du juge ou du traitement concret que lui réserve l'ensemble des acteurs sociaux, allant des représentant du peuple aux individus non représentés. » ; *adde* Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995.323

<sup>54</sup> Voir notamment Michel VILLEY, « Peut-on parler de droits fondamentaux ? », dans Guy LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux / Ethics and basic rights*, Ottawa, Presses de l'université d'Ottawa, 1989, p. 53, à la p. 53 : l'auteur s'interroge « j'avoue même que m'embarrasse l'expression « droits fondamentaux ». Qu'est ce que ça signifie, au juste, « droits fondamentaux », « basic rights » ? ».

<sup>55</sup> Voir notamment François TERRÉ, « Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle », dans *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone : colloque international, 29 et 30 septembre, 1<sup>er</sup> octobre 1993, Port-Louis*, Montréal, A.U.P.E.L.F et U.R.E.F., 1994, p. 53, à la p. 53 : l'auteur constate que « [c]es droits fondamentaux [...], c'est l'homme qui les constate ou les déclare È en tant que « droit », ils sont les créations de son esprit, les fruits de sa culture. Mais, en même temps, cette culture – résultat de l'action de l'esprit créateur – est nécessairement diverse et diversifiée. ».

<sup>56</sup> Voir Christophe JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans Mikhail XIFARAS et Gregory LEWKOWICZ (dir.), *Repenser le contrat*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2009, p. 175, à la p. 177 : étudiant précisément les contrats et les droits fondamentaux l'auteur précise à propos de ces derniers « [d]e manière simpliste, je m'en tiendrai à quelque chose d'assez formel en les identifiant à un corpus de règles, de décisions et de principes qui sont avant tout fondées sur des textes de valeur supra-législative » ; voir cependant Étienne PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.* 1998.6 : selon l'auteur « la catégorie des droits fondamentaux [...] apparaît même hors normes, puisque aucune n'en a le monopole ni ne la contient ou ne la détermine entièrement. ».

<sup>57</sup> François TERRÉ, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », dans Rémy CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 21<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 1, à la p. 6 : pour l'auteur ces critères « manifest[ent] essentiellement une supériorité de la Constitution ».

<sup>58</sup> *Constitution du 4 octobre 1958*, J.O.R.F. n° 0238 du 5 octobre 1958, p. 9151, ci-après *Constitution*.

<sup>59</sup> *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Rome 4.XI, 1950, ci-après



Québec, ceux qui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>60</sup> et par la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>61</sup>.

C'est donc sur ces quelques bases méthodologiques que nous entreprenons l'étude, d'aucuns pourraient les trouver trop restrictives ou bien vagues, nous les espérons profondément ouvertes et résolument concrètes.

## II. Une tension irréductible

7. **Complexité**<sup>62</sup>. C'est en embrassant la complexité du sujet pour ce qu'elle est – sans chercher à la dissimuler, ni à la réduire, mais non plus en voulant la révéler ou la glorifier –, que l'on tentera de saisir la dynamique des rapports entre les contrats et les droits fondamentaux.

Cette dynamique justement, ne l'a-t-on pas déjà épuisée ? Du point de vue français, on pourrait ne voir en elle que la résurrection de querelles anciennes<sup>63</sup> opposant

---

*Convention européenne.*

<sup>60</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], ci-après *Charte canadienne*.

<sup>61</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, ci-après *Charte québécoise*.

<sup>62</sup> Voir René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du Droit privé – Essai critique pour servir à l'introduction à l'étude des Obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1911, à la p. 195 : pour l'auteur « [e]n présence de cette infinie complexité qui est la loi des faits, il arrive donc fatalement que les théories qui prétendent à une complète simplicité, à une unité rigoureuse, ne voyant qu'une chose, sont appelées à un échec très rapide et s'en iront peupler le cimetière des rêves humains déjà si rempli. » ; *adde* Paul AMSELEK, « La teneur indécise du droit », (1992) 26 *R.J.T.* 1, à la p. 4 et 5 : l'auteur rapporte que « [d]ans ses *Lettres de mon moulin*, Alphonse Daudet raconte qu'en Camargue l'affût est appelé l'espère : « L'espère ! – écrit-il – Quel joli nom pour désigner l'affût, l'attente du chasseur embusqué, et ces heures indécises où tout attend, espère, hésite encore entre le jour et la nuit. L'affût du matin un peu avant le lever du soleil, l'affût du soir au crépuscule ». C'est à ce monde merveilleux à la teneur hésitante et ondoyante que fait penser le monde du droit, encore que je ne sois pas sûr que ceux qui se tiennent à son affût soient toujours à l'espère et ne cède pas parfois plutôt au désespoir ! » (références omises).

<sup>63</sup> Voir Jean RIVERO, « Droit public et droit privé : conquête ou statu quo ? » *D.* 1947.chron.69 : l'auteur propose une synthèse des discussions et amorce une tentative de réconciliation entre les deux positions exprimées.

ceux qui voyaient plier le droit privé sous les exigences d'un droit public conquérant<sup>64</sup>, à ceux qui n'y voyaient qu'un mouvement naturel<sup>65</sup>. On pourrait aussi ne voir en elle que le simple prolongement de discussions plus récentes<sup>66</sup> opposant cette fois ceux qui voulaient voir dans le droit constitutionnel naissant un possible facteur d'évolution du droit privé<sup>67</sup> à ceux qui n'y voyaient qu'un droit embarrassant pour le droit privé<sup>68</sup>. Pire encore, on pourrait penser que des travaux l'ont déjà cernée, en France<sup>69</sup>, au Québec<sup>70</sup>, et même dans la perspective d'une comparaison entre les deux systèmes<sup>71</sup>.

---

<sup>64</sup> Voir René SAVATIER, « Droit privé et droit public », *D.* 1946.chron.25, à la p. 27 : selon l'auteur « les cloisons croulent de toutes parts entre le droit public et le droit privé. Le premier submerge le second en introduisant, dans tous les rapports juridiques qui ne concernaient que des particuliers et où l'État était un tiers, une partie nouvelle, et une partie directrice, qui n'est autre que la collectivité publique. ».

<sup>65</sup> Voir M. FLOUR, « Influence du droit public sur le droit privé », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. 2 « 1946 », p. 39, à la p. 47 : l'auteur ne semble voir dans l'influence du droit public sur le droit privé qu'un « rapport constant » ; et Henri MAZEAUD, « Défense du droit privé », *D.* 1946.chron.17, à la p. 18 : l'auteur remarque que « dans le domaine des contrats, les lois impératives se font de plus en plus nombreuses ; encore ne faut-il rien exagérer et ne pas oublier, d'une part que les relations de travail ne sont pas véritablement contractuelles, car le travail n'est pas une marchandise, d'autre part que toute une partie de la réglementation impérative des contrats des contrats est due à la raréfaction des produits et disparaîtra avec elle. Mais n'allons pas proclamer que le droit public pénètre et asservit le droit privé. ».

<sup>66</sup> Voir Yoichi HIGUCHI, « Une réflexion sur les rapports entre règles civiles et règles constitutionnelles - la "civilisation" de la Constitution et la "constitutionnalisation" du droit civil », dans *De tous horizons - Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 543 : l'auteur observe une nouvelle montée en puissance du droit public au sein du droit privé.

<sup>67</sup> Voir Jean-Yves CHEROT, « Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel, réponse à Christian Atias », *R.F.D.C.* 1991.439, à la p. 445 : l'auteur s'interroge sur la portée de la constitutionnalisation « [s]agit-il d'une orientation du droit civil, d'un contrôle ponctuel sur de rares points communs, d'une influence sur son champs d'application ? Faudra-t-il distinguer, du point de l'influence du droit constitutionnel sur le droit civil, le droit des biens, le droit des obligations et le droit de la famille ? Il faudra aussi préciser les voies par lesquelles le droit constitutionnel interfère avec le droit civil. ».

<sup>68</sup> Voir Christian ATIAS, « La civilisation du droit constitutionnel », *R.F.D.C.* 1991.435 : selon l'auteur « [l]e juge constituant permanent, doit renoncer à l'espoir d'enrichir le droit civil en nourrissant sa jurisprudence de dogmes dont la portée est inversement proportionnelle à l'abstraction. ».

<sup>69</sup> Cf. notamment Jean RIVERO, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », dans *Mélanges René Cassin*, Paris, Pédone, 1971, p. 311 ; Claire LALAUT, « Le contrat et la convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 1999.554 ; Jean FOYER, « Le droit civil dominé », dans *Études offertes à Pierre Catala – Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Paris, Litec, 2001, p. 12 ; Anne DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Préf. L. LEVENEUR, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2002 ; Philippe MALAURIE, « La convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *J.C.P. G.*

Tout cela est sûrement vrai, alors c'est précisément sans prétendre à l'originalité, mais en tentant simplement de contribuer aux débats, que nous proposons d'explorer cette dynamique faite d'éruptions et de jaillissements provoqués par ce que nous croyons être un choc des impérialismes.

**8. Absorber le droit**<sup>72</sup>. La rencontre entre les contrats et les droits fondamentaux paraît être celle de deux impérialismes<sup>73</sup> qui prétendent concurremment à l'hégémonie

---

2002.25.1123 ; Julien RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. GARAUD, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2003 ; Elisabeth ZOLLER, « Le Code civil et la Constitution », dans *1804-2004 Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 975 ; Marie-Élodie ANCEL, « Nouvelles frontières. L'avènement de nouveaux ordre juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », dans Geneviève PIGNARRE (dir.), *Force subversives et créatrices en droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2005, p. 121 ; Sandrine CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel – Contrat et Convention européenne des droits de l'Homme », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 225 ; Christophe JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans Mikhaïl XIFARAS et Gregory LEWKOWICZ (dir.), *Repenser le contrat*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2009, p. 175 ; Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011 ; Ruth DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. SEUBE, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2012 ; Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013.

<sup>70</sup> Cf. notamment Didier LLUELLES et Pierre TRUDEL, « L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux rapports de droit privé », (1984) 18 *R.J.T.* 219 ; Pierre CIOTOLA, « L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation des contrats ? », (1986) 20 *R.J.T.* 169 ; Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357 ; Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire, 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 99 ; Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T.* 287 ; Pierre-Gabriel JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats: toute une aventure », *R.T.D. civ.* 2007.33 ; Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, Thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012 ; H. Patrick GLENN, *16<sup>e</sup> Conférence Albert-Mayrand – Les droits privés*, Montréal, Éditions Thémis, 2013 ; Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans *Collection de droit 2014-2015, École du Barreau du Québec*, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, EYB2014CDD166.

<sup>71</sup> Cf. notamment Christelle LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois en droit civil*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007 ; Mélanie SAMSON, « Droit civil et droits de la personne au Québec et en France : conflit et réconciliation », (2009) 2 *Jurisdoctoria* 99 ; Christophe JAMIN, « Juger et motiver - Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *R.T.D. civ.* 2015.263.

<sup>72</sup> Comp. Henri MAZEAUD, « L'absorption des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile », *D.* 1935.chron.5.

juridique. Ainsi, le Droit dans son entier pourrait se consumer dans les droits fondamentaux, mais il pourrait tout aussi bien se résumer dans la figure contractuelle.

Le premier de ces mouvements révèle en s'opérant le fondamentalisme des droits de l'Homme<sup>74</sup> qui engendre le culte des droits fondamentaux : ils ne sont plus simplement au centre du droit, ils tendent à devenir le centre du droit<sup>75</sup>. Ils ne sont pas contestables pour autant – et ce n'est en aucun cas notre propos<sup>76</sup> –, nul besoin de rappeler qu'ils sont porteurs des aspirations les plus nobles et les plus louables – qui serait contre la liberté ? l'égalité ?<sup>77</sup> –. Mais, baignées des droits fondamentaux qu'elles proclament, il

---

<sup>73</sup> Voir Josette REY-DEBOVE et Alain REY, *Le Grand Robert de la langue française*, Paris, Éditions Le Robert, 2015 (version numérique) : l'impérialisme y est défini au sens figuré comme « tendance à la domination morale, psychique (personnes), intellectuelle (personne, abstraction).

<sup>74</sup> Voir François TERRÉ, « Destinée du Code civil », *J.C.P. G.* 2004.I.193, n° 29 : selon l'auteur « [p]résentement, tout, en droit, est dominé par l'Europe du nord, d'autant plus que cette domination sur l'Europe du sud, celle de la Méditerranée, avec ses structures et ses valeurs, y compris familiales, n'est aucunement contrariée par ces idéologues qu'exécrait Bonaparte et qui donnent aujourd'hui libre cours aux excès de l'individualisme, de l'égoïsme et, pour tout dire, d'un nouveau fondamentalisme : celui de la religion des droits de l'homme. » ; et Alain SUPLOT, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, coll. « Essais », Paris, Éditions du Seuil, 2005, à la p. 286 : selon l'auteur « [l]'interprétation fondamentaliste des droits de l'Homme peut prendre trois visages différents : celui du messianisme, lorsque l'on cherche à en imposer au monde entier une interprétation littérale ; celui du communautarisme, lorsque l'on fait au contraire des droits de l'Homme la marque d'une supériorité de l'Occident et que l'on dénie à d'autres civilisations, au nom du relativisme culturel, la capacité de se les approprier ; et enfin celui du scientisme, lorsque l'interprétation des droits de l'Homme est rapportée aux dogmes de la biologie ou de l'économie, qui seraient les vraies lois intangibles du comportement humain ».

<sup>75</sup> Voir notamment Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2013, à la p. 145, n° 1 : « Actuellement, dans nos sociétés occidentales, ces droits dont chacun dispose tendent à absorber le droit dans son ensemble : la valeur symbolique et sentimentale qui s'attache à leur bénéfice est omniprésente de sorte que, pour une grande partie de l'opinion publique, le droit servirait à garantir les droits de chacun. C'est là une conséquence de l'individualisme contemporain : le droit est majoritairement perçu par les individus au travers du prisme des « droits » qui leur sont attribués ; il s'assimile aux règles qui viennent garantir le bénéfice de ces derniers. Chacun a donc une grande conscience des droits dont il dispose (même si il ne les identifie pas tous) et y attache des revendications importantes en terme de protection. ».

<sup>76</sup> Voir Alain SUPLOT, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, coll. « Essais », Paris, Éditions du Seuil, 2005, à la p. 276 : pour l'auteur « [t]oute réflexion sur le sujet doit commencer par prendre acte de leur nature dogmatique et reconnaître qu'ils sont les articles d'un credo issu des valeurs de la chrétienté occidentale. ».

<sup>77</sup> Voir notamment Pascal PUIG, « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 21, à la p. 24, n° 6 : l'auteur observe « la propagande des bons sentiments, voire de la démagogie, que véhiculent la plupart des discours sur les droits de l'homme. Qui, par exemple voterait contre le principe de dignité de la personne humaine ? Personne ! ».

semble que nos sociétés s'aveuglent. Elles ne paraissent plus voir qu'ils sont éminemment contingents et marqués par nos cultures, ils deviennent ainsi le terreau sur lequel éclosent les intolérances de toutes sortes ; et ils nourrissent à rebours des prétentions, tout aussi ravageuses, au relativisme culturel. Nos sociétés ne paraissent plus comprendre les bases sur lesquelles ils reposent ; les droits fondamentaux deviennent ainsi le support de revendications de droits à l'infini, pour les hommes – le droit d'accès à internet par exemple –, mais aussi pour les animaux, demain peut-être les machines ; et ils contribuent ainsi à leur discrédit<sup>78</sup>. Nos sociétés ne paraissent plus admettre leur incommensurabilité et les droits fondamentaux deviennent donc l'objet s'appréciations douteuses qui de notations en notations laissent à penser qu'ils sont évaluables.

Le deuxième mouvement, celui du contrat, répond au premier en engendrant le contractualisme<sup>79</sup>, qui se traduit par une vénération du contrat : qui n'est plus le centre du droit mais au centre du droit<sup>80</sup>. La personne liée par les contrats qu'elle se choisit entend se

---

<sup>78</sup> Voir Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumière de la question du port des signes religieux à l'école publique : réflexions en forme de points d'interrogation », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2007, p. 241, à la p. 270, n° 52 : l'auteur souligne que « [d]ans cette dynamique de fondamentalisation des droits, plus l'accent sera mis sur une définition subjective des droits individuels, plus les individus titulaires de ces droits seront implicitement confortés dans leurs propensions à durcir leurs positions. ».

<sup>79</sup> Voir Alain SUPLOT, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, coll. « Essais », Paris, Éditions du Seuil, 2005, à la p. 142 : « Le contractualisme, l'idée selon laquelle le lien contractuel serait la forme la plus achevée du lien social et aurait vocation à se substituer partout aux impératifs unilatéraux de la loi, est une composante de l'idéologie économique, qui conçoit la société comme un amas d'individus mus par la seule vertu du calcul d'intérêt. » (références omises) ; Alain SUPLOT, « Ouverture – Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », dans Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, coll. « Droit et Société », Paris, L.G.D.J., 2007, p. 19, à la p. 21 : « Le programme du contractualisme est celui d'une déconstruction progressive du Droit, toute différence et toute limite étant appelée à s'effacer pour laisser le champ libre à l'ajustement mutuel d'individus armés des mêmes droits subjectifs et émancipés de toute règle hétéronome ».

<sup>80</sup> Voir Hugo BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, Préf. J. MESTRE., Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, à la p. 3, n° 4-1 : « Nous appelons la société du XIXe siècle la société du contrat car elle demeure tout entière fondée sur le questionnement de la place du contrat, sa force et ses limites, dans l'ordre social. Le contrat y apparaît comme la représentation dominante des rapports entre les hommes à cette époque. Il est la manière de penser la société tout entière dans ses fondements philosophiques, politiques, économiques, sociaux, et par conséquent, juridiques. ».

délivrer de la contrainte de la vie en société pour n'obéir finalement qu'à elle-même<sup>81</sup>. Il s'agit alors de se dégager de la contrainte de l'État et de toute la contrainte de l'État<sup>82</sup>. Nos sociétés placent le contrat – ou peut-être plutôt une idée de contrat<sup>83</sup> – au cœur de toutes les relations qu'elles soient notamment familiales<sup>84</sup>, professionnelles<sup>85</sup>, ou même avec l'État<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> Voir Alain SUPIOT, « La contractualisation de la société », dans Yves MICHAUD (dir.), *Université de tous les savoirs - Qu'est-ce que l'humain ?*, v. 2, Paris, Odile Jacob, 2000, p. 157, à la p. 166 : l'auteur observe que « la part de lien prescrits regresse au profit des liens consentis, [...] l'hétéronomie recule au profit de l'autonomie » ; et Jean-Guy BELLEY, « Les « obligations ajuridiques » : des oubliés du Code civil ? », dans Vincent CARON, Gabriel-Arnaud BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Thémis, p. 143, à la p. 153 : « Voici des personnes et des organisations qui font appel à la technique du contrat pour servir leurs désir de développement individuel et de performance organisationnelle, dans une logique de prise en main et de gouvernement de soi-même, en se fixant des objectifs qui s'énoncent formellement comme des obligations, mais qui se conçoivent et se vivent en réalité comme des aspirations. La fonction du contrat n'est pas celle d'assujettir un sujet de droit aux règles de formation et d'exécution prévues par le système juridique pour garantir le respect des engagements. Elle consiste plutôt à soutenir une quête d'authenticité et d'affirmation identitaire à travers la poursuite de buts dont la réalisation s'effectuera en principe en dehors des voies institutionnelles du système juridique. ».

<sup>82</sup> Voir Jean-Guy BELLEY, « Sans foi, ni loi : l'indépendance contractuelle », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 203, à la p. 208 : « L'indépendance contractuelle se conserve [...] comme une indépendance de fait revendiquée par des contractants dont la prétention fondamentale est de pouvoir subvenir eux-même aux besoins de leur contrat ou de leur relation contractuelle, sans compter sur les règles et les ressources d'aucun droit étatique des contrats et Jean-Guy BELLEY, « Les « obligations ajuridiques » : des oubliés du Code civil ? », dans Vincent CARON, Gabriel-Arnaud BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Thémis, p. 143, à la p. 150 : « l'autonomie contractuelle mène à concevoir le contrat comme une sorte d'acte de baptême qui confère aux obligations des parties un caractère juridique. En procédant conformément aux conditions de validité posées par le système juridique, les parties veulent et peuvent procurer à leurs engagement un supplément d'âme, une seconde naissance, dans l'univers du droit [...] l'indépendance contractuelle mène [...] à concevoir le contrat des parties comme une sorte de sauf-conduit qui leur permet de soustraire leur entente au droit objectif du système juridique par une stipulation de non-juridicité et/ou de non justiciabilité dont elles entendent qu'elle soit sanctionnée, mais seulement cette stipulation privative, par le système juridique. »

<sup>83</sup> Voir Pascal ANCEL, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques » dans Sandrienne CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, coll. « Institut de Droit des Affaires », Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2007, p. 15, à la p. 18 : pour l'auteur « [a]u delà de l'idée générale qu'elle évoque – la place plus en plus grande faite à la volonté des acteurs dans l'élaboration des règles qui les touchent –, un survol, même superficiel, de quelques-uns des ouvrages et articles consacrés à la « contractualisation » révèle la grande diversité, pour ne pas dire l'hétérogénéité, des phénomènes étudiés. Cette diversité me paraît condamner d'emblée un discours trop général sur les rapports entre contractualisation et contrat. ».

<sup>84</sup> Cf. notamment Dominique FENOUILLET et Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Paris, Economica, 2001 ; Philippe JESTAZ, « Rapport de synthèse », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2003, p. 250 ; Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « La

Mais sous couvert de contractualisation s'impose aussi la domination, et le contrat se transforme en instrument d'exercice du pouvoir<sup>87</sup>.

Ces impérialismes tentent de réduire le droit à n'être qu'une chose unique, ou à n'assurer qu'une seule mission, garantir le respect des droits fondamentaux ou contraindre au respect de la parole donnée. Or, le droit est complexe, il a rarement un but unique et sa force est aussi de concilier les forces contraires<sup>88</sup>.

---

contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation », dans Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, coll. « Droit et Société », Paris, L.G.D.J., 2007, p. 167 ; *adde* Benoit MOORE, « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle », (2009) *R.D. McGill* 257.

<sup>85</sup> Cf. notamment Jean-Emmanuel RAY, « Du tout-État au tout contrat », *Dr. soc.* 2000.574 ; Christophe RADÉ, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001.802 ; Christian BESSY, *La contractualisation de la relation de travail*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 2007.

<sup>86</sup> Cf. notamment Jacques CHEVALIER (dir.), *L'État propulsif : contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1992 ; Maryvonne HECQUARD-THÉRON, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *A.J.D.A.* 1993.451 ; Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le Droit soluble : contributions québécoise à l'étude de l'internormativité*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 1996 ; Jacques AMAR, *De l'usager au consommateur de service public*, Préf. A. GHOZI, coll. « Institut de droit des affaires », Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2001 ; Jean-Pierre GAUDIN, *Gouverner par contrat*, coll. « Gouvernance », Paris, Presses Science Po., 2007 ; Madelaine CANTIN CUMYN, « Le pouvoir juridique », (2007) 52 *R.D. McGill* 215 ; *adde* Laurent RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *A.J.D.A.* 2003.973.

<sup>87</sup> Voir notamment Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Préf. A. LYON-CAEN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004, à la p. 11, n° 14 : l'auteur observe que « [l]e droit des rapports contractuels s'est construit en 1804 sur une fiction, celle de deux contractants libre et égaux. Cette fiction n'a depuis cessé d'être remise en cause, en raison de l'introduction d'un élément antinomique à la logique de contrat : le pouvoir » ; Alain SUPLOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000.131 : l'auteur souligne que en matière de droit du travail « [l]e travail salarié fait place à ce qu'on peut appeler l'autonomie dans la subordination, tandis que réciproquement le travail non salarié s'est ouvert à ce qu'on peut appeler l'allégeance dans l'indépendance » ; *adde* Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Préf. G. CORNU, coll. « Droit civil », Paris, Economica, 1985.

<sup>88</sup> Voir Jean-Louis BAUDOUIN, « Droit et vérité », dans Claude FABIEN et Benoit MOORE (dir.), *Les conférences Albert-Mayrand 1997-2011*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 351, à la p. 357 : l'auteur observe à propos de la vérité « le droit ne poursuit pas comme seul objectif (ni même, à mon avis heureusement comme objectif principal) la recherche de vérité. Le droit a d'autres missions, probablement plus importantes en tant que système organisé d'aménagement et de contrôle de la réalité sociale. Il est en quête de justice, de paix, d'honnêteté, d'harmonie des rapports humains, de stabilité et respecte en ce sens un acteur d'apaisement des tensions qu'au contraire le dévoilement de la vérité est susceptible de créer. ».

**9. Concilier les droits**<sup>89</sup>. Le défi est là, dans la nécessité impérieuse de concilier les droits fondamentaux et les contrats afin que ni les premiers, ni les seconds, ne dérivent vers leurs formes extrêmes. En somme, concilier la nécessaire affirmation du respect des droits fondamentaux dans les contrats avec l'indispensable socialisation qui doit en résulter<sup>90</sup>.

À ce titre, on peut étudier le respect des droits fondamentaux dans les contrats. Quelle est sa force ? Et, pourquoi est-ce qu'il s'impose ? Voilà posées les questions essentielles lorsqu'il s'agit de mesurer l'effet des droits fondamentaux sur les contrats. On ne peut s'en tenir au simple constat de la nécessité pour le justifier, il faut affirmer ses contours et peut-être même dessiner ses limites. Ensuite, seulement on peut étudier le pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats. Il s'agit là aussi de mesurer une force, mais dans une perspective différente. Afin de voir émerger la possibilité d'une coexistence entre les droits fondamentaux et les contrats.

**10. En somme**, et c'est peut-être là le but ultime de l'étude entreprise, il s'agit de rechercher l'équilibre possible dans les oscillations entre le respect des droits fondamentaux dans les contrats (Première partie), et le pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats (Seconde partie).

---

<sup>89</sup> Voir Mireille DELMAS-MARTY, « Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme », dans Claude FABIEN et Benoit MOORE (coord.), *Les conférences Albert-Mayrand 1997-2011*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 147, à la p. 162 : selon l'auteure « [l]e droit des droits de l'homme, au fil d'une jurisprudence d'abord nationale et régionale, puis mondiale, pourrait offrir un instrument pour concilier les valeurs conflictuelles, en affirmant l'indivisibilité de l'ensemble des droits fondamentaux, et pour rééquilibrer les pouvoirs. » ; Muriel FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle – Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008.31 : l'auteure remarque en ouverture que « [l]es conceptions du droit et de sa fonction divisent de plus en plus la doctrine », elle conclut en observant que « [c]ertains continueront sans doute, par un raisonnement implacable, à revendiquer, au nom de leur liberté, le droit de renoncer à cette liberté, d'être mis en esclavage, torturés, mangés, ou encore d'être fous. ».

<sup>90</sup> Voir Christophe JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002.901 : selon l'auteur « le débat à venir n'opposera peut-être pas tant les défenseurs du tout-Etat à ceux du tout-contrat que les tenants du couple Etat-social aux promoteurs d'un possible couple marché-droits de l'homme. ».



# PREMIÈRE PARTIE – LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LES CONTRATS

11. *Parum esset jura condere nisi qui ea tuetur.* Faut-il respecter les droits fondamentaux dans les contrats ? À l'heure où le reniement des droits de l'homme semble être une attitude intolérable<sup>91</sup>, la force de l'évidence suggère une réponse positive. Comment pourrait-il en être autrement d'ailleurs quand la *fondamentalisation*<sup>92</sup> du droit s'impose dans tous les domaines ? Certes, mais à une époque pas si lointaine, la matière contractuelle faisait encore figure d'exception à cet égard. En France, en dépit de l'engouement des plaideurs pour les droits fondamentaux, « le domaine des obligations parrai[ssait] en quelque sorte leur être étranger »<sup>93</sup>. De manière comparable, au Québec, malgré l'avènement des Chartes – la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise* –, la bascule « entre le règne de la liberté contractuelle et celui de la protection des droits et libertés »<sup>94</sup> ne semblait pas se produire. Toutefois, au temps de l'exception de la matière contractuelle à l'égard des droits fondamentaux, semble succéder celui des perturbations : ici on annonce des

---

<sup>91</sup> Voir Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 2005, à la p. 77 : pour l'auteur on ne saurait « prendre le partie moralement inacceptable de renier les droits de l'homme » ; voir cependant Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 2015 : l'auteur ne reprend pas la formule précédente.

<sup>92</sup> Voir notamment Muriel FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 2014, à la p. 70 : pour l'auteure le terme *fondamentalisation* est un « néologisme [...] aujourd'hui fréquemment utilisé par les juristes pour évoquer l'importance croissante des droits et libertés fondamentaux dans l'architecture juridique. ».

<sup>93</sup> Jacques MESTRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », *E.R.P.L.* 1994.2.31, à la p. 32.

<sup>94</sup> Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 358.

bouleversements<sup>95</sup> et là on redoute la « subversion »<sup>96</sup>. La controverse naît de ces inquiétudes<sup>97</sup>, alors que d'aucuns peuvent dénoncer certains de ses méfaits<sup>98</sup>, d'autres peuvent regretter ses insuffisances<sup>99</sup>. De sorte que des éclaircissements apparaissent nécessaires afin de prendre la véritable mesure de l'impératif de respect des droits fondamentaux dans les contrats en France et au Québec.

**12. Un impératif protéiforme.** À quel titre faut-il respecter les droits fondamentaux dans les contrats ? Voilà posée la question centrale dès lors qu'on peine à cerner les contours de la notion même de droits fondamentaux<sup>100</sup>. Or, il appert, en France et au

---

<sup>95</sup> Voir notamment Christophe JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans Mikhaïl XIFARAS et Gregory LEWKOWICZ (dir.), *Repenser le contrat*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2009, p. 175, à la p. 177 : l'auteur affirme que « les droits fondamentaux s'emparent littéralement du droit des contrats et [...] ils s'en emparent d'une manière qui pourrait être à la fois brusque est suffisamment puissant pour le transformer de fond en comble, en transformer la substance et la logique interne, la manière dont il est agencé et la façon dont les juristes raisonnent à son propos. ».

<sup>96</sup> Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », *R.T.D. civ.* 2007.33 : pour l'auteur « [u]ne charte des droits et libertés ne se limite pas à affirmer des valeurs fondamentales, en principe partagées par tous. Elle porte aussi en elle le germe de la subversion – la subversion du droit tel qu'on le pratique. » ; *adde* Adrian POPOVICI, « Le rôle de la Cour suprême en droit civil », (2000) 24 *R.J.T.* 607, à la p. 623 : l'auteur constate « que l'on interprète le Charte québécoise avec ses droits fondamentaux à la lumière et avec les lumière de la Cour suprême, c'est normal. Mais qu'il en résulte, insidieusement, une déformation du droit civil c'est dangereux... ».

<sup>97</sup> Voir notamment Philippe REMY, « Un siècle de revue trimestrielle de droit civil – Cent ans de chroniques », *R.T.D. civ.* 2002.665 : observant la fondamentalisation du droit l'auteur dit qu'il faut « tenter de comprendre ce phénomène, et si possible, le maîtriser - le *civiliser*. » ; et Marie-Élodie ANCEL, « Nouvelles frontières. L'avènement de nouveaux ordre juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », dans Geneviève PIGNARRE (dir.), *Force subversives et créatrices en droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2005, p. 121, n° 5, à la p. 124 et suiv. : l'auteure estime que « l'injection des droits de l'homme dans les rapports interpersonnels est superflue, d'une part [...]. Et elle est néfaste, d'autre part [...]. » (à la p. 127).

<sup>98</sup> Voir notamment Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 141 et suiv., n° 160 et suiv. : l'auteur interroge « la légitimité d'un tel recours au droits fondamentaux dans le contentieux contractuel interne », et « indique [...] que lorsque celle-ci se fait au détriment de la clarté du raisonnement ou de l'équilibre contractuelle, elle doit être contestée ».

<sup>99</sup> Voir notamment Stéphane BERNATCHEZ, « Un tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière de droits de la personne », (2012) 42 *R.D.U.S.* 203, à la p. 208 : l'auteur regrette le « propension tentaculaire de l'approche civiliste, observable tant dans la jurisprudence que dans la doctrine [qui] constitue une menace potentielle à l'originalité de la Charte québécoise. » (références omises).

<sup>100</sup> Voir notamment Michel VILLEY, « Peut-on parler de droits fondamentaux ? », dans Guy

Québec, que les contractants doivent respecter les droits fondamentaux parce que ces derniers dominent les contrats mais aussi – et surtout – parce qu’ils pénètrent les contrats. En ce qu’elle renvoie à un *corpus* de textes, la notion de droits fondamentaux fait avant tout référence à des droits disposant d’une autorité normative supérieure qui justifie la mise en œuvre d’un contrôle de *fondamentalité*. Le droit des contrats – dans une acception large<sup>101</sup> – est soumis à ce type d’évaluation<sup>102</sup>. Ainsi, en France et au Québec, la loi, la jurisprudence et finalement les contrats sont exposés à l’autorité hiérarchique des droits fondamentaux. Mais l’influence des droits fondamentaux ne s’épuise pas l’autorité des textes qui les portent. Elle témoigne également de la prégnance d’une idéologie<sup>103</sup>. Or, il faut observer, avec M. Foyer, que « l’idéologie des droits de l’homme, telle que la jurisprudence l’a traduite en règles juridiques, s’impose en droit civil »<sup>104</sup>. Le respect des droits fondamentaux s’impose au-delà de leur autorité formelle<sup>105</sup>. C’est alors la force axiologique des droits fondamentaux<sup>106</sup> qui

---

LAFRANCE, *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Presses de l’Université d’Ottawa, 1989, p. 53 : l’auteur rapportant des conversations avec un grammairien, un philosophe et un juriste révèle l’extrême ambiguïté de la notion.

<sup>101</sup> Voir Christophe JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans Mikhaïl XIFARAS et Gregory LEWKOWICZ (dir.), *Repenser le contrat*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2009, p. 175, à la p. 175 : selon l’auteur le droit des contrats est à la fois « un ensemble de normes juridiques » et « une manière de les agencer ».

<sup>102</sup> Voir notamment Philippe REMY, « Un siècle de revue trimestrielle de droit civil – Cent ans de chroniques », *R.T.D. civ.* 2002.665 : l’auteur observe qu’il faut aujourd’hui que « que le droit civil se justifie devant des juges, qu’il donne ses raisons, et qu’on les trouve « raisonnables » ou « proportionnées » ».

<sup>103</sup> Voir Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous le Vème République*, coll. « Champs essais », Paris, Flammarion, 1996, à la p. 121 et suiv. : analysant la « pulvérisation du droit en droits subjectifs », l’auteur relève que « [d]eux circonstances avaient créé un climat favorable à cette transformation : dans l’ordre des sciences humaines, la place conquise par la psychologie au dépense de la sociologie [...] et dans le discours idéologique, l’exaltation permanente des droits de l’homme, qu’accompagnait un certain recul des valeurs collectives (le peuple, la démocratie, la république) ».

<sup>104</sup> Jean FOYER, « Le droit civil dominé », dans *Études offertes à Pierre Catala – Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Paris, Litec, 2001, p. 12, à la p. 12.

<sup>105</sup> Voir notamment Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>ème</sup> éd., coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2012, à la p. 95, n° 70-1 : l’auteur observe que « [p]lutôt que de déduire d’une hiérarchie rigide la validité de chaque norme, il vaut mieux tirer cette hiérarchie de l’autorité d’une norme sur l’autre. On atteint ainsi une hiérarchie matérielle des normes au lieu de se contenter d’une hiérarchie simplement formelle » ; Pascal PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D. civ.* 2001.749 : l’auteur analysant la consécration du « principe de constitutionnalité » observe que « [l]’État de droit qui en découle impose donc une hiérarchie des normes non plus seulement formelle et procédurale mais également substantielle » ; *adde* François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des

s'exprime dans les contrats, car en France et au Québec, cette idéologie rayonne leur sein en s'enracinant dans les notions qui leur sont propres.

Ainsi, le respect des droits fondamentaux s'impose en raison de l'autorité des droits fondamentaux *sur* les contrats (Titre I), qui se prolonge par le rayonnement des droits fondamentaux *dans* les contrats (Titre II).

---

facultés universitaires Saint-Louis, 2002 ; et Isabelle HACHEZ, Yves CARTUYVELS, Hugues DUMONT, Philippe GERARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, v. 1 « normes internationales et constitutionnelles » et v. 4 « théorie des sources du droit », Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2012.

<sup>106</sup> Voir notamment David GILLES et Simon LABAYLE, « L'irréductibilité des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique », (2012) 42 *R.D.U.S.* 309, à la p. 312 : les auteurs soulignent que « [l]es valeurs, par le biais du droit, acquièrent donc clairement une présence tangible dans l'ordinaire des sociétés contemporaines. ».

# Titre I – L'autorité des droits fondamentaux sur les contrats

**13. L'effectivité des droits fondamentaux.** L'émergence des droits fondamentaux « traduit, dans le domaine de la protection juridique des libertés, le passage de l'État légal à l'État de droit. »<sup>107</sup>. Elle marque une évolution de la philosophie des droits de l'homme dans le sens de l'effectivité de leur protection<sup>108</sup>. Ainsi, si pendant longtemps, le droit français et le droit canadien, se sont contentés de *proclamer* leur attachement aux droits de l'homme – sous différents qualificatifs – sans les doter d'une portée juridique véritable, ils *consacrent* aujourd'hui leur effectivité juridique à travers des instruments de protection des droits fondamentaux (Chapitre liminaire).

**14. La réalisation de l'autorité des droits fondamentaux en matière contractuelle.** C'est l'ensemble des manifestations de cette autorité qu'il faut dégager pour cerner l'étendue de la « contrainte “paradigmatique” »<sup>109</sup> qui s'impose en matière contractuelle. Une appréhension réaliste de l'autorité des droits fondamentaux permet non seulement de jauger sa force, tant les méthodes qui président à sa mise en œuvre sont multiples, mais également de mesurer ses limites, puisque sous couvert de généralité elle ne produit pas des effets uniformes ni sur le droit des contrats ni dans les contrats<sup>110</sup>. En effet,

---

<sup>107</sup> Olivier DORD, « Droits fondamentaux (Notion de – et théorie des –) », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 332, à la p. 333.

<sup>108</sup> Cf. Éric MILLARD, « Effectivité des droits de l'homme », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 349.

<sup>109</sup> Marie-Élodie ANCEL, « Nouvelles frontières. L'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », dans Geneviève PIGNARRE (dir.), *Force subversives et créatrices en droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2005, p. 124, à la p. 126.

<sup>110</sup> Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 372 : l'auteur observe que le « droit n'est certainement pas aussi protecteur des droits et libertés que

c'est principalement relativement aux contrats marqués par une intervention positive de l'État que l'autorité des droits fondamentaux s'exprime. Pourtant, les droits fondamentaux sont dotés d'une autorité sur les contrats qui peut potentiellement se décliner de manière générale de deux manières différentes.

En premier lieu, l'autorité des droits fondamentaux peut s'exprimer sur le droit des contrats. En effet, le législateur est le premier débiteur de la *fondamentalité* du contrat parce que « [c]onformément à une approche traditionnelle en matière de libertés publiques, les droits de l'homme sont généralement conçus comme des droits invoqués contre l'autorité publique »<sup>111</sup>. L'action du législateur en matière contractuelle est potentiellement soumise à la contrainte du respect des droits fondamentaux. Potentiellement, car ni en France, ni au Québec, le contrôle de *fondamentalité* du droit des contrats n'a engendré de grands bouleversement formels, de sorte qu'il faut constater l'autorité relative des droits fondamentaux sur le droit des contrats (Chapitre I).

En second lieu, l'autorité des droits fondamentaux peut s'exprimer directement dans les contrats, car il faut considérer « la faculté pour un organe juridictionnel de déduire d'une norme supérieure [...] les effets juridiques qui s'appliquent directement à un rapport juridique de droit privé »<sup>112</sup>. Les contrats sont donc parfois exposés à la préséance du respect des droits fondamentaux. Du manque de constance observé dans l'attitude des juges en France, comme au Québec, à cet égard résulte une autorité incertaine des droits fondamentaux dans les contrats (Chapitre II).

---

plusieurs l'espéraient au lendemain de l'adoption de la Charte. » ; et Jean-Baptiste SEUBE, « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 43, à la p. 43 : pour l'auteur il faut garder « présent à l'esprit que ce qui vaut pour le bail d'habitation ne vaut pas nécessairement pour le bail commercial, que ce qui vaut pour une personne physique ne vaut pas nécessairement pour une personne morale. » (références omises).

<sup>111</sup> Dean SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Préf. P. LAMBERT, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1995, à la p. 17.

<sup>112</sup> François RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles / Paris, Bruylant / L.G.D.J., 1990, à la p. 685, n° 610.

## Chapitre liminaire – Les instruments de protection des droits fondamentaux

**15. Quelle est la force juridique des droits fondamentaux ?** L'affirmation de l'autorité des droits fondamentaux peut sembler triviale. D'ailleurs, la solennité des déclarations qui les consacrent nourrit un sentiment d'évidence.

Pourtant – faut-il le rappeler ? –, certaines déclarations de droits de l'homme, comme la *Déclaration universelle des droits de l'homme* pour ne citer que la plus emblématique, n'ont d'autre valeur que politique<sup>113</sup>. Comme l'affirme M. Sudre, elles « ne signifient rigoureusement rien du point de vue des obligations juridiques, susceptibles d'être sanctionnées. »<sup>114</sup>.

Les droits français et canadiens se distinguent à cet égard ; en leurs seins, les droits fondamentaux ne sont plus de simples adjuvants à une bonne conscience idéologique, ils s'inscrivent résolument dans le champ de l'effectivité juridique. Plus précisément, ils sont enchâssés dans des instruments de protection des droits fondamentaux ayant un caractère directement normatif. Il convient donc de présenter brièvement et succinctement ces instruments, d'une part ceux qui sont applicables en France (Section I), et d'autre part ceux qui sont applicables au Québec (Section II).

---

<sup>113</sup> Voir notamment François TERRE, *Introduction au droit*, 10<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2015, à la p. 222, n° 277 : l'auteur rappelle que « [s]i importante soit-elle, l'on admet que la Déclaration universelle des droits de l'homme, ne constituant qu'une recommandation, ne crée pas d'obligation à la charge des États et ne peut être considérée, au sens habituel de ce mot, comme une source de droit. ».

<sup>114</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 52, n° 30.

## Section I – Les instruments de protection des droits fondamentaux applicables en France

### 16. La patrie des droits de l'homme a-t-elle besoin des droits fondamentaux ?

Le questionnement naît moins de l'admission de la réalité du poncif que de l'observation de la réception des droits fondamentaux dans l'ordre juridique français. En effet, l'adoption dans l'euphorie de la Révolution, par l'Assemblée nationale constituante, de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* le 26 août 1789, ne doit pas masquer que, en France, « [d]ans la pratique, les proclamations des droits n'ont pas eu une grande portée tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle »<sup>115</sup>. De manière paradoxale, la majesté de ce texte fondateur a sûrement retardé l'entrée de la France dans le grand mouvement international de protection des droits fondamentaux. En effet, il a fallu attendre d'une part l'audace du juge constitutionnel pour faire émerger les droits fondamentaux constitutionnels (§ I), et d'autre part, des pressions multiples<sup>116</sup> pour engager la France dans le mécanisme de protection des droits fondamentaux conventionnels (§ II).

### § I – *Les instruments de protection des droits fondamentaux constitutionnels*

17. Une « démarche volontariste du Conseil constitutionnel »<sup>117</sup>. Si l'on parcourt les travaux consacrés à la rédaction de la *Constitution* de 1958, on peut douter de

---

<sup>115</sup> Philippe SEGUR, « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », dans Rémy CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 21<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 7, à la p. 20, n° 55.

<sup>116</sup> Cf. Alain PELLET, « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.P.* 1974.1319, à la p. 1342 et suiv.

<sup>117</sup> Jean GICQUEL, « L'applicabilité directe de la norme constitutionnelle », dans Mireille DELMAS-MARTY et Claude LUCAS DE LEYSSAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2<sup>ème</sup> éd., coll. Essais, Paris, Seuil, 2002, p. 291, à la p. 292.



l'existence d'une réelle volonté d'instituer une protection effective des droits fondamentaux constitutionnels<sup>118</sup>. D'ailleurs, la lecture du texte constitutionnel confirme l'intuition, puisque tout au plus, le *Préambule* rappelle que :

« Le peuple français *proclame solennellement son attachement* aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. » (nos italiques).

En conséquence, on comprend que l'appartenance de textes consacrant la protection des droits fondamentaux à la *Constitution* – comprise dans son sens normatif – n'est pas apparu immédiatement comme une évidence<sup>119</sup>. Il a fallu attendre que le juge constitutionnel s'empare du *Préambule* pour que l'on cesse de voir dans la Constitution « un recueil de vagues recettes politiques sans effets juridiques »<sup>120</sup>. Il l'a fait une première fois en 1970, certes de manière discrète, en prononçant une décision au visa de « la Constitution et notamment son préambule »<sup>121</sup>, sans toutefois qu'une telle référence entraîne une censure. De manière plus significative, cette orientation devait être confirmée dès 1971, dans la fameuse décision dite « liberté d'association », qui voit le Conseil constitutionnel exercer

---

<sup>118</sup> Voir COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE REPUBLIQUE, *Documents pour servir à L'HISTOIRE DE L'ELABORATION DE LA CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958*, vol. 2 « Le comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958 », Paris, La Documentation française, 1988 : selon M. JANOT (*Commissaire du gouvernement*) « ni la Déclaration ni le préambule n'ont dans la jurisprudence actuelle, valeur constitutionnelle. Leur donner valeur constitutionnelle aujourd'hui, au moment où on crée un Conseil constitutionnel, c'est allé au-devant de difficultés considérables, et c'est s'orienter dans une très large mesure vers ce Gouvernement des juges, que beaucoup d'entre vous croyaient redoutables. » (à la p. 256).

<sup>119</sup> Voir Jean RIVERO, note ss. Cons. const. 16 juil. 1971 n° 71-44 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 29, *A.J.D.A.* 1971.II.537 : l'auteur remarque que « [d]epuis la Déclaration des droits de l'homme, la loi expression de la volonté générale, a occupé en France, sinon en théorie, du moins dans la réalité, le sommet de la pyramide des normes juridiques. En théorie, la Constitution demeure la règle suprême, et la loi doit se conformer à elle. Mais les facteurs les plus variés ont concouru à reléguer ce principe au rang des abstractions. ».

<sup>120</sup> Louis FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », dans *L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25, à la p. 35.

<sup>121</sup> Cons. const. 19 juin 1970 n° 70-39 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 15.

cette fois une censure sur une loi au visa du *Préambule*<sup>122</sup>. Enfin, en 1973, le Conseil constitutionnel s'autorise une référence explicite au contenu du *Préambule*, puisqu'il vise, dans le corps même de la décision, le « principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution »<sup>123</sup>. Ces décisions ont fait apparaître ce qu'il est convenu aujourd'hui d'appeler le « bloc de constitutionnalité »<sup>124</sup>, c'est à dire un véritable *corpus* de libertés et droits fondamentaux constitutionnels.

## *§ II – Les instruments de protection des droits fondamentaux internationaux*

**18. L'internationalisation des droits fondamentaux.** Au niveau international l'inflation normative est patente en matière de protection des droits fondamentaux<sup>125</sup>. En

---

<sup>122</sup> Voir Cons. const., 16 juil. 1971 n° 71-44 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 29, *G.D.C.C.* n° 27 : « Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ».

<sup>123</sup> Cons. const., 27 décembre 1973 n° 73-51 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 25, *G.D.C.C.* n° 42 : « Considérant, toutefois, que la dernière disposition de l'alinéa ajouté à l'article 180 du code général des impôts par l'article 62 de la loi de finances pour 1974, tend à instituer une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision de taxation d'office de l'administration les concernant ; qu'ainsi ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution ».

<sup>124</sup> Louis FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité », dans *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 33, à la p. 34 : l'auteur révèle l'existence d'un « véritable bloc de constitutionnalité révélateur d'une conception extensive de la [constitution]. ».

<sup>125</sup> Cf. notamment Jean-François FLAUSS, « Rapport général – La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », dans SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international – Colloque de Strasbourg*, Paris, Pédone, 1998, p. 11.

France, dans ce cadre, deux sources se distinguent nettement : le droit communautaire et la *Convention européenne*.

**19. Les droits fondamentaux communautaires.** Le droit communautaire prend sa source dans la *Communauté économique européenne*, devenue l'*Union européenne*. Ici, la protection des droits fondamentaux, si elle n'est pas ignorée, n'entre pas dans la mission première des institutions qui, il faut bien le dire, ont toujours eu des visées essentiellement économiques<sup>126</sup>. Ce n'est que progressivement que la protection des droits fondamentaux s'est inscrite dans le champ de ce droit, d'abord à travers la jurisprudence audacieuse des juridictions communautaires<sup>127</sup>, et ensuite au sein même des traités. Ainsi, aujourd'hui, l'article 6 (3) du *Traité sur l'Union européenne* rappelle que « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Pourtant, l'apport du droit communautaire à la protection des droits fondamentaux reste essentiellement marginal<sup>128</sup>. Il est une promesse du futur plus qu'une réalité du présent<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Voir notamment Joël RIDEAU, *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, Recueil des cours de l'Académie internationale du droit de La Haye, t. 265, 1997, à la p. 29 : l'auteur souligne que « [l]a dimension de la protection des droits de l'homme faisait [...] largement défaut, malgré des dispositions limitées figurant dans le traité CEE relatives à l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité (art. 7, actuellement 6, 48 ss. CE) et sur le sexe (art. 119 CE). Le caractère économique de la construction communautaire avait conduit à ne pas reconnaître que des libertés de nature économique comme les libertés de circulation des marchandises, des capitaux, des personnes et la libre prestation de services. Les droits reconnus étaient liés aux objectifs généraux et aux compétences communautaires plus qu'à un souci de la protection de droits individuels. » ; *adde* Manfred A. DAUSE, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *R.T.D. eur.* 1984.401 ; Frédéric SUDRE et Henry LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Bruylant, 2000 ; Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme : contentieux européen*, 4<sup>ème</sup> éd., coll. « Manuels », Paris, L.G.D.J., 2010, à la p. 19, n° 9 : l'auteur classe l'Union européenne parmi les textes « complémentaires » du droit européen des droits de l'homme ; *contra* notamment Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTHIAN *al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 6<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2012, à la p. 557 et suiv.

<sup>127</sup> Voir notamment Jean-Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8<sup>ème</sup> éd., coll. « cours », Paris, Dalloz, 2015, à la p. 60 et suiv., n° 87 et suiv. : l'auteur retrace l'évolution de la jurisprudence des juridictions communautaires partant de refus de protection des droits fondamentaux et allant vers la reconnaissance d'un statut constitutionnel aux droits fondamentaux.

<sup>128</sup> Voir Valérie MICHEL, *Rép.dr.européen* Dalloz, v° *Droits de l'homme*, n° 1 : pour l'auteure « en dépit de la référence aux droits de l'homme à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne inséré par le Traité de Maastricht, la réflexion perdure et révèle l'impossible équation des droits de l'homme et de

**20. La Convention européenne.** Cet instrument s'impose comme la source principale de la protection des droits fondamentaux au niveau européen qui est son objectif premier et unique<sup>130</sup>. Née de la volonté de garantir des droits fondamentaux en réaction aux atrocités commises durant la seconde guerre mondiale, la *Convention européenne* a été adoptée en 1950 dans le cadre du Conseil de l'Europe. Ce n'est qu'en 1973 que la France a accepté – à reculons<sup>131</sup> – de la ratifier et donc de l'intégrer dans l'ordre juridique national<sup>132</sup> par le jeu de l'article 55 de la *Constitution* aux termes duquel « Les traités ou accords régulièrement

---

la sécurité intérieure de l'Union européenne » ; et Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 93, n° 101 : l'auteur souligne que « [l]a jurisprudence de la Cour de justice met en exergue bon nombre de conflits de droits fondamentaux ayant une incidence sur les contentieux contractuels privés. Cette affirmation suppose une certaine vision du contrat, entendu comme « vêtement juridique » d'une opération essentiellement économique. » (références omises).

<sup>129</sup> Voir Hélène GAUDIN, « Droits fondamentaux communautaire (hors Charte) », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 336, à la p. 341 : l'auteur s'interroge « [l]es droits fondamentaux et la personne humaine, nouveaux objectifs de l'Union européenne et de son droit ? Leur dynamique ne peut alors qu'aller dans le sens de la transformation de celui-ci et de celle-là. » ; et Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 143 et suiv, n° 97 et suiv. : l'auteur affirme que « [d]u silence initial du traité de Rome à l'adoption d'une charte « communautaire » des droits fondamentaux en décembre 2000, s'ébauche un système communautaire de protection des droits fondamentaux, qui reste encore très imparfait dès lors que fait défaut une voie de recours spéciale offerte aux individus pour garantir leurs droits. »

<sup>130</sup> Voir notamment Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 135 et suiv, n° 94 et suiv. : l'auteur observe que « [l]a protection des droits de l'homme en Europe a longtemps été l'apanage du Conseil de l'Europe avant que l'Union européenne s'engage à son tour dans la voie de la reconnaissance formelle des droits fondamentaux. Malgré cette dualité, la proclamation européenne trouve son unité substantielle dans la Convention européenne des droits de l'homme qui, instrument de référence tout à la fois du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, apparaît comme le véritable pivot de la protection européenne des droits de l'homme. »

<sup>131</sup> Voir Alain PELLET, « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.P.* 1974.1319, à la p. 1321 : l'auteur rapporte que « [l]'exposé des motifs du projet de loi relatif à la ratification précise lui-même que le gouvernement « ne pense pas que cet engagement soit indispensable pour assurer aux citoyens les libertés que leur garantissent nos lois ». »

<sup>132</sup> Voir notamment Gérard COHEN-JONATHAN, « La place de la CEDH dans l'ordre juridique français », dans Frédéric SUDRE (dir.), *Le Droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992 : actes du colloque de Montpellier, février 1993*, Kehl, N.P. Engel, 1994, p. 1, à la p. 2 : pour l'auteur « [l]'incidence de la Convention en France provient principalement de ce que ses dispositions y sont directement applicables et priment sur les lois nationales. » ; *adde* Bernard BEIGNIER et Stéphane MOUTON, « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *D.* 2001.1636.

ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.». En conséquence, régulièrement incorporée l'autorité de la *Convention européenne* doit s'imposer en droit français.

\* \* \*

**21. Conclusion de la Section I.** À la question de savoir si les droits fondamentaux sont des véritables droits, pendant longtemps, le juriste français pouvait répondre par la négative. Tel n'est plus le cas aujourd'hui dès lors que le juge constitutionnel a découvert des droits fondamentaux constitutionnels et que le législateur a accepté de soumettre le droit français à la *Convention européenne*.

\* \*

\*

## Section 2 – Les instruments de protection des droits fondamentaux applicables au Québec

**22. Une volonté politique.** Au Canada, la nécessité d'inscrire la protection des droits fondamentaux dans le champ juridique n'est pas apparue immédiatement. Ainsi, la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>133</sup> ne contenait aucun énoncé formel de droits fondamentaux. Cette situation, qui résultait de l'héritage constitutionnel britannique<sup>134</sup>, n'empêchait pas certains juges de considérer le *Préambule* de cette loi comme « une déclaration implicite des droits »<sup>135</sup>, mais elle ne permettait pas une protection constante des droits fondamentaux. Cette situation devait prendre fin, au tournant des années 1960, lorsqu'un mouvement s'est

---

<sup>133</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U).

<sup>134</sup> Voir notamment Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada – 2014 Student Edition*, Toronto, Carswell, n° 34-2 : l'auteur explique que « [t]he English common law, which was inherited by the colonies of British North America, includes many rules that are protective of civil liberties, but it does not provide any positive guarantees of their continued recognition. ».

<sup>135</sup> Voir notamment *Avis sur la législation albertaine*, [1938] R.C.S. 100, à la p. 133 : « The preamble of the statute, moreover, shows plainly enough that the constitution of the Dominion is to be similar in principle to that of the United Kingdom. The statute contemplates a parliament working under the influence of public opinion and public discussion. There can be no controversy that such institutions derive their efficacy from the free public discussion of affairs, from criticism and answer and counter-criticism, from attack upon policy and administration and defence and counter-attack; from the freest and fullest analysis and examination from every point of view of political proposals » ; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306 : « Indicated by the opening words of the preamble in the Act of 1867, reciting the desire of the four Provinces to be united in a federal union with a constitution "similar in principle to that of the United Kingdom", the political theory which the Act embodies is that of parliamentary government, with all its social implications, and the provisions of the statute elaborate that principle in the institutional apparatus which they create or contemplate. Whatever the deficiencies in its workings, Canadian government is in substance the will of the majority expressed directly or indirectly through popular assemblies. This means ultimately government by the free public opinion of an open society, the effectiveness of which, as events have not infrequently demonstrated, is undoubted. » ; *Dupond c. Ville de Montréal et autres*, [1978] 2 R.C.S. 770, à la p. 796 : estimant que les dispositions d'une ordonnance « contredisent les libertés fondamentales d'expression, de réunion et d'association, la liberté de la presse et la liberté de religion, héritées du Royaume-Uni et incluses dans la Constitution par le préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867 » ; *SEFPO c. Ontario (procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, para. 152 : « indépendamment des considérations fondées sur la *Charte* les corps législatifs dans notre pays doivent se conformer à ces impératifs structurels fondamentaux et qu'ils ne doivent en aucun cas y passer outre » ; adde Gerald A. BEAUDOUIN, « La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux », (1975) 53 R. du B. can. 675.

engagé en faveur de l'inscription constitutionnelle des droits fondamentaux. Ainsi, un nouveau pan du droit positif a vu le jour avec le droit des Chartes. En son sein il faut opérer une distinction entre les lois « quasi-constitutionnelles » (§ I) et la *Charte canadienne des droits de la personne* (§ II).

## § I – Les lois « quasi-constitutionnelles »

**23.** « [U]ne autorité de nature constitutionnelle »<sup>136</sup>. S'autorisant du constat de la nécessité d'apporter une plus grande effectivité dans la protection des droits fondamentaux, le législateur fédéral et le législateur provincial ont entrepris d'adopter des lois les protégeant. Afin de consacrer l'importance de ces documents, les juges ont bâti un statut à leur mesure qualifié de « quasi constitutionnel »<sup>137</sup> visant à leur effectivité concrète. Ce statut s'applique d'une part aux lois fédérales sur les droits de la personne (A.) et d'autre part à la Charte québécoise (B.).

### A. Les lois fédérales sur les droits de la personne

**24.** **Des instruments désuets.** *Déclaration canadienne des droits*<sup>138</sup> et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>139</sup> sont deux lois qui ont été adoptées par le parlement fédéral, avant l'adoption de la *Charte canadienne*, dans le but de concrétiser la protection des droits

---

<sup>136</sup> Henry BRUN, Guy TREMBLAY, Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° XII-1.36.

<sup>137</sup> Voir *Hogan c. R.*, [1975] 2 R.C.S. 574, à la p. 597 : « La *Déclaration canadienne des droits* est à mi-chemin entre un système fondé uniquement sur la *Common Law* et un système constitutionnel ; on peut à juste titre la décrire comme un document quasi constitutionnel. » ; *Winnipeg School Division n° 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, para. 4 : « une loi sur les droits de la personne est une loi d'application générale d'intérêt public et fondamentale » ; *adde* François CHEVRETTE, « Quasi-constitutionnalité ascendante et quasi-constitutionnalité descendante : Réflexions sur deux « inventions » juridique canadiennes », dans Brigitte LEFEBVRE (dir.), *Mélanges Roger Comtois*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 165.

<sup>138</sup> *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44.

<sup>139</sup> *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1977-78, c. 33.

fondamentaux à une époque où aucune autre solution juridiquement opératoire ne semblait s'offrir au législateur fédéral<sup>140</sup>. La première – la *Déclaration canadienne des droits* – se veut un effort d'uniformisation de la protection des droits fondamentaux dans la loi, puisqu'elle impose au parlement fédéral et au gouvernement fédéral de les respecter dans leurs champs de compétence<sup>141</sup>. La seconde – la *Loi canadienne sur les droits de la personne* – vise plus spécifiquement à éradiquer la discrimination dans le cadre des activités qui relèvent de la compétence du fédéral<sup>142</sup>. Bien qu'elles soient toujours en vigueur ces lois ont largement perdu de leur intérêt avec l'adoption de la *Charte canadienne*<sup>143</sup>, même si le juge peut encore être amené à affirmer leur autorité<sup>144</sup>.

## B. La *Charte québécoise*

**25.** « Un document unique »<sup>145</sup>. Adoptée par le législateur québécois en 1975, la *Charte québécoise* concrétise une réflexion juridique amorcée dans les années 1960 autour de la protection des droits fondamentaux au Québec<sup>146</sup>. Inspirée des travaux de l'Office de

---

<sup>140</sup> Voir Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada – 2014 Student Edition*, Toronto, Carswell, n° 35-1 : l'auteur souligne que « the government was reluctant to resort to the anachronistic procedure for amending the Constitution, and was convinced that the provinces would not agree to the adoption of a bill of rights which was applicable to them. » (références omises).

<sup>141</sup> Cf. notamment Bernard GRENIER, *La déclaration canadienne des droits. Une loi bien ordinaire ?*, coll. « Bibliothèque juridique », Québec, P.U.L., 1979.

<sup>142</sup> Cf. notamment Denis LEMIEUX, Andrée LACHAPPELLE et Suzanne LEVESQUE, « La « loi canadienne sur les droits de la personne » : une Charte méconnue », (1982) 23 *C. de D.* 277.

<sup>143</sup> Voir Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada – 2014 Student Edition*, Toronto, Carswell, n° 35-1 : l'auteur estime que « the Canadian Bill of Rights lost most of its importance in 1982, with the adoption of the Charter of Rights. ».

<sup>144</sup> Voir notamment *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 224 : la Cour suprême affirme que « la *Déclaration canadienne des droits* conserve toute sa force et son effet, de même que les diverses chartes des droits provinciales. Comme ces instruments constitutionnels ou quasi constitutionnels ont été rédigés de diverses façons, ils sont susceptibles de produire des effets cumulatifs assurant une meilleure protection des droits et des libertés. Ce résultat bénéfique sera perdu si ces instruments tombent en désuétude. ».

<sup>145</sup> André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1.

<sup>146</sup> Voir Jacques-Yvan MORIN, « Une Charte des droits de l'homme pour le Québec », (1963) 9 *R.D. McGill* 273, à la p. 274 : l'auteur plaide pour l'adoption au Québec d'une Charte des droits et libertés



révision du Code civil<sup>147</sup> elle consacre un ensemble de droits de différentes natures qui peuvent se retrouver également dans la *Charte canadienne*. Son effectivité juridique ne fait aucun doute en droit québécois, d'une part en vertu de son article 52 :

« Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte. »

Et d'autre part, en vertu de son article 49 :

« Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs. ».

Bien qu'elle soit une simple loi adoptée par le parlement du Québec, la Cour suprême a consacré explicitement son statut quasi-constitutionnel à plusieurs reprises<sup>148</sup>.

---

de la personne, selon lui « le Québec ne peut rester à l'écart de cette évolution car les problèmes du collectivisme et de la protection des droits de la personnes, tels qu'ils surgissent ici, ne sont pas foncièrement différents de ceux qui se posent dans tous les pays. ».

<sup>147</sup> Cf. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport du Comité des droits civils*, Montréal, 1966 ; et Franck R. SCOTT et Paul-André CRÉPEAU, *Rapport sur un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne/ Report on a Draft Bill concerning Human Rights and Freedom*, 25 juillet 1971.

<sup>148</sup> Voir notamment *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, para. 42 (j. L'Heureux-Dubé) : « La *Charte* n'est pas une loi ordinaire mise en vigueur par le législateur québécois au même titre que n'importe quel autre texte législatif. Il s'agit plutôt d'une loi bénéficiant d'un statut spécial, d'une loi fondamentale, d'ordre public, quasi constitutionnelle, qui commande une interprétation large et libérale de manière à réaliser les objets généraux qu'elle sous-tend de même que les buts spécifiques de ses dispositions particulières. » ; para. 116 (j.) Gonthier : « Adoptée en 1975, la *Charte*, au même titre que les lois des autres provinces qui lui font pendant, jouit d'un statut particulier, de nature quasi constitutionnelle. » ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, para. 27 (j. L'Heureux-Dubé) : « la législation en matière de droits de la personne a un caractère fondamental et quasi-constitutionnel, ce qui lui assure une suprématie de principe par rapport aux lois ordinaires. » ; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, para. 266 (j. Binnie et LeBel) : « La *Charte québécoise* est un document quasi constitutionnel très important. ».

## § II – La Charte canadienne

**26. Une Charte constitutionnelle.** Lors du rapatriement de la *Constitution* opéré par la *Loi de 1982 sur le Canada*<sup>149</sup> qui édicte la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>150</sup>, la *Charte canadienne* a été adoptée. Elle marque l'entrée du Canada dans l'ère de la protection des droits fondamentaux<sup>151</sup>. Cette Charte énonce un ensemble de droits qui ne bénéficiaient pas alors d'une protection constante<sup>152</sup>. Sa normativité découle de La *Loi constitutionnelle de 1982* qui prévoit dans son article 52(1) que :

« La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. ».

Cette disposition doit se lire au regard de l'article 32(1) de la *Charte canadienne*, selon lequel :

« La présente charte s'applique : a) au parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest ; b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature. ».

---

<sup>149</sup> *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

<sup>150</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

<sup>151</sup> Voir Michel BASTARACHE, « La *Charte canadienne des droits et libertés*, reflet d'un phénomène mondial ? », (2007) 48 *C. de D.* 735, à la p. 736 : pour l'auteur « [s]ur le plan des droits nationaux, des normes constitutionnelles et législatives servant à incorporer les principes de la Déclaration universelle ont été promulgués. Au Canada, ce mouvement a pris le pas sur le recours à la common law et à l'*equity* pour insuffler vie aux principes de justice naturelle dont le contenu évoluait en fonction des normes de la société contemporaine. Cette évolution a mené à l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982. La Charte est, selon moi, l'expression ultime et profondément canadienne de la primauté accordée à la liberté et à la dignité humaine. ».

<sup>152</sup> Voir Gérald-A. BEAUDOIN, « De la suprématie de la Charte canadienne des droits et libertés et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial », dans Gérald-A. BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées strasbourgeoises 1988*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 23, à la p. 29 : pour l'auteur « la Charte canadienne des droits et libertés constitutionnalise des droits qui, jusque là, n'étaient que statutaires, ou encore des droits qui n'existaient pas ou enfin des droits qui n'étaient protégés par la Constitution que de façon bien indirecte. ».

Ces dispositions permettent d'aboutir à la consécration de l'autorité de la *Charte canadienne*<sup>153</sup>. Ainsi, dans la décision rendue par la Cour suprême, dans l'affaire *Law Society of Upper Canada c. Skapinker* – l'un des premiers arrêts marquant rendu sur le fondement de la *Charte canadienne* – on peut lire sous la plume du juge Estey :

« La *Charte* ne tire pas son origine de l'un ou l'autre niveau de compétence législative du gouvernement, mais de la Constitution elle-même. Elle appartient au fond même du droit canadien. En réalité, elle est "la loi suprême du Canada" »<sup>154</sup>.

Comme on peut le voir par cet extrait, la *Charte canadienne* occupe une place à part dans le système de protection des droits fondamentaux en vigueur au Québec. Aucun doute n'existe sur son caractère normatif.

\* \* \*

**27. Conclusion de la Section II.** Au Canada, les législateurs fédéral et provinciaux ont fait le choix d'orienter le droit vers l'effectivité de la protection des droits fondamentaux afin de leur donner vie. L'adoption de lois visant spécifiquement la protection des droits fondamentaux témoigne de cette volonté. La consécration de la *Charte canadienne* la réalise de la manière la plus étendue.

\* \*

\*

---

<sup>153</sup> Cf. Pierre-André COTÉ, « La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés », (1984) 18 R.J.T. 105.

<sup>154</sup> *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, para. 11.

\* \* \*

**28. Conclusion du Chapitre liminaire.** En droit français et en droit canadien, la protection des droits fondamentaux a cessé de relever de la simple idée politique pour s'inscrire dans le champ de la réalité juridique. En France, on reconnaît la valeur normative des textes constitutionnels et on accepte l'autorité des textes conventionnels. Au Canada, on promeut divers instruments de protection des droits fondamentaux en les drapant de l'autorité constitutionnelle. Dès lors, les droits fondamentaux constituent des règles de droit qu'il appartient aux systèmes juridiques de faire respecter. La matière contractuelle – pas plus qu'aucune autre d'ailleurs – ne saurait rester en marge de ce mouvement.

\* \*

\*

# Chapitre I – L'autorité relative des droits fondamentaux sur le droit des contrats

**29. L'effet vertical des droits fondamentaux : l'État débiteur de la *fundamentalité*.** Les droits fondamentaux offrent – avant tout – des garanties opposables aux États par les individus placés sous leur autorité dans un rapport vertical. Héritière d'une lecture historique des droits fondamentaux, propre à une vision libérale de la société<sup>155</sup>, cette manière de concevoir les droits fondamentaux oppose l'État et les individus parce que « l'individu est l'adversaire de l'État »<sup>156</sup>. Concrètement, cela signifie que l'État ne doit pas porter atteinte aux droits fondamentaux des individus au risque de voir son action remise en cause<sup>157</sup>. En pratique, cet effet vertical se réalise dans le contrôle de *fundamentalité* de l'action étatique qui est opéré par les différents organes compétents. On en trouve des manifestations dans de très nombreux domaines du droit. Ainsi, à titre d'exemples, en France, chacun se souviendra de la décision rendue par la Cour européenne dans l'affaire *Mazurek c. France*, qui a conduit à la remise en cause des dispositions du *Code civil* diminuant les droits successoraux des enfants adultérins sur le fondement d'une atteinte à l'article 14 de la *Convention européenne* relatif à la discrimination<sup>158</sup> ; au Québec, dans un autre ordre

---

<sup>155</sup> Voir Jean RIVERO, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », dans *Mélanges René Cassin*, Paris, Pédone, 1971, p. 311, à la p. 311 : pour l'auteur « [c]eux qui se préoccupent de la protection des droits de l'homme songent avant tout à la menace que fait peser sur eux le pouvoir de l'État. Telle est, depuis la Déclaration de Virginie et celle de 1789, la tradition constante du libéralisme » ; *adde* Olivier JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *A.J.D.A.* 1998.44.

<sup>156</sup> Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 2008, à la p. 12.

<sup>157</sup> Cf. notamment Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Le renouvellement des sources du droit des obligations : journées nationales*, Lille, 1996, Paris, Litec, 1997, p. 47, à la p. 49 : pour l'auteur « [p]arler d'effet vertical revient à dire que l'État doit s'abstenir de porter atteinte aux droits garantis [...] ». »

<sup>158</sup> CEDH *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II : obs. Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT et Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2000.II.10286 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2000.311 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2000.429 ; obs. Jean MASSIP, *Defrénois* 2000.654 ; obs. Jean PATARIN, *R.T.D. civ.* 2000.601 ; obs. Philippe STOFFEL-MUNCK, *Dr. et Pat.* 2000.82.56 ; obs. Jean

d'idée, chacun aura en tête la retentissante décision rendue dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. A*, dans laquelle ce sont les dispositions du *Code civil du Québec* relatives au partage du patrimoine familial qui ont été stigmatisées – sans toutefois être déclarées inopérantes sur le fondement de l'article 1 de la *Charte canadienne* –, sur le fondement de l'article 15(1) de la *Charte canadienne* relatif au droit à l'égalité<sup>159</sup>.

**30. L'effet vertical des droits fondamentaux en matière contractuelle.** Dans son principe même, l'effet vertical expose la législation dans son ensemble, et la législation contractuelle en particulier, à l'autorité des instruments de protection des droits fondamentaux. On pourrait donc craindre une mise en conformité aux effets vertigineux du droit des contrats. La réalité s'avère plus nuancée, le mythe de la *fondamentalisation* par l'effet vertical ne reflète pas exactement la réalité contemporaine de l'influence des droits fondamentaux sur le droit des contrats. Sa formulation première, en France et au Québec – dans les codes civils –, semble largement imperméable à l'autorité des droits fondamentaux<sup>160</sup>. Faite principalement de dispositions qui *habilite*nt les individus à « modifier leurs situations »<sup>161</sup> elle ne se rapporte pas directement « aux actions que les individus doivent ou non accomplir »<sup>162</sup>, elle s'offre alors comme une ressource au service de la personne<sup>163</sup> et non comme une contrainte susceptible – en elle-même – de porter atteinte à ses droits fondamentaux.

---

THIERRY, D. 2000.332 ; *G.A.C.E.D.H.*, n° 54.

<sup>159</sup> *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61.

<sup>160</sup> Voir Rémy CABRILLAC, « Droits fondamentaux et notion de contrat – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 121, à la p. 121 : l'auteur constate que « la notion de contrat est apparemment imperméable à l'influence des droits fondamentaux », et souligne qu'elle « n'altère pas la permanence de la définition du contrat, elle ne perturbe pas non plus ses éléments caractéristiques ».

<sup>161</sup> Hertbert L.A. HART, *Le concept de droit*, 2<sup>ème</sup> éd., trad. par Michel VAN DE KERCHOVE, coll. « Droit », Bruxelles, Facultés universitaire Saint-Louis, 2005, à la p. 115, n° 96.

<sup>162</sup> *Id.*, à la p. 113, n° 94.

<sup>163</sup> Voir Benoît MOORE, « La théorie des sources des obligations : éclatement d'une classification », (2002) 36 *R.J.T.* 689, à la p. 703 : selon l'auteur en matière d'obligations « [l]a loi est la technique juridique : elle n'affecte pas le réel, elle l'interprète. Elle pose des conditions ou encore [...] habilite une personne à agir par sa volonté, puis c'est à l'homme ou à la nature de stimuler l'application de celle-ci afin de la faire entrer dans la réalité vivante. » ; *adde* François COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? » dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2003, p.

Peut-on cependant s'arrêter à un tel constat ? Assurément non, car il serait exagérément laconique et par trop trompeur. Il faut, pour débusquer l'influence des droits fondamentaux, s'intéresser plus largement à l'ensemble des manifestations de l'effet vertical en matière contractuelle. Le droit des contrats – qui ne se consume pas dans les Codes<sup>164</sup> – sera plus facilement affecté par l'autorité des droits fondamentaux, lorsque loin de simplement habilitier la conduite des individus, il s'attachera à la gouverner. À ce titre, en France, « les escarmouches aux frontières sont vives et les esprits sont échauffés »<sup>165</sup>, les « coups de patte »<sup>166</sup> en direction du droit des contrats se multiplient, mais l'assujettissement du droit des contrats aux instruments de protection des droits fondamentaux reste marginal (Section I). Au Québec, où on pourrait célébrer les noces du contrat et de la *Charte québécoise*<sup>167</sup> dans l'harmonie disposée par le *Code civil du Québec*<sup>168</sup>, on observera aussi une subordination limitée du droit des contrats aux instruments de protection des droits fondamentaux (Section II).

---

225, à la p. 227 ; l'auteur observe que « le contrat n'est porteur de valeurs sociales que par ricochet : il est fondamentalement une technique structurée d'engagement volontaire, reconnue comme telle par la loi et le juge ».

<sup>164</sup> Voir notamment Christophe JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans Mikhaïl XIFARAS et Gregory LEWKOWICZ (dir.), *Repenser le contrat*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2009, p. 175, à la p. 176 : l'auteur souligne l'existence « [d']un environnement législatif ou réglementaire qui ne relève pas directement du droit des contrats, mais exerce sur lui une influence parfois considérable. ».

<sup>165</sup> Marie-Elodie ANCEL, « Nouvelles frontières. L'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », dans Geneviève PIGNARRE (dir.), *Force subversives et créatrices en droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2005, p. 121, à la p. 124.

<sup>166</sup> Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « L'assujettissement du contrat à la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D. civ.* 2009.281.

<sup>167</sup> Cf. cependant Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, Thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012.

<sup>168</sup> C.c.Q., *Disposition préliminaire* al. 1 : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. ».

## Section I – Un assujettissement essentiellement marginal en France

**31.** « **Le pire n'est pas toujours sûr** »<sup>169</sup>. En France, on s'inquiète souvent de l'incidence des droits fondamentaux sur le droit des contrats. Qu'ils soient constitutionnels ou conventionnels, les instruments de protection des droits fondamentaux sont perçus par certains – à tort ou à raison – comme un facteur possible et probable de remise en cause du droit des contrats<sup>170</sup>. Incontestablement, les assauts répétés des organes européens chargés de la protection des droits fondamentaux contre certains pans du droit privé peuvent susciter la méfiance. Mais l'inquiétude n'est-elle pas l'expression d'une forme de fièvre obsidionale ? En réalité, nous le croyons, parce que l'effet vertical des instruments de protection des droits fondamentaux sur le droit des contrats français est à ce jour essentiellement marginal. D'ailleurs, lorsqu'il s'agit de mesurer sa portée concrète c'est la perplexité qui saisit l'observateur. Point de remise en cause du droit des contrats, nulle décision faisant chavirer le continent contractuel, comme le souligne M. Maurin : « la ductilité du contrat lui permet de tout absorber »<sup>171</sup>. Qu'observe-t-on alors ? Dans un premier temps, une jurisprudence du Conseil constitutionnel relativement au contrat qui est empreinte de réserve (§ I) ; ensuite, une jurisprudence de la Cour européenne qui témoigne

---

<sup>169</sup> Paul CLAUDEL, *Le soulier de satin*, dans *Théâtre*, t. II, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1948, p. 563 ; *adde* Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Le renouvellement des sources du droit des obligations : journées nationales*, Lille, 1996, Paris, Litec, 1997, p. 47, à la p. 61 : pour l'auteur « [e]n fait d'influence de la CEDH sur le droit français des obligations bien peu est encore perceptible mais tout, presque tout, est possible. C'est face à de telles situations qu'il est salutaire de se persuader que *le pire n'est jamais sûr*. » (nos italiques).

<sup>170</sup> Voir notamment Christophe JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans Mikhaïl XIFARAS et Gregory LEWKOWICZ (dir.), *Repenser le contrat*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2009, p. 175, à la p. 177 : pour l'auteur « les droits fondamentaux s'emparent littéralement du droit des contrats et [...] ils s'en emparent d'une manière qui pourrait être à la fois brusque et suffisamment puissante pour le transformer de fond en comble ».

<sup>171</sup> Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, n° 546, à la p. 393.



d'audaces certes, mais essentiellement allochtones (§ II) ; et enfin, que la Cour de cassation progresse dans sa mise en œuvre (§ III).

### § I – *La réserve prudente du Conseil constitutionnel*

**32. Le conseil constitutionnel doit-il contrôler le droit des contrats ?** Il faut rappeler que rompart – dans une certaine mesure<sup>172</sup> – avec les *Constitutions* précédentes, la *Constitution* du 4 octobre 1958, prévoit, dans ses articles 61 et 62, une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois<sup>173</sup>. Initialement, elle était très limitée, puisqu'elle était, d'une part, cantonnée à un contrôle *a priori* de la loi – c'est à dire avant sa promulgation – et d'autre part réservée aux plus hautes autorités de l'État français – le Président de la République, le Premier ministre et les présidents des deux assemblées –. Une révision constitutionnelle en date du 29 octobre 1974<sup>174</sup> a ouvert la saisine du Conseil constitutionnel à soixante députés ou soixante sénateurs, toujours dans le cadre d'un contrôle *a priori*. Enfin, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008<sup>175</sup>, a intégré dans la *Constitution* l'article 61-1, qui autorise un contrôle *a posteriori* de la loi, par le mécanisme de la « Question prioritaire de constitutionnalité »<sup>176</sup> en vertu duquel les justiciables, au cours d'un litige devant le juge

---

<sup>172</sup> Voir Jean RIVERO, « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », *R.I.D.C.* 1977.29.1.9 : l'auteur retrace les évolutions successives du contrôle de constitutionnalité en France dans les différentes Constitutions, voyant s'alterner des périodes dans lesquelles des textes protecteurs des droits fondamentaux étaient prévues sans procédures particulières, des périodes dans lesquelles il n'y avait ni texte ni procédure, et enfin la période contemporaine voyant la concordance d'un texte et d'une procédure.

<sup>173</sup> Cf. notamment Vlad CONSTANTINESCO et Stéphane PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 2013 ; Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, 35<sup>ème</sup> éd., coll. « Manuels », Paris, L.G.D.J., 2014 ; Louis FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, 17<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2015.

<sup>174</sup> *Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution*, J.O.R.F. 30 octobre 1974, p. 11035.

<sup>175</sup> *Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République*, J.O.R.F. 24 juillet 2008, p. 11890, art. 29.

<sup>176</sup> Cf. notamment Christine MAUGÜÉ et Jacques-Henri STAHL, *La question prioritaire de constitutionnalité*, 2<sup>ème</sup> éd., coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 2012 ; Emmanuel CARTIER, *La Q.P.C., le procès et ses juges*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2013.

judiciaire ou devant le juge administratif et à tous les stades de la procédure, peuvent soulever la contrariété d'une disposition législative aux normes constitutionnelles protectrices droits et libertés et à l'issue de procédures de filtrages la question est éventuellement soumise au Conseil constitutionnel. En théorie donc, le droit des contrats, pas plus qu'aucun autre, ne devrait échapper au contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel.

**33. La Constitution est-elle une source du droit des contrats ?** D'évidence, « [l]e droit constitutionnel est *a priori* fort éloigné du droit des obligations. »<sup>177</sup>. À peine trouve-t-on dans la *Constitution* l'article 34 aux termes duquel : « La loi détermine les principes fondamentaux [...] du régime [...] des obligations civiles et commerciales ». De cette disposition, les sages ont déduit très tôt – et fort logiquement – que « l'autonomie de la volonté des contractants et l'immutabilité des conventions » relèvent du domaine de la loi<sup>178</sup>. À s'en tenir à ces observations, on est loin des promesses de la constitutionnalisation du droit<sup>179</sup> ! Doit-on pour autant conclure à l'ineffectivité du contrôle de constitutionnalité du droit des contrats ? Assurément non, cependant, pour entrevoir ses effets, il faut accepter de suivre la « trajectoire hésitante et masquée, faite de réserve, de retenue et de progressivité parfois irrégulière »<sup>180</sup> du Conseil constitutionnel. On constatera alors l'inexorable soumission du droit des contrats à la *Constitution* (A.) à travers la reconnaissance de la valeur

---

<sup>177</sup> Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Droit civil – Les obligations*, t. 1 « L'acte juridique », 16<sup>ème</sup> éd., coll. « Université », Paris, Sirey, 2014, à la p. 53, n° 75.

<sup>178</sup> Cons. const. 27 novembre 1959, n° 59-1 FNR, *Rec. Cons. const.* p. 71 ; Cons. const. 28 novembre 1973, n° 73-80 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 45 ; Cons. const., 4 juin 1984, n° 84-137 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 113 : « l'article 34 de la Constitution réserve à la loi la détermination des principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales, au rang desquels il convient de ranger la liberté contractuelle [...] ».

<sup>179</sup> Voir Louis FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », dans *L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25, à la p. 37 : pour l'auteur « la constitutionnalisation des droits et libertés [...] conduit à une imprégnation des différentes branches du droit en même temps qu'à une transformation de celles-ci. » ; *adde* Louis FAVOREU, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique – Grilles d'analyse proposée pour le 15<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé », dans Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris et Aix-en-Provence, Economica et P.U.A.M., 1998, p. 197.

<sup>180</sup> Guy CANIVET, « Le Conseil constitutionnel et le contrat variation sur la « discrétion » », dans Sarah BROS et Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Paris/Aix-en-Provence, Economica, 2010, p. 75, à la p. 75.

constitutionnelle de la liberté contractuelle, mais on constatera aussi que l'apport du juge constitutionnel en la matière est bien modeste, qu'il n'offre rien de plus qu'une représentation constitutionnelle du contrat<sup>181</sup> (B.).

### A. L'inexorable soumission du droit des contrats à la *Constitution*

**34.** « Reconnaître, c'est admettre mais c'est aussi soumettre »<sup>182</sup>. La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière contractuelle obéit à sa propre logique. D'une part, il n'est pas question de soumettre à l'examen des sages un contrat, ni même une décision de justice portant sur un contrat, mais uniquement une loi ; en ce sens le juge constitutionnel est uniquement « un juge du *droit des contrats* »<sup>183</sup>. D'autre part, il s'agit pour le Conseil constitutionnel d'examiner la conformité de cette loi à la *Constitution* ; or précisément, aucune norme constitutionnelle ne lui permet de se saisir pleinement du droit des contrats, puisque, on l'a dit, seule est visée dans la *Constitution* la répartition entre le domaine de la loi et du règlement.

C'est sûrement dans cette perspective qu'il faut lire les premières décisions que le Conseil constitutionnel a rendues relativement à la matière contractuelle, en ce qu'elle exprime selon la formule de M. Molfessis « le choix du désengagement »<sup>184</sup>. Puisque aucune norme constitutionnelle n'intéresse le contrat, il n'y a pas de base pour la censure d'une

---

<sup>181</sup> Voir Nicolas MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », dans *Le renouvellement des sources du droit des obligations : Journées nationales, Lille-1996*, Paris, Litec, 1997, p. 65, à la p. 86, n° 28 : pour l'auteur « le Conseil constitutionnel n'est pas juge de droit privé. En rendant des décisions intéressant le droit des obligations, il ne se fait pas juge des liens personnels qui unissent des particuliers entre eux. Il se fait juge du droit des obligations lui-même, dont il décrit, à sa manière et à son niveau, les ressorts. Le Conseil constitutionnel offre alors une représentation du droit des obligations. » (références omises).

<sup>182</sup> Hugo BARBIER, obs. ss. Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-772 D.C., « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du contractant et du contenu du contrat », *R.T.D. civ.* 2013.832.

<sup>183</sup> Pierre-Yves GAHDOUN, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Nouveaux Cab. Cons. Const.*, 2011.31.51.

<sup>184</sup> Nicolas MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Préf. M. GOBERT, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1997, n° 418 et suiv., à la p. 333 et suiv.

obligation de recontracter imposée par la loi<sup>185</sup>, pas plus que pour la censure de lois rétroactives en matière contractuelle<sup>186</sup>, ou encore pour celle d'une interdiction de contracter<sup>187</sup>, et l'énumération pourrait se prolonger. Dans cette perspective toujours, l'affirmation selon laquelle « aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle »<sup>188</sup> ne doit pas non plus surprendre. Loin d'apporter le témoignage d'une défiance du Conseil constitutionnel à l'égard du contrat, elle énonce sèchement un état de fait<sup>189</sup>.

C'est également dans la perspective de la logique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'il faut lire les décisions postérieures à cette affirmation, non pas parce qu'elles perpétuent une attitude de retrait de la juridiction face au droit des contrats, mais au contraire, parce qu'elles sont le signe d'une volonté de ramener le droit des contrats dans le giron de la *Constitution*. Cette volonté pouvait sembler discrète dans un premier temps, mais le Conseil constitutionnel n'acceptait-il pas déjà de contrôler le droit des contrats, lorsqu'il affirmait qu'un affront à la liberté contractuelle n'était pas « en lui-même »<sup>190</sup> un motif

---

<sup>185</sup> Voir Cons. const., 20 juillet 1988, n° 88-244 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 119 : « compte tenu de la conciliation nécessaire qui doit être opérée entre les droits et les libertés de chacun et les droits et les libertés d'autrui, que la loi d'amnistie peut valablement prévoir qu'un représentant du personnel ou un responsable syndical qui, à l'occasion de l'exercice de fonctions difficiles, a commis une faute n'ayant pas le caractère de faute lourde, a droit, dans les conditions prévues par la loi, à être réintégré dans ses fonctions ; que les contraintes découlant de cette réintégration ne dépassent pas, par leur étendue, les charges que, dans l'intérêt général, la société peut imposer à ses membres et ne sont pas manifestement disproportionnées par rapport à ce but d'intérêt général. ».

<sup>186</sup> Voir Cons. const., 4 juillet 1989, n° 89-254 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 41 : « la Déclaration de 1789 n'a pas interdit au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution ».

<sup>187</sup> Voir Cons. const., 20 janvier 1993, n° 92-316 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 14 : « la liberté d'entreprendre qui a valeur constitutionnelle n'est toutefois ni générale ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations qui lui paraissent exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence de dénaturer la portée de cette liberté. ».

<sup>188</sup> Cons. const., 3 août 1994, n° 94-348 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 117.

<sup>189</sup> Voir Jacques MESTRE, obs. ss. Cons. const., 3 août 1994, n° 94-348 D.C., *R.T.D. civ.* 1996.151 : pour l'auteur « [o]n ne peut évidemment qu'être admiratif devant l'implacable logique de cette motivation, même si l'on peut penser que, confronté pour la première fois ouvertement à la question, le Conseil aurait pu l'examiner de façon plus approfondie. En tout cas, le résultat est là, qui a sans doute pesé d'un grand poids dans la décision prise par lui : l'encombrement de son rôle ne viendra pas des restrictions abusives ou arbitraires que le législateur viendrait demain apporter à la liberté contractuelle. ».

<sup>190</sup> Voir Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 183 ; Cons. const., 9 avril

d'inconstitutionnalité, ou lorsqu'il soulignait que la liberté contractuelle n'était pas méconnue<sup>191</sup>. Elle apparaîtra plus nettement lorsqu'il affirmera que « le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle ; que sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis »<sup>192</sup>. On y lira d'ailleurs une invitation lancée aux plaideurs de rattacher une prétention de violation de la liberté contractuelle à d'autres normes constitutionnelles<sup>193</sup>. Une décision rendue en 1998 témoigne d'ailleurs de cette nouvelle orientation, puisque le Constitutionnel décide que : « le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »<sup>194</sup>. À partir des années 2000, le Conseil constitutionnel adopte une formulation plus franche en décidant que : « [l]a liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 »<sup>195</sup>, de ce fait les requêtes fondées sur sa violation peuvent prospérer d'autant plus facilement. En 2013, il franchit un nouveau cap en décidant pour la première fois que : « il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »<sup>196</sup>.

On le voit, la montée en puissance de la liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel accompagne un contrôle plus serré du droit des

---

1996, n° 96-375 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 60.

<sup>191</sup> Cons. const., 30 décembre 1996, n° 96-385 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 145.

<sup>192</sup> Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 31.

<sup>193</sup> Voir Guy CANIVET, « Le Conseil constitutionnel et le contrat variation sur la « discrétion » », dans Sarah BROS et Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Paris/Aix-en-Provence, Economica, 2010, p. 75, à la p. 83 : l'auteur souligne que « cette formulation allait donner aux requérant la méthode d'invocation de la liberté contractuelle ».

<sup>194</sup> Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 258.

<sup>195</sup> Cons. const., 19 décembre 2000, n° 2000-437 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 176.

<sup>196</sup> Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 817 : obs. Hugo BARBIER, *R.T.D. civ.* 2013.832 ; obs. Mustapha MEKKI, *J.C.P. G* 2013.38.974.

contrats<sup>197</sup>. C'est qu'en définitive, il fallait que le Conseil constitutionnel « isole[...] une liberté propre aux contrats »<sup>198</sup> pour exercer son magistère. En ce sens, la consécration de la liberté contractuelle n'est qu'un trompe-l'œil, elle est un signe de plus de cette « fuite en avant » qui renforce l'assujettissement du contrat aux droits fondamentaux<sup>199</sup>.

## B. La représentation constitutionnelle du droit des contrats

**35. « Dépeçage constitutionnel des attributs des contrats »<sup>200</sup>.** La soumission du droit des contrats à l'autorité de la *Constitution* lui est-elle nécessairement défavorable ? On ne saurait le soutenir car lorsque le Conseil constitutionnel aborde le droit des contrats il *parle* des contrats<sup>201</sup>, autrement dit il « offre alors une représentation du droit des obligations »<sup>202</sup> dans le cadre de sa mission de contrôle de la loi par rapport aux droits

---

<sup>197</sup> Voir Pierre-Yves GADHOUN, *La liberté contractuelle dans le jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Préf. D. Rousseau, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2008, à la p. 370, n° 417 : l'auteur conclut son étude en constatant que « la liberté contractuelle et bien une liberté constitutionnelle, son originalité étant d'assurer une double fonction, la protection des contrats en cours et la protection des contrats à venir, la pérennité et l'impulsion contractuelle » ; et Jacques GHESTIN, « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *J.C.P. G.* 2013.37.929 : pour l'auteur cette décision « montre [...] qu'une disposition d'intérêt général peut être déclarée inconstitutionnelle en raison d'une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle *stricto sensu* au regard de l'objectif poursuivi. ».

<sup>198</sup> Pierre-Yves GAHDOUN, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Nouveaux Cab. Cons. Const.*, 2011.31.51.

<sup>199</sup> Voir Cécile PERES, « La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat », *R.D.C.* 2010.2.539 : pour l'auteure « le rétablissement de la constitutionnalité de la loi en matière contractuelle est potentiellement de nature à engendrer un réel bouleversement des prévisions des parties ainsi qu'un profond désordre au sein du droit des obligations ».

<sup>200</sup> Mustapha MEKKI, obs. ss. Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 D.C., *J.C.P. G.* 2013.38.974, n° 1.

<sup>201</sup> Voir Pierre-Yves GAHDOUN, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Nouveaux Cab. Cons. Const.*, 2011.31.51 : l'auteur observe que le Conseil constitutionnel émet « un rapport de conformité entre la loi relative à un contrat et une disposition constitutionnelle. ».

<sup>202</sup> Nicolas MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », dans *Le renouvellement des sources du droit des obligations : Journées nationales, Lille-1996*, Paris, Litec, 1997, p. 65, à la p. 96, n° 28 ; *adde* Christian ATIAS, « La civilisation du droit constitutionnel », *R.F.D.C.* 1991.7.435 ; Jean-Yves CHEROT, « Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel », *R.F.D.C.* 1991.7.439 ; Yoichi HIGUCHI, « Une réflexion sur les rapports entre règles civiles et règles constitutionnelles – La « civilisation » de la Constitution et la « Constitutionnalisation » du droit

fondamentaux. Que peut-on entendre ? Que peut-on voir dans cette représentation ? À dire vrai, l'apport est modeste.

À s'en tenir à l'énoncé de la protection constitutionnelle du droit des contrats, l'étendue de la contrainte constitutionnelle est *a priori* considérable<sup>203</sup>. Le nombre de principes ayant acquis une résonance constitutionnelle est significatif. Au premier chef, il s'agit de la liberté contractuelle elle-même dans ses différentes facettes : la liberté de choisir son cocontractant<sup>204</sup>. Ensuite, il s'agit de la stabilité des contrats qui nourrit un contentieux abondant, qui offre une protection de « l'économie des contrats légalement conclus »<sup>205</sup>. Il s'agit enfin de la liberté de rompre les contrats<sup>206</sup>.

---

civil », dans *De tous horizons – Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 543.

<sup>203</sup> Voir Cécile PERES, « La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat », *R.D.C.* 2010.2.539 : pour l'auteure « l'impression est vertigineuse et les risques d'atteinte à la sécurité juridique particulièrement sérieux ».

<sup>204</sup> Voir notamment Cons. const., 19 décembre 2000, n° 2000-437 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 190 : appréciant la validité d'un dispositif législatif visant à inciter les entreprises du secteur pharmaceutique à contracter prioritairement avec un organisme public ; *adde* Cons. const., 11 décembre 2003, n° 2003-486 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 467 ; Cons. const., 18 décembre 2003, n° 2003-487 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 473 ; Cons. const., 1<sup>er</sup> juillet 2004, n° 2004-497 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 107 ; Cons. const., 30 novembre 2006, n° 2006-543 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 120, G.D.C.C. n° 18 ; Cons. const., 14 décembre 2006, n° 2006-544 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 129 ; Cons. const., 16 juillet 2009, n° 2009-584 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 140.

<sup>205</sup> Voir notamment Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 258 ; Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 100 ; Cons. const., 13 janvier 2000, n° 99-423 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 33 ; Cons. const., 27 novembre 2001, n° 2001-451 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 145 ; Cons. const., 13 janvier 2003, n° 2002-465 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 43 ; Cons. const., 12 févr. 2004, n° 2004-490 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 41 ; Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 352 ; Cons. const., 7 octobre 2011, n° 2011-177 Q.P.C., *Rec. Cons. const.* p. 495. ; Cons. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 142.

<sup>206</sup> Voir Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 D.C., *Rec. Cons. const.*, p. 116 : appréciant le droit de rupture unilatéral prévu par les dispositions législatives entourant le Pacte civil de solidarité, le Conseil constitutionnel affirme que « si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties » ; voir cependant Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 4964 : dans laquelle le Conseil précise « qu'il ne résulte ni du principe de la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ni d'ailleurs d'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle que la faculté pour l'employeur de mettre fin au " contrat première embauche " devrait être subordonnée à l'obligation d'en énoncer préalablement les motifs. ».

Pourtant, comme le souligne Mme Pérès, « les exigences constitutionnelles en matière contractuelle ne sont pas si élevées que le seul énoncé des droits et libertés protégés le laisse entendre »<sup>207</sup>. Ainsi, à notre connaissance, seule une décision a prononcé l'inconstitutionnalité d'une loi en se fondant uniquement sur la liberté contractuelle ; il s'agissait en l'espèce d'une loi qui obligeait les entreprises à adhérer à des organismes de prévoyance destinés à protéger les salariés contre certains risques, sans qu'il soit possible pour les entreprises de choisir ni l'organisme, ni le contenu de la couverture<sup>208</sup>. Par ailleurs, la prégnance de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, autorise de très larges interventions du législateur en matière contractuelle<sup>209</sup>, tout comme les exigences du droit social<sup>210</sup>.

Si l'on s'attache à débusquer les résultats du contrôle de la constitutionnalité du droit des contrats, non pas relativement aux principes contractuels constitutionnellement protégés, mais relativement aux droits et libertés, là encore le résultat est bien décevant<sup>211</sup>. On trouve si peu que pas de décisions rendues dans cette matière. Ainsi, comme cela a été souligné, « [l]e Conseil constitutionnel n'a pas révolutionné le contrat »<sup>212</sup>. Finalement, la haute juridiction impose la *Constitution* comme source du droit des obligations<sup>213</sup>, mais elle a

---

<sup>207</sup> Cécile PERES, « La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat », *R.D.C.* 2010.2.539.

<sup>208</sup> Voir Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 817.

<sup>209</sup> Voir notamment Cons. const., 22 juillet 2005, n° 2005-521 D.C., *Rec. Cons. const.*, p. 125 ; Cons. const., 30 novembre 2006, n° 2006-543 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 120 ; Cons. const., 19 novembre 2012, n° 2009-592 D.C., *Rec. Cons. Const.* p. 193 ; Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 Q.P.C., *Rec. Cons. const.* p. 235 ; Cons. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 142 ; Cons. const., 1<sup>er</sup> août 2013, n° 2013-337 Q.P.C., *Rec. Cons. const.* p. 924.

<sup>210</sup> Voir notamment Cons. const., 11 décembre 2003, n° 2003-486 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 467 ; Cons. const., 18 décembre 2003, n° 2003-487 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 473 ; Cons. const., 25 janvier 2007, n° 2007-546 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 55 ; Cons. const., 26 mars 2015, n° 2015-460 Q.P.C. ; Cons. const., 29 mai 2015, n° 2015-470 Q.P.C..

<sup>211</sup> Voir Mustapha MEKKI, obs. ss. Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 D.C., *J.C.P. G* 2013.38.974, n° 1 : pour l'auteur « la fondamentalisation du droit des contrats se poursuit donc sans que cela n'entraîne, à vrai dire de réels changements. »

<sup>212</sup> Pierre-Yves GAHDOUN, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Nouveaux Cab. Cons. Const.*, 2011.31.51.

<sup>213</sup> Voir Nicolas MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », dans *Le renouvellement des sources du droit des obligations : Journées nationales, Lille-1996*, Paris, Litec, 1997, p. 65, à la p. 65, n° 1 : pour l'auteur « le droit des obligations, pas plus que toute autre, ne devrait prospérer dans une zone de délaissement constitutionnel ».



su se montrer respectueuse de son contenu<sup>214</sup> et c'est heureux tant les dangers que porte une telle démarche sont nombreux<sup>215</sup>.

## § II – *Les audaces allochtones de la Cour européenne*

**36. Le contrôle des droits nationaux par la Cour européenne<sup>216</sup>.** Sommairement, on peut rappeler que la France, comme tous les États parties, lorsqu'elle s'est engagée dans le mécanisme de protection des droits fondamentaux de la *Convention européenne* a accepté de soumettre son droit national au contrôle de la Cour européenne. Ce contrôle peut être enclenché par les autres États parties<sup>217</sup>. Mais, en pratique<sup>218</sup>, ce contrôle peut surtout être mis en œuvre par les particuliers dans le cadre du droit de recours individuel<sup>219</sup>, initialement

---

<sup>214</sup> Voir Bertrand MATHIEU, « Droit constitutionnel et droit civil : « de vieilles outres pour un vin nouveau » », *R.T.D. civ.* 1994.59 : pour l'auteur « [i]l ne faut pas croire non plus que le droit civil risque d'être bouleversé par l'application de certaines dispositions constitutionnelles ou la promotion au niveau constitutionnel de certaines de ses règles. Comme en d'autres domaines, il ne s'agit que de déterminer un socle de droits et principes fondamentaux. ».

<sup>215</sup> Voir Elisabeth ZOLLER, « Le Code civil et la Constitution », dans *1804-2004 Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 975, à la p. 986, n° 15 : l'auteure souligne que « [l]e rêve de certains civilistes de voir constitutionnaliser les grands concepts du Code civil, les institutions et les valeurs dont il est porteur, se comprend tant cette grande charte de la liberté individuelle parle à la société française. Mais, en pratique [...] constitutionnaliser une règle de droit, c'est la soustraire au législateur ; c'est la mettre entre les mains du pouvoir constituant. La difficulté est que la société change, les mentalités évoluent et de nouveaux besoins apparaissent. ».

<sup>216</sup> Voir notamment Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 731 et suiv. ; Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *La cour européenne des droits de l'Homme*, 5<sup>ème</sup> éd., coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 2011, à la p. 5 et suiv. ; *adde* Frédéric SUDRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », dans *Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme*, RUDH 1991.259.

<sup>217</sup> Voir *Convention européenne*, art. 33 : « Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante. ».

<sup>218</sup> Cf. COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Tableau des requêtes interétatiques*, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), 2015 : seule dix sept affaires interétatiques sont recensées par la Cour elle-même.

<sup>219</sup> Cf. notamment Jean-Claude SOYER et Michel DE SALVIA, *Le recours individuel supranational : mode d'emploi*, Paris, L.G.D.J., 1992 ; et Wolfgang PEUKERT, « Le droit de recours individuel selon l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.* 1989.1.41.

en vertu du protocole n° 11<sup>220</sup>, et depuis 2010 en vertu du protocole n° 14<sup>221</sup>. Ce contrôle aboutit, le cas échéant, à une condamnation<sup>222</sup>, prenant la forme d'un constat de violation mais il n'entraîne pas l'abrogation ou l'annulation de l'acte en cause. Les décisions de la Cour européenne, il faut le rappeler, n'ont qu'une portée déclaratoire<sup>223</sup>, bien qu'elles soient en principe obligatoires<sup>224</sup>. Elles peuvent accorder, en outre, une « satisfaction équitable »<sup>225</sup> au bénéfice de la victime si l'État n'est pas en mesure de mettre fin aux conséquences de la violation. En somme, la Cour européenne contrôle *symboliquement* la conformité du droit national à la *Convention européenne*, sa force résidant surtout dans le caractère infamant d'une condamnation.

**37. Le contrôle du droit des contrats par la Cour européenne.** Dans le cadre de sa juridiction, la Cour européenne peut évidemment connaître du droit des contrats, rien ne s'y oppose, puisqu'elle vérifie le respect des droits fondamentaux protégés par la *Convention européenne* par les États. Ainsi, en principe, « [e]n qualité de Haute partie contractante, l'État

---

<sup>220</sup> *Convention européenne*, protocole n° 11.

<sup>221</sup> *Convention européenne*, protocole n° 14 ; voir Jean-Pierre MARGÉNAUD, « Le contrat, terrain d'expérimentation de la nouvelle condition de recevabilité de « préjudice important » instituée par le Protocole n° 14 (CEDH 1<sup>er</sup> juin 2010, décision d'irrecevabilité, *Adrian Mihai Ionescu c/ Roumanie*) », *R.T.D. civ.* 2010.741.

<sup>222</sup> Cf. notamment Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 839 et suiv, n° 447 et suiv.

<sup>223</sup> Voir notamment CEDH *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 58, série A n° 31 : obs. Robert PELLOUX, *A.F.D.I.* 1980.317 ; obs. François RIGAUX, *J.T.D.E.* 1979.513 ; obs. Patrice ROLLAND, *J.D.I.* 1982.183 ; *G.A.C.E.D.H.* n° 51 : « La Cour n'a pas à se livrer à un examen abstrait des textes législatifs incriminés: elle recherche si leur application aux requérantes cadre ou non avec la Convention (paragraphe 27 ci-dessus). Sans doute sa décision produira-t-elle fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution, mais elle ne saurait annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses: déclaratoire pour l'essentiel, elle laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 (art. 53). ».

<sup>224</sup> *Convention européenne*, art. 46 § 1 : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. ».

<sup>225</sup> *Convention européenne*, art. 41 : « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. ».

est garant de la conformité du contrat à la Convention européenne »<sup>226</sup>. Néanmoins, l'étendue de la contrainte qui pèse sur l'État en cette matière est loin d'être aussi grande que son énoncé peut le laisser paraître<sup>227</sup>. Le contentieux existe et sa richesse est certaine, mais à l'heure du bilan il faudra constater qu'il affecte peu le droit français des contrats. En effet, on ne saurait contester l'existence d'une jurisprudence des organes strasbourgeois qui se fait de plus en plus envahissante en matière contractuelle<sup>228</sup>, de sorte que le contrôle qu'ils pratiquent apparaît potentiellement déterminant<sup>229</sup> (A.). Pourtant, à s'en tenir au droit français des contrats, la rareté des condamnations prononcées invite à relativiser son incidence qui est effectivement modeste (B.).

### A. Un contrôle potentiellement déterminant sur le droit des contrats

**38.** « [L]a matière contractuelle n'[est] pas dans une zone de non-droit conventionnel »<sup>230</sup>. Voilà posé le constat implacable qu'invite à dresser l'étude de la jurisprudence des organes strasbourgeois chargés de la mise en œuvre de la *Convention européenne*. En effet, de plus en plus souvent ces derniers s'immiscent dans la matière contractuelle, principalement parce qu'ils mettent à la charge des États des obligations

---

<sup>226</sup> Sandrine CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel – Contrat et Convention européenne des droits de l'Homme », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 225, à la p. 229.

<sup>227</sup> Voir Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 72 et suiv., n° 78 et suiv. : l'auteur étudie « Les “relations accidentelles” entre les droits fondamentaux conventionnelles et les réglementations contractuelles internes » (nos italiques).

<sup>228</sup> Voir Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « L'assujettissement du contrat à la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D. civ.* 2006.281 : l'auteur prophétise « que la plupart des spécialistes du droit des contrats devront sans doute procéder bientôt à de déchirantes révisions de leurs enseignements. ».

<sup>229</sup> Voir notamment Frédéric SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de “jurisprudence fiction” ? », *R.T.D.H.* 2003.755, à la p. 758 : l'auteur rappelle que « le développement des droits inscrits dans la Convention tient à une interprétation « constructive » de la Convention et à une démarche discrétionnaire du juge européen ».

<sup>230</sup> Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit des contrats au moyen des arrêts pilotes », *R.T.D. civ.* 2006.719.

étendues (1.), et que leurs méthodes originales leur permettent de rendre des décisions qui sont dotées d'une portée renforcée (2.).

### 1. Des obligations étendues

**39.** « Sauvegarde » et « développement »<sup>231</sup>. L'interprétation des droits protégés par la *Convention européenne* par les juges strasbourgeois obéit à une logique essentiellement finaliste<sup>232</sup>, ce qui signifie, pour eux, qu'il faut « rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties »<sup>233</sup>. Une telle orientation donne la mesure des obligations qui peuvent peser sur les États de manière générale, qui ne doivent ni développer d'actions qui porteraient atteinte aux droits protégés, ni laisser prospérer des atteintes aux droits protégés. Il pèse alors sur eux, en matière contractuelle – comme dans toutes les autres matières – la triple responsabilité de « respecter, protéger, promouvoir »<sup>234</sup> les droits fondamentaux, qui se concrétise dans une obligation d'abstention (a.) et dans des obligations positives (b.)

#### a. Une obligation d'abstention

**40.** L'État, par sa législation contractuelle, ne doit pas porter atteinte aux droits protégés par la *Convention européenne*. C'est donc dire que l'interventionnisme

---

<sup>231</sup> Cf. *Convention européenne*, Préambule al. 3 : « Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

<sup>232</sup> Voir Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 248 et suiv, n° 160 : l'auteur souligne que « le droit de la Convention européenne des droits de l'homme est profondément marqué par les méthodes d'interprétation de la Convention utilisées par le juge européen. Le souci de conférer au système de sauvegarde et aux droits garantis une véritable effectivité est au fondement de la démarche du juge européen ».

<sup>233</sup> CEDH *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, p. 20, § 8, série A n° 7.

<sup>234</sup> Patrice MEYER-BICH, « Obligation (théorie des –) », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 714, à la p. 715.

législatif en la matière pourra se heurter à la censure des juges européens toutes les fois qu'ils y verront une ingérence dans un droit protégé.

C'est sur cette base qu'ils se sont saisis à de nombreuses reprises du droit des baux qui est « devenu[...] le terrain le plus favorable à l'expérimentation des vertus contractuelles de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>235</sup>. Ainsi, dans la décision rendue dans l'affaire *Karner c. Autriche*, la Cour européenne a été amenée à stigmatiser la législation autrichienne relative aux baux d'habitations, dès lors que, fondée sur un objectif « de protection de la famille traditionnelle », elle refusait le droit au transfert du bail au profit du conjoint de même sexe en cas de décès de son conjoint entraînant une violation de l'article 14 de la *Convention européenne* relatif aux discriminations<sup>236</sup>. Dans une autre perspective, dans la décision rendue dans l'affaire *Hutten-Czapska c. Pologne*, la Cour européenne a considéré qu'un régime législatif qui encadre les loyers de sorte qu'ils ne permettent pas aux propriétaires de couvrir les frais d'entretien des immeubles, entraîne une violation de l'article 1 du Protocole additionnel n°1 relatif à la protection de la propriété<sup>237</sup>. Dans la décision rendue dans l'affaire *Cleja et Mihalcea c. Roumanie*, c'est la législation roumaine subordonnant la rupture du bail d'habitation à des conditions trop restrictives – notamment la mise à disposition d'un logement sensiblement équivalent – qui a été sanctionnée sur le même fondement de l'article 1 du Protocole additionnel n°1<sup>238</sup>. On notera également la décision rendue dans l'affaire *Lindbeim et autres c. Norvège* dans laquelle la législation norvégienne imposant aux bailleurs la continuation des baux sans limitation de

---

<sup>235</sup> Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « La socialisation du droit des contrats à la mode strasbourgeoise », *R.D.C.* 2011.3.949.

<sup>236</sup> CEDH *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 43, CEDH 2003-IX : note Anne DEBET, *R.D.C.* 2004.3785 ; note Marina EUDES, *J.D.I.* 2004.713 ; note Philippe FRUMER, *R.T.D.H.* 2004.663 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2003.764 ; obs. Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2004.181.

<sup>237</sup> Voir CEDH *Hutten-Czapska c. Pologne*, n° 35014/97, § 188, 22 février 2005 : note David LEMÉTAYER, *J.D.I.* 2006.1158 ; CEDH, *Hutten-Czapska c. Pologne* [GC], n° 35014/97, CEDH 2006-VIII : note David LEMÉTAYER, *J.D.I.* 2007.730 ; note Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2006.719.

<sup>238</sup> CEDH *Cleja et Mihalcea c. Roumanie*, n° 77217/01, § 61, 8 février 2007.

durée et aux conditions initiales est sanctionnée toujours sur le fondement de l'article 1 du Protocole additionnel n°1<sup>239</sup>.

Dans toutes ces situations l'État est donc débiteur d'une « obligation négative de ne pas développer d'actions publiques attentatoires aux droits fondamentaux des contractants »<sup>240</sup>.

#### b. Des obligations positives

**41. L'effectivité des droits protégés.** Dans la perspective de renforcer l'effectivité de la *Convention européenne*, la Cour européenne s'autorise très tôt à « rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties. »<sup>241</sup>. Sur cette base elle a été amenée à enrichir la portée des droits reconnus par la *Convention européenne*, doublant le devoir d'abstention des États d'un devoir d'action des États par la voie des obligations positives<sup>242</sup>. Cette théorie sera consacrée pour la première fois dans l'*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, dans laquelle la Cour considère que le droit à l'instruction, reconnu par l'article 2 du le Protocole additionnel n° 1, en vertu duquel « Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction », « malgré sa formulation négative » n'implique pas « que l'État n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit »<sup>243</sup>. La Cour européenne en déduira plus généralement, sur le

---

<sup>239</sup> CEDH *Lindheim et autres c. Norvège*, n° 13221/08 et n° 21139/10, § 134, 12 juin 2012 : obs. Fabien MARCHADIER, *D.* 2012.2007 ; obs. Nadège REBOUL-MAUPIN, *D.* 2012.2128 ; obs. Judith ROCHFELD, *R.D.C.* 2013.31.

<sup>240</sup> Sandrine CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel – Contrat et Convention européenne des droits de l'Homme », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 225, à la p. 232.

<sup>241</sup> CEDH *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, p. 20, § 8, série A n° 7.

<sup>242</sup> Voir Frédéric SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.* 1995.363, à la p. 364 : pour l'auteur « la Convention ne s'arrête pas à une approche « défensive » des droits de l'homme et n'hésite pas à lier l'exercice de certains droits à des prestations positives de l'État, prenant ainsi acte du fait qu'il convient de donner aux droits individuels les moyens de s'exercer réellement. »

<sup>243</sup> CEDH *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* (fond), 23 juillet 1968, p. 27, § 3, série A n° 6 : obs. Robert PELLOUX, *A.F.D.I.* 1968.201 ; *G.A.C.E.D.H.*, n° 9.

fondement de l'article 1 de la *Convention européenne*<sup>244</sup>, que l'État « ne saurait se borner à demeurer passif »<sup>245</sup>, et qu'il doit « adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu »<sup>246</sup>, même si elle se refuse à élaborer une « théorie des obligations positives »<sup>247</sup>. Cette théorie qui entraîne une « redéfinition des obligations des États »<sup>248</sup> raisonne de plus en plus en matière contractuelle, essentiellement sur deux fronts distincts.

**42. L'État ne doit pas permettre la violation des droits protégés.** Dégagée très tôt par les organes strasbourgeois<sup>249</sup> cette obligation signifie que l'État s'expose à une condamnation si la Cour européenne constate la présence, dans son droit, d'un régime législatif qui permet la violation des droits fondamentaux. Il peut alors se voir imputer la responsabilité d'un droit défaillant ou lacunaire. Ainsi, dans la décision rendue dans l'affaire *Zolotas c. Grèce*, la Grèce s'est vu reprocher de ne pas avoir ménagé dans sa législation bancaire un « juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la collectivité et les

---

<sup>244</sup> Voir CEDH *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 331, CEDH 2004-VII : obs. Gérard COHEN-JONHATAN, *R.T.D.H.* 2005.767 ; obs. Frédéric KRENK, *J.D.E.* 2005.168 ; obs. Frédéric SUDRE, *R.D.P.* 2005.755 ; *G.A.C.E.D.H.* n° 70 : « Toutefois, même en l'absence de contrôle effectif sur la région transnistrienne, la Moldova demeure tenue, en vertu de l'article 1 de la Convention, par l'obligation positive de prendre les mesures qui sont en son pouvoir et en conformité avec le droit international – qu'elles soient d'ordre diplomatique, économique, judiciaire ou autre – afin d'assurer dans le chef des requérants le respect des droits garantis par la Convention. ».

<sup>245</sup> CEDH *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 25, série A n° 32 : obs. Robert PELLOUX, *A.F.D.I.* 1980.323 ; obs. Patrice ROLLAND, *J.D.I.* 1982.187 ; *G.A.C.E.D.H.* n° 2.

<sup>246</sup> CEDH *López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, § 25, série A n° 303-C : obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 1996.507 ; obs. Frédéric SUDRE, *R.U.D.H.* 1995.112 ; obs. Paul TAVERNIER, *J.D.I.* 1995.798 ; *G.A.C.E.D.H.* n° 3.

<sup>247</sup> CEDH *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, 21 juin 1988, § 31, série A n° 139 : obs. Paul TAVERNIER, *J.D.I.* 1989.824.

<sup>248</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 260, ° 165.

<sup>249</sup> CEDH *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 23, série A n° 91 : obs. Patrice ROLLAND, *J.D.I.* 1986.1086 : « La Cour rappelle que si l'article 8 (art. 8) a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale (arrêt *Airey* du 9 octobre 1979, série A n° 32, p. 17, para. 32). Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux. ».

impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu»<sup>250</sup> car elle avait l'obligation positive de mettre à la charge des banques une obligation d'information relativement à l'échéance imminente d'un délai de prescription entraînant la clôture d'un compte. À un autre niveau, dans la décision rendue dans l'affaire *Vilnes et autres c. Norvège*, c'est la Norvège qui est condamnée pour ne pas avoir prévu d'obligation d'information sur les risques liés à la santé des travailleurs lorsqu'ils s'engagent dans une activité particulièrement dangereuse – en l'espèce la plongée en eaux profondes à des fins d'exploration pétrolières –<sup>251</sup>.

**43. Les juges de la Cour européenne jugent les juges qui jugent.** Dans une mise en abîme particulièrement troublante, on observe une extension des obligations positives aux décisions de justice. À ce titre, l'État peut mettre en jeu sa responsabilité pour ne pas avoir fait produire d'effets aux droits conventionnels dans le cadre d'un litige opposant des particuliers.

On trouvera une première illustration timide de cette possibilité dans la décision rendue dans l'affaire *Van Kück c. Allemagne* ; ici l'Allemagne se voit reprocher le traitement par ses juridictions d'une demande de remboursement des frais d'une opération de conversion sexuelle par une assurance privée ; en effet, s'autorisant de l'exigence d'une nécessité médicale, cette dernière avait refusé de procéder et avait obtenu l'assentiment des juges nationaux, dès lors pour la Cour européenne « la manière dont les juridictions allemandes ont traité sa demande de remboursement de ses frais médicaux emporte violation des obligations positives qui incombaient à l'État »<sup>252</sup>. C'est peut-être dans la décision rendue dans l'affaire *Pla et Puncernau c. Andorre* que cette orientation a trouvé sa pleine consécration, condamnant Andorre pour avoir donné effet à une clause testamentaire discriminatoire, elle énonce que :

---

<sup>250</sup> CEDH *Zolotas c. Grèce* (n° 2), n° 66610/09, § 53, CEDH 2013 (extraits) ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2013.336 ; note Judith ROCHFELD, *R.D.C.* 2013.837 ; obs. Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2013.1476 ; obs. Sandrine TISSEYRE, *L.P.A.* 2014.166.6.

<sup>251</sup> CEDH *Vilnes et autres c. Norvège*, n°s 52806/09 et 22703/10, § 245, 5 décembre 2013 : obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.D.C.* 2014.285 ; note Julien RAYNAUD, *J.C.P. E.* 2014.14.45 ; note Paul TAVERNIER, *J.D.I.* 2014.1004.

<sup>252</sup> CEDH *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, § 75, CEDH 2003-VII : note Anne DEBET, *R.D.C.* 2004.3.788 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2004.361.



« la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention »<sup>253</sup>.

Réitérant la même formulation, elle décide dans la décision rendue dans l'affaire *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, de condamner la Suède pour avoir ordonné l'expulsion d'un couple au motif qu'il avait installé, sans autorisation, à l'une des fenêtres de son appartement, un dispositif satellitaire leur permettant de recevoir des informations dans leurs langues d'origine<sup>254</sup>.

Une nouvelle orientation de ce courant jurisprudentiel se dessine dès lors que la Cour européenne procède, aujourd'hui, à une généralisation des obligations positives en abandonnant les réserves émises dans les affaires précédentes<sup>255</sup>, elle tend à contraindre les juridictions internes à adopter ses méthodes<sup>256</sup>. Il en va ainsi lorsque dans les deux décisions

---

<sup>253</sup> CEDH *Pla et Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01, § 59, CEDH 2004-VIII : note François BOULANGER, *J.C.P. G.* 2005.744 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2004.804 ; note Judith ROCHFELD, *R.D.C.* 2005.3.645.

<sup>254</sup> CEDH *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, n° 23883/06, § 33, 16 décembre 2008 : note Cyril GRIMALDI, *R.D.C.* 2010.1.131 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2009.281 ; note Julien RAYNAUD, *A.J.D.I.* 2009.438 ; obs. Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2009.27 : « Certes, la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire, discriminatoire ou, plus largement, en contradiction avec les principes sous-jacents à la Convention ».

<sup>255</sup> Voir Fabien MARCHADIER et Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « De la contribution des hôtes de l'air à l'évolution du droit européen des contrats » *R.D.C.* 2013.4.1503 : au regard de l'évolution de la jurisprudence les auteurs considèrent que « la responsabilité du fait de la violation de la Convention EDH pèse toujours sur l'État, y compris lorsqu'elle prend sa source dans une relation entre personnes privées. ».

<sup>256</sup> Voir Jean-Pierre MARGUÉNAUD et Jean MOULY, « Les droits de l'homme salarié de l'entreprise identitaire », *D.* 2011.1637 : les auteurs constatent « l'affirmation de l'obligation de ménager un

rendues dans les affaires *Obst c. Allemagne* et *Schiith c. Allemagne*, elle valide dans un cas<sup>257</sup> et sanctionne dans l'autre<sup>258</sup> les méthodes mises en œuvres par les juridictions internes pour apprécier la violation des droits protégés. Mais surtout lorsqu'elle affirme dans la décision rendue dans l'affaire *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, qu'elle exerce « un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent »<sup>259</sup>.

Soulignons pour terminer qu'un tel contrôle n'est pas nécessairement défavorable à l'action des juges, comme le révèle la décision rendue dans l'affaire *Palomo Sánchez et autres c. Espagne*, puisque dans ce cas les juges européens décernent un brevet de conventionalité à l'action des juges nationaux dès lors qu'ils ont mené un examen approfondi de la question soumise<sup>260</sup>.

## 2. Une portée renforcée

**44. L'objectivisation des solutions**<sup>261</sup> s'impose comme un autre facteur déterminant de l'influence potentielle des juges strasbourgeois sur la matière contractuelle.

---

équilibre entre plusieurs intérêts privés ».

<sup>257</sup> CEDH *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, § 50, 23 septembre 2010 : note Julien COUARD, *R.D.T.* 2011.45 ; note Gauthier DE BECO, *R.T.D.H.* 2011.375 ; obs. Michel LEVINET, *J.C.P. G.* 2010.1895 ; note Jean-Pierre MARGUÉNAUD et Jean MOULY, *D.* 2011.1637 ; note Anais SCHILL, *J.D.I.* 2011.1347 : « Aux yeux de la Cour, les conclusions des juridictions du travail, selon lesquelles le requérant n'avait pas été soumis à des obligations inacceptables, ne paraissent pas déraisonnables. ».

<sup>258</sup> CEDH *Schiith c. Allemagne*, n° 1620/03, § 66, CEDH 2010 : « la Cour ne peut que constater le caractère succinct du raisonnement des juridictions du travail en ce qui concerne les conséquences que celles-ci ont tirées du comportement du requérant ».

<sup>259</sup> CEDH *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n°s 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, § 84, CEDH 2013 (extraits) : obs. Katarzyna BLAY-GRABARCZYCK, *J.C.P. G.* 2013.312 ; note Gérard GONZALEZ, *R.T.D.H.* 2013.975 ; note Claire LE HOUGUE, *J.D.I.* 2014.1011 ; note Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.D.C.* 2013.1503 ; obs. Emmanuel PUTMAN, *R.J.P.F.* 2013.3.14 ; obs. Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2013.1476.

<sup>260</sup> CEDH *Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], n°s 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, § 78, CEDH 2011 : obs. Gérard GONZALEZ, *J.C.P. G.* 2011.1758 ; note France LAMBINET, *R.T.D.H.* 2013.351 ; note Judith ROCHFELD, *R.D.C.* 2012.1.27 ; obs. Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2012.163 ; obs. Paul VON MÜHLENDALH, *J.D.I.* 2012.1090.

<sup>261</sup> Voir Frédéric LAZAUD, « L'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme (Lecture de l'arrêt *Broniowski* à la lumière du protocole n°14) », *R.R.J.* 2005.2.913 : pour l'auteur « le choix semble avoir été fait de concentrer l'exercice du contrôle européen sur des affaires

Face à l'engorgement de son rôle<sup>262</sup> la Cour européenne a inauguré depuis 2004 et l'arrêt *Bronionski c. Pologne*<sup>263</sup> une nouvelle technique dite de l'arrêt pilote, qui a depuis été intégrée à l'article 61 du règlement de la Cour européenne<sup>264</sup>. Cette technique vise à traiter des groupes d'affaires identiques qui ont leur origine dans un problème sous-jacent commun. Ainsi, elle permet, à la Cour européenne, en présence d'un tel problème, de rendre un arrêt dans lequel elle indique à l'État concerné les mesures à prendre pour y mettre fin et surveille la mise en œuvre de sa décision. La décision qui en résulte a donc toutes les caractéristiques d'un arrêt de règlement<sup>265</sup>. Ce renforcement indéniable de la portée de la *Convention européenne* peut s'imposer comme une arme redoutable face aux législations contractuelles défailtantes des États parties. C'est d'ailleurs à ce titre que, dans la décision rendue dans l'affaire *Hutten-Czapska c. Pologne*, la Cour européenne s'est saisie de la législation polonaise en matière de baux d'habitations. Cette législation, héritée du régime communiste, prévoyait un système de contrôle de l'évolution des prix des loyers déconnecté de l'évolution du coût des charges d'entretien. De sorte que les bailleurs n'étaient pas en mesure de couvrir les dépenses liées à l'entretien de leurs biens avec les paiements qu'ils recevaient des preneurs. Constatant l'existence « de violations systémiques ou structurelles »<sup>266</sup> de la *Convention européenne*, elle décide alors que :

---

significatives tout en veillant à prévenir la répétition des condamnations. ».

<sup>262</sup> Voir David SZYMCZAK, « L'arrêt pilote : un remède efficace contre l'engorgement du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme... à condition de bien lire la notice ! », *J.C.P. A.* 2006.21.1111 : pour l'auteur l'arrêt pilote est « le remède qui [...] faisait tant défaut [à la Cour européenne] en vue de désengorger quelque peu son prétoire, tout en contribuant à améliorer dans le même temps les conditions d'exécution de ses arrêts par les États parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

<sup>263</sup> CEDH *Bronionski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V : obs. Peggy DUCOULOMBIER, *Europe des libertés* 2005.15.12 ; obs. Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, *R.T.D.H.* 2005.203 ; note Laurent SERMET, *R.G.D.I.P.* 2007.863 ; obs. Frédéric SUDRE et Hélène SURREL, *R.D.P.* 2005.758-809 ; obs. Paul TAVERNIER, *J.D.I.* 2005.544 ; *G.A.C.E.D.H.* n° 74.

<sup>264</sup> Règlement de la Cour européenne, art. 61 § 1 : « La Cour peut décider d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote et adopter un arrêt pilote lorsque les faits à l'origine d'une requête introduite devant elle révèlent l'existence, dans la Partie contractante concernée, d'un problème structurel ou systémique ou d'un autre dysfonctionnement similaire qui a donné lieu ou est susceptible de donner lieu à l'introduction d'autres requêtes analogues. ».

<sup>265</sup> Voir Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit des contrats au moyen des arrêts pilotes », *R.T.D. civ.* 2006.719.

<sup>266</sup> CEDH, *Hutten-Czapska c. Pologne* [GC], n° 35014/97, § 236, CEDH 2006-VIII : CEDH, *Hutten-*

« l'État défendeur doit avant tout, par des mesures légales et/ou autres appropriées, ménager dans son ordre juridique interne un mécanisme qui établisse un juste équilibre entre les intérêts des propriétaires, notamment en donnant à ceux-ci la possibilité de tirer un profit de leurs biens, et l'intérêt général de la collectivité – notamment en prévoyant suffisamment de logements pour les personnes les plus démunies –, conformément aux principes de protection du droit de propriété énoncés dans la Convention. »<sup>267</sup>.

Rompant ainsi avec la logique consistant à apprécier uniquement la situation du requérant prise individuellement, la Cour européenne s'autorise ainsi à réviser un régime juridique dans sa globalité, en précisant que :

« La procédure de l'arrêt pilote implique notamment – et cela est fondamental – que l'appréciation par la Cour de la situation dénoncée dans l'affaire « pilote » s'étende nécessairement au delà des seuls intérêts du requérant dont il s'agit et commande à la Cour d'examiner l'affaire aussi sous l'angle des mesures générales devant être prises dans l'intérêt des autres personnes potentiellement touchées »<sup>268</sup>.

Il faut donc composer aujourd'hui, comme le souligne M. Marguénaud, avec ce juge européen « de moins en moins juge et de plus en plus législateur »<sup>269</sup>.

## **B. Des incidences effectivement modestes sur le droit des contrats français**

**45. Des armes sublétales.** En réponse à une interrogation sur l'avenir du droit des contrats français confronté à l'action des juges strasbourgeois, un auteur répondait : « on

---

*Czapska c. Pologne* [GC], n° 35014/97, CEDH 2006-VIII : note David LEMÉTAYER, *J.D.I.* 2007.730 ; note Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2006.719.

<sup>267</sup> *Id.* § 239.

<sup>268</sup> CEDH *Hutten-Czapska c. Pologne* (Règlement amiable) [GC], n° 35014/97, § 33, 28 avril 2008 : obs. Emmanuel DECAUX et Paul TAVERNIER, *J.D.I.* 2009.1074 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2008.641.

<sup>269</sup> Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit des contrats au moyen des arrêts pilotes », *R.T.D. civ.* 2006.719.

peut dire que tous les instruments, toutes les armes [...], sont présents ; que ces armes n'ont pas encore beaucoup frappé le droit contractuel français »<sup>270</sup>. Il faut en effet constater, encore aujourd'hui, que malgré la multiplication du contentieux portant sur la matière contractuelle devant la Cour européenne, le droit des contrats français est relativement épargné. Il se trouve bien peu de décisions intéressant la matière et encore moins constatant une violation de la *Convention européenne*. À notre connaissance, dans la multiplicité des affaires mettant en cause la France, seules quelques-unes se rapportent – et encore indirectement – à la matière contractuelle<sup>271</sup>.

Ainsi, lorsque dans la décision rendue dans l'affaire *GALEC c. France*, la Cour européenne a été saisie de la conventionalité des dispositions de l'article L. 442-6 III du *Code de commerce*, elle a validé le régime législatif en cause. Rappelons sommairement que les dispositions en cause s'insèrent dans le régime encadrant la coopération commerciale – entre les fournisseurs et les distributeurs –, et qu'elles habilent le ministre de l'économie à exercer une action en nullité des clauses et contrats restreignant la concurrence. Concrètement, elles autorisent le ministre à exercer les actions normalement réservées à la partie victime. Considérées contraires aux dispositions de l'article 6 § 1 de la *Convention européenne* relatives au procès équitable, par certains commentateurs<sup>272</sup> et par certaines juridictions du fond<sup>273</sup>, en ce qu'elles autorisent le déclenchement d'une action par un tiers au contrat. Ces dispositions furent pourtant validées successivement par la Cour de cassation<sup>274</sup> et par le Conseil constitutionnel<sup>275</sup>. Saisi de la question les juges strasbourgeois

---

<sup>270</sup> Jean-Pierre MARGUENAUD, Fabien MARCHADIER, Judith ROCHFELD, Denis MAZEAUD et Jean-Sylvestre BERGE, « Le Titre III du Livre III du Code Civil a-t-il un avenir européen ? Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges, sous la direction de Jean-Pierre Marguénaud », *R.D.C.* 2011.1.229, (Jean-Pierre Margénaud).

<sup>271</sup> Voir Anne DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Préf. L. LEVENEUR, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2002, à la p. 434, n° 462 : pour l'auteur en matière contractuelle « les risques d'une condamnation du droit français par la Cour sont inexistantes ».

<sup>272</sup> Voir notamment Denys DE BÉCHILLON et Christophe JAMIN, « La Convention européenne des droits de l'homme au supermarché », *D.* 2007.2313 : les auteurs estimant « parfaitement fondée » l'affirmation de la contrariété de cette dispositions à la Convention européenne.

<sup>273</sup> Voir CA Versailles 3 mai 2007 et CA Anger 29 mai 2007 *D.* 2007.2433 : obs. Monique BANDRAC, *D.* 2007.2433.

<sup>274</sup> Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-16.761, *Bull. civ.* IV, n° 143 : note Coralie ANADON, *R.L.D.A.* 2009.35.50 ; note Aurélie BALLOT-LÉNA, *J.C.P. E.* 2008.38.33 ; note Monique BANDRAC, *D.*

prononcèrent sèchement une décision d'irrecevabilité au motif « que le grief tiré de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention est manifestement mal fondé », car « dans les circonstances visées par l'article L. 442-6 du code de commerce, le ministre agit avant tout en défense de l'ordre public économique qui n'est pas limité aux intérêts immédiats des fournisseurs. »<sup>276</sup>.

C'est sur le terrain des lois rétroactives que l'action des juges européens à l'égard du droit français a été la plus visible en matière contractuelle. On sait que la Cour européenne a affirmé, de longue date, son hostilité aux lois rétroactives lorsque l'État est mis en cause dans une procédure sur le fondement de l'article 6 § 1 de la *Convention européenne*<sup>277</sup>. Dès lors, on ne s'étonnera pas que dans une série de décisions remarquées, elle soit venue au secours d'emprunteurs exposés aux attermolements d'un législateur soumis aux pressions de certains établissements financiers<sup>278</sup>. Ainsi, lorsque le législateur français a voulu, par une loi<sup>279</sup>, prémunir les banques des effets d'un courant jurisprudentiel sanctionnant par la déchéance du droit aux intérêts le non respect d'une formalité

---

2008.3046 ; obs. Martine BEHAR-TOUCHAIS, *R.L.C.* 2008.17.43. ; note Éric CHEVRIER, *D.* 2008.2067 ; obs. Georges DECOCQ, *J.C.P. E.* 2009.30.23 ; obs. Yves SERRA, *D.* 2009.1441 ; note Frédéric TORT, *R.D.C.* 2008.1373 ; et Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-13.350, *Inédit* ; *adde* Corinne ROUGEAU-MAUGER, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du Ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *R.T.D. com.* 2010.653.

<sup>275</sup> Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-085 Q.P.C., *Rec. Cons. const.* p. 63 : « les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ».

<sup>276</sup> CEDH *GALEC c. France*, n° 51255/08, 17 janvier 2012 : obs. Martine BÉHAR-TOUCHAIS, *R.L.C.* 2012.31.39 ; note Anne Marie LUCIANI, *J.C.P. G.* 2012.741 ; obs. Marie MALAURIE-VIGNAL, *C.C.C.* 2012.4.19 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.D.C.* 2012.3.963.

<sup>277</sup> Voir CEDH *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, § 49, série A n°301-B : obs. Paul TAVERNIER, *J.D.I.* 1995.796 ; obs. Frédéric SUDRE, *J.C.P.* 1995.I.3823 : « Le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 (art. 6) s'opposent à toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige. » ; *adde* CEDH *Papageorgiou c. Grèce*, 22 octobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI ; et CEDH *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France* [GC], n° 24846/94 et n° 34165/96 à 34173/96, CEDH 1999-VII : *G.A.C.E.D.H.* n° 29.

<sup>278</sup> Voir notamment Thierry REVET, « Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.C.* 2006.2.289 : pour l'auteur le contentieux naît du fait que « l'article considéré a été dicté au député Auberger par le lobby des établissements bancaires, qui entendait, par là, mettre fin à un contentieux en pleine expansion, lourd d'inconvénients financiers pour certains établissements (pertes d'intérêts de prêts immobiliers finançant des immeubles à usage d'acquisition ou à usage mixte) ».

<sup>279</sup> *Loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, JO 13 avril 1996, p. 5707, art. 87.

informative<sup>280</sup>, bien que conforté par le Conseil constitutionnel<sup>281</sup>, il s'est heurté à l'opposition de la Cour européenne. C'est d'abord sur le terrain du droit au respect des biens que l'affaire s'est dénouée, puisque la Cour européenne affirme que « les requérants bénéficiaient d'un intérêt patrimonial en l'espèce qui constituait, sinon une créance à l'égard de leur adversaire, du moins une « espérance légitime », de pouvoir obtenir le remboursement de la somme litigieuse, qui avait le caractère d'un « bien » au sens de la première phrase de l'article 1er du Protocole no 1 »<sup>282</sup>. C'est ensuite sur le fondement du droit au respect au procès équitable qu'elle a trouvé une issue dans les affaires subséquentes, puisque la Cour européenne précisera que « la responsabilité de l'État est encourue tant en sa qualité de législateur, s'il fausse le procès ou influe sur le dénouement judiciaire du litige, qu'en sa qualité d'autorité judiciaire, du fait des atteintes au procès équitable et ce, y compris dans le cadre des litiges de droit privé entre particuliers. »<sup>283</sup>. La violation de la Convention a alors été constatée dans toutes les affaires.

C'est sur un autre de ses terrains de prédilection que la Cour européenne a déployé sa jurisprudence la plus audacieuse à l'égard de droit des contrats français. En effet, on se rappelle qu'elle avait stigmatisé les inégalités successorales entraînant une modification du droit français des successions dans la décision rendue dans l'affaire *Mazurek c. France*<sup>284</sup>.

---

<sup>280</sup> Voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 1994, n° 92-12.239, *Bull. civ.* I, n° 100 : obs. Henri HEUGAS-DARRASPEN et Frédéric SCHAUFELBERGER, *R.D.I.* 1995.364 ; et Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 juillet 1994, n° 92-19.187, *Bull. civ.* I, n° 262 : obs. Denis MAZEAUD, *Deffrénois* 1995.350 ; obs. Jean-Pierre PIZZO, *D.* 1995.314.

<sup>281</sup> Cons. const., 9 avril 1996, n° 96-375 D.C., *Rev. Cons. const.* p. 60.

<sup>282</sup> CEDH *Lecarpentier et autre c. France*, n° 67847/01, § 38, 14 février 2006 ; note Henri HEUGAS-DARRASPEN, *R.D.I.* 2006.458 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2006.261 ; note Christophe PETTITI, *R.T.D.H.* 2007.493 ; note Julien RAYNAUD, *J.C.P. E.* 2006.1208 ; note Gilles ROUZET, *Deffrénois* 2006.13.1102 ; obs. Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2006.1587 ; *adde* CEDH *Aubert et autres c. France*, nos 31501/03, 31870/03, 13045/04, 13076/04, 14838/04, 17558/04, 30488/04, 45576/04 et 20389/05, § 74, 9 janvier 2007 : obs. Anne DEBET, *R.D.C.* 2006.3.879.

<sup>283</sup> CEDH *Cabourdin c. France*, n° 60796/00, § 30, 11 avril 2006 ; CEDH *Vezon c. France*, n° 66018/01, § 30, 18 avril 2006 ; CEDH *Saint-Adam et Millot c. France*, n° 72038/01, § 21, 2 mai 2006 : note Gilles ROUZET, *Deffrénois* 2006.13.1102 ; obs. Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2006.1587.

<sup>284</sup> CEDH *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II : obs. Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT et Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2000.II.10286 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2000.311 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2000.429 ; obs. Jean MASSIP, *Deffrésnois* 2000.654 ; obs. Jean PATARIN, *R.T.D. civ.* 2000.601 ; obs. Philippe STOFFEL-MUNCK, *Dr. et Pat.* 2000.82.56 ; obs. Jean THIERRY, *D.* 2000.332 ; *G.A.C.E.D.H.*, n° 54.

Cette modification devait recevoir une forme d'application rétroactive dès lors qu'elle s'appliquait à l'égard des successions ouvertes mais non partagées au jour de son entrée en vigueur. C'est la conventionalité de ce droit transitoire qui a été testée dans les décisions rendues dans l'affaire *Fabris c. France*. En l'espèce, l'enfant né d'une relation adultérine s'était vu opposer les stipulations d'une donation partage réservant l'héritage aux enfants issus du mariage de son père ; pour y faire échec il décida d'invoquer la loi nouvelle, ce que les juges nationaux lui refusèrent<sup>285</sup>. Dans un premier temps les juges strasbourgeois ont semblé privilégier la stabilité des donations en délivrant un brevet de conventionalité au droit transitoire<sup>286</sup>. Pourtant, une telle mansuétude a été sévèrement condamnée ensuite par la Grande chambre de la Cour européenne qui a pour la première fois fait application de son considérant le plus redoutable à l'égard du droit des contrats français en décidant que « dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention »<sup>287</sup>.

Pour être retentissantes, les affaires dans lesquelles la Cour européenne met en cause le droit des contrats français n'en sont pas moins rares et ne touchent pas réellement le droit commun des contrats<sup>288</sup> et on sait qu'il faut se garder des généralisations hâtives en

---

<sup>285</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2007, n° 06-13.206, *Bull. civ.* I, n° 360 : obs. Florence LÉANDRI, *R.L.D.C.* 2007.36.57 ; obs. Stéphane PRIGENT, *A.J.D.I.* 2007.487.

<sup>286</sup> CEDH *Fabris c. France*, n° 16574/08, § 58, 21 juillet 2011 : obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2011.753 ; note Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2011.732 ; obs. Cécile PÉRÈS, *R.D.C.* 2012.32.

<sup>287</sup> CEDH *Fabris c. France* [GC], n° 16574/08, § 60, CEDH 2013 (extraits) : note Hélène APCHAIN, *J.D.I.* 2014.985 ; note Myriam DOUCET, *R.J.P.F.* 2013.3.37 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2013.358 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2013.333 ; note Alexandre PAULIN, *R.L.D.C.* 2013.103.57 ; obs. Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2013.1476.

<sup>288</sup> Voir Fabien MARCHADIER, « Le droit commun du point de vue du droit européen des droits de l'homme », *R.D.C.* 2014.3.553 : pour l'auteur « envisagé dans ses relations avec le droit interne et, ici, le droit commun des contrats, l'hésitation est permise. La jurisprudence contextualisée, voire hypercontextualisée de la Cour, représente en effet un sérieux obstacle à la généralisation. ».



la matière<sup>289</sup>. On ne conclura pourtant pas à son ineffectivité, mais il faut bien constater, encore aujourd'hui, que « la nécessité d'invoquer la Convention européenne pour garantir les droits et libertés dans le cadre contractuel, apparaît faible. »<sup>290</sup>.

### *§ III – La progression du contrôle de conventionalité opéré par la Cour de cassation*

**46. Le contrôle de conventionalité de la loi par la Cour de cassation : l'applicabilité directe de la *Convention européenne***<sup>291</sup>. L'admission d'un contrôle de la loi au regard de la *Convention européenne* n'était pas une évidence en droit français<sup>292</sup>. Certes, la primauté de la *Convention européenne* sur la loi nationale résulte de l'article 55 de la *Constitution*, en vertu duquel « [l]es traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. ». Pourtant, on sait que le Conseil constitutionnel avait refusé d'exercer un contrôle de la loi par rapport aux traités et accords internationaux<sup>293</sup>, il a donc fallu que les juridictions ordinaires – la Cour de cassation<sup>294</sup> et le

---

<sup>289</sup> Cf. Jean-Baptiste SEUBE, « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 43, à la p. 43.

<sup>290</sup> Anne DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Préf. L. LEVENEUR, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2002, à la p. 434, n° 462.

<sup>291</sup> Voir notamment Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 199 et suiv., n° 135 et suiv. ; *adde* Frédéric SUDRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », dans *Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme*, R.U.D.H. 1991.259.

<sup>292</sup> Cf. notamment Paul MATTER, concl. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 décembre 1931, *Recueil Sirey* 1932.I.131.

<sup>293</sup> Cons. const. 15 janvier 1975, n° 74-54 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 19, *G.D.C.C.* n° 15 : « si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci ».

<sup>294</sup> Voir Cass. Mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Bull. mixte*, n° 4 : note Jacques FOYER et Dominique HOLLEAUX, *Rev. Crit.* 1976.347 ; note David RUZIE, *Clunet* 1975.801 ; concl. Adolphe TOUFFAIT, *D.* 1975.497, *J.C.P.* 1975.II.18180 bis, *Gaz. Pal.* 1975.2.470.

Conseil d'État<sup>295</sup> – s'emparent de cette compétence. Ce n'est qu'en reconnaissant ensuite l'effet direct de la *Convention européenne*, que la Cour de cassation<sup>296</sup> devait s'imposer comme son juge de droit commun<sup>297</sup>, conformément d'ailleurs à ce qu'impose la Cour européenne elle-même depuis la décision rendue dans l'affaire *Van Oostervijck c. Belgique*<sup>298</sup> puisque « pour le juge européen toutes les normes de la Convention sont techniquement aptes à être directement appliquées »<sup>299</sup>. L'importance du contentieux qui en résulte n'est plus à démontrer<sup>300</sup>. Cependant, en matière contractuelle, les affaires illustrant la mise en œuvre de ce contrôle de conventionalité ont été longtemps rares, pour ne pas dire inexistantes<sup>301</sup>. Une telle situation pourrait évoluer sous l'effet de l'admission de l'autorité interprétative des décisions de la Cour européenne (A.), comme en témoigne un contentieux embryonnaire (B.).

#### A. L'admission de l'autorité interprétative des décisions de la Cour européenne

---

<sup>295</sup> Voir Cons. d'État Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, *Rec. Lebon* p. 190, concl. FRYDMAN : *G.A.J.A.* n° 87.

<sup>296</sup> Voir Cass. crim., 3 juin 1975, n° 75-90.687 *Bull. crim.*, n° 141 ; Cass. crim., 30 juin 1976, n° 75-93.296, *Bull. crim.*, n° 236.

<sup>297</sup> Cf. Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, « Convention européenne des droits de l'homme et droit interne », dans *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Némésis, 1992, p. 14.

<sup>298</sup> CEDH *Van Oostervijck c. Belgique*, 6 novembre 1980, § 33, série A no 40.

<sup>299</sup> Gérard COHEN-JONATHAN, « La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français », dans Frédéric SUDRE (dir.), *Le droit français et la convention européenne des droits de l'homme 1974-1992*, Kehl, Engel, 1993, p. 1, à la p. 6.

<sup>300</sup> Cf. notamment Jean-Pierre MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé – L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, coll. « Mission de recherche « Droit et Justice » », Paris, La documentation française, 2001 ; Anne DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Préf. L. LEVENEUR, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2002 ; Frédéric FERRAND, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française », *R.I.D.C.* 1995.3.691.

<sup>301</sup> Voir Anne DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Préf. L. LEVENEUR, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2002, à la 434, n° 462 : l'auteure constate que « la nécessité d'invoquer la Convention européenne pour garantir les droits et libertés dans le cadre contractuelle, apparaît faible. [...] les risques d'une condamnation du droit français par la Cour sont inexistantes. ».

**47. Le prolongement naturel du contrôle de conventionalité de la Cour de cassation.** On l'a dit, la Cour de cassation admet que l'ordre des droits de l'homme de la *Convention européenne* s'impose au droit français<sup>302</sup>. Pourtant, certains auteurs ont constaté les lacunes de cette acception qui pouvait conduire le cas échéant à une dénaturation de son interprétation par le juge européen<sup>303</sup>. Cette situation semble avoir aujourd'hui pris fin.

**48. La « révolution du 15 avril 2011 »**<sup>304</sup>. C'est à propos d'une question relative à la garde à vue, relevant donc du droit de la procédure pénale, que le mouvement a pris véritablement forme. En cette matière, la Cour européenne, dans les décisions rendues dans les affaires *Salduz c. Turquie*<sup>305</sup> et *Dayanan c. Turquie*<sup>306</sup>, avait imposé sur le fondement de l'article 6 paragraphe 1 de la *Convention européenne* la présence d'un avocat auprès des personnes gardées à vue dès le début de celle-ci. Inspirés par ces décisions, des avocats devaient saisir le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité

---

<sup>302</sup> Voir notamment Guy CANIVET, « La Cour de cassation et la CEDH », dans Catherine Teitgen-Colly (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque organisé les 26 et 27 octobre 2000*, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Bruylant/Némésis, 2002, p. 257, à la p. 260 : pour l'auteur « [c]haque fois que, dans son application concrète au cas d'espèces, une norme interne contrarie les garanties dont la Convention assure la sauvegarde, le juge quel qu'il soit, a fortiori le juge de cassation, doit interpréter ou écarter cette norme pour assurer prioritairement les garanties de la Convention » ; et COHEN-JONATHAN, « La place de la CEDH dans l'ordre juridique français », dans Frédéric SUDRE (dir.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992 : actes du colloque de Montpellier février 1993*, Kehl, Engel, 1994, p. 1, à la p. 5 : l'auteur rapporte une directive ministérielle précisant que l'article 55 de la Constitution « confère [à la Convention européenne] une autorité supérieure à la celle de la loi ; les justiciables peuvent donc l'invoquer devant les tribunaux qui sont tenus de l'appliquer. ».

<sup>303</sup> Voir notamment Anne DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Préf. L. LEVENEUR, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2002, à la 149, n° 131 : l'auteur constate « la méconnaissance volontaire de la jurisprudence européenne par le juge. » ; Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 146, n° 171 : l'auteur estime que la Convention européenne est « desservi » dans le cadre de son application verticale par le juge interne ; *adde* Philippe JESTAZ, Jean-Pierre MARGUÉNAUD et Christophe JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014.2061.

<sup>304</sup> Voir Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *R.T.D. civ.* 2011.725

<sup>305</sup> CEDH *Salduz c. Turquie* [GC], no 36391/02, CEDH 2008 : obs. Jean-François FLAUSS, *A.J.D.A.* 2009.872 ; *G.A.C.E.D.H.* n° 37.

<sup>306</sup> CEDH *Dayanan c. Turquie*, no 7377/03, 13 octobre 2009 : note Jean-François RENUCCI, *D.* 2009.2887 ; obs. Damien ROETS, *R.S.C.* 2010.231.

relative à la conformité à la *Constitution* du dispositif entourant la garde à vue, ce dernier prononcera alors la censure des dispositions en cause, mais réservera sa mise en œuvre à une date ultérieure<sup>307</sup>. S'ensuivra pourtant une condamnation de la France par la Cour européenne dans la décision rendue dans l'affaire *Brusco c. France*<sup>308</sup>. C'est alors que l'assemblée plénière de la Cour de cassation, va se prononcer sur ce dispositif pour le censurer dans une série d'arrêts rendue le 15 avril 2011, qui affirment de concert que « les États adhérents à cette Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ». Or, comme cela a été relevé :

« Il s'agit là de la reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour de Strasbourg, dont la conséquence véritablement révolutionnaire est la suivante : face à une difficulté donnée, le plus important n'est pas de savoir ce qu'en dit la loi votée par les représentants du peuple souverain, mais de s'assurer qu'un arrêt de la CEDH prononcé à l'encontre de l'un quelconque des quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe ne l'a pas tranchée, de manière bien établie, dans un sens différent ; et, en cas de réponse affirmative, d'appliquer la solution européenne sans attendre que le législateur veuille bien se donner la peine de l'adopter. »<sup>309</sup>.

Les conséquences de ces décisions dépassent donc de loin la seule matière pénale, il s'agit en réalité de la consécration d'une nouvelle source du droit qui pourra entraîner, le cas échéant la mise à l'écart de toute loi nationale. On mesure toute l'importance de cette décision à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne précédemment évoquée<sup>310</sup>.

## **B. Un contentieux embryonnaire**

---

<sup>307</sup> Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 Q.P.C., *Rec. Cons. const.* p. 179, *G.D.C.C.* n° 50.

<sup>308</sup> CEDH *Brusco c. France*, no 1466/07, 14 octobre 2010 : note Olivier BACHELET, *J.D.I.* 2011.1306.

<sup>309</sup> Philippe JESTAZ, Jean-Pierre MARGUÉNAUD et Christophe JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014.2061.

<sup>310</sup> *Supra* n° 36.

**49. Le contrôle de conventionalité du droit des contrats par la Cour de cassation.** Appelé à connaître des développements d'importances<sup>311</sup>, le contrôle de conventionalité de la Cour de cassation est encore modeste. C'est une nouvelle fois le droit des baux qu'il faut solliciter pour révéler l'emprise de la *Convention européenne* en matière contractuelle. Dans une affaire opposant un bailleur et son cocontractant un commerçant turc, le premier avait opposé au second sa nationalité pour le priver du droit au renouvellement de son bail en se fondant sur les dispositions de l'article L. 145-13 du *Code de commerce* – aujourd'hui abrogé – permettant de refuser ce droit aux ressortissants étrangers<sup>312</sup>. Lorsqu'elle fut saisie de l'affaire la Cour de cassation devait, fort logiquement, faire obstacle à l'application de cette disposition en se fondant sur la *Convention européenne*, en décidant que :

« l'article L 145-13 du code de commerce, en ce qu'il subordonne, sans justification d'un motif d'intérêt général, le droit au renouvellement du bail commercial, protégé par l'article 1er du 1er protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à une condition de nationalité, constitue une discrimination prohibée par l'article 14 de cette même Convention »<sup>313</sup>.

---

<sup>311</sup> Voir notamment Pierre CHEVALIER, « De nouveaux horizons pour le contrôle de conventionalité à la Cour de cassation », *Constitutions* 2014.350 : l'auteur s'interroge « Cour régulatrice du droit, la Cour de cassation ne devrait-elle pas dégager un nouveau cadre d'examen à l'exercice de son contrôle de conventionalité dont la proportionnalité de l'atteinte au droit fondamental invoqué pourrait être le critère ? Faut-il envisager que la Cour de cassation puisse censurer une juridiction du fond qui n'aurait pas soulevé d'office l'inconventionalité d'une situation juridique portant gravement atteinte à un droit fondamental ? ».

<sup>312</sup> *Code de commerce*, art. L. 145-13 : « Sous réserve des dispositions de la loi du 28 mai 1943 relative à l'application aux étrangers des lois en matière de baux à loyer et de baux à ferme, les dispositions de la présente section ne peuvent être invoquées par des commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers de nationalité étrangère, agissant directement ou par personne interposée, à moins que, pendant les guerres de 1914 et de 1939, ils n'aient combattu dans les armées françaises ou alliées, ou qu'ils n'aient des enfants ayant la qualité de Français. L'alinéa précédent n'est pas applicable aux ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen. ».

<sup>313</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ.* III, n° 194 : note Marie-Élodie ANCEL, *Dr. et Pat.* 2013.221.64 ; note Françoise AUQUE, *J.C.P. E.* 2012.3.1057 ; note Romain BOFFA, *J.C.P. N.* 2012.48.29 ; note Augustin BOUJEKA, *L.P.A.* 2012.58.8 ; note Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, *A.J.D.I.* 2012.111 ; note Marina FILIOL DE RAIMOND, *R.L.D.A.* 2011.66.24 ; obs. Hugues KENFACK, *J.C.P. N.* 2012.15.42 ; note Joël MONÉGER, *D.* 2012.532 ; note Cyril NOURISSAT, *J.C.P. E.* 2012.40 ; obs. Christine QUÉMENT, *R.L.D.A.* 2012.68.22 ; obs. Judith ROCHFELD, *R.D.C.*

\* \* \*

**50. Conclusion de la Section I.** En France, l'assujettissement du droit des contrats à l'autorité des droits fondamentaux est certain ; le contrôle de *fondamentalité* du droit des contrats progresse. Ainsi, les affaires dans lesquelles le droit des contrats est confronté aux droits fondamentaux se multiplient. De plus en plus souvent, le Conseil constitutionnel mesure sa conformité aux droits fondamentaux constitutionnels, la Cour européenne apprécie sa conformité aux droits fondamentaux conventionnels, et la Cour de cassation prolonge son action au niveau interne. Pour autant, assiste-t-on à de grands bouleversements formels ? Dans les faits rien ne permet de l'affirmer, les éruptions des droits fondamentaux projettent de simples jets de fondamentalisation dans le droit des contrats français. Ainsi, ce sont principalement des législations particulières qui imposent plus qu'elles ne disposent sont affectées. Alors, le conseil constitutionnel n'offre rien de plus qu'un reflet de constitutionnalisation du droit des contrats, la Cour européenne se contente d'irradier indirectement le droit français des contrats, mais c'est peut-être du côté de la Cour de cassation que se dessine une véritable évolution en la matière<sup>314</sup>.

\* \*

\*

---

2012.373 ; note Pierre ROMUALD, *J.C.P. N.* 2012.8.41 ; note Laurent RUET, *Defrénois* 2012.1.15 ; note Jean-Baptiste SEUBE, *R.D.C.* 2012.513.

<sup>314</sup> Voir Christophe JAMIN, « Cour de cassation : le fil et la pelote », *D.* 2015.1641 : l'auteur remarque « [l]a Cour de cassation a été originellement conçue comme le bras armé de la loi contre les juges. La Cour exerce plus une fonction de nature quasi législative que juridictionnelle et elle tient sa légitimité de sa proximité structurelle avec le législateur. Or le contentieux fondé sur les droits fondamentaux ne la met plus nécessairement au service de la loi. Tout au contraire, il inverse les rôles en plaçant celle-ci sous son contrôle ! » ; *adde.* Christophe JAMIN, « Juger et motiver », *R.T.D. civ.* 2015.263.

## Section II – Une subordination apparemment limitée au

### Québec

**51. L'autorité des droits fondamentaux dans un système unitaire : le contrôle de la constitutionnalité des lois**<sup>315</sup>. Au Canada, dès lors que les Chartes sont dotées d'une autorité de nature constitutionnelle<sup>316</sup>, l'effet vertical des droits fondamentaux se concrétise dans le contrôle de la constitutionnalité des lois. Sommairement, on peut rappeler que ce contrôle – d'inspiration étasunienne<sup>317</sup> – s'articule autour de la compétence de l'autorité judiciaire<sup>318</sup>, et que, le système judiciaire étant unitaire, toutes juridictions du Canada peuvent y procéder<sup>319</sup> car il n'existe pas, en principe<sup>320</sup>, de séparations entre les juridictions

---

<sup>315</sup> Cf. Henry BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit Constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° IV-4 et suiv. ; Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 290 et suiv. ; Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada – 2014 Student Edition*, Toronto, Carswell, n° 15-1 et suiv. ; *adde* Gil REMILLARD, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois au lendemain de la Loi constitutionnelle de 1982 », (1982) 42 R. du B. 565 ; et Gérald-A BEAUDOIN, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », (2003) 48 R..D. *McGill* 325.

<sup>316</sup> *Supra* n° 22 et suiv.

<sup>317</sup> Cf. José WOEHLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », (2000) 46 R.D. *McGill* 21 ; Luc B. TREMBLAY, « *Marbury v. Madison* and Canadian constitutionalism : Rhetoric and practice », (2003) 37 R.J.T. 375 ; *adde* *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, para. 12 : « Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada. ».

<sup>318</sup> Voir Henry BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit Constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° IV-5, pour qui le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois « découle de la nature des choses », et remonte à la décision *Valin c. Langlois*, [1879] 3 R.C.S. 1.

<sup>319</sup> Voir *Ontario (procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, para. 14 : « le système judiciaire canadien est, de façon générale, un système unitaire en vertu duquel les tribunaux provinciaux d'instance inférieure et supérieure qui ont compétence en première instance et en appel appliquent les lois tant fédérales que provinciales selon une structure hiérarchisée ayant à son sommet la Cour suprême du Canada ».

<sup>320</sup> Voir cependant Henry BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit Constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° X-65 et suiv. : selon les auteurs « [l']intégration du système judiciaire canadien se manifeste dans l'absence de toute distinction étanche entre juridictions constitutionnelle, administrative, criminelle ou civile. ».

constitutionnelles, judiciaires et administratives. En raison de sa compétence particulière<sup>321</sup>, c'est la Cour suprême du Canada qui exerce en cette matière l'influence la plus déterminante<sup>322</sup>. Concrètement, on distingue trois modalités pour le contrôle de constitutionnalité des lois<sup>323</sup>. En premier lieu, la procédure du renvoi prévue à l'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*<sup>324</sup>, qui permet aux gouvernements d'obtenir un avis constitutionnel de la Cour suprême sur une loi qui n'est pas encore entrée en vigueur ; cette procédure étant doublée, au Québec, par le mécanisme des avis consultatifs prévu par la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*<sup>325</sup> qui permet au gouvernement du Québec de soumettre des questions de tous ordres à cette Cour. Le système canadien offre surtout la possibilité pour toute personne, physique ou morale<sup>326</sup>, de soulever, au cours d'un procès, une exception d'inconstitutionnalité relative à la loi qui sert de fondement à l'action<sup>327</sup>. Enfin, le système permet la mise en œuvre d'une procédure d'action déclaratoire en inconstitutionnalité par toutes personnes, dont le principe a été reconnu par la Cour suprême dans l'arrêt *Thorson c.*

---

<sup>321</sup> Cf. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 101, en vertu duquel la Cour suprême est le tribunal d'appel général pour le Canada ; et *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 3 : « Tribunal de droit et d'équité du Canada, la Cour suprême du Canada est maintenue sous ce nom à titre de cour générale d'appel pour l'ensemble du pays et de tribunal additionnel propre à améliorer l'application du droit canadien. Elle continue d'être une cour d'archives. ».

<sup>322</sup> Voir *Amax Potash Ltd. Etc. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, p. 590 : « Les tribunaux ne mettront pas en doute la sagesse des textes législatifs qui, aux termes de la Constitution canadienne, relèvent de la compétence des législatures, mais une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs. » ; *adde Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, para. 49.

<sup>323</sup> Cf. Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 290 et suiv. ; et Gérard-A BEAUDOIN, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », (2003) 48 R.D. McGill 325, à la p. 329 et suiv.

<sup>324</sup> *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

<sup>325</sup> *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q. c. R-23.

<sup>326</sup> Cf. R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 ; et *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157.

<sup>327</sup> Voir R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 313 : « L'article 52 énonce le principe fondamental du droit constitutionnel, savoir la suprématie de la Constitution. De ce principe il découle indubitablement que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle [...]. Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle. ».



*Procureur général du Canada*<sup>328</sup>. Cette action est soumise à trois conditions cumulatives qui ont été synthétisée dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* : il doit y avoir un doute sérieux sur la validité de la loi, la personne doit être directement affecté par la loi ou avoir un intérêt particulier à sa validité<sup>329</sup>, et enfin l'action ne doit s'exercer qu'en l'absence d'autres moyens raisonnables de soumettre la question. Il faut souligner qu'au Québec, en vertu des articles 76 et 77 du *Code de procédure civile*, les deux dernières procédures doivent être précédées d'un avis, au procureur général, relatif à la prétention d'inconstitutionnalité<sup>330</sup>.

**52. Le constitutionnalisme et le droit des contrats.** Au Québec, les Chartes – canadienne et québécoise – s'imposent incontestablement dans la définition même du constitutionnalisme<sup>331</sup>. Pourtant, en droit québécois, l'avènement d'un contrôle de la loi par rapport aux instruments de protection des droits fondamentaux n'a semble-t-il pas bouleversé le droit civil<sup>332</sup>. Certes, nul ne conteste la suprématie des droits fondamentaux en

---

<sup>328</sup> *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, à la p. 161 : « À mon avis, la qualité pour agir d'un contribuable fédéral qui cherche à contester la constitutionnalité d'une loi fédérale est une matière qui relève particulièrement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des cours de justice, puisqu'elle se rapporte à l'efficacité du recours. ».

<sup>329</sup> *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236 ; *adde Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; et *Ministre de la justice (Can.) c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575.

<sup>330</sup> Cf. Daniel PINARD, « L'exigence d'avis préalable au procureur général prévu à l'article 95 du de procédure civile », (1990) 50 *R. du B.* 629.

<sup>331</sup> Voir notamment Gérard-A. BEAUDOIN, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique », dans ASSOCIATION CANADIENNE DE DROIT COMPARE ET ASSOCIATION QUEBÉCOISE DE DROIT COMPARE, *1998 Droit contemporain – Rapports canadiens au congrès international de droit comparé, bristol, 1998*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 399, à la p. 410 : l'auteur souligne que la Charte « est appelé à jouer un rôle extraordinaire dans notre vie juridique et judiciaire. Sur le plan constitutionnel, elle constitue l'événement majeure depuis l'adoption en 1867 par le Canada de la formule fédérale. Cette Charte constitue l'un des caractères fondamentaux de la Constitution canadienne. » ; *adde* « De la suprématie de la Charte canadienne des droits et libertés et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial », dans Gérard-A. BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées strasbourgeoises 1988*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 23.

<sup>332</sup> Voir Danielle PINARD, « Les dix ans de la *Charte Canadienne des droits et libertés* et le droit civil québécois : quelques réflexions », (1992) 24 *R.D. Ottawa* 193, à la p. 209 : pour l'auteur « on doit remarquer que la Cour suprême du Canada n'a à peu près pas eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité du droit civil québécois avec la *Charte canadienne*. » ; *adde* Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 359.

cette matière. Mais en réalité, il semble que les juges se soient attachés à organiser les rapports entre les deux sur les bases d'une forme d'union. Ainsi, on a pu qualifier de « pacifiques »<sup>333</sup> les relations entre la *Charte canadienne* et le *Code civil du Québec* (§ I), et le législateur a disposé l'« harmonie » du *Code civil du Québec* et de la *Charte québécoise* (§ II).

## *§ I – Les relations « pacifiques » entre la Charte canadienne et le Code civil du Québec*

**53.** Les relations entre la *Charte canadienne* et le *Code civil du Québec*, spécialement en matière contractuelle, sont-elles possibles ? L'interrogation naît moins du texte de la *Charte canadienne* que de l'observation de la réalité de son application. On sait que l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose sa suprématie et que son domaine d'application fixé à l'article 32(1) de la *Charte canadienne* vise l'activité législative, de sorte que lui sont assujetties « toutes les règles de droit adoptées par un gouvernement »<sup>334</sup>. Acte législatif, issu de l'activité parlementaire, le *Code civil du Québec* ne devrait pas pouvoir échapper à l'emprise potentielle de la *Charte canadienne* (A.). Pourtant, en pratique, elle n'a qu'un impact limité sur lui (B.).

### A. Une emprise potentielle

**54.** *Dolphin Delivery* : le *Code civil du Québec* dans le giron de la *Charte canadienne*. L'interprétation des dispositions de l'article 32(1) de la *Charte canadienne* est une question résolue<sup>335</sup> depuis la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *S.D.G.M.R.*

---

<sup>333</sup> Danielle PINARD, « Les dix ans de la *Charte Canadienne des droits et libertés* et le droit civil québécois : quelques réflexions », (1992) 24 *R.D. Ottawa* 193, à la p. 209.

<sup>334</sup> Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, à la p. 496.

<sup>335</sup> Voir France ALLARD, « L'impact du la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) *N.S. R. du B.* 1, à la p. 6 : l'auteure rapporte que l'on « s'est longuement interrogé sur la

c. *Dolphin Delivery Ltd.* Ainsi, on peut y lire, sous la plume du juge McIntyre, s'exprimant au nom de la majorité, que :

« l'art. 32 de la Charte mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la Charte. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative. Elle leur est applicable peu importe que leurs actes soient en cause dans des litiges publics ou privés. Il semblerait que ce n'est que dans sa législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis. »<sup>336</sup>.

Explicitant cette approche en la reliant à son effet sur le droit civil québécois, la juge Wilson, dans des motifs dissidents de la décision rendue dans l'affaire *McKinney c. Université de Guelph*, précise :

« Il semble [...] inévitable que toute loi, y compris le Code civil du Québec, soit assujettie à un examen fondé sur le par. 32(1) de la Charte. À cet égard, je ne vois aucune raison pour laquelle le Code civil peut être distingué des autres lois. »<sup>337</sup>.

De telles affirmations ne doivent pas surprendre car elles énoncent un fait difficilement contestable au regard du libellé des dispositions de l'article 32(1) de la *Charte canadienne*. D'ailleurs, si elles ont été discutées par certains, ce n'est pas tant au regard de la soumission du droit civil québécois à l'autorité de la *Charte canadienne*, qu'en raison de la distorsion introduite dans le contexte du bi-juridisme canadien entre son effet sur le droit codifié et son effet sur la common law<sup>338</sup>. Dès lors, il ne semble pas nécessaire de revenir sur la certitude de la règle posée.

---

portée d'application de la *Charte canadienne* en matière privée, tant en ce qui a trait aux rapports entre particuliers qu'à son application aux décisions des tribunaux, mais le rôle même de la *Charte canadienne* dans le domaine plus général du droit privé semble pour le moins résolu depuis la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.* » (références omises).

<sup>336</sup> *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, para. 34.

<sup>337</sup> *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, para. 147.

<sup>338</sup> Voir notamment Brian SLATERRY, « The Charter's Relevance to Private Litigation : Does *Dolphin Deliver* ? », (1986) 32 *R.D. McGill* 905, à la p. 916 et suiv. ; l'auteur souligne que « The *Civil Code* lays down the basic law governing relations between private individuals in Quebec. Generally speaking, all rights asserted by private persons against other persons or groups find their origins in the *Civil Code*, in the absence of legislation supplementing or overriding its provisions. In Quebec, then,

## B. Un impact limité

55. **Le Code civil du Québec : un droit neutre à l'égard de la Charte canadienne ?** On mesure aisément la portée de la règle posée, en ce qu'elle offre comme possibilités en termes de contestation du *Code civil du Québec*. Soumis à l'autorité de la *Charte canadienne*, il est exposé à une révision judiciaire constante. Pourtant, comme cela a pu être souligné, « [l']effet dévastateur qui était appréhendé au plan de la contestation des

---

whenever a private party seeks to justify the alleged infringement of the *Charter* rights of another individual, that justification is normally found in the provisions of the *Civil Code* itself or some other legislative instrument. It follows that in principle most private relations in Quebec are open to scrutiny under the *Charter*. » ; Ghislain OTIS, « The Charter, private action and the Supreme Court », (1987) 19 R.D. *Ottawa* 71, à la p. 87 : pour l'auteur « amazingly, the Justices of the Supreme Court of Canada do not appear to have realized that such a sharp distinction between the common law and statute law in applying the *Charter* could be of significant consequence for the civil law system of Quebec. Virtually the whole field of private legal relationships in Quebec is governed by the Civil Code or statutes. If the Court's reasoning in *Dolphin Delivery* is applied to characterize the Code under subsection 32(1), the *Charter* seems likely to have a broader scope in Quebec than in the common law provinces where judge-made law relating to private dealings is immune from direct constitutional challenge. » ; Yves DEMONTIGNY, « Le domaine des relations privées : un « no man's land constitutionnel », (1988) 22 R.J.T. 243, à la p. 248 et suiv. : pour l'auteur « [i]l faudrait donc conclure qu'au Québec, la très grande majorité des relations privées sont régies par la Charte, à l'inverse de la situation qui prévaut dans les autres provinces, pour la bonne et simple raison que la plupart des droits et des recours exercés par les citoyens québécois trouvent leur sources dans les dispositions du Code civil. » ; Yves-Marie MORISSETTE, « Certains problèmes d'applicabilité des Chartes des droits et libertés en droit québécois », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 1988, p. 1, à la p. 11 et suiv. : pour l'auteur « la distinction fait bon marché des sources du droit civil : elle confond droit et loi, ou du moins paraît-elle le faire. » ; Danielle PINARD, « Les dix ans de la *Charte Canadienne des droits et libertés* et le droit civil québécois : quelques réflexions », (1992) 24 R.D. *Ottawa* 193, à la p. 201 et suiv. : l'auteure remarque que « le Code civil québécois, d'origine législative, serait assujéti la *Charte canadienne*, alors que la common law, au sens strict de droit de source jurisprudentielle, ne le serait pas. » ; *adde* plus généralement Pierre AZARD, « La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec », (1965) 43 R. *du B. can.* 553 ; Jean-Louis BAUDOIN, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) 53 R. *du B. can.* 715 ; Raynald BOULT, « Aspects des rapports entre le droit civil et la « common law » dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (1975) 53 R. *du B. can.* 738 ; Ernest CAPARROS, « La Cour suprême et le Code civil », dans Gerald A. BEAUDOIN (dir.), *La Cour suprême du Canada, Actes de la conférence d'octobre 1985*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 107 ; Jean-Louis BAUDOIN, « La Cour suprême et le droit civil québécois : un bilan, un constat, une prospective », dans Gerald A. BEAUDOIN (dir.), *La Cour suprême du Canada, Actes de la conférence d'octobre 1985*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 125 ; Charles D. GONTHIER, « L'influence d'une cour suprême nationale sur la tradition civiliste québécoise », dans *Journées Maximilien-Caron - Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 4 ; Pierre-Gabriel JOBIN, « La Cour suprême et la réforme du Code civil », (2000) 79 R. *du B. can.* 27 ; Adrian POPOVICI, « Le rôle de la Cour suprême en droit civil », (2000) 34 R.J.T. 607.

dispositions du Code civil comme droit légiféré ne s'est pas produit »<sup>339</sup>. En effet, peu de décisions ont mis en œuvre la suprématie de la *Charte canadienne* à l'encontre du *Code civil du Québec*, et, à notre connaissance, aucune n'a porté sur la matière contractuelle. De nombreux facteurs ont été avancés pour expliquer cette situation, notamment « le caractère public et pénal de la Charte canadienne »<sup>340</sup>, l'absence de garanties proprement attachées au droit civil<sup>341</sup>, et surtout « la capacité du droit civil québécois de servir lui aussi comme outil de protection des droits et libertés »<sup>342</sup>. Tous contiennent sûrement une part de vérité, mais plus généralement, selon nous, c'est dans la portée du contrôle de constitutionnalité fondé sur la *Charte canadienne* qu'il faut rechercher les raisons profondes de cette immunité apparente du *Code civil du Québec*.

La soumission du législateur à l'autorité de la *Charte canadienne* ne signifie pas que toutes les lois qu'il adopte aient nécessairement à souffrir une contestation sur cette base, car « [t]he rights guaranteed by the Charter take effect only as restrictions on the power of government over the persons entitled to the rights. »<sup>343</sup>. C'est à dire que la *Charte canadienne* ne sera mise en œuvre que si le législateur s'immisce dans la conduite des particuliers, il faut donc que le législateur soit imputable au regard de la restriction des droits et libertés.

Ainsi, par exemple une loi criminalisant l'avortement devra être examinée sur ce fondement, parce que le législateur lui-même affecte les droits des femmes<sup>344</sup>. De la même manière, une loi qui proscrie certaines formes de publicité à l'égard de certaines catégories de personnes devra également être examinée sur le fondement de la *Charte canadienne*, parce

---

<sup>339</sup> France ALLARD, « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) N.S. R. du B. 1, à la p. 7.

<sup>340</sup> Danielle PINARD, « Les dix ans de la *Charte Canadienne des droits et libertés* et le droit civil québécois : quelques réflexions », (1992) 24 R.D. Ottawa 193, à la p. 232.

<sup>341</sup> *Id.*, à la p. 232.

<sup>342</sup> *Id.*, à la p. 232 ; *adde* Madelaine CARON, « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne ? », (1978) 56 R. du B. can. 197 ; et Benoit PELLETIER, « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur la spécificité québécoise », dans *Ordres juridiques et espaces marchands – Actes des colloques Ottawa/Nantes de 1994-1995*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, p. 75, à la p. 84 et suiv.

<sup>343</sup> Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada – 2014 Student Edition*, Toronto, Carswell, n° 37.2(h).

<sup>344</sup> *Cf.* R. c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

que le législateur entend ici régir le comportement des individus<sup>345</sup>. À cet égard, les dispositions du *Code civil du Québec* peuvent être contestées si elles portent atteinte à un droit protégé. C'est d'ailleurs ce que confirme la décision rendue dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. A.* S'agissant d'examiner la constitutionnalité des dispositions du *Code civil du Québec* relatives au partage du patrimoine familial qui excluent les conjoints de fait du bénéfice des droits accordés aux conjoints mariés ou en union civile, la Cour suprême n'hésite pas à soulever l'inconstitutionnalité des dispositions en cause, précisément parce qu'elle considère que le législateur crée, par son action, une atteinte aux droits protégés<sup>346</sup>.

Mais à l'inverse, lorsqu'une disposition législative n'a pas d'effet apparent sur les droits protégés par la *Charte canadienne*, qu'il s'agit d'une « intervention [du législateur] neutre à l'égard de la Charte »<sup>347</sup>, il semble qu'il ne soit pas possible d'obtenir qu'elle soit rendue inopérante sur ce fondement. À ce titre, par exemple, une disposition invitant à prendre des décisions reposant sur le critère de l'intérêt de l'enfant – tel que défini aux articles 30 du *Code civil du Bas-Canada* et aux articles 653 et 654 du *Code civil du Québec* (1980)<sup>348</sup> – ne peut se lire comme une restriction des droits protégés par le législateur<sup>349</sup>, il n'y a pas d'intervention suffisante de sa part pour retenir sa responsabilité. On ne peut soutenir que les actions des personnes privées qui contreviennent à la *Charte canadienne*, lorsqu'elles sont fondées sur une législation quelconque, entraînent automatiquement l'inconstitutionnalité de la législation en cause.

Plus précisément, au regard du domaine de l'étude, comme cela a été souligné, « [l]e fait que le législateur ait établi le principe de la liberté contractuelle dans le Code civil n'en fait pas pour autant l'auteur d'une clause discriminatoire qui serait incluse dans un

---

<sup>345</sup> Cf. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

<sup>346</sup> *Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] 1 R.C.S. 61.

<sup>347</sup> Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, à la p. 495.

<sup>348</sup> Voir art. 33 al. 1 *C.c.Q.* : « Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. ».

<sup>349</sup> Cf. *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141 et *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, à la p. 71 (j. L'Heureux-Dubé) : « Il semble évident que le critère du meilleur intérêt de l'enfant a une valeur neutre et qu'il ne peut, en soi, violer un droit protégé par la Charte ».

contrat conclu par des personnes privées »<sup>350</sup>. En réalité, le droit des contrats, contenu dans le *Code civil du Québec*, n'impose pas *a priori* aux particuliers de ne pas respecter les droits fondamentaux, il se contente de leur permettre d'agir<sup>351</sup>. Il faut saluer une telle distinction qui réserve l'application de la *Charte canadienne* dans son domaine véritable, celui des relations entre l'État et les individus.

## § II – L'« harmonie » du Code civil du Québec et de la Charte québécoise

**56.** Existe-t-il une hiérarchie entre la *Charte québécoise* et le *Code civil du Québec* ?<sup>352</sup> *A priori*, on peut le penser à la lecture de l'article 52 de la *Charte québécoise* en vertu duquel :

« Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte. ».

Pourtant, le *Code civil du Québec* dispose, dès le premier alinéa de la *Disposition préliminaire*, que :

« Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. ».

---

<sup>350</sup> Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, à la p. 495.

<sup>351</sup> Voir Benoît MOORE, « La théorie des sources des obligations : éclatement d'une classification », (2002) 36 *R.J.T.* 689, à la p. 703 : l'auteur observe que « [d]ans la création concrète d'un lien obligationnel, la loi ne peut [...] être une source autonome ; elle est nécessairement hétéronome d'un fait quelconque. ».

<sup>352</sup> *Infra* n° 111 et suiv.

De sorte que le rapport entre les deux textes est marqué du sceau de l'ambiguïté<sup>353</sup>. La primauté affirmée de la *Charte québécoise* sur le *Code civil du Québec* (A.), produit une harmonisation marginale (B.)

### A. Une primauté affirmée

**57. Une Charte quasi-constitutionnelle ayant préséance sur le *Code civil du Québec*.** La *Charte québécoise* est formellement une loi ordinaire<sup>354</sup>, sa primauté dans l'ordre juridique québécois découle essentiellement de son caractère quasi-constitutionnel<sup>355</sup>. Explicitement reconnu par la jurisprudence, ce caractère signifie alors que « La *Charte* n'est pas une loi ordinaire mise en vigueur par le législateur québécois au même titre que

---

<sup>353</sup> Voir notamment Adrian POPOVICI, « Repenser le droit civil : un nouveau défi pour la doctrine québécoise », (1995) 29 *R.J.T.* 545, à la p. 554, note 23 : pour l'auteur « [c]ette « harmonie », qui peut paraître évidente au premier abord, est, elle aussi, colorée par le principe de cohérence, évidemment, et devient plus évanescence suite à une seconde lecture, plus fouillé. » ; Adrian POPOVICI, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté ? », dans *Conférences Meredith – Lectures 1998-1999*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49, à la p. 51 : l'auteur s'interroge « Qu'en est-il de cette harmonie suggérée ? constatée ? ordonnée ? Quels sont les rapports entre le Code et la Charte ? Depuis huit ans je suis à la recherche de cette harmonie... et je n'ai pas encore trouvé... » (références omises) ; Michel COUTU et Pierre BOSSET, « La dynamique de la Charte – Étude n° 6 », dans *Après 25 ans – La Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 2, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, p. 261 : pour les auteurs « la Disposition préliminaire [...], pose d'une manière pour le moins ambiguë le problème des rapports entre les deux ensembles normatifs. » ; France ALLARD, « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë » », (2006) *N.S. R. du B.* 33, à la p. 37 : l'auteure souligne que « l'harmonie dans le rapport entre les deux textes n'en reste pas moins ambiguë » (références omises).

<sup>354</sup> Voir Pierre BOSSET, « La Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre constitutionnel québécois : « acte fondateur » ou « loi ordinaire » », (2006) 1 *B.Q.D.C.* 3, à la p. 3 : pour l'auteur « en dépit de la primauté dont plusieurs de ses dispositions jouissent par rapport aux autres lois, la Charte reste en principe une « loi ordinaire ». » ; voir cependant André MOREL, « La coexistence des Chartes canadiennes et québécoise : problèmes d'interactions », (1986) 17 *R.D.U.S.* 49, à la p. 54 : pour l'auteur la Charte « ne se présentait pourtant pas tout à fait comme une loi ordinaire, même si, d'un point de vue purement formel, elle était, comme toutes les autres lois, sujette à être modifiée, voire abrogée, en tout temps par le vote majoritaire de l'Assemblée nationale. ».

<sup>355</sup> Voir Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012, à la p. 61 et suiv.



n'importe quel autre texte législatif. »<sup>356</sup>. Concrètement, ce caractère permet de donner vie aux dispositions de l'article 52, en confirmant la préséance de la *Charte québécoise* sur les autres lois<sup>357</sup>.

Dans ce contexte, comment comprendre la *Disposition préliminaire* du *Code civil du Québec* ? Que signifie « l'harmonie » disposée ? Le *Code civil du Québec*, selon l'alinéa 2 de la *Disposition préliminaire*, « constitue le fondement des autres lois », doit-il alors être subordonné à la *Charte québécoise* ? À s'en tenir aux faits, on sait que la référence à l'harmonie résulte de l'action de groupes de pressions qui ont souhaité voir affirmer le statut particulier de la *Charte québécoise*<sup>358</sup>. On peut souligner également que selon le ministre de la Justice :

« La disposition préliminaire vise à caractériser, d'une façon générale, le Code civil. Le premier alinéa rappelle que le Code civil régit les personnes, l'exercice des droits civils, les rapports entre les personnes ainsi que les biens, mais qu'il le fait en harmonie avec les principes de la Charte des droits et libertés de la personne, loi de caractère fondamental qui inspire aussi le Code civil et qui exprime maints droits dont la portée et l'exercice sont prévus au Code civil. »<sup>359</sup>.

---

<sup>356</sup> Voir *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, para. 42 : « La *Charte* n'est pas une loi ordinaire mise en vigueur par le législateur québécois au même titre que n'importe quel autre texte législatif. Il s'agit plutôt d'une loi bénéficiant d'un statut spécial, d'une loi fondamentale, d'ordre public, quasi constitutionnelle, qui commande une interprétation large et libérale de manière à réaliser les objets généraux qu'elle sous-tend de même que les buts spécifiques de ses dispositions particulières. » ; *addé Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, para. 91 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, para. 27 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, para. 352,

<sup>357</sup> *De Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64, para. 45.

<sup>358</sup> Cf. Alain-François BISSON, « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill 539, à la p. 548 ; *addé* RESEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, *Mémoire sur le projet de loi 106 traitant du droit des personnes qui ont le malheur d'être bisexuelle*, Sillery, Réseau d'action et d'information pour les femmes, 1983, à p. 1 ; et QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE, Commission permanente de la justice, « Audition de personnes et d'organismes au sujet des projets de loi n° 106 et 107 », dans *Journal des débats : Commissions parlementaires*, n°29 (28 avril 1983), p. B-1632.

<sup>359</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, 3 tomes, Québec, Publications du Québec, 1993.

Y a-t-il lieu alors de considérer, comme Mme Samson, que « c'est pour confirmer le statut privilégié de la Charte québécoise dans l'ordre juridique québécois et assujettir le Code à ses dispositions qu'il a été fait mention de la Charte québécoise dans la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* »<sup>360</sup> ? Cette lecture semble trouver un certain écho dans la décision rendue dans l'affaire 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, dans laquelle la juge L'Heureux-Dubé rappelle que :

« Dans le domaine de la propriété et des droits civils, le Code civil, malgré son statut socio-politique de “constitution sociale”, demeure tout de même une loi adoptée par la législature provinciale. Par conséquent, à mon avis, la Charte a préséance sur le Code civil. C'est donc la Charte qui devient la toile de fond par rapport au Code civil, parce qu'elle a préséance sur tout le droit de source législative. »<sup>361</sup>.

De nombreux auteurs considèrent d'ailleurs que « la *Charte québécoise* peut invalider une disposition d'une autre loi, même du Code civil, qui y serait contraire. »<sup>362</sup>. Dès lors, il faut bien admettre que si une disposition du *Code civil du Québec* porte atteinte à un droit protégé par la *Charte québécoise* elle devra être rendue inopérante<sup>363</sup>, et il est sûrement souhaitable que cette primauté soit affirmée plus clairement comme le suggère Mme

---

<sup>360</sup> Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012, à la p. 36.

<sup>361</sup> 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, para. 90.

<sup>362</sup> France ALLARD, « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë » », (2006) N.S. R. du B. 33, à la p. 51 ; *adde* Louise LANGEVIN, « Les rapports entre la Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec: harmonie, interaction ou subordination? », (1994) *Le bulletin de la société de droit administratif du Québec* (Édition spéciale, « Quand le droit administratif croise le fer avec le nouveau Code civil du Québec ») 11 ; Robert P. KOURI et Charlotte LEMIEUX, « Les témoins de Jéhovah et le refus de certains traitements : problèmes de forme, de capacité et de constitutionnalité découlant du Code civil du Québec », (1995) 26 R.D.U.S. 77, à la p. 127.

<sup>363</sup> Voir André MOREL, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction », (1986) 17 R.D.U.S. 49, p. 55, l'auteur souligne à cette époque la rareté de la mise en œuvre de cette possibilité ; *adde* André MOREL, « la Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative du Québec », (1987) 21 R.J.T. 1, p. 22 ; France ALLARD, « la *Charte des droits et libertés de la personne* et le Code civil du Québec : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë » », (2006) N.S. R. du B. 33, p. 51 ; Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012, à la p. 57.

Samson<sup>364</sup>, car, en réalité, plus que l'affirmation de la primauté c'est sa concrétisation qui soulève des difficultés<sup>365</sup>.

## B. Une harmonisation marginale

**58. Une harmonisation réalisée dans la jurisprudence.** Les tribunaux assument la responsabilité de mettre en œuvre l'harmonie entre la *Charte québécoise* et le *Code civil du Québec*. Cette mission pourrait donc conduire à rendre inopérantes certaines dispositions du *Code civil du Québec*. Les juges n'hésitent pas à faire prévaloir la *Charte québécoise* sur n'importe quelle loi le cas échéant. D'ailleurs, en marge du *Code civil du Québec*, la décision rendue dans l'affaire *Chaoulli c. Québec (Procureur général)* illustre l'effet potentiel d'une mise en conformité de la loi avec la *Charte québécoise*.

Dans cette affaire était en cause la conformité des articles 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*<sup>366</sup> et 11 de la *Loi sur l'assurance hospitalisation*<sup>367</sup>, qui prévoyaient l'interdiction

---

<sup>364</sup> Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012, à la p. 373 et s. : pour l'auteure « Compte tenu de la confusion perceptible dans la jurisprudence, il serait toutefois souhaitable que le législateur affirme plus clairement encore dans la Charte la « hiérarchisation des sources de droit qui composent le « droit des droits et libertés de la personne » » (références omises).

<sup>365</sup> Voir Alain-François BISSON, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill*. 539, à la p. 560 : pour l'auteur « La vie quotidienne du droit est complexe et, quittant le terrain des opinions ou convictions doctrinales, si agissantes qu'elles soient parfois, il faut bien admettre que, quelles que soient la vigueur et l'ampleur des volontés du législateur-codificateur, seule l'épreuve judiciaire, avec tous les points de vue, intérêts et nuances de situation qui s'y manifestent, permettra d'en préciser et d'en mesurer la portée. ».

<sup>366</sup> *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., c. A-29, art. 15 (dans sa version alors applicable) : « Nul ne doit faire ou renouveler un contrat d'assurance ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat d'assurance par lequel un service assuré est fourni ou le coût d'un tel service est payé à une personne qui réside ou est réputée résider au Québec ou à une autre personne pour son compte, en totalité ou en partie. ».

<sup>367</sup> *Loi sur l'assurance hospitalisation*, L.R.Q., art. 11.1 (dans sa version alors applicable) : « Nul ne doit faire ou renouveler un contrat ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat par lequel a) un service hospitalier compris dans les services assurés doit être fourni à un résident ou le coût doit lui en être remboursé; b) l'hospitalisation d'un résident est la condition du paiement; ou c) le paiement dépend de la durée du séjour d'un résident comme patient dans une installation maintenue par un établissement visé dans l'article 2. ».

de souscrire des assurances privées pour l'obtention de soins de santé couverts par le régime d'assurance public québécois, avec les dispositions de l'article 1 de la *Charte québécoise*<sup>368</sup>.

La Cour d'appel du Québec, lorsqu'elle est saisie de la contestation rejette les demandes de parties tendant au prononcé de l'invalidité des dispositions évoquées ; elle fonde ses conclusions exclusivement sur une analyse de la conformité des dispositions en cause avec la *Charte canadienne* ; par ailleurs, elle insiste sur le *ratio legis* d'une telle interdiction qui est avant tout de fournir un accès égal aux soins aux citoyens<sup>369</sup>.

La Cour suprême adopte une démarche tout à fait différente, dans un arrêt très divisé elle va faire droit aux demandes des appelants. La juge Deschamps, au nom de la majorité, décide que « la prohibition porte atteinte à l'intégrité de la personne et qu'elle n'est pas justifiée par le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public ou par le bien-être général des citoyens du Québec. »<sup>370</sup>. Le raisonnement qu'elle adopte pour parvenir à cette conclusion repose exclusivement sur la *Charte québécoise*, à l'exclusion de la *Charte canadienne*<sup>371</sup>. Ainsi, elle considère à la fois que « le droit à la vie est [...] touché par les délais inhérents aux listes d'attentes »<sup>372</sup> générées par le système de santé public, et que ces mêmes délais « justifie[nt] de conclure à une atteinte au droit à l'intégrité de la personne. »<sup>373</sup> ; plus avant elle souligne l'absence de justifications de telles mesures pour enfin accueillir le pourvoi<sup>374</sup>. Les enseignements de cette décision sont multiples à la fois sur le plan symbolique et sur le plan juridique<sup>375</sup>, pourtant on retiendra seulement la consécration de la

---

<sup>368</sup> *Charte québécoise*, art. 1 : « Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne. Il possède également la personnalité juridique. ».

<sup>369</sup> *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 1205 (C.A.) : les motifs du juge Forget sont particulièrement fort à cet égard, ainsi il souligne : « La juge de première instance a conclu que « le droit d'avoir recours à un système parallèle privé de soins, [...] aurait des répercussions sur les droits de l'ensemble de la population ». L'État a choisi de privilégier les intérêts collectifs; l'atteinte a donc été faite en conformité avec les principes de justice fondamentale. ».

<sup>370</sup> *Chaoulli c. Québec (procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, para. 4.

<sup>371</sup> *Id.*, para. 26.

<sup>372</sup> *Id.*, para. 40.

<sup>373</sup> *Id.*, para. 43.

<sup>374</sup> *Id.*, para. 100.

<sup>375</sup> *Cf.* Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Charles-Maxime PANACCIO, « The asymmetrical

puissance de la *Charte québécoise* par les juges de la Cour suprême. Si le lien avec le droit des contrats est ténu – bien qu’il s’agisse en l’espèce de l’interdiction de certains contrats –, l’affaire éclaire, par la négative, la conception des rapports entre la loi et la *Charte québécoise* retenue par cette dernière.

Dans le cadre d’un examen de la conformité d’une loi par rapport à la *Charte québécoise* la Cour suprême n’hésite pas à faire prévaloir cette dernière, même sur une loi dont l’importance pratique est considérable, même sur une loi qui participe à la définition du système québécois. En définitive, c’est l’harmonie, entre le droit québécois et la *Charte québécoise*, qui voit sa portée dramatiquement revisitée bien qu’elle ne soit jamais évoquée dans l’affaire. Pourtant, un fait s’impose ; les juges n’ont, semble-t-il, jamais prononcé de décision d’invalidité à l’encontre d’une disposition du *Code civil du Québec*, sur le fondement de la *Charte québécoise*. Il faut admettre, avec Mme Allard, que « [l]e rapport d’harmonie entre les deux textes n’en est pas un de hiérarchie formelle mais de dépendance et de prévalence variable selon le contexte »<sup>376</sup>.

\* \* \*

**59. Conclusion de la Section II.** Au Québec, on s’épuiserait à tenter de trouver une décision dans laquelle les juges viendraient invalider une disposition du *Code civil du Québec* en matière contractuelle. Ni la *Charte canadienne*, ni la *Charte québécoise* n’ont servi, à notre connaissance, de fondement à une telle invalidation. Évidemment, on objectera que la *Charte québécoise* est issue d’un mouvement qui la lie irrémédiablement au *Code civil du Québec*, précisément parce qu’elle est issue des travaux de l’Office de révision du Code civil<sup>377</sup>. Mais

---

distinctness of the Charter of Human Rights and Freedoms in the post-Chaoulli era », (2006) N.S. R. du B. 217 ; Danielle PINARD, « Une malheureuse célébration de la Charte des droits et libertés de la personne par la Cour suprême du Canada : l’arrêt Chaoulli », (2006) N.S. R. du B. 421 ; Marco LAVERDIÈRE, « Chaoulli et les engagements internationaux du Canada en matière de protection des droits fondamentaux », (2007) 38 R.D.U.S. 1.

<sup>376</sup> France ALLARD, « La Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d’« harmonie ambiguë » », (2006) N.S. R. du B. 33, à la p. 39.

<sup>377</sup> *Infra* n° 76 et suiv.

ne faudrait-il pas aussi y voir une forme d'insaisissabilité du droit civil québécois par les droits fondamentaux ? Le droit civil québécois, et le droit des contrats en particulier, ne semblent offrir en réalité que peu de prise à l'autorité des droits fondamentaux constitutionnels.

\* \*

\*

\* \* \*

**60. Conclusion du Chapitre I.** En France et au Québec, la *fondamentalisation* des sources du droit des contrats annoncée par beaucoup et crainte par certains ne semble pas se produire. Certes, les droits fondamentaux s'imposent directement et indirectement comme une source du droit des contrats. Pourtant, les conséquences directes de la soumission du droit des contrats à un contrôle de *fondamentalité* si elles sont symboliquement fortes, demeurent néanmoins modestes dans les faits. Nos Codes – en matière contractuelle – restent largement intacts car ils ne portent que des normes habilitantes qui ne sont pas en elles-mêmes attentatoires aux droits fondamentaux. En France, l'assujettissement du droit des contrats à l'autorité des droits fondamentaux est certain. Ainsi, le juge constitutionnel, le juge européen et le juge judiciaire se trouvent unis dans la défense de l'ordre des droits fondamentaux qu'ils soient constitutionnel ou conventionnel. Cependant, les résultats tangibles d'une telle dynamique en matière contractuelle ne se manifestent que sous la forme de jaillissements d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité ponctuels. Au Québec, là aussi la situation est relativement claire. La primauté des droits fondamentaux tels qu'ils sont exprimés dans la *Charte canadienne* et dans la *Charte québécoise* est de moins en moins contestable. Mais, là aussi on ne voit pas de rupture fondamentale en matière contractuelle, le livre des obligations sort, à notre connaissance indemne de sa rencontre avec les Chartes. Dès lors, généralisant la formule de M. Molfessis on est tenté de dire que « [l]a source coule, mais encore point de signe d'irrigation. »<sup>378</sup>.

\* \*

\*

---

<sup>378</sup> Nicolas MOLFESSIS, « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs* 2003.105.89, à la p. 90, n° 4.

## Chapitre II – L'autorité incertaine des droits fondamentaux dans les contrats

**61. L'effet horizontal des droits fondamentaux : les individus débiteurs de la  
fondamentalité des contrats.** Conquis contre l'État, les droits fondamentaux peuvent-ils s'imposer aussi dans les relations interindividuelles ? En théorie, une telle possibilité séduit. Elle semble même logique : comment imaginer que des droits que l'État est tenu de respecter puissent être ignorés par les particuliers ? Refuser cette possibilité conduirait à un dédoublement de l'éthique difficilement acceptable dans nos sociétés, car comme le souligne M. Rivero, « celui qui n'échapperait à l'arbitraire de l'État que pour tomber sous la domination des puissance privées ne ferait que changer de servitude »<sup>379</sup>. À ce titre, les individus, seraient débiteurs du respect des droits fondamentaux à l'égard d'autres particuliers, c'est ce que l'on peut désigner sous le vocable d'effet horizontal.

En pratique, une telle approche divise. Elle « ne va pas de soi »<sup>380</sup> en droit français, et l'intersubjectivité des droits fondamentaux peine à s'imposer en droit québécois<sup>381</sup>. De sorte que le débat sur l'effet horizontal des droits fondamentaux, s'il apparaît dépassé pour certains<sup>382</sup>, ne semble pas devoir s'épuiser<sup>383</sup>. D'ailleurs, dans sa

---

<sup>379</sup> Jean RIVERO, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », dans *Mélanges René Cassin*, Paris, Pédone, 1971, p. 311, à la p. 322.

<sup>380</sup> Eric GARAUD, *Lamy droit du contrat*, v° *Étude 245 - La violation d'un droit fondamental*, n° 245-12.

<sup>381</sup> Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE, *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 357, à la p. 371 : l'auteur observe que « la jurisprudence est loin d'être constante. ».

<sup>382</sup> Voir Jean-Baptiste SEUBE, « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 43, à la p. 47 : pour l'auteur « ce débat est doublement dépassé. D'abord, parce que l'effet horizontal est admis en jurisprudence [...]. Ensuite, parce que les droits fondamentaux ne résultent pas uniquement de la CEDH est sont également pris en compte par des textes nationaux. ».

<sup>383</sup> Cf. Achim SEIFERT, « L'effet horizontal des droits fondamentaux – Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *R.T.D. eur.* 2013.801.



formulation même la notion ne fait pas consensus. Désignée sous les terminologies d'effet horizontal, d'effet relatif ou d'effet vis à vis des tiers – traductions du terme allemand *Drittwirkung* – on lui reproche de « rendre confus des concepts clairs »<sup>384</sup>, ou encore de minorer la part de l'intervention étatique dans la protection des droits fondamentaux<sup>385</sup>. Des clarifications peuvent alors être apportés afin de dégager la portée du devoir qui pèse sur les contractants en matière de respect des droits fondamentaux.

Les droits français et québécois se distinguent nettement dans ce domaine par l'accueil qu'ils font à cette possibilité. En droit français, on s'accorde à reconnaître le « défaut de conceptualisation de l'application horizontale des droits fondamentaux »<sup>386</sup>, qui conduit à une ambivalence (Section I) particulièrement regrettable. À cet égard, la clarté du droit canadien bien qu'elle entraîne une intersubjectivité limitée (Section II), doit être saluée.

---

<sup>384</sup> François RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles / Paris, Bruylant / L.G.D.J., 1990, n° 605.

<sup>385</sup> Voir notamment Julien RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. GARAUD, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2003, à la p. 90, n°57 : pour l'auteur « il faut admettre que la théorisation de l'effet horizontal des droits peut difficilement éluder la perspective d'un recours au juge, ce qui « verticalise » le débat. Il s'agit bien en effet de savoir si, dans un litige privé, un particulier peut invoquer devant un juge ordinaire la violation par un autre particulier de ses droits fondamentaux. » (références omises) ; Béatrice MOUTEL, *Essai sur la diffusion de la Convention EDH dans les rapports entre personnes privées*, Limoge, Faculté de droit et de sciences économiques, Université de Limoge, 2006, à la p. 13, n° 7 : pour l'auteure « l'emploi de l'expression « effet horizontal », par commodité, est inapproprié à la réalité de l'application de la Convention aux rapports interindividuels tant par la Cour de Strasbourg, que par les juridictions nationales. Devant la Cour européenne, le contentieux confronte nécessairement un Etat à un ressortissant, l'examen des litiges privés étant exclu de la compétence des organes conventionnels la requête aurait pour origine une contestation entre deux personnes privées. En pareille occurrence, le recours sera dirigé contre l'Etat, auquel sera imputé, non pas le fait de ses ressortissants, mais sa propre défaillance révélée par l'acte individuel. Par conséquent, l'emploi de la notion « effet horizontal » est inadéquat devant les organes du Conseil de l'Europe, dont les interventions ont un effet vertical. Le constat de violation est en effet adressé à l'Etat qui, par son comportement, a permis une immixtion dans l'exercice du droit garanti. S'agissant de la résolution du conflit par le juge national, l'introduction des dispositions européennes ne résultera pas de leur prétendu effet horizontal en droit interne, mais avant tout de l'application directe du texte européen aux litiges entre personnes privées au regard des obligations imposées par la Convention, et plus généralement de l'application directe d'une norme internationale dans l'ordre interne des Etats contractant. » (références omises) ; Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 22, n° 24 : selon l'auteur l'expression effet horizontal « ne permet pas de rendre compte et donc d'intégrer, avec clarté, le paramètre d'intervention de l'Etat. ».

<sup>386</sup> Achim SEIFERT, « L'effet horizontal des droits fondamentaux – Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *R.T.D.eur.* 2013.801.

## Section I – Un effet horizontal ambivalent en France

**62.** L'effet direct horizontal s'impose alors que rien ne l'impose<sup>387</sup>. Voilà posé la principale difficulté qui ressort lorsque l'on aborde l'étude de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux en France. Ainsi, on a pu souligner que « la notion même d'effet horizontal suscite des réflexions, dans la mesure où, pour évidente qu'elle soit, ses justifications théoriques n'apparaissent pas toujours avec netteté »<sup>388</sup>. En dépassant l'argument d'évidence, ne faut-il pas alors essayer de mettre à jour ses rouages ? Nous le croyons parce qu'une telle démarche devrait permettre de mesurer concrètement quelle est sa portée réelle en droit français. Il convient donc d'étudier, d'une part, l'admission de l'effet horizontal de la *Constitution* (§ I), et d'autre part la reconnaissance de l'exposition des contrats à la *Convention européenne* (§ II).

### § I – L'admission de l'effet horizontal de la Constitution

**63.** La distinction entre l'interprète et les destinataires de la *Constitution*. Il faut souligner, en premier lieu, que le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour apprécier la conformité d'un contrat en particulier à la *Constitution*<sup>389</sup>, et l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité ne change rien à l'affaire puisque même si elle est initiée à l'occasion d'un litige entre particuliers, elle ne permet que de soumettre une loi à un

---

<sup>387</sup> Voir Marie-Elodie ANCEL, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », dans Geneviève PIGNARRE (dir.), *Force subversives et forces créatrices en droit des obligations – Rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, coll. « Thème et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 121, à la p. 127, n° 8 : l'auteur jugeant que « [l']injection des droits de l'homme dans les relations interpersonnelle est *superflue* » (nos italiques).

<sup>388</sup> Hélène PAULIAT et Virginie SAINT-JAMES, « La notion d'effet horizontal », dans J.-P. MARGUENAUD (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour EDH sur le droit privé français*, Paris, La documentation française, 2001, p. 75, à la p. 75.

<sup>389</sup> Voir Pierre-Yves GADHOUN, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Nouv. Cah. Cons. Const.* 2011.31 : l'auteur rappelle que « compte tenu de son rôle de juge de la loi [le Conseil constitutionnel] n'est pas un juge du contrat. ».

examen de constitutionnalité<sup>390</sup>, et non le litige en lui-même. Il serait donc vain de chercher dans sa jurisprudence la mise en œuvre de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers. Certain déduit de cette incompétence *ratione materiae* que les particuliers ne pourraient solliciter la *Constitution* dans un litige privé<sup>391</sup>. Mais, faut-il vraiment conclure à l'ineffectivité de la *Constitution* dans les rapports entre particuliers à partir de l'incompétence du principal point d'émergence de la norme constitutionnelle<sup>392</sup> ? À dire vrai, une telle conclusion n'emporterait pas la conviction, tout d'abord, parce que plusieurs arguments théoriques semblent militer en faveur de l'admission de l'effet horizontal des droits constitutionnels (A.), mais surtout, parce que cette conclusion s'oppose à la réalité pratique des tribunaux de l'ordre judiciaire (B.).

### A. Une possibilité théorique

**64. Le texte de la *Constitution* peut suggérer un effet horizontal au juge constitutionnel.** Présentée par les promoteurs de la constitutionnalisation du droit comme une forme d'évidence<sup>393</sup>, l'application de la *Constitution* dans les rapports interindividuels peut se justifier. À cet égard, l'analyse des textes constitutionnels pourrait être d'un certain secours. À titre d'exemple, l'alinéa 5 du *Préambule de la Constitution de 1946* est

---

<sup>390</sup> Voir *Constitution* art. 61-1 al. 1 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. » ; *adde* Cécile PERES, « La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat », *R.D.C.* 2010.2.539 : s'interrogeant sur la possibilité de voir devenir le juge constitutionnel juge du contrat, l'auteure conclue que « l'analyse ne convainc pas ».

<sup>391</sup> Voir François LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *R.T.D. civ.* 1982.245.

<sup>392</sup> Voir Nicolas MOLFESSIS, « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs* 2003.105.89, n° 4 : l'auteur invite à opérer une distinction entre « le point d'émergence » et le « point d'aboutissement » de la norme constitutionnelle.

<sup>393</sup> Voir notamment Louis FAVOREU, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique – Grille d'analyse proposée pour le 15<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé », dans Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/P.U.A.M., 1998, p. 197, à la p. 199 : « les normes ou règles constitutionnelles ont des effets directs (ou même indirects) sur l'application du droit dans les relations entre l'État et les individus *comme dans les relations entre les individus.* » (nos italiques).

particulièrement emblématique en ce qu'il dispose que « nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances », suggérant clairement un effet horizontal de la norme constitutionnelle<sup>394</sup>. D'ailleurs, une telle formulation se retrouve à d'autres endroits, que l'on songe à la liberté syndicale proclamée à l'alinéa 6 du *Préambule de la Constitution de 1946*, au droit de grève de l'alinéa 7 du *Préambule de la Constitution de 1946*, ou enfin au droit de participation des salariés visé à l'alinéa 8 du *Préambule de la Constitution de 1946*<sup>395</sup>. On objectera sûrement qu'une telle approche limiterait l'application interindividuelle aux seules dispositions ayant explicitement cette vocation. Mais, plus avant, la jurisprudence constitutionnelle favorise indéniablement les « interactions entre le contrat privé et les droits fondamentaux »<sup>396</sup>. D'abord parce qu'elle impose la juridicité des normes constitutionnelles, on n'imagine pas que la liberté individuelle, le droit au respect de la vie privée, ou encore la liberté de conscience et de religion, dégagés par le Conseil constitutionnel, soient ignorés dans les relations interindividuelles<sup>397</sup>. De la même manière, parce que le Conseil constitutionnel en impose la technique de la réserve d'interprétation – qui suppose qu'une loi est valide si elle est interprétée dans le sens qu'il a précédemment établi – il invite le juge ordinaire à se faire « le garant d'une constitutionnalité préalablement admise sous condition »<sup>398</sup>. D'ailleurs, cet appel, le juge judiciaire semble l'accueillir assez largement.

---

<sup>394</sup> Voir Julien RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. GARAUD, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2003, à la p. 100, n°67 : pour l'auteur cette disposition appartient à « ces droits qui ne peuvent se concevoir que si leur dimension horizontale est reconnue. ».

<sup>395</sup> Voir Olivier DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2009, à la p. 62, n° 141 : l'auteur estime que le droit et de ceux qui « ne peuvent se concevoir que si leur dimension horizontale est reconnue. ».

<sup>396</sup> Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 27, n° 34.

<sup>397</sup> Voir Nicolas MOLFESSIS, « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs* 2003.105.89, à la p. 92 et suiv., n° 8 et suiv. : selon l'auteur « [l']essor du contrôle de constitutionnalité a ainsi pour corollaire une juridicisation des droits fondamentaux, qui devrait logiquement se manifester au-delà des seules décisions du Conseil, pour influencer, en aval, sur celles des juridictions ordinaires. La constitutionnalisation des droits de la défense, de la liberté individuelle, du droit au respect de la vie privée, de la notion d'économie des contrats, du principe de la responsabilité individuelle pour faute, de la liberté de conscience ou de religion, pourrait-elle rester sans incidence sur les jugements et arrêts à venir ? ».

<sup>398</sup> Voir Nicolas MOLFESSIS, « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel »,

## B. Une réalité pratique

**65. Le fait accompli contraint la réalité.** Si l'on ne saurait tirer argument du seul fait accompli, peut-on cependant nier une réalité ? D'évidence non. À cet égard, il faut bien constater que le débat sur l'application de la *Constitution* dans les rapports privés semble largement dépassé<sup>399</sup>. La multiplication des recours fondés sur le non respect d'une norme constitutionnelle devant les juridictions de l'ordre judiciaire en apporte un témoignage significatif.

D'ailleurs, l'argument constitutionnel est reçu de longue date par ces juridictions, certes il s'agissait alors de flétrir des clauses particulièrement attentatoires aux droits fondamentaux, mais l'audace doit être soulignée. Ainsi, dans une affaire Dame Burdy, portée devant le Tribunal civil de la Seine en 1947<sup>400</sup>, les juges n'hésitèrent pas à mobiliser l'alinéa 1 du *Préambule de la Constitution de 1946*<sup>401</sup> aux termes duquel : « pour conclure à l'illicéité d'une clause testamentaire selon laquelle : « si ma petite fille épousait un juif, je révoque le legs fait à son profit et j'en dispose au profit de l'œuvre des orphelins d'Auteuil ». On objectera que la solution retenue en matière d'effet horizontal était loin de faire l'unanimité. En effet, on n'oublie pas que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1978, dans l'affaire Dame Roy<sup>402</sup>, devait rejeter le recours fondé sur la violation « d'une

---

*Pouvoirs* 2003.105.89, à la p. 94, n° 10.

<sup>399</sup> Voir Olivier DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2009, à la p. 41, n° 95 : l'auteur constate que « non seulement la Cour de cassation n'hésite plus à recourir à l'argument constitutionnel dans ses arrêts, mais elle semble aussi parfois encourager les plaideurs à utiliser ce procédé. ».

<sup>400</sup> Trib. civ. Seine, 22 janvier 1947 : *D.* 1947.126, *Gaz. Pal.* 1947.I.67, *R.T.D. civ.* 1947.213 obs. René SAVATIER.

<sup>401</sup> *Préambule de la Constitution de 1946*, al. 1 : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. ».

<sup>402</sup> Cass. Ass., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Bull. Ass.* n° 1 : concl. Robert SCHMELCK et note Philippe ARDANT, *D.* 1978.541 ; rapp. SAUVAGEOT et note LINDON, *J.C.P.* 1979.II.19009 ; *G.A.J.C.* 1, n° 31.

liberté fondamentales garantie par la Constitution, comme la liberté de mariage » visant à l'annulation du licenciement d'une institutrice divorcée par un établissement catholique.

Pourtant, aujourd'hui, les références à la *Constitution* dans les décisions de la Cour de cassation – quelques soient leurs significations – ne manquent pas. À titre d'exemple, on sait que le devoir d'information du médecin à l'égard de son patient « trouve un fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »<sup>403</sup>. De la même manière, on constate que l'annulation des clauses de non concurrence injustifiées est prononcée au visa du « principe constitutionnel de la liberté du travail »<sup>404</sup>.

Quelle que soit l'appréciation que l'on porte sur le phénomène, il faut constater que les particuliers semblent admis à invoquer une norme constitutionnelle dans les relations interindividuelles.

## § II – *La reconnaissance de l'exposition des contrats à la Convention européenne*

**66.** « Une affaire prioritairement interne »<sup>405</sup>. Faut-il soumettre les contractants au respect de la *Convention européenne* ? *A priori*, son texte ne semble pas l'imposer car on a vu qu'en théorie il oblige principalement les États<sup>406</sup>. Ce constat, quelle que soit sa force de persuasion<sup>407</sup>, ne reflète pourtant pas la réalité. La Cour européenne suggère indéniablement

---

<sup>403</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.* I, n° 249 : note Olivier CACHARD, *J.C.P. G.* 2002.10045 ; note Cyril CLÉMENT, *L.P.A.* 2001.243.15 ; note Jean GUIGUE, *Gaz. Pal.* 2001.329.53 ; obs. Remy LIBCHABER, *R.T.D. civ.* 2002.176 ; note Franck MARMOZ, *L.P.A.* 2002.52.17 ; obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, *R.T.D.civ.* 2002.507 ; note Éve NAHON, *Gaz. Pal.* 2002.46.25 ; rapp.Pierre SARGOS, *D.* 2001.3470 ; note Dominique THOUVENIN, *D.* 2001.3470 ; *G.A.J.C.* 1 n° 12.

<sup>404</sup> Voir notamment Cass. soc., 19 novembre 1996, n° 94-19.404, *Bull. civ.* V, n° 392 : obs. Gérard COUTURIER, *Dr. soc.* 1997.95.

<sup>405</sup> Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 143, n° 165.

<sup>406</sup> *Supra* n° 36 et suiv.

<sup>407</sup> Voir Marie-Elodie ANCEL, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques

le contrôle des stipulations contractuelles (A.), mais surtout, les juridictions internes s'autorisent un contrôle direct des stipulations contractuelles (B.).

### A. Le contrôle suggéré des stipulations contractuelles par la Cour européenne

**67.** « L'irresponsabilité conventionnelle de la personne privée »<sup>408</sup>. Il faut rappeler que, en principe, la Cour européenne des droits de l'homme ne peut connaître des litiges interindividuels<sup>409</sup>, et ce pour deux raisons. D'abord, l'article 34 de la *Convention européenne* fixe de manière explicite les conditions des recours individuels, ainsi, en vertu de cette disposition :

« La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la

---

(droit communautaire et droits fondamentaux) », dans Geneviève PIGNARRE (dir.), *Force subversives et forces créatrices en droit des obligations – Rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, coll. « Thème et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 121, à la p. 127 et suiv., n° 9 et suiv. : pour l'auteure « [o]n peut bien sûr s'essayer à lire certains articles de la Convention dans l'optique d'une application « horizontale ». Cette entreprise pourra donner certains résultats [...]. Mais il est possible aussi d'y voir l'amorce de la théorie des obligations positives [...]. Surtout, cette entreprise bute sur un argument que l'on ne peut écarter d'un revers de la main : jamais les rédacteurs de la Convention n'ont envisagé qu'elle puisse avoir un effet dans les litiges entre les particuliers. » (références omises).

<sup>408</sup> Béatrice MOUTEL, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français – Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse de doctorat, Limoge, Université de Limoge, Faculté de droit et de sciences politiques, 2006, p. 75, n° 87 et suiv. ; adde Marc-André EISSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : Une mise à jour », dans *René Cassin – Amicorum Discipulorumque Liber*, t. 3 « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », Paris, Pédone, 1971, p. 151, à la p. 155 ; Hélène PAULIAT et Virginie SAINT-JAMES, « La notion d'effet horizontal », dans J.-P. MARGUENAUD (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour EDH sur le droit privé français*, Paris, La documentation française, 2001, p. 75, à la p. 80 ; Dean SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Préf. P. LAMBERT, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1995, à la p. 42.

<sup>409</sup> Voir cependant Jonathan L. SHARPE, « Article 50 », dans Louis-Edmond PETITTI, Emmanuel DECAUX et Pierre-Henri IMBERT (dir.), *La convention européenne des droits de l'Homme Commentaire article par article*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Economica, 1999, p. 809, à la p. 809 : l'auteur révèle qu'une telle possibilité avait été envisagée indirectement au moment de la rédaction de la *Convention européenne*, mais fut abandonnée lors de la version finale.

Convention ou ses Protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à ne pas entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».

Par ailleurs, De la même manière, les recours des États ne peuvent pas être dirigés contre une personne privée, ainsi, en vertu de l'article 33 de la *Convention européenne* :

« Toute Haute partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses Protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante ».

En pratique, la jurisprudence des organes strasbourgeois confirme très largement ce principe, dès lors qu'ils prononcent des décisions d'irrecevabilité des requêtes dirigées contre les personnes privées<sup>410</sup>. Un particulier ne peut donc se voir reprocher une violation de la *Convention européenne* devant les organes strasbourgeois.

**68. Une restriction de nature procédurale<sup>411</sup>.** Les organes strasbourgeois grâce à l'effort d'interprétation dynamique<sup>412</sup> caractéristique de leur volonté de faire prévaloir l'effectivité des droits protégés<sup>413</sup>, ont pu très largement contourner l'incompétence *rationae*

---

<sup>410</sup> Cf. notamment com.EDH X c. *Royaume-Unie* (déc.), n°6956/75, décision de la Commission du 10 décembre 1976, DR 8 ; et com.EDH *Durini c. Italie* (déc.), n°19217/91, décision de la Commission du 12 janvier 1994, DR 76-B. Dans les deux cas la commission rejette le recours à la Cour européenne sur le fondement d'une incompétence *rationae personae*, car les requêtes sont dirigées contre des personnes privées.

<sup>411</sup> Voir Dean SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Préf. P. LAMBERT, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1995, p. 42 : pour l'auteur « les clauses procédurales de la Convention sont rédigées dans une perspective radicalement différente de celle de l'effet direct et par conséquent, les restrictions qu'elles comportent doivent être considérées ici comme sans pertinence. » ; et Sandrine CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel – Contrat et Convention européenne des droits de l'Homme », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 225, à la p. 235 : pour l'auteure la « restriction formulée par l'article 34 de la Convention européenne ne constitue qu'une règle procédurale qui énonce les conditions de mise en œuvre de l'effet vertical de ce traité, elle n'exclut pas que la Convention puisse produire un effet horizontal direct. » ; et

<sup>412</sup> Voir Patrice ROLLAND, « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme », dans Dominique ROUSSEAU et Frédéric SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme – Actes du colloque de Montpellier des 20 et 21 janvier 1989*, Paris, STH, 1990, p. 70 : l'auteur définit l'interprétation dynamique comme « celle qui, partant du texte de la Convention, en tire une conception élargie des droits proclamés, voir l'existence de droits qui n'ont pas été primitivement perçus comme en faisant partie. ».

<sup>413</sup> Cf. CEDH *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 24, série A n° 32 : obs. Robert PELLOUX, *A.F.D.I.* 1980.323 ; obs. Patrice ROLLAND, *J.D.I.* 1982.187 ; *G.A.C.E.D.H.* n° 2. : « La Convention a pour



*personae* imposée par le texte conventionnel. Ainsi, on l'a noté sous réserve d'imputabilité à l'État de l'action des particuliers<sup>414</sup>, ils peuvent connaître des violations de la *Convention européenne* commises par des particuliers à travers le mécanisme des obligations positives<sup>415</sup>. Mais plus généralement, le fondement de l'effet direct horizontal pourrait se trouver dans les dispositions de l'article 1 de la *Convention européenne*<sup>416</sup>, aux termes desquelles :

« Les hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre 1 de la présente convention ».

Ou plus précisément, dans sa rédaction telle qu'elle résulte de la version anglaise :

« The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention ».

C'est ce que suggère la Cour européenne elle-même dès 1975 dans la décision rendue dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, lorsqu'elle énonce en interprétant l'article 1 que :

« A la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée

---

objectif de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs ».

<sup>414</sup> Voir Béatrice MOUTEL, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français – Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse de doctorat, Limoge, Université de Limoge, Faculté de droit et de sciences politiques, 2006, p. 77, n° 90 et suiv. : pour l'auteure la question de l'imputabilité de l'atteinte à un droit protégé par la *Convention européenne* apparaît comme étant centrale au regard de son effet dans les relations entre les particuliers.

<sup>415</sup> *Supra* n° 41 et suiv.

<sup>416</sup> Voir Dean SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Préf. P. LAMBERT, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Bruylant / Nemesi, 1995, à la p. 34 : pour l'auteur « [l']effet horizontal direct peut en outre être basé sur le texte de la Convention elle-même [...] d'après la version anglaise de l'article 1<sup>er</sup> » ; et Béatrice MOUTEL, *Essai sur la diffusion de la Convention EDH dans les rapports entre personnes privées*, Limoge, Faculté de droit et de sciences économiques, Université de Limoge, 2006, à la p. 59 et suiv., n° 66 et suiv. : l'auteure remarque que « [s]i l'effet horizontal a été longtemps présenté comme résultant des obligations positives, une évolution jurisprudentielle vient nuancer la simplicité apparente de cette construction prétorienne. La Cour de Strasbourg a déduit de l'article 1 une obligation positive générale lui permettant d'imposer la protection de tous les droits consacrés et de justifier l'effet horizontal de certains d'entre eux. » (références omises).

des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une "garantie collective" [...] En substituant le mot « reconnaissent » à « s'engagent à reconnaître » dans le libellé de l'article 1 (art. 1), les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroît que les droits et libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des États contractants [...]. Leur intention se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée à l'ordre juridique interne [...]. La Convention ne se contente pas d'astreindre les autorités suprêmes des États contractants à respecter elles-mêmes les droits et libertés qu'elle consacre ; ainsi que le montrent l'article 14 (art. 14) et la version anglaise de l'article 1 (art. 1) ("shall secure"), elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou corriger la violation aux niveaux inférieurs. »<sup>417</sup>.

D'ailleurs, avec la décision rendue dans l'affaire *Kursbid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, la Cour européenne semble avoir franchi un pas décisif relativement à la mise en œuvre de cette disposition en matière contractuelle, puisqu'elle établit un lien entre l'application de l'article 10 de la *Convention européenne* aux litiges entre personnes privées et l'article 1 de la *Convention européenne*<sup>418</sup>. C'est donc en raison de l'obligation faite à l'État de reconnaître, à toute personne relevant de sa juridiction, les droits protégés par la *Convention européenne*, que la Cour peut conclure à la violation d'une de ses dispositions en raison de l'interprétation qui est faite par une juridiction nationale d'un acte juridique privé, et donc un contrat. La certitude s'installe donc nettement que : « l'État doit faire respecter dans les contrats les droits qui ont vocation à s'appliquer dans les relations interindividuelles »<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> CEDH *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 239, série A n° 25.

<sup>418</sup> CEDH *Khursbid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, n° 23883/06, § 33, 16 décembre 2008 : note Cyril GRIMALDI, *R.D.C.* 2010.1.131 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2009.281 ; note Julien RAYNAUD, *A.J.D.I.* 2009.438 ; obs. Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2009.27 : « The Court finds that the responsibility of the respondent State within the meaning of Article 1 of the Convention for any resultant breach of Article 10 may be engaged on this basis. ».

<sup>419</sup> Laurent ABADIE, « Convention européenne des droits de l'homme et contentieux contractuel », *Dr. et pat.* 2010.194.73.

## B. Le contrôle direct des stipulations contractuelles par les juridictions internes

**69. L'application de la *Convention européenne* par les juridictions internes.** Les données du problème sont sensiblement différentes pour les juridictions internes, ici la question n'est pas de savoir si elles peuvent appliquer la *Convention européenne* dans les litiges interindividuels, mais si elles le doivent<sup>420</sup>. Cette question appelle assurément une réponse nuancée, pourtant on ne peut que constater, là aussi, qu'elle est largement dépassée par la pratique. Divers arguments ont pu être avancés au soutien de la thèse de l'applicabilité de la *Convention européenne* dans les litiges interindividuels.

Certains déduisent de son effet direct sur le droit interne sa capacité à être appliquée dans les litiges interindividuels<sup>421</sup> ; en somme, c'est la soumission du droit des contrats à la *Convention européenne* qui justifierait son application dans les litiges interindividuels. On a pu également déduire de certaines dispositions de la *Convention européenne* sa capacité à être appliquée dans les litiges interindividuels, plus spécialement de l'article 1<sup>422</sup>, de l'article 13<sup>423</sup> et de l'article 17<sup>424</sup>, en ce qu'ils viseraient les personnes

---

<sup>420</sup> Frédéric SUDRE, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Adeline GOUTTENOIRE et Michel LEVINET avec la collab. de Gérard GONZALES, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2011, à la p. 37 : les auteurs remarquent que « la question de l'applicabilité de la Convention aux relations entre personnes privées se pose dans des termes très différents. L'effet horizontal de la Convention se confond ici avec la question de l'applicabilité directe en droit interne de la norme conventionnelle et, partant de l'application de celle-ci par les tribunaux internes à des litiges privées. ».

<sup>421</sup> Voir notamment Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE, « Convention européenne des droits de l'Homme en droit interne : primauté et effet direct », dans Louis-Edmond PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme – Actes de la journée de Lille du 16 novembre 1991*, coll. « Droit et justice », Bruxelles, Nemesis, 1992, p. 11, à la p. 14 : « La Convention fait partie de la légalité que le juge doit respecter et, par conséquent, l'effet direct des droits garantis est autant vertical qu'horizontal ».

<sup>422</sup> *Convention européenne*, art. 1, Obligation de respecter les droits de l'Homme : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

<sup>423</sup> *Convention européenne*, art. 13, Droit à un recours effectif : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. ».

<sup>424</sup> *Convention européenne*, art. 17, Interdiction de l'abus de droit : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la

privées<sup>425</sup>. Pourtant, on ne peut nier qu'il y a une forme d'ambiguïté qui affecte la *Convention européenne*, qui découle peut-être du caractère moniste du système français<sup>426</sup>, mais plus généralement du simple fait qu'elle a été initialement conçue pour régir les rapports entre l'État et les citoyens, et n'entendait pas consacrer des « droits de l'Homme contractant »<sup>427</sup>.

Dès lors, ce sont des arguments d'opportunité qui peuvent emporter la conviction ; il en est ainsi de l'argument tiré de l'existence d'un principe de finalité de la *Convention européenne* qui vise en toute matière au respect de l'autre<sup>428</sup>, mais surtout, il en est ainsi de l'argument tiré de l'existence d'un principe d'unité, qui viserait à combattre le « dédoublement d'une éthique sociale »<sup>429</sup> en imposant les mêmes exigences *mutatis mutandis* aux États et aux particuliers.

---

destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention. ».

<sup>425</sup> Voir notamment Dean SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Préf. P. LAMBERT, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1995, à la p. 34 : l'auteur se fonde sur l'article 1 de la Convention ; Anne DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Préf. L. LEVENEUR, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2002, à la p. 68, n° 59 : l'auteure relève à ce titre le Préambule de la Convention, et les articles 1, 8, 11, 13, et 17 ; Julien RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. GARAUD, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2003, à la p. 92, n° 59 : pour l'auteur « [c]ertains articles de la Convention peuvent être utilisés afin de se convaincre de la propension de celle-ci à influencer horizontalement sur la vie juridique. ».

<sup>426</sup> Voir Pierre MAYER, « L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme », dans Mireille DELMAS-MARTY et Claude LUCAS DE LEYSSAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2<sup>ème</sup> ed., coll. « Essais », Paris, Seuil, 2002, p. 303, à la p. 304 : pour l'auteur « [l']inconvenient du système moniste est de laisser subsister une ambiguïté qui affecte souvent les dispositions des conventions relatives aux droits de l'homme. Il ne faut pas oublier qu'un traité n'est d'abord une source de règles de droit, mais une source d'obligations entre les États parties au traité, de même qu'un contrat est une source d'obligations entre les parties qui l'ont conclu. ».

<sup>427</sup> Jacques MESTRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », *E.R.P.L.* 1994.2.31, à la p. 44, n° 24 : l'auteur rappelle que les magistrats peuvent avoir « le sentiment que la Convention européenne et son protocole additionnel n° 1 n'avaient pas eu en vue les droits de l'Homme contractant et que les appliquer dans ces cas serait donc les doter d'une portée exagérée et, à terme, tout à fait redoutable. ».

<sup>428</sup> Voir notamment Patrick DE FONTBRESSIN, « L'effet horizontal de la Convention européenne des Droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », dans *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 157, à la p. 163 : pour l'auteur « [l']horizontalité, comme la verticalité du lien, poursuivent une finalité commune : les individus, comme les États, sont les codébiteurs d'une même obligation de résultat : celle du respect de l'Autre, sans laquelle, à terme, ne sauraient subsister ni individu, ni État. »

<sup>429</sup> Jean RIVERO, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées »,

Ce débat, malgré sa richesse, paraît pourtant très éloigné de la pratique des juridictions internes. Ces dernières font preuve en la matière d'une forme de pragmatisme<sup>430</sup> qui balaye incontestablement les interrogations qui pourraient naître relativement aux fondements de l'application de la *Convention européenne* dans les litiges interindividuels<sup>431</sup>. C'est un arrêt de la 3<sup>ème</sup> Chambre civile en date du 6 mars 1996 qui constitue le premier arrêt marquant de la Cour de cassation dans ce domaine, puisqu'elle décida que « les clauses d'un bail d'habitation ne [peuvent], en vertu de l'article 8.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches »<sup>432</sup>. Cette décision consacre l'application de la *Convention européenne* dans les rapports interindividuels, et elle est d'autant plus remarquable qu'ici le recours à cette dernière ne s'imposait pas, un recours à l'article 6 du Code civil, par exemple, aurait suffi<sup>433</sup>. Elle traduit nettement la volonté de la haute juridiction de

---

dans René Cassin *Amicorum discipulorumque liber*, t. 3 « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, Paris, Pédone, 1971, p. 311, à la p. 322 .

<sup>430</sup> Voir Rusen ERGEC, « La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence belge », dans Paul TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » - 35 années de jurisprudence : 1959-1994*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 285, à la p. 290 : l'auteur souligne que « la jurisprudence applique fréquemment cette doctrine de l'effet horizontal de la Convention sans presque jamais discuter son fondement, telle une prose qu'on fait sans le savoir ».

<sup>431</sup> Voir Jean-Pierre MARGUENAUD, « L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », dans *Le renouvellement des sources du droit des obligations : journées nationales, Lille -1996*, Paris, Litec, 1997, p. 45, à la p. 58 : l'auteur souligne que « [a]u delà de la controverse doctrinale, une réalité s'impose peu à peu : la convention est appliquée dans les litiges entre particuliers. Elle l'est même spécialement par les juridictions françaises en matière d'obligations. » ; Anne DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Préf. L. LEVENEUR, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2002, à la p. 69, n° 59 : pour l'auteure « [c]e débat, aussi intéressant qu'il puisse être, est dépassé. Il est admis désormais que la Convention peut être appliquée horizontalement par des juges dans les litiges entre particuliers. » ; Jean-Baptiste SEUBE, « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 43, à la p. 47 : pour l'auteur « l'effet horizontal est admis en jurisprudence et [...] j'ai le sentiment que tout retour en arrière est impossible : qu'on le regrette ou qu'on s'en félicite, certaines dispositions de la Convention EDH ont un effet horizontal. » (références omises).

<sup>432</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ.* III, n° 60 : obs. Alain BENABENT, *Defresnois* 1996.1432 ; obs. François COLLART DUTILLEUL et Jean DERRUPÉ, *R.D.I.* 1996.620 ; obs. CRDP NANCY, *D.* 1996.379 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 1996.580 ; obs. Christophe JAMIN, *J.C.P. G.* 1996.I.3958 ; obs. Bertrand DE LAMY, *D.* 1997.167 ; obs. Jean-Pierre MARGUENAUD, *R.T.D. civ.* 1996.1024 ; obs. Jacques MESTRE, *R.T.D. civ.* 1996.897 ; note Nguyen VAN TUONG, *J.C.P. G.* 1997.II.22764 ; obs. Bruno WERTENSCHLAG, *A.J.D.I.* 1996.704 ; *G.A.J.C.* 2, n° 273.

<sup>433</sup> Voir Christophe JAMIN, obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ.* III, n° 60,

soumettre les stipulations contractuelles à un examen fondé sur la *Convention européenne*. Cette même démarche sera confirmée dans une autre décision, de la Chambre sociale cette fois, en date du 12 janvier 1999. Au seul visa de l'article 8 de la *Convention européenne*, la Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel qui avait confirmé le licenciement d'une personne suite au non respect d'une clause de domiciliation<sup>434</sup>. Là encore, c'est la motivation de l'arrêt qui retient l'attention puisque le recours à la *Convention européenne* ne s'imposait pas davantage que dans la situation précédente. En réalité, c'est le recours à cette dernière pour saisir les stipulations contractuelles qui s'est trouvé conforté<sup>435</sup>. Depuis lors, le contentieux de la conventionalité des stipulations contractuelles ne cesse de prendre de l'ampleur, sans être pour autant un gage de succès des actions entreprises. À ce titre, si la 3<sup>ème</sup> Chambre de la Cour de cassation dans une décision en date du 22 mars 2006, n'hésite pas à consacrer le droit à l'hospitalité inauguré dix années auparavant<sup>436</sup>, elle se refuse à se fonder sur les prescriptions religieuses pour alourdir les obligations d'un bailleur en lui imposant la pose de serrures manuelles car « les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique »<sup>437</sup>, ou pour faire échec aux dispositions

---

*J.C.P. G.* 1996.II.3958.1 : l'auteur rappelle que « [e]n dépit d'un certain effet de mode, il n'était peut-être pas nécessaire pour le plaideur de fonder sa demande sur cette disposition. L'article 6 du Code civil, qui interdit aux conventions de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public, aurait sans doute suffi. On sait en effet que la jurisprudence use de ce texte, et depuis longtemps, pour faire prévaloir certains aspects du droit au respect de la vie familiale sur les clauses d'un contrat [...] ».

<sup>434</sup> Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, *Bull. civ.* V, n° 7 : note Éric GARAUD, *R.J.P.F.* 1999.3.8 ; note Bernard GAURIAU, *L.P.A.* 1999.64.10 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 1999.358 ; obs. Thibault LAHALLE, *J.C.P. G.* 1999.I.181 ; obs. Jean-Pierre MARGUENAUD et Jean MOULY, *D.* 1999.645 ; obs. Jacques MESTRE, *R.T.D. civ.* 1999.395 ; Jean-Emmanuel RAY, *Dr. soc.* 1999.287.

<sup>435</sup> Voir Jacques MESTRE, « La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales renforce son emprise sur le contenu du contrat », *R.T.D. civ.* 1999.395 : l'auteur prophétise que « la Convention européenne des droits de l'homme va constituer à l'avenir une nouvelle source de remise en cause de certaines stipulations contractuelles ».

<sup>436</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2006, n° 04-19.349, *Bull. civ.* III, n° 73 : obs. Sidonie DOIREAU, *R.L.D.C.* 2006.27.9 ; note Éric GARAUD, *L.P.A.* 2006.148.18 ; note Jean-Pierre MARGUENAUD, *R.T.D. civ.* 2006.722 ; obs. Yves ROUQUET, *A.J.D.I.* 2006.637 ; note Éric SAVAUT, *Defrénois* 2006.721 ; note Jean-Baptiste SEUBE, *R.D.C.* 2006.1149.

<sup>437</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 décembre 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262 : obs. Nicolas DAMAS, *D.* 2004.844 ; note Eric GARAUD, *R.J.P.F.* 2003.4.9 ; concl. Olivier GUÉRIN et obs. Yves ROUQUET, *A.J.D.I.* 2003.182 ; note Gwendoline LARDEUX, *R.D.C.* 2004.348 ; obs. Rémy LIBCHABER, *R.T.D. civ.* 2003.575 ; note Grégoire LOISEAU, *Dr. et Pat.* 2003.117.85 ; obs. Astrid MARAIS, *R.D.C.*

d'un règlement de copropriété interdisant les constructions sur un balcon au motif 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 »<sup>438</sup>.

\* \* \*

**70. Conclusion de la Section I.** Quand bien même on le voudrait, l'on ne pourrait nier la réalité de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux en matière contractuelle en droit français. Ce constat ne doit pourtant pas occulter l'absence de clarté de ses fondements et sa portée pour l'instant limitée. La *Constitution* est certes appliquée par la Cour de cassation dans les litiges entre particuliers, mais c'est en s'appuyant sur une possibilité toute théorique résultant d'interprétations audacieuses. Quant à la *Convention européenne*, son application dans les litiges entre particuliers relève uniquement de constructions jurisprudentielles qui ont découvert dans le texte de l'article 1<sup>er</sup> les fondements d'un effet horizontal que les rédacteurs n'avaient peut-être pas envisagé sous cette forme.

\* \*

\*

---

2003.220 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2003.383 ; obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, *R.T.D. civ.* 2003.290 ; obs. Judith ROCHFELD, *R.D.C.* 2004.231 ; *G.A.J.C.* 2, n° 274.

<sup>438</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ.* III, n° 140 : note Charles AMSON et Daniel AMSON, *Gaz. Pal.* 2006.340.12 ; note Christian ATIAS, *D.* 2006.2887 ; obs. Pierre CAPOULADE, *A.J.D.I.* 2007.311 ; note Thierry DUBAELE, *R.L.F.* 2006.355 ; note Dominique FENOUILLET, *L.P.A.* 2006.133.9 ; note Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2006.722 ; note Hugues PÉRINET-MARQUET, *J.C.P. N.* 2006.2379 ; obs. Emmanuel PUTMAN, *R.J.P.F.* 2006.10 ; obs. Anne-Sophie RACT et Charles AMSON, *Gaz. Pal.* 2007.159.2 ; obs. Julien RAYNAUD, *A.J.D.I.* 2006.609 ; note Jean-Baptiste SEUBE et Thierry REVET, *Dr. et Pat.* 2007.161.82 ; note Guy VIGNERON, *Loyers et Copropriété* 2006.9.22.

## Section II – Une intersubjectivité limitée au Canada

**71. La clarté du droit québécois dans le rejet comme dans l'acceptation de l'exigence de protection des droits fondamentaux dans les relations contractuelles.** Par contraste avec le droit français, le droit québécois se caractérise indéniablement par une forme de clarté relativement à l'exigence de protection des droits fondamentaux dans les relations contractuelle. En effet, le rejet de l'exposition des contrats à la *Charte canadienne* est une solution de principe (§ I), et l'exposition des contrats à la *Charte québécoise* est explicitement consacrée (§ II).

### *§ I – Le rejet de l'intersubjectivité de la Charte canadienne*

**72. Un rejet discuté mais consacré.** La question de l'application directe de la *Charte canadienne* au sein des rapports de droit privé a été tranchée dans l'affaire *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*<sup>439</sup>, déjà évoquée<sup>440</sup>. Pourtant, la question de l'applicabilité de la *Charte canadienne* aux rapports de droit privé a soulevé une controverse doctrinale, qui, par son ampleur et son contenu, mérite une attention particulière (A.), même si aujourd'hui l'absence d'effet de la *Charte canadienne* dans les relations entre personnes privées est une solution de principe qui semble appelée à s'inscrire dans la durée (B).

#### A. Un rejet discuté

**73. La controverse doctrinale.** Le débat relatif à l'intersubjectivité de la *Charte canadienne* doit être évoqué car il est emblématique des difficultés posées par la question. Au delà de l'affrontement scientifique, il met en présence deux conceptions radicalement

---

<sup>439</sup> *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

<sup>440</sup> *Supra* n° 54 et suiv.



opposées du rôle des instruments de protection des droits fondamentaux au sein d'un ordre juridique donné. Le débat est né de la rédaction de l'article 32 (1) de la *Charte canadienne*, selon cette disposition : « La présente charte s'applique : a) au parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest ; b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature. ». Cette version finale de l'article 32 (1) de la *Charte canadienne*, qui diffère sensiblement de celle qui résultait des travaux préparatoires<sup>441</sup>, est à l'origine de la controverse exégétique qui constitue la toile de fond du débat.

Ainsi, pour les tenants de l'application directe de la *Charte canadienne* aux rapports de droit privé, dont le principal représentant était M. Gibson, il fallait déduire du silence de l'article 32 (1) sur l'application de la *Charte canadienne* au secteur privé, une intention implicite du législateur de confier cette question aux autorités judiciaires, dans le but d'arriver à une protection optimale des droits et libertés<sup>442</sup>. À l'inverse, pour les tenants de la thèse opposée à l'application de la *Charte canadienne* aux rapports de droit privé, dont la principale représentante était Mme Swinton, la rédaction de cette disposition, qui mentionne explicitement les destinataires de la *Charte canadienne* exclut son application dans ce domaine<sup>443</sup>. Comme cela a pu être souligné par d'autres intervenants du débat, cette querelle créait « une désagréable impression d'insatisfaction »<sup>444</sup>.

---

<sup>441</sup> Voir CANADA MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Regroupement et explication des projets de modification déposés par le Ministre de la justice devant le comité mixte spécial de la Constitution, janvier 1981 / Consolidation of proposed resolution and possible amendments as placed before the Special Joint Committee by the Minister of Justice, January, 1981, together with explanatory notes*, Ottawa, Ministère de la Justice, 1981 : il apparaît que le constituant a substitué dans la version finale les mots « pour tous les domaines... » aux mots « et à tous les domaines... », cette substitution résulterait précisément des débats relatifs à l'application horizontale de la *Charte canadienne*.

<sup>442</sup> Voir Dale GIBSON, « The Charter of rights and the private sector », (1982) *Man. L. J.* 213, à la p. 213 : pour l'auteur si les rédacteurs avaient voulu exclure l'application interindividuelle de la *Charte canadienne* « they would have agreed to state that the *Charter* applied « only » to governmental activities » adde Morris MANNING, *Rights, freedoms and the courts : a practical analysis of the Constitution Act, 1982*, Toronto, Emond-Montgomery, 1983, p. 115 et suiv. ; et Didier LUELLES et Pierre TRUDEL, « L'application de la Charte canadienne aux rapports de droit privé », (1984) 18 *R.J.T.* 220.

<sup>443</sup> Voir Katherine SWINTON, « Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », dans Gérald A. BEAUDOIN et Walter Surma TARNOPOLSKY (dir.), *Canadian charter of rights and freedoms - Commentary*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, p. 41, à la p. 45 : pour l'auteure « s. 32(1) specifically states that the Charter applies to « the Parliament and government of Canada *in respect* of all matters within the authority of Parliament » (emphasis added). It is governmental action which is caught, not

Plus fondamentalement, le débat mettait en présence des valeurs opposées, essentiellement idéologiques. Pour les partisans de l'application directe de la *Charte canadienne* aux rapports de droit privé, il s'agissait d'étendre sa protection aux actions des « private government »<sup>445</sup>, il s'agissait de garantir des droits identiques aux personnes quelles que soient leurs situations. On faisait ainsi référence à la différence de traitement qui résulterait de la non application de la *Charte canadienne* aux rapports de droit privé, par exemple pour les patients d'un hôpital privé par rapport à ceux d'un hôpital public, ou encore pour les élèves d'une école privée par rapport à ceux d'une école publique, ou enfin pour les employés du secteur privé par rapport à ceux du secteur public<sup>446</sup>. Plaidant également pour la reconnaissance de l'effet intersubjectif de la *Charte canadienne*, MM. Lluelles et Trudel structuraient leurs arguments autour des idées de « générosité » de l'idéal de protection des libertés et droits fondamentaux promus par cette dernière<sup>447</sup>, et de « cohérence » du régime de protection des libertés et droits fondamentaux qui devait en résulter<sup>448</sup>. Pour les adversaires de la thèse de l'application de la *Charte canadienne* aux rapports de droit privé, il s'agissait de garantir le respect de l'intimité des rapports entre personnes privées dont le principe directeur était la liberté et notamment la liberté contractuelle<sup>449</sup>, c'est déjà la tyrannie des libertés et droits fondamentaux qui était crainte.

---

private action. » ; *adde* Peter W. HOGG, *Canada Act 1982 annotated*, Toronto, Carswell, 1982, à p. 75 et suiv. ; et Anne MCLELLAN et Bruce P. ELMAN, « To whom does the Charter apply ? Some recent cases on section 32 », (1986) 24 *Alta L. Rev.* 361.

<sup>444</sup> Didier LLUELLES et Pierre TRUDEL, « L'application de la Charte canadienne aux rapports de droit privé », (1984) 18 *R.J.T.* 220, p. 232.

<sup>445</sup> Dale GIBSON, « The Charter of rights and the private sector », (1982) 12 *Man. L. J.* 213, à la p. 219.

<sup>446</sup> *Id.*, à la p. 216 : pour l'auteur « interpret this guarantee as prohibiting improper treatment of patients in public mental hospitals or pupils in public schools, but as not protecting the inmates of similar private institutions would violate the English language. ».

<sup>447</sup> Didier LLUELLES et Pierre TRUDEL, « L'application de la Charte canadienne aux rapports de droit privé », (1984) 18 *R.J.T.* 220, à la p. 235.

<sup>448</sup> *Id.*, à la p. 236.

<sup>449</sup> Katherine SWINTON, « Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », dans Gérald A. BEAUDOIN et Walter Surma TARNOPOLSKY (dir.), *Canadian charter of rights and freedoms - Commentary*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, p. 41, à la p. 47 : selon l'auteure « courts interpreting the Charter should take into account the context in which it was enacted. Traditionally, distasteful thought it may seem, individuals have been free to discriminate against others or to infringe on

Ce débat, très fécond, a mis en lumière certaines des oppositions les plus marquantes qui concernent la matière. Il a vu s'opposer deux conceptions radicalement opposées du rôle des instruments de protection des droits fondamentaux. La Cour suprême, si elle a consacré la thèse de la non applicabilité directe de la *Charte canadienne* aux rapports de droit privé, n'a pas consacré les thèses qui la soutenaient.

## B. Un rejet consacré

**74. La solution judiciaire.** Le rejet de l'application directe de la *Charte canadienne* aux rapports de droit privé a donc été formellement consacré par la Cour suprême dans l'arrêt *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.* En des termes indiscutables, le juge McIntyre, au nom de la majorité, et après une étude sommaire des positions doctrinales évoquées, décide que « la Charte ne s'applique pas aux litiges privés »<sup>450</sup> ; plus loin il ajoute : « lorsque « A », une partie privée, actionne « B », une partie privée, en s'appuyant sur la common law et qu'aucun acte du gouvernement n'est invoqué à l'appui de la poursuite, la Charte ne s'appliquera pas. »<sup>451</sup>. Cette affirmation a été reprise par la Cour suprême dans la décision *Hill c. Eglise de scientologie de Toronto* ; ici le juge Cory rappelle, au nom de la majorité, que « Les particuliers ne se doivent réciproquement aucune obligation constitutionnelle et ne peuvent fonder leur cause d'action sur un droit garanti par la Charte. »<sup>452</sup>. La question de l'application de la *Charte canadienne* dans les rapports entre personnes privées semble donc aujourd'hui être définitivement tranchée.

### § II – L'admission de l'intersubjectivité de la Charte québécoise

---

another's freedoms to the extent that such conduct is not restrained by legal obligations, whether by statute or by tort, contract, and administrative law remedies. [...] That individual right to discriminate or to choose not to associate can be regarded as a form of privacy right, and should not be forgotten in the interpretation of the Charter. »

<sup>450</sup> *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, para. 33.

<sup>451</sup> *Id.*, para. 39.

<sup>452</sup> *Hill c. Eglise de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, para. 95.

**75. Une admission inéluctable, explicite et consacrée.** L'adoption de la *Charte québécoise* n'a pas soulevé d'importantes discussions, ni dans la société, ni au sein de la doctrine juridique, elle « a été élaborée dans un climat politique paisible »<sup>453</sup>. Cette sérénité a sûrement conduit à admettre, sans difficulté particulière, l'intersubjectivité de la *Charte québécoise*<sup>454</sup> : qui semblait à la fois inéluctable (A.) et explicite (B.), et qui sera donc consacrée par la jurisprudence (C.)

### A. Une admission inéluctable

**76. La vocation résolument intersubjective de la *Charte québécoise*.** L'adoption de la *Charte québécoise*, s'inscrit indéniablement dans un mouvement plus général pour la protection des droits fondamentaux<sup>455</sup>. Pourtant, elle se distingue de ce mouvement assez nettement en ce qui a trait à son objet. En effet, il faut souligner que, dès l'origine, la réflexion de la doctrine s'est portée sur les moyens de protection spécifique des droits fondamentaux dans les relations de droit privé<sup>456</sup>. Ainsi, c'est le Comité des droits civils de l'Office de Révision du Code Civil, présidé par M. Crépeau qui sera à l'origine de l'avènement de la *Charte québécoise*<sup>457</sup>. Ce comité a rendu un Rapport nettement marqué par la

---

<sup>453</sup> André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1, à la p. 3.

<sup>454</sup> Voir Yves-Marie MORISSETTE, « Certains problème d'applicabilité des Chartes des droits et libertés en droit québécois », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. n° ?, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Éditions Yvons Blais, 1988, p. 1, à la p. 5 : l'auteur souligne que « [l]'applicabilité de la Charte provinciale aux activités et aux rapports de droit privé ne paraît pas avoir suscité jusqu'ici de difficulté sérieuse. ».

<sup>455</sup> Voir Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012, à la p. 40 et suiv. : l'auteur démontre que la *Charte québécoise* est « partie intégrante du mouvement universel de protection des droits de la personne ».

<sup>456</sup> Voir notamment Jacques-Yvan MORIN, « Une Charte des droits de l'Homme pour le Québec », (1963) 9 *R.D. McGill* 273, à la p. 292 et suiv. : pour l'auteur « [i]l appartient [...] au législateur provincial d'intervenir en décrétant formellement la nullité des clauses raciales et en condamnant le traitement préférentiel dans les tavernes ou les théâtres ».

<sup>457</sup> Voir André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1, à la p. 4 et suiv. : l'auteur rapporte que « [c]'est l'Office de révision du Code civil (O.R.C.C.) qui devait, le premier, amorcer une action en ce sens, en proposant au

volonté d'intégrer la problématique des droits fondamentaux au cœur même du droit civil. A ce titre, le Comité exprime dès les premiers mots sa volonté de « rassembler les grands principes qui consacrent la place centrale de la personne en droit privé »<sup>458</sup>. Mais surtout, le Comité conclut le rapport dans un sens tout à fait significatif de cette volonté puisqu'on peut lire que :

« Le comité [...] a voulu s'en tenir à la tradition civiliste : il ne lui a point paru opportun de faire entrer dans le Code des règles qui ont avant tout pour objet les rapports entre l'individu et l'Etat ou qui relèvent du droit public, comme les droits politiques du citoyen. Cependant, on a estimé que, malgré les limites qui sont imposées par la discipline et les techniques du droit civil, la protection des droits et des libertés de la personne se trouverait considérablement renforcée par l'inclusion dans le Code d'un titre spécial consacré aux droits civils. »<sup>459</sup>.

Si ce projet n'a pas été retenu, tel quel, par le législateur québécois, il fait figure à bien des égards de première pierre de la *Charte québécoise*. En effet, il sera repris et enrichi par les rédacteurs du *Rapport sur un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne*, lui aussi marqué par la volonté de protéger les droits fondamentaux dans les rapports de droit privé, puisqu'il contenait des dispositions relatives aux recours civils en cas d'atteinte à un droit protégé<sup>460</sup>. C'est sur la base de ce rapport que sera déposé le projet de *Loi sur les droits et libertés de la personne*<sup>461</sup>, et finalement adoptée la *Charte des droits et libertés de la personne* en 1975. L'ensemble de ce processus et les discussions qui l'ont accompagné, confirment que cette

---

gouvernement de modifier le Code civil pour y introduire, au début du même ouvrage, un titre spécial destiné à proclamer « les droits fondamentaux qui relèvent du droit civil, c'est-à-dire des rapports entre particuliers. ». » (références omises).

<sup>458</sup> OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport du Comité des droits civils*, Montréal, 1966, à la p. 2.

<sup>459</sup> *Id.*, à la p. 3 et 4.

<sup>460</sup> Frank R. SCOTT et Paul-André CRÉPEAU, *Rapport sur un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne/Report on a Draft Bill concerning Human Rights and Freedom*, 25 juillet 1971 cité par André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 R.J.T. 1, à la p. 7, note 20.

<sup>461</sup> *Loi sur les droits et libertés de la personne*, Projet de loi n° 50 (1<sup>re</sup> lecture), 2<sup>e</sup> session, 30<sup>e</sup> législature Québec.

loi particulière doit être appréhendée comme un instrument vivant dans les relations privées<sup>462</sup>.

## B. Une admission explicite

77. **Les dispositions suggérant l'intersubjectivité<sup>463</sup>.** De nombreuses dispositions de la *Charte québécoise* permettent de conclure à son application dans les rapports entre les personnes privées. À cet égard, le cinquième considérant du préambule semble particulièrement significatif en ce qu'il dispose « qu'il y a lieu d'affirmer solennellement dans une Charte les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation. ». Plus avant, dans le corps même de la *Charte québécoise* on retrouve des formulations telles que « Tout être humain », « Toute personne », « Chacun à droit » ou « Nul ne peut », qui permettent de penser que le législateur québécois vise clairement les acteurs privés. Par ailleurs, certaines dispositions ont vocation à ne s'appliquer explicitement que dans les rapports entre personnes privées, il en va ainsi des dispositions qui prohibent les discriminations au moment de la conclusion d'un acte juridique<sup>464</sup> ou au sein d'un acte juridique<sup>465</sup>. Plus généralement, l'article 49 de la *Charte québécoise*, qui aménage un droit de recours spécifique en cas de violation d'une de ses dispositions, confirme la consécration de l'applicabilité de cette dernière dans les rapports entre les personnes privées. En effet cet article dispose en

---

<sup>462</sup> Voir cependant QUÉBEC ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 2<sup>e</sup> session, 30<sup>e</sup> législature, vol. 15, 1974, p. 2746 (M. Choquette), cité par André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 R.J.T. 1, à p. 10 : les propos du ministre de la justice selon qui l'esprit de la *Charte québécoise* devait être de « soutenir les autres lois [...] par une philosophie, par un ensemble de principes qui viennent véritablement donner une vie morale et intellectuelle à l'ensemble de notre législation ».

<sup>463</sup> Voir Christian BRUNELLE « Les domaines d'application des Chartes des droits », dans Collection de droit 2014-2015, École du Barreau du Québec, vol. n°7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, EYB2014CDD165 : pour l'auteur « par leur teneur, la plupart des dispositions de la Charte québécoise visent clairement les acteurs privés. ».

<sup>464</sup> *Charte québécoise*, art. 12 : « Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public. ».

<sup>465</sup> *Charte québécoise*, art. 13 : « Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. ».

son premier alinéa : « Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice qui en résulte. »<sup>466</sup>.

### C. Une admission consacrée

**78. La consécration judiciaire de l'intersubjectivité.** Le principe de l'application de la *Charte québécoise* au sein des rapports privés a également été consacré explicitement par la Cour suprême notamment dans l'arrêt *Godbout c. Ville de Longueuil*. En effet, dans cette affaire où il s'agissait d'apprécier la validité d'une clause de résidence au sein d'un contrat de travail, la Cour suprême a substitué à l'analyse du juge Baudouin dans la décision rendue en appel<sup>467</sup>, fondée sur la violation de l'ordre public, une analyse fondée directement sur la violation du droit à la vie privé garanti à l'article 5 de la *Charte québécoise*. Ainsi, au nom de la majorité, le juge Laforest affirme : « La portée de la *Charte* québécoise, contrairement à celle de la *Charte* canadienne, ne se limite pas à l'action gouvernementale »<sup>468</sup>. Ce principe ne semble pas sérieusement contesté<sup>469</sup>.

---

<sup>466</sup> *Charte québécoise*, art. 49 al. 1.

<sup>467</sup> Voir *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.) ; *adde* Paul-Arthur GENDREAU, « Le juge Jean-Louis Baudouin, les Chartes et le Code civil – Une illustration : la protection de la vie privée », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 1129, à la p. 1132 : l'auteur « retien[t] des propos du juge Baudouin dans cet arrêt que, à l'occasion de l'examen de la conformité et de la validité des rapports privés, l'on doit se rappeler que le *Code civil* établit le droit commun au Québec, comme le prescrit ses dispositions préliminaires. Il convient donc de prêter une attention particulière aux règles du *Code civil* qui peuvent apporter une solution adéquate au litige. En somme, le juge Baudouin fait remarquer que, dans l'analyse d'une situation de droit privé (par opposition à la contestation d'une législation) où l'on plaide l'atteinte à un droit fondamental, il y a lieu de se mettre en garde contre la tentation d'isoler l'analyse et de la confiner aux seules dispositions de la *Charte québécoise* ».

<sup>468</sup> *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 884, para 93

<sup>469</sup> Voir Christian BRUNELLE, « Les domaines d'application des Chartes des droits », dans Collection de droit 2014-2015, École du Barreau du Québec, vol. n°7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, EYB2014CDD165 : l'auteur souligne que « [l]es termes du cinquième « CONSIDÉRANT » du préambule de la *Charte québécoise* témoignent de la volonté du législateur de protéger les droits et libertés de la personne « contre toute violation ». Plusieurs dispositions de la Charte ne laissent aucun doute sur leur application au secteur privé. » ; *adde* *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, para. 38 : au nom de la majorité, le juge Iacobucci rappelle que

\* \* \*

**79. Conclusion du Section II.** En droit québécois, l'autorité des droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers est à peine une question. Dès lors que la Cour suprême a acté le rejet de l'effet horizontal direct de la *Charte canadienne*, la discussion semble close à ce sujet. Quant à l'effet horizontal direct de la *Charte québécoise*, là encore, le débat ne serait pas très fécond car aucun élément consistant ne semble pouvoir autoriser sa remise en question. On ne s'étonnera donc pas que dans le rejet comme dans l'acceptation les solutions jurisprudentielles reflètent la clarté des instruments applicables.

\* \*

\*

---

« L'article 3 de la *Charte québécoise*, [...] s'applique tant dans les domaines privé que public » ; et *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, [2005] 1 R.C.S. 791, para. 33 : la juge Deschamps précise que « la *Charte québécoise* possède un très vaste champ d'application, qui englobe tant les relations entre particuliers que les relations des personnes avec l'État. ».



\* \* \*

**80. Conclusion du Chapitre II.** Qu'il soit pratiquement imposé comme en France, ou explicitement encadré comme au Québec, l'effet horizontal direct des droits fondamentaux dans les contrats ne produit des conséquences que dans un nombre limité de situations. Quelles sont-elles ? On l'a vu et cela est connu, il s'agit principalement de celles dans lesquelles « la vie intime du contractant, foyer de ses droits fondamentaux, peut être le plus facilement malmenée »<sup>470</sup>. On ne saurait déduire de cette observation une généralisation qui serait nécessairement déceptive. C'est très précisément la raison pour laquelle, il faut prendre garde à bien mesurer la portée de l'autorité des droits fondamentaux dans les contrats. En France, il faut voir que, dès lors qu'elle repose sur des fondements au mieux ambivalents, elle ne saurait prétendre à être plus que la mise en œuvre « [d']un label incontrôlable »<sup>471</sup>, les juges gardant l'ultime maîtrise de l'utilisation ou non des armes qui leur sont offertes sans qu'une doctrine d'ensemble cohérente puisse véritablement se construire. Au Québec, il faut comprendre que, dès lors qu'elle est reconnue – au titre de la *Charte québécoise* –, elle devrait prétendre à être plus qu'un adjuvant ponctuel<sup>472</sup>.

\* \*

\*

---

<sup>470</sup> Jean-Baptiste SEUBE, « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 43, à la p. 43.

<sup>471</sup> Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 157 et suiv., n° 182 et suiv. ; *adde* Nicolas MOLFESSIS, « Droit fondamental – Un label incontrôlé », *J.C.P. G.* 2009.32.

<sup>472</sup> Voir Adrian POPOVICI, « De l'impact de la Charte des droits et libertés sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté », dans *Conférences Meredith – Lectures 1998-1999*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49, à la p. 53 : « Les tribunaux n'ont pas, à mon avis, mesuré les conséquences sur le droit commun de l'émergence et de la primauté des droits individuels tels que garantis. ».

**81. Conclusion du Titre I.** Le droit français et le droit québécois ont fait le choix – plus ou moins volontairement et consciemment – de s’inscrire dans une dynamique d’affirmation de la protection des droits fondamentaux. Une telle démarche s’observe dans l’adoption de textes emblématiques – la *Convention européenne*, la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise* – ou dans la résurrection de textes historiques – la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* –. De ces textes, il était inéluctable et souvent nécessaire qu’il découle des effets juridiques concrets.

Parce qu’ils s’imposent comme le maître étalon de l’action législative, les droits fondamentaux offrent avant tout une protection contre l’action de l’État. À ce titre, on observe la mise en œuvre d’un contrôle de *fondamentalité* de la loi qui cesse alors d’être souveraine<sup>473</sup>. En France, elle est confrontée aux exigences de la *Constitution* à travers le contrôle de constitutionnalité, et aux exigences de la *Convention européenne* à la fois à travers le contrôle de conventionalité opéré par la Cour européenne des droits de l’homme, et par les juridictions internes. Mais, de ce contrôle, le droit commun des contrats ne semble pas vraiment souffrir puisque, à notre connaissance, aucune disposition du *Code civil* relative à la matière n’a à ce jour été remise en cause. Au Québec, la loi aussi est de plus en plus souvent évaluée à l’aune de droits fondamentaux ; la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise* sont ainsi mobilisées par les autorités juridictionnelles pour servir d’aiguillon à l’action législative. Cependant, là non plus on n’assiste pas à une remise en cause formelle du droit commun des contrats, aucune disposition du Code civil du Québec n’a succombé devant ces exigences. On est alors tenté de conclure à l’insaisissabilité formelle du droit commun des contrats par les droits fondamentaux.

Les droits fondamentaux s’imposent également dans les rapports interindividuels, ils semblent devoir offrir une protection aux contractants contre l’action de leurs semblables. Ce n’est plus la loi qu’on évalue à l’aune des droits fondamentaux mais les

---

<sup>473</sup> Voir Philippe REMY, « Un siècle de revue trimestrielle de droit civil – Cent ans de chroniques », *R.T.D. civ.* 2002.665 : l’auteur observe que « [l]a loi est bien toujours une source de droit, et fort abondante, mais elle est dorénavant jugée [...] source non souveraine. ».

stipulations contractuelles. En France, ce mouvement s'observe mais peine à se justifier, on doute de la portée interpersonnelle des instruments de protection des droits fondamentaux. La *Constitution* est certes appliquée dans ce cadre par les autorités compétentes mais de manière souveraine sans qu'une unité se fasse jour. L'autorité de la *Convention européenne* au sein des rapports contractuels ne peut, elle, se fonder que sur le fait accompli, mais c'est un fait jaillissant dont la consistance n'est pas certaine. Au Québec, l'intersubjectivité des droits fondamentaux est à peine une question. La *Charte canadienne* n'a pas cette portée, le juge l'a dit et la solution ne peut être sérieusement contestée. La *Charte québécoise*, en revanche, elle, est dotée d'une telle portée, mais le manque de constance dans sa mise en œuvre en matière contractuelle est patent. Finalement, on peut admettre que l'applicabilité des droits fondamentaux au sein du contentieux contractuel a une portée plus rhétorique que juridique<sup>474</sup>.

Au total, nous croyons que, si l'autorité des droits fondamentaux participe à l'impératif de respect des droits fondamentaux dans les contrats, elle ne le consume pas. La mise en perspective des droits français et québécois montre bien que l'autorité des droits fondamentaux indique une voie à suivre mais ne la pave pas.

\*

\*

\*

---

<sup>474</sup> Voir Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 146 et suiv., n° 170 et suiv. : pour l'auteur « semés à la volée » au sein du contentieux contractuel, les droits fondamentaux n'ont qu'une utilité rhétorique. » (références omises).

## Titres II – Le rayonnement des droits fondamentaux dans les contrats

**82.** L'esprit de *Lüth*. L'affirmation de l'autorité des droits fondamentaux sur les contrats ne consume pas l'effet des droits fondamentaux dans les contrats. Si elle tend à s'imposer comme l'horizon certain de leur protection<sup>475</sup>, elle n'est pourtant pas seule à fonder leur respect dans les contrats. Afin de saisir, dans toutes ses dimensions, l'éminence du respect des droits fondamentaux dans les contrats, il faut considérer aussi leur *effet rayonnant*, qui entraîne leur diffusion au cœur même de la matière contractuelle.

On reconnaît derrière cette terminologie la traduction du terme *Ausstrahlungswirkung* emprunté à la jurisprudence constitutionnelle allemande qui désigne la théorie de l'effet rayonnant des droits fondamentaux. La doctrine rapporte<sup>476</sup> que cette théorie prend naissance dans une controverse célèbre à propos de l'effet à l'égard des tiers

---

<sup>475</sup> Voir notamment Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, Thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012, à la p. 428 : pour l'auteure « l'« harmonisation » du *Code civil du Québec* avec la *Charte des droits et libertés de la personne* devrait se traduire par une protection optimale des droits et libertés de la personne ».

<sup>476</sup> Cf. notamment en français Michel FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la république fédérale d'Allemagne », dans *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 49, à la p. 61 ; Dean SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Préf. P. LAMBERT, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1995, à la p. 26 et suiv. ; David CAPITANT, *Les effets juridique des droits fondamentaux en Allemagne*, Préf. M. FROMONT, Paris, L.G.D.J., 2001, à la p. 247 et suiv., n° 373 et suiv. ; Gwendoline LARDEUX, « Exécution du contrat et droits fondamentaux – Regard comparatiste l'influence des droits fondamentaux sur le droit allemand des contrats » dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 61 ; *adde* Dean SPIELMANN, « *Drittwirkung* », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, à la p. 301 ; *contra* Élisabeth ZOLLER, « Le Code civil et la Constitution », dans *1804-2004 Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 975, à la p. 989, n° 20 : l'auteure souligne que « [l']idée selon laquelle l'opposabilité des droits de l'homme reconnus dans une Constitution ne doit pas jouer seulement dans les relations que l'individu entretient avec l'État, mais qu'elle doit trouver aussi application dans les relations des individus entre eux, n'est pas née en Allemagne, mais aux États-Unis. », et précise que le 14<sup>ème</sup> amendement « oblige[...] les État à légiférer dans un sens qui garantisse l'applicabilité des droits de l'homme dans les relations interindividuelles. ».

des droits fondamentaux – *Drittwirkung der Grundrechts* –. Cette controverse opposant les tenants de l'application directe des droits fondamentaux aux relations entre particuliers – *direkte Drittwirkung*<sup>477</sup>, aux partisans d'une application indirecte des droits fondamentaux aux relations entre particuliers – *mittelbare Drittwirkung* – par l'intermédiaire des clauses générales – *Generalklauseln* – du droit privé<sup>478</sup>. Or, comme l'expose M. Capitant, les seconds ont formellement triomphé devant les juridictions puisque, dans la décision rendue dans l'affaire *Lüth*, la Cour constitutionnelle affirme que : « aucune disposition du droit civil ne doit pouvoir être en contradiction avec le système axiologique des droits fondamentaux et chacune d'elles doit être interprétée dans l'esprit de ce système axiologique »<sup>479</sup> ; aussi, selon cette décision, les droits fondamentaux constituent « un ordre objectif de valeur » – *objektive Werteordnung* – « rayonnant » – *Ausstrahlungswirkung* – dans tous les domaines du droit, y compris le droit privé, à travers les clauses générales. »<sup>480</sup>.

Considérer un possible *effet rayonnant* des droits fondamentaux en droit français et québécois, ce n'est pas soutenir que la théorie est formellement reçue par nos droits – à part à titre d'inspiration<sup>481</sup> –, mais c'est tenter de percevoir, avec M. Cabrillac, « l'ombre des droits de l'homme derrière [l]e renouveau d'une justice contractuelle »<sup>482</sup>. Précisément parce

---

<sup>477</sup> Cf. Walter LEISNER, *Grundrecht und Privatrecht*, München, Beck, 1960 et Hans-Carl NIPERDEY, *Grundrecht und Privatrecht*, Universitätsdre, Krefeld, 1961, cités par Dean SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Préf. P. LAMBERT, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1995, à la p. 28, note 42.

<sup>478</sup> Cf. Günther DURIG, « Grundrecht und Zivilrechtssprechung », dans *Festschrift Nawiaski*, 1956, p. 157 cité par Dean SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Préf. P. LAMBERT, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1995, à la p. 28, note 43.

<sup>479</sup> Beschluss vom 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 ff., para. 25 : « So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden » trad. par David CAPITANT, *Les effets juridique des droits fondamentaux en Allemagne*, Préf. M. FROMONT, Paris, L.G.D.J., 2001, n°404, à la p. 262, n° 404.

<sup>480</sup> Achim SEIFERT, « L'effet horizontal des droits fondamentaux », *R.T.D.eur.* 2013.801.

<sup>481</sup> Voir Didier LUELLES et Pierre TRUDEL, « L'application de la Charte canadienne aux rapports de droit privé », (1984) 18 *R.J.T.* 220, p. 224, à la p. 229 et suiv. : les auteurs réfèrent à la théorie de la *Drittwirkung* comme possible source d'inspiration pour l'interprétation de la *Charte canadienne*.

<sup>482</sup> Rémy CABRILLAC, « Droits fondamentaux et notion de contrat – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 121, à la p. 121.

que certaines des évolutions contemporaines de la matière paraissent pouvoir être reliées à l'influence des droits fondamentaux. D'abord parce que les droits fondamentaux s'imposent en matière contractuelle, par-delà même les instruments de protection des droits fondamentaux, qui dictent une nouvelle lecture des *clauses générales* du droit privé (Chapitre I). Ensuite, parce que le *système axiologique* des droits fondamentaux entraîne un renouveau de la matière contractuelle dans le sens de la consécration de leur respect (Chapitre II).

# Chapitre I – La transcendance du respect des droits

## fondamentaux dans les contrats

**83. Le respect des droits fondamentaux dans les contrats au delà des instruments de protection des droits fondamentaux.** Le respect des droits fondamentaux transcende<sup>483</sup> le respect des instruments de protection des droits fondamentaux. À ce titre, aujourd'hui, on conçoit difficilement que, au nom de la liberté contractuelle, des atteintes aux droits fondamentaux puissent se trouver justifiées. Ainsi, en France, la décision qui validait le licenciement, par une institution catholique, d'une institutrice divorcée en raison de son remariage<sup>484</sup> est jugée dépassée par certains<sup>485</sup>. Au Québec, l'arrêt qui validait le congédiement d'un salarié qui n'aurait pas respecté une clause

---

<sup>483</sup> Comp. Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004, à la p. 43, n° 48 : pour l'auteur « [a]nalyant la notion d'intérêt général, la première conception qui vient à l'esprit est celle de nature transcendante. L'intérêt général véhicule naturellement l'idée d'un intérêt supérieur qui vient coiffer l'ensemble des intérêts particuliers » (références omises).

<sup>484</sup> Cass. Ass., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Bull. Ass.* n° 1 : concl. Robert SCHMELCK et note Philippe ARDANT, *D.* 1978.541 ; rapp. SAUVAGEOT et note LINDON, *J.C.P.* 1979.II.19009 ; *G.A.J.C.* 1, n° 31 : la Cour de cassation approuve les juges du fond qui « ont retenu que lors de la conclusion du contrat par lequel l'association Sainte-Marthe s'était liée à dame R., les convictions religieuses de cette dernière avaient été prises en considération et que cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante; qu'ils ont ainsi relevé l'existence de circonstances très exceptionnelles opposables à dame R., à laquelle il incombait, selon la législation alors en vigueur, d'établir la faute commise par son employeur dans l'exercice de son droit de rompre un contrat à durée indéterminée ; que les juges du fond, ayant rappelé que le cours Sainte-Marthe, attache au principe de l'indissolubilité du mariage, avait agi en vue de sauvegarder la bonne marche de son entreprise, en lui conservant son caractère propre et sa réputation, ont pu décider que cette institution n'avait commis aucune faute ».

<sup>485</sup> Voir Philippe WAQUET, « La loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.* 1996.3.1427, à la p. 1431 : pour l'auteur on peut douter de la validité d'une clause qui restreindrait la liberté du mariage dans les termes de la décision de 1978 ; *adde* Alain BÉNABENT, « La liberté individuelle et le mariage », *R.T.D. civ.* 1973.440.

de son contrat de travail lui interdisant de « fraterniser » avec « les population autochtones »<sup>486</sup> semble être une solution d'un autre temps<sup>487</sup>.

Or, ici, ce n'est pas tant la possibilité, pour les victimes de clauses contractuelles discriminatoires, de se prévaloir de leurs droits fondamentaux qui est en cause – ce qui serait éventuellement possible – mais bien l'effet de ces derniers sur la compréhension même du droit des contrats et des rapports contractuels<sup>488</sup>. À cet égard, il faut considérer les profondes mutations que subissent les notions d'ordre public et de bonnes mœurs dans nos droits. Ces métamorphoses révèlent l'influence des droits fondamentaux dans les contrats. D'ailleurs, on constate que « l'ordre public devient [...] une arme, non plus de protection de la société mais de transformation de celle-ci, de façonnage »<sup>489</sup>. En France, le mouvement est certain, et chacun s'accorde à reconnaître le renouveau des notions d'ordre public et de bonnes mœurs (Section I). Au Québec, le mouvement nous semble plus profond – peut-être est-ce simplement dû au fait qu'il est largement assumé par les juges ? – de sorte qu'il ne faut pas hésiter à constater que l'ordre public y est phagocyté par les droits fondamentaux (Section II).

---

<sup>486</sup> *Whitfield c. Canadian Marconi Company*, [1968] B.R. 92, conf. par [1968] R.C.S. 960 : Francis BUCKLEY, « Unreported Judgment », (1973) 19 *R.D. McGill* 294 : le juge se fonde notamment sur le fait que « le demandeur a librement et en pleine connaissance de cause souscrit aux diverses disposition des son contrat de travail, dont celles qui découlent de la clause [...] ; que cette stipulation du contrat s'imposait au demandeur puisque les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties. ».

<sup>487</sup> Voir Madelaine CARON, « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne », (1978) 56 *R. du B. can.* 197, à la p. 219 et suiv. : l'auteure estime que « [d]ésormais, ces distinctions sont illégales en vertu de l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne. » ; *adde* Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 363.

<sup>488</sup> Comp. Jean-Yves CHEROT, « Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel – Réponse à Christian Atias », *RF.D.C.* 1991.439, à la p. 441 : pour l'auteur « [l]a constitutionnalisation permettra de vérifier si la solution à laquelle aboutit le civiliste par les chemins qu'il voudra bien prendre est bien conforme au droit constitutionnel dans son ordre propre. ».

<sup>489</sup> Jean HAUSER et Jean-Jacques LEMOULAND, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Ordre public et bonnes mœurs*, n° 166.



## Section I – L’ordre public et les bonnes mœurs renouvelés en France

**84. Une vieille idée neuve.** L’utilisation des concepts d’ordre public et de bonnes mœurs pour aborder la problématique des droits fondamentaux en matière contractuelle est ancienne<sup>490</sup>. Quoi de plus naturel d’ailleurs que de les solliciter dans ce cadre en ce qu’elles expriment toutes deux l’idée d’un ordre supérieur aux volontés individuelles ? Certes, mais il ne faut pas s’y tromper : un tel mouvement n’est pas neutre, le prétendu réflexe chauviniste<sup>491</sup> n’est pas sans conséquences. Si le voisinage des notions d’ordre public et de bonnes mœurs notamment au sein de l’article 6 du *Code civil* autorise pour certains une assimilation<sup>492</sup> – on se souvient pourtant que du strict point de vue historique le premier trouve son origine dans les secondes<sup>493</sup> –, elles ne se confondent pas et il faut donc distinguer leur étude. D’ailleurs, on observe que les deux notions sont soumises à des

---

<sup>490</sup> Voir Julien RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. GARAUD, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2003, à la p. 142, n° 107.

<sup>491</sup> Voir Éric GARAUD, Jean-Pierre MARGUENAUD, Marie-Christine MEYZAUD-GARAUD, Béatrice MOUTEL et Jean-Marie PLAZY, « Les manifestations concrètes de l’influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur le droit privé français », dans Jean-Pierre MARGUENAUD, *CEDH et droit privé – L’influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur le droit privé français*, coll. « Perspective sur la justice », Paris, La documentation française, 2001, p. 101, à la p. 109 : les auteurs relèvent que « [l]a mise à l’écart de la CEDH est l’attitude la plus fréquente qu’adoptent les magistrats français. Ils sont en général, peu enclins à bouleverser leurs habitudes pour fonder leurs décisions sur la Convention. ».

<sup>492</sup> Voir notamment Voir Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Les obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., t. 1, Paris, Sirey, 1988, à la p. 72, n° 77 : pour les auteurs « la notion de bonnes mœurs est bien proche de celle d’ordre public et bien des conventions estimées contraires à la moralité élémentaire heurtent aussi l’ordre public. L’intérêt de la notion de bonnes mœurs est précisément de permettre au juge de s’évader plus aisément du cadre des prohibitions légales pour parfaire la moralisation du contrat. » ; et Jean CARBONNIER, « Propos introductif », dans Thierry REVET (dir.), *L’ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 1 : l’auteur qualifie la relation « d’association-dissociation ».

<sup>493</sup> Voir Marc PENA, « Les origines historiques de l’article 6 du Code civil », *R.R.J.* 1992.498, à la p. 505 : l’auteur relève que « le lien entre la notion de bonnes mœurs entendu [...] dans un sens très large et la mise en avant d’un ordre public monarchique est l’une des caractéristique essentielles de la période qui s’étage entre le XVI<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle. » (références omises).

mouvements inverses<sup>494</sup>, et à la mobilisation de l'ordre public par les droits fondamentaux (§ I) qui entraîne son expansion, semble répondre le remplacement des bonnes mœurs par les droits fondamentaux (§ II) qui entraîne leur disparition.

### *§ I – La mobilisation de l'ordre public par les droits fondamentaux*

**85. Le rapprochement entre la notion d'ordre public et les droits fondamentaux.** Ne dit-on pas aujourd'hui que « la protection de l'individu et de ses droits fondamentaux constitue désormais l'une des principales missions de l'ordre public »<sup>495</sup> ? Certes, le rapprochement ne saurait être une assimilation, car tout l'ordre public n'est pas empreint de *fondamentalité*<sup>496</sup>, pourtant, il est admis que « le respect des valeurs humaines fait partie, naturellement, de l'ordre public »<sup>497</sup>. Ainsi, si on pouvait encore écrire au milieu du siècle dernier que « [l]a notion d'ordre public, [...], est celle qui traduit la nécessité de l'ordre, de la paix, au sein des États. »<sup>498</sup>, cette référence indirecte à l'intérêt général ne suffit

---

<sup>494</sup> Voir Dominique FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique », dans *Études Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 487, à la p. 489 : l'auteur s'exclame « [é]vincées les bonnes mœurs... et voici que triomphe l'ordre public ! » (références omises).

<sup>495</sup> Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « L'ordre public », dans *1804-2004 Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 473, à la p. 474.

<sup>496</sup> Voir Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 247, n° 301 : l'auteur souligne que « [l]'ordre public intègre nécessairement mais pas seulement des droits et libertés fondamentaux. » ; *adde* Dominique FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique », dans *Études Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 487, à la p. 489 ; comp. Michelle CUMYN, « L'ordre public et le droit civil », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 269, à la p. 272 : l'auteure souligne que « [l]a notion d'ordre public est traversée par tant de courants parfois contradictoires qu'il est difficile d'en rendre compte de manière unitaire. ».

<sup>497</sup> René SAVATIER, « Le droit de la personne à l'échelle des valeurs », dans *Mélanges en hommage à Victor Gothot*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1962, p. 567, à la p. 585 ; *adde* Dominique FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique », dans *Études Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 487, à la p. 508 : pour l'auteure « chacun sait que l'ordre public est aussi destiné à la protection de la personne humaine. » ; *contra* Jean-Baptiste SEUBE, « Le contrat de bail, les droits fondamentaux et l'ordre public », *R.D.C.* 2006.1149 : « derrière l'ordre public, il y a la société et l'intérêt général que les volontés individuelles ne peuvent évincer, derrière les droits fondamentaux, il y a en revanche l'individu ».

<sup>498</sup> Léon JULLIOT DE LA MORANDIERE, « L'ordre public en droit privé interne », dans *Études de droit*

plus aujourd'hui pour saisir la réalité de la notion. Le développement des préoccupations relatives à l'individu a conduit à enrichir l'ordre public de multiples figures<sup>499</sup>. Alors si la convergence entre l'ordre public et les droits fondamentaux est naturelle (A.), elle signal aussi un envahissement progressif (B.).

## A. Une convergence naturelle

**86. Des recoupements.** La convergence entre l'ordre public et les droits fondamentaux pourrait se déduire de l'affirmation par les juges de Strasbourg de l'existence d'un ordre public européen<sup>500</sup>, mais on sait qu'une telle qualification est en réalité réservée à une application par la Cour européenne elle-même<sup>501</sup>. Par ailleurs, la convergence ne peut exister que dans une acception ciblée de l'ordre public ; l'ordre public économique ne relève pas directement des droits fondamentaux<sup>502</sup>.

---

*civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, p. 381, à la p. 382.

<sup>499</sup> Voir Dominique FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique », dans *Études Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 487, à la p. 508 : pour l'auteure « [c]et ordre public, qui est en constant développement et que nous choisirons de nommer philanthropique, tend à protéger de nombreuses valeurs essentielles, telles la liberté, la sécurité, et, surtout, la dignité ».

<sup>500</sup> Voir CEDH *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 75, série A n° 310 : obs. Gérard COHEN-JONATHAN, *R.G.D.I.P.* 1998.123 ; obs. Frédéric SUDRE, *R.U.D.H.* 1996.6 ; *G.A.C.E.D.H.* n° 1 : les juges visent « la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen. ».

<sup>501</sup> Frédéric SUDRE, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Adeline GOUTTENOIRE et Michel LEVINET avec la collab. de Gérard GONZALES, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2011, à la p. 9 : les auteurs soulignent que par cette référence « la Cour européenne pose le postulat de l'existence d'un ensemble de règles perçues comme fondamentales pour la société européenne et s'imposant à ses membres. ».

<sup>502</sup> Voir cependant Christian LARROUMET (dir.), *Droit civil*, t. III « Les obligations, le contrat », 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Economica, 2007, à la p. 381, n° 396 bis : l'auteur s'interroge à propos de l'art. 2061 C. civ. (relatif aux conditions de validités de la clause compromissoire) « [i]l est évident qu'il s'agit là d'une disposition d'ordre public. Mais, est-ce l'ordre public traditionnel, qui interdit de déroger à une liberté fondamentale, celle de recourir aux juridictions étatiques ? Ou bien est-ce l'ordre public économique et social qui craint que la clause soit imposée à un contractant par l'autre qui serait en position de force ? En réalité, il s'agit des deux à la fois. ».

En revanche, dans ces composantes « politique »<sup>503</sup>, ou « classique »<sup>504</sup> on voit bien que les notions se recoupent. Ainsi, la sanction des conventions de mères porteuses prononcée par la l'Assemblée plénière en 1991, l'a été précisément sur le fondement de l'ordre public<sup>505</sup>, et encore aujourd'hui c'est ce fondement qui s'impose<sup>506</sup>. Les exemples pourraient être multipliés de principe d'inviolabilité<sup>507</sup>, en clause de célibat<sup>508</sup> de pratiques qui peuvent être appréhendées aussi bien sur le fondement de l'ordre public que sur le fondement des droits fondamentaux.

D'ailleurs, de telles convergences ne sont pas le signe d'une évolution de l'ordre public, si l'on se réfère à des exposés anciens qui y rangent « les libertés civiles »<sup>509</sup> on voit

---

<sup>503</sup> Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Droit civil - Les obligations*, t. 1 « L'acte juridique », 16<sup>ème</sup> éd., coll. « Université », Paris, Sirey, 2014, à la p. 259, n° 281.

<sup>504</sup> Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit civil », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 317, n° 649.

<sup>505</sup> Voir Cass. Ass., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. Ass.* n° 4 : rapp. Yves CHARTIER et obs. Dominique THOUVENIN, *D.* 1991.417 ; comm. Jean BERNARD, concl. Henri DONTENWILLE, note François TERRÉ *J.C.P. G.* 1991.II.21752 ; obs. Jean-Luc AUBERT, *Defrénois* 1991.1267 ; obs. Danièle HUET-WEILLER *R.T.D. civ.* 1991.517 ; chron. Michelle GOBERT, *R.T.D. civ.* 1992.489 ; note Catherine LABRUSSE-RIOU *Revue critique de droit international privé* 1991.711 ; *G.A.J.C.* 1, n° 51 : « Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ».

<sup>506</sup> Voir notamment Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053, *Bull. civ. I*, n° 70, 71, 72 ; obs. Christophe BYK, *J.C.P. G.* 2011.1149 ; obs. Éric FANGARO, *J.C.P. N.* 2011.39.28 ; obs. Jean-Christophe GALLOUX, *D.* 2012.308 ; obs. Julie GALLOIS, *R.L.D.C.* 2011.82.45 ; obs. Adeline GOUTTENOIRE, *D.* 2011.1995 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2011.340 ; note Marie-Christine LE BOURSIOT, *R.J.P.F.* 2011.6.14 ; note Aude MIRKOVIC, *R.L.D.C.* 2011.83.39 ; obs. Béatrice WEISS-GOUT, *Gaz. Pal.* 2011.145.7 ; et Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ. I*, n° 176 : note Clotilde BRUNETTI-PONS, *R.L.D.C.* 2013.109.41 ; obs. Isabelle CORPART, *R.J.P.F.* 2013.10.20 ; obs. Maxime EPPLER, *Gaz. Pal.* 2013.300.35 ; note Muriel FABRE-MAGNAN, *D.* 2013.2384 ; obs. Inès GALLMEISTER, *D.* 2013.2170 ; note Johanna GUILLAUMÉ, *J.D.I.* 2014.134 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2013.816 ; note Marie-Christine LE BOURSIOT, *R.J.P.F.* 2013.11.6 ; note Véronique LEGRAND, *L.P.A.* 2013.196.7 ; note Aude MIRKOVIC, *J.C.P. G.* 2013.1731 ; note Cécile PETT, *D.* 2013.2377 ; obs. Élodie POULIQUEN, *R.L.D.C.* 2013.109.49 ; note Gaëlle RUFFIEUX, *R.D.L.F.* 2014.7.

<sup>507</sup> Voir notamment Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 mars 1997, n° 93-10.914, *Bull. civ. II*, n° 86 : obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 1997.632 ; obs. Patrice JOURDAIN, *R.T.D. civ.* 1997.675 ; note Isabelle LUCAS-GALLAY, *L.P.A.* 1999.8.14.

<sup>508</sup> Voir notamment Cass. soc., 27 avril 1964, n° 62-40.148, *Bull. civ. V*, n° 339, et Cass. soc. 7 février 1968, n° 65-40.622, *Bull. civ. V*, n° 86 ; *adde* Pierre VOIRIN, « “Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie” », *D.* 1963.chron.39.

<sup>509</sup> Léon JULLIOT De La MORANDIERE, « L'ordre public en droit privé interne », dans *Etudes de droit*

bien, eu égard aux dates d'apparition des droits fondamentaux qu'il s'agit d'une simple convergence.

## B. Un envahissement progressif

**87. La redéfinition contemporaine des contours de l'ordre public.** Carbonnier enseigne que l'ordre public « est une présence : la présence d'un être moral, le peuple (*publicus de populus*), la société, l'État, dans l'espace ouvert à la liberté des contrats »<sup>510</sup>. Cet être est-il en train d'être colonisé par un autre ? À la lecture des propositions de Mme Fenouillet qui propose la reconnaissance de la notion « d'ordre public philanthropique »<sup>511</sup> on peut le penser. Une telle perspective ne saurait réellement surprendre considérant que la notion est un « instrument neutre »<sup>512</sup>.

---

*civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, p. 381, à la p. 389 et suiv. : l'auteur observe que l'on fait appel à l'ordre public « pour annuler les conventions contraires à l'organisation générale de l'État ou des services publics ; aux règles concernant l'État des personnes et plus spécialement l'organisation de la famille ; aux libertés individuelles, à la liberté de conscience [...] » ; *adde* Pierre KAYSER, « Les nullités d'ordre public », *R.T.D. civ.* 1933.1115.

<sup>510</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, coll. « *Quadirge Manuels* », Paris, P.U.F., 2004, à la p. 2037, n° 984.

<sup>511</sup> Dominique FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique », dans *Études Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 487, à la p. 508, à la p. 510 : l'auteure précise que « [l]'expression renvoie tout à la fois : à l'idée d'« essence », donc à l'idée d'un intérêt vital, sans lequel la société risque de disparaître, ou à tout le moins auquel elle est très attachée ; à l'idée de « société », donc à l'idée de contingence, à la fois spatiale et temporelle. » (références omises) ; comp. Geneviève PIGNARRE, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) », *R.D.C.* 2013.251 : l'auteur s'inquiète « [l]'instauration d'un ordre public philanthropique absorbant les bonnes mœurs au sein d'un creuset unique pose aussi le problème de la délimitation de ce qui relève de l'ordre public et de ce qui relève des droits fondamentaux. En effet, il existe des droits fondamentaux qui ne sont pas d'ordre public, et inversement, l'ordre public intervient dans des domaines où la règle ne met pas en œuvre un droit fondamental. Cette question de l'instrumentalisation de l'ordre public sous l'effet de la poussée des droits fondamentaux se trouve ici compliquée du fait que sous la bannière de l'ordre public philanthropique, il devient difficile de discerner la part qui revient au licite (et au moral) et plus encore à celle qui est l'expression d'un droit fondamental ».

<sup>512</sup> Pierre CATALA, « A propos de l'ordre public », dans *Mélanges P. Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 511, à la p. 513 : l'auteur observe « [f]ace aux mutations des sociétés l'ordre public est-il conservateur ou innovateur ? Il est alternativement l'un et l'autre. C'est un instrument neutre, appelé à servir soit la stabilité, soit le changement au gré du législateur ».

Or, cette perspective se traduit très concrètement : il suffit pour s'en convaincre de relire la décision rendue dans l'affaire dite du lancer de nain, puisque le Conseil d'État affirme que :

« Considérant qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public ; que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine ; »<sup>513</sup>.

On peut également consulter les décisions du Conseil constitutionnel, puisque les sages affirment que « la sauvegarde de l'ordre public constitue un objectif de valeur constitutionnelle »<sup>514</sup> et que : « [l]a prévention des atteintes à l'ordre public est nécessaire à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle »<sup>515</sup>.

## § II – *Le remplacement des bonnes mœurs par les droits fondamentaux*

**88.** « **Les bonnes mœurs sont mortes !** »<sup>516</sup>. La sanctuarisation de la vie privée, à la fois par le juge interne et par le juge européen conduit à un rejet de la notion de bonne mœurs<sup>517</sup>. Pourtant, les bonnes mœurs ne se sont pas toujours inscrites dans le registre de la

---

<sup>513</sup> Cons. d'État Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, n° 136727 et n° 143578, *Rec. Lebon*, p. 372 : *G.A.J.A.* n° 92.

<sup>514</sup> Voir notamment Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-261 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 81.

<sup>515</sup> Voir notamment Cons. const., 18 janvier 1995, n° 84-352 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 170 ; Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 75 ; Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 211 ; Cons. const., 9 juin 2011, n° 2011-631 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 252.

<sup>516</sup> Dominique FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique », dans *Etudes Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 487 ; voir cependant Zeno OPREA, *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1935, à la p. 327 : pour l'auteur la notion s'apparente à un ruisseau de montagne, elle est « timide à certains moments, disparaissant en cours de route, et suivant un chemin souterrain, mais réapparaissant ensuite, plus volumineux, plus puissant et plus impétueux que jamais ».

<sup>517</sup> Dominique FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public

vie privée ; on dit même qu'elles offrent « un modèle de vie qui est proposé à tous »<sup>518</sup>. C'est alors dans la tension entre la portée atrophiée (A.) et l'interprétation disqualifiée (B.) de la notion que semble se jouer son sort en droit contemporain. Pourtant, si la seconde la condamne irrémédiablement, la première n'autorise pas à prononcer son décès (C.).

## A. Une portée atrophiée

**89. Une portée large voulue mais étouffée.** Une étude des fondements de la notion de bonnes mœurs a révélé la constance avec laquelle elle s'inscrit dans le droit, passant du droit romain à l'ancien droit pour finalement nous parvenir<sup>519</sup>. Cet héritage, le *Code civil* en porte la trace puisque la notion de bonnes mœurs y est formellement consacrée en différents endroits<sup>520</sup>, mais surtout en son frontispice, à l'article 6 aux termes duquel : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. », exprimant ainsi « le droit commun »<sup>521</sup>. Il est classique alors de rapporter les mots de Portalis en ce qu'ils éclairent la conception que se faisaient les rédacteurs de la notion, car pour lui :

---

philanthropique », dans *Etudes Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 487, à la p. 493 et suiv. : l'auteur observe que « la vie privée est nécessairement dotée d'une grande dynamique d'opposition à l'encontre des « bonnes » mœurs : puisque j'ai le droit de garder mes mœurs secrète et de les déterminer librement, le droit ne saurait me dicter telle ou telle conduite ; parce qu'elles sont libres, mes mœurs ne sauraient relever du jugement d'un tiers ; elles n'ont pas à être « bonnes ». Les mœurs relèvent alors d'autres normes que du droit : la morale, la religion, les règles mondaines, la voix de la conscience... En bref, la liberté de la vie privée renvoie en principe les mœurs au non-droit. ».

<sup>518</sup> Jacques FOYER, « Les bonnes mœurs », dans *1804-2004 Le Code Civil - Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 495, à la p. 495.

<sup>519</sup> Voir notamment Félix SENN, « Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t.1 « Aspect historiques et philosophiques », Paris, Librairie Duchemin, 1977 (réimpression de l'édition de 1937), p. 53, à la p. 53 : pour l'auteur « cette notion de bonne mœurs est précisément l'une de ces notions que Rome a transmise à nos législations modernes » ; et Marc PENA, « Les origines historiques de l'article 6 du Code civil », *R.R.J.* 1992.498, à la p. 500 et suiv. : l'auteur démontre que « la notion de bonne mœurs est précisément l'une de ces notions que le droit romain, puis le droit canon, ont transmises à nos législations modernes. ».

<sup>520</sup> Cf. *Code civil*, art. 900, 1133, 1172, 1387.

<sup>521</sup> Jacques FOYER, « Les bonnes mœurs », dans *1804-2004 Le Code Civil - Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 495, à la p. 506.

« Les bonnes mœurs peuvent suppléer les bonnes lois : elles sont le véritable ciment de l'édifice social. Tout ce qui les offense, offense la nature et les lois. Si on pouvait les blesser par des conventions, bientôt l'honnêteté publique ne serait plus qu'un vain nom et toutes les idées d'honneur, de vertu, de justice, seraient remplacées par les lâches combinaisons de l'intérêt personnel, et par les calculs du vice. »<sup>522</sup>.

Surement trop marquée idéologiquement, la notion de bonnes mœurs sera bien vite contestée par les premiers exégètes qui s'attacheront à en réduire la portée en la limitant aux seules lois<sup>523</sup>. Elle ne doit sa survivance qu'à l'œuvre de ceux qui voient en elle un outil d'appréciation de la cause<sup>524</sup>, mais elle sera alors cantonnée dans le rôle d'une notion morale<sup>525</sup> jusqu'à la caricature<sup>526</sup>.

---

<sup>522</sup> P.-A. FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1827, à la p. 362.

<sup>523</sup> Voir notamment Théophile HUC, *Commentaires du Code civil*, t. 1, Paris, Cotillon, 1892, à la p. 181, n° 195 : pour l'auteur les bonnes mœurs « sont les habitudes acquises pour le bien *en tant qu'elles sont protégées ou déterminées par les lois positives*. C'est aux lois positives qu'il faut demander quelles sont les mœurs qu'il faut protéger contre les conventions particulières. La question, ramenée sur le terrain des faits, est loin d'être aussi vaste qu'elle le paraît dans sa formule abstraite. ».

<sup>524</sup> Voir Julien BONNECASE, « La notion juridique de bonnes mœurs – Sa portée en droit civil français », dans *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, p. 91.

<sup>525</sup> Voir notamment Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 8<sup>ème</sup> éd., avec le concours de M. JULIOT DE LA MORANDIERE, Paris, Dalloz, 1934, à la p. 11 : pour les auteurs « la notion de bonnes mœurs se rattache étroitement à celle d'ordre public, dont elle n'est en réalité qu'un des aspects. Parmi les intérêts sociaux, à côté des intérêts familiaux et patrimoniaux, on doit compter les intérêts moraux. Aussi, certaines règles de morale. Acceptées par la conscience générale du pays et dégagées par le juges doivent-elles s'imposer à peine d'inefficacité de tout acte qui y porte atteinte. » ; et Félix SENN, « Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t.1 « Aspect historiques et philosophiques », Paris, Librairie Duchemin, 1977 (réimpression de l'édition de 1937), p. 53, à la p. 54 : l'auteur rapporte « [l]es bonnes mœurs, diront les uns, c'est la morale : il est interdit aux particuliers d'insérer dans les actes juridiques, œuvre de leur volonté, des dispositions contraires à la morale ».

<sup>526</sup> Voir George RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1949, à la p. 58, n° 30 : l'auteur à partir de la jurisprudence énonce « les préceptes que l'on peut glaner et mettre sous la forme impérative : tu ne disposeras pas de la vie, du corps, de la liberté de ton prochain pour des fins inutiles ; toi-même, tu respectera ta vie et ton corps ; tu ne chercheras pas à tirer profit de ta débauche ou de celle d'autrui ; tu ne t'enrichiras pas injustement par le jeu ou le hasard, par l'acte de ruse ou de force, ou par la tromperie alors même qu'elle ne serait pas punissable ; tu ne feras pas par intérêts ce que tu devrais faire par devoir ; tu ne stipuleras pas de rémunération pour des actes qui ne doivent pas être payés ; tu n'acquerras pas à prix d'argent une impunité coupable. » ; *contra* René DEMOGUE, *Source des Obligations*, t. 2, Paris, Arthur Rousseau, 1923, à la p. 598, n° 773 bis : pour l'auteur les bonnes mœurs « ne se détermine pas d'après un idéal religieux ou philosophique, mais



## B. Une interprétation disqualifiée

**90. Une interprétation étroite disqualifiée.** Le droit contemporain porte la marque de ces interprétations. De ce fait, la défiance contemporaine à l'égard de la notion de bonnes mœurs est patente, peut-être parce qu'on constate que « les tribunaux [...] interprètent le texte d'une manière élitiste, partant peu sociologique : ils y lisent un renvoi à leur propre conception morale et se passent bien, d'enquête de fait ou d'opinion. »<sup>527</sup>. Mais surtout parce que reléguée sur le terrain de la morale la notion apparaît disqualifiée<sup>528</sup>, notamment parce qu'il serait illégitime pour le juge de s'instaurer en censeur des bonnes mœurs<sup>529</sup>.

La tolérance – pour ne pas dire la bienveillance – des juges en matière de libéralités en offre un bon exemple. Ainsi, abandonnant une jurisprudence établie la Cour de cassation a considéré, dès 1999, que « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire »<sup>530</sup>. Très contestée la solution n'en fût pas moins réaffirmée par l'Assemblée

---

d'après les faits et l'opinion commune. ».

<sup>527</sup> Jean CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1992, à la p. 292.

<sup>528</sup> Voir notamment Danièle LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs – Puissance et impuissance de la norme juridique », dans CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, *Les Bonnes mœurs*, Paris, P.U.F., 1994, p. 15, à la p. 53 : pour l'auteure « on ne peut manquer de s'interroger sur la fonction assignée au droit lorsqu'il se mêle de bonnes mœurs » ; et Geneviève PIGNARRE, « Que reste-t-il de la notion de bonnes mœurs en droits des contrats ? Rien ou presque tout ? », *R.D.C.* 2005.1290, n° 5 : pour l'auteur « le droit positif contemporain, montre une régression constante des bonnes mœurs appréhendées à travers le prisme de la morale traditionnellement atteinte par le droit [...] ».

<sup>529</sup> Voir Dominique FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique », dans *Etudes Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 487 : pour l'auteure « [l]a libéralisation des mœurs constatée dans la société s'est en effet accompagnée de la reconnaissance juridique de la liberté des mœurs. Est-il alors encore possible de dire de telles ou telles mœurs qu'elles sont « bonne » ? Il ne semble pas, tant la liberté de la vie privée et familiale semble bien condamner le concept même de « bonne » mœurs. » (à la p. 488 et suiv.), et elle ajoute « une telle définition des limites à la liberté des mœurs érige le juge en censeur moral, ce qui est doublement inacceptable. » (à la p. 499).

<sup>530</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ.* I, n° 43 : note Marc BILLIAU et Grégoire LOISEAU, *J.C.P.* 1999.II.10083 ; obs. Jérôme CASEY, *R.J.P.F.* 1999.2.27 ; obs. Michel GRIMALDI, *D.* 1999.307 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 1999.364 ; chron. Christian LARROUMET, *D.* 1999.351 ;

plénière de la Cour de Cassation en 2004<sup>531</sup>. Attestant alors du refus des juges de s'ériger en gardiens de la moralité.

La permissivité des juges à l'égard du courtage matrimonial est elle aussi significative. Sa validité n'est pas en cause, puisqu'on sait qu'il fait même l'objet d'une réglementation<sup>532</sup>. Mais, dans une décision récente, les juges valident le contrat de courtage matrimonial conclu par un homme marié parce que «le contrat proposé par un professionnel, relatif à l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, qui ne se confond pas avec une telle réalisation, n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée.»<sup>533</sup>. Or, si la distinction proposée entre la conclusion du contrat et sa réalisation fait sourire<sup>534</sup>, elle ne doit pas masquer le discrédit total de la notion de bonnes mœurs au yeux des juges.

---

note Laurent LEVENEUR, *J.C.P.* 1999.I.143 ; obs. Jacques MASSIP, *Defrénois* 1999.680 ; obs. Denis MAZEAUD, *Defrénois* 1999.748 ; obs. Jacques MESTRE, *R.T.D. civ.* 1999.383 ; obs. Jean PATARIN, *R.T.D. civ.* 1999.892 ; rapp. Xavier SAVATIER, *D.* 1999.267 ; *G.A.J.C.* 1 n° 29 ; adde Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 2000, n° 98-15.950, *Inédit* ; note Bernard BEIGNIER, *Dr. fam.* 2000.102 ; obs. Jacques MASSIP, *Defrénois* 2000.1049 ; et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 00-18987, *Inédit* ; obs. Hervé LECUYER, *Dr. fam.* 2002.64 ; obs. Jacques MASSIP, *Defrénois* 2002.681.

<sup>531</sup> Cass. Ass., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, *Bull. Ass.*, n° 12 : note Dominique ALLIX, *Gaz. Pal.* 2004.336.11 ; obs. Frédéric BICHERON, *A.J. fam.* 2005.23 ; note François CHABAS, *J.C.P. G.* 2005.153 ; obs. Sidonie DOIREAU, *R.L.D.C.* 2004.11.9 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2005.104 ; note Marie LAMARCHE, *R.L.D.C.* 2004.11.41 ; obs. Florence LEANDRI, *R.L.D.C.* 2004.11.49 ; note Véronique MIKALEF-TOUDIC, *Defrénois* 2005.1045 ; note Stéphane PIEDELIÈVRE, *Defrénois* 2005.234 ; note Sébastien PIMONT, *L.P.A.* 2005.112.17 ; note Daniel VIGNEAU, *D.* 2004.3175 ; *G.A.J.C.* 1 n° 30 : « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire » ; adde Dominique FENOUILLET, « La loi, je juge, les mœurs : la Cour de cassation aurait-elle emménagé rive gauche ? », *R.D.C.* 2005.1284.

<sup>532</sup> Voir *Loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales*, J.O.R.F. 29 juin 1989, p. 8047, art. 6 : Gilles HEIDSIECK, « Le marché de la solitude et le droit », *J.C.P.* 1990.I.3432.

<sup>533</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ. I*, n° 191 : obs. Hélène AUBRY, *D.* 2012.840 ; note David BAKOUCHE, *J.C.P. G.* 2012.12 ; obs. François CHÉNEDÉ, *A.J. fam.* 2011.613 ; obs. Bertrand FAGES, *R.T.D. civ.* 2012.113 ; note Dominique FENOUILLET, *R.D.C.* 2012.473 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2012.93 ; note Dimitri HOUTCIEFF, *Gaz. Pal.* 2012.11.19 ; note Yves-Marie LAITHIER, *R.D.C.* 2012.383 ; note Rémy LIBCHABER, *D.* 2012.59 ; note Sébastien MILLEVILLE, *L.P.A.* 2012.1.8 ; obs. Élodie POULIQUEN, *R.L.D.C.* 2012.89.15 ; note Guy RAYMOND, *C.C.C.* 2012.3.33 ; note Isabelle TOSI, *Gaz. Pal.* 2012.1.11.

<sup>534</sup> Voir notamment Rémy LIBCHABER, « La Cour de cassation n'est plus la gardienne du mariage », *D.* 2012.59 : l'auteur remarque que « les agences concernées ne cherchent pas à organiser des rencontres pour favoriser l'épanouissement individuel de leurs clients ».

Dès lors que la notion ne trouve sa raison d'être que dans les coups qui lui sont portés<sup>535</sup>, alors le rétrécissement de son exposition entraîne sa disparition. En conséquence, pour certains l'étude de la notion de bonnes mœurs doit à nouveau se confondre avec celle de l'ordre public, dont elle n'est qu'une facette mineure<sup>536</sup>, alors que pour d'autres auteurs on doit se contenter d'enregistrer sa disparition<sup>537</sup>.

## C. Une métamorphose

**91. Une survivance possible ?** Peut-on vraiment évacuer de notre droit ce qui en fait la structure<sup>538</sup> ? Il ne s'agit pas comme certain le propose de voir dans la notion un outil

---

<sup>535</sup> Voir notamment Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, Préf. A. GARAPON, coll. « Partage du savoir », Paris, P.U.F., 2005, à la p. 19 : pour l'auteure « il n'existe pas de principe positif indiquant ce que sont les bonnes mœurs, puisque leur contenu ne nous parvient que par référence à ce qui leur porte atteinte. ».

<sup>536</sup> Voir notamment Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Droit civil - Les obligations*, t. 1 « L'acte juridique », 16<sup>ème</sup> éd., coll. « Université », Paris, Sirey, 2014, à la p. 287, n° 277 : les auteurs constatent « [l]e caractère artificiel de la distinction entre l'ordre public et les bonnes mœurs » et étudient les déclinaisons contemporaines des bonnes mœurs au titre de l'étude de l'ordre public politique ; Philippe MALINVAUD et Dominique FENOUILLET, *Droit des obligations*, 12<sup>ème</sup> éd., coll. « Manuel », Paris, LexisNexis, 2012, à la p. 206, n° 264 : les auteurs affirment que « les bonnes mœurs ne sont en réalité qu'un aspect de [l'ordre public], relatif à la morale, et notamment la morale sexuelle. » (références omises).

<sup>537</sup> Voir notamment Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 4<sup>ème</sup> éd., coll. « Manuel », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 145, n° 174 : pour l'auteur « la notion n'a guère résisté au double phénomène de libéralisation des mœurs et de protection des vies privées. » ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit civil », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 316, n° 647 : les auteurs constatent que « [l]a société permissive contemporaine fait peu à peu disparaître [les bonnes mœurs], estimant qu'est illégitime la direction des mœurs individuelles par la loi et donc toute atteinte à la liberté de la vie privée : la notion de « bonnes » mœurs n'a aujourd'hui guère de sens. » ; François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil - Les obligations*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2013, à la p. 435, n° 388 : les auteurs affirment que « le recul de la notion de bonnes mœurs est manifeste. » ; Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1 « Contrat et engagement unilatéral », 3<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 390 : l'auteure constate que « [l]es bonnes mœurs reçoivent en droit positif, une acception assez restrictive ».

<sup>538</sup> Voir Julien BONNECASE, « La notion juridique de bonnes mœurs – Sa portée en droit civil français », dans *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, p. 91, à la p. 100 : pour l'auteur « l'article 6 est l'image vivante de la notion de droit commandant d'une manière constante l'interprétation et l'élaboration du Droit civil ».

pour « moraliser des mœurs de plus en plus laxistes »<sup>539</sup>. Mais on doit admettre « [qu']une société ne peut tout permettre, comme elle ne peut tout se permettre. »<sup>540</sup>. Il faut alors constater, avec d'autres, que l'effacement de la notion de bonnes mœurs n'est en réalité qu'un déplacement<sup>541</sup>. D'ailleurs n'a-t-on pas fait remarquer « qu'elles doivent servir de fondement à la condamnation de comportements contraires à une morale humaniste. »<sup>542</sup> ? À ce titre, les bonnes mœurs ne sont pas mortes mais simplement remplacées par la bannière des droits fondamentaux. À s'en tenir à l'énoncé de Portalis<sup>543</sup>, on peut voir la « permanence des fonctions dévolues aux bonnes mœurs »<sup>544</sup>. Aussi, aujourd'hui la détermination des *mauvaises* mœurs relève des droits fondamentaux. Ainsi, hier encore, les bonnes mœurs valaient une condamnation à Baudelaire pour la publication des « Femmes damnées »<sup>545</sup> ; aujourd'hui si une telle condamnation paraît improbable, une forme de contrôle des expressions subsiste mais sur le fondement de la dignité.

C'est très précisément la démarche entreprise par la Cour de cassation lorsqu'elle a eu à se prononcer sur la validité de l'interdiction de la fameuse exposition proposant de présenter au public l'exposition de cadavres humains *plastinés*. Selon la Cour de cassation, « aux termes de l'article 16-1-1, alinéa 2, du code civil, les restes des personnes décédées

---

<sup>539</sup> Jacques FOYER, « Les bonnes mœurs », dans *1804-2004 Le Code Civil - Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 495, à la p. 496.

<sup>540</sup> Geneviève PIGNARRE, « Que reste-t-il de la notion de bonnes mœurs en droits des contrats ? Rien ou presque tout ? », *R.D.C.* 2005.1290.

<sup>541</sup> Voir notamment Jean HAUSER et Jean-Jacques LEMOULAND, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Ordre public et bonnes mœurs*, n° 166 : pour les auteurs « [i]l est probable également que certaines mœurs, qui n'étaient pas autrefois considérées comme bonnes, sont aujourd'hui tolérées, mais il n'est pas certain que d'autres ne viennent pas les remplacer. Autrement dit, comme pour l'ordre public, il est probable que les bonnes mœurs sont en déplacement plus qu'en régression ».

<sup>542</sup> Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *Traité de droit civil - La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat – Le consentement », 4<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 393, n° 534.

<sup>543</sup> *Supra* n° 89.

<sup>544</sup> Geneviève PIGNARRE, « Que reste-t-il de la notion de bonnes mœurs en droits des contrats ? Rien ou presque tout ? », *R.D.C.* 2005.1290.

<sup>545</sup> Voir Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, Préf. A. GARAPON, coll. « Partage du savoir », Paris, P.U.F., 2005, à la p. 2 : l'auteure rapporte que « « Les femmes damnées » (Delphine et Hippolyte) appartient aux six poème ayant valu à Charles Baudelaire une condamnation pour outrage aux bonnes mœurs, le 20 aout 1857, par le tribunal correctionnel de la Seine. ».

doivent être traités avec respect, dignité et décence ; que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence »<sup>546</sup>. Or, une telle orientation atteste indéniablement du remplacement de la notion de bonnes mœurs par la notion de dignité<sup>547</sup>.

C'est également la démarche mise en œuvre par les autorités administratives, comme en attestent les fameuses ordonnances du Conseil d'État rendues à propos de l'affaire Dieudonné, puisque dans cette situation le simple risque qu'il soit porté « de graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine »<sup>548</sup> a suffi pour interdire purement et simplement un spectacle.

Au regard de la matière contractuelle, il faudra surement se rallier à la position exprimé par Mme Remy-Corlay, selon qui « [l]es bonnes mœurs [...] sont sorties du contrat

---

<sup>546</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ. I* n° 174 : note Florence BELLIVIER et Christine NOUVILLE, *R.D.C.* 2011.605 ; obs. Marion BERTRAND, *J.C.P. G.* 2010.2333 ; chron. Christophe BYK, *J.C.P. G.* 2011.1449 ; note Guillaume CHAUCHAT-ROZIER, *R.L.D.C.* 2010.76.41 ; obs. Emmanuel DREYER, *D.* 2011.780 ; note Bernard EDELMAN, *D.* 2010.2754 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2010.760 ; obs. Christine LE DOUARON, *D.* 2010.2750 ; note Agathe LEPAGE, *C.C.E.* 2010.11.34 ; note Grégoire LOISEAU, *D.* 2010.2750 ; note Béatrice PARANCE, *R.L.D.C.* 2011.80.61 ; obs. Emmanuel PUTMAN, *R.J.P.F.* 2010.11.11 ; *adde* Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ. I*, n° 174 : chron. Soraya AMRANI-MEKKI et Mustapha MEKKI, *D.* 2015.529 ; obs. Hugo BARBIER, *R.T.D. civ.* 2015.121 ; note Sébastien CACIOPPO, *L.P.A.* 2015.22.8 ; note Aude-Solveig EPSTEIN, *D.* 2015.242 ; obs. Romain LAULIER, *L.P.A.* 2015.59.8 ; obs. Cécile LE GALLOU, *R.L.D.C.* 2014.121.16 ; obs. Laurent LEVENEUR, *C.C.C.* 2015.1.17 ; obs. Grégoire LOISEAU, *J.C.P. G.* 2014.2067 ; note Daniel MAINGUY, *D.* 2015.246 ; note Claire MIGNOT, *L.P.A.* 2014.261.15 ; note Béatrice PARANCE, *R.L.D.C.* 2015.124.60 ; note Stéphane PRIEUR, *Gaz. Pal.* 2014.330.9 ; note Morgan SWEENEY, *R.L.D.C.* 2015.123.8.

<sup>547</sup> Voir Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, Préf. A. GARAPON, coll. « Partage du savoir », Paris, P.U.F., 2005, à la p. 126 et suiv. : l'auteure affirme que « la notion de dignité fondamentale ne renvoie pas à une qualité de tel ou tel individu, mais bien à une qualité commune à tous, rejoignant en cela une composante de l'intérêt public, ce qui explique qu'un certain rapprochement avec la notion de bonne mœurs puisse être effectué. ».

<sup>548</sup> Cons. d'État, 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508, n° 374528 et n° 374552, *Rec. Lebon* 2014 : obs. Gweltaz EVEILLARD, *J.C.P. G.* 2014.18.912 ; note Jacques PETIT, *A.J.D.A.* 2014.866 ; obs. Dominique ROUSSEAU, *Gaz. Pal.* 2014.50.9 ; *adde* Cons. d'État, 10 janvier 2014, *S.A.R.L. Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374528, *Inédit* ; Cons. d'État, 11 janvier 2014, *S.A.R.L. Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374552, *Inédit* ; Cons. d'État, 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne*, n° 387726, *Rec. Lebon* 2015.

[...]. Les droits fondamentaux sont un moyen de les convoquer à nouveau ; différemment, sans les nommer »<sup>549</sup>.

\* \* \*

**92. Conclusion de la section I.** Il n'est guère étonnant que les normes exprimées dès le frontispice de l'article 6 du *Code civil* soient bouleversées par les droits fondamentaux, précisément car par ces notions comme par les droits fondamentaux « la société s'infiltré dans la structure du contrat »<sup>550</sup>. L'ordre public est alors mobilisé, le mouvement n'étonne guère étant donné la proximité qu'il entretient avec les droits fondamentaux. Les bonnes mœurs, elles, s'estompent progressivement dès lors que cantonnées à une acception moralisante leur rejet s'impose. D'ailleurs n'est-il pas significatif que dans le droit civil québécois, si empreint des droits fondamentaux, la notion de bonnes mœurs ait formellement disparu ?

\* \*

\*

---

<sup>549</sup> Pauline REMY-CORLAY, « Contrat », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadriges », Paris, P.U.F., 2008, p. 197, à la p. 200.

<sup>550</sup> Marc PENA, « Les origines historiques de l'article 6 du Code civil », *R.R.J.* 1992.498, à la p. 516.

## Section II – L’ordre public phagocyté au Québec

**93. Une culture des droits fondamentaux.** Au Québec, il est possible d’affirmer que l’avènement des Chartes – la *Charte québécoise* et la *Charte canadienne* – conduit à une recomposition de la culture juridique autour des droits qu’elles portent<sup>551</sup>, de sorte qu’on constate que « la culture des droits fondamentaux fait partie intégrante du droit québécois en toute matière »<sup>552</sup>. Plus précisément, certains considèrent que les Chartes portent des « valeurs éminentes du droit tout entier, qui imprègnent de plus en plus le droit contractuel de principes supérieurs tels que l’égalité entre les individus et l’intégrité physique de la personne humaine »<sup>553</sup>.

Mme Caron a bien montré que l’ordre public est une question de valeurs<sup>554</sup>. Dès lors, leur fixation dans les Chartes conduit à un phénomène de cristallisation de l’ordre

---

<sup>551</sup> Voir Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Les Chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme ? Quelques hypothèses sur la culture des droits sur la culture juridique québécoise » dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy, Presses de l’Université Laval, 1998, p. 83, à la p. 115 : selon l’auteur « les Chartes participent effectivement une recomposition plus « éclatée » de la culture juridique québécoise » ; et France ALLARD, « L’impact du la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit civil : une relecture de l’arrêt *Dolphin Delivery* à l’aide d’une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) N.S. R. du B. 1, à la p. 5 : « C’est [...] un truisme d’affirmer que l’adoption de la *Charte canadienne* a modifié le cadre conceptuel général du droit canadien. ».

<sup>552</sup> France ALLARD, « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d’ « harmonie ambiguë » », (2006) N.S. R. du B. 33, à la p. 61.

<sup>553</sup> Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7<sup>ème</sup> éd., par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VEZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 70, EYB2013OBL19 ; adde Michelle CUMYN, « La sanction des lois d’ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 R.J.T. 1, à la p. 11 : l’auteure observe que « les lois relevant de cette catégorie débordent souvent très largement du domaine contractuel, mais elles ont une incidence importante sur le contrat lorsqu’elles rehaussent, en faveur d’une partie vulnérable, l’obligation de son cocontractant de veiller à sa sécurité et de respecter ses droits fondamentaux, tout en fournissant à la partie protégée des moyens d’agir adaptés à sa situation, alors même que cette partie n’aurait sans doute pas pu obtenir de tels garanties et recours sous un régime de liberté contractuelle. » ; et Michelle CUMYN, « L’ordre public et le droit civil », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 269.

<sup>554</sup> Madelaine CARON, « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne », (1978) 56 R. du B. can. 197, à la p. 214 : pour l’auteure « [l]e contenu de la notion d’ordre public pourra changer, soit que la société ait adopté de nouvelles valeurs qu’elle rejetait précédemment, soit que le législateur ait imposé à l’ensemble de la société des normes impératives.

public<sup>555</sup>, qui peut s'observer aussi bien à l'égard de la *Charte canadienne* (§ I) que de la *Charte québécoise* (§ II).

## § I – L'influence de la *Charte canadienne* sur l'ordre public

**94. Les prolongements de l'affaire *Dolphin Delivery*.** Pour saisir l'influence de la *Charte canadienne* sur l'ordre public, il faut de nouveau<sup>556</sup> solliciter la décision de la Cour suprême rendue dans l'affaire *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*<sup>557</sup>. En effet, dans cette décision a été posé – en plus du principe de la soumission du droit privé à l'autorité de la *Charte canadienne* – le principe de la prise en compte des valeurs de cette dernière dans l'évolution du droit. Un tel principe, dont la teneur doit être précisée (A.), a pour effet de transformer l'ordre public en vecteur d'intégration de ces valeurs (B.).

### A. Le principe de l'intégration des valeurs de la *Charte canadienne* dans

#### P'interprétation du droit

---

Certains articles de la Chartes des droits et libertés de la personne en seraient un bon exemple » ; *adde* Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien, basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil » de Frédéric Mourlon avec une revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, t. 1, Montréal, C. Théoret, 1895, à la p. 121 : pour l'auteur « ces choses se sentent plus qu'on ne les définit » ; et Brigitte LEFEBVRE, « Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. n° 56, *Développement récents en droit civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 149 ; Michelle CUMYN, « L'ordre public et le droit civil », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 269.

<sup>555</sup> Voir Didier LLUELLES et Pierre TRUDEL, « L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux rapports de droit privé », (1984) 18 *R.J.T.* 219, à la p. 244 et 245 : pour les auteurs « [l]e juge chargé d'étudier la validité [d'une clause litigieuse] se demandera s'il y a violation d'une norme d'ordre public ; il pourra, à cet égard, se référer aux prescriptions de la Charte canadienne qui, même si elles ne lient pas, par hypothèse, directement les particuliers, est susceptible de lui fournir un guide précieux dans la détermination du contenu de l'ordre public » (références omises) ; Pierre CIOTOLA, « L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation des contrats ? », (1986) 20 *R.J.T.* 169, à la p. 187 : l'auteur souligne que « [c]es Chartes peuvent être utiles dans la détermination du contenu de l'ordre public ; partant, serait nulle toute convention ou clause qui porterait atteinte aux droits consacrés par la Charte constitutionnelle, qui se veut le reflet des valeurs essentielles des sociétés canadienne et québécoise. ».

<sup>556</sup> *Supra* n° 54 et suiv., et 73 et suiv.

<sup>557</sup> *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 *R.C.S.* 573.



**95. L'établissement du principe.** Lorsqu'il rejette la possibilité pour une personne privée d'invoquer la *Charte canadienne* à l'encontre d'une autre personne privée, dans la décision rendue dans l'affaire *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery*, le juge McIntyre, au nom de la majorité précise :

« Je dois toutefois dire clairement que c'est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de common law d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. »<sup>558</sup>.

Cette affirmation a été complétée dans la décision rendue dans l'affaire *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, par celle du juge Cory, là aussi au nom de la majorité :

« Il ressort clairement de l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, que la common law doit être interprétée d'une manière qui soit conforme aux principes de la Charte. Cette exigence illustre simplement le pouvoir inhérent qu'ont les tribunaux de modifier ou d'élargir la common law de façon à ce qu'elle respecte les conditions et valeurs sociales contemporaines. »<sup>559</sup>.

Cette interprétation a été plusieurs fois confirmée par la Cour suprême<sup>560</sup>. Or, malgré le contexte des affaires, Mme Allard affirme que « ce principe peut aussi être

---

<sup>558</sup> *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, para 39.

<sup>559</sup> *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, para. 91.

<sup>560</sup> Voir notamment *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 878 : « Notre Cour peut «développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution»: *Dolphin Delivery*, précité, à la p. 603 (le juge McIntyre). Je suis par conséquent d'avis qu'il est nécessaire de reformuler la règle de common law en matière d'ordonnance de non-publication de manière à la rendre compatible avec les principes de la *Charte*. Puisque, par définition même, les ordonnances de non-publication restreignent la liberté d'expression de tiers, j'estime que la règle de common law doit être adaptée de façon à exiger l'examen, d'une part, des objectifs de l'ordonnance de non-publication et, d'autre part, de la proportionnalité de l'ordonnance quant à ses effets sur les droits garantis par la *Charte* » ; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, para. 18 et suiv. : « La deuxième question préliminaire est de savoir comment la *Charte* peut influencer sur l'évolution de la common law. Ici encore, la réponse semble claire. La *Charte* constitutionnalise des valeurs et des principes essentiels généralement acceptés au Canada et, de façon plus générale, dans les démocraties occidentales. Les droits consacrés par la *Charte*, qui sont le fruit d'une longue évolution historique et politique, constituent un élément fondamental de l'ordre juridique du Canada depuis le rapatriement de la Constitution. La *Charte* doit donc être considérée comme l'un des outils qui guident l'évolution du droit canadien. » ; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, [2008] 2 R.C.S. 420, para.

considéré comme un principe général d'interprétation, donnant le ton à l'interprétation des règles législative par le juge »<sup>561</sup> ; d'ailleurs la jurisprudence semble le confirmer puisqu'elle s'autorise à la solliciter relativement au *Code civil du Québec*<sup>562</sup>.

**96. La signification du principe.** Pour saisir concrètement la signification de ce principe, on peut rappeler les faits de l'affaire *Hill c. Eglise de scientologie de Toronto*. En l'espèce, il s'agissait d'une affaire dans laquelle un avocat au Bureau des avocats de la Couronne, Casey Hill, avait mis en œuvre une action pour libelle à l'encontre de l'Église de Scientologie et de l'un de ses représentant Morris Manning. A l'origine de l'action se trouvaient des propos diffamatoires tenus par Morris Manning et l'Église de Scientologie à l'encontre de Casey Hill. Devant les premiers juges, ce dernier obtient la condamnation des défendeurs, et le paiement de diverses sommes<sup>563</sup>. Le pourvoi se fonde, de manière audacieuse, sur la non conformité de la common law de la diffamation avec les valeurs *Charte canadienne*. La question qui se pose alors est de savoir si en dehors de la violation d'une disposition de la *Charte canadienne* cette dernière peut être appliquée à la common law. Le juge Cory, au premier stade du raisonnement, applique les critères dégagés dans l'affaire *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.* pour conclure à l'applicabilité de la *Charte canadienne* à la common law<sup>564</sup>, et il ajoute plus loin « [qu'i] est très important d'établir une distinction entre les droits garantis par la Charte et les valeurs de la Charte »<sup>565</sup>, pour finalement accepter de

---

18 : « Les tribunaux canadiens ont maintes fois souligné la nécessité de faire évoluer la common law en fonction des valeurs exprimées dans la *Charte*, et cela vaut pour les règles relatives à la diffamation ».

<sup>561</sup> France ALLARD, « L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) N.S. R. *du B.* 1, à la p. 21.

<sup>562</sup> Voir *Fortin c. Syndicat nationale des employés de l'Hôtel-Dieu de Montréal (C.S.N.)*, [1988] R.J.Q. 526, para. 74 : « Les récentes chartes des droits ont toutefois mis en évidence la liberté d'expression d'une façon qu'on ne saurait ignorer en appliquant l'article 1053. ».

<sup>563</sup> *Hill v. Church of Scientology of Toronto et al.*, [1994] O.J. No. 961 (Ont. C.A.).

<sup>564</sup> *Hill c. Eglise de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, para. 91 : « Il ressort clairement de l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, que la common law doit être interprétée d'une manière qui soit conforme aux principes de la Charte ».

<sup>565</sup> *Hill c. Eglise de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, para. 95 : « Les particuliers ne se doivent réciproquement aucune obligation constitutionnelle et ne peuvent fonder leur cause d'action sur un droit garanti par la *Charte*, La partie qui conteste la common law ne peut alléguer que celle-ci viole un droit garanti par la *Charte*, tout simplement parce que les droits garantis par la

se livrer à un examen de la common law de la discrimination au regard des valeurs de la *Charte canadienne*<sup>566</sup>, puisque selon lui « Les valeurs de la Charte offriront alors des lignes directrices quant à toute modification de la common law que la cour estime nécessaire. »<sup>567</sup>. Il faut bien mesurer la portée des principes qui sont posés dans ces affaires, non seulement il convient d'interpréter le droit en fonction de la *Charte canadienne*, mais en plus la référence à la *Charte canadienne* doit s'entendre des droits qu'elle garantit et des valeurs qu'elle porte.

## **B. L'ordre public vecteur d'intégration des valeurs de la *Charte canadienne* dans le droit civil québécois**

**97. Un impact sur le droit civil québécois ?** Le principe de l'interprétation conforme aux valeurs de la *Charte canadienne* devrait nécessairement avoir un impact sur le droit civil québécois, pourtant, comme cela a pu être souligné « cet impact [...] demeure toutefois dans le champ du non-dit judiciaire »<sup>568</sup>. En réalité, dans ce domaine l'influence de la *Charte canadienne* devrait s'exprimer essentiellement<sup>569</sup> à travers la notion d'ordre public. On ne s'en étonnera pas, car comme le soulignent MM. Lluelles et Trudel, la fixation dans

---

*Charte* n'existent pas en l'absence d'une action de l'État. Tout ce que le particulier peut prétendre, c'est que la common law est incompatible avec les valeurs de la *Charte*. Il est très important d'établir une distinction entre les droits garantis par la *Charte* et les valeurs de la *Charte*. Il faut prendre soin de ne pas élargir l'application de la *Charte* au-delà de ce qui est établi au para. (32) 1, soit en créant de nouvelles causes d'action, soit en assujettissant toutes les ordonnances judiciaires au contrôle fondé sur la *Charte*. Par conséquent, dans le contexte d'un litige civil qui n'oppose que des particuliers, la *Charte* « s'applique » à la common law dans la mesure seulement où elle est jugée incompatible avec les valeurs de la *Charte*. ».

<sup>566</sup> *Hill c. Eglise de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, para. 99 et suiv., cet examen conduira à la reconnaissance de la conformité de la common law de la discrimination au regard des valeurs de la *Charte canadienne*.

<sup>567</sup> *Hill c. Eglise de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, para. 97.

<sup>568</sup> France ALLARD, « L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) N.S. R. *du B.* 1, à la p. 7.

<sup>569</sup> Voir Danielle PINARD, « Les dix ans de la *Charte Canadienne des droits et libertés* et le droit civil québécois : quelques réflexions », (1992) 24 R.D. *Ottawa* 193, à la p. 224 : « Les principes de validité des actes juridiques [...] constituent les voies royales d'intégration de la problématique des droits et libertés dans le droit civil québécois ».

la *Charte canadienne* des valeurs de la société canadienne doit fournir au juge « un guide précieux dans la détermination du contenu de l'ordre public »<sup>570</sup>.

Le lien entre les valeurs de la *Charte canadienne* et l'ordre public a d'ailleurs été établi indirectement dans la décision rendue dans l'affaire *Bruker c. Marcovitz*. S'agissant d'apprécier la validité d'une clause, incluse dans une entente de divorce, par laquelle l'ex-mari s'engageait à remettre son ex-épouse le *get*, lequel lui permettrait de se remarier conformément aux prescriptions de la religion juive, la juge Abella, au nom de la majorité, décide que : « Cet engagement est conforme -- et non contraire -- à l'ordre public »<sup>571</sup>. Or, cette affirmation peut se lire au regard des premiers mots de la juge Abella, qui exposent le cadre dans lequel la décision va être rendue, car pour elle :

« Le Canada est fier avec raison de sa tolérance évolutive à l'égard de la diversité et du pluralisme. Au fil des ans, l'acceptation du multiculturalisme n'a cessé de croître et l'on reconnaît que les différences ethniques, religieuses ou culturelles seront acceptées et respectées. Confirmé dans des textes de loi, que ce soit par des mesures de protection figurant dans les codes des droits de la personne ou par son inscription dans la Charte canadienne des droits et libertés, le droit de chacun de s'intégrer dans la société canadienne avec ses différences -- et malgré celles-ci -- est devenu un élément déterminant de notre caractère national.

Toutefois, le droit à la protection des différences ne signifie pas que ces différences restent toujours prépondérantes. Celles-ci ne sont pas toutes compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales et par conséquent, les obstacles à leur expression ne sont pas tous arbitraires. Déterminer les circonstances dans lesquelles l'affirmation d'un droit fondé sur une différence doit céder le pas à un intérêt public plus pressant constitue un exercice complexe, nuancé, tributaire des faits propres à chaque espèce qu'il serait illusoire d'encadrer nettement. Mais cette tâche est également une délicate nécessité, requise afin

---

<sup>570</sup> Didier LLUELLES et Pierre TRUDEL, « L'application de la Charte canadienne aux rapports de droit privé », (1984) 18 R.J.T. 220, p. 245.

<sup>571</sup> *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, para. 63.

de protéger l'intégrité évolutive du multiculturalisme et de l'assurance du public quant à son importance. »<sup>572</sup>.

Ainsi, on voit, dans cette décision, un lien entre la question de la détermination de l'ordre public et les valeurs portées par la *Charte canadienne*. Comme l'ordre public doit être conforme aux valeurs de la société, dès lors que le législateur fixe ces valeurs dans la *Charte canadienne*, ces dernières s'intègrent naturellement en son sein. Il faut donc affirmer, avec Mme Allard, que la *Charte canadienne* : « par son statut, les garanties qui y sont énoncées fondent des préceptes qui guident notre manière de penser le droit dans son ensemble. Sorte d'expression d'une conscience collective partagée au sein de l'ordre juridique canadien, [elle] aurait une fonction pédagogique par son caractère symbolique qui découle de la constitutionnalisation des droits qui y sont garantis. »<sup>573</sup>.

## § II – L'intégration de la Charte québécoise dans l'ordre public

**98. Une influence explicite.** La *Charte québécoise* s'applique directement aux rapports de droit privé, en conséquence : la question de son effet sur l'ordre public pourrait être considérée comme négligeable, ou à tout le moins superfétatoire. Cependant, il ne faut pas douter qu'elle influence, elle aussi, la notion d'ordre public.

D'abord parce que la *Charte québécoise* pose l'ordre public comme une limite aux libertés et droits fondamentaux qu'elle garantit dans son article 9-1, aux termes duquel :

« Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. ».

Ensuite, parce que la *Charte québécoise* est un instrument d'interprétation de la loi aux termes de son article 53, qui dispose que : « Si un doute surgit dans l'interprétation

---

<sup>572</sup> *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, para. 1 et 2.

<sup>573</sup> France ALLARD, « L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) N.S. R. *du B.* 1, p. 5.

d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte. ». Enfin, parce que la *Charte québécoise* est elle-même d'ordre public, elle est « une source législative d'ordre public de toute première importance »<sup>574</sup>.

**99. Une redondance constatée.** On comprend alors que la frontière entre l'ordre public et la *Charte québécoise* soit extrêmement floue<sup>575</sup>. On peine à cerner les critères qui permettraient d'établir une distinction entre une atteinte à la *Charte québécoise* et une atteinte à l'ordre public. Il suffit pour s'en convaincre de consulter la décision rendue dans l'affaire *La Brasserie Labatt Ltée c. Villa*. Appréciant la validité d'une condition d'emploi imposant un lieu de résidence, le juge Baudouin est « d'avis que la condition posée à l'octroi du poste est contraire à l'ordre public (art. 1373 C.c.) et qu'elle est contraire à la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. c. C-12, art. 10, qui interdit toute discrimination fondée sur l'état civil. »<sup>576</sup>, et le juge Gendreau « estime que cette obligation contractuelle est contraire à l'ordre public (art. 1062 C.c.B.C. et 1373 C.c.Q.) car, à [son] avis, un employeur ne peut imposer à son employé, par contrat, une façon de conduire sa vie maritale et familiale. [...] Au surplus, j'estime que la clause viole la Charte québécoise des droits et libertés de la personne protège la vie privée (art.5). »<sup>577</sup>. D'ailleurs, le même type de raisonnement se retrouve également dans la décision rendue dans l'affaire *Godbout c. Longueuil (Ville)*, mais uniquement sous la plume du juge Gendreau<sup>578</sup>. Atteinte à la *Charte québécoise* et à l'ordre public, la conjonction est peut-être révélatrice d'une certaine forme de complémentarité<sup>579</sup>.

\* \* \*

---

<sup>574</sup> Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7<sup>ème</sup> éd., par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VEZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 99, EYB2013OBL24.

<sup>575</sup> Voir Adrian POPOVICI, « De l'impact de la Charte des droits et libertés sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté », dans *Conférences Meredith - Lectures 1998-1999*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49, à la p. 54 : « Une atteinte à la vie privée sera sanctionnée en vertu du Code ou de la *Charte*, du Code et de la *Charte* ».

<sup>576</sup> *La Brasserie Labatt Ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73, para. 16.

<sup>577</sup> *Id.*, para. 31 et 33.

<sup>578</sup> *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.Q.).

<sup>579</sup> *Infra* n° 111.

**100. Conclusion de la section II.** Qu'elle soit absolument présumée ou résolument constatée la pénétration de l'ordre public québécois par les droits fondamentaux s'impose. Au regard de la *Charte canadienne*, elle semble même naturelle, n'ayant pas vocation à s'appliquer dans les rapports entre personnes privées, elle trouve un relais bienvenu dans la notion d'ordre public. Au regard de la *Charte québécoise*, la pénétration de l'ordre public porte en elle le germe de la cannibalisation en raison de la répétition de la protection offerte, les atteintes aux droits fondamentaux peuvent être sanctionnées alternativement ou conjointement par l'une ou par l'autre.

\*

\*

\*

\* \* \*

**101. Conclusion du Chapitre I.** Le respect des droits fondamentaux dans les contrats peut emprunter des voies connues des civilistes. Ainsi, il s'impose aussi en matière contractuelle par l'intermédiaire des notions d'ordre public et de bonnes mœurs – en France uniquement dès lors qu'elles n'existent plus en droit québécois –.

Ces matières sont soumises à un profond renouveau en France, l'ordre public y semble de plus en plus dirigé vers la protection des droits fondamentaux, alors que les bonnes mœurs semblent disparaître parce qu'elles seraient disqualifiées.

Au Québec, l'ordre public s'impose comme le relais privilégié de la culture des droits fondamentaux au sein du droit privé, il est d'ailleurs le seul canal d'application possible de la *Charte canadienne*, il apparaît aussi souvent comme un clone de la *Charte québécoise* accolé à la constatation de son non respect.

\* \*

\*



## Chapitre II – La consécration du respect des droits fondamentaux dans le droit des contrats

**102. Le respect des droits fondamentaux intégré au droit des contrats.** En France et au Québec, le respect des droits fondamentaux tend à s'inscrire au cœur même du droit des contrats. Dans le « processus de mutation » du droit privé<sup>580</sup>, il occupe une place centrale. Il ne s'agit plus simplement de refléter l'importance prise par le respect des droits fondamentaux, mais bien de l'inscrire dans les textes. En France, la mue est simplement en cours. Dans « la recherche des bases fondamentales du futur (nouveau ?) monde contractuel. »<sup>581</sup>, « [h]umaniser le droit des contrats est une voie à suivre »<sup>582</sup>. Il reste que formellement, la recherche est en cours. L'humanisme voulu ne trouve pas sa traduction dans les textes du droit des contrats<sup>583</sup>. Pas encore, faudrait-il préciser, puisque les réformes annoncées portent en elles le ferment d'une évolution sur ce point particulier (Section I). Au Québec, la mue nous semble plus avancée. La réforme ayant donné naissance au *Code civil du Québec* a largement enregistré l'invitation lancée par l'*Office de révision du Code civil* à consacrer « la place centrale de la personne en droit privé »<sup>584</sup>. Dès lors, l'heure n'est donc plus à s'interroger sur une évolution possible, il faut constater la transformation accomplie (Section II).

---

<sup>580</sup> Jean-Louis BAUDOUIN, « Quo Vadis ? », (2005) 46 *C. de D.* 613, à la p. 620.

<sup>581</sup> Mustapha MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *R.D.C.* 2010.1.383, n° 7.

<sup>582</sup> Mustapha MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *R.D.C.* 2010.1.383, n° 19 : l'auteur se montre cependant réservé sur la base du constat que « les droits de l'homme sont l'objet de tous les excès ».

<sup>583</sup> Voir Catherine LABRUSSE-RIOU, « La relativité du contrat : les personnes », dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La relativité du contrat — Nantes 1999*, t. IV, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 13, à la p. 15, pour l'auteur « [l]es personnes semblent absentes de la géométrie du contrat telle qu'elle résulte de la théorie générale. ».

<sup>584</sup> OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport du comité des droits civils*, Montréal, 1966, à la p. 1.

## Section I – Vers une inscription des droits fondamentaux dans le droit des contrats en France

**103. Un vent de civilisation des droits fondamentaux.** La diffusion des droits fondamentaux en droit des contrats ne trouverait-elle pas son expression la plus significative dans une disposition spécifique à la matière contractuelle ? Nous le croyons, car après avoir été filtrés dans le contentieux et intégrés dans le raisonnement contractuel, ils seraient alors dotés d'une portée autonome, en quelque sorte civilisés<sup>585</sup>. D'ailleurs, rangée au titre des principes directeurs que devrait contenir un « droit moderne des contrats »<sup>586</sup>, l'idée d'une référence aux droits fondamentaux en son sein progresse indubitablement. Elle s'est imposée au fil des propositions de réformes (§ I), et se concrétise dans le projet de réforme en cours (§ II).

### *§ I – Les propositions de réformes*

**104. Entre timidité et audaces.** Le projet de réforme en cours, de l'aveu même de ses promoteurs, « s'inspire des travaux menés successivement par différents groupes de travail dirigés par le Professeur Catala puis par le Professeur Terré, auxquels se sont agrégés différents travaux »<sup>587</sup>. Or, quelques-uns de ces travaux ont pris acte – à différents niveaux –

---

<sup>585</sup> Voir Georges ROUHETTE, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *R.D.C.* 2007.1371 : l'auteur propose « de poser un principe de non-discrimination en *civilisant* les prescriptions de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des articles 225-1 et suivants du Code pénal, et de garantir la protection des libertés et des droits fondamentaux dans une mesure qui s'inspire de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux restrictions apportées aux droits conditionnels et de celle de la Cour de cassation en matière de clauses de non-concurrence. » (références omises, nos italiques).

<sup>586</sup> Muriel FABRE-MAGNAN, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs ? », *R.D.C.* 2012.1480.

<sup>587</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Réforme du droit des contrats : 3 questions à Carole Champelaune », 12 mars 2015 (<http://www.textes.justice.gouv.fr/dossiers-thematiques-10083/loi->

du rayonnement des droits fondamentaux ; sans prétendre à l'exhaustivité on peut souligner certaines manifestations de ce mouvement pour retracer son évolution, dans les propositions européennes (A.), dans la proposition initiée par M. Catala (B.), et dans la proposition initiée par M. Terré (C.).

## A. Les propositions européennes

**105. La pénétration des droits fondamentaux dans certaines propositions européennes.** Parmi les différentes propositions d'inspirations européennes<sup>588</sup>, certaines se placent résolument dans la perspective d'un rayonnement des droits fondamentaux, par exemple en disposant que les règles qu'ils contiennent « are to be read in the light of any applicable instruments guaranteeing human rights and fundamental freedoms and any applicable constitutional laws »<sup>589</sup> ; d'autres relient la protection des droits fondamentaux à

---

du-170215-sur-la-simplification-du-droit-12766.html).

<sup>588</sup> Voir notamment COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT (PRÉSIDENT : OLE LANDO), *Les Principes du droit européen du contrat : L'exécution, l'inexécution et ses suites*, Paris, La documentation française, 1997 ; ACADÉMIE DES PRIVATISTES EUROPÉEN – GUISEPPE GANDOLFI (coord.), *Code européen des contrats*, 1999 ; COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT (PRÉSIDENT : OLE LANDO), *Principes du droit européen du contrat*, coll. « Droit privé comparé et européen » v. 2, Paris, Société de Législation Comparée, 2003 ; ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE ET SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Terminologie contractuelle commune : projet de cadre commun de référence*, coll. « Droit privé comparé et européen » v.6, Paris, Société de Législation Comparée, 2008 ; ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE ET SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, coll. « Droit privé comparé et européen » v.7, Paris, Société de Législation Comparée, 2008 ; Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD, André PRÜM (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain – Colloque du 22 juin 2007*, coll. « Travaux de l'Association Henri Capitant » v.8, Paris, Société de Législation Comparée, 2008 ; STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE et RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (D.C.FR)*, ([http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf)).

<sup>589</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE et RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (D.C.FR)*, ([http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf)) : art. I.-1 :102(2).

la sanction aux principes fondamentaux<sup>590</sup> ; les dernières étant en apparence silencieuses sur la question.

## B. La proposition initiée par M. Catala

**106. L'absence de référence apparente aux droits fondamentaux dans la proposition initiée par M. Catala<sup>591</sup>.** On ne peut que constater que ces travaux ne contiennent aucune référence explicite aux droits fondamentaux. Avec d'autres<sup>592</sup>, on peut être tenté d'y relier les dispositions proposées pour l'article 1129-1 alinéa 2 relatives à la nullité absolue en cas d'atteinte à un intérêt procédant « d'une valeur fondamentale, comme le corps humain »<sup>593</sup>. Mais, plus généralement, il faut admettre qu'il n'engage pas dans la voie de l'affirmation du respect des droits fondamentaux. D'ailleurs on a pu souligner que le projet de la Chancellerie qui s'en est inspiré conservait le silence sur cette question<sup>594</sup>.

---

<sup>590</sup> ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE ET SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, coll. « Droit privé comparé et européen » v.7, Paris, Société de Législation Comparée, 2008, à la p. 413 et suiv. : ainsi aux termes de l'article 4 : 301 : « Un contrat dont la conclusion ou l'exécution est contraire aux principes reconnus comme fondamentaux par le droit commun des États membres de l'Union Européenne est illicite », il est précisé que cette notion renvoie initialement « à des documents tels que le Traité sur l'Union européenne [...] ou encore à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (à la p. 415).

<sup>591</sup> Voir Pierre CATALA (dir.), *Rapport – Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation française, 2006.

<sup>592</sup> Voir cependant Bertrand FAGES, « Autour de l'objet et de la cause », *R.D.C.* 2006.1.37 : pour l'auteur « cet article ne pose pas le principe d'un nécessaire respect des droits fondamentaux, mais règle simplement la question du caractère absolu ou relatif de la nullité, dans une section fort éloignée des conditions de validité du contrat, et dans une tournure de style qui n'en fait certainement pas une clause générale. De plus, la référence au corps humain paraît relativement éloignée des droits et libertés fondamentaux qui alimentent la jurisprudence actuelle, laquelle statue le plus souvent en matière économique (liberté du commerce et de l'industrie, liberté du travail, droit au respect de la propriété, etc.). » ; *adde* Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 164, n° 189.

<sup>593</sup> Pierre CATALA (dir.), *Rapport – Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation française, 2006, à la p. 44.

<sup>594</sup> Voir Dominique FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *R.D.C.* 2009.1.219 : l'auteure souligne que ce projet « conserve [...] un

## C. La proposition initiée par M. Terré

**107. La consécration des droits fondamentaux dans la proposition initiée par M. Terré**<sup>595</sup>. Le texte issu de ces travaux est sûrement le premier texte explicite à l'égard des droits fondamentaux, en ce qu'il les reconnaît au titre des « Principes généraux du droit des contrats »<sup>596</sup>, ainsi on peut y lire à l'article 4 alinéa 2 : « On ne peut porter atteinte aux libertés et droit fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime »<sup>597</sup>, et plus avant, à l'article 59 que : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ni par son contenu ni par son but que ce dernier ait été connu, ou non, par toutes les parties. Il ne peut, pareillement, porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime. »<sup>598</sup>.

Cette formulation résulte de la prise en compte des observations de M. Rouhette<sup>599</sup> relatives aux travaux précédents<sup>600</sup>. Selon ses auteurs, les dispositions de l'article 4 « permettent de diffuser, dans la clarté et la transparence, l'essence de la matière et l'esprit qui l'anime »<sup>601</sup>, et elles marquent un effort de modernisation<sup>602</sup> ; la distinction entre l'ordre

---

silence discutable sur la question de la violation des droits et libertés fondamentaux ».

<sup>595</sup> Voir François TERRÉ (dir), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et proposition d'un groupe de travail*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2009.

<sup>596</sup> *Id.*, à la p. 11.

<sup>597</sup> *Id.*, à la p. 11.

<sup>598</sup> *Id.*, à la p. 18.

<sup>599</sup> Cf. Georges ROUHETTE, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *R.D.C.* 2007.4.1371.

<sup>600</sup> Voir Carole AUBERT DE VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », dans François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2008, p. 113, à la p. 115 : l'auteure renvoie explicitement à ces observations (note 11).

<sup>601</sup> *Id.*, à la p. 113.

<sup>602</sup> *Id.*, à la p. 115 : selon l'auteur « [i]l est proposé que soit déplacé, et modernisé, l'actuel article 6 du Code civil. Ainsi, il resterait, de par sa place au sein des principes généraux, une disposition transversale applicable à tous les contrats et actes juridiques, tout en étant replacé dans son domaine contractuel de prédilection. Sa modernisation se manifeste par la référence aux libertés et droits fondamentaux. ».

public et les droits fondamentaux se veut symbolique – à travers la reconnaissance de l'autorité des droits fondamentaux – et pédagogique – à travers la reconnaissance de la différence de traitement qui doit présider à leur mise en œuvre –<sup>603</sup>. Cette orientation, particulièrement audacieuse et novatrice, apporte le témoignage éclatant de l'influence contemporaine des droits fondamentaux sur le droit des contrats qui s'imposent alors que rien ne les impose.

## § II – *Le projet de réforme*

**108. Une disposition explicite dans le *Code civil* ?** La réforme en cours du droit des contrats<sup>604</sup> verra-t-elle l'avènement des droits fondamentaux dans le *Code civil* ? On se gardera de le prédire au regard des étapes qui restent à franchir pour que cette réforme voie le jour, et de notre ignorance à la fois du contenu et de l'influence des consultations menées par le Ministère de la Justice sur le projet<sup>605</sup>. Toutefois, en l'état, ce projet prévoit d'intégrer

---

<sup>603</sup> *Id.*, à la p. 115 : selon l'auteur « [u]ne tentation serait de considérer que ces droits et libertés font partie intégrante de l'ordre public et qu'il y aurait redondance. Il est apparu nécessaire, au contraire de les distinguer pour des raisons essentielles. La première d'ordre symbolique, est d'afficher la reconnaissance par notre droit des libertés et droits fondamentaux contenus dans les différentes sources applicables nationalement, qu'il s'agisse des sources constitutionnelles ou internationales avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que le juge national déclare d'application directe, dans les rapports horizontaux, et avec une force supérieure aux normes nationales. La deuxième raison, justifiant la séparation de l'ordre public et des droits fondamentaux, réside dans la différence de traitement qui doit présider à l'application de ces règles. En effet, le juge nationale a tendance à faire respecter les droits et libertés fondamentaux comme n'importe qu'elle norme d'ordre public en considérant que l'on ne peut, simplement, y déroger. Or, et la pratique de la Cour européenne l'a bien montré, ces droits et libertés ne sont pas absolues : Il s'apprécie au regard des intérêts en présence et particulièrement dans les rapports horizontaux. » (références omises).

<sup>604</sup> Cf. notamment « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Observations et propositions de modifications », *J.C.P. G* 2015.Supplément.21 ; « La réforme du droit des contrats », *J.S.S.* 2014.118 ; Denis MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014.291 ; Jacques MESTRE, « Et si la réforme du droit des contrats servait aussi à cela ! », *R.L.D.C.* 2014.117.3 ; François TERRÉ, « Interview », *L.P.J.* 2014.26.5 ; Yves LEQUETTE, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *R.D.C.* 2015.616 ; Guillaume MEUNIER, « Présentation du projet de réforme du droit des contrats », *R.D.C.* 2015.622.

<sup>605</sup> Voir [www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/reforme-du-droit-des-contrats-27897.html](http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/reforme-du-droit-des-contrats-27897.html).

une référence aux droits fondamentaux dans ce qui deviendrait l'article 1102 du *Code civil*, qui s'insérerait au sein du Titre III « Des sources du droit des obligations », Sous-Titre I « Le contrat », Chapitre I « Dispositions préliminaires », dans sa formulation actuelle, il dispose :

« 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. »<sup>606</sup>.

On remarque qu'une telle formulation se rapproche incontestablement de celle incluse dans la proposition initiée par M. Terré<sup>607</sup>. Cependant, elle s'en distingue sur certains points qu'il convient de souligner.

D'abord, on notera que le choix est fait de ce qui semble être une disposition d'affichage circonstanciel<sup>608</sup>, dont la cohérence peut être questionnée<sup>609</sup>. Rangée au chapitre des *Dispositions préliminaires* du sous-titre relatif aux contrats, la référence aux droits fondamentaux n'est pas présente dans l'article 6 du *Code civil* actuel qui n'est pas visé par le

---

<sup>606</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2015 ([www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr)) : art. 1102.

<sup>607</sup> *Supra* n° 107.

<sup>608</sup> Voir Fabrice BAUMGARTNER, « Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *R.D.C.* 2015.668 : l'auteur souligne que « [l]a portion du texte consacrée aux « droits et libertés fondamentaux », elle-même assortie d'une « limite à la limitation » reposant sur les principes de nécessité et de proportionnalité, est à mon avis inutilement longue et complexe et, à bien y réfléchir, tout simplement superflue. Elle crée en outre un « effet d'affichage » qui est déplorable du point de vue de l'attractivité du droit français (car l'attractivité est aussi une question d'image) en consacrant aux limitations de la liberté contractuelles un texte littéralement deux fois plus long que celui établissant le principe de cette liberté. ».

<sup>609</sup> Voir Yves LEQUETTE, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *R.D.C.* 2015.616 : pour l'auteur « Qui dit droit commun suppose, en effet, un corps de règles cohérent qui obéit à une logique d'ensemble. Or il est permis de se demander si cette cohérence est présente dans la réforme qui nous est proposée. ».

projet ; elle n'est pas reprise non plus dans le Chapitre II relatif à la formation du contrat, puisque l'article 1161 proposé disposerait uniquement que : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. »<sup>610</sup>. Elle viendrait donc s'insérer au cœur d'une symétrie qui serait alors brisée entre les dispositions des articles 6<sup>611</sup> et 1133<sup>612</sup> du *Code civil* actuel. On n'imagine pas qu'un tel placement compromette sa portée. Cependant, il soulève indubitablement un problème de cohérence dans l'ordonnancement des risques d'invalidités : sur un plan symbolique sa portée générale le dote d'une force qui paraît être amputée par son absence de portée spécifique.

Ensuite, à un autre niveau, on observe que la disposition limite doublement la notion de droits fondamentaux. En premier lieu, elle la limite à son acception textuelle, puisque seuls les droits fondamentaux « reconnus dans un texte » sont visés, ignorant alors ceux qui peuvent être mis à jour par la jurisprudence constitutionnelle, comme les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République<sup>613</sup>, au rang desquels on trouve notamment la liberté individuelle<sup>614</sup> et la liberté d'association<sup>615</sup>. En second lieu, elle limite la notion quant à son domaine, puisque seuls les droits fondamentaux « reconnus dans un texte applicable aux personnes privées » sont visés. Or, ce choix pourrait éventuellement soulever certaines difficultés au regard des incertitudes qui entourent – encore aujourd'hui – l'effet horizontal des instruments de protection des droits fondamentaux. En effet, on peut se demander quels sont les textes visés, car, comme on l'a dit, ni la *Constitution*, ni la

---

<sup>610</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2015 ([www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr)), art. 1102.

<sup>611</sup> *C.civ.*, art. 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. ».

<sup>612</sup> *C.civ.*, art. 1133 : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. ».

<sup>613</sup> Cf. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Préf. M. TROPER, coll. « Droit public positif », Aix-en-Provence /Paris, P.U.A.M. / Économica, 2001.

<sup>614</sup> Voir Cons. const., 12 janvier 1977, n° 76-75 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 33.

<sup>615</sup> Voir notamment Cons. const., 16 juillet 1971, n° 71-44 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 29 ; Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-3 Q.P.C., *Rec. Cons. const.* p. 97 ; Cons. const., 17 juin 2011, n° 2011-138 Q.P.C., *Rec. Cons. const.* p. 291 ; Cons. const., 29 janvier 2015, n° 2014-444 Q.P.C.



*Convention européenne*, ne prévoient expressément leur application dans les relations entre particuliers<sup>616</sup>. Avec d'autres<sup>617</sup>, il faut regretter ce choix qui entraînera nécessairement de délicats problèmes d'interprétations relativement à la détermination des droits fondamentaux visés.

Au-delà, on ne manquera pas de constater que la disposition présente une parenté indéniable avec l'article L. 1121-1 du *Code du travail* en vertu duquel : « 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. ». Elle institue un critère de proportionnalité<sup>618</sup>, dans l'appréciation de l'atteinte aux droits fondamentaux, dont les termes sont peu explicites. En effet, selon la disposition il y aurait une double condition à la validité de l'atteinte, la première tenant à son caractère « indispensable à la protection d'un intérêt légitime »<sup>619</sup>, et la seconde tenant à son caractère « proportionné au but recherché ».

Enfin, il faut remarquer que le projet ne contient pas de référence à la notion de « bonnes mœurs ». Cette absence viendrait alors confirmer le déplacement de la notion<sup>620</sup> vers les droits fondamentaux<sup>621</sup>.

---

<sup>616</sup> *Supra* n° 62 et suiv.

<sup>617</sup> Voir Éric SAVAUX, « Le contenu du contrat », *J.C.P. G* 2015.Supplément.21.20, à la p. 23 : pour l'auteur « rien ne justifie la limitation de cet ordre public fondamental à un ordre public textuel. » ; et Mustapha MEKKI, « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *R.D.C.* 2015.651 : l'auteur observe le « champ d'application limité de cette disposition. En effet, sont exclus les droits et libertés fondamentaux non formels car non « reconnus par un texte ». Sont exclus également les droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes publiques et privées. Une interprétation *a contrario* de cet alinéa laisserait penser, soit que la liberté contractuelle ne peut jamais porter atteinte à ces « autres » droits et libertés fondamentaux ; sorte d'ordre public absolu indérogeable auquel le contrôle de proportionnalité est inapplicable ; soit, ce qui est peu probable, que la liberté contractuelle pourrait y porter atteinte sans contrôle de proportionnalité. ».

<sup>618</sup> *Infra* n° 178 et suiv.

<sup>619</sup> Voir cependant Muriel FABRE-MAGNAN, « Critique sur la notion de contenu du contrat », *R.D.C.* 2015.639 : pour l'auteur « [l]a notion d'intérêt est plus féconde que celle de contrepartie. Elle montre plus clairement que l'intérêt retiré d'un contrat peut être autre chose que des obligations réciproques (c'est ainsi par exemple qu'un contrat unilatéral peut être à titre onéreux) ».

<sup>620</sup> *Supra* n° 88 et suiv.

<sup>621</sup> Voir cependant Mustapha MEKKI, « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les

\* \* \*

**109. Conclusion de la Section I.** Le droit français paraît en marche vers la consécration des droits fondamentaux au cœur même du droit des contrats. Initiée par des propositions de réformes du droit des contrats qui entendaient témoigner par là d'une forme de modernité, cette consécration pourrait devenir effective avec l'adoption du projet de réforme du droit des contrats actuellement en cours. Quel que soit le jugement que l'on puisse porter sur la nécessité et la portée d'une telle consécration, il importe d'en cerner les enjeux véritables et de souhaiter qu'elle s'inscrive dans une démarche cohérente.

\* \*

\*

---

principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *R.D.C.* 2015.651 : pour l'auteur « [i]l y a deux manières d'expliquer cette éviction. D'une part, techniquement, l'ordre public absorberait la notion de bonnes mœurs. Le projet adhérerait à une acception fonctionnelle de l'ordre public conçu comme une limite aux volontés individuelles. Il y aurait en quelque sorte un ordre public moral ou humaniste qui se substitue aux bonnes mœurs. Sur un plan plus symbolique et politique, la disparition du mot sonne le glas des bonnes mœurs telles qu'on les connaissait. Qu'on l'approuve ou qu'on le déplore, le projet d'ordonnance ne fait que tirer les conséquences d'un acquis jurisprudentiel. » (références omises).

## Section II – La mutation accomplie du droit civil québécois

**110. Une nouvelle philosophie**<sup>622</sup>. Le droit civil québécois résultait essentiellement jusqu'en 1994 du *Code civil du Bas-Canada* datant de 1866<sup>623</sup>. Au tournant des années 1960, le législateur québécois a entrepris une réforme majeure de ce droit<sup>624</sup> dans la perspective de moderniser un Code jugé vieillissant<sup>625</sup>. Concomitamment à l'émergence de nouvelles réalités sociales découlant de la *révolution tranquille*<sup>626</sup> cette réforme a véritablement pris son essor<sup>627</sup>. Entreprise selon certains dans l'indifférence<sup>628</sup>, la recodification, est pourtant

---

<sup>622</sup> Voir Jean PINEAU, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 *R. du B.* 423, à la p. 424 : « La confection d'un code engage normalement toute une question de philosophie du droit. ».

<sup>623</sup> *Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C. 1865, c. 41.

<sup>624</sup> Cf. Gil REMILLIARD, « Présentation du projet de Code civil du Québec », (1991) 22 *R.G.D.* 5, à la p. 8 et suiv. : l'auteur dresse un historique de la réforme ; Paul-André CREPEAU, *La réforme du droit civil canadien – Une certaine conception de la recodification 1965-1977*, Montréal, Éditions Thémis, 2003 ; Serge LORTIE, Nicholas KASIRER et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005.

<sup>625</sup> Voir notamment Jean-Louis BAUDOIN, « Le Code civil : crise de croissance ou crise de vieillesse », (1966) *R. du B. can.* 391, à la p. 392 : à l'occasion des célébrations du centenaire du Code civil du Bas Canada l'auteur constate que « le Code civil présente d'incontestables signes d'un vieillissement prématuré » ; Paul-André CREPEAU, *La réforme du droit civil canadien – Une certaine conception de la recodification 1965-1977*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, à la p. 3 et suiv. : l'auteur place « le vieillissement d'un Code » en tête des motifs ayant entraînés la recodification ; *adde* Paul-André CREPEAU, « Une certaine conception de la recodification », dans Serge LORTIE, Nicholas KASIRER et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 21, à la p. 25 et suiv.

<sup>626</sup> Cf. [www.revolutiontranquille.gouv.qc.ca](http://www.revolutiontranquille.gouv.qc.ca) ; *adde* Michel TREMBLAY, *Chroniques du Plateau Mont-Royal*, coll. « Thésaurus », Arles, Actes Sud, 2011.

<sup>627</sup> Voir notamment Paul-André CREPEAU, *La réforme du droit civil canadien – Une certaine conception de la recodification 1965-1977*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, à la p. 31 et suiv. : l'auteur affirme « qu'une société politique avait le droit d'adapter ses institutions juridiques aux conditions nouvelles de la vie sociale » ; *adde* Pierre CIOTOLA, « L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation du droit des contrats ? », (1986) 20 *R.J.T.* 169 ; et Adrian POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54 *R.D. McGill* 223.

<sup>628</sup> Jean-Guy Belley, « Présentation », dans Serge LORTIE, Nicholas KASIRER et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 1, à la p. 7 : pour l'auteur [il] serait manifestement exagéré de prétendre que le processus de recodification fut porté par les forces vives de toute la collectivité québécoise. Le fait que les partisans d'un nouveau Code en aient défendu la légitimité en se réclamant d'une

présentée par ses promoteurs initiaux comme « le reflet des réalités sociales, morales et économiques de la société québécoise d'aujourd'hui ; un corps de lois vivant, moderne, sensible aux préoccupations, attentif aux besoins, accordé aux exigences d'une société en pleine mutation, à la recherche d'un équilibre nouveau »<sup>629</sup>. Cette démarche est particulièrement significative au regard de l'aboutissement du processus qui conduira à l'adoption d'un Code profondément marqué par l'idée de respect des droits fondamentaux. D'une part, en raison de l'affirmation d'une complémentarité<sup>630</sup> entre le *Code civil du Québec* et la *Charte québécoise* (§ I), et d'autre part en raison de l'affirmation de la primauté de la personne (§ II).

### § I – La complémentarité du Code civil et de la Charte québécoise

**111. Harmonie du droit**<sup>631</sup>. L'insertion de la *Charte québécoise* au sein du droit civil québécois résulte du *Code civil du Québec* qui dispose dès le premier alinéa de la *Disposition préliminaire* :

« Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. ».

---

nécessaire adaptation du droit civil aux besoins de la société contemporaine ne saurait faire oublier que l'ensemble du travail de révision s'est réalisé dans l'indifférence générale de la population. ».

<sup>629</sup> Paul-André CREPEAU, « Préface au Rapport sur le Code civil du Québec », dans O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1, vol. 1 « Projet de Code civil », Québec, Editeur officiel, 1977, p. I, à la p. XXVI.

<sup>630</sup> Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 369 : l'auteur observe que [l]a complémentarité du Code et de la Charte se manifeste de deux façons principales : soit par la reprise dans le premier de droits et libertés déjà énoncés dans la seconde [...], soit encore par l'affirmation dans le Code de droits ou libertés nouveaux par rapport à la Charte. » (références omises).

<sup>631</sup> Voir notamment H. Patrick GLENN, *16<sup>e</sup> Conférence Albert-Mayrand – Les droits privés*, Montréal, Éditions Thémis, 2013, à la p. 10 : l'auteur souligne que « [l]e Code civil n'existe pas dans une relation conflictuelle avec la Charte et l'idée maîtresse est celle de l'harmonie entre les deux textes. Une logique d'harmonie, qui est sans préjudice à l'application continue dans le temps des deux sources de droit, s'impose donc. ».

Comme on l'a déjà évoqué<sup>632</sup>, selon nous, la quête d'une harmonisation est vaine. Il semble, en revanche, que l'on puisse trouver la signification de l'harmonie dans la genèse de la *Charte québécoise*. À l'origine, cet instrument de protection des droits fondamentaux est conçu comme devant s'intégrer au droit civil<sup>633</sup> car il naît d'une réflexion sur la réforme du *Code civil du Québec* et il était censé en constituer un titre spécial<sup>634</sup>. On sait à la fois le destin de la *Charte québécoise* et celui de la *Disposition préliminaire*<sup>635</sup>. De ce destin, il y a tout lieu de déduire que cette dernière, en l'état actuel du droit, place sur un pied d'égalité la *Charte Québécoise* et le *Code civil du Québec*, puisque comme l'affirme M. Baudouin, la *Disposition préliminaire* « rattache les deux lois, mais dans un rapport égalitaire et non de subordination »<sup>636</sup>. Alors, selon nous, ce texte consacre une conception du Droit qui doit prévaloir avec le *Code civil du Québec*<sup>637</sup> et c'est dans une logique de complémentarité dans la

---

<sup>632</sup> *Supra* n° 56 et suiv.

<sup>633</sup> Voir André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1, à la p. 4 : l'auteur rapporte que « [c]'est l'Office de révision du Code civile [...] qui devait, le premier amorcer une action en ce sens, en proposant au gouvernement de modifier le Code civil pour y introduire, au début même de l'ouvrage, un titre spécial [...] ». »

<sup>634</sup> OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur les droits civils*, Montréal, 1966, à la p. 2 : le Comité propose « l'inclusion dans le Code d'une déclaration des droits civils [afin de] rassembler les grands principes qui consacrent la place centrale de la personne en droit privé. », il ajoute « [l]e Québec, en effet, ne saurait demeurer à l'écart du vaste mouvement d'extension et de protection des droits de l'homme qui caractérise notre temps. ».

<sup>635</sup> *Supra* n° 56 et suiv.

<sup>636</sup> Jean-Louis BAUDOUIN, « Conférence de clôture », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application – les Journées Maximilien Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 319, à la p. 323 ; adde H. Patrick GLENN, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *C. de D.* 339, à la p. 340 : selon l'auteur « [l]e lecteur remarquera à la lecture du texte, que le Code civil n'est pas en conflit avec la Charte et les principes généraux du droit, mais qu'il régit les rapports indiqués en harmonie avec eux, que les principes généraux du droit ont un statut, par rapport au Code, égal celui de la Charte, et que le Code établit même de façon implicite, le droit commun. ».

<sup>637</sup> Voir notamment Paul-André CREPEAU, *La réforme du droit civil canadien – Une certaine conception de la recodification 1965-1977*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, à la p. 16 : selon l'auteur « [u]n code civil ne peut vraiment être qualifié d'œuvre démocratique, au sens plein du terme, que si il consacre les grandes valeurs démocratiques de droit privé, notamment la dignité suréminente de l'être humain, l'égalité, la liberté, la sûreté et la vie privée des personnes, le respect de la propriété privée, le juste exercice des droits civils par l'exigence de la bonne foi, notamment en matière contractuelle et par la sanction de l'abus de droit, la liberté contractuelle dans un cadre de justice contractuelle, le respect, en justice, de la défense des droits. ».

défense des droits et libertés, qu'il faut comprendre les relations entre la *Charte québécoise* et le *Code civil du Québec*.

La décision rendue dans l'affaire *Godbout c. Ville de Longueuil*<sup>638</sup> par la Cour d'appel du Québec illustre cette complémentarité entre la *Charte québécoise* et le *Code civil du Québec*. Il s'agissait en l'espèce d'apprécier la validité d'une clause de résidence imposée par le règlement d'une municipalité à ses employés. Dans cette décision, le juge Baudouin qui rend la décision au nom de la majorité « fait œuvre didactique »<sup>639</sup>. Après avoir logiquement écarté l'application de la *Charte canadienne*, il se livre à une analyse détaillée des droits protégés par la *Charte québécoise* qui pourrait être applicable à la situation : le droit à la liberté de la personne protégé par l'article 1, le droit à la liberté de conscience, de religion, d'opinion, d'expression, de réunion pacifique, et d'association protégés par l'article 3, le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 5, et le droit à la libre disposition des biens protégé par l'article 6, pour conclure à l'absence de violation de ces droits. Il fera pourtant droit aux demande de l'appelante en sollicitant la notion d'ordre public, car selon lui « [l']ordre public québécois ne se résume pas seulement aux valeurs protégées par les Chartes [...] »<sup>640</sup>, et en ajoutant « [qu']une telle clause est, sans nul doute, restrictive de liberté, même s'il ne s'agit pas nécessairement, encore une fois, d'une liberté protégée par les Chartes »<sup>641</sup>. Il prône donc une approche fondée sur la complémentarité ce que semble d'ailleurs confirmer la référence qu'il fait<sup>642</sup> aux propos de M. Morel selon qui la *Charte québécoise* doit « continuer de rester la justification et le fondement ultime de toutes solutions »<sup>643</sup>. Cette argumentation, pour d'autres raisons, ne sera pas retenue par la Cour

---

<sup>638</sup> *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.).

<sup>639</sup> Paul-Arthur GENDREAU, « Le juge Jean-Louis Baudouin, les Chartes et le Code civil – une illustration : la protection de la vie privée », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 1129, à la p. 1132.

<sup>640</sup> *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1989] R.J.Q. 1511.

<sup>641</sup> *Id.*

<sup>642</sup> *Id.*

<sup>643</sup> André MOREL « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 33, *Développements récents en droit administratif (1993)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 65.

suprême. Pourtant, elle témoigne très justement du caractère dynamique des rapports de complémentarité qu'entretiennent la *Charte québécoise* et le *Code civil du Québec*.

Finalement, ne faut-il pas considérer que dans l'appréhension des dispositions du *Code civil du Québec*, il faut établir une corrélation avec les dispositions de la *Charte québécoise*, et inversement, dans l'appréhension des dispositions de la *Charte québécoise*, il faut relier l'analyse aux dispositions du *Code civil du Québec*<sup>644</sup>? Cette approche témoignerai de ce que M. Brisson, qualifie de solidarité<sup>645</sup> entre les deux textes.

## § II – La primauté de la personne en matière contractuelle

**112. La personne au centre du droit.** La *Charte québécoise* et ses droits fondamentaux ont inspiré un changement radical<sup>646</sup> en ce que la personne est placée au centre du droit civil québécois<sup>647</sup>. Ainsi, le législateur « prend grand soin de mettre la personne en tête du

---

<sup>644</sup> Voir notamment Paul-Arthur GENDREAU, « Le juge Jean-Louis Baudouin, Les Chartes et le Code civil – une illustration : la protection de la vie privée », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 1129, à la p. 1132 : selon l'auteur l'enseignement du juge Baudouin est que « à l'occasion de l'examen de la conformité et de la validité des rapports privés, l'on doit se rappeler que le *Code civil* établit le droit commun au Québec, comme le prescrit ses dispositions préliminaires. Il convient donc de prêter une attention particulière aux règles du *Code civil* qui peuvent apporter une solution adéquate au litige. En somme, le juge Baudouin fait remarquer que, dans l'analyse d'une situation de droit privé (par opposition à la contestation d'une législation) où l'on plaide l'atteinte à un droit fondamental, il y a lieu de se mettre en garde contre la tentation d'isoler l'analyse et de la confiner aux seules dispositions de la *Charte québécoise* ; le juge Baudouin rappelle l'importance et l'intérêt de mettre celle-ci en corrélation avec les dispositions du *Code civil* (art. 35 et ss.). ».

<sup>645</sup> Voir Jean-Maurice BRISSON, « Le Code civil, droit commun ? », dans *Les journées Maximilien-Caron 1992 – Le nouveau Code civil : Interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 293, à la p. 311 : selon l'auteur « [l]a disposition préliminaire nous en avertit : dans l'exercice de sa fonction conceptuelle par rapport aux autres lois, le Code ne peut plus agir seul et doit collaborer avec la Charte des droits et libertés de la personne. Et de fait, le nouveau Code établit des liens de solidarité aussi bien avec les dispositions substantives de la Charte qu'avec ses mécanismes de sanction. ».

<sup>646</sup> Le *Code civil du Bas-Canada* ne contenait aucune disposition relative à la personne ; voir cependant Adrian POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54 *R.D. McGill* 223, à la p. 228 : « Le nouveau code n'est pas une révolution, ni une simple révision, mais une réforme en profondeur du droit civil québécois » (références omises).

<sup>647</sup> Voir notamment Jean PINEAU, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 *R. du B.* 423, à la p. 434 et suiv. : selon l'auteur « [i]l ne fait aucun doute que la primauté de la personne est une préoccupation majeure : le livre premier, consacré aux « Personne », est

Code »<sup>648</sup>, en affirmant son *credo* dès le *Livre premier* intitulé « Des personnes ». La personne prime ainsi en toutes matières, y compris en matière contractuelle, puisque dans le *Code civil du Québec*, le contractant n'est pas une entité désincarnée – pure volonté –, il est avant tout une personne<sup>649</sup>. Ce changement trouve sa traduction concrète dans l'apparition de règles nouvelles (A.), et dans la prohibition des discriminations (B.)

## A. Des règles nouvelles de protection des contractants

**113. La protection du contractant.** Le souci de la protection des droits fondamentaux du droit québécois se concrétise dans la *Code civil du Québec*, à travers des dispositions visant expressément la protection des droits fondamentaux de certaines catégories de contractants<sup>650</sup>.

Ainsi, à titre d'exemple en matière de logement, la codification a permis de consacrer les acquis<sup>651</sup> issus de réformes précédentes<sup>652</sup> dans le sens d'une protection accrue

---

précédé de la disposition préliminaire qui réfère à la Charte des droits et libertés de la personne, avec laquelle le Code se veut en harmonie. ».

<sup>648</sup> Jean PINEAU, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 *R. du B.* 423, à la p. 435.

<sup>649</sup> Cf. notamment Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7<sup>ème</sup> éd., par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VEZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 14, EYB2013OBL2 ; Jean-Louis BAUDOIN, « Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification », dans *Conférence sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des Journées louisianaises*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 13 ; Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill* 903 ; Jean-Louis BAUDOIN, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 29 ; Pierre-Gabriel JOBIN, « L'équité en droit des contrats », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse – En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 469.

<sup>650</sup> Voir notamment Marie Annik GÉGOIRE, « La personne vulnérable, une oubliée du Code civil du Québec ? Quand l'effectivité du droit ne rime pas avec efficacité » dans Vincent CARON, Gabriel-Arnaud BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Thémis, p. 31, à la p. 33 : l'auteure remarque « [i]l est de bon adage de dire que le Code civil du Québec a pour principe directeur la protection de la personne physique. Plusieurs sources pourraient ainsi permettre d'arriver à cette conclusion [...]. Certaines de ces dispositions ont effectivement permis de faire un grand pas en avant [...]. », cependant l'auteure nuance cette affirmation dans les pages qui suivent.

<sup>651</sup> Voir Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon



des droits fondamentaux des preneurs. Dès lors, les dispositions de l'article 1899 alinéa 1 du *Code civil du Québec*<sup>653</sup> offrent une protection contre les discriminations, et les dispositions de l'article 1902 du *Code civil du Québec*<sup>654</sup> offrent une garantie contre le harcèlement. Or, ces dispositions qui font directement écho à celles de la *Charte québécoise*<sup>655</sup> reflètent la prise de conscience des déséquilibres inhérents à cette relation contractuelle<sup>656</sup>. Ainsi les juges n'hésitent plus à sanctionner les comportements qui pourraient contrevenir à droits fondamentaux des preneurs<sup>657</sup>.

De manière comparable, l'encadrement du contrat de travail par le *Code Civil du Québec*, témoigne d'une prise en compte de droits fondamentaux des personnes. D'ailleurs, l'article 2087 du *Code civil du Québec* dispose expressément que :

---

Blais, 1996, n° 5 : selon l'auteur « la réforme a plutôt été une oeuvre de consolidation des acquis ».

<sup>652</sup> Cf. *Loi concernant le louage de choses*, L.Q. 1973, c. 74 ; et *Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 48, devenue la *Loi sur la Régie du logement*, R.L.R.Q., c. R-8.1.

<sup>653</sup> *C.c.Q.*, art. 1899 al. 1 : « Le locateur ne peut refuser de consentir un bail à une personne, refuser de la maintenir dans ses droits ou lui imposer des conditions plus onéreuses pour le seul motif qu'elle est enceinte ou qu'elle a un ou plusieurs enfants, à moins que son refus ne soit justifié par les dimensions du logement; il ne peut, non plus, agir ainsi pour le seul motif que cette personne a exercé un droit qui lui est accordé en vertu du présent chapitre ou en vertu de la Loi sur la Régie du logement (chapitre R-8.1). ».

<sup>654</sup> *C.c.Q.*, art. 1902 al. 1 : « Le locateur ou toute autre personne ne peut user de harcèlement envers un locataire de manière à restreindre son droit à la jouissance paisible des lieux ou à obtenir qu'il quitte le logement. ».

<sup>655</sup> *Charte québécoise*, art. 10.1 : « Nul ne doit harceler une personne en raison de l'un des motifs visés dans l'article 10. » ; art. 12 : « Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public. » ; et art. 13 : « Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. Une telle clause est sans effet. » ; *addé Desroches c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.Q.) : « Article 1665 C.C.L.C. complements Section 10 of the Charter, and defines one circumstance under which a refusal based on age is not discriminatory. Where there is doubt or conflict between the provisions, it must be interpreted in keeping with the intention of the Charter [S. 53, Charter]. ».

<sup>656</sup> Voir Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 3 : pour l'auteur « [o]n prend conscience que l'habitation est un besoin fondamental de la personne, lequel, dans certaines circonstances, ne peut être satisfait sans l'aide de l'État. Le «droit» à un logement décent et à un prix adéquat vient souvent en conflit avec la conception absolutiste du droit de propriété du locateur. Il apparaît donc légitime pour l'État d'arbitrer ce conflit. ».

<sup>657</sup> Cf. notamment *Protopapas c. Ballas*, SOQUIJ AZ-97031166 ; *Huot c. Martineau*, [2005] J.L. 75 ; *Woods c. Coopérative d'habitation La Paroissienne*, 2005 CanLII 48019.

« L'employeur, outre qu'il est tenu de permettre l'exécution de la prestation de travail convenue et de payer la rémunération fixée, doit prendre les mesures appropriées à la nature du travail, en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié. ».

On ne s'étonnera pas de cette formulation dès lors que la *Charte québécoise* « réflète, à sa manière, une immixtion croissante de l'État dans le contenu même des conditions de travail. »<sup>658</sup>. Ainsi, sont strictement prohibés tous les agissements des employeurs qui pourraient porter une atteinte aux droits fondamentaux des travailleurs<sup>659</sup>.

## B. La prohibition des discriminations

**114. Une rupture.** Nul ne saurait prétendre que la prohibition des discriminations était ignorée sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*<sup>660</sup>, mais sa consécration dans la *Charte québécoise*<sup>661</sup> conduit nécessairement à revisiter le sens et la portée de cette protection par le *Code civil du Québec*<sup>662</sup> puisqu'elle invite à favoriser l'interprétation des règles du droit civil en considération du rôle qu'elles doivent jouer dans le cadre de son application<sup>663</sup>. À ce titre le

---

<sup>658</sup> Christian BRUNELLE, Michel COUTU et Gilles TRUDEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme », (2007) 48 *C. de D.* 5, à la p. 28.

<sup>659</sup> Voir notamment *Srivastava c. Hindu Mission of Canada (Quebec) Inc.*, [2001] R.J.Q. 1111 (C.A.Q.) : relativement à l'enregistrement des conversations téléphoniques d'un salarié.

<sup>660</sup> Cf. Madeline CARON, « Le Code civil Québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne ? », (1978) 56 *R. du B. can.* 197 ; et Franck R. SCOTT, « The Bill of Rights and Québec law », (1959) 37 *R. du B. can.* 135.

<sup>661</sup> *Charte québécoise*, art. 10 : « Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit. ».

<sup>662</sup> Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 371 : selon l'auteur « même les droits et libertés reconnus par les tribunaux avant la Charte doivent à tout le moins recevoir une interprétation plus large et une place plus importante dans la hiérarchie des droits. »

<sup>663</sup> Maurice DRAPEAU, « La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne »,

renversement de perspective dans le traitement du refus de contracter discriminatoire est sûrement l'exemple le plus emblématique de la prise en compte de la personne dans le droit civil québécois contemporain.

Pendant longtemps, la jurisprudence relative à la discrimination contractuelle évoluait en marge de l'idée de protection des droits fondamentaux : elle était essentiellement gouvernée par « le principe sacrosaint de l'autonomie de la volonté »<sup>664</sup>. Ainsi, malgré un précédent favorable au droit à l'égalité<sup>665</sup>, les juges marquaient une nette inclination en faveur d'une certaine conception de la liberté. Dans une décision remarquable, rendue dans l'affaire *Loew's Montreal Theatres Ltd. c. Reynolds*, le juge Lamothe, au nom de la majorité, décide, à propos du règlement intérieur d'un théâtre qui interdisait l'accès de certaines places aux personnes de couleur, que « chaque propriétaire est maître chez lui ; il peut, à son gré, établir toutes règles non contraires (*sic*) aux bonnes mœurs et à l'ordre public »<sup>666</sup>. Ce type de raisonnement sera repris dans la fameuse décision<sup>667</sup> rendue dans l'affaire *Christies c. York Corp.* Ici était en cause le refus exprimé par le propriétaire d'une taverne de servir une boisson à une personne noire. Le juge Rinfret, au nom de la majorité décide que :

« Any merchant is free to deal as he may choose with any individual member of the public. It is not a question of motives or reasons for deciding to deal or not to deal; he is free to do either. The only restriction to this general principle would be the existence of a specific law, or, in the carrying out of the principle, the adoption of a rule contrary to good morals or public order. »<sup>668</sup>.

---

(1994) 28 R.J.T. 31, p. 52 : pour l'auteur « certaines règles de droit civil doivent être interprétées différemment lorsqu'elles sont analysées dans le contexte de la protection des droits et libertés. ».

<sup>664</sup> Madelaine CARON, « Le Code civil Québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne ? », (1978) 56 R. du B. can. 197, p. 219.

<sup>665</sup> *Johnson c. Sparrow*, (1899) 15 C.S. 104, cité par Laurence Murray TANNY, « Ethnocentric Discrimination and Freedom of Contract In Changing Social Climate », (1967) 13 R.D. McGill. 186, p. 187.

<sup>666</sup> *Loew's Montreal Theatres ltd. c. Reynolds*, (1919) Q.R. 30.

<sup>667</sup> Madelaine CARON, « Le Code civil Québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne ? », (1978) 56 R. du B. can. 197, p. 219, note 100 : selon l'auteur cette décision et celle précédemment évoquée sont qualifiées de « honte » la doctrine.

<sup>668</sup> *Christies c. York Corp.*, [1940] S.C.R. 139, p. 142, on notera que pour justifier son opinion, le juge

En clair, selon les jugements rendus dans ces affaires, l'ordre public ne prohibait pas les discriminations contractuelles.

Or, face à l'émergence de la problématique de la discrimination en droit québécois, qui s'est manifestée par l'adoption de certaines lois<sup>669</sup> visant à « mettre un frein à l'application mesquine »<sup>670</sup> du principe de l'autonomie de la volonté et à une conception restrictive de l'ordre public, la position des tribunaux avait semblé évoluer. Ainsi, deux décisions de la Cour supérieure, qui n'ont pas été contestées, ont sanctionné la discrimination contractuelle. Dans l'affaire *Gooding v. Edlow Investment Corp.*<sup>671</sup>, le juge Nadeau sanctionne un agent immobilier qui refuse de louer un bien à une personne noire, selon ses mots :

« Considérant que toute discrimination raciale est illégale parce que contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs; Considérant que le geste discriminatoire posé par la défenderesse constitue une violation des règles couramment admises de la morale, applicables à la vie en société; qu'il est aussi de la catégorie des actes attentatoires à l'ordre public, étant de nature à troubler la paix dans la société [...] »<sup>672</sup>.

Dans l'affaire *Roger Morris v. Les projets Bellevue Ltee. P.C.M.*, le juge Lespérance sanctionne un agent d'immeuble qui après la signature d'un contrat de bail, décide de le rompre au motif que le preneur est noir<sup>673</sup>. Malgré ces avancées significatives, le droit québécois a connu certains retours en arrière postérieurs relativement à cette question. Ainsi, dans les années 1970, certains juges n'hésitaient pas à fonder leurs décisions<sup>674</sup> sur les

---

Rinfrett cite un arrêt de la Cour de cassation française.

<sup>669</sup> Cf. *Loi sur l'hôtellerie*, S.R.Q., 1964, c. 205 ; *Loi sur la discrimination dans l'emploi*, S.R.Q., 1964, c. 142, art. 8 ; *Loi sur la formation et la qualification professionnelle de la main d'œuvre*, L.Q., 1969, c. 51, art. 2.

<sup>670</sup> Madelaine CARON, « Le Code civil Québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne ? », (1978) 56 R. du B. can. 197, p. 219.

<sup>671</sup> *Gooding v. Edlow Investment Corp.*, [1966] C.S. 436 (C.S.).

<sup>672</sup> *Id.*

<sup>673</sup> *Roger Morris v. Les projets Bellevue Ltee. P.C.M.*, (1969) 15 R.D. McGill. 112 (C.S.).

<sup>674</sup> *Turcotte c. Blue Bonnets Raceway*, [1972] C.S. 753 et *St-Pierre c. Fernais*, [1976] C.S. 717, cité par Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 362, note 18.

positions de l'arrêt *Christies c. York Corp.*<sup>675</sup>. Comme le souligne monsieur Jobin « [f]orce est donc de constater qu'à la veille de l'adoption de la Charte la jurisprudence ne progressait qu'avec grande difficulté sur la responsabilité pour refus de passer un contrat pour un motif discriminatoire »<sup>676</sup>.

Au titre de la discrimination dans la formation des contrats, la *Charte québécoise* a conduit à une forme de fixation de l'ordre public, son article 12 prohibe en des termes on ne peut plus clairs ces comportements car « Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public »<sup>677</sup>. De ce fait, les juges ont pu affirmer nettement la contrariété à l'ordre public de toutes les mesures discriminatoires. Dans la décision rendue dans l'affaire *Ateliers d'ingénierie Dominion Ltée. c. Commission des droits de la personne du Québec*<sup>678</sup>, dans laquelle il s'agissait d'examiner une plainte relative à un congédiement fondé sur les opinions politiques, les juges soulignent : « [l]es dispositions de la Charte sont d'ordre public, à tout le moins celles qui portent sur les discriminations »<sup>679</sup>.

\* \* \*

**115. Conclusion de la Section II.** Véritable œuvre d'ensemble et reflet de son temps, le *Code civil du Québec* consacre incontestablement le respect des droits fondamentaux. Il le fait avant tout en affirmant sa complémentarité avec la *Charte québécoise* dans une *Disposition préliminaire* placée précisément à son frontispice. Il le fait également, en adoptant une nouvelle approche, centrée sur la personne qui devient de ce simple fait le centre du droit.

---

<sup>675</sup> *Christies c. York Corp.*, [1940] S.C.R. 139.

<sup>676</sup> Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 362.

<sup>677</sup> *Id.*

<sup>678</sup> *Ateliers d'ingénierie Dominion Ltée. c. Commission des droits de la personne du Québec*, (1980) R.P. 209 (C.A.).

<sup>679</sup> *Id.*, para 216.

\*

\*

\*

\* \* \*

**116. Conclusion du Chapitre II.** La nécessité de consacrer le respect des droits fondamentaux en droit civil s'impose comme le *credo* de sa modernité qui permet l'enregistrement de ses mutations contemporaines.

Ainsi, en France, la réforme en cours du droit des contrats s'annonce comme celle qui fera entrer les droits fondamentaux dans le droit des contrats. La démarche se veut bien empreinte de modernité, mais ne semble pas s'inscrire dans une réflexion générale sur la place de la personne en droit civil. Elle est alors le simple affichage obligé d'une nécessité dont la cohérence semble faire défaut.

Le contraste est frappant avec la réforme accomplie du droit des contrats au Québec qui a déjà permis l'inscription du respect des droits fondamentaux dans le droit de contrats. Parce que ici la démarche adoptée s'inscrivait dans une dynamique d'ensemble visant à l'affirmation de l'éminence de la place de la personne en droit civil.

\* \*

\*

\* \* \*

**117. Conclusion du Titre II.** Vêtement de la vie quotidienne les contrats sont évidemment le capteur sensible des évolutions des sociétés<sup>680</sup>. La montée en puissance des droits fondamentaux dans nos sociétés se prolonge alors naturellement dans le droit des contrats, et ce de deux manières principales. En premier lieu, elle s'impose dans la mise en œuvre du droit des contrats qui relaye alors l'impératif de respect des droits fondamentaux à travers des notions qui lui sont propres. L'ordre public apparaît alors naturellement comme le vecteur privilégié de cette soumission – volontaire – du droit privé. En ce qu'il est la traduction des impératifs éminents dans une société donnée à un temps donné, il est l'instrument de la progression des valeurs actuelles de cette société. En second lieu, la montée en puissance des droits fondamentaux imprime sa marque dans le droit des contrats qui se fait alors le miroir des impératifs constitutionnels – ou conventionnels –. Alors, en inscrivant formellement le respect des droits fondamentaux au titre des commandements de nos droits civils, ces derniers tendent à s'approprier ce qui n'était alors qu'une exigence qui apparaissait trop lointaine pour s'imposer avec constance. Finalement, nous croyons que le respect des droits fondamentaux dans les contrats tend à devenir aussi une exigence autonome du droit des contrats. La mise en regard des droits français et québécois permet de constater que le rayonnement des droits fondamentaux irradie le droit des contrats.

\* \*

\*

---

<sup>680</sup> Voir Rémy CABRILLAC, « Droits fondamentaux et notion de contrat – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 121, à la p. 127 : pour l'auteur « *Ubi societas ibi jus, ubi societas ibi contractus* : le contrat est consubstantiel à toute société humaine. Dès lors, le contrat ne peut rester étranger aux fondements de la société dans laquelle il s'inscrit. ».



\* \* \*

**118. Conclusion de la Première Partie.** Partant du constat que la force de l'évidence suggère le respect des droits fondamentaux dans les contrats en France comme au Québec, nous avons tenté de le dépasser pour confronter sa réalité. Puisque le respect des droits fondamentaux s'impose comme l'horizon certain de nos droits en général et de la matière contractuelle en particulier, n'est-il pas temps de prendre sa juste mesure ? Ne doit-on pas cerner sa force ? Ne peut-on pas débusquer ses effets ?

À ce titre, selon nous, il serait quelque peu décevant de fonder exclusivement le respect des droits fondamentaux dans les contrats sur leur autorité ; les manifestations concrètes de cette autorité sur les contrats sont au mieux rares. Il est d'ailleurs tout à fait révélateur que le mouvement de *fondamentalisation* du droit, qu'il soit pour ainsi dire subi comme en France, ou assumé comme au Québec, ne produise que peu de résultats tangibles et immédiats en matière contractuelle. Certes, on raisonne ici à partir des droits fondamentaux – doit-on vraiment s'en étonner ? –, mais on ne raisonne pas – encore ? – en termes de droits fondamentaux. Il est encore plus révélateur que l'*horizontalisation* du respect des droits fondamentaux, qu'elle soit contestable comme en France, ou voulue comme au Québec, se révèle, elle aussi, décevante pour les thuriféraires du respect des droits fondamentaux. Elle ne concerne pour l'heure que quelques domaines : le logement et le travail sont les plus emblématiques. Or, sans nier leur importance pratique dans la vie de tous, on est loin des promesses de renouveau *du* contrat.

Cependant, le constat des faiblesses de l'autorité des droits fondamentaux sur les contrats ne nous autorise pas à conclure à leur ineffectivité en matière contractuelle. Les droits fondamentaux sont porteurs d'une charge qui tout à la fois englobe et pénètre les contrats, autrement dit ils relèvent du domaine de l'axiologie. Une nouvelle manière d'aborder les contrats se dessine. En France, elle se concrétise discrètement, avançant masquée sous des habits connus mais méconnaissables. Au Québec aussi, mais la démarche est souvent plus franche. Point de détours, c'est une question de valeurs, qu'il faut affirmer et défendre. Ne faut-il pas alors approfondir la tendance ? Ne faut-il pas débarrasser le droit des contrats des derniers oripeaux de l'idéologie de Foulliée ? La mue est en cours en

France, concrétisée par le projet de réforme du droit des contrats en cours qui s'inscrit résolument dans cette perspective en envisageant de consacrer explicitement le respect des droits fondamentaux, mais sans que l'on sache réellement s'il s'agit d'une véritable transformation ou d'une simple référence obligée. La mue est formellement accomplie au Québec, le droit des contrats – peut-on encore dire nouveau ? – se veut moderne et adapté aux évolutions de la société. À ce titre, il offre aujourd'hui tous les outils nécessaires pour l'humanisation de la matière.

Finalement, nous croyons donc que si le respect des droits fondamentaux s'impose dans les contrats c'est au moins autant sinon plus en raison de leur rayonnement que de leur autorité. Le constat est d'importance en ce qu'il permet de démystifier son caractère absolu et d'en saisir la juste mesure. Il entrouvre alors la porte à une approche renouvelé du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats.

\* \* \*

\*

# SECONDE PARTIE – LE POUVOIR SUR LES DROITS FONDAMENTAUX DANS LES CONTRATS

**119.** *Imperium in Imperio.* Il s'est agi jusqu'ici d'étudier, en droit français et en droit québécois, comment prospère le devoir de respect des droits fondamentaux dans les contrats. Toutefois, chacun peut constater que la vie courante offre un démenti cinglant à une conception absolutiste du respect des droits fondamentaux dans les contrats ; cette vie courante serait d'ailleurs souvent paralysée par la mise en œuvre aveugle d'une telle conception absolutiste<sup>681</sup>. Quotidiennement, la personne qui travaille, celle qui habite un logement ou celle qui se fait soigner – pour ne relever que les cas les plus frappants – peut être amenée à aménager ses droits fondamentaux. En conséquence, se contenter d'imposer leur respect, n'est-ce pas suspendre le droit « au royaume de l'Idéal »<sup>682</sup> ? En effet, malgré les apparences, le droit ne peut se réduire à la reconnaissance et à la protection des droits fondamentaux<sup>683</sup>, cela ne pourrait qu'exacerber la tentation de l'égoïsme et de l'individualisme. Le droit doit aussi permettre que les droits fondamentaux soient véritablement vécus par les individus, il doit s'appliquer à inscrire les droits fondamentaux dans la réalité sociale des individus. C'est de cette exigence que découle la nécessité de

---

<sup>681</sup> Voir notamment Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 372 : pour l'auteur « il faut reconnaître qu'il serait angélique d'interdire toute renonciation à un droit ou une liberté. Autrement, la vie ordinaire serait souvent paralysée. ».

<sup>682</sup> Michel VILLEY, *Philosophie du droit – Définition et fin du droit – Les moyens du droit*, rééd. par François TERRÉ, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, Dalloz, 2001, à la p. 109, n° 82.

<sup>683</sup> Voir Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2013, à la p. 146 : face à la multiplication des droits fondamentaux, l'auteure remarque « [qu']on pourrait avoir l'impression que le droit se réduit à la reconnaissance et à la protection des ces droits. ».

reconnaître ce que l'on peut qualifier de pouvoir<sup>684</sup> sur les droits fondamentaux dans les contrats<sup>685</sup>.

D'ailleurs, de manière générale, on peut observer avec M. Puig que « la marge de manœuvre du contrat à l'égard des droits fondamentaux est plus grande qu'il n'y paraît de prime abord. »<sup>686</sup>. À ce titre, circonscrire le pouvoir sur des droits fondamentaux dans les contrats peut se révéler essentiel pour favoriser la stabilité, la sécurité, ou l'existence même des contrats. Dans les faits, les contours du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats se dessinent à l'aune de la tension qui l'anime : entre sa nécessité et sa dangerosité.

Au nom de la nécessité nos droits accueillent – plus qu'en apparence – le pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats. Aussi, sous différents qualificatifs – contractualisation<sup>687</sup>, restriction<sup>688</sup>, renonciation<sup>689</sup> – le pouvoir d'aménagement des droits

---

<sup>684</sup> Voir Friedrich Carl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. de l'allemand par Ch. GUENOUX, t. I, Paris, Firmin Didot Frère, 1840, à la p. 7 : l'auteur enseigne « [l]e droit, si nous le considérons tel que dans la vie réelle, il nous entoure et nous pénètre de tous côtés, nous apparaît comme un pouvoir de l'individu. Dans les limites de ce pouvoir, la volonté de l'individu règne, et règne du consentement de tous. Ce pouvoir ou faculté, nous l'appelons droit, et quelques-uns l'appellent droit dans le sens subjectif. » ; *contra* Rudolph VON JHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. de l'allemand par O. DE MEULENAERE, t. IV, Paris, A. Marecq, 1878, à la p. 319 : l'auteur raille la théorie précédent parce que « le droit privé n'est plus qu'une vaste arène où la volonté a pleine liberté de se mouvoir et de s'exercer » ; *adde* Pierre KAYSER, « Les droits de la personnalité – Aspects théoriques et pratiques », *R.T.D. civ.* 1971.30.

<sup>685</sup> Comp. Adrian POPOVICI, « Personality rights – A civil law concept », (2004) 50 *Loy. L. Rev.* 349, à la p. 354 : pour l'auteur « personality rights, as subjective rights, comprise both an active and a corresponding passive side. The active side is the « power » of the right's holder over the object of the right ; the passive side is the « duty » of others to respect this very same object. So, in the case of the right to bodily integrity, for example, the active side is my power over my body and the passive side is your duty not to interfere with my body without my consent or the authorization of the law » ; *adde* Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire – 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill*, Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2005, p. 99, à la p. 104 : selon l'auteur « un droit de la personnalité a donc deux composantes ou facettes. L'aspect pouvoir ne doit pas être laissé dans l'ombre ».

<sup>686</sup> Pascal PUIG, « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 21, à la p. 34, n° 19 ; *adde* Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 373 et suiv.

<sup>687</sup> Voir notamment Ruth DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. SEUBE, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2012, à la p. 41, n° 35 : définissant la contractualisation des droits fondamentaux l'auteure affirme : « [l]es droits fondamentaux en matière contractuelle présentent un autre intérêt, celui dégagé par un discours « libéral repensé ». Les droits

fondamentaux dans les contrats tend à s'inscrire à la fois dans le discours et dans la pratique juridique. Une appréhension réaliste de son périmètre doit permettre d'en mesurer l'étendue véritable.

Mais à l'autre extrémité du spectre, la dangerosité inhérente de telles pratiques impose que soient fixées les limites au pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats. On sait, selon l'affirmation classique de Ripert, que le droit ne saurait tolérer que « l'individu détruit lui-même, en l'exerçant, la liberté que la loi lui donne. »<sup>690</sup>. Le pouvoir sur les droits fondamentaux ne pouvant se concevoir comme une licence absolue, il faut tenter de dessiner sa juste mesure en considérant les impératifs qui président dans nos droits.

C'est alors selon deux axes que l'on peut entreprendre l'étude du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats : positivement par l'affirmation du pouvoir des contrats sur les droits fondamentaux (Titre I), négativement par l'étude des limites du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats (Titre II).

---

fondamentaux touchant à la dignité de l'individu étaient longtemps considérés comme étant en dehors du commerce. Pourtant il est possible de contracter sur eux, c'est à dire non seulement de les exercer, mais surtout d'en disposer. Dans cette optique, le contrat devient un instrument de disposition des droits fondamentaux. »

<sup>688</sup> Voir notamment Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 243, n° 294 : « Ce que l'on appelle ici « restriction » est un aménagement contractuel porté à un droit fondamental ou, à tout le moins, à l'une de ses modalités d'exercice ».

<sup>689</sup> Voir notamment Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, Thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012, à la p. 212 et suiv. ; et Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T.* 287, à la p. 314 : « la renonciation participe de la conception voulant que le titulaire d'un droit ou d'une liberté fondamentale ait le pouvoir d'en aménager l'exercice ».

<sup>690</sup> Georges RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1948, à la p. 52, n° 64.

## Titre I – L’affirmation du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats

**120.** « L’individu libre choisit la trame des valeurs qui guid[ent] son action »<sup>691</sup>.

En effet, peut-on vraiment nier à l’individu, lorsqu’il contracte, le pouvoir d’autodétermination que visent à lui conférer les droits fondamentaux ? De prime abord, il répugne à l’esprit que la personne puisse disposer d’un pouvoir sur ses droits fondamentaux<sup>692</sup> d’autant plus si l’on considère leur parenté avec les droits extrapatrimoniaux<sup>693</sup>. Pourtant, imagine-t-on, selon un exemple classique<sup>694</sup>, contraindre une personne d’une confession monothéiste à ne pas s’engager à travailler le jour du *Sabbat* – entendue au sens générique – au nom de la préservation de sa foi ? Assurément non, car on y verrait, à juste titre, une atteinte intolérable à sa liberté : comme cette personne pourrait décider de ne pas travailler pour observer les rites prescrits par sa foi, elle doit pouvoir décider de travailler en n’observant pas les rites prescrits par sa foi. Dès lors, on voit bien que la reconnaissance du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats est dicté par

---

<sup>691</sup> Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T.* 287, à la p. 310.

<sup>692</sup> Voir Catherine LABRUSSE-RIOU, « La maîtrise du vivant : matière à procès », *Pouvoirs* 1991.56.87, à la p. 92 : l’auteure observe que « [l]a Boétie, Rousseau et Kant nous ont légué l’idée que la liberté s’institue par l’interdit d’y renoncer ».

<sup>693</sup> Voir notamment R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, Thèse, Lyon, Bosc frères M. & L. Riou, 1939, à la p. 3 : pour l’auteur « [i]l est entendu depuis des siècles que la personne humaine est en dehors du commerce juridique : une distinction bien établie permet d’opposer le patrimoine, projection de la personne humaine dans le domaine pécuniaire, à cette personne même qui, envisagé sous ses différents aspects et ses multiples attributs, a sa place au dessus des intérêts matériels, dans le domaine supra-conventionnel. ».

<sup>694</sup> Voir notamment pour un tel exemple Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T.* 287, à la p. 311 ; et Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 500.

leur objet même : la liberté. Peut alors être affirmé le pouvoir des individus de mettre leurs droits fondamentaux au service de la réalisation d'un projet contractuel.

Une telle affirmation peut se faire en deux temps. D'abord, il convient de qualifier le pouvoir des contractants sur leurs droits fondamentaux car on sait que l'entreprise divise. Une partie de la doctrine – aussi bien en France, qu'au Québec – se propose de le nommer sous le vocable de renonciation<sup>695</sup>. Une telle approche est contestable, et comme le souligne M. Moore, la question ne relève pas de la « pure argutie linguistique »<sup>696</sup>, car le choix opéré est à bien des égards révélateur d'une conception sous-jacente de la liberté<sup>697</sup>. Il semble que le pouvoir sur les droits fondamentaux s'inscrive dans un autre ordre d'idées, il est à la fois plus modeste et plus circonstancié : il faut donc essayer de rétablir sa qualification réelle (Chapitre I).

Ensuite, il faudra tenter de débusquer les contours du pouvoir des contractants sur leurs droits fondamentaux, car le postulat de l'indisponibilité des droits fondamentaux<sup>698</sup>

---

<sup>695</sup> Voir notamment Ruth DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. SEUBE, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2012, à la p. 173, n° 285 : selon l'auteure « [p]lus qu'en apparence, la matière contractuelle bénéficie d'une grande marge de manœuvre à l'égard des droits fondamentaux. Le pouvoir de la volonté demeure. Ce pouvoir de la volonté se traduit notamment par la technique de la renonciation. » ; Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 242, n° 295 : pour l'auteur « [l]a renonciation contractuelle aux droits fondamentaux [est] une restriction volontaire. » ; Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, Thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012, à la p. 212 : pour l'auteure « [s]ous réserve d'en abuser, le titulaire d'un droit peut l'exercer de plusieurs façons, y compris en y renonçant. » (références omises) ; adde Germain BRIÈRE, « La jouissance et l'exercice des droits civils : nouvelle version », (1989) 20 R.G.D. 265.

<sup>696</sup> Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 500.

<sup>697</sup> Voir notamment Philippe ARDANT, obs. sous Cass. Ass. 19 mai 1978, D. 1978.541, à la p. 549 : l'auteur s'interroge « [a]lors que la plupart des libertés ne peuvent être supprimées que par la volonté du constituant, peut-on accepter que les particuliers puissent réaliser ce que ni le législateur ni le pouvoir réglementaire ne peuvent faire ? En même temps, qu'elle serait curieuse et même paradoxale cette conception d'une liberté à laquelle on ne serait pas libre de renoncer. L'usage de la liberté, dans bien des cas d'ailleurs, a pour premier effet d'aliéner la liberté. ».

<sup>698</sup> Voir Pierre SANE, « Droits innés, droits inaliénables », dans COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-1998 – Avenir d'un idéal commun – Actes du colloque des 14, 15 et 16 septembre 1998 à la Sorbonne*, Paris, La documentation française, 1999, p. 65, à la p. 65 : pour l'auteur l'indisponibilité est « une évidence ou une exigence morale » ; adde Ruth DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. SEUBE, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2012, à la p. 51 et suiv. : l'auteure s'attache

– trop complaisamment brandi<sup>699</sup> – est loin de refléter la réalité du pouvoir réellement reconnu aux contractants à cet égard. Qui ne voit pas, par exemple, que le travailleur ou le patient disposent de leurs droits fondamentaux dans des contrats parfaitement valides ? Que les artistes et les sportifs font commerce de leurs droits fondamentaux dans des contrats inattaqués. Ainsi, la réalité de l'admission du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats (Chapitre II) doit être dévoilé.

---

à réfuter le postulat de l'indisponibilité.

<sup>699</sup> Voir Philippe FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés – La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Préf. R. ERGEC, coll. « Droit international », Bruxelles, Bruylant, 2001, à la p. 423 : l'auteur constate que l'indisponibilité « appartient au nombre des évidences qui s'imposent d'elles-mêmes et qu'il ne fait pas bon vouloir mettre en cause. » (références omises).



# Chapitre I – La qualification du pouvoir sur les droits

## fondamentaux dans les contrats

**121. Renonciation ou exercice ?** Telle est l'alternative qui semble s'offrir à qui entend qualifier le pouvoir sur les droits fondamentaux. En effet, si l'on admet que les droits fondamentaux confèrent à leurs titulaires un « pouvoir de choix »<sup>700</sup>, il faut bien qualifier ce pouvoir. L'enjeu nous apparaît fondamental eu égard à sa nature ontologique – et d'ailleurs, le questionnement transcende la distinction entre les systèmes juridiques français et québécois –.

À la manière de l'écrivain<sup>701</sup>, on l'a dit, certains auteurs assimilent le pouvoir de choix des titulaires des droits fondamentaux – spécialement en matière contractuelle – à un pouvoir de renonciation<sup>702</sup>. Selon eux, il s'agirait du seul moyen pour les titulaires de mettre

---

<sup>700</sup> Jean RIVERO et Hugues MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis droit public », Paris, P.U.F., 2003, à la p. 18 et suiv. ; *adde* Marie-Luce PAVIA, « Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *L.P.A.* 1994.54.6 ; et Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T.* 287.

<sup>701</sup> Cf. André GIDE, *Les Nourritures terrestres (1897)*, dans *Romans – Récits et soties – Œuvres lyriques*, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1958, à la p. 183 : « Choisir, c'était renoncer pour toujours, pour jamais, à tout le reste et la quantité nombreuse de ce reste demeurait préférable à n'importe quelle unité. ».

<sup>702</sup> Cf. notamment Philippe FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés – La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Préf. R. ERGEC, coll. « Droit international », Bruxelles, Bruylant, 2001 ; Olivier DE SCHUTTER et Julie RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », C.R.I.D.H.O. Working papers 2005.1 ; Ruth DIJOUX, « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux », *L.P.A.* 2011.214.12 ; Ruth DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. SEUBE, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2012, à la p. 173 et suiv., n° 284 et suiv. ; Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 245 et suiv., n° 297 et suiv. ; *adde* Maxime LAMOTHE, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes québécoise et canadienne*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2006 : l'auteur étudie cependant la renonciation à l'exercice ; Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T.* 287, à la p. 309 et suiv. : l'auteur étudie cependant « la renonciation à l'exercice des droits et libertés dans les rapports contractuels » (nos italiques).

en œuvre leurs droits fondamentaux dans un contrat, le pouvoir de renoncer aux droits fondamentaux serait donc « un réel outil de disposition des droits »<sup>703</sup>, ou encore « un moyen d'accroître [les] libertés »<sup>704</sup>.

D'autres auteurs, considèrent « embarrassant [le] débat sur la validité de la renonciation à certains droits fondamentaux »<sup>705</sup> ; ils y voient une « question mal posée »<sup>706</sup> et une qualification excessive<sup>707</sup>. À ce titre, certains d'entre eux proposent d'analyser le pouvoir de choix des titulaires des droits fondamentaux dans les contrats, comme un pouvoir d'exercice<sup>708</sup>. Ainsi, selon M. Popovici, le consentement à une atteinte aux droits fondamentaux « exprime non pas une renonciation à un droit ou à l'exercice d'un droit, mais il *est* précisément l'EXERCICE de ce droit »<sup>709</sup>.

---

<sup>703</sup> Ruth DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. SEUBE, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2012, à la p. 173, n° 285.

<sup>704</sup> Olivier DE SCHUTTER et Julie RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », C.R.I.D.H.O. Working papers 2005.1, à la p. 4.

<sup>705</sup> Daniel GUTMANN, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », dans *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 330, à la p. 336.

<sup>706</sup> Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire – 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill*, Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2005, p. 99, à la p. 99.

<sup>707</sup> Voir Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREULT-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 499 et suiv : pour l'auteur « [i]l semble que la question se présente [...] plutôt sous l'angle de l'exercice d'une liberté ».

<sup>708</sup> Voir notamment Adrian POPOVICI, « Personality rights – A civil law concept », (2004) 50 *Loy. L. Rev.* 349, à la p. 355 : pour l'auteur « [w]hen I give my consent, wheter through contract, another juridical act -*acte juridique*- or by any other means, for example, to a physician to amputate my leg or to a magazine to publish a photograph of me in the nude, it seems to me that *I am exercising my right.* » ; Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire – 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill*, Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2005, p. 99, à la p. 105 : étudiant le consentement à un contrat relatif aux droits fondamentaux, l'auteur souligne « [c]e consentement est l'expression du *pouvoir* du titulaire sur l'objet d'un droit de la personnalité. Il exprime non pas une renonciation à un droit ou à l'exercice dun droit, mais il *est* précisément l'EXERCICE de ce droit. » : ; Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREULT-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 499 : l'auteur étudiant un contrat portant sur la liberté de religion souligne « [i]l n'y a pas abandon, mais engagement d'exercer une liberté de la manière déterminée par le contrat. » (références omises).

<sup>709</sup> Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire – 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill*,

Face à l'alternative, selon nous, il faut rejeter la qualification de renonciation (Section I), pour lui préférer celle d'exercice (Section II).

---

Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2005, p. 99, à la p. 105 ; comp. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1 « Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple », coll. « Quadriges Manuels », Paris, P.U.F., 2004, à la p. 352 : selon l'auteur « [l]e droit subjectif apparaissant comme une certaine aire d'action circonscrite par le droit objectif, il semble qu'aucune objection ne puisse surgir tant que le titulaire demeure à l'intérieur de cette aire d'action [...]. C'est la conception libérale et individualiste : l'exercice d'un droit ne comporte d'autres limitations que celles qui résultent de sa définition matérielle ».

## Section I – Le rejet de la qualification de renonciation

**122. Qu'est ce qu'une renonciation ?** La question est d'importance si les mots ont un sens. Or, juridiquement, on sait qu'une renonciation est un « [a]cte de disposition par lequel une personne – abandonnant volontairement un droit déjà né dans son patrimoine [...] – éteint ce droit [...] ou s'interdit de faire valoir un moyen de défense ou d'action [...] », ou qu'elle est encore un « [a]cte – en principe interdit – par lequel une personne se prive par avance d'un avantage encore éventuel auquel elle pourrait normalement prétendre »<sup>710</sup>. La doctrine classique nous enseigne qu'elle est donc définie comme « un acte de volonté unilatérale, abdicatif d'un droit »<sup>711</sup>. Une telle définition peut-elle soutenir l'épreuve des faits lorsqu'on l'applique en matière de renonciation contractuelle aux droits fondamentaux ? Avec d'autres<sup>712</sup>, nous ne le croyons pas, car elle repose sur deux caractéristiques qui devraient en faire douter : l'abandon et le consentement. Ainsi, d'une part la qualification de renonciation conduit à admettre l'abandon des droits fondamentaux (§ I), et d'autre part, elle conduit à une hypertrophie regrettable du consentement (§ II).

### *§ I – Le rejet de l'admission de l'abandon des droits fondamentaux*

**123. La renonciation est un acte essentiellement abdicatif.** Le but principal de la renonciation est l'abdication d'un droit, son abandon. L'abandon est inhérent à la renonciation, ne dit-on pas d'ailleurs qu'il est « de l'essence même de la renonciation »<sup>713</sup> ?

---

<sup>710</sup> Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10<sup>ème</sup> éd., coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2014, v<sup>o</sup> « Renonciation – 1 et 2 ».

<sup>711</sup> Pierre RAYNAUD, « La renonciation à un droit – Sa nature et son domaine en droit civil », *R.T.D. civ.* 1936.763, à la p. 791, n<sup>o</sup> 30.

<sup>712</sup> Cf. Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire – 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill, Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2005*, p. 99, à la p. 103 et suiv.

<sup>713</sup> Claude BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, Préf. J. LAMARQUE, Paris, L.G.D.J.,

Or, peut-on réellement soutenir que le titulaire d'un droit fondamental puisse l'abandonner ? Certes, « des règles de droit antique »<sup>714</sup>, ou des adages<sup>715</sup>, suggèrent l'existence d'un pouvoir de renonciation à certains droits, mais les solutions pratiques sont loin d'être uniformes<sup>716</sup>, et surtout, on doute que cette qualification puisse être transposée en matière de droits fondamentaux. Prenons l'exemple du salarié, dont on sait que le contrat est propice aux soi-disant renonciations. La première des renonciations serait alors celle qui consisterait à abandonner sa liberté contractuelle en se plaçant sous la subordination de son employeur. Or, en pratique, le salarié a droit au « pluralisme contractuel »<sup>717</sup>, il n'abandonne pas sa liberté contractuelle au profit de son employeur, il la met seulement au service de celui-ci pour un temps donné ; partant de là, l'éventail des possibles qui s'offre à lui est encore vaste.

D'ailleurs, dans le sens courant, l'abandon c'est le délaissement, le désinvestissement ou le dépouillement. Or, le titulaire d'un droit fondamental ne saurait l'abandonner car il ne se conçoit pas hors de sa titularité. À la vérité, l'abdication d'un droit fondamental ne saurait être tolérée, elle constituerait un défi à l'ensemble du système juridique, plus précisément, elle emporterait la perte, par les titulaires des droits fondamentaux, de tout ou partie de leur raison d'être<sup>718</sup>. Les droits fondamentaux protègent

---

1974, à la p. 2, n° 4.

<sup>714</sup> Jean CARBONNIER, « Rapport général », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Travaux*, t. XIII « Les renonciations au bénéfice de la loi », Paris, Dalloz, 1963, p. 283, à la p. 283 : l'auteur rappelle les écrits de l'Empereur Justinien dans lesquels on trouve la phrase suivante « C'est une règle de droit antique, que chacun soit libre de renoncer à ce qui a été introduit en sa faveur ».

<sup>715</sup> Voir Maxime LAMOTHE, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes québécoise et canadienne*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2006, à la p. 20 : l'auteur souligne l'existence de l'adage « *quilibet licet renunciare juri pro se introducto* ».

<sup>716</sup> Voir Maxime LAMOTHE, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes québécoise et canadienne*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2006, à la p. 22 : l'auteur observe « un certain flottement et un certain degrés d'incertitude ».

<sup>717</sup> Jacques MESTRE, « Entre droit des contrats et droit du travail : l'activité contractuelle du salarié », dans *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 673, à la p. 675.

<sup>718</sup> Voir Pascal PUIG, « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 21, à la p. 33, n° 18 : pour l'auteur « [l]a renonciation pure et simple à un droit fondamental devrait être impossible, non pas tant en raison de son caractère d'ordre public, que parce que ce droit est attaché à la personne et qu'y renoncer conduit à la négation de la personne »

leurs titulaires : admettre l'abdication des droits fondamentaux entraînerait la ruine de cette protection<sup>719</sup>, elle heurterait nécessairement l'ordre public<sup>720</sup>.

Il y a plus, la renonciation ce n'est pas seulement l'abandon, c'est d'abord l'abandon. Le seul but de la renonciation c'est l'abandon, elle trouve sa cause dans un « *animus derelinquendi* »<sup>721</sup>. Dès lors, en principe la renonciation est indifférente au contexte factuel<sup>722</sup>, c'est « un acte abstrait »<sup>723</sup>. Il faudrait alors comprendre qu'il n'y a pas lieu de s'interroger sur les raisons qui soutiennent la renonciation à un droit fondamental. Or, le danger est évident, le pouvoir du titulaire des droits fondamentaux ne peut être abstrait, il s'inscrit nécessairement dans un environnement donné et les raisons qui le soutiennent importent. Sollicitons encore le cas du travailleur salarié : on n'admettrait pas la validité d'un engagement de non-concurrence sans égard au contexte dans lequel il intervient, ni en

---

(références omises).

<sup>719</sup> Comp. Gérard COUTURIER, « L'ordre public de protection – heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », dans *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Defresnois Répertoire du notariat, 1979, p. 95, à la p. 106 : pour l'auteur « Il suffit qu'une règle soit impérative pour que soit exclue toute renonciation anticipée aux droits qu'elle fait naître ; renoncer à ces droits tant qu'ils ne sont pas acquis, c'est simplement prétendre déroger à une règle qui, étant impérative, est au moins « d'ordre public au sens de l'art. 6 C. civ. ». Mais les règles ressortissant à l'ordre public de protection ne sont pas seulement impératives, elles visent à protéger un contractant placé dans une situation d'infériorité ; comme il s'agit de le prémunir contre les faiblesses prévisibles de son propre consentement, on ne saurait lui permettre d'abdiquer la protection légale : ce serait ruiner cette protection même. ».

<sup>720</sup> Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 380 : l'auteur « voit mal comment une renonciation à un droit ou une liberté, proclamé par la Charte, pourrait échapper à l'ordre public ; car à quoi bon se réclamer d'un l'ordre public dont seraient exclus les droits et les libertés les plus fondamentaux de l'être humaine ? » ; et Jacques MESTRE, « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », *R.T.D. civ.* 1998.670 : l'auteur souligne que la renonciation « est inconcevable en présence d'une règle d'ordre public de direction, dont l'objectif par nature général échappe à l'emprise des volontés individuelles ».

<sup>721</sup> Nicolas SIBICIANO, *Théorie générale des renonciations en droit civil français*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1932, n° 169 cité par Dimitri HOUTCIEFF, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Renonciation*, n° 26.

<sup>722</sup> Voir Georges GRAMMATIKAS, *Théorie générale de la renonciation en droit civil – Étude parallèle du droit français et du droit hellénique*, Préf. J. CARBONNIER, Paris, L.G.D.J., 1971, à la p. 28 : l'auteur souligne que l'acte « se forme indépendamment de sa cause, qui en est artificiellement détachée. ».

<sup>723</sup> Maxime LAMOTHE, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes québécoise et canadienne*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2006, à la p. 13 ; adde Dimitri HOUTCIEFF, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Renonciation*, n° 26 : selon l'auteur « la cause objective [n'exerce qu'une faible influence sur le contrôle de l'existence de la renonciation. Tout au plus a-t-elle un rôle qualificatif [...]]. ».

France<sup>724</sup>, ni au Québec<sup>725</sup>. Au surplus, suivant la même logique, on enseigne que l'abandon ne suppose pas de contrepartie<sup>726</sup>, car dans la pureté des principes « il est impossible que le renonçant ait agi à titre onéreux »<sup>727</sup>. On ne saurait alors exiger sur le fondement de la renonciation une contrepartie à l'abandon des droits fondamentaux<sup>728</sup> ? Peut-on sérieusement le soutenir ? Nul besoin d'évoquer à nouveau le cas du salarié pour affirmer que nous ne le croyons pas.

En première approche, le caractère abdicatif de la renonciation semble s'opposer à l'application de cette notion pour qualifier le pouvoir du titulaire des droits fondamentaux en matière contractuelle. Peut-être faudrait-il alors considérer, que sous la plume des tenants du pouvoir de renonciation, elle désigne en réalité – par un raccourci langagier – le consentement à une obligation de ne pas exercer le droit abdiqué dans un contrat<sup>729</sup>.

---

<sup>724</sup> Voir notamment Cass. soc., 10 juillet 2002, n°s 99-43.334, 99-43.336, 00-45.135, 00-45.387, *Bull. civ.* V, n° 239 : note Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *J.C.P. E.* 2002.1511 ; note Nicolas DAMAS, *L.P.A.* 2003.23.16 ; note Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2003.58 ; obs. Rémy LIBCHABER, *Defresnois* 2002.1619 ; note Marie MALAURIE-VIGNAL, *C.C.C.* 2002.10.18 ; obs. Patrick MORVAN, *J.C.P. G.* 2003.I.130 ; obs. Judith ROCHFELD, *R.D.C.* 2003.17 ; note Yves SERRA, *D.* 2002.2491 : selon la Cour de cassation « 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. ».

<sup>725</sup> Voir notamment *Cameron c. Canadian Factors Corp. Ltd.*, [1971] R.C.S. 148, à la p. 163 et suiv. : « En vertu tant du *Code civil* que de la *common law*, les stipulations restrictive de la liberté du travail peuvent être déclarées nulles en raison de leur durée déraisonnable ou de leur portée territoriale déraisonnable, eu égard en chaque cas au domaine des affaires ou des activités visées par les stipulations restrictives. » ; *Elsley c. J.G. Collins Ins. Agencies*, [1978] 2 R.C.S. 916, à la p. 923 : « Une clause restreignant le commerce ne peut être exécutoire que si elle est raisonnable vis-à-vis des parties et de l'intérêt public. » ; et art. 2089 al. 2 *C.c.Q.* : relativement à la validité de la clause de non concurrence « Toutefois, cette stipulation doit être limitée, quant au temps, au lieu et au genre de travail, à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur. ».

<sup>726</sup> Voir *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1324 : selon la cour « [l]a renonciation ne confère pas de droit, elle consiste à abandonner. Si on renonce à une chose, il ne s'ensuit pas qu'on a droit à une autre. Il s'ensuit seulement qu'on a plus droit à la première. » ; *adde* Frédérique DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Préf. P. TERCIER, Paris, L.G.D.J., 1985, à la p. 31.

<sup>727</sup> Dimitri HOUTCIEFF, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Renonciation*, n° 2.

<sup>728</sup> *Contra* Ruth DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. SEUBE, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2012, à la p. 345, n°573 et suiv. : « [l]a contrepartie à la renonciation es attachée au principe d'équilibre qui lui-même trouve son fondement dans la justice commutative » (références omises) ; *adde* Ruth DIJOUX, « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux », *L.P.A.* 2011.214.12.

<sup>729</sup> Voir Dimitri HOUTCIEFF, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Renonciation*, n° 53 : l'auteur rapporte que cette

## § II – Le rejet de l’hypertrophie du consentement

**124. Le recours à la qualification de renonciation hypertrophie l’importance du consentement**<sup>730</sup>. On voit les risques associés à la qualification de renonciation : la personne qui aurait le pouvoir de renoncer à ses droits fondamentaux, aurait en réalité le pouvoir d’annihiler les protections qu’ils lui offrent. Dynamique mortifère diraient certains<sup>731</sup>. Les thuriféraires ignorent-ils les risques associés à la renonciation ? Nul ne le prétend, d’ailleurs ils proposent de les juguler par un contrôle strict du consentement et de son expression. Or, ce contrôle nous semble discutable.

D’abord, dans son principe, il semble irréaliste au regard des critères proposés pour apprécier le consentement à la prétendue renonciation. Ces critères sont nombreux, et ils peuvent être synthétisés par la formule utilisée par M. De Schutter et Mme Ringelheim qui conditionnent le pouvoir de renonciation à l’existence d’une « situation idéale d’action »<sup>732</sup>. Selon eux, cette dernière se caractérise essentiellement par « un consentement libre »<sup>733</sup>, « éclairé »<sup>734</sup> et « concerté »<sup>735</sup>. Des critères analogues sont également proposés par d’autres auteurs<sup>736</sup>. La Cour suprême du Canada a pu laisser entendre que la renonciation

---

position a été défendue par un auteur allemand ; et CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, v° « Renonciation » : « Acte par lequel une personne consent à ne pas exercer un droit ou à ne pas invoquer une prétention juridique [...]. ».

<sup>730</sup> Voir Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 501 : pour l’auteur « [q]ualifier cette clause de renonciation amène aussi la Cour à *hypertrophier* l’importance de la qualité et de la forme du consentement » (nos italiques).

<sup>731</sup> Cf. Bernard EDELMAN, « L’arrêt « Perruche » : une liberté pour la mort ? », *D.* 2002.2349 ; et Muriel FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l’autonomie personnelle – Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008.31.

<sup>732</sup> Olivier DE SCHUTTER et Julie RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l’échange », C.R.I.D.H.O. Working papers 2005.1, à la p. 17.

<sup>733</sup> *Id.*, à la p. 18 et suiv.

<sup>734</sup> *Id.*, à la p. 25 et suiv.

<sup>735</sup> *Id.*, à la p. 27 et suiv.

<sup>736</sup> Cf. notamment Ruth DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. SEUBE, coll.



serait possible – sans le reconnaître en l'espèce – à la condition qu'elle soit « non seulement volontaire, mais [...] aussi [...] formulée en termes clairs, précis et explicites. »<sup>737</sup>. La démarche peut paraître séduisante car elle s'inspire du droit commun. Elle n'en demeure pas moins impraticable. En effet, comme l'écrit M. Jobin, « on imagine guère un bail, une déclaration de copropriété, un contrat de travail, qui anticipent toutes les atteintes indirectes imaginables à des libertés ou des droits fondamentaux »<sup>738</sup>.

Ensuite, dans sa portée<sup>739</sup>, ce contrôle du consentement nous semble dangereux. À supposer que ces critères de validation du consentement puissent être réunis, doit-on, sur cette seule base – ce que peu d'auteurs proposent –, donner *quitus* au renonçant et surtout au bénéficiaire de la renonciation ? En réalité, une telle démarche relève de l'inclination envers, ce que Ripert nomme – dans une formule non dénuée d'ambiguïtés – les « âmes d'esclaves »<sup>740</sup>. Certes, on n'ignore pas que « l'argument tiré de l'accord de la personne paraît persistant »<sup>741</sup>, car certaines jurisprudences semblent en faire un critère justificatif, en France<sup>742</sup> comme au Québec<sup>743</sup>. Mais il est loin de s'imposer avec constance : c'est un

---

« Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2012, à la p. 279, n° 449 et suiv. ; Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 262, n° 326 et suiv. ; Maxime LAMOTHE, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes québécoise et canadienne*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2006, à la p. 6 et suiv.

<sup>737</sup> *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, para. 101.

<sup>738</sup> Pierre-Gabriel JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », *R.T.D. civ.* 2007.33.

<sup>739</sup> *Infra* n° 128.

<sup>740</sup> Georges RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1948, à la p. 113, n° 64.

<sup>741</sup> Julien RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. GARAUD, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2003, à la p. 207, n°189.

<sup>742</sup> Voir notamment Cass. Ass., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Bull. Ass.* n° 1 : concl. Robert SCHMELCK et note Philippe ARDANT, *D.* 1978.541 ; rapp. SAUVAGEOT et note LINDON, *J.C.P.* 1979.II.19009 ; *G.A.J.C.* 1, n° 31 : appréciant la validité du licenciement d'une institutrice par une institution d'enseignement catholique, la Cour de cassation retient que « [l]es convictions religieuses de cette dernière avaient été prises en considération et que cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante. » ; Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, *Bull.* V n° 171 : obs. Jean SAVATIER, *Dr. soc.* 1998.614 : appréciant la validité du licenciement d'un salarié d'une boucherie refusant de manipuler de la viande de porc, la Cour de cassation souligne que « l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause

argument nécessairement relatif<sup>744</sup>. Ainsi, pour les juges français il n'est d'aucune utilité pour apprécier la licéité d'une convention de mère porteuse<sup>745</sup>. D'ailleurs, on a pu affirmer qu'il

---

expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public » ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 décembre 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262 : obs. Nicolas DAMAS, *D.* 2004.844 ; note Eric GARAUD, *R.J.P.F.* 2003.4.9 ; concl. Olivier GUÉRIN et obs. Yves ROUQUET, *A.J.D.I.* 2003.182 ; note Gwendoline LARDEUX, *R.D.C.* 2004.348 ; obs. Rémy LIBCHABER, *R.T.D. civ.* 2003.575 ; note Grégoire LOISEAU, *Dr. et Pat.* 2003.117.85 ; obs. Astrid MARAIS, *R.D.C.* 2003.220 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2003.383 ; obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, *R.T.D. civ.* 2003.290 ; obs. Judith ROCHFELD, *R.D.C.* 2004.231 ; *G.A.J.C.* 2, n° 274 : pour la Cour de cassation « les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique ».

<sup>743</sup> Voir notamment *Whitfield c. Canadian Marconi Co.*, [1968] B.R. 92, conf. par [1968] R.C.S. 960, p. 303 : appréciant la validité d'une clause d'un contrat de travail interdisant à un employé de fraterniser avec les autochtones, le juge retient que « le demandeur a librement et en pleine connaissance de cause souscrit aux diverses dispositions de son contrat de travail, dont celles qui découlent de la clause qui vient d'être mentionnée ; que cette stipulation du contrat s'imposait au demandeur puisque les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties » ; *adde Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607.

<sup>744</sup> Voir CEDH *Van der Musselle c. Belgique*, 23 novembre 1983, § 36-37, série A n° 70 : appréciant le poids à accorder à l'argument tiré de l'accord préalable d'une personne relativement à la contestation d'une obligation sur le fondement d'une atteinte à l'article 4 de la *Convention européenne* relatif au travail forcé, on souligne que « [d]'après la majorité de la Commission, il avait consenti par avance à la situation dont il se plaint et il est donc "malvenu" à la dénoncer aujourd'hui. Au moment d'embrasser la carrière, le futur avocat se livrerait "à une sorte de bilan prospectif": il pèserait le pour et le contre, mettrait "en regard les avantages" de la profession et les "sujétions" qu'elle comporte. Or celles-ci seraient en l'occurrence "parfaitement prévisibles" pour lui car il n'ignorerait ni le principe ni l'étendue des obligations, "plafonnées" en nombre (environ quatorze dossiers par an) et dans le temps (la durée du stage), qui vont lui incomber en matière de défense gratuite. Il aurait également conscience de leur contrepartie: la liberté dont il jouira dans l'accomplissement de sa tâche et l'occasion de se familiariser avec la vie du palais de Justice tout comme de "conquérir une clientèle payante". L'un des traits distinctifs du travail obligatoire manquerait par conséquent, ce qui suffirait à prouver l'absence de violation de l'article 4 § 2 (art. 4-2). Appuyée par le Gouvernement, cette thèse reflète un aspect de la vérité; la Cour ne saurait pourtant lui attribuer un poids décisif. Sans conteste, Me Van der Musselle avait choisi la profession d'avocat, qui revêt en Belgique un caractère libéral et dont il savait que le statut lui imposerait, conformément à une longue tradition, de plaider parfois sans rémunération et sans remboursement de ses frais. Toutefois, il lui fallait souscrire à cette exigence, de son plein gré ou non, pour accéder au barreau et son assentiment était déterminé par les modalités normales d'exercice de la profession à l'époque. On ne saurait non plus perdre de vue qu'il s'agissait de l'acceptation d'un statut de nature générale. A lui seul, l'accord préalable de l'intéressé n'autorise donc pas à conclure que les obligations de Me Van der Musselle au titre de l'assistance judiciaire ne constituaient pas un travail obligatoire au regard de l'article 4 § 2 (art. 4-2) de la Convention. D'autres éléments doivent nécessairement entrer aussi en ligne de compte. [...] la Commission exprime l'opinion qu'il n'y a pas travail forcé ou obligatoire, au sens de l'article 4 § 2 (art. 4-2) de la Convention européenne, sans la réunion de deux conditions cumulatives: non seulement le travail devrait être accompli contre le gré de l'intéressé, mais il faudrait de surcroît que l'obligation de le fournir revête un caractère "injuste" ou "oppressif" ou que son exécution représente "une épreuve évitable", en d'autres termes "inutilement pénible" ou

n'est qu'un « rite et non une réalité »<sup>746</sup> dans certains contrats. Dès lors, on ne saurait admettre que le renonçant se dépouille – même volontairement – de ses droits fondamentaux sans autre forme de contrôle<sup>747</sup>. Pas plus qu'on ne peut comprendre que le bénéficiaire puisse s'autoriser d'une telle renonciation pour bafouer les droits fondamentaux de son cocontractant. Si on sait que le consentement d'une partie l'abaisse ce n'est qu'en considération de l'abaissement de l'autre partie<sup>748</sup>.

---

"quelque peu vexatoire". Après avoir étudié la question "par surabondance de droit", la Commission conclut à la majorité que la seconde condition ne se trouve pas plus réalisée que la première. La Cour relève que le deuxième critère ainsi appliqué n'apparaît pas à l'article 2 § 1 de la Convention no 29 de l'O.I.T. Il se dégage plutôt des articles 4 et suivants de celle-ci, lesquels ne concernent pas la notion de travail forcé ou obligatoire mais fixent les modalités à respecter pour pouvoir exiger pareil travail pendant la période transitoire ménagée par l'article 1 § 2 ("I.L.O. - internal minute - January 1966", paragraphe 2). Quoi qu'il en soit, la Cour opte pour une démarche différente: après avoir constaté l'existence d'un risque analogue à "la menace d'une peine" (paragraphe 35 ci-dessus), puis la valeur relative de l'argument tiré du "consentement préalable" du requérant (paragraphe 36 ci-dessus), elle prend en compte l'ensemble des circonstances de la cause, sous l'angle des préoccupations qui sous-tendent l'article 4 (art. 4) de la Convention européenne, pour déterminer si le service exigé de Me Van der Mussele tombe sous le coup de l'interdiction du travail obligatoire. Il pourrait en aller ainsi d'un service à fournir pour accéder à une profession donnée, s'il imposait un fardeau à ce point excessif, ou hors de proportion avec les avantages attachés à l'exercice futur de celle-ci, que l'intéressé ne saurait passer pour s'être par avance "offert de son plein gré" à l'accomplir; tel pourrait être le cas, par exemple, d'une tâche étrangère à ladite profession. ».

<sup>745</sup> Voir Cass. Ass., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. Ass.* n° 4: rapp. Yves CHARTIER et obs. Dominique THOUVENIN, *D.* 1991.417 ; comm. Jean BERNARD, concl. Henri DONTENWILLE, note François TERRÉ *J.C.P. G.* 1991.II.21752 ; obs. Jean-Luc AUBERT, *Defrénois* 1991.1267 ; obs. Danièle HUET-WEILLER *R.T.D. civ.* 1991.517 ; chron. Michelle GOBERT, *R.T.D. civ.* 1992.489 ; note Catherine LABRUSSE-RIOU *Revue critique de droit international privé* 1991.711 ; *G.A.J.C.* 1, n° 51 : la haute juridiction relève précisément que « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes » ; adde Muriel FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui – Fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013, à la p. 86 et suiv. : pour une démonstration de la faiblesse d'un raisonnement fondé sur le consentement en matière de contrats de mère porteuses ; et *C.civ.*, art. 16-7 « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. ».

<sup>746</sup> Jean-Louis BAUDOUIN, « L'expérimentation sur les humains : un conflit de valeurs », dans *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs : contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international – Xes Journées Jean Dabin*, Bruylant Bruxelles, 1982, p. 171, à la p. 203.

<sup>747</sup> *Infra* n° 128.

<sup>748</sup> Voir Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *R.T.D. civ.* 1995.573 : pour l'auteure « par mon consentement, je m'abaisse et l'on se souviendra que la tradition asiatique analyse le contrat comme un déshonneur. Je m'abaisse mais c'est à condition que je tiens l'autre pareillement. Je ne donne mon consentement que si je me saisis du consentement de l'autre. Le consentement n'est supportable que par l'échange. Il faut concevoir non pas tant l'échange des consentements que le consentement parce que

\* \* \*

**125. Conclusion de la Section I.** Qualifier le pouvoir des contractants sur les droits fondamentaux de pouvoir de renonciation, c'est reconnaître la possibilité d'un abandon des droits fondamentaux par un contractant reposant sur le consentement. Une telle démarche semble difficilement concevable et particulièrement hasardeuse. D'ailleurs, au moment d'apprécier cette qualification de renonciation pour désigner le pouvoir du titulaire sur ses droits fondamentaux, il faut se souvenir des écrits de Rousseau qui nous enseigne que « [r]enoncer à la liberté, c'est renoncer à la qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs. [...] 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 la volonté. »<sup>749</sup>. Une telle affirmation donne toute la mesure de la suspicion qui doit légitimement entourer cette qualification.

\* \*

\*

---

l'échange. ».

<sup>749</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, dans *Œuvres complètes*, t. 3, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1964, à la p. 356.

## Section II – La préférence pour la qualification d'exercice

**126.** « Un nouvel éclairage »<sup>750</sup>. Juridiquement, on sait que la notion d'exercice désigne « [l']accomplissement [...], d'un droit. », et le « [f]ait de faire valoir soi-même un droit [...] »<sup>751</sup>. Certains auteurs<sup>752</sup> proposent de solliciter cette notion pour désigner le pouvoir sur les droits fondamentaux. Dès lors que l'on rejette la qualification de renonciation, faut-il les suivre ? Cela nous apparaît souhaitable.

À la fois plus modeste et plus réaliste, la qualification d'exercice pour désigner le pouvoir sur les droits fondamentaux répond aux faiblesses de la qualification de renonciation. Ainsi, loin de témoigner de l'abandon des droits fondamentaux, elle procède de la liberté qu'ils confèrent (§ 1), et sans exalter le consentement, elle le restaure dans sa juste fonction (§ 2).

### § I – La préférence pour le respect de la liberté

**127.** Le pouvoir d'exercice dans le sens de la *liberté*. L'utilitarisme ne peut tout justifier, il faut prendre la notion de liberté au sérieux<sup>753</sup>. À ce titre, on ne peut assimiler la renonciation à une liberté – en ce qu'elle emporte l'abandon – à l'exercice d'une liberté. La notion de liberté prime dans les différents instruments de protection des droits

---

<sup>750</sup> Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire – 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill*, Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2005, p. 99, à la p. 103.

<sup>751</sup> Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10<sup>ème</sup> éd., coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2014, v<sup>o</sup> « Exercice – 1 ».

<sup>752</sup> Cf. Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire – 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill*, Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2005, p. 99, à la p. 103 et suiv. ; et Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 499 et suiv.

<sup>753</sup> Cf. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

fondamentaux<sup>754</sup>. Or, il nous semble que la qualification d'exercice permet de rendre compte de cette primauté plus justement que celle de renonciation.

On pourrait s'épuiser sur la notion de liberté, nous n'entendons pas le faire, retenons simplement quelques éléments. Dans le système français, la liberté consiste aux termes de l'article 4 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* : « à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui [...] ». Dans le système québécois, selon la Cour suprême, en vertu de la décision rendue dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart* : « la liberté se caractérise essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte »<sup>755</sup>. Qu'est-ce à dire ? À s'en tenir à une approximation, cela signifie que la *liberté* constitue bien, comme certains auteurs l'affirment, un pouvoir d'autodétermination<sup>756</sup>. À ce stade, la distinction entre la qualification de renonciation et celle d'exercice ne semble pas pouvoir se faire : l'une et l'autre peuvent exprimer un pouvoir d'autodétermination. Mais si l'on pousse l'analyse et que l'on considère la liberté comme la « situation garantie par le Droit dans laquelle chacun est maître de soi-même et exerce comme il veut toutes ses facultés »<sup>757</sup>, alors la qualification de renonciation s'exclut d'elle-même. Dans cette perspective, on voit que la liberté penche

---

<sup>754</sup> Voir notamment Gilles LEBRETON, « Liberté », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 619, à la p. 621 : pour l'auteur « [l]a liberté est généralement considéré comme le fondement du droit [...]. Le droit français correspond bien à cette présentation. Il justifie en effet avant tout sa propre existence par le souci de protéger la liberté. ».

<sup>755</sup> *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 336.

<sup>756</sup> Voir notamment Gilles LEBRETON, « Liberté », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 619, à la p. 619 : « Sur le plan ontologique, c'est à dire sous l'angle du rapport de l'homme et du monde, la liberté est un pouvoir d'autodétermination, en vertu duquel l'homme choisit lui-même son comportement personnel. » ; et Alexandre VIALA, « Droits et libertés (distinction) », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 327, à la p. 328 : l'auteur explique que « [l]a nature n'a offert à l'homme aucun droit car les droits ne sauraient lui être octroyés que par un décret de la volonté et n'appartenir dès lors qu'au domaine de la culture juridique mais elle lui a conféré, comme s'accordent à le dire tous les anthropologues, une capacité d'autodétermination dont l'animal est, quant à lui, totalement dépourvu. C'est cette capacité d'autodétermination qu'on appelle « liberté » [...]. ».

<sup>757</sup> Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10<sup>ème</sup> éd., coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2014, v<sup>o</sup> « Liberté – 1 b. ».

du côté de l'exercice plus que du côté de la renonciation. On comprend que celui qui *exerce* marque sa liberté, alors que celui qui *renonce* marque son asservissement.

La perspective est simplement différente. Elle peut être illustrée par l'exemple du mariage – évidemment dans sa conception contemporaine –. La question serait alors la suivante : le mariage est-il un renoncement à la liberté ou l'exercice d'une liberté ? Certes, la culture populaire suggère que le mariage est un renoncement à la liberté, les multiples proverbes et dictons qui l'émaillent en attestent avec force. Mais, peut-on sérieusement se rallier à cette opinion ? Évidemment non, le mariage apparaît bien au droit comme une liberté dont il assure la protection<sup>758</sup>. D'ailleurs, en France, dans les débats parlementaires relatifs à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, Mme Taubira – la garde des sceaux – l'a rappelé, en affirmant que : « le mariage est [...] un acte de liberté, la liberté de se choisir, la liberté de vivre ensemble [...] la liberté de divorcer, la liberté aussi de ne pas se marier »<sup>759</sup>. En somme, on préfère considérer que se marier c'est exercer sa liberté matrimoniale, plutôt que de considérer que c'est renoncer à sa liberté matrimoniale<sup>760</sup>. C'est une question de mots diront certains, mais ceux-ci importent.

Finalement, peut-être faut-il considérer l'existence d'une distinction entre les notions de droits et de libertés<sup>761</sup>. La plupart des droits fondamentaux ne se rattachent-ils

---

<sup>758</sup> Voir notamment François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil – La famille*, 8<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2011, à la p. 69 et suiv, n° 78 : pour les auteurs « [l]a conciliation de l'élément contractuel et de l'élément institutionnel se situe dans le contexte fondamental de la liberté nuptiale. ».

<sup>759</sup> SÉNAT, « Compte rendu intégral – Séance du jeudi 4 avril 2013 – 81<sup>e</sup> jour de séance de la session », *J.O.R.F.* 2013.37.S. à la p. 2711 (Mme Christiane Taubira).

<sup>760</sup> Cf. Jacques MESTRE, « Le droit d'être fidèle ! », *R.L.D.C.* 2012.94.3.

<sup>761</sup> Voir Alexandre VIALA, « Droits et libertés (distinction) », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 327, à la p. 328 : selon l'auteur « [l]es droits subjectifs et les libertés constituent [...] communément les fondations sur lesquelles est assis le droit positif. Mais par-delà cette philosophie subjectiviste dans laquelle baignent ensemble les droits et libertés, il convient de souligner des différences qui sont respectivement d'ordre ontologique et technique. Paradoxalement, si la question ontologique présente les droits comme une notion plus restreinte que celle de libertés, tout ce qui les sépare d'un point de vue strictement juridique montre au contraire que les droits recouvrent pour l'homme une sphère de prérogatives plus étendue que celle offerte par les libertés. » ; *adde* Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire – 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé*, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill, Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2005, p. 99, à la p. 100 : l'auteur s'interroge « [q]uelle est la distinction, non seulement conceptuelle mais pratique, entre

pas conceptuellement plus à la catégorie des libertés qu'à la catégorie des droits ? Ainsi, si l'on conçoit aisément la renonciation à certains droits – tel le droit de propriété par exemple –, on peine à concevoir la possibilité d'une renonciation à une liberté – telle la liberté de conscience par exemple –.

## § II – *La préférence pour un juste rôle du consentement*

### **128. Quel est le rôle du consentement dans l'exercice d'un droit fondamental ?**

On l'a dit nous ne croyons pas que le consentement puisse justifier la renonciation. Mais au-delà a-t-il un rôle ? A-t-il une emprise sur les droits fondamentaux ? Une réponse positive s'impose.

Cependant, l'emprise que l'on doit y voir est indirecte ; les contrats dans lesquels s'exprime le pouvoir d'exercice pour les droits fondamentaux ne sont pas dégagés des exigences du droit commun et les conditions de validité qu'il pose demeurent identiques<sup>762</sup>. Autrement dit, l'exercice contractuel des droits fondamentaux procède du consentement, car le consentement est premier. L'exercice d'un droit fondamental est d'abord un acte de volonté qui se matérialise dans le consentement<sup>763</sup>. Lorsque le titulaire d'un droit fondamental consent à un contrat portant sur l'un de ses droits fondamentaux, il exprime sa volonté d'exercer son pouvoir sur ce droit. On peut retranscrire ici les illustrations proposées par M. Popovici, pour lui :

« [s]i je consens à me faire amputer d'une jambe par mon médecin, il y a certes, une atteinte à mon intégrité physique, mais pas d'atteinte à mon *droit* à l'intégrité

---

un droit et une liberté ? C'est une question qui a fait couler beaucoup d'encre. Chez les civilistes, si l'on croit à l'abus de droit, on doute de l'abus de libertés... C'est peut-être un faux problème sur lequel il y aurait beaucoup à dire [...]. » (références omises).

<sup>762</sup> Voir Julien RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. GARAUD, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2003, à la p. 210, n° 191 : pour l'auteur « le fait que la convention lèse des droits fondamentaux n'influe pas sur la condition générale de validité posée à l'article 1108 du Code civil. ».

<sup>763</sup> Cf. Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *R.T.D. civ.* 1995.573.



physique. Si je consens à la publication de ma photo nu, cette atteinte... au bon goût n'est pas une atteinte à mon *droit*, à la vie privée ou à l'image. Je dirai même plus, c'est *l'exercice même de mon droit* à l'intégrité, à la vie privée ou sur mon image. »<sup>764</sup>.

Une telle analyse permet de comprendre que le consentement ne peut pas être un critère justificatif parmi d'autres<sup>765</sup>. Le consentement est toujours nécessaire mais jamais suffisant, car tirer argument du caractère justificatif du consentement ampute le contrôle des stipulations contractuelles qui affectent les droits fondamentaux<sup>766</sup>. À titre d'exemple, on n'imagine tout de même pas valider un contrat par lequel une personne s'engagerait dans la servitude au seul motif qu'elle y a consenti<sup>767</sup>. Ni le droit français<sup>768</sup>, ni le droit canadien<sup>769</sup> ne pourraient le tolérer.

---

<sup>764</sup> Adrian POPOVICI, « De l'impact de la Charte des droits et libertés sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté », dans *Conférences Meredith – Lectures 1998-1999*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49, à la p. 93 (italiques de l'auteur, références omises).

<sup>765</sup> Voir Benoit MOORE, « A la volonté de Dieu ou des contractants ? Commentaire sur l'affaire *Marcovitz c. Bruker* », (2009) 43 *R.J.T.* 219, à la p. 238 : selon l'auteur « la considération de la volonté exprimée doit être prise en compte en amont et non en aval. ».

<sup>766</sup> Voir Muriel FABRE-MAGNAN, Michel LEVINET, Jean-Pierre MARGUENAUD et Françoise TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits* 2009.48.3 : s'exprimant sur une décision relative à des pratiques sadomasochistes, les auteurs soulignent (M. Levinet à la p. 11) que « [l]e paramètre du consentement de la « victime » [...] fait obstacle à toute prise de position sur la nature même de l'activité », et (Mme Fabre-Magnan à la p. 15) que « [l]e problème est d'admettre que, quand il y a consentement de la victime (donc un masochiste prétendu pour ce type de pratiques), on entrerait alors dans un domaine protégé (l'intimité de la vie privée) qui empêcherait le droit d'intervenir quel que soit le niveau de gravité des pratiques ».

<sup>767</sup> Voir notamment Pascale DEUMIER, « L'ordre public international réinventé pour lutter contre l'asservissement », *R.D.C.* 2006.4.1260 : l'auteur observe que « [l]a lutte contre les violations les plus graves des droits de l'homme justifie-t-elle un certain accommodement avec l'ordre juridique ? Certainement. Et il ne fait pas plus de doute que la prohibition de la servitude et de l'esclavage domestique relève de ce noyau dur intransgressible. ».

<sup>768</sup> Voir notamment CEDH *Siliadin c. France*, no 73316/01, CEDH 2005-VII : obs. Jean-Pierre MARGUENAUD, *R.T.D. civ.* 2005.740 ; note Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2005.II.10142 ; *G.A.C.E.D.H.*, n° 17 : les juges européens condamnent l'État français pour violation de l'article 4 de la *Convention européenne* relatif au travail forcé ; et Cass. crim. 13 janvier 2009, n° 08-80.787, *Bull. crim.*, n° 9 : la Cour de cassation censure une décision n'ayant pas fait respecter l'interdiction du travail forcé.

<sup>769</sup> Voir *C.cr.*, art. 279.01 à 279.04 : notamment l'art. 279.01(1) « Quiconque recrute, transporte, transfère, reçoit, détient, cache ou héberge une personne, ou exerce un contrôle, une direction ou une influence sur les mouvements d'une personne, en vue de l'exploiter ou de faciliter son exploitation commet une infraction ».

Cette précision est importante car, dès lors, on voit bien ce n'est pas dans l'analyse du consentement à proprement parler que se trouve la clef du problème des contrats portant sur les droits fondamentaux, mais c'est plutôt dans l'analyse du contexte dans lequel le consentement est donné<sup>770</sup>.

\* \* \*

**129. Conclusion de la Section II.** Qualifier le pouvoir des contractants sur leurs droits fondamentaux de pouvoir d'exercice, c'est inscrire ce pouvoir dans une autre perspective que celle du pouvoir de renonciation. C'est d'abord inscrire ce pouvoir dans le sens de la liberté qui fonde les droits fondamentaux, le faire reposer sur le principe premier qui anime nos droits. C'est ensuite permettre une appréhension plus réaliste et serrée du rôle du consentement en la matière, car si on ne peut nier ce rôle il faut pourtant comprendre ce qu'il n'est pas : à savoir justificatif. Une telle qualification devrait donc, selon nous, être préférée.

\* \*

\*

---

<sup>770</sup> Voir Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 503 : pour l'auteur « la validité d'une atteinte contractuelle à un droit ou une liberté ne peut faire l'économie d'une [...] analyse contextuelle ».

\* \* \*

**130. Conclusion du Chapitre I.** Peu à peu s'impose, dans les discours juridiques relatifs au pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats, la qualification de renonciation. Ainsi, on suggère que les contractants auraient le pouvoir de renoncer contractuellement à leurs droits fondamentaux.

Cette qualification ne va pas sans poser de sérieuses difficultés. Sur le plan conceptuel, elle semble mal adaptée car elle ne répond pas à la définition classique de la notion. Sur le plan pratique, elle paraît dangereuse en ce qu'elle conduit à une focalisation excessive sur le consentement donné à l'atteinte aux droits fondamentaux.

Il semble alors préférable de retenir une autre qualification, en l'occurrence celle d'exercice. En effet, cette qualification présente le mérite d'inscrire le pouvoir sur les droits fondamentaux dans une perspective positive car elle s'ancre dans la liberté de chacun. En outre, elle permet de restaurer le rôle du consentement dans son juste domaine, celui de la création car le consentement ne saurait être justificatif.

Peut-être pourra-t-on objecter que la différence entre la qualification de renonciation et celle d'exercice est essentiellement d'ordre sémantique. Nous ne le croyons pas, la différence est plus profonde et peut s'observer concrètement dans le pouvoir reconnu aux contractants sur leurs droits fondamentaux.

\* \*

\*

## Chapitre II – L’admission du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats

**131. Quelle est l’étendue du pouvoir d’exercice des droits fondamentaux dans les contrats ?** Voilà posée la question centrale au regard de la suspicion qui pèse sur les initiatives contractuelles qui portent sur les droits fondamentaux. Pourtant, sauf à considérer qu’il faut interdire toute l’activité contractuelle<sup>771</sup>, le contrat ne peut être considéré uniquement comme une menace pour les droits fondamentaux. D’ailleurs, une telle attitude serait bien vite contredite par la démonstration des apports du contrat à la promotion des droits fondamentaux<sup>772</sup> qui permet de constater que de « Codes de conduites » en « Chartes éthiques » les acteurs privés s’approprient l’exigence de respect des droits fondamentaux<sup>773</sup>. Cependant, c’est à un autre niveau que nous tenterons de dresser le constat de l’admission du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats. Plus

---

<sup>771</sup> Voir notamment Éric GARAUD, *Lamy droit du contrat*, v<sup>o</sup> *Etude 245 - La violation d’un droit fondamental*, n<sup>o</sup> 245-5 : pour l’auteur « [s]i l’on pousse le raisonnement suivant lequel les individus ne peuvent se dépouiller de prérogatives trop inhérentes à la personne, c’est toute activité contractuelle qu’il faudrait leur interdire ! » ; Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 372 : l’auteur remarque que « la Charte se révèle en réalité être l’énoncé d’idéaux vers lesquels tous doivent tendre. Son texte pris au pied de la lettre, ne résiste pas aux réalités de la vie, notamment en matière contractuelle. » ; Sandrine CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l’épreuve du lien contractuel – Contrat et Convention européenne des droits de l’Homme », dans *Mélanges en l’honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 225, à la p. 241 : pour l’auteure « tout lien contractuel est nécessairement porteur d’une restriction des droits fondamentaux des parties. Peu de contrats pourraient prétendre à la licéité si une application stricte de ce rattachement était opérée. » (références omises).

<sup>772</sup> Voir Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 331 et suiv., n<sup>o</sup> 437 et suiv. : l’auteur met en évidence que « le contrat peut porter les droits fondamentaux et en assurer la promotion en intégrant en son sein l’obligation de les garantir. ».

<sup>773</sup> Voir notamment Ludovic HENNEBEL et Gregory LEWKOWICZ, « La contractualisation des droits de l’homme – De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », dans Mikhaïl XIFARAS et Gregory LEWKOWICZ (dir.), *Repenser le contrat*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2009, p. 221 : les auteurs analysent « les utilisations du contrat afin de garantir les droits de l’homme », et « les formes contractuelles de résolution des litiges liés à la violation des droits de l’homme par le biais de règlements amiables institutionnels ou privés – qui s’apparentent – à un contrat entre l’auteur de la violation et la victime. ».

précisément, dans l'accueil des contrats ou des stipulations contractuelles portant sur les droits fondamentaux ; car, contre intuitivement, de telles pratiques ne sont pas uniformément proscrites, ni en France<sup>774</sup>, ni au Québec<sup>775</sup>. Autrement dit, nous croyons que, sous réserve d'un encadrement très strict<sup>776</sup>, elles ne sont pas interdites *a priori*<sup>777</sup>. De toute évidence on ne peut prétendre à l'exhaustivité<sup>778</sup>. Dès lors, dans la perspective d'une comparaison franco-qubécoise, seules deux manifestations qui paraissent emblématiques de l'admission du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats retiendront notre attention.

D'une part le pouvoir sur le corps, puisque sa célébration contemporaine par le droit, pour être heureuse<sup>779</sup>, n'en est pas moins paradoxale en ce qu'elle témoigne du reflux

---

<sup>774</sup> Voir notamment Pascal PUIG, « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 21, à la p. 34, n° 19 : selon l'auteur « [l]e spectre d'un ordre public paralysant le jeu des volontés individuelles est loin de refléter la réalité de l'influence contemporaine du contrat sur les droits fondamentaux » ; et Jean-Baptiste SEUBE, « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 43, à la p. 48 : pour l'auteur « il ne fait guère de doute que le contrat peut avoir pour objet un droit fondamental d'un des contractants ».

<sup>775</sup> Voir notamment Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire – 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 99, à la p. 102 : l'auteur constate que « [l]es auteurs reconnaissent ou constatent l'existence de conventions portant sur l'objet d'un droit de la personnalité ».

<sup>776</sup> *Infra* n° 164.

<sup>777</sup> Comp. Christophe JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans Mikhaïl XIFARAS et Gregory LEWKOWICZ (dir.), *Repenser le contrat*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2009, p. 175, à la p. 199 : l'auteur observe « [v]oici donc où pourrait nous mener la logique des droits fondamentaux : à quelque chose qui ressemblerait un peu à la conception libérale classique du droit des contrats, non parce que l'ordre public et la liberté contractuelle seraient redevenues les deux faces d'une même idée [...], mais parce que l'ordre public serait placé sous le regard et le contrôle d'une liberté contractuelle érigée en principe de base. ».

<sup>778</sup> Voir notamment en France la question des droits processuels : Éric GARAUD, *Lamy droit du contrat*, v° *Étude 245 - La violation d'un droit fondamental* ; Ruth DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2012, à la p. 173 et suiv., n° 284 et suiv. ; Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 2013, à la p. 250 et suiv., n° 309 et suiv. ; adde Marie LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants – Recherche sur un possible imperium des contractants*, Préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2006 ; Laure MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Préf. F. Sudre, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2006.

<sup>779</sup> Voir Albert MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975, à la p. 11, n° 1 : pour l'auteur l'apparition du corps dans le Code civil du Bas Canada est « d'autant plus

de l'association traditionnelle entre le corps et la personne<sup>780</sup> et donc d'une déconstruction de la personne<sup>781</sup> qui ouvre le champ à la maîtrise de son corps par la personne. En effet, qui ne voit pas que le corps pénètre toujours plus le commerce juridique. Il suffit d'évoquer, les relations sexuelles<sup>782</sup> et le contrat de travail pour constater que le mouvement est en réalité continu<sup>783</sup> et que son amplification contemporaine n'est finalement que la consécration du pouvoir de disposer du corps par contrats (Section I).

D'autre part, le pouvoir sur la vie privée – entendue au sens large – nous semble également révélateur de l'admission du pouvoir sur les droits fondamentaux. Parce qu'elle

---

heureuse qu'on reproche souvent au Code de s'intéresser beaucoup aux bien et très peu aux personnes ».

<sup>780</sup> Voir Mariève LACROIX, « Le Code civil du Québec... En chair et en os ? », dans Vincent CARON, Gabriel-Arnaud BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 1, à la p. 6 : l'auteure observe que « des tendances nouvelles dissocient juridiquement le corps de la personne ».

<sup>781</sup> Voir Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5<sup>ème</sup> éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2014, à la p. 110, n<sup>o</sup> 104 : selon les auteurs « [l']inscription du corps humain dans le Code participe ainsi, assez paradoxalement, d'une forme de déconstruction de la personne corporelle, amorcée par le développement des sciences et des techniques. Devenu objet d'utilité sociale, le corps humain a perdu de sa sacralité ; il s'inscrit désormais résolument dans l'échange et peut même déboucher, une fois les éléments qui en ont été détachés transformés, sur le marché. » (références omises).

<sup>782</sup> Cf. Francis CABALLERO, *Droit du sexe*, Paris, L.G.D.J., 2010 : plus avant, l'auteur met en évidence la protection accordée par le droit à la sexualité licite ; *adde* CJUE *Aldona Malgorzata Jany et autres c. Staatssecretaris van Justitie*, Affaire C-268/99, [2001] Rec. C.E. I-08615 : obs. Catherine PRIETO, R.T.D. eur. 2003.489 ; note Stéphane RETTERER, D. 2002.2144 : la Cour de justice se livre dans cette affaire à une appréciation particulièrement audacieuse de la notion d'activité économique, ouvrant une possibilité douteuse d'exercer son intégrité physique par contrat à travers la prostitution, puisque selon elle (para. 71) « le prostitution relève des activités économiques [...] dès lors qu'il est établie qu'elle est exercé par le prestataire de service : - hors de tout lien de subordination en ce qui concerne le choix de cette activité, les conditions de travail et de rémunération, - sous sa propre responsabilité, et - contre une rémunération qui lui est intégralement versée. » ; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101, para. 5 : « Échanger des services sexuels contre de l'argent n'est pas contraire à la loi. Le régime actuel ne permet que deux types de prostitution : celle qui se pratique dans la rue et celle qui est « itinérante », où la prostituée se déplace pour aller à la rencontre de son client dans un endroit convenu, chez lui par exemple. Cette limitation témoigne d'un choix de politique générale du législateur. Il est loisible à ce dernier de limiter les modalités et les lieux d'exercice de la prostitution à condition qu'il le fasse sans porter atteinte aux droits constitutionnels des prostituées. ».

<sup>783</sup> Voir Thierry REVET, *La force de travail : étude juridique*, Préf. F. ZENATI, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, Litec, 1992, à la p. 61, n<sup>o</sup> 57 : l'auteur démontre que « la personne physique est ainsi au cœur de la convention : elle est l'objet et le facteur de licéité de l'objet. » ; *adde* Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 2<sup>ème</sup> éd., coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2007.

est le foyer de « l'intégrité morale de la personne »<sup>784</sup> de plus en plus sanctuarisée par le droit, sa disponibilité contractuelle est de plus en plus suspecte<sup>785</sup>. Pourtant, ne voit-on pas là aussi un mouvement corrélatif du droit qui tend à la reconnaissance du pouvoir d'administrer sa vie privée par contrats (Section II).

---

<sup>784</sup> Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5<sup>ème</sup> éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2014, à la p. 197, n° 168 et suiv.

<sup>785</sup> Voir Jean-Pierre GRIDEL, « Les droits fondamentaux du contractant au quotidien sont l'objet d'une attention prétorienne renouvelée », dans Sarah BROS et Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Paris/Aix-en-Provence, Economica, 2010, p. 195, à la p. 203 : l'auteur constate que « [s]ous les expression de vie privées, personnelle, familiale à protéger, s'affirme le droit d'une partie au contrat de contester, sous une sanction ou une autre, des stipulations ou attitudes négatrice de la sphère de vie propre et d'autonomie individuelle à laquelle chacun peut a priori prétendre. ».

## Section I – La consécration du pouvoir de disposer du corps par contrats

**132. La constatation de l'affirmation traditionnelle de l'indisponibilité contractuelle du corps.** Le droit français et le droit québécois semblent recevoir tous les deux le fameux *noli me tangere* biblique (*Bible*, Évangile selon St Jean, 20.17), et paraissent affirmer de concert l'indisponibilité contractuelle du corps confondu avec la personne<sup>786</sup>. Ainsi, en France, l'article 16-1 du *Code civil* dispose que « 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. », et l'article 16-5 du *Code civil* dispose de manière explicite que « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles. ». De la même manière, au Québec, le corps est placé sous les plus hauts patronages, en vertu de l'article 10 alinéa 1 du *Code civil du Québec* « Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité », en vertu de l'article 1 alinéa 1 de la *Charte québécoise* « Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne », et en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne* « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. ». Sur ces bases on ne s'étonne pas de la vivacité du « dogme de l'intangibilité du corps humain »<sup>787</sup>.

---

<sup>786</sup> Voir notamment Jean-Louis BAUDOUIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, *Produire l'Homme de quel droit ? Etude juridiques et éthique des procréations artificielles*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1987, à la p. 186 : les auteurs observent « [u]ne réalité concrète (le corps), et une idée abstraite (la personnalité) se fusionnent pour ainsi dire dans une même perception. ».

<sup>787</sup> Louis BAUDOUIN, « La personne humaine au centre du droit québécois », (1966) 26 *R. du B.* 66 ; *adde* François HELEINE, « Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain », (1976) 36 *R. du B.* 2, à la p. 6.



**133. La redéfinition contemporaine de l'indisponibilité contractuelle du corps**<sup>788</sup>. À rebours des proclamations de l'indisponibilité contractuelle du corps, un même mouvement s'observe en France et au Québec : le dogme s'étiolé à la mesure du recul du religieux<sup>789</sup>, d'ailleurs nombreux sont ceux qui contestent sa réalité même<sup>790</sup>. Ainsi, avec M. Mekki, il faut constater « [qu']il n'est plus concevable de nier l'emprise du contrat sur le corps humain »<sup>791</sup>. De sorte que l'on en vient à considérer que « ce que le droit consacre avant toute chose, c'est la dignité qui participe de l'essence même de la personne et qui passe par la reconnaissance de son libre arbitre. »<sup>792</sup>. À cet égard, la science médicale et ses avancés spectaculaires ouvrent, pour la personne, des horizons infinis : traitements curatifs toujours plus performants, remplacement des organes défectueux, et demain l'« homme biotech »<sup>793</sup>... Et, on aurait tort de penser que les revendications de pouvoir sur le corps s'évanouissent au seuil de la faculté de médecine. Il faut également constater que la personne revendique le pouvoir sur son corps au-delà même de sa protection ou de sa

---

<sup>788</sup> Cf. notamment Édith DELEURY, « Une perspective nouvelle : le sujet reconnu comme objet du droit », (1972) 13 *C. de D.* 529 ; Édith DELEURY, « La personne en son corps : l'éclatement du sujet », (1991) 70 *R. du B. can.* 448 ; Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée – Une histoire juridique du corps*, Paris, Éditions du Seuil, 1993 ; Muriel BOURGEOIS, *La personne objet de contrat*, Orléans, Paradigme, 2005.

<sup>789</sup> Voir notamment Louis BAUDOIN, « La personne humaine au centre du droit québécois », (1966) 26 *R. du B.* 66, à la p. 67 : l'auteur observe relativement au dogme de l'intangibilité que « [l]e problème [...] a acquis dans le monde moderne un regain d'actualité dû en grande partie aux progrès de la science biologique, à ceux de la chirurgie et de l'hygiène sociale. Beaucoup d'esprits pensent que l'homme a, sur son propre corps, un véritable droit de propriété, à l'encontre de ce qu'enseignait saint Thomas d'Aquin, qui ne lui reconnaît qu'un droit d'usufruit, Dieu seul ayant le droit de nue-propriété. » (références omises) ; et Jean-Louis BAUDOIN, « Corps humain et actes juridiques », (1975) 6 *R.D.U.S.* 387, à la p. 388 : l'auteur affirme que [l]e substratum socio-religieux et l'attitude de l'homme à l'égard de son propre corps ont changé. ».

<sup>790</sup> Voir notamment Bernard BEIGNIER, « L'ordre public et les personnes », dans Thierry REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 13, à la p. 17 : pour qui il s'agit d'une pure « invention » ; et Dimitri HOUTCIEFF et Anne-Sophie MESTRE-CHAMI, *Lamy droit du contrat*, v<sup>o</sup> Étude 236 – *L'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs*, n<sup>o</sup> 236-67 : les auteurs relèvent « que l'article 16-1 du Code civil ne consacre par le principe de l'indisponibilité du corps humain, mais celui de sa non patrimonialité ».

<sup>791</sup> Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004, à la p. 293, n<sup>o</sup> 478.

<sup>792</sup> Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5<sup>ème</sup> éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2014, à la p. 104, n<sup>o</sup> 100.

<sup>793</sup> Cf. Jean-Pierre BELAND (dir.), *L'homme biotech : humain ou posthumain ?*, Sainte-Foy, P.U.L., 2006.

conservation<sup>794</sup>. En réalité, dans des perspectives très diverses, la personne peut être amenée à exercer ses droits sur son corps par contrat.

En conséquence en France et au Québec, il semble aujourd'hui plus juste « d'affirmer que la personne peut disposer librement de son corps par convention, pourvu que l'exercice de cette liberté ne soit pas contraire à l'ordre public. »<sup>795</sup>, et cette affirmation peut se vérifier notamment au regard de la progression de l'autonomie corporelle en milieu médicalisé (§ 1), et au regard de l'existence de contrats portant sur le corps hors milieu médical (§ 2).

### *§ I – La progression de l'autonomie corporelle en milieu médicalisé*

**134. Du malade au patient.** Jusqu'à une époque récente, en France et au Québec, la personne qui sollicitait le corps médical faisait l'objet d'une protection particulière dont la nécessité était justifiée par sa vulnérabilité réelle ou supposée<sup>796</sup> : elle était un malade. Sans remettre en question le principe de cette protection, nos droits tendent à lui assigner de nouveaux fondements précisément sous l'effet de l'avènement des droits fondamentaux<sup>797</sup> :

---

<sup>794</sup> Voir cependant Jean-Louis BAUDOUIN, « Corps humain et actes juridiques », (1975) 6 *R.D.U.S.* 387 : l'auteur constate que les progrès de la science posent des problèmes qui « laissent bien loin l'étude de la validité du contrat entre le coiffeur et son client, contrat aux termes duquel le premier débarrasse le second de la matière vivante que sont les cheveux et la barbe. ».

<sup>795</sup> Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5<sup>ème</sup> éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2014, à la p. 109, n° 102.

<sup>796</sup> Voir notamment pour la France Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU, *Droit de la santé*, 3<sup>ème</sup> éd, coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 297, n° 290 : les auteurs soulignent que « [l]e malade a pendant longtemps été perçu comme celui dont la santé était altérée, un être faible qu'il fallait protéger. La relation médecin patient, de type paternaliste, était alors fondée sur le principe de bienfaisance à l'égard de la personne en état de faiblesse. » ; et pour le Québec Suzanne NOOTENS, « La relation médecin patient et les décisions de traitement », (1990) 20 *R.D.U.S.* 377 : l'auteure s'interroge « [q]ue n'a-t-on dit, dit que le lecteur ne sache déjà, du « paternalisme » du médecin ? Tout préoccupé de son savoir et de la guérison de son patient, il s'est souvent permis de déterminer seul le bien de celui-ci ».

<sup>797</sup> Voir notamment pour la France Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU, *Droit de la santé*, 3<sup>ème</sup> éd, coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 300, n° 291 : pour les auteurs « [l]a notion de droits des patients traduit une double évolution. D'une part elle fait référence au développement du progrès scientifique qui fait naître de nouvelles problématiques sur le plan éthique et juridique notamment ; d'autre part, elle exprime l'exigence de plus en plus importante des patients

alors la personne devient un patient, son autonomie s'affirme et son pouvoir grandit. Dans ce contexte, elle revendique la maîtrise de son propre corps. Il semble que le droit veuille bien la lui accorder à travers la sacralisation de l'autonomie pour soi (A.), et par ailleurs, par l'accueil qu'il réserve à l'autonomie lorsqu'elle s'exerce en faveur d'autrui (B.).

## A. La sacralisation de l'autonomie pour soi

**135. Le consentement à l'acte médical.** La reconnaissance ancienne – mais controversée<sup>798</sup> – de l'existence d'un contrat de soin qui lie le médecin et son patient en droit français<sup>799</sup> et en droit québécois<sup>800</sup>, ne semble trouver son plein sens que dans

---

à l'égard des médecins. » ; et pour le Québec Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 3<sup>ème</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, EYB2012ICS1 : les auteurs soulignent « [h]éritier, à certains égards bien infidèle, des *Déclarations des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 et 1793, le XX<sup>e</sup> siècle a vu néanmoins, en Occident particulièrement, la consécration progressive des droits de la personne par les tribunaux, les textes de lois, les accords internationaux, et d'autres Déclarations. Les interventions sur l'être humain n'ont, bien sûr, pas échappé à ce courant. La médecine moderne, la recherche et l'expérimentation doivent désormais composer avec l'inviolabilité physique et mentale et l'autonomie décisionnelle reconnues à toute personne, avec des critères codifiés, des règles déontologiques et éthiques de plus en plus sévères et, bien souvent, l'autorisation judiciaire lorsque sont en cause des personnes inaptes, avec une opinion publique très sensibilisée aux droits individuels, des médias omniprésents, et l'emprise tentaculaire du marché, fruit de la désacralisation ambiante. ».

<sup>798</sup> Voir notamment Charles AUBRY et Charles-Frédéric RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 4, 6<sup>ème</sup> éd. par Étienne BARTIN, Paris, Éditions Techniques, 1935, à la p. 456, n<sup>o</sup> 344 : pour les auteurs « [l]es actes dépendants d'une profession littéraire, scientifique ou artistique, ne sauraient, en eux-mêmes et directement, former l'objet d'un contrat, en ce sens que celui qui les a promis n'est pas civilement contraignable à l'exécution de sa promesse. Ainsi, l'engagement pris par un médecin de traiter un malade, ou par un avocat de défendre une cause, n'engendre contre eux aucune action contractuelle [...] ».

<sup>799</sup> Voir Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 1936, *D.* 1936.1.88 : rapp. Louis JOSSERAND et concl. Paul MATTER, *D.* 1936.1.88 : « Mais attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins, de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncé le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentif, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science. ».

<sup>800</sup> Voir *Griffith v. Harwood*, 1900 B.R. 299 ; *Laurier v. Berthiaume*, 1933, 55 B.R. ; *Bordier v. S.*, 1934, 72 C.S. 316 ; *X v. Rajotte*, 1938, 64 B.R. 484 cités par Paul-A. CREPEAU, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier – Étude comparée du droit français, du common law et du droit civil de la province de Québec*, Préf. R. DAVID, Montréal, Wilson & Lafleur, 1956, à la p. 56.

l'exigence contemporaine de consentement à l'acte médical<sup>801</sup>, qui apporte alors un témoignage éclatant du pouvoir de la personne sur son propre corps. Il ne saurait s'agir de contester la légitimité d'une telle exigence. Il peut simplement être constaté, avec Mme Lacroix, que « [l]a coexistence des droits à l'inviolabilité et à l'autodétermination de la personne et leur traitement juridique par le Code civil révèlent que le corps humain pénètre dans le droit des obligations »<sup>802</sup>.

**136. En France**, l'article 16-3 alinéa 2 du *Code civil* dispose ainsi que « Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. », consacrant ainsi l'autonomie du patient relativement aux atteintes son intégrité corporelle<sup>803</sup>. Certes, on pouvait douter jusqu'à récemment de la portée véritable de cette disposition lorsque le médecin était confronté au refus de soin de son patient. On se souvient que le Conseil d'État, par une décision en date du 26 octobre 2001, avait refusé de condamner des médecins qui avaient procédé à une transfusion sanguine à laquelle le patient, au nom de ses convictions religieuses, s'était opposé<sup>804</sup>. Mais, aujourd'hui, selon certains<sup>805</sup>, cette solution

---

<sup>801</sup> Voir François VIALLA (dir.), Mathieu REYNIER et Éric MARTINENT, *Les grandes décisions du droit médical*, 2<sup>ème</sup> éd, Paris, L.G.D.J., 2014, à la p. 172, n° 3 : les auteurs soulignent que « le fondement contractuel de l'expression de la volonté du patient a été rapidement complété ou, pour certains, contredit par la consécration jurisprudentielle d'un assentiment à l'acte médical, justification de l'atteinte à l'intégrité du corps humain. ».

<sup>802</sup> Mariève LACROIX, « Le *Code civil* du Québec... En chair et en os ? », dans Vincent CARON, Gabriel-Arnaud BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 1, à la p. 22.

<sup>803</sup> Voir Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU, *Droit de la santé*, 3<sup>ème</sup> éd, coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 354, n° 331 : pour les auteurs « le principe du consentement est fondé sur le principe d'autonomie de la personne faisant de que seule la personne concernée peut décider des atteintes portées à son corps ».

<sup>804</sup> Cons. d'État Ass. 26 octobre 2001, *Mme X*, n° 198546, *Rec. Lebon* p. 514 : note Maryse DEGUERGUE, *A.J.D.A.* 2002.529 ; note C. CLEMENT, *L.P.A.* 2002.11.18 : « Considérant que, compte tenu de la situation extrême dans laquelle M. X... se trouvait, les médecins qui le soignaient ont choisi, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ; que, dans ces conditions, et quelle que fût par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses, ils n'ont pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris ».

<sup>805</sup> Voir Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU, *Droit de la santé*, 3<sup>ème</sup> éd, coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 358, n° 334 : pour les auteurs « dans le conflit entre le respect de la volonté du patient et le devoir du médecin de porter secours, l'élément essentiel qui doit guider le juge dans son appréciation est le caractère libre et éclairé du consentement du patient.

pourrait être renversée sur le fondement des dispositions de l'article L. 1111-4 alinéa 2 du *Code de la santé publique*, aux termes desquelles : « Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. ». Introduite dans le droit français en 2002, cette disposition vient renforcer les pouvoirs de la personne sur son corps. Il y a donc tout lieu de penser que « le consentement n'est pas, ou n'est plus une modalité procédurale, mais bel et bien, [...] une règle consubstantielle du principe fondamental d'inviolabilité. »<sup>806</sup> qui révèle dans sa mise en œuvre le pouvoir de la personne sur son corps. Signalons enfin que la loi dite Léonetti du 22 avril 2005 relative aux malades en fin de vie consacre également le droit pour la personne au seuil de sa mort de conserver son autonomie ; cette loi n'autorise pas l'euthanasie, pourtant ses dispositions sont assez finement ciselées pour autoriser une gamme de comportements, relativement vaste, qui s'assimilent sans mal à une forme de droit à l'arrêt des soins. L'appréciation du Conseil d'État sur cette loi le confirme, puisqu'il décide qu'il :

« résulte de ces dispositions que toute personne doit recevoir les soins les plus appropriés à son état de santé, sans que les actes de prévention, d'investigation et de soins qui sont pratiqués lui fassent courir des risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté ; que ces actes ne doivent toutefois pas être poursuivis par une obstination déraisonnable et qu'ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris lorsqu'ils apparaissent inutiles ou disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, que la personne malade soit ou non en fin de vie ; que, lorsque celle-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté, la décision de limiter ou d'arrêter un traitement au motif que sa poursuite traduirait une obstination déraisonnable ne peut, s'agissant d'une mesure susceptible de mettre en danger la vie du patient, être prise par le médecin que dans le respect de la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et des règles de consultation fixées par le code de la santé publique ; qu'il appartient

---

<sup>806</sup> Christian BYK, « Urgence et thérapie : rigueur et évolution du droit », *R.G.D.M.* 1999.3.16, à la p. 18.

au médecin, s'il prend une telle décision, de sauvegarder en tout état de cause la dignité du patient et de lui dispenser des soins palliatifs »<sup>807</sup>.

On touche, peut-être les limites de l'autonomie telle qu'elle est conçue en France. D'ailleurs, au fil de sa jurisprudence, la Cour européenne semble bien reconnaître ces limites. On se souvient que dans la décision rendue dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*, elle avait estimé « qu'il n'est pas possible de déduire de l'article 2 de la Convention un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique »<sup>808</sup>. À cet égard, il faut saluer alors l'attitude de retrait qu'elle adopte en cette matière décidant que ce domaine relève principalement de la responsabilité des États membres<sup>809</sup>.

**137. Au Québec**, l'article 11 alinéa 1 du *Code civil du Québec* qui régit le consentement aux soins<sup>810</sup> dispose que : « Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examens, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention. ». Or précisément, cette disposition se veut l'expression d'un

---

<sup>807</sup> Cons. d'État Ass., 24 juin 2014, *Mme F... I... et autres*, n° 375081, 37090, 375091, *Rec. Lebon* p. 34 : note Marguerite CANEDO-PARIS, *R.D.P.* 2015.41 ; note Pierre DELVOLVÉ, *R.F.D.A.* 2014.702 ; note Daniel TRUCHET, *A.J.D.A.* 2014.1669 ; obs. François VIALLA, *J.C.P. G.* 2014.28.825 ; note Daniel VIGNEAU, *D.* 2014.1856, *G.A.J.A.* n° 117.

<sup>808</sup> CEDH *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 40, CEDH 2002-III : note Olivier DE SCHUTTER, *R.T.D.H.* 2003.71 ; obs. Éric GARAUD, *R.J.P.F.* 2002.7/8.11 ; obs. Philippe MALAURIE, *Defresnois* 2002.1131 ; obs. Jean-Pierre MARGUENAUD, *R.T.D. civ.* 2002.858 ; obs. Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2002.157 ; *G.A.C.E.D.H.* n° 46.

<sup>809</sup> Voir notamment CEDH *Haas c. Suisse*, n° 31322/07, § 55, CEDH 2011 : « Force est de constater que la grande majorité des États membres semble donner plus de poids à la protection de la vie de l'individu qu'à son droit d'y mettre fin. La marge d'appréciation des États est donc considérable dans ce domaine » ; CEDH *Koch c. Allemagne*, n° 497/09, § 70, 19 juillet 2012 : « Les recherches en droit comparé montrent que la majorité des États membres n'autorisent aucune forme d'assistance au suicide (paragraphe 26 ci-dessus et Haas, arrêt précité, § 55). Seuls quatre des États étudiés autorisent les médecins à prescrire une dose létale de médicaments afin de permettre à un patient de mettre fin à ses jours. Partant, les États parties à la Convention sont loin d'avoir atteint un consensus à cet égard, ce qui implique de reconnaître à l'État défendeur une marge d'appréciation considérable dans ce contexte (Haas, arrêt précité, § 55) ; CEDH *Lambert et autres c. France*, n° 46043/14, § 145, 5 juin 2015 : « S'agissant de la question du suicide assisté, la Cour a relevé, dans le contexte de l'article 8 de la Convention, qu'il n'y avait pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe quant au droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin et en a conclu que la marge d'appréciation des États dans ce domaine était « considérable » ».

<sup>810</sup> *Commentaires du ministre* : « le mot *soins* [est utilisé] dans un sens générique pour couvrir toutes espèces d'examens, de prélèvements, de traitements ou d'interventions, de nature médicale, psychologique ou sociale, requis ou non par l'état de santé, physique ou mentale. ».

changement radical de perspective puisqu'elle consacre explicitement la toute puissance de l'autonomie sur le corps<sup>811</sup>. Elle témoigne de la condamnation d'un paternalisme médical qui était devenu intolérable.

En effet, on se souvient que dans la décision rendue dans l'affaire *Parnell c. Springle*, le juge Curan rejette la demande de dommages d'une femme âgée de 22 ans qui s'était vu retirer les ovaires sans son consentement au cours d'une légère opération de l'utérus<sup>812</sup>. On se souvient également, que dans la décision rendue dans l'affaire *Caron c. Gagnon*, le juge Lemieux exonère de sa responsabilité le médecin qui, au cours d'une opération de l'appendicite procède à l'ablation des ovaires d'une femme, en se fondant sur l'autorisation de son mari, au motif que « le médecin qui agit dans les limites de son art, avec la conscience de son opinion et la bonté de son système, n'encourt aucune responsabilité »<sup>813</sup>.

Mais, aujourd'hui, on considère donc, suivant les termes de l'article 10 du *Code civil du Québec*<sup>814</sup>, que l'autonomie se concrétise dans le consentement à l'acte de soin qui a le pouvoir de légitimer l'atteinte à l'intégrité, là aussi il faut constater que le consentement « est donc plus qu'une simple autorisation »<sup>815</sup>. Ainsi, « le droit à la vie, malgré la valeur fondamentale qui lui est accordée, demeure sous le contrôle de la personne qui en jouit »<sup>816</sup>.

---

<sup>811</sup> Voir notamment Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 3<sup>ème</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, à la p. 357, n° 373 : selon les auteurs « l'exigence du consentement aux soins constitue la reconnaissance du fait que la personne apte demeure le seul juge de son intérêt. En vertu du principe de l'autonomie, elle n'a pas à justifier objectivement sa décision, pas plus qu'à décider toujours dans le sens de ce que d'autres estimerait être le meilleur choix pour elle. » (références omises) ; *adde* Mireille D. CASTELLI et Marlène CADORETTE, « L'expérimentation biomédicale et l'inviolabilité de la personne : autodétermination ou protection de l'intégrité physique », (1994) 25 R.G.D. 173.

<sup>812</sup> *Parnell c. Springle* (C.S.), (1899) 5 R. de J. 74.

<sup>813</sup> *Caron c. Gagnon*, (1930) 68 C.S. 155, à la p. 157.

<sup>814</sup> *C.c.Q.*, art. 10 : « Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité. Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé. »

<sup>815</sup> Suzanne PHILIPS-NOOTENS, Pauline LESAGE-JARJOURA et Robert P. KOURI, *Éléments de responsabilité civile médicale – Le droit dans le quotidien de la médecine*, 3<sup>ème</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon-Blais, 2007, EYB2007RCM10.

<sup>816</sup> Sylvain BOURASSA, « Les droits de la personnalité », dans Collection de droit 2015-2016, École du Barreau du Québec, vol. n° 3, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, EYB2015CDD107.

Le droit à l'intégrité physique autorise, de longue date, le droit de refuser des soins. Dans les décisions rendues dans les affaires *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*<sup>817</sup> et *Manoir de la Pointe bleur (1978) inc. c. Corbeil*<sup>818</sup>, les juges ont reconnu le droit pour la personne de refuser toute intervention médicale même si cela pouvait entraîner la mort.

D'ailleurs, au regard de la fin de vie le Québec s'est engagé dans la voie de la légalisation de l'euthanasie avec la *Loi concernant les soins de fin de vie* qui prévoit à son article 26 le droit d'obtenir une aide médicale à mourir<sup>819</sup> et qui entrera en vigueur en décembre 2015. Cette orientation, qui a fait l'objet d'une vive attention doctrinale<sup>820</sup> a été approuvée par la Cour suprême dans la décision rendue dans l'affaire *Carter c. Canada (Procureur général)*<sup>821</sup>, puisque dans cette affaire la Cour suprême a décidé de prononcer l'inconstitutionnalité de l'article 14 du *Code criminel*<sup>822</sup> qui interdisait la pratique.

---

<sup>817</sup> *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, EYB 1992-84012.

<sup>818</sup> *Manoir de la Pointe bleur (1978) inc. c. Corbeil*, EYB 1992-74873.

<sup>819</sup> *Loi concernant les soins de fin de vie*, art. 26 : « Seule une personne qui satisfait à toutes les conditions suivantes peut obtenir l'aide médicale à mourir : 1° elle est une personne assurée au sens de la Loi sur l'assurance maladie (chapitre A-29); 2° elle est majeure et apte à consentir aux soins; 3° elle est en fin de vie; 4° elle est atteinte d'une maladie grave et incurable; 5° sa situation médicale se caractérise par un déclin avancé et irréversible de ses capacités; 6° elle éprouve des souffrances physiques ou psychiques constantes, insupportables et qui ne peuvent être apaisées dans des conditions qu'elle juge tolérables. La personne doit, de manière libre et éclairée, formuler pour elle-même la demande d'aide médicale à mourir au moyen du formulaire prescrit par le ministre. Ce formulaire doit être daté et signé par cette personne. Le formulaire est signé en présence d'un professionnel de la santé ou des services sociaux qui le contresigne et qui, s'il n'est pas le médecin traitant de la personne, le remet à celui-ci. »

<sup>820</sup> *C.f.* notamment Jean Louis BAUDOIN, « Chronique – Situation légale et jurisprudentielle entourant les volontés de fin de vie », *Repère*, mars 1995, La référence, EYB1995REP148 ; Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « La personne en fin de vie : le regard du droit civil du Québec », (2010) 40 *R.D.U.S.* 327 ; Danielle BLONDEAU, « Question de vie et de mort : un débat de société d'abord », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 3 ; Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « Du don de vie au choix de mort », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2102, à la p. 137 ; Michel T. GIROUX, « Dignité, aide médicale à mourir et volontés contemporaines de la personne en fin de vie », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, EYB2014DEV2079.

<sup>821</sup> *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331 ; comp. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

<sup>822</sup> *C.cr.*, art. 14 : « Nul n'a le droit de consentir à ce que la mort lui soit infligée, et un tel consentement n'atteint pas la responsabilité pénale d'une personne par qui la mort peut être infligée à celui qui a donné ce consentement. »



## B. L'accueil de l'autonomie pour autrui

**138. Une nécessité sociale.** Si le souvenir – heureusement persistant – des atrocités commises par Mengele<sup>823</sup> commande les plus grandes précautions dans la mise en œuvre d'opérations relatives à l'intégrité physique dans un cadre médical qui ne sont pas spécifiquement requises par l'état de santé, force est de constater un certain glissement vers la mise en marché du corps humain<sup>824</sup>. Cela étant, la nécessité devenue de plus en plus pressante de poursuivre des recherches sur la personne conduit nos droits à accueillir cette autonomie altruiste.

**139. En France,** les dispositions de l'article 16-1 alinéa 3 du *Code civil* aux termes desquelles « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. » font qu'il « n'est pas – en principe – interdit de disposer de son corps, pourvu que ce soit à titre gratuit »<sup>825</sup> ; sur cette base peuvent être autorisées certaines opérations sur le corps de la personne.

À ce titre, le don d'organe est admis et même incité<sup>826</sup>. Évidemment il ne s'agit pas d'encourager le commerce de *Shylock*, les dispositions du *Code de la santé publique*<sup>827</sup> entourant

---

<sup>823</sup> Cf. Philippe AMIEL et François VIALLA, « La vérité perdue du « code de Nuremberg » : réception et déformations du « code de Nuremberg » en France », *R.D.S.S.* 2009.673.

<sup>824</sup> Voir Bernard EDELMAN, « La recherche biomédicale dans l'économie de marché », *D.* 1991.203, n° 29 : l'auteur exprime « le sentiment que le concept de *santé publique* est peu à peu remplacé par son homologue libéral, à savoir le *marché de la santé* ».

<sup>825</sup> Jean PENNEAU, *Rep.dr.civ.* Dalloz, v° Corps humain – Bioéthique, n° 55.

<sup>826</sup> Voir notamment Nathalie BAILLON-WIRTZ, « Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : le choix d'un relatif statu quo », *R.L.D.C.* 2011.86.37 : l'auteure observe que « Face à la *pénurie* des organes pouvant être transplantés sur des personnes en attente d'une greffe, la loi du 7 juillet 2011 accentue l'effort d'information du public sur la législation relative au don d'organes. » ; *adde.* art. L. 1211-3 C. sant. pub. : « La publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé est interdite. Cette interdiction ne fait pas obstacle à l'information du public en faveur du don d'éléments et produits du corps humain. Cette information est réalisée sous la responsabilité du ministre chargé de la santé, en collaboration avec le ministre chargé de l'éducation nationale. Les médecins s'assurent que leurs patients âgés de seize à vingt-cinq ans sont informés des modalités de consentement au don d'organes à fins de greffe et, à défaut, leur délivrent individuellement cette information dès que possible. » ; et art. L. 312-17-2 C.édu. : « Une information est dispensée dans les lycées et les établissements d'enseignement supérieur sur la législation relative au don d'organes à fins de greffe et sur les moyens de faire connaître sa position de son vivant soit en s'inscrivant sur le

cette pratique sont, fort heureusement, très restrictives. Gratuité<sup>828</sup>, anonymat<sup>829</sup> et finalité médicale<sup>830</sup> sont les éléments indispensables pour que ce pouvoir sur l'intégrité physique, ne connaisse pas de dérives<sup>831</sup>.

De la même manière le « contrat de cobaye »<sup>832</sup> est également autorisé en droit français, témoignant, de manière plus éclatante encore, du pouvoir de disposition de l'individu sur son corps, puisque dans ce cas les conséquences, en plus d'être lourdes, peuvent être imprévisibles. Or, l'orientation libérale du dispositif entourant ce contrat est particulièrement nette<sup>833</sup>. Autrefois entouré de règles particulièrement strictes<sup>834</sup>, ce contrat est devenu au fil des réformes, selon certains, le parangon d'une vision utilitariste de

---

registre national automatisé prévu à l'article L. 1232-1 du code de la santé publique, soit en informant ses proches. Ces séances peuvent associer les personnels contribuant à la mission de santé scolaire ainsi que des intervenants extérieurs, issus notamment des associations militant pour le don d'organes. De même, une sensibilisation au don du sang est dispensée dans les lycées et les établissements d'enseignement supérieur, au besoin avec l'assistance d'intervenants extérieurs. ».

<sup>827</sup> Voir C. sant. pub., art. L.1231-1 – L. 1235-7.

<sup>828</sup> Voir C. sant. pub., art. L.1211-4 al. 1 : « Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits. ».

<sup>829</sup> Voir C. sant. pub., art. L.1211-5 al. 1 : « Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. ».

<sup>830</sup> Voir C. sant. pub., art. L.1211-6 al. 1 : « Les éléments et produits du corps humain ne peuvent être utilisés à des fins thérapeutiques si le risque mesurable en l'état des connaissances scientifiques et médicales couru par le receveur potentiel est supérieur à l'avantage escompté pour celui-ci. ».

<sup>831</sup> Voir Jean-Christophe GALLOUX et Hélène GAUMONT-PRAT, « Droit et libertés corporels », *D.* 2012.308 : les auteurs signalent que la loi de 2011 marque « une rupture profonde avec la logique traditionnelle » en introduisant à l'art. L. 1231-1 C. sant. pub. la possibilité de don d'organe croisé, faisant entrer ainsi la pratique dans la dynamique de l'échange.

<sup>832</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1 « Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple », coll. « Quadrige Manuels », Paris, P.U.F., 2004, à la p. 385, n° 198.

<sup>833</sup> Voir notamment Hugo BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, coll. « Institut de droit des affaires », Préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, à la p. 217, n° 244 : l'auteur affirme que « la liberté est accordée aux individus de devenir des sujets d'expérimentation médicale, c'est-à-dire de mettre en danger leur santé pour le développement de la science par la conclusion d'un contrat d'expérimentation. » (références omises).

<sup>834</sup> Voir Remy CABRILLAC, « Le corps humain », dans Remy CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 21<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 197, à la p. 216, n° 324 : l'auteur souligne que « les dérogations à l'indisponibilité du corps humain ont été multipliées par des lois récentes, manifestation d'un phénomène plus large de recul du sacré sous la pression des progrès de la science et du mercantilisme, à tel point qu'il est aujourd'hui devenu banal de parler de « réification » du corps humain ».

l'Homme qui s'insère dans un marché<sup>835</sup>. Évidemment, là encore, les principes de base demeurent<sup>836</sup> ; pourtant le recours à ce contrat est gouverné par un principe de proportionnalité particulièrement douteux puisque « s'instaure un contrôle de proportionnalité avec des termes sans rapport possible : d'un côté la santé d'une personne, de l'autre l'intérêt de la recherche oblige à mettre en balance l'intérêt des personnes et les intérêts de la science et de la société »<sup>837</sup>. Encore une fois, l'admission de cette pratique témoigne de la possibilité d'exercer le droit à l'intégrité physique.

**140. Au Québec**, sous réserve des dispositions de l'article 541 du *Code civil du Québec* aux termes duquel « Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue. », l'indisponibilité du corps humain n'est pas affirmée<sup>838</sup>. Dans ce contexte, il faut souligner pourtant que les atteintes à l'intégrité physique « dont la légitimité repose sur le caractère altruiste »<sup>839</sup> ont été saisies dès 1973 à la suite de la publication du Rapport de l'Office de Révision du Code Civil sur les Devoirs civils<sup>840</sup>. Les dispositions du *Code civil du Québec* relatives à la matière<sup>841</sup>

---

<sup>835</sup> Cf. notamment Catherine LABRUSSE-RIOU, « Expérimentation humaine et éthique » dans Bernard EDELMAN et Marie-Angèle SANSON-HERMITTE (dir.), *L'Homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgois, 1988, p. 144 ; et Bernard EDELMAN, « La recherche biomédicale dans l'économie de marché », *D.* 1991.203.

<sup>836</sup> Voir *C. sant. pub.*, art. L. 1121-1 à L.1121-17.

<sup>837</sup> Hugo BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, coll. « Institut de droit des affaires », Préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011 à la p. 218, n° 245 ; *adde C. sant. pub.*, art. L. 1121-2 al. 2 : « L'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche biomédicale prime toujours les seuls intérêts de la science et de la société. ».

<sup>838</sup> Voir notamment Marie-Ève ARBOUR et Mariève LACROIX, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 231, à la p. 260 : les auteures observent que « [e]n droit civil classique, l'inviolabilité de la personne sous-tend que le corps humain, qui se confond avec la personne, bénéficie de la protection accordée à celle-ci bien qu'il ne soit que le support de l'homme, son signalisateur. Par essence, le corps est distinct de la chose. Étant indisponible et hors commerce, il ne peut, en principe, faire l'objet de conventions ni être susceptible d'appropriation. Or cette vision de la corporalité humaine ne reflète plus la réalité quotidienne où le corps humain se meut en un objet scientifique ou même un produit du marché ».

<sup>839</sup> Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5<sup>ème</sup> éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2014, à la p. 164, n° 143.

<sup>840</sup> OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur la reconnaissance de certains droits concernant le corps humain*, Montréal, 1971, à la p. 1 : il est souligné que « [l]es progrès spectaculaires de la science médicale en particulier invitent le législateur à tracer les cadres juridiques dans lesquels ils devraient se poursuivre » ; *adde* W. F. BOWKER, « Experimentation on Humans and Gifts of Tissues : Article 20-23 of the Civil Code », (1973) 19 *R.D. McGill* 161.

s'inscrivent dans le prolongement des orientations qui avaient été retenues alors, en ce qu'elles consacrent d'une part, l'autonomie de la personne, et d'autre part, la gratuité qui se veulent un rappel « que donateurs et sujets de recherche sont des personnes sociales et non de simples corps biologiques »<sup>842</sup>. Évidemment, de telles pratiques sont là aussi très strictement encadrées<sup>843</sup>. Pourtant, il n'en demeure pas moins qu'elles relèvent ultimement de l'autonomie de la personne, comme le révèlent les nombreux débats entourant le possible consentement du mineur et du majeur inapte à ce type de projet<sup>844</sup>. Il n'est donc pas sérieusement contestable qu'elles révèlent, elles aussi, l'existence du pouvoir sur le corps.

## § II – *Le développement de l'autonomie corporelle hors contexte médical*

**141. L'autonomie corporelle au quotidien.** Bien que cela n'apparaisse pas immédiatement comme une évidence, le pouvoir sur le corps ne s'évanouit pas une fois passées les portes du cabinet médical. De très nombreux contrats parmi les plus courants portent directement sur le corps. Certes, face aux enjeux de la médecine moderne de telles conventions peuvent paraître bénignes. Pourtant, elles demeurent à nos yeux significatives du pouvoir de disposer de son propre corps, qu'il s'agisse d'en maîtriser l'aspect extérieur (A.) ou de disposer des fruits qu'il produit (B.).

### A. La maîtrise de l'aspect extérieur du corps

---

<sup>841</sup> *C.c.Q.*, art. 17 à 25.

<sup>842</sup> Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5<sup>ème</sup> éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2014, à la p. 164, n° 143.

<sup>843</sup> Cf. Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 3<sup>ème</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, à la p. 507 et suiv., n° 564 et suiv.

<sup>844</sup> Cf. notamment Emmanuelle LÉVESQUE, « Les exigences légales entourant le consentement dans la recherche avec des enfants et des adultes inaptes : une piste de solution aux difficultés posées par les articles 21 et 24 », (2006) 51 *R.D. McGill*. 385 ; et Julie SAMUEL, Richard ALEMDJRODO et Bartha M. KNOPPERS, « Les droits de l'enfant et la thérapie génique : les enjeux éthiques et les particularités de l'article 21 du *Code civil du Québec* », (2006) 66 *R. du B.* 183.

**142. L’emprise du contrat sur l’apparence du corps.** Parce qu’elle dispose par principe de la maîtrise de son apparence physique<sup>845</sup>, la personne peut faire subir à son corps certains traitements destinés à transformer son apparence qui, s’ils restent bénins, n’apparaissent que rarement dans le champ du droit<sup>846</sup>. Ainsi, pour se raser, se maquiller, se couper les cheveux ou les ongles, la personne peut passer des contrats qui mettent en jeu son intégrité physique. Malgré l’intervention d’un tiers, ce type de pratique, nous semble relever par excellence de la relation de soi à soi<sup>847</sup>.

Tout au plus, en droit français, on observe que lorsque l’activité emporte une dangerosité sanitaire particulière, comme c’est le cas relativement au tatouage et au perçage corporel, il est imposé à celui qui offre ses services de se soumettre à un corps de règles spéciales<sup>848</sup>. Mais, au Québec, seule la doctrine s’est montrée réservée – quoique très prudemment – sur la pratique du tatouage<sup>849</sup>, et, à notre connaissance, aucune réglementation n’entoure les activités de perçage et de tatouage dans la province.

Il y a là, à nos yeux, une manifestation plus révélatrice qu’en apparence du pouvoir du contrat sur le corps. D’ailleurs, il est significatif d’observer que l’art tente de s’emparer précisément de ce pouvoir pour questionner le rapport du droit à l’exploitation

---

<sup>845</sup> Voir Philippe DUBOIS, *Le physique de la personne*, Préf. G. CORNU, Paris, Économica, 1986, à la p. 91, n° 124 et suiv : pour l’auteur « [c]’est naturellement que la maîtrise de l’apparence physique revient au sujet : c’est d’abord à lui qu’il appartient de toucher son apparence, ou de ne pas y toucher. C’est aussi exclusivement à lui qu’elle revient : c’est un monopole naturel. Comme l’apparence physique est un élément du corps humain, la nature juridique de la relation que la personne entretient avec son apparence est identique à celle qu’elle entretient avec l’ensemble de son corps. » (références omises).

<sup>846</sup> Voir Isabelle MOINE, *Les choses hors commerce – une approche de la personne humaine juridique*, Préf. E. LOQUIN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1997, à la p. 140, n° 203 : l’auteure relève que si l’atteinte au corps « n’est pas spécialement interdite par la loi, elle est permise [...]. Les atteintes normales sont permises à cette condition (coupe de cheveux, d’ongles, soins corporels de toute nature, relations [...]) ».

<sup>847</sup> Voir notamment Hugo BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, coll. « Institut de droit des affaires », Préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, à la p. 141 et suiv., n° 155 et suiv. : l’auteur démontre comment « [l]e droit ne peut s’immiscer dans la relation de soi à soi, mais seulement dans la relation de soi à autrui. ».

<sup>848</sup> Cf. C. sant. pub., art. R 1311-1 et suiv.

<sup>849</sup> Voir Albert MAYRAND, *L’inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975, n° 18, à la p. 24 : « Cette pratique bizarre est cependant tellement répandue qu’on hésiterait à dire, faute de réglementation, que le tatouage commercial constitue dans tous les cas une atteinte à la dignité de la personne humaine ».

des personnes<sup>850</sup>. À cet égard, chacun aura en mémoire la décision rendue par le Tribunal de grande instance de Paris en 1969. Confrontée à une convention dans laquelle, une jeune fille mineure, s'engageait auprès d'un cinéaste, à se faire tatouer sur les fesses une Tour Eiffel avec une rose, pour ensuite se faire retirer le lambeau de peau par un chirurgien, les juges n'hésitent pas à prononcer une nullité fondée à la fois sur l'illicéité, l'immoralité et la contrariété à l'ordre public<sup>851</sup>.

## B. La libre disposition des fruits du corps

**143. Les produits du corps humain peuvent-ils faire l'objet de cessions valides ?** Le doute n'est pas permis en ce qui concerne le principe. En France, l'article 16-5 du *Code civil* disposant que « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles » ; et Au Québec, on sait que en vertu des dispositions de l'article 19 alinéa 1 du *Code civil du Québec* « Une

---

<sup>850</sup> Voir André BELANGER, « Du spécialiste au dilettante, quel juriste doit produire le discours juridique ? Trois exemples d'analyse interdisciplinaires relatifs à la théorie contractuelle », (2011) 52 *C. de D.* 497, à la p. 512 et suiv. : l'auteur rapporte le travail de l'artiste Santiago Sierra, selon lui « dans la performance *Une ligne de 160 cm tatouée sur 4 personnes*, les limites de l'ordre public contractuel sont repoussées et quelque peu chamboulées par la cause *artistique* de l'entente, cause artistique qui pourrait potentiellement ouvrir le champ des possibles en la matière. L'entente contractuelle, conclue à l'El Gallo Arte Contemporáneo à Salamanque en Espagne en décembre 2000, prévoyait qu'une ligne noire mesurant 160 cm soit tatouée sur le dos de quatre prostituées dépendantes de l'héroïne. Il n'est pas sans intérêt de souligner ici que le prix attribué en échange de ce service était de 12 000 pesetas, soit le prix d'une dose d'héroïne, alors qu'une fellation rapportait en général de 2 000 à 3 000 pesetas à ces prostituées. Le support vidéo montre les quatre femmes assises, torse nu, dos à la caméra, riant, discutant et fumant, tandis que s'exécute l'artiste tatoueuse habillée en rouge pour marquer l'agression physique en faisant ressortir l'apparition du sang qui découle de l'intervention. Sporadiquement, deux hommes habillés de vêtements sombres apparaissent à l'écran avec un ruban à mesurer pour contrôler l'évolution du processus, tout en prenant des photographies. Il va sans dire que toute cette mise en scène contractuelle contribue à exacerber les divers rapports de force qui sous-tendent la performance: hommes-femmes, prostituées- clients, employeurs-employés, dominants-dominés, etc. Sierra, en exhibant de la sorte des individus qui, en raison de besoins financiers criants, acceptent de se faire marquer à vie, fait ressortir l'absence de choix véritable chez certaines couches défavorisées de la population. Évidemment, en présentant de tels actes à titre de spectacles, en exposant l'exécution contractuelle dans les musées et les institutions artistiques, Sierra soulève les questions délicates qui découlent de l'exploitation indirecte mais inévitable des institutions et des spectateurs qui sont placés devant leur situation d'exploiteurs et de voyeurs en position de force. » (Références omises).

<sup>851</sup> T.G.I. Paris, 3 juin 1969, *D.* 1970.jur.136 : note J. P., *D.* 1970.jur. 136 ; obs. Yvon LOUSSOUARN, *R.T.D. civ.* 1970.346.

personne majeure, apte à consentir, peut aliéner entre vifs une partie de son corps pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer. ». De ces dispositions découlent l'autorisation des dons d'organes ou de matériel reproductif. Mais plus avant, en France, l'usage autorise la cession des produits du corps humain assimilables à des fruits<sup>852</sup>. Il en va ainsi de « la cession à titre onéreux d'éléments tels que la chevelure ou le lait maternel »<sup>853</sup>. À ce titre, on admet que les cheveux, les ongles ou encore les poils, bénéficient de l'exception de l'article L. 1211-8 du *Code de la santé publique* relativement l'indisponibilité des éléments du corps humain<sup>854</sup>. Quant au lait maternel son régime juridique semble plus flou dès lors que la pratique est marginale en France<sup>855</sup> mais sa cession lorsqu'elle était pratiquée couramment ne posait pas de difficultés<sup>856</sup>. Dans ces cas, d'ailleurs, le caractère minimal des conséquences qui peuvent en résulter suffit à justifier l'admission de ces pratiques. Au Québec, à notre connaissance, aucune disposition spécifique<sup>857</sup>, n'encadre de tels actes : on observe simplement que dans la

---

<sup>852</sup> Cf. André DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits de la personne*, Préf. G. LEVASSEUR, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1960, à la p. 31, n° 39 : selon l'auteur « [o]n admet communément que le lait est en quelque sorte un fruit du corps humain et par conséquent, un objet de commerce. » (références omises).

<sup>853</sup> Éric GARAUD, *Lamy droit du contrat*, v° *Etude 245 - La violation d'un droit fondamental*, n° 245-37.

<sup>854</sup> Voir Christophe JAMIN, « Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *R.T.D. civ.* 1994.934 : l'auteur observe que « [l]e livre VI du code de la santé publique [...] commence par l'affirmation de principes qui sont censés compléter ceux du code civil (art. L. 665-10), tout en ne s'appliquant pas à certains produits qu'il est d'usage de ne pas soumettre à un tel dispositif (art. L. 665-16 ; on songe ici aux cheveux, aux ongles, etc.). ».

<sup>855</sup> Voir Martine HERZOG-EVANS, « Aspects juridique de l'allaitement maternel en France », *R.D.S.S.* 2001.203 : l'auteure observe que « notre société ne plaçant guère l'allaitement au centre de ses préoccupations, le législateur n'a jamais éprouvé la nécessité de le faire figurer dans une disposition quelconque. ».

<sup>856</sup> Voir cependant Michelle GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *R.T.D. civ.* 1992.489 : l'auteur remarque à propos des nourrices du XIXe siècle que « [s]i le principe de l'indisponibilité du corps avait existé, cet exemple en constituerait au moins une exception non négligeable. On sait, au surplus, que les seules protections mises en place l'ont été en considération de la santé des enfants, (celui de la nourrice elle-même et celui en nourrice) et non pas par souci de l'intégrité physique de la femme. Il est vrai que l'on peut faire valoir, pour expliquer ce transfert de protection, que le lait humain n'est pas le corps humain. ».

<sup>857</sup> Cf. cependant *Règlement sur les salons de coiffure*, R.R.Q. 1981, c Q-2, r 22 (abrogé), qui imposait aux termes de son art. 7 al. 3 que « Dans les municipalités de 5 000 âmes et plus, tout salon de coiffure doit être pourvu d'un évier spécialement destiné au lavage des cheveux des clients. », et aux termes de son art. 18 « Les rasoirs, ciseaux, peignes, brosses, blaireaux, pots à barbe, pincettes à comédons

décision rendue dans l'affaire *S.A. c. P.T.*, le juge Moulin refuse, notamment sur le fondement de l'art. 10 du *Code civil du Québec*<sup>858</sup> d'accéder à la demande d'un père qui souhaitait contraindre la mère de son enfant à lui fournir du lait maternel<sup>859</sup>.

\* \* \*

**144. Conclusion de la Section I.** Pour le meilleur et pour le pire, le droit à l'intégrité physique, le premier de tout les droits, peut-être même le plus absolu de tous, peut entrer dans le contrat à mesure que la personne se saisit de son corps. Le droit français et le droit québécois n'y font pas obstacle. Évidemment, la contractualisation croissante des pratiques médicales en apporte le témoignage le plus significatif, puisqu'à travers la mise en valeur du consentement à l'acte médical c'est l'autonomie vitale qu'il s'agit tout à la fois de consacrer et de protéger. À un autre niveau, le relatif désintérêt de nos droits pour la protection de l'intégrité du corps au sortir du cabinet médical montre bien que dans la vie quotidienne aussi il peut s'affirmer comme un objet.

\* \*

\*

---

ou pour épilation, limes à ongles, bâtons et tout autre instrument ou ustensile en usage dans le salon doivent être nettoyés, puis immergés dans de l'eau strictement bouillante avant de les employer pour un autre client. Mais lorsqu'il s'agit d'un client suspect, c'est-à-dire toute personne tombant sous le coup de l'article 10, chaque instrument utilisé doit être immergé pendant 1 heure dans une solution antiseptique: soit le formol à 1 %, l'izal à 1 %, le crezil jeyes à 3 %, soit toute autre solution antiseptique approuvée par le ministre de l'Environnement et de la Faune. ».

<sup>858</sup> *C.c.Q.*, art. 10 : « Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité. Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé. ».

<sup>859</sup> *S.A. c. P.T.*, [2004] R.D.F. 447, para. 18 : « Pour qu'il puisse sortir l'enfant, Monsieur demande que Madame lui fournisse du lait maternel. Pour ce faire, elle devra évidemment s'en tirer. Or, le fait pour une femme de tirer son lait constitue un geste tellement intime, qu'il ne peut dépendre que de sa volonté. Le corps de la femme lui appartient. Elle seule devrait décider ce qu'elle fait de son lait. ».



## Section II – Le pouvoir d’administrer la vie privée par contrats

**145. Le constat du développement de la protection de la vie privée.** À mesure que son domaine se rétrécit, la vie privée s’affirme. Ainsi, en France, elle bénéficie des plus hauts honneurs, elle est à la fois protégée par l’article 9 alinéa 1 du *Code civil* qui dispose que « Chacun a droit au respect de sa vie privée. », par l’article 8(1) de la *Convention européenne* aux termes duquel « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. », et déduite de l’article 2 de la *Déclaration des droits de l’Homme* par la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>860</sup>. Au Québec, elle bénéficie pareillement de nombreux appuis, elle est visée dès l’article 3 du *Code civil du Québec* selon lequel « Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l’inviolabilité et à l’intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée. »<sup>861</sup>, elle est aussi protégée par la *Charte québécoise* à l’article 5 selon lequel « Toute personne a droit au respect de sa vie privée. », et déduite par la jurisprudence de l’article 8

---

<sup>860</sup> Voir notamment Cons. Const., 23 juillet 1999, n° 99-416 D.C., *Rec. Cons. Const.* p. 100 : « Considérant qu’aux termes de l’article 2 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l’oppression. » ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée » ; *adde* Cons. Const., 10 juin 2009, n° 2009-580 D.C., *Rec. Cons. Const.* p. 107 ; Cons. Const., 16 septembre 2010, n° 2010-25 Q.P.C., *Rec. Cons. Const.* p. 220 ; Cons. Const., 22 mars 2012, n° 2012-652 D.C., *Rec. Cons. Const.* p. 158 ; Cons. Const., 4 décembre 2013, n° 2013-679 D.C., *Rec. Cons. Const.* p. 1060.

<sup>861</sup> Voir également C.c.Q., art. 35 et suiv.

de la *Charte canadienne*<sup>862</sup>. Placée sous de tels auspices elle est « un trait de la civilisation contemporaine »<sup>863</sup>.

**146. La vie privée sur la place publique**<sup>864</sup>. Les droits rattachés à la vie privée quelle que soit la qualification qu'on leur attache – et dans une mesure plus ou moins extensive<sup>865</sup> – s'inscrivent résolument et de longue date dans la sphère de pouvoir des individus<sup>866</sup>. Les contrats portant sur tel ou tel aspect de la vie privée sont légion<sup>867</sup>. Il suffit de penser aux

---

<sup>862</sup> Voir notamment *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, para. 15 : « Cet arrêt traite spécifiquement de l'art. 8. Il souligne qu'un objet important, mais non nécessairement le seul, de la protection constitutionnelle qu'offre l'art. 8 contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives est la protection de la vie privée des particuliers [...]. Et ce droit, à l'instar des autres droits garantis par la *Charte*, doit recevoir une interprétation large et libérale, de manière à garantir au citoyen le droit d'être protégé contre les atteintes du gouvernement à ses attentes raisonnables en matière de vie privée. » ; *adde Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 159 et *R. c. Patrick*, [2009] 1 R.C.S. 579, para. 11 ; *adde* Benoit PELLETIER, « La protection de la vie privée au Canada », (2001) 35 *R.J.T.* 485.

<sup>863</sup> Bernard BEIGNIER, *Le droit de la personnalité*, coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 1995, à la p. 8.

<sup>864</sup> Voir Bernard BEIGNIER, « Vie privée et vie publique », dans *Le privé et le public*, Archives de la philosophie du droit t. 41, Paris, Sirey, 1997, p. 163, à la p. 170 : l'auteur observe à propos de vie privée que « la plus profonde mutation de cette notion, depuis quelques années, tient à ce qu'elle est désormais un droit à l'existence personnelle. Il ne s'agit plus du jardin secret mais de la place publique. ».

<sup>865</sup> Voir notamment François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil – Les personnes*, 8<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2011, à la p. 119 et suiv, n° 109 : les auteurs s'interrogent « Qu'est ce qui relève de la vie privée ? La délimitation est d'autant plus délicate que certaines données fort personnelles servent aussi à identifier la personne dans la société, à permettre de l'individualiser. » ; et Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5<sup>ème</sup> éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2014, à la p. 206, n° 175 : selon les auteurs « [l]a notion de vie privée est élastique et difficile à définir. » (références omises) ; *adde The Gazette c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 : la vie privée représente une « constellation de valeurs concordantes et opposées de droits solidaires et antagonistes, d'intérêts communs et contraires » évoluant avec le temps et variant d'un milieu culturel à un autre. » (références omises).

<sup>866</sup> Comp. E. H. PERREAU, « Des droits de la personnalité », *R.T.D. civ.* 1909.501, à la p. 517 : l'auteur constate « [r]igoureusement parlant, les droits de la personnalité, placés hors commerce, sont incessibles, ou, d'une façon plus générale, insusceptibles de convention, ou un peu plus largement encore, hors des atteintes de la volonté humaine. Ceci, c'est la théorie ; mais en pratique rien n'eût été plus fâcheux [...]. Constamment dans la vie journalière interviennent des ententes relatives aux droits de la personnalité. Sans être aussi nombreuses que les conventions d'ordre pécuniaire, elles sont cependant très fréquentes » ; *contra* Jeremy ANTIPPAS, « Propos dissidents sur les droits dits « patrimoniaux » de la personnalité », *R.T.D. com.* 2012.35.

<sup>867</sup> Voir notamment Grégoire LOISEAU, « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », (1997) 42 *R.D. McGill* 319, à la p. 328 : l'auteur affirme « qu'à mesure que l'idée d'une protection de la personnalité humaine s'enracine et prend corps sous la forme de droits subjectifs, ces derniers so[nt] finalement récupérés pour servir des fins mercantiles. ».

contrats relatifs à l'image pour s'en convaincre, pourrait-on vraiment la soustraire au pouvoir de la volonté de la personne ? Une telle démarche semblerait bien hasardeuse dans nos sociétés. Alors, précisément à partir de l'image, on en vient à se demander s'il ne faudrait pas reconnaître une dimension patrimoniale aux droits attachés à la vie privée<sup>868</sup>. Telle n'est pas notre interrogation. Pourtant, un constat s'impose, les droits qui y sont attachés peuvent faire l'objet de contrats. Nos droits permettent ainsi une gestion contractuelle de l'intimité (§ I), et plus avant, l'exploitation contractuelle de l'extimité (§ II).

### *§ I – La gestion contractuelle de l'intimité*

**147. Le contrat dans la sphère de l'intimité.** Certains droits fondamentaux semblent relever de la stricte intimité parce qu'ils sont directement attachés à l'idée « de pouvoir vivre sa vie »<sup>869</sup>. Or, même dans ces domaines essentiels le pouvoir du contrat sur les droits fondamentaux semble pouvoir s'exprimer. Il en va ainsi notamment en matière de choix du domicile (A.), et en matière de liberté de religion (B.).

#### **A. Le choix du domicile par contrat**

**148. Un foyer de vie.** Considérant l'importance du domicile au regard de la vie familiale, on s'attendrait à ce que nos droits fassent preuve d'une sévérité implacable face aux prétentions d'une partie de se prévaloir de l'accord de son cocontractant pour exercer un pouvoir sur le choix de son domicile. Or, si des stipulations, qui autoriseraient un tel pouvoir, font incontestablement l'objet d'une suspicion légitime, elles sont loin de tomber sous le coup d'une prohibition absolue ni en France ni au Québec.

---

<sup>868</sup> Cf. notamment Emmanuel GAILLARD, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.* 1984.161 ; et Denis ACQUARONE, « L'ambiguïté du droit à l'image », *D.* 1985.129.

<sup>869</sup> Bernard BEIGNIER, « Vie privée et vie publique », dans *Le privé et le public*, Archives de la philosophie du droit t. 41, Paris, Sirey, 1997, p. 163, à la p. 170.

**149.** En France, on observe une méfiance importante à l'égard des clauses qui pourraient permettre qu'une atteinte soit portée à la liberté de choix du domicile<sup>870</sup>. Ainsi le droit au respect du domicile implique en principe la liberté de le choisir, c'est en substance l'affirmation de la chambre sociale de la Cour de cassation dans la décision qu'elle a rendue le 12 janvier 1999 aux termes de laquelle « 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. »<sup>871</sup>. Cependant, une telle affirmation doit se concilier avec la jurisprudence relative aux clauses de mobilité. En effet, la jurisprudence semble faire preuve d'une plus grande tolérance à leur égard, leur mise en œuvre s'affirmant comme une simple modification des conditions de travail exposant, en cas de refus de s'y soumettre, au licenciement<sup>872</sup>.

**150.** Au Québec, le choix du domicile par le salarié fait l'objet d'une jurisprudence assez peu lisible. En effet, on se souvient que dans la décision rendue dans l'affaire *Omens Illinois Canada Inc. c. Boivin*, la Cour d'appel du Québec a admis que le refus d'un salarié de se soumettre à une clause de transfert de domicile s'analysait comme une résiliation unilatérale

---

<sup>870</sup> Voir notamment Voir Jean-Pierre GRIDEL, « Les droits fondamentaux du contractant au quotidien sont l'objet d'une attention prétorienne renouvelée », dans Sarah BROS et Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Paris/Aix-en-Provence, Economica, 2010, p. 195, à la p. 204 : l'auteur relève qu'une « défiance particulière affecte les clauses relatives à l'habitat, celles qui exigent du salarié qu'il fixe son domicile ou sa résidence en un lieu ou un secteur géographique déterminé.

<sup>871</sup> Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, *Bull. civ. V*, n° 7 : note Éric GARAUD, *R.J.P.F.* 1999.3.8 ; note Bernard GAURIAU, *L.P.A.* 1999.64.10 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 1999.358 ; obs. Thibault LAHALLE, *J.C.P. G.* 1999.I.181 ; obs. Jean-Pierre MARGUENAUD et Jean MOULY, *D.* 1999.645 ; obs. Jacques MESTRE, *R.T.D. civ.* 1999.395 ; Jean-Emmanuel RAY, *Dr. soc.* 1999.287.

<sup>872</sup> Voir notamment Cass. soc., 28 février 2001, n° 97-45.545, *Bull. civ. V*, n° 64 : selon la Cour de cassation : « la cour d'appel, après avoir constaté que l'employeur ne s'était pas contenté d'observer le délai de prévenance prévu à la clause mais avait avisé à l'avance le salarié de son déplacement pour lui permettre de s'organiser, a pu décider que le refus délibéré et injustifié du salarié d'obéir à l'ordre qui lui était donné, rendait impossible son maintien dans l'entreprise pendant la période de préavis et caractérisait une faute grave » ; *adde* Cass. soc., 12 février 2002, n° 99 45-610, *Inédit* : selon la Cour de Cassation « a cour d'appel qui a constaté, par motifs propres et adoptés, que la proposition de mutation faite au salarié était conforme à l'intérêt de l'entreprise, portait sur un poste d'une importance équivalente à celui qu'il occupait et entraînait dans le cadre du contrat de travail qui prévoyait une clause de mobilité géographique, a pu décider, que le refus du salarié de rejoindre son nouveau poste constituait une faute grave. ».

du contrat de travail<sup>873</sup>. Mais dans la décision rendue dans l'affaire *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, la même juridiction a conclu à la nullité du licenciement fondée sur le non respect d'une clause analogue, en arguant notamment des conséquences pour la famille du licencié d'une telle clause<sup>874</sup>. Cette saga aurait pu arriver à son terme avec l'affaire *Godbout c. Longueuil (Ville)*. En l'espèce, rappelons-le, il s'agissait d'apprécier la validité d'une clause de domiciliation insérée dans un contrat de travail liant un employé à une municipalité. La Cour d'appel a unanimement condamné une telle clause<sup>875</sup>. Le juge Baudouin, auteur de l'opinion principale, même s'il admet que les parties peuvent convenir d'aménager dans le contrat la liberté de domicile, rejette cette possibilité pour une clause non négociée, et considère ici qu'elle est contraire à l'ordre public<sup>876</sup>. La Cour suprême, elle aussi semble reconnaître l'existence d'une faculté de consentir à une atteinte au droit à la vie privée, mais décide, à la suite de la Cour d'appel, que les conditions ne sont pas réunies en l'espèce pour conclure qu'elle a été utilisée<sup>877</sup>. De ces décisions on peut retenir que le pouvoir de

---

<sup>873</sup> *Owens Illinois Canada Inc. c. Boivin*, [1988] R.L. 494, para. 29 : selon la Cour « In the circumstances as revealed by the record, few of which are controverted, I would conclude with respect for the contrary opinion, that Respondent, perhaps ill advisedly, unilaterally terminated his contract of employment with Appellants by refusing to comply with a reasonable request of his employer for the continuing fulfilment by him of the terms and conditions of that contract. This decision was in no way inadvertant, the consequences of non-compliance with the employer's request, reasonable in all the circumstances, were clearly established well in advance of the decision reached by Respondent. ».

<sup>874</sup> *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.Q.) : pour le juge Baudouin « Congédier l'intimé pour ne pas avoir respecté l'obligation contractuelle qui lui était faite de déménager sa famille et d'obliger celle-ci à résider à Montréal, est l'équivalent de le congédier parce qu'il est marié, la règle ne s'appliquant ni au divorcé, ni au séparé, ni apparemment à celui vivant en union libre. Le congédiement se fonde donc bel et bien sur son état civil d'homme marié et l'acte est discriminatoire puisque les autres employés d'un état civil différent ne sont pas assujettis, selon la preuve, à cette règle. ».

<sup>875</sup> *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.Q.).

<sup>876</sup> *Id.* : selon le juge Baudouin « il doit être aussi loisible à cet employé de renoncer librement à l'exercice de cette liberté » ; *addé* Paul-Arthur GENDREAU, « Le juge Jean-Louis Baudouin, les Chartes et le Code civil – Une illustration : la protection de la vie privée », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 1129, à la p. 1130 et suiv.

<sup>877</sup> *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, para. 71 : selon le juge Major « en supposant qu'il soit légitimement possible de renoncer au droit de choisir le lieu où l'on veut vivre, les faits en cause n'autorisent pas à conclure qu'il y a eu renonciation en l'espèce

restreindre la liberté de choisir son domicile existe bien mais que les conditions pour conclure à son existence sont particulièrement strictes<sup>878</sup>.

## B. La contraignabilité de la liberté religieuse

**151. Un choix de vie.** Le retour du religieux sur le devant de la scène juridique en France<sup>879</sup> et au Québec<sup>880</sup> est patent. De plus en plus d'affaires en sont le révélateur. Il semble que nos deux droits adoptent des attitudes sensiblement différentes dans le traitement de ce type de contentieux : en France, très souvent, le juge se fera gardien de la « laïcité »<sup>881</sup> contractuelle ; au Québec le juge semble plus enclin à prendre en considération la religion à différents niveaux.

**152. En France,** il apparaît dans une large mesure que la religion ne peut pas franchir les portes du contrat. Évidemment, dans la décision rendue dans l'affaire des cabanes, la Cour de cassation conclut que la liberté de religion ne peut entraîner la violation des

---

<sup>878</sup> Voir Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire – 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 99, à la p. 107 : l'auteur suggère que ce pouvoir pourrait être monnayable et que si une contrepartie financière était prévue on pourrait conclure à la validité de telles clauses ; *adde Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 R.C.S. 670, para. 93 : ici la Cour suprême affirme que la question du libre choix du domicile est encore une question irrésolue.

<sup>879</sup> Cf. notamment Valerie LASSERRE, « Droit et religion », *D.* 2012.1072 ; et Pierre GANNAGE, « Le juge civil face aux droits religieux », dans *De tous horizons – Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 247.

<sup>880</sup> Cf. notamment Sébastien GRAMMOND, « Conception canadiennes et québécoises des droits fondamentaux et de la religion : convergence ou conflit ? », (2009) 43 *R.J.T.* 83 ; Benoit MOORE, « A la volonté de Dieu ou des contractants ? Commentaire sur l'affaire *Marcovitz c. Bruker* », (2009) 43 *R.J.T.* 219 ; *adde* Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009 ; Pierre BOSSET et Paul EID, « Droit et religion », (2007) 41 *R.J.T.* 513 ; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Du crucifix au kirpan : quelques remarques sur l'exercice de la liberté de religion dans les établissements scolaires », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, *Développement récents en droit de l'éducation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002.

<sup>881</sup> Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, « Les pratiques dictées par les convictions religieuses », *R.T.D. civ.* 2003.290.

dispositions du règlement de copropriété<sup>882</sup>. Pourtant, à cet égard il semble que d'autres formulations soient plus révélatrices. Ainsi, dans la décision rendue dans l'affaire des digicodes, l'affirmation selon laquelle « les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique »<sup>883</sup>, apparaît plus révélatrice. D'ailleurs, la volonté de faire prévaloir une forme de laïcité contractuelle est évidente au regard du contentieux dans la l'affaire dite *Baby-Lou*. On se souvient que dans cette affaire est en cause le licenciement d'une salariée d'une crèche au motif qu'elle refuse d'enlever son voile, en contradiction avec les dispositions du règlement intérieur de la crèche. Or, très précisément la Cour de cassation, qui avait une première fois censuré ce licenciement notamment en raison de l'affirmation selon laquelle le règlement aurait été trop imprécis<sup>884</sup>, a été amenée à se prononcer une nouvelle fois par la voie de l'assemblée plénière et elle a énoncé que « la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et

---

<sup>882</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ.* III, n° 140 : note Charles AMSON et Daniel AMSON, *Gaz. Pal.* 2006.340.12 ; note Christian ATIAS, *D.* 2006.2887 ; obs. Pierre CAPOULADE, *A.J.D.I.* 2007.311 ; note Thierry DUBAELE, *R.L.F.* 2006.355 ; note Dominique FENOUILLET, *L.P.A.* 2006.133.9 ; note Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2006.722 ; note Hugues PÉRINET-MARQUET, *J.C.P. N.* 2006.2379 ; obs. Emmanuel PUTMAN, *R.J.P.F.* 2006.10 ; obs. Anne-Sophie RACT et Charles AMSON, *Gaz. Pal.* 2007.159.2 ; obs. Julien RAYNAUD, *A.J.D.I.* 2006.609 ; note Jean-Baptiste SEUBE et Thierry REVET, *Dr. et Pat.* 2007.161.82 ; note Guy VIGNERON, *Loyers et Copropriété* 2006.9.22.

<sup>883</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 décembre 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262 : obs. Nicolas DAMAS, *D.* 2004.844 ; note Eric GARAUD, *R.J.P.F.* 2003.4.9 ; concl. Olivier GUÉRIN et obs. Yves ROUQUET, *A.J.D.I.* 2003.182 ; note Gwendoline LARDEUX, *R.D.C.* 2004.348 ; obs. Rémy LIBCHABER, *R.T.D. civ.* 2003.575 ; note Grégoire LOISEAU, *Dr. et Pat.* 2003.117.85 ; obs. Astrid MARAIS, *R.D.C.* 2003.220 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2003.383 ; obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, *R.T.D. civ.* 2003.290 ; obs. Judith ROCHFELD, *R.D.C.* 2004.231 ; *G.A.J.C.* 2, n° 274.

<sup>884</sup> Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Bull. civ.* V, n° 75 : note Bernard ALDIGÉ, *D.* 2013.14.956 ; note Florence CANUT, *R.L.D.A.* 2013.83.49 ; note Damine CHENU et Katarzyna PFEIFER-CHOMICZEEWSKA, *R.J.P.F.* 2013.7.14 ; note Joël COLONNA et Virginie RENAUX-PERSONNIC, *Gaz. Pal.* 2013.158.13 ; note Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *J.C.P. G.* 2013.935 ; note Emmanuel DOCKÈS, *Dr. soc.* 2013.388 ; note Jean-David DREYFUS, *A.J.D.A.* 2013.1069 ; note Julien FICARA, *Gaz. Pal.* 2013.114.5 ; note Jean MOULY, *D.* 2013.963 ; obs. Henri PESCHAUD, *L.P.A.* 2013.127.7.

proportionnée au but recherché »<sup>885</sup>. On voit bien ici que la Cour de cassation témoigne du souci de faire prévaloir la neutralité du contrat de travail à l'égard de la religion.

**153.** Au Québec, il semble que le juge adopte une attitude plus discrétionnaire dans le traitement des contrats mettant en jeu la religion. Ainsi, dans la décision rendue dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, les juges avaient décidé de mettre en avant la religion au détriment du règlement de copropriété ; cela étant, les juges ne se sont pas prononcés sur la possibilité d'apporter des aménagements à la religion par le contrat<sup>886</sup>. Mais dans une perspective sensiblement différente il faut se souvenir de la décision rendue dans l'affaire *Bruker c. Marcovitz*. En effet, dans cette affaire on sait que, des époux, de confession juive, M. Marcovitz et Mme Bruker, suite à une procédure de divorce, conviennent dans une entente homologuée par un tribunal des mesures accessoires à leur séparation. L'une des clauses de cette entente prévoit que M. Marcovitz s'engage à remettre à Mme Bruker le *get*, lequel permettrait à Mme Bruker de se remarier conformément aux prescriptions de la religion juive. Malgré cette entente, M. Marcovitz ne remet le *get* à Mme Bruker que quinze années plus tard. Cette dernière entame alors une action en réclamation de dommages et intérêts fondée sur la violation de cette obligation. Or précisément la majorité ne va pas hésiter à conclure à la validité d'une telle entente<sup>887</sup>. Affirmant donc la possibilité de contraindre la religion par le contrat.

## § II – L'exploitation contractuelle de l'extimité

---

<sup>885</sup> Cass. Ass, 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass.* n° 1 : note Florence CANUT, *R.L.D.A.* 2014.97.44 ; chron. Joël COLONNA et Virginie RENAUX-PERSONIC, *Gaz. Pal.* 2014.234.39 ; obs. Julien COUARD, *R.J.P.F.* 2014.9.28 ; note Pierre DELVOLVÉ, *R.F.D.A.* 2014.954 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2014.620 ; note Karim JAKOULOFF, *L.P.A.* 2014.192.4 ; note Jean-Claude MARIN, *J.C.P. G.* 2014.1535 ; note Jean MOULY, *Dr. soc.* 2014.811 ; note Stéphane MOUTON et Thierry LAMRACHE, *A.J.D.A.* 2014.1842 ; chron. François-Guy TRÉBULLE, *J.C.P. E.* 2015.27.

<sup>886</sup> *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 : « je n'ai toutefois pas à me pencher sur cette question dans le présent pourvoi, car même à supposer qu'il soit théoriquement possible à une personne de renoncer légitimement à son droit à la liberté de religion, je suis d'avis que les faits de l'espèce ne permettent pas d'accueillir un argument fondé sur la renonciation — ou un argument analogue —, et ce pour les raisons suivantes. ».

<sup>887</sup> *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607.



**154. L'individu est libre d'exploiter les éléments qui composent sa personnalité**<sup>888</sup>. Il faut constater que de plus en plus souvent « des éléments traditionnellement constitutifs de la personne s'en détachent et ont vocation à être attirés vers le marché. »<sup>889</sup>. Abandonnant, une logique de protection devant les exigences de la société du public, nos droits semblent reconnaître le pouvoir d'exploiter contractuellement ce que la psychologie rattache à la notion d'extimité<sup>890</sup>. Le mouvement s'observe notamment en raison de la marchandisation croissante du nom (A.) et de l'image (B.), qui pourrait, au moins en France annoncer l'émergence d'un véritable contrat de vanité (C.)

### A. La marchandisation du nom

**155. En France**, le nom patronymique de la personne ne fait l'objet d'aucune protection explicite par le droit français, on admet généralement son indisponibilité. Par ailleurs, il est un élément protégé par les juges strasbourgeois qui considèrent qu'il relève de la protection de la vie privée<sup>891</sup>. Pourtant, « [q]u'on le déplore ou qu'on l'approuve, le nom de la personne est aujourd'hui entré dans l'ère marchande. »<sup>892</sup>. Ainsi, l'indisponibilité du nom patronymique peut connaître des dérogations qui témoignent indubitablement d'une forme de pouvoir du titulaire. La Cour de cassation par trois arrêts remarquables a construit un

---

<sup>888</sup> Voir Pascal ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité – Une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, Thèse, Université de Dijon, Faculté de droit et de science politique, 1978, à la p. 291, n° 290 : l'auteur constate déjà que « la formule selon la quelle les droits de la personnalité sont indisponibles, inaliénable, hors commerce, ...est, sinon inexacte, du moins inutile pour rendre compte des solutions du droit positif. »

<sup>889</sup> Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2013, à la p. 34, n° 13.

<sup>890</sup> Cf. Serge TISSERON, « Intimité et extimité », *Communications* 2011.83, à la p. 84 : l'auteur définit l'extimité comme étant « des fragments de soi-intime » ; *adde* Serge TISSERON, *L'intimité surexposée*, coll. « Pluriel », Hachette, 2001.

<sup>891</sup> CEDH *Burghartz c. Suisse*, 22 févr. 1994, série A n° 280-B : note Emmanuel DECAUX, *J.D.I.* 1995.746 ; note Pascaline GEORGIN, *R.T.D.H.* 1995.21.53 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 1994.563 ; note Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *D.* 1995.5 ; obs. Roger PINTO, *Gaz. Pal.* 1994.257.2 : selon la Cour « En tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci. »

<sup>892</sup> Grégoire LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1997, à la p. 8, n° 9.

véritable régime juridique pour la contractualisation du nom patronymique, consacrant l'empire de la volonté dans ce domaine. La première décision, rendue dans l'affaire Bordas, a permis à la Haute juridiction d'affirmer que « le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du nom patronymique [...] ne s'oppose pas à la conclusion d'un accord portant sur l'utilisation de ce nom comme dénomination sociale ou nom commercial »<sup>893</sup>. Comme le souligne l'avocat général : « [l']expression de la volonté [du titulaire du nom...] est [...] créatrice d'un droit au profit de la société »<sup>894</sup>. La deuxième décision, rendue elle dans une affaire mettant en cause le cuisinier français Alain Ducasse a apporté une précision importante relativement aux conditions d'exercice des droits sur le nom. En l'espèce, le titulaire du nom s'opposait à son utilisation par une société qu'il avait créée mais dont il s'était retiré. La Cour de cassation fera droit à sa demande considérant que « le consentement donné par un associé fondateur, dont le nom est notoirement connu, à l'insertion de son patronyme dans la dénomination d'une société exerçant son activité dans le même domaine, ne saurait, sans accord de sa part et en l'absence de renonciation expresse ou tacite à ses droits patrimoniaux, autoriser la société à déposer ce patronyme à titre de marque pour désigner les mêmes produits ou services »<sup>895</sup>. La troisième espèce semble pourtant limiter ce pouvoir aux cas dans lesquels « le nom est notoirement connu sur l'ensemble du territoire national »<sup>896</sup>.

---

<sup>893</sup> Cass. com., 12 mars 1985, n° 84-17.163, *Bull. civ.* IV, n° 95 : note Georges BONET, *J.C.P. G.* 1985.II.20400 ; note Jacques GHESTIN, *D.* 1985.471 ; note Georges LE TALLEC, *Gaz. pal.* 1985.1.246 ; concl. Michel MONTANIER, *J.C.P. G.* 1985.II.20400 ; *G.A.J.C.* 1 n° 24.

<sup>894</sup> Michel MONTANIER, *J.C.P. G.* 1985.II.20400.

<sup>895</sup> Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-18.192, *Bull. civ.* IV, n° 69 : note Jacques AZÉMA et Jean-Christophe GALLOUX, *R.T.D. com.* 2004.90 ; obs. Christophe CARON, *C.C.E.* 2003.7.28 ; note Claude CHAMPAUD et Didier DANET, *R.T.D. com.* 2005.346 ; note Michel DUPUIS, *R.L.D.C.* 2004.3.57 ; obs. Sylvianne DURRANDE, *D.* 2003.2629 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2003.679 ; note Paul LE CANNU, *B.M.I.S.* 2003.921 ; note Grégoire LOISEAU, *D.* 2003.2228 ; note Gilbert PARLEANI, *Rev. soc.* 2003.548 ; note Didier PORACCHIA, *Dr. et Pat.* 2003.120.89 ; note Emmanuel TRICOIRE, *J.C.P. G.* 2003.10169.

<sup>896</sup> Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, *Bull. civ.* IV, n° 129 : obs. Jacques AZÉMA, *R.T.D. com.* 2009.116 ; chron. Christophe CARON, *J.C.P. E.* 2009.2.1020 ; note Marie-Laure COQUELET, *Dr. des soc.* 2009.2.23 ; obs. Xavier DAVERAT, *L.P.A.* 2009.19.7 ; note Grégoire LOISEAU, *B.M.I.S.* 2008.953 ; note Claude-Alberic MAETZ, *J.C.P. E.* 2008.49.2466 ; obs. Véronique MAUGERIE, *R.L.D.C.* 2008.53.14 ; note Alexandra MENDOZA-CAMINADE, *D.* 2008.2569 ; note Gilbert PARLEANI, *Rev. soc.* 2009.587 ; chron. Didier PORACCHIA, *Dr. et pat.* 2009.181.94 ; obs. Stéphane VALORY, *R.J.P.F.* 2008.10.14.

**156.** Au Québec, le nom s'inscrit dans les droits de la personnalité en vertu de l'article 3 du *Code civil du Québec*<sup>897</sup>, de sorte qu'il est affirmé que « Le titulaire du nom ne peut ni le vendre ni le léguer par testament. »<sup>898</sup>. Pourtant, selon certains, « le nom peut, dans certains cas, être transmissible et cessible lorsqu'il acquiert la qualité de nom commercial. Il change alors de nature et jouit, dans ce cas, d'une double protection : l'une rattachée à la personne ; l'autre rattachée au commerce »<sup>899</sup>. Cependant, la jurisprudence semble se prononcer à l'encontre de cette perspective. En effet, dans la décision rendue dans l'affaire *Jean Louis c. Directeur de l'état civil*, il est affirmé que « le droit à son nom ne forme pas partie de ses biens et ne tombe pas dans son patrimoine »<sup>900</sup>. À notre connaissance, le nom n'a pas fait l'objet d'autres contentieux significatifs.

## B. La commercialisation de l'image

**157.** L'image de la personne objet de contrats<sup>901</sup>. L'image de la personne dans nos sociétés du public ne saurait être soustraite à la volonté de la personne. Les exemples de personnalités publiques se livrant au commerce de leur image abondent pour en témoigner. Certes, on peut s'émouvoir de la réification de la personne qui en résulte incontestablement, mais on ne peut plus nier l'emprise du contrat.

---

<sup>897</sup> *C.c.Q.*, art. 3 : « Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée. Ces droits sont incessibles. ».

<sup>898</sup> Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5<sup>ème</sup> éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2014, à la p. 164, n° 239.

<sup>899</sup> Sylvain BOURASSA, « Les droits de la personnalité », dans Collection de droit 2015-2016, École du Barreau du Québec, vol. n° 3, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, EYB2015CDD107.

<sup>900</sup> *Jean Louis c. Directeur de l'état civil*, [1998] R.J.Q. 518.

<sup>901</sup> Voir notamment Pierre KAYSER, « Le droit dit à l'image », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz, 1961, p. 73, à la p. 86 : selon l'auteur « [l']image donne lieu à un contrat, quand l'accord de volonté de l'auteur de l'image et de la personne représentée a pour effet de créer entre eux des obligations. Mais les contrats ainsi passés peuvent avoir seulement pour objet la réalisation de l'image, et sa livraison à la personne représentée. Ils peuvent également avoir pour objet la publication de l'image, sa réalisation n'étant que le moyen de parvenir à cette fin. ».

**158. En France**, à ce titre, on ne s'étonnera pas de voir une Cour d'appel statuer que « le droit de l'image revêt les caractéristiques essentielles des attributs d'ordre patrimonial, il peut valablement donner lieu à l'établissement de contrats, soumis au régime général des obligations, entre le cédant, lequel dispose de la maîtrise juridique sur son image, et le cessionnaire, lequel devient titulaire des prérogatives attachées à ce droit »<sup>902</sup>. En effet, comme l'observe M. Garaud, la jurisprudence reconnaît « qu'un individu puisse tirer contractuellement profit de la valeur de son image »<sup>903</sup>. Ainsi, elle valide l'engagement tendant à assimiler l'image à un bien. En l'espèce, une mannequin avait consenti, contre la somme de 305 euros, à se faire prendre en photo et à l'exploitation ultérieure des clichés, hors contexte pornographique, pour une durée de quinze ans. Souhaitant se délier de cet engagement, elle a recherché la nullité de la convention de « cession de droit à l'image » en se fondant notamment sur des arguments relevant du droit de la propriété intellectuelle. Mais, la Cour de cassation, approuvant la cour d'appel, décide que « les disposition de l'article 9 du code civil, seules applicables en matière de cession de droit à l'image, à l'exclusion notamment du code de la propriété intellectuelle, relèvent de la liberté contractuelle »<sup>904</sup>. À un autre niveau, les règles entourant l'exploitation de l'image des sportifs témoignent également du pouvoir croissant du contrat sur l'image<sup>905</sup>, peut-être

---

<sup>902</sup> C.A. Versailles, 12e ch., 2e sect., 22 septembre 2005, SAS Calendriers Jean Lavigne c/ Sté Universal Music et al. : obs. Christophe CARON, *C.C.E.* 2006.1.4 ; chron. Laure MARINO, *D.* 2006.2702 ; note Isabelle SAYA SALVADORE, *Gaz. Pal.* 2006.151.12.

<sup>903</sup> Éric GARAUD, *Lamy droit du contrat*, v° Étude 245 - *La violation d'un droit fondamental*, n° 245-54.

<sup>904</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 décembre 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ.* I, n° 282 : note Christophe CARON, *C.C.E.* 2009.2.27 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2009.295 ; note Thibault LAHALLE, *J.C.P. S.* 2009.8.30 ; obs. Yves-Marie LAITHIER, *R.D.C.* 2009.477 ; note Laurent LEVENEUR, *C.C.C.* 2009.3.68 ; note Grégoire LOISEAU, *J.C.P. G.* 2009.II.10025 ; obs. Frédéric POLLAUD-DULIAN, *R.T.D. com.* 2009.141 ; note Élodie POULIQUEN, *R.L.D.C.* 2009.58.46 ; obs. Emmanuel PUTMAN, *R.J.P.F.* 2009.3.18 ; note Thierry REVET, *R.T.D. civ.* 2009.342 ; *addé* Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2010, n° 08-70.248, *Bull. civ.* I, n° 21 : chron. Emmanuel DREYER, *C.C.E.* 2010.7.14 ; chron. Pierre GREFFE, *Gaz. Pal.* 2011.110.18 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2010.299 ; obs. Cédric MICHALSKI, *Gaz. Pal.* 2010.167.19 ; note Élodie POULIQUEN, *R.L.D.C.* 2010.69.40 ; obs. Emmanuel PUTMAN, *R.J.P.F.* 2010.4.15 ; obs. Jean-Baptiste SEUBE, *J.C.P. E.* 2010.

<sup>905</sup> Voir Pascal ANCEL, « Les droits sur la propriété de l'image du sportif », dans Gérald SIMON (dir.), *Les contrats sportifs – L'exemple du football professionnel*, Paris, P.U.F., 2003, p. 243, à la p. 244 : l'auteur remarque que « [c]e qui, à l'époque [...], relevait exclusivement du droit des personnes, a basculé, en vingt-cinq ans, dans la sphère du contrat, des biens, des échanges économiques, ce qui était considéré comme extrapatrimonial est devenu patrimonial, ce qui relevait de l'être est maintenant traité comme de l'avoir. ».

même qu'elles l'ont initié<sup>906</sup> car on sait l'importance de l'image dans l'équilibre économique des activités sportives professionnelles. Ainsi, nait dans le langage courant un « droit d'image »<sup>907</sup> des sportifs, et dans le langage juridique le « contrat d'image »<sup>908</sup>. Le droit contemporain, loin d'empêcher – ou au moins de freiner – le mouvement semble même l'encourager. D'une part, il organise la réalisation de l'image associée collective des sportifs<sup>909</sup>, prévoyant à ce titre que « [l]'employeur décide de l'exploitation de l'image associée collective sur tout support ou par tout moyen, à son profit ou à celui de ces partenaires. Il informe les salariés des conditions d'utilisation de l'image associée collective. »<sup>910</sup>. D'autre part, le droit français reconnaît au sportif professionnel le droit d'exploiter son image. Les qualités supposément associées à la condition d'athlète professionnel – le courage, la passion, la force physique, etc. –, formidable vecteur de valeurs positives pour les entreprises peuvent faire l'objet de contrats publicitaires, dont la jurisprudence réserve le bénéfice monétaire au sportif lui-même<sup>911</sup>. Il y a donc lieu de considérer « que certaines composantes de la personne du sportif professionnel se trouvent

---

<sup>906</sup> Voir Jacques MESTRE, « Contrats sportifs et droit des obligations », dans Gérard SIMON (dir.), *Les contrats sportifs – L'exemple du football professionnel*, Paris, P.U.F., 2003, p. 23, à la p. 27 : l'auteur observe que « à l'origine, nom et image étaient considérés comme des « choses hors commerce » au sens de l'art. 1128 du Code civil, il est aujourd'hui admis qu'une personne puisse conférer à une autre, moyennant rémunération, une autorisation de jouissance sur son image ou sur son nom. On observera d'ailleurs que les contrats sportifs ont sans doute joué un rôle moteur dans l'avènement de cette solution. ».

<sup>907</sup> Jean MOULY et Charles DUDOGNON, *Rép.civ.* Dalloz, v° *Sport*, n° 65.

<sup>908</sup> Cf. Marie SERNA, « L'image et le contrat : le contrat d'image », *C.C.C.* 1998.11.4.

<sup>909</sup> Voir *Convention collective nationale du sport du 7 juillet 2005*, art. 12.11.1 al. 2 : aux termes de laquelle « Le nombre minimum de sportifs et/ou d'entraîneurs dont l'image, reproduite sur un même support d'une manière identique ou similaire, constitue une image associée collective, est fixé à 50 % de l'effectif présent sur le terrain pour la discipline considérée ; si ce nombre n'est pas entier, il est arrondi au nombre entier inférieur. ».

<sup>910</sup> *Convention collective nationale du sport du 7 juillet 2005*, art. 12.11.1.1.

<sup>911</sup> Voir notamment T.G.I. Nanterre, 6 avril 1995, *Gaz. Pal.* 1995.I.jur.285 : à propos de l'exploitation de l'image du footballeur Éric Cantonna, le tribunal considère « qu'indépendamment de la protection de sa vie privée, tout individu, fût-il célèbre, dispose sur sa propre image, attribut de sa personnalité, d'un droit exclusif, lui permettant d'autoriser ou non sa reproduction, de décider des conditions et circonstances de cette reproduction, et de s'opposer à ce qu'elle soit diffusée, quel qu'en soit le moyen, sans son autorisation expresse ou tacite (...) ».

réifiées sur le fondement de conventions dont la licéité ne suscite pas de réserve dirimante »<sup>912</sup>.

**159. Au Québec**, certains auteurs rejettent la possibilité de considérer l'existence de droits de nature patrimoniale sur l'image, au motif que la sanction des atteintes qui sont portées au droit à l'image relève de la protection de la vie privée<sup>913</sup>. Cependant, il faut bien constater, avec d'autres<sup>914</sup> que la jurisprudence suggère une approche plus nuancée<sup>915</sup>. Ainsi, dans la décision rendue dans l'affaire *Laoun c. Malo*, les juges semblent consacrer l'existence d'un pouvoir sur le droit à l'image. S'agissant d'une comédienne, qui avait consenti à un contrat publicitaire avec une société, et qui contestait l'utilisation de photos prises à cette occasion par un distributeur de la société afin de promouvoir son commerce dans une revue spécialisée, les juges décident de la condamnation du distributeur puisqu'elle n'avait pas consenti à l'utilisation de son image dans ce cadre<sup>916</sup>. Ce pouvoir paraît d'ailleurs dépasser le

---

<sup>912</sup> Fabrice RIZZO, « À propos de la réification de la personne du sportif professionnel salarié », *L.P.A.* 2005.121.4 ; comp. Jacques MESTRE, « Contrats sportifs et droit des obligations », dans Gérard SIMON (dir.), *Les contrats sportifs – L'exemple du football professionnel*, Paris, P.U.F., 2003, p. 23, à la p. 32 : l'auteur souligne qu'il est « particulièrement réservé[...] à l'égard des prêts ou encore nantissement de joueurs [...] qui [...] paraissent transformer la personne humaine elle-même en un objet mercantile, au mépris de la dignité et aussi de règles positives très précises, telle celle qui prohibe le délit de marchandage. ».

<sup>913</sup> Voir Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5<sup>ème</sup> éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2014, à la p. 216, n° 182 : selon les auteurs l'hypothèse d'un droit fondé sur la notion de propriété « doit cependant être écartée, puisque c'est au chapitre de la réputation et du respect de la vie privée que le droit à l'image a été consacré par la loi. » (références omises) ; *adde* *Gazette (The) c. Goulet*, 2012 QCCA 1085.

<sup>914</sup> Voir Nathalie CHALIFOUR, « Droit à l'image : une amorce de protection de l'identité artistique ? » dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du barreau du Québec*, 2000, p. 533, à la p. 539 : l'auteur soumet « qu'appréhender le droit à l'image exclusivement comme découlant du droit à la vie privée ne tient pas la route. Pour une personnalité connue [...], ce serait très souvent antinomique, surtout dans le contexte de sa vie publique. » ; *adde* Patrick A. MOLINARI, « Le droit de la personne sur son image en droit québécois et français », (1977) 12 *R.J.T.* 96.

<sup>915</sup> Voir *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, para. 22 (j. Lamer) : « [J]e partage l'opinion de mes collègues que le droit à l'image est avant tout un droit de la personnalité, un intérêt de nature extrapatrimonial. Je ne crois pas nécessaire d'aller plus à fond et de déterminer s'il existe aussi un droit à l'image de nature patrimoniale, comme la suggéré le juge Rothman dans l'affaire *Deschamps c. Renault Canada*. Je noterais simplement qu'il n'est pas contraire à l'ordre public pour une personne, célèbre ou moins célèbre, de tirer des revenus de son consentement à l'utilisation de son image. » (références omises).

<sup>916</sup> *Laoun c. Malo*, [2003] R.J.Q. 381 (C.A.), para. 60 (j. Dussault) : « L'intimé n'a donc pas cédé son droit à l'image, mais simplement exercé celui-ci librement ».

cas d'espèce bien au delà du cas d'espèce et nul ne pourrait nier son utilité dans une société du public<sup>917</sup>.

### C. Le contrat de vanité

**160.** Vers un « contrat de vanité »<sup>918</sup> ? Qu'on s'en réjouisse ou qu'on s'en désolle, le droit contemporain apporte incidemment sa caution – et même sa protection – à ceux qui ressentent le besoin d'exposer leur intimité à la vue de tous. Finalement, l'extension de l'emprise du contrat sur la personnalité se signale de manière particulièrement nette au regard de l'évolution de la jurisprudence relative au phénomène de la « télé-réalité ». La Cour de cassation, dans deux arrêts récents, a incidemment apporté sa caution à ce mouvement. En l'espèce, plusieurs participants à l'émission intitulée « L'île de la tentation », avaient signé un « contrat de participation » auquel était annexé un « règlement participant » par lesquels ils acceptaient d'être filmés jour et nuit contre le versement d'une somme d'argent et le défraiement du voyage et de l'hébergement. Par la suite ils réclameront à la fois la requalification de leur engagement en contrat de travail, et la reconnaissance d'un statut d'auteur interprète. Une première décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation fera droit à leurs demandes de requalification<sup>919</sup>. Ne doit-on pas considérer en réalité, que par cette décision, la Haute juridiction, permet de « réifier, à travers ce jeu de rôles, la personne dont l'exposition devient l'objet même du contrat de travail »<sup>920</sup>. C'est ce

---

<sup>917</sup> Cf. notamment Martin MICHAUD, *Le droit au respect de la vie privée dans le contexte médiatique : de Warren et Brandeis à l'inforoute*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.

<sup>918</sup> Jean-François CESARO et Pierre-Yves GAUTHIER, « Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux », *D.* 2009.2116.

<sup>919</sup> Voir Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ.* V, n° 141 : avis Dominique ALLIX, *Dr. soc.* 2009.780 ; obs. Gilles AUZERO, *R.D.T.* 2009.507 ; note Nathalie BARUCHEL, *R.D.L.F.* 2011.12 ; note Laétitia CANTOIS, *L.P.A.* 2009.152.12 ; note Jean-François CESARO et Pierre-Yves GAUTHIER, *D.* 2009.2116 ; note Stéphane DARMAISIN, *R.L.D.A.* 2009.40.55 ; note Bernard EDELMAN, *D.* 2009.2517 ; note David FELDMAN, *J.C.P. G.* 2009.37 ; obs. Christine NEAU-LEDUC, *R.D.C.* 2009.1507 ; note Frédéric POLLAUD-DULIAN, *R.T.D. com.* 2009.623 ; note Christophe RADÉ, *Dr. soc.* 2009.930 ; obs. Marie SERNA, *D.* 2009.1530 ; note Cécile-Marie SIMONI, *L.P.A.* 2009.168.7 ; note Philippe STOFFEL-MUNCK, *C.C.E.* 2010.1.2 ; note Bruno THOUZELLIER, *J.C.P. E.* 2009.28.35 ; note Pierre-Yves VERKINDT, *J.C.P. S.* 2009.act.305.

<sup>920</sup> Dominique ALLIX, « Un nouveau passeport pour les loisirs, le vrai faux contrat de travail ? », *Dr.*

que semble confirmer la deuxième décision rendue elle par la première chambre civile de la Cour de cassation, car ici les magistrats vont dénier aux participants le statut d'auteur-interprète, en relevant qu'il n'était demandé aux candidats « que d'être eux-mêmes et d'exprimer leurs réactions face aux situations auxquelles ils étaient confrontés »<sup>921</sup>. En effet, on peut s'interroger sur l'objet de ce contrat ? Puisque, selon la Cour de cassation, il ne s'agit pas d'une prestation d'acteur, il s'agit nécessairement de la mise en scène de la personnalité. C'est bien la personne du candidat qui est au centre du programme, c'est pourquoi ce type de « "contrat de vanité" »<sup>922</sup> est particulièrement significatif du pouvoir d'exercer les droits fondamentaux dans les contrats, puisque précisément le participant consent à faire usage de son nom, de son image, de sa voix et plus largement de sa personnalité dans le sens prévu par le contrat<sup>923</sup>.

\* \* \*

**161. Conclusion de la Section II.** Loin de faire l'objet de censures systématiques, les contrats où les clauses portant directement ou indirectement sur les droits attachés à la vie privée peuvent être accueillies en France et au Québec.

Ainsi, dans les deux droits le choix du domicile et la liberté religieuse peuvent être contraints par des contrats. Plus avant, nos droits tolère l'exploitation de certains droits

---

*soc.* 2009.780.

<sup>921</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avril 2013, n° 11-19.091 [...], *Bull. civ.* I, n° 83 : obs. Christophe CARON, *C.C.E.* 2013.7.75 ; obs. Isabelle DARRET-COURGEON, *D.* 2013.2050 ; note Xavier DAVERAT, *J.C.P. G.* 2013.1266 ; note Odile FALLETI, *J.C.P. S.* 2013.1191 ; obs. Laure MARINO, *Gaz. Pal.* 2013.195.7 ; note Stéphane PRIEUR, *Gaz. pal.* 2013.157.13 ; note Dominique VELARDOCCIO, *Dr. et Pat.* 2013.228.60.

<sup>922</sup> Jean-François CESARO et Pierre-Yves GAUTHIER, « Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux », *D.* 2009.2116.

<sup>923</sup> Voir Dany COHEN et Laurent GAMET, « Loft story : le jeu travail », *Dr. soc.* 2001.791 : les auteurs retranscrivent certains éléments du contrat signé par les participants à la première émission de télé-réalité diffusé en France, ainsi on peut lire que l'art. 21 prévoyait « Le participant est conscient que les enregistrements sonores et visuels seront fait de lui et qu'ils seront diffusés et exploités par voie de reproduction, de représentation et de diffusion, ce qui peut être considéré comme une intrusion dans sa vie privée et une atteinte à son image et à ses droits de la personnalité ».



fondamentaux comme le nom et l'image, et le juge français semble même consacrer l'existence d'un contrat de vanité.

Évidemment nul ne prétend que ces stipulations ne font l'objet d'aucun contrôle, mais leur étendue est vaste puisqu'elle s'étend des contrats portant sur le domicile à ceux portant sur la vanité.

\*

\*

\*

\* \* \*

**162. Conclusion du Chapitre II.** S'orienté-t-on en France comme au Québec vers « une conception matérielle du contrat »<sup>924</sup> ? L'ampleur et la profondeur de l'admission du pouvoir sur les droits fondamentaux semblent le suggérer. Les contrats sur les droits fondamentaux gagnent en force à la mesure de la progression des exigences dont ils sont porteurs. La personne qui sanctifie son corps revendique l'autonomie dans sa maîtrise face au corps médical. La personne qui exige le respect de sa vie privée tente de mieux la contrôler. Ce que le mouvement observé démontre c'est qu'il n'existe pas nécessairement d'obstacles a priori à l'exercice d'un pouvoir sur les droits fondamentaux.

\* \*

\*

---

<sup>924</sup> Benoit MOORE, « A la volonté de Dieu ou des contractants ? Commentaire sur l'affaire Marcovitz c. Bruker », (2009) 43 *R.J.T.* 219, à la p. 236 : l'auteur analysant la décision rendue dans l'affaire Marcovitz c. Bruker s'interroge « [l]es limites du contrat ne devraient-elles pas uniquement reposer sur la volonté des parties de s'engager, cette intention étant à la fois constitutive et démonstrative de l'intérêt nécessaire à la protection par le droit ? Le contrat ne se limiterait donc pas à l'économique pas plus qu'à l'obligationnel. ».

\* \* \*

**163. Conclusion du Titre I.** En France et au Québec, la liberté que se proposent de conférer les droits fondamentaux s'étend à la liberté de les inscrire dans le commerce juridique, ainsi doit nécessairement être affirmé le pouvoir sur les droits fondamentaux. C'est alors en considération de la liberté qu'il faut qualifier ce pouvoir car il en va de la restitution de son sens véritable. A ce titre, l'artifice de la renonciation est un mythe qui ne reflète pas la réalité mais tend simplement à en atténuer la brutalité. La qualification d'exercice en revanche permet de rendre compte du sens dans lequel s'exprime le pouvoir sur les droits fondamentaux. C'est aussi en considération de la liberté qu'il faut voir l'admission du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats. À cet égard, on observe de nombreuses convergences de solutions entre la France et le Québec même si certaines particularités demeurent. Ainsi en matière d'autonomie corporelle, il faut bien constater un même mouvement vers la sacralisation du consentement, mais il faut aussi noter la différence de solutions relativement aux personnes en fin de vie. Nos deux droits semblent aussi admettre un large pouvoir sur le corps en dehors du contrat, ce qui permet d'observer un franchissement de plus en plus récurrent entre les personnes et les choses. À un autre niveau, il faut aussi constater que le droit français comme le droit québécois ne font pas obstacle, de manière uniforme, à la possibilité de gouverner sa vie privée par contrat. Ainsi, relativement à la sphère d'intimité, on a pu observer l'existence d'un pouvoir sur le domicile, et sur la religion. Et, relativement à l'extimité on a pu constater une commercialisation croissante des éléments qui composent la personnalité.

\* \* \*

\*

## Titre II – Les limites du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats

**164. L'hétéronomie indispensable dans l'exercice des droits fondamentaux dans les contrats.** Le pouvoir d'exercice des droits fondamentaux que nous voyons reconnu aux contractants est-il total ? Plus largement, face au risque de dévoiement du concept d'autonomie<sup>925</sup>, le droit ne fixe-t-il pas des limites ? En réalité, ce pouvoir ne saurait se concevoir comme une licence absolue. Il faut donc contrôler le pouvoir sur les droits fondamentaux. Au demeurant, un tel contrôle peut s'autoriser des formulations les plus classiques. N'exige-t-on pas, aux termes de l'article 1134 alinéa 1 du *Code civil*, que le contrat soit « légalement formé » ? N'impose-t-on pas, aux termes de l'article 1434 du *Code civil du Québec*, que le contrat soit « valablement formé » ? Il faut certes accepter que ces dispositions reflètent le fait que « l'ordre social importe beaucoup plus que la liberté »<sup>926</sup>. Pourtant, cette perspective ne doit pas choquer car c'est « le rôle instituant du droit »<sup>927</sup> qui est en jeu.

En pratique, le contrôle du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats semble devoir concilier deux exigences : la licéité et la légitimité<sup>928</sup> ; il dessine ainsi

---

<sup>925</sup> Voir notamment Corine PELLUCHON, *L'autonomie brisée : Bioéthique et philosophie*, coll. « Léviathan », Paris, P.U.F., 2009, à la p. 282 : « L'autonomie ne renvoie plus, comme chez Kant, à la capacité de faire un choix rationnel et universalisable, mais elle s'identifie avec l'indépendance ou le choix purement subjectif. Bien plus [...] le désir est devenu la loi [...] plus profondément, l'éthique de l'autonomie témoigne d'une certaine dénégation de la condition humaine ».

<sup>926</sup> Christophe JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.* 2002.901 : l'auteur rapporte que c'est contre cette vision de Demogue que « certains auteurs ont ainsi inventé le mythe d'un codificateur magnifiant « la liberté de l'homme, créatrice du Droit » quand il affirmait que les conventions légalement formées font la loi des parties » (références omises).

<sup>927</sup> Muriel FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle – Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008.31 : pour l'auteure « le tracé des interdits dessine la société qu'on se construit » (références omises).

<sup>928</sup> Voir Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004, à la p. 379, n° 620 et suiv. : l'auteur affirme qu'en matière contractuelle « le contrôle de licéité doit se combiner de façon croissante avec un contrôle de légitimité via le contrôle de proportionnalité. L'expression

« un spectre continu allant de l'invalidité de principe à la validité. »<sup>929</sup>. L'exigence de licéité, dicté par la nature même des droits fondamentaux – la *Charte québécoise* prévoit expressément le cas d'une « atteinte illicite »<sup>930</sup> –, permet de tracer le départ entre la contractualisation possiblement acceptable et celle qui sera irrémédiablement compromise. Parce que l'on n'imagine pas que les contrats puissent faire violence aux droits fondamentaux au point de les vider de leur substance<sup>931</sup>, nous croyons que l'exigence de licéité se concrétise dans le respect de la dignité (Chapitre I). C'est ensuite en parcourant le spectre de la validité que l'on perçoit la teneur de l'exigence de légitimité, précisément parce que le pouvoir des contractants est le plus souvent contingent, il doit faire l'objet d'une

---

« légalement formée » employé dans l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil suppose alors deux formes de contrôle complémentaires : un contrôle de licéité, dogmatique, formel et axiologique essentiellement mis en œuvre par l'ordre public, et un contrôle de légitimité, pragmatique, reposant principalement sur le contrôle de proportionnalité. » (références omises).

<sup>929</sup> Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 503.

<sup>930</sup> *Charte québécoise*, art. 49 al. 1 : « Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. » ; adde Mariève LACROIX, *L'illicéité – essai théorique et comparatif en matière de responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnelle*, Thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2011, à la p. 105 et suiv.

<sup>931</sup> Voir Julien RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. GARAUD, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2003, à la p. 279, n° 267 : pour l'auteur il faut s'assurer que « l'atteinte portée à telle ou telle liberté ne heurte pas la substance même de cette prérogative » ; et Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T.* 287, à la p. 329 : pour l'auteur « [i]l ne saurait d'abord être question d'une renonciation à la liberté elle-même, laquelle ne pourrait permettre sa propre aliénation » ; contra Ruth DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. SEUBE, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2012, à la p. 275 et suiv., n° 443 et suiv. : selon l'auteure « les modalités de la contractualisation des droits fondamentaux » tiennent uniquement à un contrôle du consentement et au contrôle de proportionnalité ; et Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 261 et suiv., n° 325 et suiv. : l'auteur après avoir constaté l'efficacité « relative » du critère tiré de la substance propose également de fonder la validité sur les modalités de la renonciation.

évaluation concrète permettant d'apprécier au cas par cas sa légitimité<sup>932</sup>. Cette « analyse contextuelle »<sup>933</sup> doit concrétiser l'exigence de légitimité (Chapitre II).

---

<sup>932</sup> Comp. Pascal PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D. civ.* 2001.749 : l'auteur s'interroge « [l]a résolution des conflits entre la liberté d'expression et les droits de la personnalité exige-t-elle l'établissement d'une hiérarchie entre ces libertés et droits fondamentaux alors que les solutions dépendent avant tout de leur conciliation au cas par cas ? ».

<sup>933</sup> Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 503.

# Chapitre I – Le respect de la dignité de la personne

## humaine dans les contrats

**165.** « Un ordre public humaniste »<sup>934</sup>. Si le pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats ne saurait se concevoir de manière absolue, c'est parce que l'on ne peut tolérer, le risque de voir s'effacer la personne derrière sa liberté<sup>935</sup>. C'est précisément dans cette perspective qu'il faut considérer – et peut-être aussi regretter<sup>936</sup> – l'existence d'un « substrat intangible de droits fondamentaux non contractualisables [...] inhérent à la dignité humaine »<sup>937</sup>. Certes, on n'ignore pas les multiples controverses que suscite la notion

---

<sup>934</sup> Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004, à la p. 258, n° 423 et suiv. : pour l'auteur « le principe de respect de la dignité de la personne humaine [est envisagé] comme le principal étalon servant actuellement aux autorités compétentes, et en particulier aux juges, à légitimer la hiérarchisation opérée entre les divers intérêts en présence. » ; adde Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire – 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 99, à la p. 107 : selon l'auteur « [l]e pouvoir que j'ai sur l'objet d'un droit de la personnalité n'est pas absolue et les limites qui peuvent être tracées sont, en dernier ressort, celle qui découlent d'un *nouveau genre d'ordre public, celui basé sur la dignité humaine.* » (références omises).

<sup>935</sup> Voir Muriel FABRE-MAGNAN, « Dignité Humaine », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVIA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadriges Dicos de Poche », Paris, P.U.F., 2008, p. 285, à la p. 291 : l'auteure affirme que « [l]a liberté de l'homme est essentiel de sa dignité mais elle ne suffit pas, car la liberté est précisément aussi la liberté de l'inhumanité. ».

<sup>936</sup> Voir notamment Muriel FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *R.I.E.J.* 2007.58.1, à la p. 6 : l'auteure relève « il est d'une certaine façon inquiétant qu'on n'ait jamais autant parlé de dignité ou encore d'éthique, car c'est le signe que ces principes sont tout à la fois contestés et bafoués. Le signe que, d'une certaine façon, la dignité ne va plus de soi ainsi devenue nécessaire, il faut en prendre acte et au moins se réjouir que le système juridique y ait trouvé une solution à certains problèmes. » (références omises) ; et Christian ATIAS, *Philosophie du Droit*, 3<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 267 : l'auteur relève le parallèle entre « l'essence d'une notion présentée comme juridique, voir relevant de la technique juridique, et l'essence de ce qui devrait être une réalité, l'humanité. ».

<sup>937</sup> Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 500, à la p. 503 ; comp. Julien RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. GARAUD, Aix-en-Provence,

de dignité de la personne humaine. Mais, doit-on en conclure qu'elle est alors irrémédiablement disqualifiée ? Nous ne le croyons pas, car en réalité il existe une forme de consensus autour de « l'idée fondamentale que chaque être humain est digne et qu'on lui doit à ce seul titre le respect »<sup>938</sup>, qui est inscrite dans l'héritage kantien de la notion<sup>939</sup>. Le débat naît surtout du sens qu'il faut lui donner : d'un côté, les thuriféraires de la dignité louent l'avènement d'un concept juridique qui permettrait de redonner à l'Homme le sens de son humanité<sup>940</sup> ; de l'autre, les contempteurs de la dignité fustigent un concept juridique qui serait éminemment liberticide<sup>941</sup>. Or, en réalité, la question juridique ne se pose pas en ces termes : le sens de la dignité n'est pas en cause, seule l'est son essence<sup>942</sup>. Aussi, le

---

P.U.A.M., 2003, à la p. 243 et suiv., n° 267 et suiv. : l'auteur propose de un contrôle des actes portant atteintes aux droits fondamentaux reposant ultimement sur la vérification du caractère non substantiel de l'atteinte.

<sup>938</sup> Marie-Andrée RICARD, « Le défi du politique », dans Thomas DE KONINCK et Gilbert LAROCHELLE (dir.), *La dignité humaine – Philosophie, droit, politique, économie, médecine*, coll. « Débats philosophiques », Paris, P.U.F., 2005, p. 75, à la p. 77.

<sup>939</sup> Cf. Emmanuel KANT, *Œuvres Philosophiques*, t. 3 « Les derniers écrits », coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1986, à la p. 758 : pour le philosophe « Le respect que je porte aux autres ou qu'un autre peut exiger de moi (*observentia aliis praestanda*) est ainsi la reconnaissance en d'autres hommes d'une dignité (*dignitas*), c'est à dire d'une valeur qui n'a pas de prix, pas d'équivalent contre quoi l'objet de cette estimation de valeur (*aestimi*) pourrait être échangé. ».

<sup>940</sup> Voir notamment Philippe MALAURIE, « Le droit et l'exigence de dignité », *Études* 2003.5.398.619 : pour l'auteur « [l]a dignité de la personne humaine est depuis longtemps, la raison d'être de notre civilisation, son cœur et son essence : la barbarie, c'est de traiter l'homme comme une chose ou un animal. Est en jeu la place ineffable que la société attache à tout être humain ; déchu, vieilli, moribond, criminel ou misérable, il a une transcendance dans sa liberté, sa conscience et sa condition corporelle, spirituelle et sociale ».

<sup>941</sup> Voir notamment Emmanuel DREYER, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008.2730 : pour l'auteur « [s]i l'appel à la dignité humaine est envisageable lorsque la personne n'est plus en mesure d'exprimer sa volonté, il n'en va pas de même lorsque la personne agit de manière consciente et libre. Il ne semble pas légitime d'opposer à autrui d'être digne lorsqu'il est en mesure de choisir son comportement et d'en mesurer les conséquences ».

<sup>942</sup> Voir Muriel FABRE-MAGNAN, « Le statut juridique du principe de dignité », *Droits* 2013.58.167, à la p. 178 et suiv. : l'auteur observe que « [l]es débats sur la dignité sont souvent faussés par une confusion des deux ordres dans lesquels cette notion se déploie : l'ordre de l'être et celui du devoir-être. La dignité en droit est de l'ordre du devoir-être. Elle pose en principe premier la valeur infinie de l'être humain ou, pour le dire en termes kantien, l'absence de prix d'un être humain. [...] Le droit accorde à chaque être humain cette même valeur, et ce quels que soient son état ou sa condition. La dignité marque l'appartenance au genre humain, et en ce sens rien ni personne ne peut en priver un être humain. Dans l'ordre de l'être cependant, il est des situations où un être humain peut se voir dégradé, humilié, ou encore asservi. Le principe de dignité permet alors, comme l'avait dit le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1994, de sauvegarder la personne humaine « contre toute forme d'asservissement et de dégradation ». » (références omises).



respect de la dignité ne renvoie pas à un moralisme suranné<sup>943</sup>, mais « permet [...] de poser juridiquement la valeur des êtres humains, et d'énoncer comment il faut les traiter et comment il ne faut pas les traiter »<sup>944</sup>. C'est ainsi que la dignité doit s'imposer comme pour apprécier le pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats<sup>945</sup>. Nos droits paraissent recevoir cet impératif qui permet de condamner irrémédiablement l'exercice illicite du pouvoir sur les droits fondamentaux. D'abord, sous la forme d'une protection contre les atteintes à la dignité des contractants (Section I), en assurant son respect. Mais aussi, non sans que cela soulève des interrogations, en s'attachant à sauvegarder la dignité des contractants (Section II), et en imposant, le cas échéant, son respect.

---

<sup>943</sup> Comp. notamment Gilles LEBRETON, « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », dans *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 353, à la p. 366 : l'auteur souligne à propos de la dignité que « [f]lanqué d'une composante aussi réactionnaire, le vieil ordre public républicain risque donc bel et bien d'être utilisé à des fins liberticides. ».

<sup>944</sup> Muriel FABRE-MAGNAN, « Dignité Humaine », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVIA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige Dicos de Poche », Paris, P.U.F., 2008, p. 285, à la p. 288 ; *adde* Christian BRUNELLE, « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », (2006) N.S. R. *du B.* 143, à la p. 152 : l'auteur rappelle que « [c]'est parce qu'elles sont intrinsèquement dignes que l'on doit reconnaître aux personnes humaines des droits et libertés ; et Christian BRUNELLE, « La dignité, ce digne concept juridique », dans *Collection de droit 2008-2009, Ecole du Barreau du Québec, vol. Hors-Série, Justice, société et personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 21 : pour l'auteur « En tant que principe juridique, la dignité peut ainsi contribuer à affermir la protection des droits et libertés fondamentaux de la personne. ».

<sup>945</sup> Comp. Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012, à la p. 225 et suiv : pour l'auteure « [b]ien qu'elle soulève autant de questions qu'elle apporte de réponses, la notion de dignité humaine, considérée dans ses dimensions tant individuelles que collective, s'impose selon nous comme la clé de voûte en matière de renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par la Charte québécoise. » ; *adde* Muriel FABRE-MAGNAN, « Le statut juridique du principe de dignité », *Droits* 2013.58.167, à la p. 177 : l'auteure propose de reconnaître « [qu']il doit exister une protection de la personne humaine intangible et inviolable, et le terme de dignité devrait être réservé à ce noyau dur, puisqu'il existe d'autres noms pour désigner le reste » ; et Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire – 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 99, à la p. 107 : l'auteur propose de recourir à la dignité mais il précise bien « pas la notion de dignité telle qu'utilisée à toutes les sauces et de plus en plus fréquemment par nos tribunaux qui l'accolent le plus souvent à tel ou tel droit de la personnalité, comme une clause de style. Mais ce qui se rapporte à la « valeur intrinsèque de la personne », dans son universalité » (références omises).

## Section I – La protection contre les atteintes à la dignité des contractants

**166. La dignité s'impose à autrui.** Cet aspect de la notion de dignité ne semble plus, aujourd'hui, faire l'objet de débats. En effet, même les plus sceptiques des observateurs de la notion, lui reconnaissent une légitimité<sup>946</sup>. D'ailleurs, cette idée est porteuse d'une telle force que sa cristallisation dans la matière contractuelle se fait presque sans résistance ni obstacle, et s'affirme comme la protection contre les atteintes à la dignité des contractants. Même si, il faut le souligner, cette protection des atteintes à la dignité n'a pas exactement les mêmes contours en droit français et en droit québécois, substrat de certaines matières en France (§ I), elle est un véritable droit transcendantal au Québec (§ II).

### *§ I – Une protection discrète mais certaine en France*

**167. Un droit en expansion peu sollicité dans les contrats.** En France, la vigueur de la notion de dignité ne laisse d'étonner car son expansion est fulgurante<sup>947</sup> qui prospère bien comme l'indicateur des comportements intolérables car on doit refuser de l'assimiler à un droit subjectif<sup>948</sup>. Il est alors rassurant de constater qu'elle est finalement assez rarement

---

<sup>946</sup> Voir Emmanuel DREYER, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008.2730 : pour l'auteur en matière de dignité « deux approches radicalement différentes peuvent être retenues suivant que l'on envisage la dignité exigée par la personne et la dignité attendue d'elle. Seule la première approche nous paraît légitime » ; *adde* Emmanuel DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », *R.R.J.* 2005.19.

<sup>947</sup> Voir Nicolas MOLFESSIS, « La dignité de la personne humaine en droit civil », dans Marie-Luce PAVIA et Thierry REVET, *La dignité de la personne humaine*, Paris, Économica, 1999, p. 107, à la p. 120 et suiv : l'auteur constate l'expansion de la dignité en droit contemporain ; et Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004, à la p. 268, n° 437 : l'auteur dresse la liste de la réception textuelle de la dignité.

<sup>948</sup> Voir Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004, à la p. 268,

invoquée dans le cadre des relations contractuelles. Elle se signale surtout centrée sur la personne qu'elle protège, pour s'imposer essentiellement comme un substrat du droit sanitaire (A.), et comme un fondement du droit social (B.).

### A. Un substrat du droit sanitaire

**168. Aux origines de la protection de la dignité.** C'est précisément à l'occasion de l'édification d'un corpus normatif relatif au traitement médical des embryons, en 1994, que la dignité a fait son apparition dans le champ juridique français à l'article 16 du *Code civil* en vertu duquel « 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 » et a été consacrée par le Conseil constitutionnel<sup>949</sup>. L'importance que revêtent les questions relatives à la santé au regard du droit à la dignité est donc incontournable. Ainsi, en tant que patient, l'individu qui contracte avec un médecin peut exiger le respect de sa dignité. C'est précisément ce qu'affirme la Cour de cassation, lorsqu'elle déduit de cette exigence un droit au consentement éclairé. En effet, dans un arrêt du 9 octobre 2001, la 1<sup>ère</sup> chambre civile, affirme que le médecin a un devoir d'information envers son patient, qui est fondé sur le respect de la dignité, d'ailleurs ici la force de la dignité est telle que le devoir d'information se transforme en devoir de divination, puisque selon les juges :

---

n° 439 : selon l'auteur « il est maladroite de voir dans le respect de la dignité de la personne humaine un droit subjectif » ; Muriel FABRE-MAGNAN, « Dignité Humaine », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVIA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige Dicos de Poche », Paris, P.U.F., , 2008, p. 285, à la p. 290 : pour l'auteur « [l]a dignité de la personne humaine n'est pas en elle-même un droit subjectif, une prérogative qui serait attribuée aux individus, mais elle peut requérir que de tels droits soient octroyés à ces derniers » ; *adde* cependant Nicolas MOLFESSIS, « La dignité de la personne humaine en droit civil », dans Marie-Luce PAVIA et Thierry REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, 1999, p. 107, à la p. 127 et suiv. : l'auteur s'interroge sur la possible consécration d'un droit subjectif à la dignité.

<sup>949</sup> Voir Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 D.C., *Rec.Cons.const.* p. 100 : G.D.C.C. n° 33 : appréciant la conformité des lois dites de Bioéthique à la Constitution, le Conseil constitutionnel décide que ces « lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ».

« un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement ; que la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation peut être recherchée, aussi bien par la mère que par son enfant, alors même qu'à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels ; qu'en effet, l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée »<sup>950</sup>.

L'exigence de respect de la dignité peut également être opposé par le patient au médecin qui se compromettrait dans des pratiques dégradantes. Ainsi, le Conseil d'État, dans un arrêt du 8 décembre 2001 décide fort logiquement que le gynécologue qui filme ses patientes à leur insu porte atteinte à leur dignité<sup>951</sup>.

## B. Un fondement du droit social

**169. Le respect de la dignité du travailleur.** Le terrain sur lequel le respect de la dignité a prospéré avec le plus de force est sûrement celui du droit du travail<sup>952</sup>. La personne

---

<sup>950</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ. I*, n° 249 : note Olivier CACHARD, *J.C.P. G.* 2002.10045 ; note Cyril CLÉMENT, *L.P.A.* 2001.243.15 ; note Jean GUIGUE, *Gaz. Pal.* 2001.329.53 ; obs. Remy LIBCHABER, *R.T.D. civ.* 2002.176 ; note Franck MARMOZ, *L.P.A.* 2002.52.17 ; obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, *R.T.D.civ.* 2002.507 ; note Ève NAHON, *Gaz. Pal.* 2002.46.25 ; rapp. Pierre SARGOS, *D.* 2001.3470 ; note Dominique THOUVENIN, *D.* 2001.3470 ; *G.A.J.C.* 1 n° 12.

<sup>951</sup> Cons. d'État, 8 décembre 2000, *Daniel Drai*, n° 196330, *Rec. tables* : les juges relèvent que « pour infliger à M. DRAI la sanction contestée, la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins s'est fondée sur le fait que ce praticien avait filmé à leur insu, à l'aide d'un caméscope, au moins trois des patientes qui s'étaient confiées à lui pour une consultation gynécologique et a estimé que ces agissements, nonobstant toute excuse liée à l'exécution par M. DRAI d'une recherche scientifique, étaient attentatoires à la dignité de ses patientes et de nature à déconsidérer la profession. ».

<sup>952</sup> Voir notamment Patrice ADAM, « La dignité du salarié », *R.D.T.* 2014.168/244 : selon l'auteur il

a le droit d'être traitée comme telle ; elle ne doit pas être traitée comme une vulgaire « bête de somme », pour employer une expression populaire. Le travail et le respect de la dignité entretiennent d'ailleurs des liens anciens. Ainsi, le décret du 27 avril 1848, qui met fin à la pratique de l'esclavage dans les colonies françaises, s'ouvre sur un considérant dont la force est encore éclatante aujourd'hui : « l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine »<sup>953</sup>.

Près de deux siècles plus tard, le respect de la dignité du travailleur s'est donc imposé dans les dispositions de l'article L. 1152-1 du *Code du travail* en vertu duquel :

« Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. ».

À ce titre, la jurisprudence sanctionne fort logiquement les comportements qui marquent un mépris de l'humanité de la personne. Il peut s'agir de propos avilissants, soit qu'ils stigmatisent le salarié<sup>954</sup>, soit qu'ils révèlent un manque de considération pour sa qualité de personne notamment en l'affublant de surnoms à connotation péjorative – en l'espèce « simplet » –<sup>955</sup>, ou en formulant des reproches grossiers<sup>956</sup>. Il peut aussi s'agir

---

faut considérer « [l]e droit du travail, « terre d'élection » pour le principe de dignité » (référence omises) ; *adde* Alain SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990.485.

<sup>953</sup> *Le Moniteur Universel, Journal officiel de la République française, mardi 2 mai 1848.*

<sup>954</sup> Voir notamment Cass. soc. 25 février 2003, n° 00-42.031, *Bull. civ.* V, n° 66 : obs. Grégoire LOISEAU, *Dr. et patr.* 2003.117.87 ; note Julien RAYNAUD, *J.C.P. E.* 2004.371 ; note Jean SAVATIER, *Dr. soc.* 2003.625 : la Cour souligne que « le fait de porter à la connaissance du personnel, sans motif légitime, les agissements d'un salarié nommément désigné constitue une atteinte à la dignité de celui-ci de nature à lui causer un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi » ; Cass. soc. 10 mai 2012, n° 11-11.916, *Inédit* : la Cour souligne que « le compte rendu de la réunion extraordinaire du comité d'entreprise tenue après le licenciement comportait des informations personnelles portant atteinte à la dignité du salarié ».

<sup>955</sup> Voir Cass. soc. 25 octobre 2011, n° 10-16.837, *Inédit* : la Cour de cassation censure l'arrêt qui retient que « l'employeur portait une appréciation positive sur le salarié qui avait réussi sa période d'essai, que celui-ci n'était pas le seul auquel des "sarcasmes" étaient adressés, que les propos sans retenue de l'employeur ("simplet", "langue de vipère") étaient justifiés par les tensions générées par la nécessité de respecter des délais de publication ».

<sup>956</sup> Voir Cass. soc. 7 février 2012, n° 10-18.686, *Bull. civ.* V, n° 58 : obs. Delphine GARDES, *R.D.T.* 2012.282 ; note Céline LEBORGNE-INGELAERE, *J.C.P. S.* 2012.25.38 ; obs. Pascal LOCKIEC et Jérôme PORTA, *D.* 2012.507 ; note Emmanuèle PIERROUX, *Gaz. Pal.* 2012.172.14 : la Cour de cassation censure l'arrêt rejette la résiliation judiciaire du contrat de travail alors qu'il constate que

d'actes qui avilissent, tels ceux d'un employeur qui refuse de fournir au salarié du travail<sup>957</sup>, ou ceux d'un employeur qui impose des conditions de travail qui « tendent à faire considérer le salarié qu'elle concerne comme le prolongement d'une machine outil »<sup>958</sup>.

## § II – L'existence d'un droit à la dignité au Québec

**170. La consécration du droit à la dignité par la *Charte québécoise*.** Le mot de dignité est formellement absent de la *Charte canadienne*<sup>959</sup>, mais au Québec, un droit au respect de la dignité est connu depuis l'avènement de la *Charte québécoise*. Elle consacre, ainsi à l'article 4, le droit pour toute personne « à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation ». Cette disposition, présente depuis les premiers travaux de l'Office de révision du Code civil<sup>960</sup>, a été portée par la volonté de son président, monsieur Crépeau, de permettre « la reconnaissance du rôle de la personne humaine, l'affirmation de la protection

---

l'employeur a tenu « des propos indécents aux termes desquels il lui reprochait de dégager des odeurs nauséabondes en évoquant " une gangrène, une incontinence " ».

<sup>957</sup> Voir Cass. soc. 19 octobre 2010, n° 09-42.391, *Inédit* : la Cour de cassation considère que « l'employeur n'avait plus fourni de travail au salarié depuis plus de deux ans et que l'obligation de se présenter tous les jours dans les locaux d'une société tierce dans laquelle il avait refusé sa mutation alors que l'autorisation de licenciement avait été refusée, tout en lui interdisant d'y pénétrer, constituait des agissements répétés portant atteinte à la dignité du salarié ».

<sup>958</sup> Cass. crim. 4 mars 2003, n° 02-82.194, *Bull. crim.*, n° 58 : obs. Thérèse AUBERT-MONPEYSEN, *D.* 2004.181 ; obs. Bernard BOULOC, *R.T.D. com.* 2003.578 ; obs. Yves MAYAUD, *Rev. de science criminelle et de droit pénal comparé* 2003.561 ; note Julien RAYNAUD, *J.C.P. E.* 2004.371 ; obs. Michel VÉRON, *Droit pénal* 2003.83 ; note Christophe WILLMANN, *Dr. soc.* 2004.112 : on relèvera entre autre qu'il est fait mention du fait que : « le comportement des salariés pendant l'exécution de leur travail était étroitement limité par les interdictions de lever la tête, de parler et même de sourire ; que ces interdictions dont l'application stricte était assurée par une surveillance et un contrôle constants et rigoureux, vont bien au-delà de la nécessité d'obtenir une productivité suffisante et un travail de qualité et du simple contrôle de ceux-ci ; qu'elles définissent en réalité une attitude et un comportement précis des salariés pendant l'exécution de leur tâche, en dehors de toute considération de sécurité, qui, associés à la rigueur de leur application, tendent à faire considérer le salarié qu'elle concerne comme le prolongement d'une machine outil ».

<sup>959</sup> Voir *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, para. 77 : pour le juge Bastarache « il vaut mieux considérer la notion de «dignité» que l'on trouve dans la jurisprudence de notre Cour comme une valeur sous-jacente que comme un droit autonome garanti par la Charte ».

<sup>960</sup> OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport du Comité des droits civils*, Montréal, 1966.

de sa dignité »<sup>961</sup>. Un droit au respect de la dignité est donc conçu, depuis l'origine, comme ayant vocation à s'appliquer en droit privé.

La Cour suprême a explicitement consacré ce droit dans la décision rendue dans l'affaire *Curateur public du Québec c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*. S'agissant d'apprécier l'impact d'un mouvement de grève déclaré illégal, sur les bénéficiaires d'un centre de soins de santé en état de grande dépendance, la juge L'Heureux-Dubé se fonde précisément sur l'atteinte au droit à la dignité des patients<sup>962</sup>, pour confirmer la condamnation du syndicat estimant « que les conclusions de fait du juge de première instance indiquent, sans l'ombre d'un doute, que l'inconfort souffert par les bénéficiaires de l'Hôpital, bien que provisoire, constitue une atteinte à la sauvegarde de leur dignité, droit garanti à l'art. 4 de la *Charte* »<sup>963</sup>.

Par ailleurs, il faut souligner que le *Code civil du Québec*, en matière de contrat de travail, reconnaît lui aussi l'existence de ce droit puisque selon l'article 2087 : « L'employeur, outre qu'il est tenu de permettre l'exécution de la prestation de travail convenue et de payer la rémunération fixée, doit prendre les mesures appropriées à la nature du travail, en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié. ». Les juges n'hésitent pas à solliciter cette disposition pour sanctionner les employeurs qui se livreraient à des agissements faisant violence à la dignité. Il en va ainsi du harcèlement sexuel<sup>964</sup> qui d'ailleurs, selon les mots de la Cour suprême, dans la décision rendue dans l'affaire *Janzen c. Platy enterprises ltd.*, « est une

---

<sup>961</sup> OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1., Projet de Code civil, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. XXXI.

<sup>962</sup> *Curateur public du Québec c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 : la juge affirme que la dignité « constitue[...] un droit protégé spécifiquement à l'art. 4 de la *Charte* » (para. 100) et elle ajoute plus loin « le droit à la dignité de la personne, en raison de sa notion sous-jacente de respect, n'exige pas l'existence de conséquences définitives pour conclure qu'il y a eu violation » (para. 106).

<sup>963</sup> *Curateur public du Québec c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, para. 108.

<sup>964</sup> Voir notamment *Lanoie c. Centre d'interaction Proximédia inc.*, 2006 QCCQ 4625, para. 61 : le juge relève que « La plaignante affirme se sentir diminuée. Elle ne parvient pas à dissuader M. Lanoie de cesser de lui faire des avances de nature sexuelle et à poser à son endroit des gestes non désirés. Elle se décide à demander à son employeur d'intervenir. Dans sa plainte, elle dit se sentir brimée dans son intimité, mal à l'aise vis-à-vis son mari de vivre une telle situation, elle a peur de venir travailler, ne dort plus, ne mange plus et se sent incapable d'en parler à ses compagnes de travail. Sa dignité est atteinte. ».

pratique dégradante, qui inflige un grave affront à la dignité des employés forcés de le subir »<sup>965</sup>. Il en va également ainsi de l'attitude d'un employeur qui modifie unilatéralement les conditions de travail de son salarié afin de réduire son autonomie<sup>966</sup>. Plus généralement, il est déduit de cette disposition, en plus, une « obligation de protéger la dignité »<sup>967</sup> à la charge des employeurs. De cet ensemble, il faudrait déduire, selon certains, un mariage réussi entre les Chartes et le droit du travail<sup>968</sup>.

\* \* \*

**171. Conclusion de la Section I.** Si la notion de dignité est fuyante, la protection qu'elle offre aux contractants est tangible. En France, elle s'impose notamment aux sous-

---

<sup>965</sup> *Janzen c. Platy enterprises ltd*, [1989] 1 R.C.S. 1252, à la p. 1284.

<sup>966</sup> Voir notamment *Orvieto c. Italy (Government of the Republic of)*, 2006 QCCS 2688, para. 110 : le juge souligne que « l'employeur a non seulement forcé Orvieto à démissionner en modifiant de manière importante ses conditions de travail, mais il a, de plus, violé le droit à la dignité de l'employé (article 2087 C.c.Q.), et ce, pendant toute la période où Messina était présent à la Délégation, tant avant qu'après le départ d'Orvieto. Il ne faut pas oublier qu'en plus de l'humiliation subie alors qu'il était au travail, Orvieto a dû attendre plusieurs semaines pour obtenir son relevé d'emploi, a dû attendre jusqu'en février 2006 avant que son employeur reconnaisse lui devoir une compensation pour ses jours de vacances accumulées, et reconnaisse qu'il ne pouvait refuser le versement de la prime d'encouragement en raison du congé de paternité. ».

<sup>967</sup> *Marier c. Centre à la petite enfance Gros Bec*, 2013 QCCQ 3933 (C.Q.), para. 205 : le juge souligne que « L'obligation de protéger la dignité du salarié est autonome et distincte des autres obligations qui gouvernent les relations de travail entre les employeurs et leurs salariés. Elle est d'ailleurs plus large que certaines autres, par exemple celles prohibant le harcèlement ou la discrimination. Elle constitue une obligation continue, qui s'applique à compter de l'entrée en vigueur du contrat d'emploi jusqu'à sa terminaison, pouvant ainsi englober la manière par laquelle l'employeur congédie son employé » ; *adde Desagagné-Bolduc c. Provigo Distribution inc.*, [2007] R.J.Q. 1622, para. 157 : « L'article 2087 oblige l'employeur à prendre les mesures appropriées en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié dans son milieu de travail. » ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. 140998 Canada Inc.*, 2002 CanLII 23918 (QC TDP), para. 67 : « L'employeur a également l'obligation, en vertu du *Code civil*, de prendre « des mesures appropriées à la nature du travail » en vue de protéger la santé, la sécurité et la « dignité du salarié ».

<sup>968</sup> Voir Christian BRUNELLE, Michel COUTU et Gilles TRUDEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme », (2007) 48 *C. de D.* 5, à la p. 39 : les auteurs affirment que « le mariage entre les chartes des droits et le droit du travail apparaît plutôt réussi. Les droits et libertés fondamentaux se sont relativement bien fondus dans l'ensemble du droit du travail et permettent ainsi aux travailleurs canadiens et québécois de bénéficier de droits sociaux élargis et correspondant davantage à leurs aspirations individuelles. ».



bassements des droits sanitaires et sociaux comme le révélateur du point au delà duquel la personne n'est plus traitée comme telle. Au Québec, elle s'affirme comme un véritable droit dont quiconque peut réclamer le respect. On peut certes souhaiter de la retenue dans la mise en œuvre de cette protection<sup>969</sup>, mais on doit se réjouir de l'existence dans nos droits d'une notion résolument orientée vers la prise en considération de la part d'humanité dont chaque personne est porteuse.

\*

\*

\*

---

<sup>969</sup> Voir Muriel FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 2014, à la p. 95 : pour l'auteure « le principe de dignité humaine aurait dû rester un principe surplombant le droit et ne pas devenir un concept juridique directement opératoire. Il est sans doute trop tard, et il faudrait alors au moins ne le mobiliser que très exceptionnellement, en l'absence de tout autre concept juridique applicable. Le concept de dignité est aujourd'hui au contraire galvaudé, ce qui lui fait perdre toute consistance et toute crédibilité. ».

## Section II – La sauvegarde de la dignité des contractants

**172. La dignité s'impose à la volonté.** La dignité n'est pas seulement une protection offerte aux contractants : dans certains cas elle marque également une limite à leur volonté. Elle est alors essentiellement un concept directif, puisqu'elle dicte des restrictions à la volonté des individus incontestablement fondées sur l'idée de protection de la personne contre elle-même<sup>970</sup>. Ce mouvement, s'il semble éminemment liberticide, n'est pourtant pas condamnable *a priori*, car comme le souligne Mme Fabre-Magnan il est de l'essence même du Droit de poser des interdits<sup>971</sup>. En droit des contrats, cette dignité a des conséquences notables car elle permet une remise en cause de l'autonomie de la volonté. Si en France la sauvegarde de la dignité tend à devenir un impératif (§ I), elle reste principalement un objectif au Québec (§ II).

### § I – L'impératif de sauvegarde de la dignité en France

**173. Un devoir de –.** En droit français, les exemples paraissent se multiplier d'affaires dans lesquelles la dignité vient s'opposer aux volontés des individus. On conçoit que cette dignité limitatrice des volontés choque<sup>972</sup> notamment parce qu'elle s'affirme comme un

---

<sup>970</sup> Voir Jean-Philippe FELDMAN, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits* 2009.48.87, à la p. 88 : pour l'auteur « [l]e principe de la dignité de la personne humaine manifeste une nouvelle conception des droits de l'homme. Il établit un personnalisme renouvelé qui s'oppose à un individualisme dangereux et/ou potentiellement triomphant. ».

<sup>971</sup> Voir Muriel FABRE-MAGNAN, « Dignité Humaine », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVIA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige Dicos de Poche », Paris, P.U.F., 2008, p. 285, à la p. 291 : l'auteure s'interroge en ces termes « [l]a dignité est en ce sens souvent contestée en ce qu'elle serait une limite à la liberté individuelle [...]. Mais n'est-ce pas le cas de tous les interdits posés par le droit (au premier rang desquels l'interdit du meurtre) ? ».

<sup>972</sup> Voir notamment Emmanuel DREYER, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008.2730 : selon l'auteur « le droit s'égare lorsqu'il sort du dilemme liberté/responsabilité pour accueillir d'autres concepts, comme celui de dignité qui est la porte ouverte à une dérive fondamentaliste » ; et Jean-Philippe FELDMAN, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits* 2009.48.87, à la p. 94 : pour l'auteur « [l]a protection de l'individu contre

*devoir de* dans une société de « droit à »<sup>973</sup>, mais elle doit cependant demeurer un obstacle infranchissable à la volonté des contractants.

Il semble parfois nécessaire que le droit affirme le respect de la dignité, même s'il s'oppose ainsi à la volonté des personnes<sup>974</sup>. C'est précisément dans cette perspective, que la dignité a été consacrée une première fois, de manière retentissante, à propos de la célèbre affaire dite du « lancer de nain ». Les faits sont connus, un promoteur de spectacles proposait dans différentes villes de France une attraction qui consistait à lancer, le plus loin possible, une personne affectée de nanisme affublée d'un équipement de joueur de football. Or, dans cet arrêt en date du 27 octobre 1995, le Conseil d'État décide que le spectacle du « lancer de nain » peut être interdit car « par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine »<sup>975</sup>. Cette décision constitue sûrement le parangon de la dignité comme limite aux droits des contractants, car la difficulté dans cette situation était exacerbée du fait que la personne était consentante, et même plus avant, volontaire, puisqu'elle invectivera directement le ministre en charge, afin qu'il lui trouve un emploi de substitution<sup>976</sup>. Faut-il pour autant y voir, une immixtion intolérable du juge dans la sphère d'autonomie des personnes ? En réalité, nous ne le

---

lui-même s'analyse alors comme un non-sens conceptuel » ; *adde* Olivier CAYLA, « Jeux de nains, jeux de vilains », dans Gilles LEBRETON (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, Paris, L'Harmattan, 1988, p. 155.

<sup>973</sup> Voir notamment Christian ATIAS, « Tendances d'un temps ou inexorable loi du droit ? De l'obligation au droit », *D.* 2010.2536, n° 19 : l'auteur observe que « le droit se fait plus descriptif que prescriptif, plus attributif et affirmatif que sélectif et conciliateur. Il énumère et classe les avantages auxquels chacun peut prétendre » ; *adde* Jacques MESTRE, « Le droit d'être fidèle », *R.L.D.C.* 2012.94.3.

<sup>974</sup> Voir Philippe MALAURIE, « Le droit et l'exigence de dignité », *Études* 2003.5.619 : pour l'auteur « le respect de la dignité de la personne humaine n'est pas seulement un principe philosophique relevant du personnalisme chrétien, qui se bornerait à irradier de nombreuses règles juridiques. Il constitue en lui-même une règle pourvue d'un caractère normatif dont la méconnaissance entraîne des effets juridiques ».

<sup>975</sup> Cons. d'État Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, n° 136727 et n° 143578, *Rec. Lebon* p. 372 : note Nathalie DEFFAINS, *R.T.D.H.* 1996.657 ; concl. Patrick FRYDMAN, *R.F.D.A.* 1995.1204 ; note Manuel GROS et Jean-Charles FROMENT, *R.D.P.* 1996.536 ; note Francis HAMON, *J.C.P. G.* 1996.22630 ; note Gilles LEBRETON, *D.* 1996.177 ; obs. Marie-Christine ROUAULT, *L.P.A.* 1996.11.28 ; chron. Jacques-Henri STAHL et Didier CHAUAUX, *A.J.D.A.* 1995.878 ; *G.A.J.A.* n° 92.

<sup>976</sup> Voir Patrick FRYDMAN, concl. ss. Cons. d'État Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, n° 136727 et n° 143578, *Rec. Lebon* p. 372, *R.F.D.A.* 1995.1204.

croions pas car il s'agit simplement de marquer un point de rupture de la tolérance du droit. Or, les périls d'un refus de le faire s'illustrent facilement. Notamment, lorsque le juge européen, dans la décision rendue dans l'affaire *K.A. et A.D. c. Belgique*, refuse de se fonder sur la dignité de la personne humaine pour prononcer la condamnation de comportements de nature sexuelle d'une rare violence<sup>977</sup>, et préfère affirmer le principe de la force validante du consentement<sup>978</sup>. La tension est manifeste ici entre une dignité qui peut sembler liberticide, et le refus de son application. Pourtant, l'intervention du concept de dignité même liberticide ne devrait pas choquer<sup>979</sup>. Il n'est pas de raison plus essentielle que celle de la dignité de limiter la sphère d'autonomie des personnes<sup>980</sup>.

On ne peut nier que la dignité est parfois utilisée abusivement. À la marge de l'activité contractuelle, on peut apercevoir les dangers de la dignité sur la volonté et plus généralement sur la liberté. Le glissement d'un usage légitime et fondé de la dignité vers un usage illégitime et erroné de la dignité n'est pas une hypothèse d'école, plusieurs affaires illustrent parfaitement ce risque. D'abord, une décision en date du 16 septembre 2010, selon

---

<sup>977</sup> CEDH *K.A. et A.D. c. Belgique*, req. n° 42758/98 et 45558/99, § 13, 17 février 2005 : obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2005.341 : « la nature des pratiques lors de la quatrième phase, elle, était connue, car ces pratiques avaient été enregistrées sur des cassettes vidéo qui avaient été saisies lors de l'instruction. On y voyait les prévenus utiliser des aiguilles et de la cire brûlante, frapper violemment la victime, introduire une barre creuse dans son anus en y versant de la bière pour la faire déféquer, la hisser suspendue aux seins puis par une corde entre les jambes, lui infliger des chocs électriques, des brûlures et des entailles, lui coudre les lèvres vulvaires et lui introduire, dans le vagin et l'anus, des vibrateurs, leur main, leur poing, des pinces et des poids. ».

<sup>978</sup> CEDH *K.A. et A.D. c. Belgique*, req. n° 42758/98 et 45558/99, § 84, 17 février 2005 : obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2005.341 « le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des « raisons particulièrement graves » pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité. ».

<sup>979</sup> Muriel FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle – Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008.31 : selon l'auteur « le sadomasochisme relève de la vie privée et de la liberté sexuelle de chacun, mais le droit peut légitimement y mettre quelques limites dans le cas où une personne porte gravement atteinte à l'intégrité physique d'*autrui*. Le fait qu'une personne consente à être victime ne saurait excuser toutes les atteintes à son intégrité physique, toutes les tortures et barbaries, et pourquoi pas le meurtre ; et ce même s'il est démontré qu'elle a donné son accord voire qu'elle en jouit (définition du masochisme). ».

<sup>980</sup> Voir Muriel FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *R.I.E.J.* 2007.58.1, à la p. 8 : selon l'auteure « si la liberté est essentiel de la dignité de l'être humain, elle ne peut suffire, car elle est précisément aussi la liberté de l'inhumanité. Le droit ne doit pas cautionner le comportement destructeur voire mortifère qui consiste à revendiquer, au nom de la liberté, le droit de transgresser toutes les limites et de commettre toutes les barbaries. ».

laquelle l'organisateur d'une exposition ne peut proposer le spectacle de la mort à des fins commerciales<sup>981</sup>. Il s'agit ici évidemment d'interdire cette exposition qui fait le tour du monde et qui offre à la vue de tous, des cadavres dépecés selon une technique dite « scientifique ». Les interrogations suscitées par une telle interdiction ne tiennent pas au contenu de cette exposition particulière, mais plutôt à l'intrusion des juges dans cette sphère car « [p]ris au pied de la lettre, [l'arrêt] suggère que toute exploitation commerciale de la représentation de cadavres, sous quelque forme que ce soit, est illicite, ce qui promet un spectaculaire autodafé si l'on tient pour acquis que « *dans les albums de photographies du XX<sup>e</sup> siècle, plus de la moitié sont des images de mort* » (G. Cornu, *op. cit.*, n° 12), de même que la fermeture d'une pléiade de musées privés, dans tout l'Hexagone... »<sup>982</sup>. Plus avant, on peut aussi relever une décision de la Cour d'appel de Versailles en date du 24 novembre 2004. Ici, une entreprise de jouets, fabriquait et proposait à la vente une peluche nommée « Nazo le Skizo » qui représentait un singe. Pour la Cour d'appel « L'accolement des mots « Nazo » et « Skizo » constitue une moquerie ayant pour effet de provoquer, à l'encontre des malades atteints de schizophrénie un phénomène de dérision et de discrimination constitutif comme tel d'une atteinte à leur dignité. »<sup>983</sup>. L'humour est incontestablement douteux, mais la question peut sérieusement se poser de savoir si le recours à la dignité est indispensable pour contraindre l'entrepreneur. Le devoir de dignité est-il si fort qu'il doive imposer une

---

<sup>981</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ. I* n° 174 : note Florence BELLIVIER et Christine NOUVILLE, *R.D.C.* 2011.605 ; obs. Marion BERTRAND, *J.C.P. G.* 2010.2333 ; chron. Christophe BYK, *J.C.P. G.* 2011.1449 ; note Guillaume CHAUCHAT-ROZIER, *R.L.D.C.* 2010.76.41 ; obs. Emmanuel DREYER, *D.* 2011.780 ; note Bernard EDELMAN, *D.* 2010.2754 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2010.760 ; obs. Christine LE DOUARON, *D.* 2010.2750 ; note Agathe LEPAGE, *C.C.E.* 2010.11.34 ; note Grégoire LOISEAU, *D.* 2010.2750 ; note Béatrice PARANCE, *R.L.D.C.* 2011.80.61 ; obs. Emmanuel PUTMAN, *R.J.P.F.* 2010.11.11 : selon la Cour de cassation « attendu qu'aux termes de l'article 16-1-1, alinéa 2, du code civil, les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence ; que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence. » ; *adde* Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ. I*, n° 174 : chron. Soraya AMRANI-MEKKI et Mustapha MEKKI, *D.* 2015.529 ; obs. Hugo BARBIER, *R.T.D. civ.* 2015.121 ; note Sébastien CACIOPPO, *L.P.A.* 2015.22.8 ; note Aude-Solveig EPSTEIN, *D.* 2015.242 ; obs. Romain LAULIER, *L.P.A.* 2015.59.8 ; obs. Cécile LE GALLOU, *R.L.D.C.* 2014.121.16 ; obs. Laurent LEVENEUR, *C.C.C.* 2015.1.17 ; obs. Grégoire LOISEAU, *J.C.P. G.* 2014.2067 ; note Daniel MAINGUY, *D.* 2015.246 ; note Claire MIGNOT, *L.P.A.* 2014.261.15 ; note Béatrice PARANCE, *R.L.D.C.* 2015.124.60 ; note Stéphane PRIEUR, *Gaz. Pal.* 2014.330.9 ; note Morgan SWEENEY, *R.L.D.C.* 2015.123.8.

<sup>982</sup> Felix ROME, « Le cadavre humain, hors du marché », *D.* 2010.2145.

<sup>983</sup> CA Versailles, 24 novembre 2004, n° 03/09036, *D.* 2005.IR.

auto censure de la bêtise ? Enfin, un dernier exemple peut être tiré d'un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes en date du 14 octobre 2004. Dans cette affaire est en cause le jeu du « laser tag » ; or pour la Cour : « Le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une activité économique consistant en l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes homicides fasse l'objet d'une mesure nationale d'interdiction adoptée pour des motifs de protection de l'ordre public en raison du fait que cette activité porte atteinte à la dignité humaine. »<sup>984</sup>. Il ne s'agit pas ici de défendre des activités dont le bon goût est laissé à l'appréciation de chacun, mais on peut questionner la pertinence de l'application du concept de dignité dans ces cas<sup>985</sup>. L'effet d'accumulation est sûrement exagérément trompeur, la liberté n'est pas battue en brèche par un impératif de dignité dans tous les domaines. Pourtant, la tendance est suffisamment affirmée pour soulever des inquiétudes légitimes chez certains<sup>986</sup>. À l'inverse, ces préoccupations ne semblent pas, au moins en apparence, avoir pénétré le droit québécois.

## § II – L'objectif de sauvegarde de la dignité au Québec

**174.** « Un principe interprétatif »<sup>987</sup>. Le Québec ne connaît pas les déclinaisons fracassantes de la notion de dignité du droit français. On peut espérer que le Hockey –

---

<sup>984</sup> CJUE *Omega c. Allemagne*, Affaire C-36-02, 14 octobre 2004, J.O. C 300 du 4.12.2004, p. 3.

<sup>985</sup> Voir Muriel FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *R.I.E.J.* 2007.58.1, à la p. 19 : pour l'auteur « [l]a dignité de la personne ne doit être mobilisée que lorsqu'il s'agit vraiment de protéger un intérêt que les notions classique ne suffisent pas à assurer. ».

<sup>986</sup> Voir notamment Emmanuel DREYER, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008.2730 : pour l'auteur « le droit s'égare lorsqu'il sort du dilemme liberté/responsabilité pour accueillir d'autres concepts, comme celui de dignité qui est la porte ouverte à une dérive fondamentaliste » (références omises) ; *adde* Olivier CAYLA, « Jeux de nains, jeux de vilains », dans G. LEBRETON (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, Paris, L'Harmattan, 1988, p. 155.

<sup>987</sup> Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012, à la p. 222 : l'auteure révèle l'existence d'une jurisprudence abondante du Tribunal des droits de la personne du Québec ayant recours à cette qualification, ainsi elle cite : *Commission des droits de la personne (Chiasson) c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1996] R.J.Q. 511 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (M.L.) c. Maison des jeunes et autres*, [1998] R.J.Q. 2549 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Poulin*, J.E. 2001-1071 ; *adde* Christian BRUNELLE, « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion

sport à la popularité immense au Canada – malgré certaines critiques récurrentes<sup>988</sup>, ne soit pas menacé d'indignité<sup>989</sup>. L'exposition « Our bodies » a pu se tenir au Centre Eaton, et avant cela une exposition quasiment similaire avait pu tenir l'affiche du Centre des sciences de Montréal, malgré les controverses<sup>990</sup>, sans encourir une interdiction pour indignité. Les craintes de certains de voir disparaître « la boxe, la lutte, la pornographie, le strip-tease, la tauromachie, le travail dans l'industrie du sexe... »<sup>991</sup>, sur le fondement d'une atteinte à la dignité ne semblent pas se vérifier à ce jour<sup>992</sup>. Pourtant, l'idée de sauvegarde de la dignité n'est pas ignorée, simplement elle ne prend pas la forme d'un impératif absolu. En tant que fondement de l'ensemble des droits et libertés garantis par la *Charte québécoise* enchassé au sein du Préambule, elle a vocation à innover l'ensemble du droit<sup>993</sup>. On doit alors constater avec Mme Samson<sup>994</sup>, que la jurisprudence place la dignité de la personne humaine dans une

---

fondamentale », (2006) NS R. *du B.* 143, à la p. 155 : selon l'auteur « lorsqu'ils sont appelés à interpréter les droits quasi constitutionnels, à déterminer leur sens, à préciser leur portée ou à établir leurs limites, les tribunaux doivent sans cesse garder à l'esprit que toute personne possède une dignité inhérente que le droit doit reconnaître, respecter et préserver. ».

<sup>988</sup> Cf. parmi de très nombreux articles de presse généraliste : Vincent FARGOT, « Le Canada s'interroge, Le hockey sur glace est-il trop violent ? », *Le Monde*, 11 mars 2011 ; Annabelle NICOURD, « Les québécois jugent le hockey trop violent », *La Presse*, 10 mars 2011 ; Alexandre SHIELDS, « Violence au Hockey mineur : La ministre Courchesne veut sévir », *Le Devoir*, 25 mars 2008.

<sup>989</sup> Cf. Jean-Louis BAUDOUIN, « Violence et pratique du sport : que font le droit pénal et le droit civil ? », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 185.

<sup>990</sup> Cf. Mario CLOUTIER, « Bodies le corps de la controverse », *La Presse*, 17 octobre 2009.

<sup>991</sup> Christian BRUNELLE, « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », (2006) NS R. *du B.* 143, à la p. 173.

<sup>992</sup> Voir cependant Diane ROMAN, « *A corps défendant* », D. 2007.1284 : l'auteure souligne que la dignité « a beau être présentée comme étant universelle, elle fait l'objet d'interprétations sensiblement différentes et démontre la prégnance d'un relativisme culturel. La gestation pour autrui est interdite au nom de la protection de la dignité de la personne en France mais jugée conforme à cette même notion aux États-Unis ou en Israël. La boxe professionnelle, déclarée contraire à la dignité en Suède et interdite de ce fait, ne suscite pas le même opprobre ailleurs ».

<sup>993</sup> Voir *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, para. 31 : « Nous trouvons dans ce préambule une indication que l'objectif poursuivi par la *Charte* est la protection du droit à la dignité ».

<sup>994</sup> Cf. Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012, à la p. 221.

sphère différente des autres droits protégés, car elle est la « pierre angulaire »<sup>995</sup>, et la « valeur sous-jacente aux droits et libertés »<sup>996</sup>. Ainsi, la dignité « est parfois appelé[e] en renfort pour étayer un droit (ou une liberté) déjà consacré par la Charte »<sup>997</sup>. En matière contractuelle, la décision rendue par la Cour supérieure dans l'affaire *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Vallée*, illustre cet aspect. En l'espèce, une personne âgée s'appauvrit au profit d'une personne plus jeune avec laquelle elle entretient une relation. Se pose alors la question de la sanction de l'exploitation de la vulnérabilité d'une personne âgée en vertu de l'article 48 al. 1 de la *Charte Québécoise* aux termes duquel : « Toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation ». Or, les juges décident, en se référant à l'article 4 relatif à la dignité, d'étendre l'application de l'article 48 de la *Charte québécoise* à l'exploitation financière consentie<sup>998</sup>. Ainsi, dans une situation de faiblesse ou de vulnérabilité, le contractant québécois va pouvoir bénéficier d'une protection accrue de ses droits dès lors que sa dignité est atteinte. C'est donc bien une nouvelle forme d'ordre public basé sur la dignité humaine<sup>999</sup>, selon laquelle « nul ne peut consentir à ce que lui soient portées des atteintes contraires à la dignité de la personne humaine et donc renoncer à cette dignité »<sup>1000</sup>.

---

<sup>995</sup> *Coutu c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1995] R.J.Q. 1628, à la p. 1651.

<sup>996</sup> *Curateur public du Québec c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, para. 100.

<sup>997</sup> Christian BRUNELLE, « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », (2006) N.S. R. du B. 143, à la p. 161.

<sup>998</sup> *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Vallée*, [2003] R.J.Q. 2009, para. 75 et suiv. ; conf. par *Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2005] R.J.Q. 961.

<sup>999</sup> Voir Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire - 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005*, p. 99, à la p. 107 : l'auteur affirme « [l]e pouvoir que j'ai sur l'objet d'un droit de la personnalité n'est pas absolue et les limites qui peuvent être tracés sont en dernier ressort, celles qui découlent d'un nouveau genre d'ordre public, celui basé sur la dignité de la personne humaine. Un ordre public « humaniste ». » (références omises).

<sup>1000</sup> Jean-Philippe FELDMAN, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits* 2009.48.87, à la p. 90.



\* \* \*

**175. Conclusion de la Section II.** La sauvegarde de la dignité de la personne humaine est un principe nécessaire même s'il bouleverse les raisonnements acquis<sup>1001</sup>. En France, ce principe s'affirme de plus en plus souvent comme un impératif que la personne peut se voir opposer, une telle orientation si elle peut questionner – notamment au regard d'un possible dédoublement de l'éthique sociale –, ne doit pas nécessairement être condamnée. Pourtant, combiné avec une extension dans des domaines qui devraient lui être étranger, cet impératif risque d'être rejeté. À cet égard, au Québec l'objectif de sauvegarde de la dignité qui se donne à voir semble jouer un rôle plus modeste même si il n'apparaît pas moins efficace ou redoutable.

\* \*

\*

---

<sup>1001</sup> Voir Bertrand MATHIEU, « De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie », *R.G.D.M.* 2003.9.97, à la p. 101 : l'auteur expose ce changement de conception « [s]oit l'on considère que le système juridique est construit à partir du principe cardinal de la liberté autonomie de l'individu et les seules limites à cette liberté tendant à se concrétiser dans la mise en cause de la responsabilité pour dommage causés à autrui, ce système de responsabilité étant le régulateur essentiel de la vie sociale. Soit l'on considère que le principe cardinal est celui de dignité. L'on devra alors admettre que la volonté individuelle et l'absence de dommage directement causé à autrui ne peuvent pas toujours suffire à justifier un acte ou un comportement ».

\* \* \*

**176. Conclusion du Chapitre I.** La « pro-vulgation »<sup>1002</sup>, d'une dignité juridique opératoire est à l'évidence un facteur de perturbation en droit des contrats. Pourtant, le recours à la notion de dignité pour apprécier la validité des contrats nous semble devoir s'imposer précisément car elle peut apporter une contribution importante au progrès de la justice sociale. La protection contre les atteintes à la dignité de la personne humaine apporte un témoignage significatif à cet égard. En France, elle permet de sanctionner les attitudes les plus attentatoires aux droits de la personne dans les domaines les plus susceptibles de donner lieu à ce type d'atteintes. Au Québec, la transcendance de la protection offerte par sa consécration au sein de la *Charte Québécoise* est un indicateur important de la primauté de la personne qu'elle entend consacrer. À un autre niveau, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine est une nécessité même si elle peine à trouver sa légitimité. En effet, en France, on peut saluer ses effets lorsqu'elle marque un interdit fondamental et en même temps les regretter lorsqu'elle est dégradé au simple rang d'argument rhétorique. Au Québec, en apparence, cantonnée dans un rôle plus discret – mais non moins fondamental –, la dignité peut aussi s'opposer au consentement mais surtout dans une dynamique protectrice. La combinaison de la protection contre les atteintes à la dignité des contractants et de la sauvegarde de la dignité des contractants épouse les contradictions de la personne, elle est le reflet du désir légitime de protection et s'affirme alors comme le marqueur d'un point de rupture à partir duquel le droit ne peut plus tolérer la liberté.

\* \* \*

\*

---

<sup>1002</sup> Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> république*, coll. « Champs essais », Paris, Flammarion, 1996, à la p. 20.

## Chapitre II - L'exigence de légitimité de la contractualisation des droits fondamentaux

**177.** L'opportunité de concilier ce qui ne peut être hiérarchisé<sup>1003</sup>. Si le pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats ne saurait être absolu, il ne saurait non plus être illégitime. L'affirmation ne doit pas surprendre, on se souvient que Gounot affirmait déjà que « l'homme n'a pas le droit de vouloir n'importe quoi et dans n'importe quel dessein, mais celui seulement de vouloir la satisfaction d'intérêts légitimes »<sup>1004</sup>. Or, cette exigence de légitimité est à la fois renforcée et modifiée par la valeur éminente des droits fondamentaux. En effet, le droit ne saurait admettre que dans la poursuite d'un but futile la personne avilisse ses droits fondamentaux. Pourtant, le droit doit permettre aussi la coexistence des intérêts en présence pour les concilier<sup>1005</sup>. Dès lors, comme l'observe M. Mekki, « la légitimité [...] permet non seulement de protéger le contrat mais aussi de l'encadrer »<sup>1006</sup>. Cependant, la mise en œuvre de cette exigence soulève de grandes difficultés et peine à s'imposer aussi bien en droit français, qu'en droit québécois, issue du droit public dans les deux cas, elle semble rétive à une appréhension en droit privé.

---

<sup>1003</sup> Voir Mustapha MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *R.D.C.* 2006.679 : « [L]e pragmatisme du contrôle de proportionnalité est au service d'une politique : protéger les droits fondamentaux sans entraîner une sclérose du système juridique en conciliant au mieux, et au cas par cas, ce qui ne peut être hiérarchisé » ; *adde* Mustapha MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2<sup>d</sup>e Partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », *R.D.C.* 2007.239 : l'auteur estime que le contrôle de proportionnalité est « le seul moyen de conciliation envisageable » entre le contrat et les droits fondamentaux.

<sup>1004</sup> Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912, à la p. 335.

<sup>1005</sup> Voir Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2011, à la p. 193 : l'auteure observe une tendance à « la recherche d'un équilibre des droits par le juge ou d'un arbitrage selon leur légitimité ».

<sup>1006</sup> Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004, à la p. 460, n° 785.

En France, le principal vecteur de cette exigence semble être le contrôle de proportionnalité. Ce contrôle ne paraît pas trouver sa source dans un texte, mais simplement dans un « principe de proportionnalité »<sup>1007</sup> qui évolue au fil des jurisprudences. En conséquence, son domaine est encore incertain<sup>1008</sup> et sa mise en œuvre soulève autant d'espoirs<sup>1009</sup> que d'inquiétudes<sup>1010</sup>. On peut cependant observer l'émergence du contrôle de proportionnalité (Section I).

Au Québec, l'exigence de légitimité semble pouvoir se déduire du contrôle de raisonnable<sup>1011</sup>, mais la dynamique est sensiblement différente dès lors que cette exigence est calquée sur les méthodes dictées par les instruments de protection des droits fondamentaux eux-mêmes. En effet, la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise* contiennent

---

<sup>1007</sup> Cf. Guy BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », dans *Mélanges offerts à Marcel Waline – Le juge et le droit public*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 297 ; *adde* Michel FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *A.J.D.A.* 1995.156.

<sup>1008</sup> Jean-Baptiste SEUBE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », *L.P.A.* 2009.46.86 : selon l'auteur « [l]e domaine potentiel du contrôle de proportionnalité doit être attentivement cerné. Vu de l'extérieur, la tentation est grande de donner la même importance à tous les arrêts où le juge se livre à un contrôle de proportionnalité. Cette tentation serait trompeuse car elle masquerait la grande disparité des contrôles de proportionnalité. Il n'y a pas un mais des contrôles de proportionnalité qui peuvent être conduits par les juridictions judiciaires. ».

<sup>1009</sup> Voir notamment Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit administratif », Bruxelles, Bruylant, 2009, à la p. 723 : l'auteur présente la proportionnalité comme un outil de sauvegarde des droits fondamentaux face aux atteintes qui peuvent leur être portés.

<sup>1010</sup> Voir notamment Serge GUINCHARD, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », dans *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? - Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, p. 139, 1999, à la p. 155 : selon l'auteur « [a]vec de telles méthodes d'interprétation, on est loin du raisonnement juridique traditionnel français qui ne se satisfait guère de pesées ! Nous sommes dans une autre logique, celles des concepts flous ou «logique de gradation»... » ; et Yves LEQUETTE, « D'une célébration à l'autre (1904-2004) », dans *1804-2004 Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 9, à la p. 24 : pour l'auteur « [l]e contrôle de proportionnalité est là pour éviter qu'un usage immodéré des droits fondamentaux ne remette en cause l'existence même de la société. Mais ce contrôle de proportionnalité ne va pas lui-même sans beaucoup d'incertitudes. Comme on a pu le souligner, la démarche favorise les décisions d'espèce, c'est à dire les solutions dans lesquelles les considérations propres à l'affaire l'emportent sur l'automatisme des règles juridiques. » (références omises).

<sup>1011</sup> Voir Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T.* 287, à la p. 323 et suiv. : l'auteur étudie les potentialités offertes par les dispositions justificatives ; et Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 383 : l'auteur constate l'existence de discussions à propos de l'application de la disposition justificative de la *Charte québécoise*.

toutes les deux des clauses limitatives expresses qui prévoient en substance des mécanismes de contrôle de raisonnable des atteintes aux droits fondamentaux. Appliquées principalement à l'encontre des mesures étatiques, ces dispositions – en réalité celle de la *Charte québécoise* en raison du domaine d'application de la *Charte canadienne* – peuvent être sollicitées également en matière contractuelle<sup>1012</sup>. De sorte que l'on peut étudier la progression du contrôle de raisonnable (Section II).

---

<sup>1012</sup> Voir Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, Thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012, à la p. 194 et suiv. : l'auteure plaide pour une application plus systématique de la disposition limitative de la *Charte québécoise* dans les rapports de droit privé.

## Section I – L'émergence du contrôle de proportionnalité en France

**178. Quelle proportionnalité ?** L'idée de proportionnalité, auréolée de ses vertus pacificatrices<sup>1013</sup>, progresse en droit contemporain<sup>1014</sup>. Pourtant, en matière contractuelle son sens n'est pas toujours clairement établi, elle renvoie parfois à l'idée de plus de justice contractuelle<sup>1015</sup>, et de plus en plus souvent à l'idée de régulation de l'exercice des droits fondamentaux. À dire vrai, les deux sens n'ont que peu en commun<sup>1016</sup> et seul le second retient notre attention. Dans ce cas, le contrôle de proportionnalité se rapproche du contrôle de l'abus de droit<sup>1017</sup>, et il est envisagé comme une procédure permettant de valider

---

<sup>1013</sup> Voir Petr MUZNY, « Proportionnalité (Principe de – et contrôle de –) », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 810, à la p. 811 : selon l'auteur « la proportionnalité puis[e] ses racines dans le terreau du droit antique gréco-romain. Dans les écrits d'Aristote, le droit, en tant qu'objet de la justice, constitue la recherche du juste milieu entre deux extrêmes. Partant, « parce que le droit est proportion, le juge proportionne les choses aux personnes » et la proportionnalité devient l'instrument privilégié à la fois de résolution des litiges et de découverte de la Justice particulière. » (références omises).

<sup>1014</sup> Cf. notamment Guy BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », dans *Mélanges offerts à Marcel Waline – Le juge et le droit public*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 297 ; Paul MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », dans *Présence du droit public et des droits de l'Homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 51 ; Michel FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *A.J.D.A.* 1995.156 ; Xavier PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Préf. C. DEBBASSH, coll. « Science et Droit administratifs », Paris / Aix-en-Provence, Economica / P.U.A.M., 1990.

<sup>1015</sup> Cf. notamment Sophie LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. MUIR-WATT, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2000 ; Pascal PUIG, « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *L.P.A.* 2009.46.93 ; Nicolas MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *L.P.A.* 1998.117.21.

<sup>1016</sup> Voir Mustapha MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2<sup>de</sup> Partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », *R.D.C.* 2007.23.9 : selon l'auteur « [c]ette « proportionnalité-légalité » n'a rien de commun avec la « proportionnalité-équilibre » ».

<sup>1017</sup> Voir Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004, à la p. 452, n° 765 et suiv ; *adde* Emmanuel DREYER, « Du caractère fondamental de certains droits », *R.R.J.* 2006.2.1, à la p. 17, n° 26 : « [A]lors que les droits subjectifs classiques se sont exercés sans restriction jusqu'à ce que se développe la théorie de l'abus de droit, la plupart des droits

une atteinte à un droit fondamental<sup>1018</sup>, nous croyons même, avec M. Mekki, qu'il est « le seul moyen de conciliation envisageable »<sup>1019</sup> entre le contrat et les droits fondamentaux. Pourtant, en pratique ce contrôle soulève plusieurs types d'interrogations le premier tient à son acceptation (§ I), et le second plus fondamental tient à la méthodologie (§ II) qu'il suggère.

## § I – L'acceptation du contrôle de proportionnalité

**179. L'irrésistible progression du contrôle de proportionnalité**<sup>1020</sup>. De manière générale, on observe que la proportionnalité s'impose en droit en raison de la complexification des rapports sociaux<sup>1021</sup>. Dans le contexte du développement des droits fondamentaux, le contrôle de proportionnalité apparaît comme le garant de l'intérêt général

---

fondamentaux sont soumis à une exigence de proportionnalité. La reconnaissance de droits fondamentaux n'a donc pas pour conséquence de légitimer l'égoïsme d'un titulaire de droits sourd aux revendications d'autrui et aveugle aux exigences de l'intérêt général. ».

<sup>1018</sup> Voir Mustapha MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2<sup>de</sup> Partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », *R.D.C.* 2007.23.9 : selon l'auteur « [d]evant le phénomène de fondamentalisation du droit, le contrôle de proportionnalité consistant à concilier au cas par cas, de manière proportionnée, des droits ou des libertés en conflit, prend plus d'ampleur en droit des contrats » ; Martine BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », *L.P.A.* 1998.117.3, n° 20 et suiv. : l'auteur souligne que « le principe de proportionnalité va permettre un certain nombre d'atteinte qui, sans cela auraient été interdite. Il s'agit en quelque sorte d'une proportionnalité validante ».

<sup>1019</sup> Mustapha MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2<sup>de</sup> Partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », *R.D.C.* 2007.23.9 ; *adde* Anne DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Préf. L. LEVENEUR, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2002, à la p. 268, n° 249.

<sup>1020</sup> Cf. Paul MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », dans *Présence du droit public et des droits de l'Homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 49.

<sup>1021</sup> Voir Petr MUZNY, « Proportionnalité (Principe de – et contrôle de –) », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 810, à la p. 811 : l'auteur souligne que l'utilisation de la proportionnalité « est conditionnée par l'existence d'un schéma de pensée spécifique allié à une représentation de la réalité sociale propre. En effet, pour mettre en œuvre la proportionnalité, le juriste doit au préalable reconnaître que le modèle de rationalité à partir duquel il raisonne s'inscrit dans une réalité complexe entourant ses prises de décisions. ».

par ses vertus conciliatrices<sup>1022</sup>. Pourtant, la transposition du contrôle de proportionnalité au droit privé est un objet de controverse<sup>1023</sup>, son acclimation soulève des réticences synthétisées par les mots de M. Seube, selon qui « [f]inie les belles constructions prétoriennes, bonjour la relativisation perpétuelle »<sup>1024</sup>. Alors même qu'il est fortement suggéré par la Cour européenne (A.), ce contrôle paraît en réalité être largement impossible (B.).

## A. Un contrôle suggéré

**180. La Cour européenne des droits de l'homme initiatrice du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux**<sup>1025</sup>. Si le contrôle de proportionnalité n'est pas prévu par le texte même de la *Convention européenne*, il « doit être

---

<sup>1022</sup> Voir Jean-Marie PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.* 1998.327 : pour l'auteur « [l]a technique du bilan coût-avantages est l'un des procédés utilisés par le juge pour faire prévaloir l'intérêt général sur d'autres intérêts ».

<sup>1023</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1 « Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple », coll. « Quadirge Manuels », Paris, P.U.F., 2004, à la p. 93, n° 53 : « dans les applications, ce principe est ramené à une exigence un peu vague, d'équilibre raisonnable entre deux données contraires. ».

<sup>1024</sup> Jean-Baptiste SEUBE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », *L.P.A.* 2009.46.86 : pour l'auteur « [l]a Convention européenne des droits de l'homme peut également conduire les juridictions judiciaires à mener un contrôle de proportionnalité. Certains droits proclamés par la Convention européenne des droits de l'homme sont relatifs. Cela signifie que les États signataires peuvent y apporter des limites ou des dérogations. Comme la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation peut être conduite à les apprécier : elle doit donc se demander si l'atteinte que la loi française porte à un droit fondamental est ou non admissible [...]. Dans ce type de contrôle, la Cour européenne des droits de l'homme a sa propre jurisprudence : elle considère que les atteintes doivent d'abord être justifiées par la défense d'un besoin social et impérieux et, ensuite, proportionnées au but poursuivi. En toute rigueur, et pour ne pas prendre le risque d'être désavouée, la Cour de cassation aurait tout intérêt à adopter le même contrôle. » (références omises).

<sup>1025</sup> Cf. parmi d'autres Marc-André EISSEN, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour », dans Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX et Pierre-Henri IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Economica, 1999, p. 65 ; Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, FUSL/Brulyant, 2002 ; Petr MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme – Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Préf. F. SUDRE, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2005 ; Vincent BERGER, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme », *L.P.A.* 2009.46.40.



considéré comme inhérent à la protection européenne des droits fondamentaux »<sup>1026</sup>. Dans ce cadre, c'est uniquement pour déterminer dans quelle mesure un État peut porter atteinte à un droit fondamental protégé que les juges strasbourgeois peuvent mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité. Cependant, on l'a dit<sup>1027</sup>, par une jurisprudence abondante, les juges de Strasbourg invitent les juridictions internes à procéder à ce type de contrôle en matière contractuelle. Ainsi, on se souvient que dans la décision rendue dans l'affaire *Van Kück c. Allemagne*, l'Allemagne s'est vu reprocher le traitement par ses juridictions d'une demande de remboursement des frais d'une opération de conversion sexuelle par une assurance privée, au motif que « la manière dont les juridictions allemandes ont traité sa demande de remboursement de ses frais médicaux emporte violation des obligations positives qui incombent à l'État »<sup>1028</sup>. On rappelle également que le même type de raisonnement s'est retrouvé dans la décision rendue dans l'affaire *Pla et Puncernau c. Andorre*<sup>1029</sup> et dans la décision rendue dans l'affaire *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*<sup>1030</sup>. Il faut pourtant lire dans ces décisions une invitation ouverte à l'adresse des juridictions nationales à mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité.

---

<sup>1026</sup> Laurent SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : Présentation générale », *L.P.A.* 2009.46.26.

<sup>1027</sup> *Supra* n° 43.

<sup>1028</sup> CEDH *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, § 75, CEDH 2003-VII : note Anne DEBET, *R.D.C.* 2004.3.788 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2004.361.

<sup>1029</sup> CEDH *Pla et Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01, § 59, CEDH 2004-VIII : note François BOULANGER, *J.C.P. G.* 2005.744 ; obs. Jean-François FLAUS, *A.J.D.A.* 2005.541 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2004.804 ; note Judith ROCHFELD, *R.D.C.* 2005.3.645 : selon les juges « la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention ».

<sup>1030</sup> CEDH *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, n° 23883/06, § 33, 16 décembre 2008 : note Cyril GRIMALDI, *R.D.C.* 2010.1.131 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2009.281 ; obs. Julien RAYNAUD, *A.J.D.I.* 2009.438 ; obs. Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2009.27 : selon les juges « Certes, la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire, discriminatoire ou, plus largement, en contradiction avec les principes sous-jacents à la Convention ».

## B. Un contrôle impossible ?

**181. L'ignorance des faits en sursis**<sup>1031</sup>. Malgré qu'il soit fortement suggéré le contrôle de proportionnalité est très souvent ignoré par le juge judiciaire français<sup>1032</sup>. Or, comme des auteurs l'ont révélé c'est principalement en raison de l'inadéquation de ses méthodes avec celles qui sont préconisées<sup>1033</sup>. Précisément parce qu'elle ne peut connaître des faits, la Cour de cassation ne peut pleinement mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité. Cette simple donnée peut expliquer en grande partie que le contrôle de proportionnalité soit bien souvent purement et simplement évacué par les juges français<sup>1034</sup>. Aussi, dans des affaires très emblématiques, des solutions brutales et sans nuances s'imposent. On verra alors la Cour de cassation de faire prévaloir un droit fondamental sur un contrat, en l'espèce le droit au respect de la vie privé qui emporte la possibilité d'héberger ses proches sur le contrat de bail<sup>1035</sup>. Mais on verra aussi la Haute juridiction faire

---

<sup>1031</sup> Voir Philippe JESTAZ, Jean-Pierre MARGUENAUD et Christophe JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014.2061 : selon les auteurs « la proportionnalité s'affirme, à l'heure de la globalisation, comme la révolte des faits trop longtemps tenus en laisse par la règle de droit. Et c'est la règle qui risque de céder. » ; *adde* Christophe JAMIN, « Juger et motiver - Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *R.T.D. civ.* 2015.263.

<sup>1032</sup> Voir notamment Ruth DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. SEUBE, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2012, à la p. 375 et suiv, n° 638 et suiv. : selon l'auteur « [p]lusieurs arrêts rendus par les juridictions judiciaires françaises ont déjà transposé l'effet horizontal de la CEDH en droit interne. Parmi ces décisions certaines sont critiquables en ce que le contrôle de proportionnalité n'y figure pas toujours clairement ».

<sup>1033</sup> Voir Philippe JESTAZ, Jean-Pierre MARGUENAUD et Christophe JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014.2061 : les auteurs souligne que « [n]ous sommes tellement habitués - et attachés - à notre chère vieille Cour de cassation que nous ne voyons même plus son étrangeté : un juge qui ne juge pas les faits ! Qui a interdiction de les juger ou d'en faire le support de son argumentation, qui doit les tenir le plus possible à distance pour ne mener qu'une investigation de pur droit. » ; *adde* Christophe JAMIN, « Juger et motiver », *D.* 2015.263.

<sup>1034</sup> Voir Jean-Baptiste SEUBE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », *L.P.A.* 2009.46.86 : l'auteur souligne « la généralisation d'un contrôle de proportionnalité impliquerait sans doute une nouvelle rédaction des arrêts de la Cour de cassation : elle devrait abandonner son style ciselé pour motiver, plus explicitement, les solutions qu'elle consacre ; elle devrait peser, plus explicitement, les intérêts en balance, comme le fait la Cour européenne des droits de l'homme. Ce faisant, elle cesserait progressivement d'être une juridiction du droit pour n'être qu'une juridiction du fond. ».

<sup>1035</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ.* III, n° 60 : obs. Alain BENABENT, *Defresnois* 1996.1432 ; obs. François COLLART DUTILLEUL et Jean DERRUPÉ, *R.D.I.* 1996.620 ; obs. CRDP

prévaloir un contrat sur droit fondamental, en l'espèce le contrat de bail sur la liberté de religion<sup>1036</sup> au nom d'une « laïcité contractuelle »<sup>1037</sup> nouvelle<sup>1038</sup>. En conséquence, en faisant fi du contrôle de proportionnalité les juges produisent un raisonnement que certains n'hésitent pas à qualifier « d'insuffisant »<sup>1039</sup>, qui est assurément néfaste à l'appréhension de la matière<sup>1040</sup>, et qui apporte un témoignage éclatant de « l'insuffisante prise de conscience par les juges de l'emprise des droits fondamentaux sur les actes juridiques »<sup>1041</sup>. Cependant

---

NANCY, *D.* 1996.379 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 1996.580 ; obs. Christophe JAMIN, *J.C.P. G.* 1996.I.3958 ; obs. Bertrand DE LAMY, *D.* 1997.167 ; obs. Jean-Pierre MARGUENAUD, *R.T.D. civ.* 1996.1024 ; obs. Jacques MESTRE, *R.T.D. civ.* 1996.897 ; note Nguyen VAN TUONG, *J.C.P. G.* 1997.II.22764 ; obs. Bruno WERTENSCHLAG, *A.J.D.I.* 1996.704 ; *G.A.J.C.* 2, n° 273 ; et Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2006, n° 04-19.349, *Bull. civ.* III, n° 73 ; obs. Sidonie DOIREAU, *R.L.D.C.* 2006.27.9 ; note Éric GARAUD, *L.P.A.* 2006.148.18 ; note Jean-Pierre MARGUENAUD, *R.T.D. civ.* 2006.722 ; obs. Yves ROUQUET, *A.J.D.I.* 2006.637 ; note Éric SAVAUT, *Defresnois* 2006.721 ; note Jean-Baptiste SEUBE, *R.D.C.* 2006.1149.

<sup>1036</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 décembre 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262 ; obs. Nicolas DAMAS, *D.* 2004.844 ; note Eric GARAUD, *R.J.P.F.* 2003.4.9 ; concl. Olivier GUÉRIN et obs. Yves ROUQUET, *A.J.D.I.* 2003.182 ; note Gwendoline LARDEUX, *R.D.C.* 2004.348 ; obs. Rémy LIBCHABER, *R.T.D. civ.* 2003.575 ; note Grégoire LOISEAU, *Dr. et Pat.* 2003.117.85 ; obs. Astrid MARAIS, *R.D.C.* 2003.220 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2003.383 ; obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, *R.T.D. civ.* 2003.290 ; obs. Judith ROCHFELD, *R.D.C.* 2004.231 ; *G.A.J.C.* 2, n° 274 ; et Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ.* III, n° 140 ; note Charles AMSON et Daniel AMSON, *Gaz. Pal.* 2006.340.12 ; note Christian ATIAS, *D.* 2006.2887 ; obs. Pierre CAPOULADE, *A.J.D.I.* 2007.311 ; note Thierry DUBAELE, *R.L.F.* 2006.355 ; note Dominique FENOUILLET, *L.P.A.* 2006.133.9 ; note Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2006.722 ; note Hugues PÉRINET-MARQUET, *J.C.P. N.* 2006.2379 ; obs. Emmanuel PUTMAN, *R.J.P.F.* 2006.10 ; obs. Anne-Sophie RACT et Charles AMSON, *Gaz. Pal.* 2007.159.2 ; obs. Julien RAYNAUD, *A.J.D.I.* 2006.609 ; note Jean-Baptiste SEUBE et Thierry REVET, *Dr. et Pat.* 2007.161.82 ; note Guy VIGNERON, *Loyers et Copropriété* 2006.9.22.

<sup>1037</sup> Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, « Les pratiques dictées par les convictions religieuses », *R.T.D. civ.* 2003.290.

<sup>1038</sup> Cf. Cass. Ass., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Bull. Ass.* n° 1 ; concl. Robert SCHMELCK et note Philippe ARDANT, *D.* 1978.541 ; rapp. SAUVAGEOT et note LINDON, *J.C.P.* 1979.II.19009 ; *G.A.J.C.* 1, n° 31 : dans cette affaire la Cour de cassation a pu considérer que les conviction religieuse avaient été volontairement intégrées dans le contrat.

<sup>1039</sup> Dominique FENOUILLET, note sous civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, « Règlement de copropriété et liberté religieuse, ou la difficile cohabitation des consciences », *L.P.A.* 2006.133.9.

<sup>1040</sup> Voir *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 193, n° 224 : pour l'auteur « [s]i le contrôle de proportionnalité de l'atteinte génère une certaine insécurité juridique tenant à la casuistique qui en résulte, l'absence d'utilisation d'un tel contrôle peut apparaître tout aussi incertaine : autant chercher la quadrature du cercle. ».

<sup>1041</sup> Julien RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. GARAUD, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2003, à la p. 204, n° 188.

cette impossibilité pourrait bien prendre fin dès lors que des réformes s'annoncent à la Cour de cassation<sup>1042</sup>, et que le projet de réforme du droit des contrats<sup>1043</sup> prévoit précisément d'intégrer l'exigence de proportionnalité à l'article 1102 al. 2 du *Code civil* qui disposerait que :

« 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. »<sup>1044</sup>.

Il est à souhaiter que l'impossibilité structurelle de mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité soit levée pour en révéler toute la richesse.

## § II – *La méthodologie incertaine du contrôle de proportionnalité*

**182. Une méthodologie mal adaptée**<sup>1045</sup>. Si nous croyons, à la suite d'autres<sup>1046</sup>, que le contrôle de proportionnalité devrait s'imposer dans l'appréciation des limites au pouvoir sur les droits fondamentaux, c'est parce qu'il semble proposer la seule méthode possible

---

<sup>1042</sup> Cf. Christophe JAMIN, « Cour de cassation : le fil et la pelote », *D.* 2015.1641.

<sup>1043</sup> *Supra* n° 108.

<sup>1044</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2015 ([www.justice.gouv.fr/publication/j21\\_projet\\_ord\\_reforme\\_contrats\\_2015.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf)), art. 1102.

<sup>1045</sup> Voir Jean-Baptiste SEUBE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », *L.P.A.* 2009.46.86 : selon l'auteur « lorsqu'il s'impose à elles par raison d'autorité, les juridictions judiciaires malmènent le contrôle de proportionnalité. ».

<sup>1046</sup> Cf. notamment Julien RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. GARAUD, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2003, à la p. 257 et suiv., n° 244 et suiv. : selon l'auteur « Lorsque le juge interne applique dans une relation interindividuelle un article de la Convention reconnaissant de d'un droit fondamental, il doit utiliser le principe de proportionnalité afin de jauger l'atteinte portée à ce droit » ; *adde* Ruth DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. SEUBE, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2012, à la p. 367 et suiv., n° 625 et suiv. ; Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013, à la p. 273 et suiv., n° 344 et suiv.

pour permettre une conciliation entre les droits fondamentaux<sup>1047</sup>. Précisément, cette méthode vise un rapport d'ordre qualitatif, « [l]a résolution d'un litige impliquant les droits de l'homme au moyen de la proportionnalité n'équivaut donc pas à la recherche d'une égalité formelle pour mesurer le caractère proportionnel du comportement litigieux, mais plutôt à celle d'un équilibre fonctionnel afin de juger du caractère proportionné de ce dernier. »<sup>1048</sup>. Ainsi, le contrôle de proportionnalité se présente sous la forme d'un contrôle de la justification (A.) et de l'équilibre (B.)<sup>1049</sup>. Précisons pourtant que la manière dont il est pratiqué par les juridictions internes ne permet pas d'en saisir réellement les contours précis<sup>1050</sup>.

### A. Le contrôle de la justification

**183. L'acte et son motif.** Selon la formule de M. Geniaut : « [l]'exigence de proportionnalité rapporte la teneur d'un acte ou d'un agissement à la raison qui le soutient »<sup>1051</sup>; à travers cette exigence est donc examinée la justification de l'atteinte au droit fondamental. Pourtant, selon les situations et les interprètes en cause, l'appréciation de la justification pourra se faire en fonction de critères variés. On sait que les juges

---

<sup>1047</sup> Voir Mustapha MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2<sup>de</sup> Partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », *R.D.C.* 2007.23.9 : pour l'auteur « [c]e contrôle de proportionnalité est actuellement, en raison de la prolifération des conflits entre droits fondamentaux, le seul moyen de conciliation envisageable. » ; *adde* Anne DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Préf. L. LEVENEUR, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2002, à la p. 268, n° 249.

<sup>1048</sup> Petr MUZNY, « Proportionnalité (Principe de – et contrôle de –) », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 810, à la p. 810.

<sup>1049</sup> Benoît GENIAUT, *La proportionnalité dans les relations de travail - De l'exigence au principe*, Préf. A. JEANMAUD, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Dalloz, 2009, à la p. 259, n° 426.

<sup>1050</sup> Voir Mustapha MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2<sup>de</sup> Partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », *R.D.C.* 2007.23.9 : l'auteur observe que « [l]a formule reste identique, seuls les termes de l'équation varient : deux libertés en conflit à concilier, au cas par cas, de manière proportionnée, sans prétention à la généralité. ».

<sup>1051</sup> Benoît GENIAUT, *La proportionnalité dans les relations de travail - De l'exigence au principe*, Préf. A. JEANMAUD, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Dalloz, 2009, à la p. 259, n° 426.

strasbourgeois, lorsqu'ils mettent en œuvre le contrôle de proportionnalité à l'encontre d'une mesure étatique s'attachent à contrôler que la mesure vise un but légitime<sup>1052</sup> : c'est alors autour de but légitime que peut être articulée la justification. Évidemment, on mesure immédiatement la difficulté d'appréciation qui en résulte.

Dans la hiérarchisation des buts ou intérêts on pourra s'interroger sur ce qui permet d'accorder plus de poids à un but ou un intérêt qu'à un autre. D'ailleurs, toute la discontinuité que peut introduire ce type de raisonnement peut s'illustrer à travers le contentieux relatif au logement. Ainsi, on se souvient que si le bailleur ne peut avoir intérêt à priver une personne d'héberger des proches<sup>1053</sup>, il peut avoir intérêt à refuser l'installation de serrures électriques pour satisfaire des preneurs<sup>1054</sup>. Il n'y a là rien de très choquant mais

---

<sup>1052</sup> Voir notamment Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 2012, à la p. 226, n° 151 : selon l'auteur « [l]es restrictions aux droits garantis doivent être prises dans l'intérêt de la vie étatique (sécurité nationale, sûreté publique, bien-être économique ou général du pays), de la vie sociale (sécurité publique, ordre public, santé ou moralité publique) ou des droits d'autrui au sein de la société. » ; Cf. parmi d'autres CEDH *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, § 63, série A n° 44 : spécialement sur la nécessité ; CEDH *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, n° 23883/06, § 42, 16 décembre 2008 : note Cyril GRIMALDI, *R.D.C.* 2010.1.131 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2009.281 ; obs. Julien RAYNAUD, *A.J.D.I.* 2009.438 ; obs. Frédéric SUDRE, *J.C.P. G.* 2009.27.

<sup>1053</sup> Voir Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ.* III, n° 60 : obs. Alain BENABENT, *Defresnois* 1996.1432 ; obs. François COLLART DUTILLEUL et Jean DERRUPÉ, *R.D.I.* 1996.620 ; obs. CRDP NANCY, *D.* 1996.379 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 1996.580 ; obs. Christophe JAMIN, *J.C.P. G.* 1996.I.3958 ; obs. Bertrand DE LAMY, *D.* 1997.167 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 1996.1024 ; obs. Jacques MESTRE, *R.T.D. civ.* 1996.897 ; note Nguyen VAN TUONG, *J.C.P. G.* 1997.II.22764 ; obs. Bruno WERTENSCHLAG, *A.J.D.I.* 1996.704 ; *G.A.J.C.* 2, n° 273 ; et Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2006, n° 04-19.349, *Bull. civ.* III, n° 73 : obs. Sidonie DOIREAU, *R.L.D.C.* 2006.27.9 ; note Éric GARAUD, *L.P.A.* 2006.148.18 ; note Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2006.722 ; obs. Yves ROUQUET, *A.J.D.I.* 2006.637 ; note Éric SAVAUT, *Defresnois* 2006.721 ; note Jean-Baptiste SEUBE, *R.D.C.* 2006.1149.

<sup>1054</sup> Voir Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 décembre 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262 : obs. Nicolas DAMAS, *D.* 2004.844 ; note Eric GARAUD, *R.J.P.F.* 2003.4.9 ; concl. Olivier GUÉRIN et obs. Yves ROUQUET, *A.J.D.I.* 2003.182 ; note Gwendoline LARDEUX, *R.D.C.* 2004.348 ; obs. Rémy LIBCHABER, *R.T.D. civ.* 2003.575 ; note Grégoire LOISEAU, *Dr. et Pat.* 2003.117.85 ; obs. Astrid MARAIS, *R.D.C.* 2003.220 ; obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2003.383 ; obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, *R.T.D. civ.* 2003.290 ; obs. Judith ROCHFELD, *R.D.C.* 2004.231 ; *G.A.J.C.* 2, n° 274 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ.* III, n° 140 : note Charles AMSON et Daniel AMSON, *Gaz. Pal.* 2006.340.12 ; note Christian ATIAS, *D.* 2006.2887 ; obs. Pierre CAPOULADE, *A.J.D.I.* 2007.311 ; note Thierry DUBAELE, *R.L.F.* 2006.355 ; note Dominique FENOUILLET, *L.P.A.* 2006.133.9 ; note Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.* 2006.722 ; note Hugues PÉRINET-MARQUET, *J.C.P. N.* 2006.2379 ; obs. Emmanuel PUTMAN, *R.J.P.F.* 2006.10 ; obs. Anne-Sophie RACT et Charles AMSON, *Gaz. Pal.* 2007.159.2 ; obs. Julien RAYNAUD, *A.J.D.I.* 2006.609 ; note Jean-Baptiste SEUBE et Thierry REVET, *Dr. et Pat.* 2007.161.82 ; note Guy VIGNERON, *Loyers et Copropriété* 2006.9.22.

ces variations peuvent légitimement interroger<sup>1055</sup>. Et de telles variations ne laisseront pas de questionner, mais peut-être est-ce le prix à payer pour notamment, tenir plus justement des exigences propres à chaque cas d'espèce<sup>1056</sup>.

À cet égard le droit du travail peut être sollicité<sup>1057</sup> puisqu'il constitue assurément une terre d'élection pour ce contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux car aux termes de l'article L. 1121-1 du *Code du travail* : « 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. ». Or, lorsqu'il met en œuvre cette disposition le juge travailliste est amené à manier la notion de justification. À ce titre ces enseignements peuvent être précieux. Ainsi, en matière de clause de mobilité dans le contrat de travail, la Cour de cassation exige le « caractère indispensable pour l'entreprise d'un transfert de domicile »<sup>1058</sup>. C'est également dans ce sens que la jurisprudence relative aux clauses de non concurrence se lie puisque, là aussi, c'est le caractère « indispensable » de la clause est déterminant<sup>1059</sup>. Ainsi, on voit que la justification

---

<sup>1055</sup> Voir notamment Dominique FENOUILLET, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *L.P.A.* 2006.133.9 : pour l'auteur « [o]n attendait donc de la Cour de cassation qu'elle vérifie l'existence de ces conditions, et n'admette de restriction à la liberté de conscience qu'après s'être assurée de cette existence. ».

<sup>1056</sup> Voir Philippe JESTAZ, Jean-Pierre MARGUENAUD et Christophe JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014.2061 : selon les auteurs « [t]enir compte des données concrètes en pesant les intérêts individuels en présence permet, en effet, de rendre plus humaine l'application des lois porteuses de belles valeurs républicaines lorsque leur degré d'abstraction les empêche de discerner le malheur et la détresse des gens les plus démunis, vulnérables, malchanceux ou innocents. ».

<sup>1057</sup> Voir notamment Ronan BERNARD-MENORET et Virginie FRAISSINIER-AMIOT, « Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », *L.P.A.* 2009.46.102 : les auteurs soulignent que « [l]e juge social est [...], plus que tout autre juge judiciaire, un juge de la proportionnalité car il est avant tout le sanctionnateur des abus de l'employeur. ».

<sup>1058</sup> Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, *Bull. civ. V*, n° 7 : note Éric GARAUD, *R.J.P.F.* 1999.3.8 ; note Bernard GAURIAU, *L.P.A.* 1999.64.10 ; obs. Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 1999.358 ; obs. Thibault LAHALLE, *J.C.P. G.* 1999.I.181 ; obs. Jean-Pierre MARGUENAUD et Jean MOULY, *D.* 1999.645 ; obs. Jacques MESTRE, *R.T.D. civ.* 1999.395 ; Jean-Emmanuel RAY, *Dr. soc.* 1999.287.

<sup>1059</sup> Voir notamment Cass. soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, *Bull. civ. V*, n° 309 : note Danièle CORRIGNAN-CARSIN, *Dr. soc.* 1992.967 ; note Yves SERRA, *D.* 1992.350 ; Cass. soc., 19 novembre 1996, n° 94-19.404, *Bull. civ. V*, n° 392 : obs. Gérard COUTURIER, *Dr. soc.* 1997.95 ; Cass. soc., 10 juillet 2002, n°s 99-43.334, 99-43.336, 00-45.135, 00-45.387, *Bull. civ. V*, n° 239 : note Danièle CORRIGNAN-CARSIN, *J.C.P. E.* 2002.1511 ; note Nicolas DAMAS, *L.P.A.* 2003.23.16 ; note Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2003.58 ; obs. Rémy LIBCHABER, *Defresnois* 2002.1619 ; note Marie MALAURIE-VIGNAL, *C.C.C.* 2002.10.18 ; obs. Patrick MORVAN, *J.C.P. G.* 2003.I.130 ; obs. Judith ROCHFELD,

tend à se rapprocher de « l'indispensabilité »<sup>1060</sup>. En réalité, il conviendra peut-être un jour de retenir, pour caractériser la nécessité, le critère de l'absence d'alternative ; ainsi pourra être justifié ce qui est indispensable.

## B. Le contrôle de l'équilibre

**184. L'équilibre.** Les questions soulevées par la mise en œuvre du contrôle de la justification rebondissent sur le contrôle de l'équilibre. Cette notion d'équilibre, qui renvoie à la proportionnalité *stricto sensu*, consiste à « mettre en balance la satisfaction du but poursuivi avec la gravité du préjudice qu'entraîne ou que peut entraîner l'acte juridique envisagé »<sup>1061</sup>. La manière dont il faut le faire, reste à bien des égards une énigme<sup>1062</sup>. En effet, les termes de l'équation sont rarement explicités. Évidemment, il suppose une appréciation de son étendue. Ainsi, on peut penser que le préjudice pourra éventuellement être amoindri par une compensation. C'est d'ailleurs ce que suggère la jurisprudence relative aux clauses de non concurrence insérées dans des contrats de travail. En effet, on sait que ce type de clause est illicite lorsqu'elle ne contient pas de contrepartie financière<sup>1063</sup>.

---

R.D.C. 2003.17 ; note Yves SERRA, *D.* 2002.2491.

<sup>1060</sup> Ruth DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. SEUBE, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2012, à la p. 431, n° 748.

<sup>1061</sup> *Id.*, à la p. 440, n° 773.

<sup>1062</sup> Voir Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, FUSL/Brulyant, 2002, à la p. 278, n° 382 : à propos du juge européen spécifiquement l'auteur observe « [d]e sa méthode, le juge européen parle peu. Peut-être est-ce tout simplement parce qu'il n'en a en réalité aucune et n'en aperçoit d'ailleurs pas la nécessité, préférant s'en remettre au simple « flair ». ».

<sup>1063</sup> Voir Cass. soc., 10 juillet 2002, n°s 99-43.334, 99-43.336, 00-45.135, 00-45.387, *Bull. civ.* V, n° 239 : note Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *J.C.P. E.* 2002.1511 ; note Nicolas DAMAS, *L.P.A.* 2003.23.16 ; note Jean HAUSER, *R.T.D. civ.* 2003.58 ; obs. Rémy LIBCHABER, *Defresnois* 2002.1619 ; note Marie MALAURIE-VIGNAL, *C.C.C.* 2002.10.18 ; obs. Patrick MORVAN, *J.C.P. G.* 2003.I.130 ; obs. Judith ROCHFELD, *R.D.C.* 2003.17 ; note Yves SERRA, *D.* 2002.2491 : « 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. ».



\* \* \*

**185. Conclusion de la Section I.** Le contrôle de la proportionnalité suggéré par la Cour européenne peine à être mis en œuvre au niveau national. Il est difficile de cerner les critères selon lesquels il est conduit. Certes le juge travailliste offre des perspectives intéressantes pour saisir sa dynamique profonde, mais l'absence de systématisation, et pour tout dire la confusion qui règne autour de la notion de proportionnalité brouille incontestablement la perception du contrôle de proportionnalité.

\* \*

\*

## Section II – La progression du contrôle de raisonabilité au

### Québec

#### **186. Le caractère raisonnable de la limitation des droits fondamentaux : de la justification de l'atteinte en droit public à l'interprétation des droits en droit privé.**

La Cour suprême affirme régulièrement que les droits fondamentaux ne sont pas absolus<sup>1064</sup>, dès lors, elle reconnaît qu'ils peuvent connaître des limites<sup>1065</sup>. En droit public, les limites aux droits fondamentaux résultent de l'action de l'État ou de l'un de ses agents : si une personne conteste ces dernières, il appartient à l'État de les justifier, c'est dans ce contexte qu'apparaît l'exigence de raisonabilité (§ I). Si cette exigence doit être transposée

---

<sup>1064</sup> Voir notamment *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 337 : « La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience » ; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 554 : « Dans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui. Il est alors évident que tous les droits doivent être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indument aux autres. » ; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 204, à la p. 204 : « Il est [...] reconnu que les droit énoncés dans la *Charte* ne sont pas absolus. » ; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, à la p. 182 : « la liberté de religion, comme toute liberté, n'est pas absolue. Elle est limitée de façon inhérente par les droits et libertés des autres » ; *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, para. 226 : sur les limites nécessaires à la liberté de croyance ; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, para. 34 : « les droits garantis par la *Charte* ne sont pas absolus en ce sens qu'ils ne peuvent être appliqués dans toute leur étendue sans tenir compte du contexte » (soulignements de l'auteur) ; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, para. 29 : « Ni la liberté de religion ni la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne sont absolues » ; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, para 61 : « Aucun droit – y compris la liberté de religion – n'est absolu ».

<sup>1065</sup> Voir *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 488 : « même un droit fondamental et indépendant à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ne peut être absolu. Par exemple le droit à la liberté, que je considère comme étant le droit de poursuivre ses propres fins libre de toutes entrave gouvernementale, doit tenir compte des droits correspondants des autres. Le concept de « droit » utilisé dans la *Charte* postule l'existence de relations entre membres de la société, tous titulaires du même droit » L'aphorisme « Un hermite n'a pas besoin de droits » est calir. » ; *adde* Christian BRUNELLE, « Les limites aux droits et libertés », dans *Collection de droit 2015-2016, École du Barreau du Québec*, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, EYB2013CDD167 : l'auteur souligne que « [l]es droits d'une personne trouvent invariablement leurs limites aux confins des droits reconnus à ses pairs. » (références omises).

en droit privé – et spécialement en matière contractuelle<sup>1066</sup> – ce n'est que de manière nuancée (§ II), d'ailleurs ces nuances ont fait naître dans certaines situations l'obligation d'accommodement raisonnable (§ III).

### § I – *La mise en œuvre du contrôle de raisonabilité en droit public*

**187. Les dispositions justificatives des Chartes.** La *Charte canadienne* et la *Charte québécoise* comportent toutes deux des dispositions justificatives qui ont pour objet de tempérer concrètement le caractère absolu des droits qu'elles énoncent<sup>1067</sup>. C'est très précisément de ces dispositions que découle l'exigence de raisonabilité en droit public, qui pourrait inspirer le contrôle de raisonabilité en droit privé. À ce titre, l'étude sommaire de la mise en œuvre des dispositions justificative peut se révéler utile pour saisir les enjeux qu'il soulève en ce domaine. Pour la *Charte canadienne* cette disposition justificative se trouve à l'article 1 que l'on dénomme couramment sous le vocable de « clause de raisonabilité »<sup>1068</sup> (A.). Pour la *Charte québécoise* la disposition justificative se trouve à l'article 9.1, qui a été nommée « clause limitative »<sup>1069</sup> (B.).

---

<sup>1066</sup> Voir Mélanie SAMSON, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, Thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012, à la p. 198 : l'auteure souligne que « son application est moins automatique lorsque la restriction émane d'un acteur privé ».

<sup>1067</sup> Voir notamment Henry BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit Constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° 3.52 : les auteurs traitant le Disposition limitation de la Charte canadienne précisent que « Elle correspond à l'idée que les droits, du fait qu'ils sont exprimés dans la Charte en termes abstraits et très généraux, doivent, pour prendre un sens véritable, recevoir une interprétation extrinsèque qui les confronte à la réalité des lois ordinaires et des contextes auxquels celles-ci s'adressent. Il s'agit, autrement dit, d'appréhender les droits en tenant compte des paramètres juridiques qui les circonscrivent, et non plus en s'en remettant aux seuls vocables qui les énoncent dans la Charte. » ; *adde* François CHEVRETTE, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », (1987) *R.J.T.* 461, à la p. 463.

<sup>1068</sup> Voir Henry BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit Constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° 3.52.

<sup>1069</sup> Voir François CHEVRETTE, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », (1987) *R.J.T.* 461, à la p. 463.

## A. Le test de raisonnabilité de la Charte canadienne

**188.** Le test de raisonnabilité de l'article 1 de la *Charte canadienne*<sup>1070</sup>. L'article 1 de la *Charte canadienne* précise de manière explicite que : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Il ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. ». Cette clause est généralement interprétée comme imposant au gouvernement de prouver<sup>1071</sup> qu'une limitation<sup>1072</sup> à un droit, résultant d'une règle de droit<sup>1073</sup>, est globalement<sup>1074</sup> raisonnable. C'est précisément cette dernière caractéristique qui retient l'attention puisqu'elle constitue « le cœur du processus d'interprétation des droits de la Charte canadienne »<sup>1075</sup>. Pour

---

<sup>1070</sup> Cf. notamment Henry BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit Constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° XII 3.70 ; Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, à la p. 519 et suiv. ; et Christian BRUNELLE, « Les limites aux droits et libertés », dans Collection de droit 2015-2016, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, EYB2015CDD167 ; adde Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada – 2014 Student Edition*, Toronto, Carswell, n° 38-8.

<sup>1071</sup> Voir notamment *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, para. 10 : « La *Charte* établit une distinction entre deux questions distinctes : celle de savoir s'il y a eu atteinte à un droit et celle de savoir si la restriction est justifiée. Le plaignant a le fardeau de prouver qu'une atteinte a été portée à un droit (première étape), après quoi il incombe au gouvernement de prouver que la restriction constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier (deuxième étape). ».

<sup>1072</sup> Voir notamment *P.G. (Qué.) c. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, à la p. 86 : « Quelle que soit leur portée, les restrictions que l'art. 1 de la *Charte* permet d'apporter aux droits et libertés qu'elle énonce ne peuvent pas équivaloir à des dérogations comme celles qu'autorisent les para. 33(1) et (2) de la *Charte* [...] Elles ne peuvent pas non plus équivaloir à des modifications de la Constitution du Canada dont la procédure est prescrite par les art. 38 et suiv. de la *Loi constitutionnelle de 1982*. ».

<sup>1073</sup> Voir notamment *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, [2009] 2 R.C.S. 295, para. 55 : « la Cour opte pour une interprétation souple de la « règle de droit » susceptible de restreindre un droit garantie par la *Charte*, et ce, tant sur le plan de la forme (loi, règlement, notamment municipal, règle d'une organisme de réglementation ou convention collective) que sur celui de la formulation (c'est à dire, une norme intelligible pour le public et celui qui l'applique). ».

<sup>1074</sup> Voir notamment *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136 : en référence aux derniers mots de l'art. 1 de la *Charte Canadienne* relatif à la justification « dans le cadre d'une société libre et démocratique », la Cour suprême cite un ensemble de valeurs et de principes se rapportant à ce concept qui est une incitation à considérer le cadre d'application de cette dernière.

<sup>1075</sup> Henry BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit Constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd, Cowansville,

apprécier cette caractéristique la Cour suprême a développé un *test de raisonabilité* à partir de la décision rendue dans l'affaire *R. c. Oakes*<sup>1076</sup>. Ainsi, pour la Cour suprême, afin d'établir qu'une restriction à un droit garanti est raisonnable, deux critères doivent être retenus : le premier est relatif à l'objectif poursuivi par la règle de droit, et le second est relatif aux moyens employés pour atteindre cet objectif<sup>1077</sup>.

Selon la jurisprudence, la règle de droit qui restreint un droit fondamental garanti par la *Charte canadienne* doit le faire dans un but « suffisamment important »<sup>1078</sup> qui « se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique »<sup>1079</sup>. Cette règle, d'apparence très sévère, s'est sensiblement étioyée au fil des affaires : ainsi la Cour suprême a accepté de considérer des restrictions qui poursuivaient « un objectif social souhaitable »<sup>1080</sup>, et a validé des restrictions qui poursuivaient « un objectif législatif légitime »<sup>1081</sup>. En conséquence, certains peines aujourd'hui à « imaginer quelles sortes d'objectifs législatifs contemporains seraient jugés insuffisants »<sup>1082</sup>, de sorte que pour eux l'analyse de l'objectif poursuivi semble relever de l'exercice de style plus que de l'étude juridique. Pour d'autres, en revanche la détermination des objectifs visés est essentielle considérant qu'elle influe nécessairement sur l'appréciation des moyens employés<sup>1083</sup>. En réalité, on voit bien notamment dans la décision rendue dans l'affaire

---

Éditions Yvon Blais, 2014, n° XII-3.70, *adde* Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada – 2014 Student Edition*, Toronto, Carswell, n° 38-8.

<sup>1076</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 : En l'espèce, la Cour était invitée à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi qui imposait aux personnes, interpellées en possession de substances stupéfiantes, de prouver qu'elles n'avaient pas l'intention d'en faire le trafic. Était donc en cause la contradiction entre cette loi et le droit à la présomption d'innocence protégée par l'article 11 d) de la *Charte canadienne*.

<sup>1077</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 138 et suiv.

<sup>1078</sup> *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 352.

<sup>1079</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 139.

<sup>1080</sup> *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 184 (j. McIntyre).

<sup>1081</sup> *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, à la p. 627.

<sup>1082</sup> Henry BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit Constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° 3.76.

<sup>1083</sup> Voir Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada – 2014 Student Edition*, Toronto, Carswell, n° 38-9 : selon l'auteur « [t]he higher the level of generality at which a legislative objective is expressed, the more obviously desirable the objective will appear to be. This will move the s. 1 inquiry into the

*Québec (Procureur général) c. A*, que lorsque la juge McLachlin considère que l'objectif du régime législatif entourant les relations des conjoints de fait est « de maximiser le libre choix des personnes qui entretiennent une relation conjugale ainsi que leur autonomie »<sup>1084</sup>, elle ne peut que considérer « [qu']autoriser les juges à octroyer des aliments minerait l'objectif de la loi, soit de maximiser le libre choix et l'autonomie »<sup>1085</sup>. Ainsi, la portée de l'objectif conditionne l'étendue des moyens employés.

D'ailleurs, l'examen des moyens employés pour atteindre l'objectif poursuivi est beaucoup plus poussé que celui de l'objectif poursuivi. Il nécessite, l'application « [d']une sorte de critère de proportionnalité »<sup>1086</sup>, qui se comprend comme l'étude de trois critères différents. En premier lieu le critère du lien rationnel entre les moyens employés et l'objectif poursuivi. Ce critère a été défini dans l'arrêt *R. c. Oakes* comme signifiant que « les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles »<sup>1087</sup>. En pratique, ce critère pose peu de difficultés, puisque la Cour suprême fait preuve de retenue dans son appréciation<sup>1088</sup>. Le critère de l'atteinte minimale trouve son

---

proportionality of the means that the law employs to accomplish the objective, that is, steps 2, 3, and 4 of the *Oakes* analysis. However, when step 3 is reached – least drastic means – the high level of generality will become a serious problem for the justification of the law. If the objective has been stated at a high level of generality, it will be easy to think of other ways in which the wide objective could be accomplished with less interference with the Charter right. ».

<sup>1084</sup> *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61, para. 431.

<sup>1085</sup> *Id.*, para. 446.

<sup>1086</sup> *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 352 ; *adde* Luc B. TREMBLAY, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique, égalitaire, pluraliste et multiculturelle », (2011) 57 *R.D. McGill* 429.

<sup>1087</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 139.

<sup>1088</sup> Voir notamment *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, para. 153 : il existe un lien rationnel entre l'interdiction de la publicité pour le tabac et l'objectif de protection de la santé publique ; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, para. 89 et 198 : il existe un lien rationnel entre la prohibition de la détention de matériel pédopornographique et l'objectif de protection des enfants ; *R. c. Bryan* [2007] 1 R.C.S. 527, para. 39 et suiv. : il existe un lien rationnel entre l'interdiction de diffusion de sondage et l'objectif de maintien de la confiance des citoyens dans le système électoral ; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, para. 48 : il existe un lien rationnel entre l'obligation de fournir une photo sur un permis de conduire et l'objectif de protection de l'intégrité du système des permis de conduire ; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur Général)*, [2011] 1 R.C.S. 19, para. 70 : il existe un lien rationnel entre l'interdiction de prise d'images et de tenue d'entrevues dans les aires publiques d'un palais de justice et l'objectif de maintien de la

origine dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart*<sup>1089</sup> et sera repris dans l'arrêt *R. c. Oakes*<sup>1090</sup> : il signifie que le moyen employé doit porter atteinte « le moins possible »<sup>1091</sup> aux droits fondamentaux. De l'aveu même de la Cour suprême<sup>1092</sup> c'est ce critère qui est le plus important dans l'ensemble du processus. Pourtant son appréciation semble relativement flottante. En effet, dans certaines situations le juge apprécie la nécessité de la mesure<sup>1093</sup>, alors que dans d'autres il se contente de juger de sa raisonnable<sup>1094</sup>. En réalité, ici c'est le contexte qui joue un rôle déterminant puisque précisément la Cour suprême refuse d'enfermer son contrôle dans un « critère formaliste qui s'appliquerait de manière uniforme

---

confiance du public dans le système de justice.

<sup>1089</sup> *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 352 : « La cour peut vouloir se demander si les moyens adoptés pour atteindre la fin recherchée permettent de le faire en portant atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en question. ».

<sup>1090</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, para. 70.

<sup>1091</sup> *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 352.

<sup>1092</sup> Voir notamment *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, para. 95 : « Nous devons maintenant trancher la question cruciale en l'espèce : La disposition en cause porte-t-elle le moins possible atteinte à la liberté d'expression ? » ; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, para. 50 : « La deuxième étape de l'analyse de la proportionnalité constitue souvent le cœur du débat visant à déterminer si la violation d'un droit protégé par la *Charte canadienne* peut être justifiée. La restriction, qui doit porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté violée, ne doit pas nécessairement représenter la solution la moins attentatoire. » ; *adde* Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada – 2014 Student Edition*, Toronto, Carswell, n° 38-36.

<sup>1093</sup> Voir notamment *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, n° 73 : la Cour s'interroge sur la nécessité d'une mesure visant à interdire l'usage du français dans l'affichage commercial ; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, para. 74 : la Cour estime que la prohibition du recours à l'assurance privée pour obtenir des soins de santé « n'est pas nécessaire pour assurer l'intégrité du régime public » ; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, para. 147 : « à l'étape de l'atteinte minimale, nous ne déterminons pas si la mesure attentatoire permet une réalisation de l'objectif gouvernemental plus parfaite que ne le ferait toute autre mesure, mais si le moyen choisi ne limite pas le droit au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif ».

<sup>1094</sup> Voir notamment *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 994 : la Cour s'interroge sur le fait « de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement » ; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 286 : « la question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu'il portait le moins possible atteinte au droit pertinent, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement. » ; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, para. 88 : « En vertu de l'article premier, il incombe à la Ville de démontrer que la restriction vise un but urgent et réel et qu'elle est proportionnée, en ce sens qu'elle a un lien rationnel avec l'objectif poursuivi, qu'elle porte une atteinte raisonnablement minimale au droit à la liberté d'expression et que son effet attentatoire est proportionnel à l'avantage recherché ».

dans toutes les circonstances »<sup>1095</sup>. Le critère de proportionnalité réfère, toujours selon l'arrêt R. c. *Oakes* à l'équilibre entre les effets de la mesure et l'objectif poursuivi<sup>1096</sup>. Ce critère a très largement évolué vers une sorte de bilan entre les effets préjudiciables de la mesure sur un droit et ses effets bénéfiques sur l'objectif poursuivi<sup>1097</sup>.

## B. Le test de raisonnabilité de la Charte québécoise

**189.** L'article 9.1. La *Charte québécoise*, à l'instar de la *Charte canadienne*, contient une disposition limitative, ainsi l'article 9.1 dispose que :

« Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. ».

Introduite en 1982 – à l'occasion d'une réforme visant à accroître l'effectivité des droits protégés par la *Charte québécoise* – cette disposition a elle aussi pour objectif unique de tempérer le caractère absolu des droits fondamentaux<sup>1098</sup>. La Cour suprême, dans l'affaire *Ford c. Québec (Procureur général)* a opté pour une interprétation de ce texte qui lui donne une portée identique à celle de la clause de raisonnabilité de l'article 1 de la *Charte canadienne* selon la Cour :

« la Cour d'appel ont conclu que l'art. 9.1 était une disposition justificative correspondant à l'article premier de la *Charte canadienne* et que son application était soumise à un critère semblable de

---

<sup>1095</sup> RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199, para. 62 (j. La Forest).

<sup>1096</sup> R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136.

<sup>1097</sup> Cf. notamment *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 889 ; *Thompson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, para. 59 et suiv. ; *Figueroa c. Canada (procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, para. 87 et suiv. ; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, para. 119 ; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, para. 99.

<sup>1098</sup> François CHEVRETTE, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », (1987) RJT 461, à la p. 463.



proportionnalité et de lien rationnel. La Cour souscrit à cette conclusion. »<sup>1099</sup>.

Dès lors, comme cela est généralement constaté par les auteurs<sup>1100</sup>, dans un contexte de droit public, des critères de justification identiques et un raisonnement analogue s'appliquent relativement aux droits protégés par la *Charte québécoise* dans les articles 1 à 9<sup>1101</sup>.

## § II – La transposition du contrôle de raisonnable en droit privé

**190. La raisonnable dans l'exercice des droits fondamentaux dans les contrats.** Dès lors que les Chartes elles-mêmes prévoient des dispositions permettant d'apprécier dans quelle mesure une atteinte à un droit peut se justifier, ces dispositions pourraient trouver à s'appliquer en droit privé<sup>1102</sup>. Ainsi, en droit québécois, la raisonnable devrait s'imposer comme le critère essentiel de validation de l'exercice contractuel des droits fondamentaux. Cependant l'exigence de raisonnable y est nuancé (A.) et sa mise en œuvre est contextualisée (B.).

### A. Une exigence de raisonnable nuancée en droit privé

---

<sup>1099</sup> *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, para. 63 : la Cour suprême approuve l'assimilation de l'interprétation des articles 1 de la *Charte canadienne* et 9.1 de la *Charte québécoise*.

<sup>1100</sup> Cf. Henry BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit Constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° XII-3.102 et suiv. ; Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 481 ; et Christian BRUNELLE, « Les limites aux droits et libertés », dans Collection de droit 2015-2016, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, EYB2015CDD167.

<sup>1101</sup> Cf. notamment *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 769 et suiv. ; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, para. 104 ; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, para. 46 et 269.

<sup>1102</sup> Voir notamment Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T.* 287, à la p. 323 et suiv. : l'auteur étudie les potentialités offertes par les dispositions justificatives ; et Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit Moore (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 383 : l'auteur constate l'existence de discussions à propos de l'application de la disposition justificative de la *Charte québécoise*.

**191. Le rôle interprétatif de l'article 9.1 de la *Charte québécoise* dans le contexte du droit privé.** L'exigence de raisonnable telle qu'elle est conçue en droit public doit-elle être transposée en droit privé ? Cette question appelle une réponse nuancée. Il semble qu'il faille tenir pour acquis que l'article 9.1 de la *Charte québécoise* s'applique dans le contexte du droit privé. Malgré certaines décisions elliptiques ou à tout le moins hésitantes<sup>1103</sup> sur cette question, on doit considérer que l'article 9.1 de la *Charte québécoise* « offre un cadre d'analyse pour apprécier la conduite individuelle contraire à une liberté ou un droit protégé [...] »<sup>1104</sup>. Ainsi les juges n'hésitent pas à le solliciter pour apprécier la licéité des faits<sup>1105</sup> comme des actes juridiques<sup>1106</sup>. Dans le contexte du droit privé l'article 9.1 de la *Charte québécoise* a cependant un rôle différent de celui qu'il joue dans un contexte de droit public. En effet, la Cour suprême établit un départ entre les deux alinéas de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*, ainsi l'alinéa 2 « traite [...] du pouvoir du législateur d'imposer des limites aux libertés et droits fondamentaux »<sup>1107</sup>, et l'alinéa 1 « parle de la façon dont une personne doit exercer des libertés et droits fondamentaux »<sup>1108</sup>. Ainsi, en vertu de l'alinéa 1 de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*, il ne s'agit pas de déterminer des limites à l'action gouvernementale, mais bien de préciser « la manière d'interpréter l'étendue [des] libertés et droits fondamentaux »<sup>1109</sup>. Dès lors, cette disposition s'apparente à une « clause d'interprétation »<sup>1110</sup> raisonnable des droits fondamentaux. Elle offre un guide des qualités nécessaires à un exercice valide des droits protégés, et plus précisément, en matière

---

<sup>1103</sup> Voir notamment *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 (opinion majoritaire).

<sup>1104</sup> Christian BRUNELLE, « Les limites aux droits et libertés », dans Collection de droit 2015-2016, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, EYB2015CDD167.

<sup>1105</sup> Cf. notamment *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591.

<sup>1106</sup> Cf. notamment *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844 ; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, para. 147 et suiv. et para. 197 et suiv. (j. Binnie) ; *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, para. 76 et suiv.

<sup>1107</sup> *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 770.

<sup>1108</sup> *Id.*

<sup>1109</sup> *Id.*

<sup>1110</sup> Henry BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° 3.103 et suiv.

contractuelle, elle offre la possibilité d'assouplir les conditions d'exercice des droits et libertés en fonction du contexte<sup>1111</sup>.

## **B. La mise en œuvre contextualisée de l'exigence de raisonnable en droit privé**

**192. La méthode contextuelle et l'exercice contractuel des droits fondamentaux.** Le pouvoir des juges a été profondément bouleversé par l'avènement des Chartes car, comme le souligne M. Bernatchez, « les droits et libertés interpellent un jugement interprétatif et qu'en ce domaine, la force créative et imaginante est déterminante »<sup>1112</sup>. Cette réalité nouvelle a conduit à l'émergence de la méthode dite contextuelle<sup>1113</sup>. Cette méthode, dont l'origine est généralement attribuée à l'opinion de la juge Wilson dans l'affaire *Edmonton journal c. Alberta (Procureur général)*<sup>1114</sup>, conduit à prendre en compte des facteurs environnementaux dans les décisions relatives aux droits fondamentaux. Or, il apparaît nettement que « [l]a validité d'une atteinte contractuelle à un droit ou une liberté fondamentale ne peut faire l'économie d'une telle analyse

---

<sup>1111</sup> Voir François CHEVRETTE, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », (1987) *RJT* 461, à la p. 465 : selon l'auteur en vertu de cette disposition « des assouplissements à l'exercice concret des droits et libertés, tenant compte moins de la loi que les faits et circonstances de cet exercice, seraient nécessaires » ; *adde Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, à la p. 1124 : la Cour suprême précise ici que le modèle d'appréciation de la raisonnable d'une atteinte « ne devrait être appliqué à la réglementation de rapports privés qu'avec beaucoup de souplesse et en tenant compte du contexte. ».

<sup>1112</sup> Stéphane BERNATCHEZ, « Un tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière de droits de la personne », (2012) 42 *R.D.U.S.* 203, à la p. 231.

<sup>1113</sup> Voir Danielle PINARD, « La « méthode contextuelle », (2002) 81 *R. du B. can.* 323, à la p. 337 : selon l'auteure « ce que l'on dit être une méthode contextuelle consiste en la considération d'un mélange d'éléments de droit, de faits et de valeurs ».

<sup>1114</sup> *Edmonton journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1352 et suiv. (j. Wilson), spéc. À la p. 1356 : la juge « estime qu'un droit ou une liberté peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents. Par exemple, la sécurité de la personne peut signifier une chose lorsqu'elle porte sur la question de la surpopulation dans les prisons et une autre, très différente, lorsqu'elle porte sur la question des fumées nocives des usines. Il semble tout à fait probable que la valeur à y attacher dans différents contextes aux fins de la recherche d'un équilibre en vertu de l'article premier soit également différente. C'est pour cette raison que je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et que son objet doit être déterminé en fonction du contexte. ».

contextuelle.»<sup>1115</sup>. Dès lors, il faut admettre que la raisonnable de l'exercice contractuel d'un droit fondamental repose sur un faisceau de considérations qui tiennent à la fois au contexte factuel : la volonté (1.) et au contexte juridique (2.).

### 1. L'analyse contextuelle de la volonté

**193. Doit-on prendre en compte la volonté lorsqu'il s'agit d'apprécier la raisonnable ?** A l'évidence, une réponse positive s'impose, d'autant plus que le concept de volonté est sorti renforcé de la réforme du *Code civil du Québec*, et qu'il est placé « au cœur du chapitre consacré à la jouissance et à l'exercice des droits civils »<sup>1116</sup>. Dès lors, il n'est pas étonnant que l'analyse de la raisonnable de l'exercice contractuel des droits fondamentaux passe dans certains cas par un examen poussé de la volonté. À ce titre, le droit québécois qui adopte un système mixte d'évaluation de la volonté<sup>1117</sup>, reposant à la fois sur l'évaluation de la volonté interne et de la volonté externe, fait dépendre la raisonnable à la fois des qualités intrinsèques et des qualités extrinsèques de la volonté.

**194. Une volonté libre et éclairée.** Dans l'appréciation de la raisonnable les juges canadiens semblent porter une attention particulière – peut-être excessive<sup>1118</sup> – aux qualités intrinsèques de la volonté.

---

<sup>1115</sup> Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 503.

<sup>1116</sup> Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill* 903, à la p. 914.

<sup>1117</sup> Voir Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6<sup>ème</sup> éd., avec la collab. de Nathalie VEZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, à la p. 247, n° 176 et suiv. : les auteurs expliquent l'équilibre ménagé par le C.c.Q. entre un système reposant sur la volonté interne et un système reposant sur la volonté déclaré ; *adde* Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7<sup>ème</sup> éd., par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VEZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013 : les auteurs ne reprennent pas ces explications.

<sup>1118</sup> Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 501 : selon l'auteur « l'évaluation de la validité et la force obligatoire d'une clause ayant pour effet de porter atteinte à une liberté fondamentale ne peut se limiter à la simple analyse du consentement à celle-ci. : celui-ci peut n'être

La volonté d'exercer les droits fondamentaux doit être libre ; cette condition, aux allures de tautologie<sup>1119</sup>, devrait s'imposer dans les cas où il existe un doute sur l'existence même de la volonté. Précisément parce que la volonté contrainte n'est pas une volonté libre. Dans un contexte de droit criminel, dans l'affaire *R. c. Butcher*, le juge Chevalier a exprimé l'opinion selon laquelle « [l]orsqu'un droit est accordé par un texte de loi, il confère à son bénéficiaire, à son choix la faculté de s'en prévaloir ou de ne pas l'exercer. »<sup>1120</sup>. De la même manière, l'exercice contractuel d'un droit fondamental doit laisser subsister une alternative permettant de conclure à l'existence d'une volonté libre. En pratique, la réalité de cette alternative semble être évaluée au regard des conséquences qui résultent du non exercice du droit fondamental. Ainsi, dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, dans laquelle s'opposent la liberté de religion et la clause d'un règlement de copropriété, c'est à partir de la constatation de l'existence d'une alternative – aller habiter ailleurs – que le juge Morin, en appel, s'autorise à conclure à la raisonabilité<sup>1121</sup>. En revanche, la Cour suprême considère, elle, que l'alternative emporte des conséquences trop graves pour pouvoir conclure à l'existence d'une volonté libre<sup>1122</sup>. Elle s'inspire explicitement dans cette situation<sup>1123</sup> de la décision rendue dans l'affaire *Godbout c. Longueuil (Ville)*. En l'espèce, pour les juges, la clause de résidence imposée à l'employée d'une municipalité, ne saurait résulter d'une volonté libre puisque « l'intimée n'avait pas d'autre choix que de se plier à l'obligation de résidence si elle voulait obtenir son statut d'employée permanente de la municipalité. »<sup>1124</sup>. C'est donc dire qu'une volonté libre s'apprécie en fonction du degré de

---

que « minimal », ou réputé ainsi dans certains cas comme il en va pour toute autre clause, alors qu'il peut ne pas suffire dans d'autres. » (références omises).

<sup>1119</sup> Voir Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T.* 287, à la p. 322 : « si la renonciation peut constituer l'exercice d'une liberté, encore faut-il que la liberté s'exerce... librement ! ».

<sup>1120</sup> *R. c. Butcher*, [1990] R.L. 621 (C.A.Q.), à la p. 629.

<sup>1121</sup> *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2002] R.J.Q. 906, para. 70 (j. Morin) : selon le juge « dans la présente affaire, les appelants peuvent fort bien aller habiter ailleurs qu'à Place Northcrest, s'ils refusent de faire quelque concession que ce soit dans la pratique de leurs croyances religieuses ».

<sup>1122</sup> *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, para. 98 (j. Iacobucci) : « Ce serait un geste à la fois indélicat et moralement répugnant que de suggérer que les appelants aillent tout simplement vivre ailleurs s'ils ne sont pas d'accord avec la clause restreignant leur droit à la liberté de religion. ».

<sup>1123</sup> *Id.*, para. 97 (j. Iacobucci).

<sup>1124</sup> *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, para. 72 (j. La Forest).

contrainte qui lui est associé<sup>1125</sup>. A ce titre, la volonté dans un contrat d'adhésion ou de consommation n'est pas toujours une volonté contrainte, malgré l'affirmation de la Cour suprême dans ce sens<sup>1126</sup>. En effet, si l'exigence d'une volonté libre commande d'apporter une attention particulière à l'équilibre des pouvoirs dans la relation contractuelle<sup>1127</sup>, elle commande également la prise en compte du droit en cause<sup>1128</sup>. Ainsi, la Cour suprême, elle-même, a pu, dans la décision rendue dans l'affaire *Frenette c. La Métropolitaine (compagnie d'assurance vie)*<sup>1129</sup> considérer comme valide une clause d'un contrat d'assurance – « contrat d'adhésion par excellence »<sup>1130</sup> – permettant à la compagnie d'accéder aux dossiers médicaux de l'assuré<sup>1131</sup>.

---

<sup>1125</sup> Voir Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T.* 287, à la p. 323 : pour l'auteur « [l]a liberté de la renonciation dépend en ce sens du caractère accessoire de la contrainte qui en serait à l'origine ».

<sup>1126</sup> *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, para. 72 (j. La Forest) : selon la Cour « les prétentions de l'appelante au sujet de la renonciation sont loin d'être convaincantes car elles ne tiennent pas compte du fait que l'intimée n'avait pas d'autre choix que de se plier à l'obligation de résidence si elle voulait obtenir son statut d'employée permanente de la municipalité » ; *adde* Adrian POPOVICI, « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire, 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005*, p. 99, à la p. 107 : l'auteur remarque que « [l]a clause de domiciliation dans la municipalité a été considéré comme contraire au droit à la liberté de la vie privée (je simplifie). La clause était explicite, expresse et spécifique. Je ne partage pas l'opinion qu'un consentement à un contrat d'adhésion n'est pas un véritable consentement. ».

<sup>1127</sup> Voir Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T.* 287, à la p. 323 : selon l'auteur « [l]'équilibre du pouvoir contractuel des parties constitue clairement un aspect pertinent de l'analyse de la liberté de renonciation ».

<sup>1128</sup> Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 503 : selon l'auteur « il est difficile d'exclure toute sorte de hiérarchisation des droits. ».

<sup>1129</sup> *Frenette c. La Métropolitaine (compagnie d'assurance vie)*, [1992] 1 R.C.S. 647.

<sup>1130</sup> Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 503.

<sup>1131</sup> *Frenette c. La Métropolitaine (compagnie d'assurance vie)*, [1992] 1 R.C.S. 647, à la p. 671 ; *adde* Pierre-Gabriel JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », *R.T.D. civ.* 2007.33 : l'auteur souligne que cette affaire est « « colorée » par le fait que la Charte permet au bénéficiaire du secret professionnel de renoncer à celui-ci ».

L'exigence du caractère éclairé relativement à l'exercice des droits fondamentaux semble résulter d'une jurisprudence concernant la renonciation aux droits procéduraux en droit public<sup>1132</sup>. En effet, dans la décision rendue dans l'affaire *Korponay c. Procureur général du Canada* la Cour suprême décide que pour conclure à une renonciation « il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure. »<sup>1133</sup>. Il en résulte une double exigence de connaissance, la première étant relative à la connaissance du droit affecté, la seconde étant relative à la connaissance des conséquences sur le droit affecté<sup>1134</sup>. C'est très précisément en fonction de ces paramètres que la majorité, dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, apprécie le caractère éclairé de la volonté, puisque selon le juge Iacobucci :

« rien ne démontre en l'espèce que les appelants savaient que, en signant la déclaration de copropriété, ils renonçaient à leur droit à la liberté de religion. [...] Si, comme le prétend lui-même l'intimé, les appelants n'ont pas pris connaissance de ces restrictions au moment de l'achat de leur appartement en copropriété, et ce malgré le fait qu'une copie de la déclaration de copropriété leur ait été remise, et si en conséquence ils n'étaient pas au fait des clauses générales y figurant qui interdisent l'installation de structures telle une souccah sur leur balcon, je crois qu'il est raisonnable de conclure que les appelants n'ont pas bien compris les conséquences de leur présumée renonciation. »<sup>1135</sup>

Une telle appréciation soulève évidemment de nombreuses questions quant à la possibilité même de remplir cette double exigence<sup>1136</sup>. Résultant d'une transposition

---

<sup>1132</sup> Cf. Maxime LAMOTHE, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes québécoise et canadienne*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2006, à la p. 77.

<sup>1133</sup> *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49 (soulignements omis).

<sup>1134</sup> Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 R.J.T. 287, à la p. 325 : selon l'auteur « la renonciation doit être éclairée, d'abord quant à l'existence et à la portée des garanties qui lui sont assujetties, ensuite en ce qui concerne les conséquences de l'acte pour le renonçant. » (références omises).

<sup>1135</sup> *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, para. 99.

<sup>1136</sup> Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », R.T.D. civ. 2007.33 : selon l'auteur « [u]ne approche aussi restrictive ne manque pas d'étonner. »

hasardeuse de l'obligation d'information pesant sur l'État dans le contexte d'une renonciation en droit public, elle devrait être adaptée au contexte du droit privé comme le suggèrent certains auteurs<sup>1137</sup> dans un sens plus réaliste<sup>1138</sup>. En effet, il ne paraît pas déraisonnable d'imposer à celui qui s'engage de « [d']interpréter les conséquences possibles de l'acte sur l'exercice de ses libertés »<sup>1139</sup>, notamment en s'inspirant des règles relatives à l'erreur<sup>1140</sup>.

**195. Une volonté « formulée en termes clairs, précis, et explicites »**<sup>1141</sup>. Le phrasé employé par la Cour suprême dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem* pour exprimer les exigences relatives à la manifestation de la volonté renvoie à un formalisme extrême<sup>1142</sup>, plus généralement dans le contexte des renonciations, la Cour suprême exige une volonté « claire et non équivoque »<sup>1143</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Frenette c. La Métropolitaine (compagnie d'assurance*

---

<sup>1137</sup> Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T.* 287, à la p. 326 : pour l'auteur « [l]a transposition de ce principe dans les rapports individuels suggère une solution différente. D'une part, la prémisse selon laquelle une partie est à même de détenir l'information ne tient plus. La connaissance des garanties visant à protéger les droits et les libertés de la personne ne saurait être présumée chez l'une ou l'autre des parties au contrat. D'autre part, seule le renonçant sera généralement en position d'évaluer les conséquences d'un acte juridique apparemment neutre au chapitre de l'exercice de ses droits et libertés. » ; *add*e Pierre-Gabriel JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », *R.T.D. civ.* 2007.33.

<sup>1138</sup> Voir *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [1998] R.J.Q. 1892 (C.S.Q.), para. 61 (j. Rochon) : « Peut-on, en respectant les exigences de la bonne foi, acheter un appartement dans une copropriété et demander de déclarer sans effet certaines restrictions de l'acte, en apparence neutres, mais qui, par leur effet préjudiciable, portent atteinte à la liberté de religion de l'acheteur ? Peut-on agir ainsi si le cocontractant est de bonne foi et ignore tout de l'effet préjudiciable de la clause litigieuse à l'égard des droits et libertés de l'acquéreur ? ».

<sup>1139</sup> Pierre-Olivier LAPORTE, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *RJT* 287, à la p. 327 (soulignements de l'auteur).

<sup>1140</sup> Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », *R.T.D. civ.* 2007.33 : l'auteur rappelle que « dans un domaine voisin, lorsque l'erreur porte sur un aspect du bien vendu qui n'est déterminant que de façon subjective, propre à l'acheteur, la nullité lui est refusée à moins qu'il n'ait fait connaître au vendeur son intérêt pour cet aspect. De même, en matière de renonciation à une liberté ou un droit fondamental, ne reviendrait-il pas au renonçant lui-même, seul véritablement au courant de ses convictions personnelles, d'en informer le cocontractant et de vérifier avec celui-ci si le contrat y porte atteinte ? » (références omises).

<sup>1141</sup> *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, para. 100.

<sup>1142</sup> Pierre-Gabriel JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », *R.T.D. civ.* 2007.33 : pour l'auteur « Un tel formalisme ferait tomber presque toutes les renonciations par ailleurs acceptables ».

<sup>1143</sup> *Cf.* Maxime LAMOTHE, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes québécoise et*



vie), elle s'autorise « des termes clairs et nets de la renonciation contenue dans le contrat d'assurance »<sup>1144</sup> pour valider une restriction au droit au respect de la vie privée. Cependant, il faut souligner à l'inverse, que la Cour d'appel du Québec, dans la décision rendue dans l'affaire *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau*, a considéré que l'existence d'une relation de travail, régie par un contrat et une convention collective, n'emporte pas nécessairement renonciation au droit au respect de la vie privée<sup>1145</sup>.

## 2. L'analyse contextuelle des intérêts en présence

**196. « L'autonomie à géométrie variable »**<sup>1146</sup>. Au delà de l'importance explicitement accordée à la volonté d'exercer un droit fondamental dans un contrat, une autre réalité s'impose peu à peu : la raisonnable de l'exercice contractuel d'un droit fondamental dépend principalement d'une forme de hiérarchisation contextuelle des intérêts en présence<sup>1147</sup>.

Si la Cour suprême affirme fermement le principe de non-hiérarchisation des droits fondamentaux<sup>1148</sup>, elle s'autorise pourtant à établir entre eux des hiérarchies

---

*canadienne*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2006, à la p. 123 et suiv.

<sup>1144</sup> *Frenette c. La Métropolitaine (compagnie d'assurance vie)*, [1992] 1 R.C.S. 647, à la p. 673.

<sup>1145</sup> *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau*, [1999] R.J.Q. 2229 (C.A.Q.), à la p. 41 et suiv : il faut souligner que dans ce cas, l'absence de renonciation n'entraîne pas la violation du droit.

<sup>1146</sup> Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumière de la question du port des signes religieux à l'école publique : réflexions en forme de points d'interrogation », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2007, p. 241, à la p. 275, n° 60.

<sup>1147</sup> Voir Benoit MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493, à la p. 503 ; selon l'auteur « [l]a validité d'une atteinte contractuelle à un droit ou une liberté fondamentale ne peut faire l'économie d'une [...] analyse contextuelle. ».

<sup>1148</sup> Voir *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 877 : « Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit [...], les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui

informelles<sup>1149</sup> : de ce fait, certains droits peuvent bénéficier d'une primauté à géométrie variable. Pour évaluer la légitimité de l'exercice contractuel d'un droit fondamental il convient de prendre en considération l'intérêt qui le gouverne, le motif qui l'inspire ou l'objectif qu'il poursuit. Une telle démarche s'inscrit précisément dans la lignée du test de raisonnablement tel qu'il s'applique en droit public ; elle est d'ailleurs prescrite par la Cour suprême<sup>1150</sup>, et elle correspond à l'évaluation du critère de l'objectif poursuivi<sup>1151</sup>. Parfois sans le dire explicitement, mais le plus souvent en y faisant référence, les juges se livrent volontiers à cet exercice. C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit d'évaluer les restrictions aux droits fondamentaux résultant du contrat de travail. Ainsi, dans la décision rendue dans l'affaire *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau*, la Cour d'appel du Québec – qui réfère expressément à l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* – se fonde sur l'existence « des motifs rationnels »<sup>1152</sup> pour justifier des mesures de surveillance d'un salarié, en dehors de ses heures de travail, par l'employeur. Le même type de raisonnement se retrouve dans la décision rendue également par la Cour d'appel du Québec

---

respecte plainement l'importance des deux catégories de droit. » ; *adde Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, para. 50 ; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238, para. 23 et suiv.

<sup>1149</sup> Voir Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Les hiérarchies passagères, ou de la contingence dans l'équilibrage entre droits fondamentaux », (2012) 4 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 7 : selon l'auteur « [i]l est pourtant difficile de ne pas constater la présence de ce qui ressemble fort à des dissonances cognitives lorsque l'on compare le discours officiel, tant en droit international qu'en droit interne, et la pratique, du moins dans certains champs, ce qui laisse croire à l'existence de hiérarchies informelles, possiblement passagères mais, surtout, non entièrement assumées. ».

<sup>1150</sup> Voir *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, à la p. 1023 et suiv. : la Cour suprême prescrit l'application de cette évaluation mais précise que lorsque « la contestation porte sur les actions d'une partie privée, tel un employeur ou un propriétaire, qui, allègue-t-on, a eu recours à une pratique discriminatoire. Les actions de parties privées visent souvent des objectifs privés tels que l'augmentation du profit ou du rendement d'une entreprise. Si louables que soient ces objectifs en soi, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à leur égard lorsqu'un plaignant établit l'existence à première vue d'une discrimination. L'adoption d'une attitude de retenue à l'égard de tels objectifs privés aurait pour effet de miner le but déclaré des lois sur les droits de la personne, qui est de garantir les droits des groupes minoritaires, des femmes et des particuliers contre un traitement arbitraire et abusif. ».

<sup>1151</sup> *Supra* n° 188.

<sup>1152</sup> *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau*, [1999] R.J.Q. 2229 (C.A.Q.) : selon la Cour « bien qu'elle comporte une atteinte apparente au droit à la vie privée, la surveillance à l'extérieur de l'établissement peut être admise si elle est justifiée par des motifs rationnels et conduite par des moyens raisonnables, comme l'exige l'article 9.1 de la *Charte québécoise*. ».

dans l'affaire *Section locale 143 du syndicat canadien des communications de l'énergie et du papier c. Goodyear Canada inc.*, puisqu'en l'espèce, afin d'apprécier la conformité d'une politique de dépistage d'alcool et de drogues aux droits fondamentaux des salariés, la Cour d'appel s'en remet à l'objectif poursuivi par l'employeur pour établir un départ entre une politique de tests aléatoires de dépistage qui ne constitue pas une atteinte raisonnable aux droits des salariés, et un « dépistage fondé sur des motifs raisonnables et probables [...] qui survient à la suite d'une absence reliée à la consommation d'alcool ou de drogues et à la suite d'un accident important »<sup>1153</sup> qui constitue une restriction raisonnable des droits des salariés. Dans la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, la dissidence des juges Bastarache, LeBel et Deschamps offre un exemple intéressant de mise en œuvre du test de raisonabilité de l'article 9.1. de la *Charte québécoise*. Pour eux, l'application de cette disposition dans un contexte privé impose de « [c]oncilier tous les droits et valeurs en cause [...] trouver un équilibre et un compromis conformes à l'intérêt général dans le contexte précis de l'affaire »<sup>1154</sup>, ils proposent ensuite une méthode de conciliation : « Le tribunal qui se livre à l'exercice de conciliation doit se poser les deux questions suivantes : (1) Y a-t-il atteinte à l'objet du droit fondamental ? (2) Si oui, cette atteinte est-elle licite, compte tenu des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général ? Une réponse négative à cette deuxième question indique qu'il y a violation d'un droit fondamental. »<sup>1155</sup>. Si en l'espèce, l'atteinte au droit fondamental, la liberté de religion est bien constatée par les juges, ils soulèvent également l'atteinte aux droits de autres copropriétaires : le droit de propriété et le droit à la vie et à la sûreté<sup>1156</sup>. Dès lors, ils procèdent à l'exercice de conciliation préconisé, et décident en prenant en compte le contexte général de l'affaire<sup>1157</sup>, que le droit du requérant « ne peut s'exercer en harmonie avec les droits et libertés d'autrui et du bien être général. »<sup>1158</sup>. Les juges majoritaires, qui

---

<sup>1153</sup> *Section locale 143 du syndicat canadien des communications de l'énergie et du papier c. Goodyear Canada inc.*, 2007 QCCA 1686 (CanLII) (C.A.Q.), para. 19.

<sup>1154</sup> *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, para. 154 (j. Bastarache).

<sup>1155</sup> *Id.*, para. 155 (j. Bastarache).

<sup>1156</sup> *Id.*, para. 176 (j. Bastarache).

<sup>1157</sup> *Id.*, para. 177 et 178 (j. Bastarache).

<sup>1158</sup> *Id.*, para. 180 (j. Bastarache).

n'appliquent pas le test de raisonabilité parviennent à la conclusion inverse<sup>1159</sup>. Dans la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Brucker c. Marcovitz*, ce sont les juges de la majorité qui font application de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*<sup>1160</sup>. Là encore, les juges reconnaissent que, dans un contexte privé, cette disposition impose un exercice de conciliation des droits<sup>1161</sup>. Cette analyse les conduit à comparer les avantages et les inconvénients de la reconnaissance de la licéité de la clause de remise de *get* ; de cette comparaison ils déduisent que l'obligation est valide<sup>1162</sup>.

### § III – L'obligation d'accommodement raisonnable

**197. Au carrefour des absolutismes.** L'obligation d'accommodement raisonnable, notion d'apparition récente en droit canadien<sup>1163</sup>, s'est très vite imposée dans tous les débats – juridiques et publiques – relatifs aux droits fondamentaux – et spécifiquement dans les

---

<sup>1159</sup>*Id.*, para. 103 : au nom de la majorité, le juge Iacobucci conclue « j'estime que les clauses contestées de la déclaration de copropriété prohibant les constructions sur les balcons des appelants portent atteinte à la liberté de religion garantie à ceux-ci par la *Charte québécoise*. Je suis également d'avis qu'il est impossible d'affirmer que, en signant la déclaration de copropriété, les appelants ont renoncé à leur droit à la liberté de religion ou qu'ils ont implicitement accepté de ne pas installer de souccahs sur leur balcon respectif durant la période prescrite par leur religion. Dans les circonstances, j'estime que les raisons invoquées par l'intimé pour justifier cette atteinte au droit des copropriétaires ne sont pas fondées; les inquiétudes exprimées relativement à la sûreté personnelle des copropriétaires ont été largement dissipées et l'atteinte causée à leurs droits de propriété est tout au plus minime. ».

<sup>1160</sup> *Brucker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, para. 78 : « Il faut donc apprécier la revendication de M. Marcovitz en regard « des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec » dont fait état l'art. 9.1. Ainsi, nous abordons l'exercice complexe, nuancé et tributaire des faits propres à chaque espèce mentionné au début de ces motifs. ».

<sup>1161</sup> *Id.*, para. 15 et 77.

<sup>1162</sup> *Id.*, para. 79 : selon eux « M. Marcovitz, il me semble, a bien peu à mettre dans la balance. D'abord, il a conclu de son plein gré une obligation contractuelle valide et exécutoire qu'il cherche maintenant à faire annuler pour des scrupules religieux qui lui sont venus après coup. A mon avis, c'est cette tentative de se désister de sa promesse exécutoire, et non l'exécution de l'obligation, qui est contraire à l'ordre public. ».

<sup>1163</sup> Cf. Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.

débats relatifs à la place du fait religieux dans la société<sup>1164</sup> –. Selon M. Bosset, l'obligation d'accommodement raisonnable peut se définir comme :

« une *obligation juridique*, applicable dans une situation de *discrimination*, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du *raisonnable*, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application de la norme. »<sup>1165</sup>.

Son caractère éminemment controversé<sup>1166</sup> – pour des raisons essentiellement extra-juridiques d'ailleurs<sup>1167</sup> – ne doit pas occulter qu'il s'agit « [d']un outil juridique qui s'inscrit dans une culture politique d'intégration »<sup>1168</sup>. Ainsi, elle permet l'inscription sociale des droits fondamentaux (A.), grâce à une atténuation de la rigueur de certains actes collectifs (B.).

---

<sup>1164</sup> Voir notamment José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *R.D. McGill* 325, à la p. 328 : l'auteur souligne que « l'obligation d'accommodement (ou d'adaptation) raisonnable constitue un instrument de maintien des identités particulières et de gestion de la diversité ethnoculturelle. ».

<sup>1165</sup> Pierre BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans Myriam JEZEQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 5, à la p. 10.

<sup>1166</sup> Voir notamment Mona PARÉ, « Le langage des accommodements raisonnables : quelles perspectives pour l'égalité des enfants handicapés en milieu scolaire ? », (2012) 46 *R.J.T.* 485, à la p. 489. : selon l'auteure « [l]es accommodements raisonnables sont devenus un concept en vogue et un remède miracle pour répondre aux maux d'une société qui se veut respectueuse des différences » ; *adde* Gérard BOUCHARD et Charles TAYLOR, *Fonder l'avenir – Le temps de la conciliation*, Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008.

<sup>1167</sup> Voir Michèle RIVET, « L'accommodement raisonnable ou le nécessaire retour aux sources : le droit à l'égalité », dans Myriam JEZEQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 371, à la p. 389 : l'auteure invite à « départager d'une part, le concept d'accommodement raisonnable en tant que corollaire du droit à l'égalité, concept juridique qui nécessite la gestion individualisée de mesures discriminatoires et, d'autre part, les situations qui nécessitent la mise en œuvre d'autres considérations, telles que la conciliation, la tolérance, la fraternité, l'esprit d'ouverture et le savoir vivre, gages d'un mieux vivre en société. » ; *adde* Myriam JÉZÉQUEL, « L'accommodement raisonnable à l'épreuve des stratégies identitaires », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle – Actes du sixième Symposium de la Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 129.

<sup>1168</sup> Stéphane BERNATCHEZ, « Les enjeux juridiques du débat québécois sur les accommodements raisonnables », (2007) 38 *R.D.U.S.* 233, à la p. 252.

## A. L'inscription sociale des droits fondamentaux

**198. Un objectif conciliateur.** L'obligation d'accommodement raisonnable peut faire l'objet de multiples lectures qui sont toutes susceptibles de troubler sa compréhension. Il faut alors rappeler que l'obligation d'accommodement raisonnable est une notion juridique essentiellement jurisprudentielle – car elle ne résulte ni du texte de la *Charte canadienne*, ni de celui de la *Charte québécoise* – qui se déduit du droit à l'égalité<sup>1169</sup>. La Cour suprême, a dégagée la notion dans la décision rendue dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*. En l'espèce, la Cour était confrontée à la demande d'une salariée d'un magasin qui contestait son horaire de travail au nom de sa liberté de religion, or selon les juges :

« La question n'est pas exempte de difficultés. La thèse selon laquelle chaque personne devrait être libre d'adopter la religion de son choix et d'en observer les préceptes ne pose aucun problème. Cette notion générale de la liberté religieuse est bien établie dans notre société et constituait un droit reconnu et protégé bien avant que ne soient adoptés les codes des droits de la personne qu'on a vu apparaître récemment. Le problème se pose lorsqu'on se demande jusqu'où peut aller une personne dans l'exercice de sa liberté religieuse ? À quel moment, dans la profession de sa foi et l'observance de ses règles, outrepasser-t-elle le simple exercice de ses droits et cherche-t-elle à imposer à autrui le respect de ses croyances ? Dans quelle mesure, s'il y a lieu, une personne peut-elle, en pratiquant sa religion, obliger autrui à accomplir un acte ou à accepter une obligation qu'elle n'aurait pas autrement accomplie ou acceptée selon le cas ? [...] Pour situer la question dans le contexte particulier de l'espèce: dans sa volonté honnête de pratiquer sa religion, dans quelle mesure une employée peut-elle forcer son employeur à se conformer dans la gestion de son entreprise à ses pratiques ou à faire en sorte qu'elles soient respectées ?

---

<sup>1169</sup> Voir Madelaine CARON, « L'égalité sous le Code civil : l'incidence des Chartes », (1990) 24 *R.J.T.* 433, à la p. 444 : l'auteure rappelle que « les lois sur les droits de la personne, dont la Charte québécoise, ont été mises en œuvre dans le but de prévenir la discrimination et non la punir » ; *adde* Pierre BOSSET, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi – Aspects juridiques*, coll. « Étude et documents de recherche sur les droits et liberté (n°1) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989.

Jusqu'où, peut-on se demander, peut-on exiger la même chose de ses camarades de travail et, quant à cela, du public en général ? »<sup>1170</sup>.

Choisissant une approche résolument conciliatrice des différents droits en cause, le juge McIntyre affirme alors, au nom de la majorité, que :

« Dans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui. Il est alors évident que tous les droits doivent être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres. Cela est particulièrement important lorsque des rapports spéciaux existent, en l'espèce les rapports entre employeur et employé. Dans le présent cas, [...] le droit de l'employé exige que l'employeur prenne des mesures d'accommodement raisonnables. »<sup>1171</sup>.

Ainsi, la notion d'accommodement raisonnable, dans sa formulation initiale, est marquée par la nécessité de l'inscription sociale de l'exercice des droits fondamentaux. Elle s'impose comme un tempérament nécessaire à l'absolutisme des droits fondamentaux. Dans cette perspective, on doit convenir avec M. Jobin que « [l']imposition de l'obligation d'accommodement raisonnable constitue un accomplissement majeur de la jurisprudence et de la doctrine »<sup>1172</sup>.

## B. L'atténuation de la rigueur d'un acte collectif

**199. Une portée conciliatrice.** La réalisation de l'objectif conciliateur conduit le juge McIntyre, toujours dans la décision rendue dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, à préciser que : « [m]ême si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être

---

<sup>1170</sup>*Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 53., à la p. 553-554.

<sup>1171</sup>*Id.*, à la p. 553-554.

<sup>1172</sup> Pierre-Gabriel JOBIN, « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357, à la p. 378.

l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de la protéger. »<sup>1173</sup>.

Après avoir tenté de circonscrire l'application de l'obligation d'accommodement raisonnable aux cas de « discrimination par suite d'un effet préjudiciable »<sup>1174</sup>, à partir de la décision rendue dans l'affaire *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*<sup>1175</sup>, la Cour suprême étend son application à toutes les situations en abandonnant la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, car :

« La distinction entre une norme qui est discriminatoire à première vue et une norme neutre qui a un effet discriminatoire est difficile à justifier pour la simple raison que peu de cas peuvent être aussi clairement identifiés. Par exemple, une règle qui oblige tous les travailleurs à se présenter au travail le vendredi sous peine de congédiement peut être qualifiée de façon plausible soit de règle directement discriminatoire (parce qu'elle signifie qu'aucun travailleur dont les croyances religieuses l'empêchent de travailler le vendredi ne peut être employé à cet endroit), soit de règle neutre qui n'a un effet préjudiciable que sur quelques personnes (ces mêmes travailleurs dont les croyances religieuses les empêchent de travailler le vendredi). Suivant le même raisonnement, on pourrait soutenir de façon plausible que forcer des employées à subir un test de grossesse obligatoire avant leur entrée en fonction est une règle neutre parce qu'elle s'applique, à première vue, à tous les membres

---

<sup>1173</sup> *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 554.

<sup>1174</sup> *Id.*, à la p. 551 : « On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, "Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir". En l'espèce, il est évident que personne ne conteste que la discrimination directe de cette nature contrevient à la Loi. D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. » ; *adde Bhinder c. CN*, [1985] 2 R.C.S. 561, à la p. 581 et suiv. ; et *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 506-507.

<sup>1175</sup> *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.



d'un personnel et que ses effets particuliers sur les femmes ne sont qu'accessoires. »<sup>1176</sup>.

Même si elle a pris naissance dans le contexte des discriminations de nature religieuses, l'obligation d'accommodement raisonnable découlant du droit à l'égalité trouve à s'appliquer à l'ensemble des motifs de discrimination énoncés dans les Chartes. Il en va ainsi notamment de la discrimination fondée sur le sexe, de la discrimination fondée sur le handicap, de la discrimination fondée sur l'état de grossesse, de la discrimination fondée sur l'âge et de la discrimination fondée sur l'origine nationale<sup>1177</sup>.

**200. Le rejet des accommodements déraisonnables.** C'est aux fondements même de l'obligation d'accommodement que se trouve sa limite, dès la décision rendue dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, la Cour suprême a précisé :

« Si on accepte la thèse selon laquelle une obligation d'accommodement incombe à l'employeur, il devient nécessaire de la délimiter de façon réaliste. L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive [...] »<sup>1178</sup>.

C'est donc autour de la notion de contrainte excessive que se structurent les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable. Renvoyant initialement aux critères des coûts de l'accommodement et de l'entrave à l'exploitation de l'entreprise<sup>1179</sup>, la notion de contrainte excessive a évolué dans le sens d'une plus grande souplesse. Ainsi, dans la décision rendue dans l'affaire *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, le juge Wilson, au nom de la majorité, précise :

---

<sup>1176</sup> *Id.*, à la p. 18-19 ; adde *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, à la p. 880, à la p. 18.

<sup>1177</sup> Voir Pierre BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans Myriam JEZEQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 5, à la p. 14.

<sup>1178</sup> *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 555.

<sup>1179</sup> *Id.*, à la p. 555.

« Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de définir de façon exhaustive ce qu'il faut entendre par contrainte excessive mais j'estime qu'il peut être utile d'énumérer certains facteurs permettant de l'apprécier. J'adopte d'abord à cette fin les facteurs identifiés par la commission d'enquête en l'espèce - le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances. Lorsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents. Cette énumération ne se veut pas exhaustive et les résultats qu'on obtiendra en mesurant ces facteurs par rapport au droit de l'employé de ne pas faire l'objet de discrimination varieront nécessairement selon le cas. »<sup>1180</sup>

D'une manière comparable, dans la décision rendue dans l'affaire *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, la Cour invite à appliquer les critères « d'une manière souple et conforme au bon sens, en fonction des faits de chaque cas »<sup>1181</sup>. En définitive, comme le souligne M. Bosset, « il faut davantage que de simple efforts négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement »<sup>1182</sup>.

### **201. Vers une généralisation de l'obligation d'accommodement raisonnable.**

C'est dans le secteur des relations de travail que l'obligation d'accommodement raisonnable s'est développée, et c'est, encore aujourd'hui ce secteur qui nourrit le contentieux le plus important. Pourtant, on aurait tort de croire qu'il s'agit du seul domaine d'activité dans lequel les acteurs sont assujettis à une telle obligation. On notera que les tribunaux sont aussi soumis à l'obligation d'accommodement raisonnable dès lors notamment qu'ils doivent fournir au justiciable les services d'un interprète en langue des signes<sup>1183</sup>. Mais

---

<sup>1180</sup> *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 520-521.

<sup>1181</sup> *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, à la p. 546.

<sup>1182</sup> Pierre BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans Myriam JEZEQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 5, à la p. 24.

<sup>1183</sup> *Id.*, à la p. 16.

surtout, on soulignera avec M. Bosset que « l'obligation d'accommodement raisonnable s'applique sans restriction au secteur des biens et services offerts au public »<sup>1184</sup>.

\* \* \*

**202. Conclusion de la Section II.** Partant du constat que les droits fondamentaux ne sont pas absolus et en se fondant sur l'article 1 de la *Charte canadienne*, la Cour suprême a développé un test de raisonnabilité pour apprécier les limitations aux droits fondamentaux résultant de l'action du gouvernement. L'application de ce test dans le cadre des relations privées résulte de sa transposition dans le cadre de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*. Mais il s'affirme alors comme un instrument d'appréciation contextuelle des limitations aux droits fondamentaux résultant de l'action des particuliers. Par ailleurs, la jurisprudence tente de dégager d'autres outils pour permettre l'inscription des droits fondamentaux dans la réalité sociale des individus, à ce titre l'obligation d'accommodement raisonnable s'impose dans les discours juridiques relatifs aux droits fondamentaux.

\* \*

\*

---

<sup>1184</sup> Pierre BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans Myriam JEZEQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 5, à la p. 16.

\* \* \*

**203. Conclusion du chapitre II.** Le pouvoir sur les droits fondamentaux doit être légitime, le contrôle de la légitimité appelle la mise en place de raisonnements souples.

En France, sous l'influence de la jurisprudence la Cour européenne, paraît devoir s'imposer le contrôle de proportionnalité. Ce contrôle éminemment circonstanciel, paraît rétif à l'analyse, les critères selon lesquels il est mis en œuvre la justification et l'équilibre étant nécessairement propres à chaque espèce il est difficile de dégager une unité qui présiderait.

Au Québec, en revanche, la mise en œuvre de l'exigence de légitimité peut s'appuyer sur l'existence d'une clause limitative dans la *Charte canadienne*, dont l'interprétation s'impose à celle contenue dans la *Charte québécoise*. La formalisation des éléments d'appréciations de la raisonabilité par le juge offre un guide précieux pour la compréhension de la logique qui préside à son appréciation. Cependant, lorsqu'elle est appliquée dans le cadre des relations privées, elle doit l'être selon la méthode contextuelle qui suppose l'appréciation concrète des critères de la raisonabilité. Ce souci d'une appréciation contextuelle semble d'ailleurs se prolonger dans la progression de l'obligation d'accommodement raisonnable.

\* \*

\*

\* \* \*

**204. Conclusion du titre II.** En France et au Québec, le pouvoir sur les droits fondamentaux ne peut se concevoir comme étant illimité, le risque serait trop grand de voir la liberté se flétrir en son propre nom.

C'est avant tout, en faisant référence à un principe plus éminent que l'on peut tenter de limiter le pouvoir sur les droits fondamentaux. En France et au Québec, la dignité s'impose en droit comme l'étalon de son action. Elle permet d'abord de protéger les contractants contre les atteintes qui peuvent lui être portés. Ainsi, en France la dignité s'impose comme le substrat du droit sanitaire et le fondement du droit social. Au Québec, sa vocation est autre, c'est un droit. C'est un droit autonome garanti par la *Charte québécoise*, et par le *Code civil* en matière de droit du travail : en conséquence chacun peut en exiger le respect. La dignité prend aussi la forme d'un impératif qui peut s'imposer à la volonté des contractants. En France, cette dignité cristallise les passions car elle engage le spectre d'un rétrécissement de la sphère d'autonomie, ses applications peut-être hasardeuses peuvent inquiéter, mais la dignité doit demeurer l'ultime rempart contre la tentation de s'affranchir du monde. Au Québec, cette dignité ne raisonne pas avec autant de force, mais sa réalité ne peut être contestée dès lors qu'en tant que principe interprétatif elle doit guider l'application de l'ensemble des droits prévus par la *Charte québécoise*, y compris contre la volonté de son bénéficiaire.

C'est aussi en considération de la légitimité que peuvent être posées des limites au pouvoir d'exercice sur les droits fondamentaux. L'idée étonne et inquiète à la fois. Sa mise en œuvre repose sur des méthodes qui soulèvent autant d'espoir que de crainte. Ainsi, en France, la Cour européenne suggère l'application d'un contrôle de proportionnalité. En pratique, il apparaît de plus en plus évident que la Cour de cassation ne peut adéquatement mettre en œuvre un contrôle concret dès lors qu'elle ne peut connaître des faits. Plus avant, la méthodologie du contrôle de proportionnalité apparaît fuyante. Il faudrait contrôler la justification et l'équilibre, mais en raison de la nature même du contrôle l'infinie diversité des faits les rend rétifs à la définition. Au Québec, c'est un contrôle de raisonabilité qui

s'impose, suggéré par les dispositions interprétatives des Chartes elles mêmes, ce contrôle a fait l'objet d'une véritable théorie dégagée par la Cour suprême. Conçu en droit public ce contrôle est transposé en droit privé, il est alors adaptée pour pouvoir serrer la réalité des situations au plus près.

\*

\*

\*

\* \* \*

**205. Conclusion de la Seconde Partie.** Promouvoir un pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats, l'idée peut sembler troublante au mieux, sinon saugrenue, ou pire, dangereuse. Pourtant, dans les faits ne faut-il pas constater que, le titulaire des droits fondamentaux, quotidiennement, vit avec ses droits fondamentaux ? Il n'est pas un être abstrait dégagé des contraintes de la nécessité. Voudrait-on placer la personne hors de toute sphère d'action sur ses droits fondamentaux qu'on l'isolerait du reste du monde. Une telle perspective n'apparaît souhaitable à personne.

À ce titre, selon nous, il faut affirmer le pouvoir sur les droits fondamentaux. Certes, on a déjà perçu la contingence des droits fondamentaux et certains proposent de la traduire sous forme d'un pouvoir de renonciation aux droits fondamentaux dans les contrats. Mais cette renonciation est-elle vraiment possible ? Juridiquement parlant, elle semble bien douteuse. Alors n'est-elle pas souhaitable ? Rien n'est moins certain en réalité. Ne marque-t-elle pas une attitude trop passive ? Nous le croyons, il semble alors préférable de recourir à la notion d'exercice pour qualifier le pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats. Au-delà, on voit s'affirmer ce pouvoir, les droits français et québécois sont à cet égard soumis aux mêmes mouvements : le pouvoir croit plus qu'il ne reflue. L'emprise de la personne sur son corps en témoigne peut-être le plus significativement. Mais sa vie privée aussi. Qui ne voit pas que, dans bien des domaines, la personne vit de l'exploitation de ses droits fondamentaux, le nom, l'image autant de droits qu'elle peut porter au service de projets contractuels sans encourir *a priori* la censure.

Voudrait-on pour autant conférer à la personne le pouvoir de détruire ce qui la compose ? Personne ne le prétend et il serait bien difficile de le soutenir. Dans les faits il faut donc contrôler ce pouvoir, l'inscrire dans le cadre du droit. Les concepts et les outils pour le faire semblent difficile à manier, mais n'est-ce pas un défi que les juristes peuvent relever ? Nous le croyons car il faudra bien apprendre à manier la dignité qui a été proclamée en France et au Québec et l'étourdissement que suscite sa fulgurance ne devrait pas la discréditer. Il faudra également s'acclimater à raisonner avec les droits fondamentaux.

Les juges tentent de relever le défi : ils proposent des tests, raffinent des méthodes pour que puissent coexister les notions juridiques et, derrière elles, les personnes.

Finalement, n'est-ce pas le plus important ? Nous le croyons. C'est précisément ce qui devrait animer la dynamique du pouvoir sur les droits fondamentaux : la considération des personnes derrière les notions.

\*

\*

\*



## CONCLUSION GÉNÉRALE

**206.** En France et au Québec, la rencontre entre les contrats et les droits fondamentaux ne laisse pas d'exciter la réflexion juridique. Faisant s'affronter des dynamiques contraires, elle cristallise la tension entre le besoin de reconnaissance et le désir d'autonomie des personnes. Elle pourrait alors sembler irréductible au regard des évolutions de nos sociétés. Pourtant, si l'on résiste à la tentation des *a priori*, elle se montre sous un jour nouveau. La rencontre entre les contrats et les droits fondamentaux n'est pas soumise à la loi des contraires. Une compréhension réaliste de sa dynamique profonde participerait à sa meilleure appréhension par nos droits. Nul besoin de sacrifier définitivement les uns ou les autres sur l'autel d'une vérité immuable. Le respect des droits fondamentaux s'impose dans les contrats, mais il n'est pas l'horizon indépassable que l'on semble y voir. Le pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats s'affirme, mais il n'est pas une licence à la tyrannie.

Pourtant, rencontre improbable que celle des droits fondamentaux et des contrats car elle s'affranchit des frontières traditionnellement connues. Rencontre inéluctable au demeurant, dès lors que nos droits choisissent de se rallier aux mouvements contemporains d'affirmation des droits fondamentaux. Rencontre inquiétante pourtant, parce qu'elle bouleverse ce qui paraissait hier encore inébranlable.

L'autorité des premiers sur les seconds semble dicter les termes des débats. En France, il semble loin le temps où la simple bannière des Droits de l'Homme brandie pouvait suffire à faire la démonstration d'une fierté nationale. La nation s'est dotée d'une *Constitution* qu'il s'agit de faire vivre, elle s'est engagée dans des traités qu'il s'agit de respecter. Au Canada, l'émancipation passerait par l'affirmation, au niveau provincial d'abord où l'on se dote d'une *Charte québécoise*, au niveau fédéral ensuite où la définition d'une identité passe par la proclamation d'une *Charte canadienne*. Ainsi, s'affirment des droits à faire respecter d'abord contre l'État, celui-là même qui dicte les règles en matière

contractuelle. En France, les incertitudes sont grandes. Le Conseil constitutionnel peut-il se saisir du droit des contrats ? Il va le faire, mais qu'en tire t-on ? Une reconnaissance et la consécration de ce que chacun sait déjà. La Cour européenne, on l'a dit conquérante, elle est surtout riche en potentialités non exploitées contre le droit des contrats français. Le plus hardi est alors le plus proche du droit des contrats : le juge judiciaire sera amené à déployer les normes conventionnelles dans le droit des contrats. Au Canada toutes les juridictions peuvent potentiellement se saisir du droit des contrats pour en apprécier la conformité à l'une ou l'autre des Chartes. En pratique, la *Charte canadienne* devrait avoir une grande emprise sur le droit civil, donc le droit des contrats, mais les relations semblent paisibles. Quant à la *Charte Québécoise*, l'harmonie disposée par le *Code civil* ne semble pas conduire à l'harmonisation sur le plan formel. Finalement, le droit des contrats semble relativement imperméable à l'autorité des droits fondamentaux. Cette autorité, doit-elle se prolonger dans les contrats ? Doit-elle produire des effets horizontaux ? En France, l'interrogation paraît relativement nouvelle. On semble alors redécouvrir que la *Constitution* est applicable dans les relations entre particuliers. La *Convention européenne* ne saurait être appliquée par les juges strasbourgeois, leur mandat l'interdit. Elle peut l'être par la Cour de cassation qui s'arroge ce pouvoir sous leur impulsion. Au Canada, la situation paraît claire. La *Charte canadienne* ne s'applique pas dans les relations entre particuliers, c'est une solution de principe. La *Charte québécoise* doit s'appliquer dans les relations entre particuliers, c'était voulu, c'est prévu et c'est déjà vu. Que retire t-on de l'effet horizontal ? Essentiellement, une protection accrue de la vie personnelle du contractant engendrée par de nouveaux conflits. Le bilan de l'autorité des droits fondamentaux, tant redouté par certains, paraît, du strict point de vue quantitatif, bien maigre.

Cependant, l'autorité des droits fondamentaux sur les contrats n'épuise pas l'effet des droits fondamentaux dans les contrats. Il faut aussi considérer, selon la terminologie allemande, l'effet rayonnant des droits fondamentaux. Alors on peut voir que le respect des droits fondamentaux transcende les instruments de protection des droits fondamentaux. En France, c'est à travers l'ordre public et les bonnes mœurs que se réalise l'effet rayonnant : le premier est mobilisé, la seconde, et c'est le plus notable, tend à s'effacer car elle est tout à la fois discréditée et concurrencée. Au Québec aussi un même mouvement s'observe, mais frontalement, sans détour, la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise* noyautent

l'ordre public. Voilà peut-être la vraie nouveauté, dans le respect des droits fondamentaux au delà des instruments de protection des droits fondamentaux. Tous les rouages sont donc en place pour une civilisation des droits fondamentaux. Le changement de culture doit se traduire concrètement. En France, si l'on se fie aux annonces en cours, le changement ne tardera pas, mais ne se ferait-il pas immédiatement qu'on pourrait quand même observer les transformations, de propositions en projets de réformes les droits fondamentaux se sont insinués au cœur du temple et le retour en arrière semble peu probable. D'ailleurs, il faudrait impérativement se tourner vers le Québec, première juridiction de tradition civiliste à avoir réussi une réforme de son Code. On verrait alors une œuvre accomplie, ne se contentant pas d'une disposition d'affichage – la Disposition préliminaire – mais ayant profondément repensé le rapport du droit civil aux droits fondamentaux. Quelle que soit l'appréciation que l'on puisse porter sur la réforme, elle a indéniablement une cohérence, peut-être même que c'est la *Disposition liminaire* qui la lui donne ? Faut-il s'inquiéter de voir les droits fondamentaux s'incarner dans le droit des contrats ? À s'en tenir aux faits, le droit civil québécois ne s'est pas effondré, il faudra patienter pour la France.

Voilà dessiné à grands traits, ce que nous croyons qu'implique le respect des droits fondamentaux dans les contrats. Une autorité encore bien modeste et un rayonnement dont on peine à déduire un trop de généralités. Mais, rien qui n'annonce la fin des contrats ni en France, ni au Québec.

Alors doit s'ouvrir une autre perspective, en France et au Québec, dégagée de la peur de voir tous les contrats irrémédiablement compromis, toutes les initiatives brisées, tous les projets contrariés. Une perspective positive qui place la personne au départ d'un pouvoir sur les droits fondamentaux.

Mais ce pouvoir existe-t-il ? N'est-il pas qu'une chimère ? Certains le pensent, alors il faut bien l'affirmer. D'abord, contre ceux qui ne voudraient voir en lui qu'un acte de renonciation qu'il faudrait suspecter pour mieux le contrôler, proposant alors de sonder l'insondable plutôt que d'affirmer des limites ; alors précisément le pouvoir est en réalité l'exercice, un acte de liberté qui s'exprime d'une manière simple par le consentement donné, le contrôle n'intervenant pas ici. Il faut affirmer aussi le pouvoir dans sa dimension

concrète, ses manifestations les plus emblématiques dans la perspective d'une comparaison. Le pouvoir sur le corps en premier lieu : ce pouvoir on le suspecte légitimement en raison de son objet, mais dans le même temps on se refuse à le contraindre. En France et au Québec, la médecine, longtemps toute puissante sur le corps du malade, doit aujourd'hui respecter un consentement de plus en plus sacralisé, qu'il s'agisse d'intervenir sur un patient ou sur une personne altruiste. Mais, même en dehors du cadre médical, la personne conserve un pouvoir sur son corps, dont elle maîtrise à la fois l'apparence et peut-être aussi les fruits. Le pouvoir sur la vie privée ensuite : ce pouvoir va croissant. Certes, en France et au Québec, le droit se fait pesant lorsqu'il prétend s'exprimer sur l'intimité. Pourtant, l'étau semble se desserrer, lorsqu'il tend à s'exprimer sur l'extimité, aujourd'hui le nom et l'image demain la vanité.

Ce pouvoir sur les droits fondamentaux ne peut pourtant se concevoir comme une licence absolue, il doit faire l'objet d'une évaluation précisément pour être validé. Cette évaluation doit, selon nous, reposer avant tout sur la notion de dignité de la personne humaine. On ne peut ignorer les incertitudes inhérentes à la notion mais peut-être participent-elles à sa force. En tout état de cause, on sait que la notion permet de protéger la personne, en France à travers des règles particulières et au Québec par le droit à la dignité de la *Charte québécoise*. On sait aussi que la notion peut s'imposer à la volonté des personnes, l'impératif de sauvegarde de la dignité fait grand bruit en France, mais il semble être plus discret au Québec. Imagine-t-on pourtant que seule l'atteinte à la dignité puisse encadrer le pouvoir ? Il serait bien illusoire de le croire. Alors il faut aussi contrôler sa légitimité, comment ? En France, les juges tâtonnent, au Québec ils expérimentent et tentent de raffiner leurs appréciations.

Voilà posé ce que nous croyons devoir être le pouvoir sur les droits fondamentaux, un pouvoir d'exercice, dynamique et volontaire. Mais un pouvoir qui n'expose pas la personne aux périls de celui-ci.

Car, au moment de conclure, peut-être faut-il se souvenir que toutes ces questions ne naissent que d'un paradoxe : « La liberté a séduit comme étant l'antithèse du conditionné, du complexe qui est l'ordinaire de la vie humaine. Elle répond à une idée de

réaction de l'idéal contre les faits de la vie positive, que l'esprit humain se trouve impuissant à pleinement dominer. »<sup>1185</sup>.

---

<sup>1185</sup> René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du Droit privé – Essai critique*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence – Artgur Rousseau, 1911, à la p. 143.



# TABLE DE JURISPRUDENCE

**N.B.** Les références sont indiquées selon la morphologie générale (avec les adaptations nécessaires) proposée par : Didier LLUELLES avec la collab. de Josée RINGUETTE, *Guide des références pour la rédaction juridique*, 8<sup>ème</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2014.

## I – JURIDICTIONS INTERNATIONALES ET EUROPÉENNE

### 1. Cour européenne des droits de l'homme

CEDH *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* (fond), 23 juillet 1968, p. 27, série A n° 6

CEDH *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A n° 32

CEDH *Aubert et autres c. France*, nos 31501/03, 31870/03, 13045/04, 13076/04, 14838/04, 17558/04, 30488/04, 45576/04 et 20389/05, 9 janvier 2007

CEDH *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V

CEDH *Brusco c. France*, no 1466/07, 14 octobre 2010

CEDH *Burghartz c. Suisse*, 22 février. 1994, série A n° 280-B

CEDH *Cabourdin c. France*, n° 60796/00, 11 avril 2006

CEDH *Cleja et Mihalcea c. Roumanie*, n° 77217/01, 8 février 2007

CEDH *Dayanan c. Turquie*, no 7377/03, 13 octobre 2009

CEDH *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n°s 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, CEDH 2013 (extraits)

CEDH *Fabris c. France*, n° 16574/08, 21 juillet 2011

CEDH *Fabris c. France* [GC], n° 16574/08, § 60, CEDH 2013 (extraits)

CEDH *GALEC c. France*, n° 51255/08, 17 janvier 2012

CEDH *Haas c. Suisse*, n° 31322/07, CEDH 2011

CEDH *Hutten-Czapka c. Pologne*, n° 35014/97, 22 février 2005

CEDH, *Hutten-Czapka c. Pologne* [GC], n° 35014/97, CEDH 2006-VIII

CEDH *Hutten-Czapka c. Pologne* (Règlement amiable) [GC], n° 35014/97, 28 avril 2008

CEDH *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII

CEDH *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n° 25  
 CEDH *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, CEDH 2003-IX  
 CEDH *Khursid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, n° 23883/06, 16 décembre 2008  
 CEDH *Koch c. Allemagne*, n° 497/09, 19 juillet 2012  
 CEDH *Lambert et autres c. France*, n° 46043/14, 5 juin 2015  
 CEDH *Lecarpentier et autre c. France*, n° 67847/01, 14 février 2006  
 CEDH *Lindheim et autres c. Norvège*, n° 13221/08 et n° 21139/10, 12 juin 2012  
 CEDH *López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, série A n° 303-C  
 CEDH *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 75, série A n° 310  
 CEDH *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31  
 CEDH *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II  
 CEDH *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, 23 septembre 2010  
 CEDH *Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], n°s 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, CEDH 2011  
 CEDH *Papageorgiou c. Grèce*, 22 octobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI  
 CEDH *Pla et Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01, CEDH 2004-VIII  
 CEDH *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, 21 juin 1988, série A n° 139  
 CEDH *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 40, CEDH 2002-III  
 CEDH *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, série A n°301-B  
 CEDH *Saint-Adam et Millot c. France*, n° 72038/01, 2 mai 2006  
 CEDH *Salduz c. Turquie* [GC], no 36391/02, CEDH 2008  
 CEDH *Schüth c. Allemagne*, n° 1620/03, CEDH 2010  
 CEDH *Siliadin c. France*, no 73316/01, CEDH 2005-VII  
 CEDH *Van der Musselle c. Belgique*, 23 novembre 1983, série A n° 70  
 CEDH *Van Oosterwijk c. Belgique*, 6 novembre 1980, série A no 40  
 CEDH *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, CEDH 2003-VII  
 CEDH *Vezon c. France*, n° 66018/01, 18 avril 2006  
 CEDH *Vilnes et autres c. Norvège*, n°s 52806/09 et 22703/10, 5 décembre 2013  
 CEDH *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, p. 20, série A n° 7  
 CEDH *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A n° 91  
 CEDH *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, § 63, série A n° 44



CEDH *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France* [GC], n° 24846/94 et n° 34165/96 à 34173/96, CEDH 1999-VII

CEDH *Zolotas c. Grèce* (n° 2), n° 66610/09, CEDH 2013 (extraits)

ComEDH *X c. Royaume-Unie* (déc.), n°6956/75, décision de la Commission du 10 décembre 1976, DR 8

ComEDH *Durini c. Italie* (déc.), n°19217/91, décision de la Commission du 12 janvier 1994, DR 76-B

## 2. Cour de justice des communautés européennes

CJUE *Aldona Malgorzata Jany et autres c. Staatssecretaris van Justitie*, Affaire C-268/99, [2001] Rec. C.E. I-08615

CJUE *Omega c. Allemagne*, Affaire C-36-02, 14 octobre 2004, J.O. C 300 du 4.12.2004, p. 3

## II – JURIDICTIONS FRANÇAISES

### 1. Conseil constitutionnel

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Tables analytique 1959-2015*, Paris, 2015

Cons. const. 27 novembre 1959, n° 59-1 FNR, *Rec. Cons. const.* p. 71

Cons. const. 19 juin 1970, n° 70-39 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 15

Cons. const. 16 juil. 1971, n° 71-44 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 29

Cons. const. 28 novembre 1973, n° 73-80 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 45

Cons. const. 27 décembre 1973, n° 73-51 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 25

Cons. const. 15 janvier 1975, n° 74-54 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 19

Cons. const., 12 janvier 1977, n° 76-75 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 33

Cons. const., 4 juin 1984, n° 84-137 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 113

Cons. const., 20 juillet 1988, n° 88-244 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 119

Cons. const., 4 juillet 1989, n° 89-254 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 41

Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-261 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 81

Cons. const., 20 janvier 1993, n° 92-316 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 14

Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 100  
Cons. const. 3 août 1994, n° 94-348 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 117  
Cons. const., 18 janvier 1995, n° 84-352 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 170  
Cons. const., 26 janvier 1995, n° 94-358 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 183  
Cons. const., 9 avril 1996, n° 96-375 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 60  
Cons. const., 30 décembre 1996, n° 96-385 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 145  
Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 31  
Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 258  
Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 75  
Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 D.C., *Rec. Cons. const.* p.100  
Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 D.C., *Rec. Cons. const.*, p. 116  
Cons. const., 13 janvier 2000, n° 99-423 D.C., *Rec. Cons. const.* p.33  
Cons. const., 19 décembre 2000, n° 2000-437 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 176  
Cons. const., 27 novembre 2001, n° 2001-451 D.C., *Rec. Cons. const.* p.145  
Cons. const., 13 janvier 2003, n° 2002-465 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 43  
Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 211  
Cons. const., 11 décembre 2003, n° 2003-486 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 467  
Cons. const., 18 décembre 2003, n° 2003-487 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 473  
Cons. const., 12 février 2004, n° 2004-490 D.C., *Rec. Cons. const.* p.41  
Cons. const., 1<sup>er</sup> juillet 2004, n° 2004-497 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 107  
Cons. const., 22 juillet 2005, n° 2005-521 D.C., *Rec. Cons. const.*, p. 125  
Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 4964  
Cons. const., 30 novembre 2006, n° 2006-543 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 120  
Cons. const., 14 décembre 2006, n° 2006-544 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 129  
Cons. const., 25 janvier 2007, n° 2007-546 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 55  
Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 352  
Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 D.C., *Rec. Cons. Const.* p. 107  
Cons. const., 16 juillet 2009, n° 2009-584 D.C., *Rec. Cons. Const.* p. 140  
Cons. const., 16 septembre 2010, n° 2010-25 Q.P.C., *Rec. Cons. Const.* p. 220  
Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-3 Q.P.C., *Rec. Cons. const.* p. 97  
Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 Q.P.C., *Rec. Cons. const.* p. 179  
Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-085 QPC, *Rec. Cons. const.* p. 63

Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 Q.P.C., *Rec. Cons. const.* p. 235  
 Cons. const., 9 juin 2011, n° 2011-631 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 252  
 Cons. const., 17 juin 2011, n° 2011-138 Q.P.C., *Rec. Cons. const.* p. 291  
 Cons. const., 7 octobre 2011, n° 2011-177 Q.P.C., *Rec. Cons. const.* p. 495  
 Cons. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 142  
 Cons. const., 22 mars 2012, n° 2012-652 D.C., *Rec. Cons. Const.* p. 158  
 Cons. const., 19 novembre 2012, n° 2009-592 D.C., *Rec. Cons. Const.* p. 193  
 Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 D.C., *Rec. Cons. const.* p. 817  
 Cons. const., 1<sup>er</sup> août 2013, n° 2013-337 Q.P.C., *Rec. Cons. const.* p. 924  
 Cons. const., 4 décembre 2013, n° 2013-679 D.C., *Rec. Cons. Const.* p. 1060  
 Cons. const., 29 janvier 2015, n° 2014-444 Q.P.C.  
 Cons. const., 26 mars 2015, n° 2015-460 Q.P.C.  
 Cons. const., 29 mai 2015, n° 2015-470 Q.P.C.

## 2. Conseil d'État

Cons. d'État Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, *Rec. Lebon* p.190  
 Cons. d'État Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, n° 136727 et n° 143578, *Rec. Lebon* p. 372  
 Cons. d'État, 8 décembre 2000, *Daniel Draï*, n° 196330, *Rec. Lebon* p. 514  
 Cons. d'État Ass. 26 octobre 2001, *Mme X*, n° 198546, *Rec. Lebon* 2001  
 Cons. d'État, 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, n° 374508, n° 374528 et n° 374552 *Rec. Lebon* 2014  
 Cons. d'État, 10 janvier 2014, *S.A.R.L. Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, n° 374528, *Inédit*  
 Cons. d'État, 11 janvier 2014, *S.A.R.L. Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, n° 374552, *Inédit*  
 Cons. d'État ass., 24 juin 2014, *Mme F... I... et autres*, n° 375081, 37090, 375091, *Rec. Lebon* 2014  
 Cons. d'État, 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne*, n° 387726, *Rec. Lebon* 2015

## 4. Juridictions judiciaires

- *Cour de cassation*

Cass. Ass., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. Ass.*, n° 4  
Cass. Ass., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Bull. Ass.*, n° 1  
Cass. Ass., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, *Bull. Ass.*, n° 12  
Cass. Ass., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass.*, n° 1

Cass. Mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Bull. mixte*, n° 4

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 décembre 1931, *Recueil Sirey* 1932.I.131  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 1936, *D.* 1936.1.88  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 1994, n° 92-12.239, *Bull. civ. I*, n° 100  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juillet 1994, n° 92-19.187, *Bull. civ. I*, n° 262  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 2000, n° 98-15.950, *Inédit*  
Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ. I*, n° 249  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 00-18987, *Inédit*  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2007, n° 06-13.206, *Bull. civ. I*, n° 360  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 décembre 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ. I*, n° 282  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2010, n° 08-70.248, *Bull. civ. I*, n° 21  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ. I*, n° 174  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup> civ., 6 avril 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053, *Bull. civ. I*, n° 70, 71, 72  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ. I*, n° 191  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avril 2013, n° 11-19.091 [...], *Bull. civ. I*, n° 83  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ. I*, n° 176  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ. I*, n° 174

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 mars 1997, n° 93-10.914, *Bull. civ. II*, n° 86

Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ. III*, n° 60  
Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ. I*, n° 43  
Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 décembre 2002, n° 01-00.519, *Bull. III*, n° 262  
Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2006, n° 04-19.349, *Bull. civ. III*, n° 73  
Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ. III*, n° 140 : 1

Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ.* III, n° 194

Cass. com., 12 mars 1985, n° 84-17.163, *Bull. civ.* IV, n° 95

Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-13.350, *Inédit*

Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-16.761, *Bull. civ.* IV, n° 143

Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, *Bull. civ.* IV, n° 129

Cass. crim., 3 juin 1975, n° 75-90.687 *Bull. crim.*, n° 141

Cass. crim., 30 juin 1976, n° 75-93.296, *Bull. crim.*, n° 236

Cass. crim. 4 mars 2003, n° 02-82.194, *Bull. crim.*, n° 58

Cass. soc., 27 avril 1964, n° 62-40.148, *Bull. civ.* V, n° 339

Cass. soc. 7 février 1968, n° 65-40.622, *Bull. civ.* V, n° 86

Cass. soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, *Bull. civ.* V, n° 309

Cass. soc., 19 novembre 1996, n° 94-19.404, *Bull. civ.* V, n° 392

Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, *Bull. civ.* V, n° 171

Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, *Bull. civ.* V, n° 7

Cass. soc. 28 février 2001, n° 97-45.545, *Bull. civ.* V, n° 64

Cass. soc., 12 février 2002, n° 99 45-610, *Inédit*

Cass. soc., 10 juillet 2002, n°s 99-43.334, 99-43.336, 00-45.135, 00-45.387, *Bull. civ.* V, n° 239 : 5 P. 2

Cass. soc. 25 février 2003, n° 00-42.031, *Bull. civ.* V, n° 66

Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ.* V, n° 141

Cass. soc. 19 octobre 2010, n° 09-42.391, *Inédit*

Cass. soc. 25 octobre 2011, n° 10-16.837, *Inédit*

Cass. soc. 7 février 2012, n° 10-18.686, *Bull. civ.* V, n° 58

Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Bull. civ.* V, n° 75

- *Cours d'appel*

C.A. Paris, 1<sup>er</sup> ch., 15 juin 1990, *JCP G* 1991.II.21653

CA Versailles, 24 novembre 2004, n° 03/09036, *D.* 2005.IR

C.A. Versailles, 12e ch., 2e sect., 22 septembre 2005, SAS Calendriers Jean Lavigne c/ Sté Universal Music et al., *D.* 2006.702

CA Versailles 3 mai 2007 *D.* 2007.2433

CA Anger 29 mai 2007 *D.* 2007.2433

- *Tribunaux*

Trib. civ. Seine, 22 janvier 1947, *D.* 1947.126, *Gaz. Pal.* 1947.I.67

T.G.I. Paris, 3 juin 1969, *D.* 1970.jur.136

T.G.I. Nanterre, 6 avril 1995, *Gaz. Pal.* 1995.I.jur.285

### III – JURIDICTIONS CANADIENNES

2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919

*Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C. 1865

*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567

*Amax Potash Ltd. Etc. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576

*Aubry c. Editions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591

*Ateliers d'ingénierie Dominion Ltée. c. Commission des droits de la personne du Québec*, (1980) R.P. 209 (C.A.)

*Avis sur la législation albertaine*, [1938] R.C.S. 100

*Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345

*B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315

*Bhinder c. CN*, [1985] 2 R.C.S. 561

*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307

*Bordier v. S.*, 1934, 72 C.S. 316

*Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607

*Cameron c. Canadian Factors Corp. Ltd.*, [1971] R.C.S. 148

*Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101

*Caron c. Gagnon*, (1930) 68 C.S. 155

*Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331

*Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489

*Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 1205 (C.A.)

*Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791

*Christies c. York Corp.*, [1940] S.C.R. 139

*Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3

*Commission des droits de la personne (Chiasson) c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1996] R.J.Q. 511

*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (M.L.) c. Maison des jeunes et autres*, [1998] R.J.Q. 2549

*Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536

*Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525

*Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236

*Coutu c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1995] R.J.Q. 1628

*Curateur public du Québec c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211

*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835

*De Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64

*Desroches c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.Q.)

*Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103

*Dupond c. Ville de Montréal et autres*, [1978] 2 R.C.S. 770

*Elsley c. J.G. Collins Ins. Agencies*, [1978] 2 R.C.S. 916

*Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712

*Fortin c. Syndicat nationale des employés de l'Hôtel-Dieu de Montréal (C.S.N.)*, [1988] R.J.Q. 526

*Frenette c. La Métropolitaine (compagnie d'assurance vie)*, [1992] 1 R.C.S. 647

*Gazette (The) c. Goulet*, 2012 QCCA 1085

*Godbout c. Ville de Longueuil*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.)

*Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 884

*Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238

*Gooding v. Edlow Investment Corp.*, [1966] C.S. 436 (C.S.)

*Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, [2009] 2 R.C.S. 295

*Griffith v. Harwood*, 1900 B.R. 299

*Hill v. Church of Scientology of Toronto et al.*, [1994] O.J. No. 961 (Ont. C.A.)  
*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130  
*Hogan c. R.*, [1975] 2 R.C.S. 574  
*Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145  
*Irvin Toy Ltd. c. Québec (procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927  
*Janzen c. Platy enterprises ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252  
*Jean Louis c. Directeur de l'état civil*, [1998] R.J.Q. 518  
*Johnson c. Sparrow*, (1899) 15 C.S. 104  
*La Brasserie Labatt Ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73  
*Lanoie c. Centre d'interaction Proximédia inc.*, 2006 QCCQ 4625  
*Laurier v. Berthiaume*, 1933, 55 B.R.  
*Laoun c. Malo*, [2003] R.J.Q. 381 (C.A.)  
*Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357  
*Loew's Montreal Theatres ltd. c. Reynolds*, (1919) Q.R. 30  
*Manoir de la Pointe bleue (1978) inc. c. Corbeil*, EYB 1992-74873  
*Marier c. Centre à la petite enfance Gros Bec*, 2013 QCCQ 3933 (C.Q.)  
*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229  
*Ministre de la justice (Can.) c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575  
*Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256  
*Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, EYB 1992-84012  
*Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265  
*Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157  
*Ontario (procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206  
*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441  
*Orvieto c. Italy (Government of the Republic of)*, 2006 QCCS 2688  
*Owens Illinois Canada Inc. c. Boivin*, [1988] R.L. 494  
*P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141  
*P.G. (Qué.) c. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66  
*Parnell c. Springle (C.S.)*, (1899) 5 R. de J. 74  
*Québec (Commission des droits de la personne et de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665  
*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789



*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Poulin*, J.E. 2001-1071

*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Vallée*, [2003] R.J.Q. 2009

*Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211

*Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61

*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295

*R. c. Bryan* [2007] 1 R.C.S. 527

*R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 204

*R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858

*R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417

*R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714

*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30

*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103

*R. c. Patrick*, [2009] 1 R.C.S. 579

*R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45

*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296

*Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721

*Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698

*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199

*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519

*Roger Morris v. Les projets Bellevue Ltee. P.C.M.*, (1969) 15 R.D. McGill. 112 (C.S.)

*S.A. c. P.T.*, [2004] R.D.F. 447

*S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573

*S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156

*Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519

*Section locale 143 du syndicat canadien des communications de l'énergie et du papier c. Goodyear Canada inc.*, 2007 QCCA 1686 (CanLII)

*SEFPO c. Ontario (procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2

*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177

*Société Radio-Canada c. Canada (Procureur Général)*, [2011] 1 R.C.S. 19

*Srivastava c. Hindu Mission of Canada (Quebec) Inc.*, [2001] R.J.Q. 1111 (C.A.Q.)

*St-Pierre c. Fernais*, [1976] C.S. 717

*Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285  
*Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau*, [1999] R.J.Q. 2229  
*Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2002] R.J.Q. 906  
*Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 : 1  
*The Gazette c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30  
*Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138  
*Turcotte c. Blue Bonnets Raceway*, [1972] C.S. 753  
*Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772  
*Valin c. Langlois*, [1879] 3 R.C.S. 1  
*Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2005] R.J.Q. 961  
*Whitfield c. Canadian Marconi Co.*, [1968] R.C.S. 960  
*WIC Radio Ltd. c. Simpson*, [2008] 2 R.C.S. 420  
*Winnipeg School Division n° 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150  
*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3  
*X v. Rajotte*, 1938, 64 B.R. 484

# BIBLIOGRAPHIE

**N.B.** Les références sont indiquées selon la morphologie générale (avec les adaptations nécessaires) proposée par : Didier LLUELLES avec la collab. de Josée RINGUETTE, *Guide des références pour la rédaction juridique*, 8<sup>ème</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2014.

## I – OUVRAGES GÉNÉRAUX : MANUELS, TRAITÉS ET COURS

**AUBRY C. et C.-F. RAU**, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 4, 6<sup>ème</sup> éd. par Étienne BARTIN, Paris, Éditions Techniques, 1935

**BAUDOUIN J.-L. et P.-G. JOBIN**

- *Les obligations*, 6<sup>ème</sup> éd., avec la collab. de Nathalie VEZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005

- *Les obligations*, 7<sup>ème</sup> éd., par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VEZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013

**BERGEL J.-L.**, *Théorie générale du droit*, 5<sup>ème</sup> éd., coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2012

**BRUN H., G. TREMBLAY, E. BROUILLET**, *Droit constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014

**CAPITANT H., F. TERRÉ et Y. LEQUETTE**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1 « Introduction – Personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux – Successions », 13<sup>ème</sup> éd., coll. « Grands arrêts », Dalloz, 2015 [G.A.J.C. 1]

**CAPITANT H., F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2 « Obligations – Contrats spéciaux – Sûretés », 13<sup>ème</sup> éd., coll. « Grands arrêts », Dalloz, 2015 [G.A.J.C. 2]

**CARBONNIER J.**, *Droit civil*, 2 tomes, coll. « Quadrige Manuels », Paris, P.U.F., 2004

**COLIN A. et H. CAPITANT**, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 8<sup>ème</sup> éd., avec le concours de M. JULIOT DE LA MORANDIERE, Paris, Dalloz, 1934

**CONSTANTINESCO L.-J.**, *Traité de droit comparé*, t. 1 « Introduction au droit comparé », Paris, L.G.D.J., 1972

**CONSTANTINESCO V. et S. PIERRE-CAPS**, *Droit constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 2013

**DAVID R.**, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, L.G.D.J., 1950

**DAVID R. et C. JAUFFRET-SPINOSI**, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2002

**DELEURY E. et D. GOUBAU**, *Le droit des personnes physiques*, 5<sup>ème</sup> éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2014

**DEMOGUE R.**, *Source des Obligations*, t. 2, Paris, Arthur Rousseau, 1923

**DUPLÉ N.**, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014

**DWORKIN R.**, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977

**FABRE-MAGNAN M.**

- *Introduction au droit*, coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 2014

- *Droit des obligations*, t. 1 « Contrat et engagement unilatéral », 3<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2012

**FAGES B.**, *Droit des obligations*, 4<sup>ème</sup> éd., coll. « Manuel », Paris, L.G.D.J., 2013

**FAVOREU L., P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, et al.**, *Droit des libertés fondamentales*, 6<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2012

**FAVOREU L.** (dir.), *Droit constitutionnel*, 17<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2015

**FLOUR J., J.-L. AUBERT et E. SAVAUX**, *Droit civil – Les obligations*, t. 1 « L'acte juridique », 16<sup>ème</sup> éd., coll. « Université », Paris, Sirey, 2014

**GAÏA P., R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, E. OLIVIA, A. ROUX**, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel – ouvrage créé par L. Favoreu et L. Philip*, 17<sup>ème</sup> éd., coll. « Grands Arrêts », Paris, Dalloz, 2015 [G.D.C.C.]

**GHESTIN J., G. LOISEAU et Y.-M. SERINET**, *Traité de droit civil - La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat – Le consentement », 4<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2013

**HAMON F. et M. TROPER**, *Droit constitutionnel*, 35<sup>ème</sup> éd., coll. « Manuels », Paris, L.G.D.J., 2014

**HOGG P. W.**

- *Canada Act 1982 annotated*, Toronto, Carswell, 1982

- *Constitutional Law of Canada – 2014 Student Édition*, Toronto, Carswell

**HUC T.**, *Commentaires du Code civil*, t. 1, Paris, Cotillon, 1892

**JACQUÉ J.-P.**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8<sup>ème</sup> éd., coll. « cours », Paris, Dalloz, 2015

**JESTAZ P.**

- *Les sources du droit*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 2005

- *Les sources du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 2015

- JHERING R. VON**, *L'esprit du droit romain*, trad. de l'allemand par O. DE MEULENAERE, t. IV, Paris, A. Marescq, 1878
- JOBIN P.-G.**, *Le louage*, coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996
- KARIM V.**, *Obligations*, 4<sup>ème</sup> éd., 2 v., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015
- LARROUMET C. (dir.)**, *Droit civil*, t. III « Les obligations, le contrat », 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Économica, 2007
- LAUDE A., B. MATHIEU et D. TABUTEAU**, *Droit de la santé*, 3<sup>ème</sup> éd, coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2012
- LEBRETON G.**, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 2008
- LEVESQUE F.**, *Précis de droit québécois des obligations – Contrat, Responsabilité, Exécution et extinction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014
- LLUELLE D. et B. MOORE**, *Droit des obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012
- LONG M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLÉ et B. GENEVOIS**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20<sup>ème</sup> éd., coll. « Grands Arrêts », Paris, Dalloz, 2015 [G.A.J.A.]
- MALAURIE P., L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK**, *Les obligations*, 6<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit civil », Paris, L.G.D.J., 2013
- MALINVAUD P. et D. FENOUILLET**, *Droit des obligations*, 12<sup>ème</sup> éd., coll. « Manuel », Paris, LexisNexis, 2012
- MARGUÉNAUD J.-P.**, *La cour européenne des droits de l'Homme*, 5<sup>ème</sup> éd., coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 2011
- MARTY G. et P. RAYNAUD**, *Les obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., t. 1, Paris, Sirey, 1988
- MAUGÜÉ C. et STAHL J.-H.**, *La question prioritaire de constitutionnalité*, 2<sup>ère</sup> éd., coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 2012
- MAZEAUD H., L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS**, *Leçons de droit civil*, t. 2, v. 1 « Obligations : théorie générale », 9<sup>ème</sup> éd. par François CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998
- MIGNAULT P.-B.**, *Le droit civil canadien, basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil » de Frédéric Mourlon avec une revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, t. 1, Montréal, C. Théoret, 1895
- PHILIPS-NOOTENS S., P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI**, *Éléments de responsabilité civile médicale – Le droit dans le quotidien de la médecine*, 3<sup>ème</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon-Blais, 2007
- PINEAU J., S. GAUDET et D. BURMAN**, *Théorie des obligations*, 4<sup>ème</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001
- RENUCCI J.-F.**, *Droit européen des droits de l'homme : contentieux européen*, 4<sup>ème</sup> éd., coll. « Manuels », Paris, L.G.D.J., 2010

**ROCHFELD J.**, *Les grandes notions du droit privé*, 2<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2013

**RIVERO J. et H. MOUTOUH**, *Libertés publiques*, t. 1, 9<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis droit public », Paris, P.U.F., 2003

**SAVIGNY F. C. VON**, *Traité de droit romain*, trad. de l'allemand par Ch. GUENOUX, t. I, Paris, Firmin Didot Frère, 1840

**SUDRE F.**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 2012

**SUDRE F., J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET avec la collab. de G. GONZALES**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2011 [G.A.C.E.D.H.]

**SCHWARZE J.**, *Droit administratif européen*, 2<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit administratif », Bruxelles, Bruylant, 2009

**TERRE F.**, *Introduction au droit*, 10<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2015

**TERRE F. et D. FENOUILLET**, *Droit civil – La famille*, 8<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2011

**TERRE F., P. SIMLER et Y. LEQUETTE**, *Droit civil – Les obligations*, 11<sup>ème</sup> éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2013

**VIALLA F. (dir.), M. REYNIER et É. MARTINENT**, *Les grandes décisions du droit médical*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2014

**VILLEY M.**, *Philosophie du droit – Définition et fin du droit – Les moyens du droit*, rééd. par François TERRÉ, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, Dalloz, 2001

**ZWEIGERT K. et H. KOTZ**, *Introduction to Comparative Law*, trad. de l'allemand par Tony WEIR, Oxford, Clarendon Press, 1998

## II – OUVRAGES SPÉCIAUX : THÈSES, MONOGRAPHIES ET AUTRES OUVRAGES

### 1. Thèses et mémoires

**AMAR J.**, *De l'usager au consommateur de service public*, Préf. A. GHOZI, coll. « Institut de droit des affaires », Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2001

**ANCEL P.**, *L'indisponibilité des droits de la personnalité – Une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, Thèse, Université de Dijon, Faculté de droit et de science politique, 1978

**BARBIER H.**, *La liberté de prendre des risques*, Préf. J. MESTRE., Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011

**BLUMANN C.**, *La renonciation en droit administratif français*, Préf. J. LAMARQUE, Paris, L.G.D.J., 1974

- BOURGEOIS M.**, *La personne objet de contrat*, Orléans, Paradigme, 2005
- CAPITANT D.**, *Les effets juridique des droits fondamentaux en Allemagne*, Préf. M. FROMONT, Paris, L.G.D.J., 2001
- CHAMPEIL-DESPLATS V.**, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Préf. M. TROPER, coll. « Droit public positif », Aix-en-Provence / Paris, P.U.A.M. / Économica, 2001
- CREPEAU P.-A.**, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier – Étude comparée du droit français, du common law et du droit civil de la province de Québec*, Préf. R. DAVID, Montréal, Wilson & Lafleur, 1956
- CROTEAU N.**, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996
- DEBET A.**, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Préf. L. LEVENEUR, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2002
- DECOCQ A.**, *Essai d'une théorie générale des droits de la personne*, Préf. G. LEVASSEUR, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1960
- DESAULNAY O.**, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2009
- DIJOUX R.**, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Préf. J.-B. SEUBE, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2012
- DREIFUSS-NETTER F.**, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Préf. P. TERCIER, Paris, L.G.D.J., 1985
- DUBOIS P.**, *Le physique de la personne*, Préf. G. CORNU, Paris, Économica, 1986
- Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Préf. Y. LEQUETTE, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1996
- FRUMER P.**, *La renonciation aux droits et libertés – La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Préf. R. ERGEC, coll. « Droit international », Bruxelles, Bruylant, 2001
- GADHOUN P.-Y.**, *La liberté contractuelle dans le jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Préf. D. Rousseau, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2008
- GAILLARD E.**, *Le pouvoir en droit privé*, Préf. G. CORNU, coll. « Droit civil », Paris, Économica, 1985
- GENIAUT B.**, *La proportionnalité dans les relations de travail - De l'exigence au principe*, Préf. A. JEANMAUD, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », Dalloz, 2009, à la p. 259, n° 426
- GIRARD C.**, *Des droits fondamentaux au fondement du droit : réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Préf. E. PICARD, coll. « De Republica », Paris, Publications de la Sorbonne, 2010
- GOUNOT E.**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912

- GRAMMATIKAS G.**, *Théorie générale de la renonciation en droit civil – étude parallèle du droit français et du droit hellénique*, Préf. J. CARBONNIER, Paris, L.G.D.J., 1971
- LACROIX M.**, *L'illicéité – essai théorique et comparatif en matière de responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnelle*, Thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2011
- LAMOTHE M.**, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les chartes québécoise et canadienne*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2006
- LAMOUREUX M.**, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants – Recherche sur un possible imperium des contractants*, Préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2006
- LANDHEER-CIESLAK C.**, *La religion devant les juges français et québécois en droit civil*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2007
- LAVAUD-LEGENDRE B.**, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, Préf. A. GARAPON, coll. « Partage du savoir », Paris, P.U.F., 2005
- LEFEBVRE B.**, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998
- LE GAC-PECH S.**, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. MUIR-WATT, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2000
- LOISEAU G.**, *Le nom objet d'un contrat*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1997
- LOKIEC P.**, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Préf. A. LYON-CAEN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004
- MAURIN L.**, *Contrat et droits fondamentaux*, avant propos R. CABRILLAC, Préf. E. PUTMAN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2013
- MEKKI M.**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. GHESTIN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004
- MILANO L.**, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Préf. F. Sudre, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2006
- MOINE I.**, *Les choses hors commerce – une approche de la personne humaine juridique*, Préf. E. LOQUIN, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1997
- MOLFESSIS N.**, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Préf. M. GOBERT, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1997
- MOUTEL B.**, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français – Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse de doctorat, Limoge, Université de Limoge, Faculté de droit et de sciences politiques, 2006
- MUZNY P.**, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme – Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Préf. F. SUDRE, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2005
- NERSON R.**, *Les droits extraprimoniaux*, Thèse, Lyon, Bosc frères M. & L. Riou, 1939



- OPREA Z.**, *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1935
- PHILIPPE X.**, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Préf. C. DEBBASSH, coll. « Science et Droit administratifs », Paris / Aix-en-Provence, Economica / P.U.A.M., 1990
- RAYNAUD J.**, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. GARAUD, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2003
- REVET T.**, *La force de travail : étude juridique*, Préf. F. ZENATI, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, Litec, 1992
- SAMSON M.**, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, Thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2012
- SIBICIANO N.**, *Théorie générale des renonciations en droit civil français*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1932
- SPIELMANN D.**, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Préf. P. LAMBERT, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1995
- VAN DROOGHENBROECK S.**, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, FUSL/Bruylant, 2002

## 2. Monographies, essais et autres ouvrages

- ARBOUR M.-E.**, *Fragments de droit québécois et canadien : histoire, mixité, mutations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012
- ARENDT H.**, *La crise de la culture – Huit exercices de pensée politique*, trad. collective de *Between Past and Future*, 1972, coll. « Folio essais », Paris, Gallimard, 1989
- ATIAS C.**, *Philosophie du Droit*, 3<sup>ème</sup> éd., coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2012,
- BAUD J.-P.**, *L'affaire de la main volée – Une histoire juridique du corps*, Paris, Éditions du Seuil, 1993
- BAUDOIN J.-L. et C. LABRUSSE-RIOU**, *Produire l'Homme de quel droit ? Étude juridiques et éthique des procréations artificielles*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1987
- BEIGNIER B.**, *Le droit de la personnalité*, coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 1995
- BESSY C.**, *La contractualisation de la relation de travail*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 2007
- BEUDANT Ch.**, *Le droit individuel et l'État – Introduction à l'étude du droit*, Paris, Arthur Rousseau, 1891
- BOSSET P.**, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi – Aspects juridiques*, coll. « Étude et documents de recherche sur les droits et liberté (n°1) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989

- CABALLERO F.**, *Droit du sexe*, Paris, L.G.D.J., 2010
- CAMUS A.**, *Le mythe de Sisyphe*, dans *Œuvres Complètes*, v. 1, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 2006
- CARBONNIER J.**
- *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1992
  - *Droit et passion du droit sous le Vème République*, coll. « Champs essais », Paris, Flammarion, 1996
- CARTIER E.**, *La QPC, le procès et ses juges*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2013
- CHEVALIER J.**, *L'État post-moderne*, 3<sup>ème</sup> éd., coll. « Droit et Société », Paris, L.G.D.J., 2008
- CLAUDEL P.**, *Le soulier de satin*, dans *Théâtre*, t. II, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1948
- CREPEAU P.-A.**, *La réforme du droit civil canadien – Une certaine conception de la recodification 1965-1977*, Montréal, Éditions Thémis, 2003
- DEMOGUE R.**, *Les notions fondamentales du Droit privé – Essai critique pour servir à d'introduction à l'étude des Obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1911
- FABRE-MAGNAN M.**, *La gestation pour autrui – Fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013
- GADAMER H.-G.**, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, trad. Pierre FRUCHON de *Wahrheit und Methode*, coll. « L'ordre philosophique », Paris, Seuil, 1976
- GAUDIN J.-P.**, *Gouverner par contrat*, coll. « Gouvernance », Paris, Presses Science Po., 2007
- GIDE A.**, *Les Nourritures terrestres (1897)*, dans *Romans – Récits et soties – Œuvres lyriques*, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1958
- GLENN H. P.**, *16<sup>e</sup> Conférence Albert-Mayrand – Les droits privés*, Montréal, Éditions Thémis, 2013
- GRENIER B.**, *La déclaration canadienne des droits. Une loi bien ordinaire ?*, coll. « Bibliothèque juridique », Québec, P.U.L., 1979
- HART H. L.A.**, *Le concept de droit*, 2<sup>ème</sup> éd., trad. par Michel VAN DE KERCHOVE, coll. « Droit », Bruxelles, Facultés universitaire Saint-Louis, 2005
- INGLEHART R.**, *Modernization and postmodernization - cultural, economic, and political change in 43 societies*, Princeton, Princeton University Press, 1997
- JAMIN C.**, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois – 9<sup>e</sup> Conférence Albert Mayrand*, Montréal, Éditions Thémis, 2005
- KANT E.**, *Œuvres Philosophiques*, t. 3 « Les derniers écrits », coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1986
- KOURI R. P. et S. PHILIPS-NOOTENS**, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 3<sup>ème</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012

- LEGRAND P.**, *Le droit comparé*, 4<sup>ème</sup> éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 2011
- LEISNER W.**, *Grundrecht und Privatrecht*, München, Beck, 1960
- MANNING M.**, *Rights, freedoms and the courts : a practical analysis of the Constitution Act, 1982*, Toronto, Emond-Montgomery, 1983
- MAYRAND A.**, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975
- MICHAUD M.**, *Le droit au respect de la vie privée dans le contexte médiatique : de Warren et Brandeis à l'inforoute*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996
- NIPERDEY H.-C.**, *Grundrecht und Privatrecht*, Universitätsdre, Krefeld, 1961
- OST F. et M. VAN DE KERCHOVE**, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002
- PELLUCHON C.**, *L'autonomie brisée : Bioéthique et philosophie*, coll. « Léviathan », Paris, P.U.F., 2009
- POPOVICI A.**, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995
- RIDEAU J.**, *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, Recueil des cours de l'Académie internationale du droit de La Haye, t. 265, 1997
- RIGAUX F.**, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles / Paris, Bruylant / L.G.D.J., 1990
- RIPERT G.**
- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1948
  - *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1949
- ROUSSEAU J.-J.**, *Du contrat social*, dans *Œuvres complètes*, t. 3, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1964
- SACCO R.**, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Économica, 1991
- SUPIOT A.**
- *Critique du droit du travail*, 2<sup>ème</sup> éd., coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2007
  - *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, coll. « Essais », Paris, Éditions du Seuil, 2005
- SOYER J.-C. et M. DE SALVIA**, *Le recours individuel supranational : mode d'emploi*, Paris, L.G.D.J., 1992
- TEUBNER G.**, *Le droit, un système autopoïétique*, trad. Gaby MAIER et Nathalie BOUCQUEY de *Recht als autopoietisches system*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1993
- TISSERON S.**, *L'intimité surexposée*, coll. « Pluriel », Hachette, 2001
- TREMBLAY M.**, *Chroniques du Plateau Mont-Royal*, coll. « Thésaurus », Arles, Actes Sud, 2011

### 3. Travaux collectifs, rapports, études

**ACADÉMIE DES PRIVATISTES EUROPÉEN – GUISEPPE GANDOLFI (coord.),** *Code européen des contrats*, 1999

**ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE ET SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE,** *Terminologie contractuelle commune : projet de cadre commun de référence*, coll. « Droit privé comparé et européen » v. 6, Paris, Société de Législation Comparée, 2008

**ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE ET SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE,** *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, coll. « Droit privé comparé et européen » v. 7, Paris, Société de Législation Comparée, 2008

**BARKHUSYEN T. et S. LINDENBERGH (dir.),** *Constitutionalisation of private law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006

**BELAND J.-P. (dir.),** *L'homme biotech : humain ou posthumain ?*, Sainte-Foy, P.U.L., 2006

**BELLEY J.-G. (dir.),** *Le Droit soluble : contributions québécoise à l'étude de l'internormativité*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 1996

**BOUCHARD G. et C. TAYLOR,** *Fonder l'avenir – Le temps de la conciliation*, Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008

**CABRILLAC R., D. MAZEAUD, A. PRÜM (dir.),** *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain – Colloque du 22 juin 2007*, coll. « Travaux de l'Association Henri Capitant » v.8, Paris, Société de Législation Comparée, 2008

**CANADA MINISTÈRE DE LA JUSTICE,** *Regroupement et explication des projets de modification déposés par le Ministre de la justice devant le comité mixte spécial de la Constitution, janvier 1981 / Consolidation of proposed resolution and possible amendments as placed before the Special Joint Committee by the Minister of Justice, January, 1981, together with explanatory notes*, Ottawa, Ministère de la Justice, 1981

**CATALA P. (dir.),** *Rapport – Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation française, 2006

**CHEVALIER J. (dir.),** *L'État propulsif : contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1992

**COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE REPUBLIQUE,** *Documents pour servir à L'HISTOIRE DE L'ELABORATION DE LA CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958*, vol. 2 « Le comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958 », Paris, La Documentation française, 1988

**COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT (PRÉSIDENT : OLE LANDO),** *Les Principes du droit européen du contrat : L'exécution, l'inexécution et ses suites*, Paris, La documentation française, 1997

- COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT (PRÉSIDENT : OLE LANDO),** *Principes du droit européen du contrat*, coll. « Droit privé comparé et européen » v. 2, Paris, Société de Législation Comparée, 2003
- FENET P.-A.**, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, 1827
- FENOUILLET D. et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.)**, *La contractualisation de la famille*, Paris, Économica, 2001
- FERRAND J. et H. PETIT (dir.)**, *L'odyssée des droits de l'homme*, t. 1 « Fondation et naissance des Droits de l'homme », Paris, L'Harmattan, 2003
- GAUDREAU-DESBIENS J.-F. (dir.)**, *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009
- GLENN H. P. (dir.)**, *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993
- HACHEZ I., Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.)**, *Les sources du droit revisitées*, v. 1 « normes internationales et constitutionnelles » et v. 4 « théorie des sources du droit », Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2012
- JÉZÉQUEL M. (dir.)**, *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007
- LORTIE S., N. KASIRER et J.-G. BELLEY (dir.)**, *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2004
- MARGUÉNAUD J.-P. (dir.)**, *CEDH et droit privé – L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, coll. « Mission de recherche « Droit et Justice » », Paris, La documentation française, 2001
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE**, *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2015 ([www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr))
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC**, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, 3 tomes, Québec, Publications du Québec, 1993
- OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL**, *Rapport du Comité des droits civils*, Montréal, 1966
- OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL**, *Rapport sur la reconnaissance de certains droits concernant le corps humain*, Montréal, 1971
- OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL**, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1., *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1978
- PELISSIER A. et D. COSTA (dir.)**, *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011
- QUÉBEC, ASSEMBLEE NATIONALE**, Commission permanente de la justice, « Audition de personnes et d'organismes au sujet des projets de loi n° 106 et 107 », dans *Journal des débats : Commissions parlementaires*, n°29 (28 avril 1983)
- QUÉBEC ASSEMBLÉE NATIONALE**, *Journal des débats*, 2<sup>e</sup> session, 30<sup>e</sup> législature, vol. 15, 1974

**RESEAU D’ACTION ET D’INFORMATION POUR LES FEMMES**, *Mémoire sur le projet de loi 106 traitant du droit des personnes qui ont le malheur d’être hétérosexuelle*, Sillery, Réseau d’action et d’information pour les femmes, 1983

**SCOTT F. R. et P.-A. CRÉPEAU**, *Rapport sur un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne/ Report on a Draft Bill concerning Human Rights and Freedom*, 25 juillet 1971

**STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE et RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW** (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference* (D.C.FR), ([http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf).)

**SUDRE F. et H. LABAYLE (dir.)**, *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Bruylant, 2000

**TERRÉ F. (dir.)**, *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et proposition d’un groupe de travail*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2009

#### 4. Dictionnaires, encyclopédies, répertoires et lexiques

**ANDRIANTSIMBAZOVINA J., H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.)**, *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008

**CORNU G. (dir.)**, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>ème</sup> éd., coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2014

**CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC**, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003

**GARAUD E.**, *Lamy Droit du Contrat*, v<sup>o</sup> Étude 245 – *La violation d’un droit fondamental*

**HAUSER J. et J.-J. LEMOULAND**, *Rép. civ.* Dalloz, v<sup>o</sup> *Ordre public et bonnes mœurs*, n<sup>o</sup> 166

**HOUTCIEFF D.**, *Rép. civ.* Dalloz, v<sup>o</sup> *Renonciation*

**HOUTCIEFF D. et A.-S. MESTRE-CHAMI**, *Lamy droit du contrat*, v<sup>o</sup> Étude 236 – *L’atteinte à l’ordre public et aux bonnes mœurs*

**MICHEL V.**, *Rép.dr.européen* Dalloz, v<sup>o</sup> *Droits de l’homme*

**MOULY J. et C. DUDOGNON**, *Rép.civ.* Dalloz, v<sup>o</sup> *Sport*

**PENNEAU J.**, *Rep.dr.civ.* Dalloz, v<sup>o</sup> *Corps humain – Bioéthique*

**REY-DEBOVE J. et A. REY**, *Le Grand Robert de la langue française*, Paris, Éditions Le Robert, 2015

### III – ARTICLES

**ABADIE L.**, « Convention européenne des droits de l’homme et contentieux contractuel », *Dr. et pat.* 2010.194.73

**ADAM P.**, « La dignité du salarié », *R.D.T.* 2014.168/244

**ALLARD F.**

- « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) *N.S. R. du B.* 1

- « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë », (2006) *N.S. R. du B.* 33

**ALLIX D.**, « Un nouveau passeport pour les loisirs, le vrai faux contrat de travail ? », *Dr. soc.* 2009.780

**AMIEL P. et F. VIALLA**, « La vérité perdue du « code de Nuremberg » : réception et déformations du « code de Nuremberg » en France », *R.D.S.S.* 2009.673

**AMSELEK P.**, « La teneur indécise du droit », (1992) 26 *R.J.T.* 1

**ANCEL M.-E.**, « Nouvelles frontières. L'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », dans Geneviève PIGNARRE (dir.), *Force subversives et créatrices en droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2005, p. 121

**ANCEL P.**

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D. civ.* 1999.771

- « Les droits sur la propriété de l'image du sportif », dans Gérald SIMON (dir.), *Les contrats sportifs – L'exemple du football professionnel*, Paris, P.U.F., 2003, p. 243

- « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques » dans Sandrienne CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, coll. « Institut de Droit des Affaires », Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2007

**ANTIPPAS J.**, « Propos dissidents sur les droits dits « patrimoniaux » de la personnalité », *R.T.D. com.* 2012.35

**ACQUARONE D.**, « L'ambiguïté du droit à l'image », *D.* 1985.129

**ARBOUR M.-E. et M. LACROIX**, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 231

**ATIAS C.**

- « Qu'est-ce qu'un contrat ? », dans Christophe JAMIN (dir.), *Droit et économie des contrats*, coll. « Droit et économie », Paris, L.G.D.J., 2008, p. 3

- « La civilisation du droit constitutionnel », *R.F.D.C.* 1991.7.435

- « Tendances d'un temps ou inexorable loi du droit ? De l'obligation au droit », *D.* 2010.2536

**AUBERT DE VINCELLES C.**, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », dans François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2008, p. 113

**AZARD P.**, « La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec », (1965) 43 R. du B. can. 55

**BAILLON-WIRTZ N.**, « Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : le choix d'un relatif statu quo », R.L.D.C. 2011.86.37

**BASTARACHE M.**, « La Charte canadienne des droits et libertés, reflet d'un phénomène mondial ? », (2007) 48 C. de D. 735

**BAUDOIN L.**, « La personne humaine au centre du droit québécois », (1966) 26 R. du B. 66

**BAUDOIN J.-L.**

- « Le Code civil : crise de croissance ou crise de vieillesse », (1966) R. du B. can. 391

- « Corps humain et actes juridiques », (1975) 6 R.D.U.S. 387

- « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) 53 R. du B. can. 715

- « L'expérimentation sur les humains : un conflit de valeurs », dans *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs : contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international – Xes Journées Jean Dabin*, Bruylant Bruxelles, 1982, p. 171

- « La Cour suprême et le droit civil québécois : un bilan, un constat, une prospective », dans Gerald A. BEAUDOIN (dir.), *La Cour suprême du Canada, Actes de la conférence d'octobre 1985*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 125

- « Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification », dans *Conférence sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des Journées louisianaises*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 13

- « Conférence de clôture », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application – les Journées Maximilien Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 319

- « Chronique – Situation légale et jurisprudentielle entourant les volontés de fin de vie », *Repère*, mars 1995

- « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 29

- « Violence et pratique du sport : que font le droit pénal et le droit civil ? », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 185

- « Quo Vadis ? », (2005) 46 C. de D. 613

- « L'art du droit civil », dans *Hommage à Gérard Cornu : droit et sagesse*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2009, p. 19

- « Droit et vérité », dans Claude FABIEN et Benoit MOORE (dir.), *Les conférences Albert-Mayrand 1997-2011*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 351

**BAUMGARTNER F.**, « Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », R.D.C. 2015.668

**BEAUDOIN G.-A.**



- « La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux », (1975) 53 *R. du B. can.* 675

- « De la suprématie de la Charte canadienne des droits et libertés et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial », dans GÉRALD-A. BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées strasbourgeoises 1988*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 23

- « La constitutionnalisation de l'ordre juridique », dans ASSOCIATION CANADIENNE DE DROIT COMPARE ET ASSOCIATION QUEBÉCOISE DE DROIT COMPARE, *1998 Droit contemporain – Rapports canadiens au congrès international de droit comparé, bristol, 1998*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 399

- « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », (2003) 48 *R.D. McGill* 325

**BEHAR-TOUCHAIS M.**, « Rapport introductif », *L.P.A.* 1998.117.3

**BEIGNIER B.**

- « L'ordre public et les personnes », dans Thierry REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 13

- « Vie privé et vie publique », dans *Le privé et le public*, Archives de la philosophie du droit t. 41, Paris, Sirey, 1997, p. 163

**BEIGNIER B. et S. MOUTON**, « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *D.* 2001.1636

**BELANGER A.**, « Du spécialiste au dilettante, quel juriste doit produire le discours juridique? Trois exemples d'analyse interdisciplinaires relatifs à la théorie contractuelle », (2011) 52 *C. de D.* 497

**BELLEY J.-G.**

- « Sans foi, ni loi : l'indépendance contractuelle », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 203

- « Présentation », dans Serge LORTIE, Nicholas KASIRER et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 1

- « Les « obligations ajuridiques » : des oubliés du Code civil ? », dans Vincent CARON, Gabriel-Arnaud BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et *al.* (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Thémis, p. 143

**BÉNABENT A.**, « La liberté individuelle et le mariage », *R.T.D. civ.* 1973.440

**BERGER V.**, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme », *L.P.A.* 2009.46.40

**BERNARD-MENORET R. et V. FRAISSINIER-AMIOT**, « Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », *L.P.A.* 2009.46.102

**BERNATCHEZ S.**

- « Les enjeux juridiques du débat québécois sur les accommodements raisonnables », (2007) 38 *R.D.U.S.* 233

- « Un tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière de droits de la personne », (2012) 42 *R.D.U.S.* 203

**BISSON A.-F.**, « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill* 539

**BLONDEAU D.**, « Question de vie et de mort : un débat de société d'abord », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 3

**BON P.**, « La constitutionnalisation du droit espagnol », *R.F.D.C.* 1991.5.35

**BONNECASE J.**, « La notion juridique de bonnes mœurs – Sa portée en droit civil français », dans *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939

**BOSSET P.**

- « La Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre constitutionnel québécois : « acte fondateur » ou « loi ordinaire » », (2006) 1 *B.Q.D.C.* 3

- « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans Myriam JEZEQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 5

**BOSSET P. et P. EID**, « Droit et religion », (2007) 41 *R.J.T.* 513

**BOULT R.**, « Aspects des rapports entre le droit civil et la « common law » dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 738

**BOURASSA S.**, « Les droits de la personnalité », dans Collection de droit 2015-2016, École du Barreau du Québec, vol. n° 3, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015

**BOWKER W. F.**, « Experimentation on Humans and Gifts of Tissues : Article 20-23 of the Civil Code », (1973) 19 *R.D. McGill* 161

**BRAIBANT G.**, « Le principe de proportionnalité », dans *Mélanges offerts à Marcel Waline – Le juge et le droit public*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 297

**BRIÈRE G.**, « La jouissance et l'exercice des droits civils : nouvelle version », (1989) 20 *R.G.D.* 265

**BRISSON J.-M.**, « Le Code civil, droit commun ? », dans *Les journées Maximilien-Caron 1992 – Le nouveau Code civil : Interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993

**BRUN P.**, « Les projets de réforme du droit français des obligations et l'influence du droit québécois », (2009) 88 *R. du B. can.* 455

**BRUNELLE C.**

- « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », (2006) *N.S. R. du B.* 143

- « La dignité, ce digne concept juridique », dans Collection de droit 2008-2009, École du Barreau du Québec, vol. Hors-Série, *Justice, société et personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 21

- « Les domaines d'application des Chartes des droits », dans Collection de droit 2014-2015, École du Barreau du Québec, vol. n°7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, EYB2014CDD165

- « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans Collection de droit 2014-2015, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, EYB2014CDD166

- « Les limites aux droits et libertés », dans Collection de droit 2015-2016, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015

**BRUNELLE C., M. COUTU et G. TRUDEAU**, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme », (2007) 48 *C. de D.* 5

**BUCKLEY F.**, « Unreported Judgment », (1973) 19 *R.D. McGill* 294

**BYK C.**, « Urgence et thérapie : rigueur et évolution du droit », *R.G.D.M.* 1999.3.16,

**CABRILLAC R.**

- « Le nouveau code civil du Québec », *D.* 1993.267

- « Droits fondamentaux et notion de contrat – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 121

- « Le corps humain », dans Rémy CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 21<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 197

**CANIVET G.**

- « La Cour de cassation et la CEDH », dans Catherine Teitgen-Colly (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque organisé les 26 et 27 octobre 2000*, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Bruylant/Némésis, 2002, p. 257

- « Le Conseil constitutionnel et le contrat variation sur la « discrétion » », dans Sarah BROS et Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Paris/Aix-en-Provence, Economica, 2010, p. 75

**CANTIN CUMYN M.**, « Le pouvoir juridique », (2007) 52 *R.D. McGill* 215

**CAPARROS E.**, « La Cour suprême et le Code civil », dans Gerald A. BEAUDOIN (dir.), *La Cour suprême du Canada, Actes de la conférence d'octobre 1985*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 107

**CARBONNIER J.**

- « Rapport général », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Travaux*, t. XIII « Les renoncements au bénéfice de la loi », Paris, Dalloz, 1963, p. 283

- « Propos introductif », dans Thierry REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 1996

**CARON M.**

- « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne ? », (1978) 56 *R. du B. can.* 197

- « L'égalité sous le Code civil : l'incidence des Chartes », (1990) 24 *R.J.T.* 433

**CASSIN R.**, « Droits de l'Homme et méthode comparative », *R.I.D.C.* 1968.20.449

**CASTELLI M. D. et M. CADORETTE**, « L'expérimentation biomédicale et l'inviolabilité de la personne : autodétermination ou protection de l'intégrité physique », (1994) 25 *R.G.D.* 173

**CATALA P.**, « A propos de l'ordre public », dans *Mélanges P. Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 511

**CAYLA O.**, « Jeux de nains, jeux de vilains », dans Gilles LEBRETON (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, Paris, L'Harmattan, 1988, p. 155

**CESARO J.-F. et P.-Y. GAUTHIER**, « Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux », *D.* 2009.2116

**CIOTOLA P.**, « L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation du droit des contrats ? », (1986) 20 *R.J.T.* 169

**CHALIFOUR N.**, « Droit à l'image : une amorce de protection de l'identité artistique ? » dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUEBEC, *Congrès annuel du barreau du Québec*, 2000, p. 533

**CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995.323

**CHASSAGNARD-PINET S.**, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel – Contrat et Convention européenne des droits de l'homme », dans *Libre droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 225

**CHEROT J.-Y.**, « Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel, réponse à Christian Atias », *R.F.D.C.* 1991.7.439

**CHEVALIER J.**, « État de droit », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 388

**CHEVALIER P.**, « De nouveaux horizons pour le contrôle de conventionalité à la Cour de cassation », *Constitutions* 2014.350

**CHEVRETTE F.**

- « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », (1987) *R.J.T.* 461

- « Quasi-constitutionnalité ascendante et quasi-constitutionnalité descendante : Réflexions sur deux « inventions » juridique canadiennes », dans Brigitte LEFEBVRE (dir.), *Mélanges Roger Comtois*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 165

**CIOTOLA P.**, « L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation des contrats ? », (1986) 20 *R.J.T.* 169

**COHEN D. et L. GAMET**, « Loft story : le jeu travail », *Dr. soc.* 2001.791

**COHEN-JONATHAN G.**, « La place de la CEDH dans l'ordre juridique français », dans Frédéric SUDRE (dir.), *Le Droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992 : actes du colloque de Montpellier, février 1993*, Kehl, N.P. Engel, 1994, p. 1

**COLLART DUTILLEUL F.**, « Quel place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2003, p. 225

**COTÉ P.-A.**, « La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés », (1984) 18 *R.J.T.* 105

**COUSSIRAT-COUSTERE V.**, « Convention européenne des droits de l'homme et droit interne », dans *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Némésis, 1992, p. 14

**COUTU M.**, « Contrat et auto-référence en droit suivant Gunther Teubner : une "méprise constructive" ? », *R.I.E.J.* 1998.40.14

**COUTU M. et P. BOSSET**, « La dynamique de la Charte – Étude n° 6 », dans *Après 25 ans – La Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 2, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, p. 261

**COUTURIER G.**, « L'ordre public de protection – heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », dans *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Defresnois Répertoire du notariat, 1979, p. 95

#### **CRÉPEAU P.-A.**

- « Préface au Rapport sur le Code civil du Québec », dans O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1, vol. 1 « Projet de Code civil », Québec, Editeur officiel, 1977

- « Une certaine conception de la recodification », dans *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Édition Thémis, 2005, p. 23

#### **CUMYN M.**

- « La sanction des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *R.J.T.* 1

- « L'ordre public et le droit civil », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 269

**DAUSE M. A.**, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *R.T.D. eur.* 1984.401

**DAVID R.**, « Le droit comparé – Enseignement de culture générale », *R.I.D.C.* 1950.2.682

**DE BÉCHILLON D. et C. JAMIN**, « La Convention européenne des droits de l'homme au supermarché », *D.* 2007.2313

**DE FONTBRESSIN P.**, « L'effet horizontal de la Convention européenne des Droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », dans *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 157

**DEKEUWER-DÉFOSSEZ F.**, « La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation », dans Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, coll. « Droit et Société », Paris, L.G.D.J., 2007, p. 167

**DELEURY É.**

- « Une perspective nouvelle : le sujet reconnu comme objet du droit », (1972) 13 *C. de D.* 529

- « La personne en son corps : l'éclatement du sujet », (1991) 70 *R. du B. can.* 448

**DELMAS-MARTY M.**, « Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme », dans Claude FABIEN et Benoit MOORE (coord.), *Les conférences Albert-Mayrand 1997-2011*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 147

**DEMONTIGNY Y.**, « Le domaine des relations privées : un « no man's land constitutionnel », (1988) 22 *R.J.T.* 243

**DE SCHUTTER O. et J. RINGELHEIM**, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », C.R.I.D.H.O. Working papers 2005.1

**DEUMIER P.**, « L'ordre public international réinventé pour lutter contre l'asservissement », *R.D.C.* 2006.4.1260

**DI MANNO T.**, « Code civil et constitution en Italie », dans Michel VERPEAUX (dir.), *Code civil et constitution(s) : Journée d'étude du 25 mars 2004 à l'Assemblée nationale*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/P.U.A.M., 2005, p. 99

**DIJOUX R.**, « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux », *L.P.A.* 2011.214.12

**DORD O.**, « Droits fondamentaux (Notion de – et théorie des –) », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 332

**DRAPEAU M.**, « La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne », (1994) 28 *R.J.T.* 31

**DREYER E.**

- « Les mutations du concept juridique de dignité », *R.R.J.* 2005.19

- « Du caractère fondamental de certains droits », *R.R.J.* 2006.2.1

- « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006.748

- « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008.2730

**DURIG G.**, « Grundrecht und Zivilrechtssprechung », dans *Festschrift Nawiaski*, 1956, p. 157

**EDELMAN B.**

- « La recherche biomédicale dans l'économie de marché », *D.* 1991.203

- « L'arrêt « Perruche » : une liberté pour la mort ? », *D.* 2002.2349

**EISSEN M.-A.**

- « La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : Une mise à jour », dans René Cassin – *Amicorum Discipulorumque Liber*, t. 3 « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », Paris, Pédone, 1971

- « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour », dans Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX et Pierre-Henri IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Economica, 1999, p. 65

**ERGEC R.**, « La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence belge », dans Paul TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » - 35 années de jurisprudence : 1959-1994*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 285

**FABRE-MAGNAN M.**

- « La dignité en Droit : un axiome », *R.I.E.J.* 2007.58.1

- « Dignité Humaine », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVIA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige Dicos de Poche », Paris, P.U.F., 2008, p. 285

- « Le domaine de l'autonomie personnelle – Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008.31

- « Avantages ou inconvénients des principes directeurs ? », *R.D.C.* 2012.1480

- « Le statut juridique du principe de dignité », *Droits* 2013.58.167

- « Critique sur la notion de contenu du contrat », *R.D.C.* 2015.639

**FABRE-MAGNAN M., M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS**, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits* 2009.48.3

**FAGES B.**, « Autour de l'objet et de la cause », *R.D.C.* 2006.1.37

**FAVOREU L.**

- « Le principe de constitutionnalité », dans *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 33

- « La constitutionnalisation du droit », dans *L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25

- « La constitutionnalisation de l'ordre juridique – Grilles d'analyse proposée pour le 15e Congrès international de droit comparé », dans Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris et Aix-en-provence, Economica et P.U.A.M., 1998, p. 197

**FAUVARQUE-COSSON B.**, « L'ordre public », dans *1804-2004 Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 473

**FELDMAN J.-P.**, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits* 2009.48.87

**FENOUILLET D.**

- « Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique », dans *Études Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p.487

- « La loi, je juge, les mœurs : la Cour de cassation aurait-elle emménagé rive gauche ? », *R.D.C.* 2005.1284

- « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *R.D.C.* 2009.1.219

**FERRAND F.**, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française », *R.I.D.C.* 1995.3.691

**FLAUSS J.-F.**, « Rapport général – La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », dans SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international – Colloque de Strasbourg*, Paris, Pédone, 1998, p. 11

**FLETCHER, G. P.**, « Comparative law as a Subversive Discipline », (1998) 46 *Am. J. Comp. L.* 683

**FLOUR M.**, « Influence du droit public sur le droit privé », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. 2 « 1946 », p. 39

**FOYER J.**, « Les bonnes mœurs », dans *1804-2004 Le Code Civil - Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 495

**FOYER J.**, « Le droit civil dominé », dans *Études offertes à Pierre Catala – Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Paris, Litec, 2001, p. 12

**FRISON-ROCHE M.-A.**, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *R.T.D. civ.* 1995.573

**FROMONT M.**

- « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la république fédérale d'Allemagne », dans *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 49

- « Le principe de proportionnalité », *A.J.D.A.* 1995.156

**GAGNE G.**, « Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité », (1992) 33 *C. de D.* 701

**GAHDOUN P.-Y.**, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Nouveaux Cah. Cons. Const.*, 2011.31.51

**GAILLARD E.**, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.* 1984.161

**GALLOUX J.-C. et H. GAUMONT-PRAT**, « Droit et libertés corporels », *D.* 2012.308

**GANNAGE P.**, « Le juge civil face aux droits religieux », dans *De tous horizons – Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 247



**GARAUD, J.-P. MARGUENAUD, M.-C. MEYZAUD-GARAUD, B. MOUTEL et J.-M. PLAZY**, « Les manifestations concrètes de l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français », dans Jean-Pierre MARGUENAUD, *CEDH et droit privé – L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, coll. « Perspective sur la justice », Paris, La documentation française, 2001, p. 101

**GAUDIN H.**, « Droits fondamentaux communautaire (hors Charte) », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadriga », Paris, P.U.F., 2008, p. 336

**GAUDREAULT-DESBIENS J.-F.**

- « Les Chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme ? Quelques hypothèses sur la culture des droits sur la culture juridique québécoise » dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 83

- « Du crucifix au kirpan : quelques remarques sur l'exercice de la liberté de religion dans les établissements scolaires », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, *Développement récents en droit de l'éducation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002

- « Les hiérarchies passagères, ou de la contingence dans l'équilibrage entre droits fondamentaux », (2012) 4 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 7

- « Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumière de la question du port des signes religieux à l'école publique : réflexions en forme de points d'interrogation », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2007, p. 241

**GAUDREAULT-DESBIENS J.-F. et C.-M. PANACCIO**, « The asymmetrical distinctness of the Charter of Human Rights and Freedoms in the post-Chaoulli era », (2006) N.S. R. *du B.* 217

**GENDREAU P.-A.**, « Le juge Jean-Louis Baudouin, les Chartes et le Code civil – une illustration : la protection de la vie privée », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 1129

**GHESTIN J.**

- « L'utile et le juste dans les contrats », *A.P.D.* 1981.26.35, à la p. 36

- « La notion de contrat », *Droits* 1992.7

- « Avant-propos », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, coll. « Actes », Paris, Dalloz, 2003, p. 1

- « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *J.C.P. G.* 2013.37.929

**GIBSON D.**, « The Charter of rights and the private sector », (1982) *Man. L. J.* 213

**GICQUEL J.**, « L'applicabilité directe de la norme constitutionnelle », dans Mireille DELMAS-MARTY et Claude LUCAS DE LEYSSAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2<sup>ème</sup> éd., coll. Essais, Paris, Seuil, 2002, p. 291

**GILLES D. et S. LABAYLE**, « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique », (2012) 42 *R.D.U.S.* 309

**GIROUX M. T.**, « Dignité, aide médicale à mourir et volontés contemporaines de la personne en fin de vie », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, EYB2014DEV2079

**GLENN H. P.**, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *C. de D.* 339

**GOBERT M.**, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *R.T.D. civ.* 1992.489

**GONTHIER C. D.**, « L'influence d'une cour suprême nationale sur la tradition civiliste québécoise », dans, *Journées Maximilien-Caron - Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 4

**GRAMMOND S.**, « Conception canadiennes et québécoises des droits fondamentaux et de la religion : convergence ou conflit ? », (2009) 43 *R.J.T.* 83

**GÉGOIRE M. A.**, « La personne vulnérable, une oubliée du Code civil du Québec ? Quand l'effectivité du droit ne rime pas avec efficacité » dans Vincent CARON, Gabriel-Arnaud BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Thémis, p. 31

**GRIDEL J.-P.**, « Les droits fondamentaux du contractant au quotidien sont l'objet d'une attention prétorienne renouvelée », dans Sarah BROS et Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Paris/Aix-en-Provence, Economica, 2010, p. 195

**GRIMALDI M.**

- « Codes et codification : pour souligner le dixième anniversaire du Code civil du Québec et le bicentenaire du Code Napoléon », (2005) 46 *C. de D.* 11

**GUINCHARD S.**, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », dans *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? - Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 139

**GUTMANN D.**, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », dans *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 330

**HECQUARD-THÉRON M.**, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *A.J.D.A.* 1993.451

**HEIDSIECK G.**, « Le marché de la solitude et le droit », *J.C.P.* 1990.I.3432

**HELEINE F.**, « Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain », (1976) 36 *R. du B.* 2

**HENNEBEL L. et G. LEWKOWICZ**, « La contractualisation des droits de l'homme – De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », dans Mikhaïl XIFARAS et Gregory LEWKOWICZ (dir.), *Repenser le contrat*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2009, p. 221

**HERZOG-EVANS M.**, « Aspects juridique de l'allaitement maternel en France », *R.D.S.S.* 2001.203

**HIGUCHI Y.**, « Une réflexion sur les rapports entre règles civiles et règles constitutionnelles – La « civilisation » de la Constitution et la « Constitutionnalisation » du droit civil », dans *De tous horizons – Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 543

**JALUZOT B.**, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *R.I.D.C.* 2005.57.29

#### **JAMIN C.**

- « Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *R.T.D. civ.* 1994.934

- « Le vieux rêve de Salleilles et Lambert revisité – À propos du centenaire du congrès international de droit comparé de Paris », *R.I.D.C.* 2000.52.733

- « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002.901

- « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans Mikhaïl XIFARAS et Gregory LEWKOWICZ (dir.), *Repenser le contrat*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2009, p. 175

- « Cour de cassation : le fil et la pelote », *D.* 2015.1641

- « Juger et motiver - Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *R.T.D. civ.* 2015.263

**JESTAZ P.**, « Rapport de synthèse », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2003, p. 250

**JESTAZ P., J.-P. MARGUÉNAUD et C. JAMIN**, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014.2061

**JÉZÉQUEL M.**, « L'accommodement raisonnable à l'épreuve des stratégies identitaires », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle – Actes du sixième Symposium de la Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 129

#### **JOBIN P.-G.**

- « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents », *R.I.D.C.* 1992.2.381

- « La Cour suprême et la réforme du Code civil », (2000) 79 *R. du B. can.* 27

- « Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 357

- « L'équité en droit des contrats », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse – En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 469

- « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », *R.T.D. civ.* 2007.33

**JOUANJAN O.**, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *A.J.D.A.* 1998.44

**JUTRAS D.**, « Le style en quatre lectures – note de synthèse » dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 221

**JULLIOT DE LA MORANDIERE L.**, « L'ordre public en droit privé interne », dans *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, p. 381

**KAYSER P.**

- « Le droit dit à l'image », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz, 1961, p. 73

- « Les droits de la personnalité – Aspects théoriques et pratiques », *R.T.D. civ.* 1971.30

**KOURI R. P. et C. LEMIEUX**, « Les témoins de Jéhovah et le refus de certains traitements : problèmes de forme, de capacité et de constitutionnalité découlant du Code civil du Québec », (1995) 26 *R.D.U.S.* 77

**LABRUSSE-RIOU C.**

- « Expérimentation humaine et éthique » dans Bernard EDELMAN et Marie-Angèle SANSON-HERMITTE (dir.), *L'Homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgois, 1988, p. 144

- « La maîtrise du vivant : matière à procès », *Pouvoirs* 1991.56.87

- « La relativité du contrat : les personnes », dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La relativité du contrat — Nantes 1999*, t. IV, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 13

**LACROIX M.**, « Le Code civil du Québec... En chair et en os ? », dans Vincent CARON, Gabriel-Arnaud BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et *al.* (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 1

**LALAUT C.**, « Le contrat et la convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 1999.554

**LANGERON P.**, « La recherche en droit comparé », *R.R.J.* 1996.4.1101

**LANGEVIN L.**, « Les rapports entre la Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec: harmonie, interaction ou subordination? », (1994) *Le bulletin de la société de droit administratif du Québec* (Édition spéciale, « Quand le droit administratif croise le fer avec le nouveau Code civil du Québec ») 11

**LAPORTE P.-O.**, « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », (2006) 40 *R.J.T.* 287

**LARDEUX G.**, « Exécution du contrat et droits fondamentaux – Regard comparatiste l'influence des droits fondamentaux sur le droit allemand des contrats » dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 61

**LASSERRE V.**, « Droit et religion », *D.* 2012.1072

**LAVERDIÈRE M.**, « Chaoulli et les engagements internationaux du Canada en matière de protection des droits fondamentaux », (2007) 38 *R.D.U.S.* 1

**LAZAUD F.**, « L'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme (Lecture de l'arrêt *Bronionski* à la lumière du protocole n°14) », *R.R.J.* 2005.2.913

**LEBRETON G.**,

- « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », dans *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 353

- « Liberté », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 619

**LEFEBVRE B.**, « Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. n° 56, *Développement récents en droit civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 149

**LEGRAND P.**, « Comparer », *R.I.D.C.* 1996.2.279

**LEQUETTE Y.**

- « D'une célébration à l'autre (1904-2004) », dans *1804-2004 Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 9

- « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *R.D.C.* 2015.616

**LEMIEUX D., A. LACHAPPELLE et S. LEVESQUE**, « La « loi canadienne sur les droits de la personne » : une Charte méconnue », (1982) 23 *C. de D.* 277

**LÉVESQUE E.**, « Les exigences légales entourant le consentement dans la recherche avec des enfants et des adultes inaptes : une piste de solution aux difficultés posées par les article s 21 et 24 », (2006) 51 *R.D. McGill.* 385

**LIBCHABER R.**, « La Cour de cassation n'est plus la gardienne du mariage », *D.* 2012.59

**LLUELLES D. et P. TRUDEL**, « L'application de la Charte canadienne aux rapports de droit privé », (1984) 18 *R.J.T.* 220

**LOCHAK D.**, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs – Puissance et impuissance de la norme juridique », dans CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, *Les Bonnes mœurs*, Paris, P.U.F., 1994, p. 15

**LOISEAU G.**, « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », (1997) 42 *R.D. McGill* 319

**LUCHAIRE F.**, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *R.T.D. civ.* 1982.245

**MALAURIE P.**

- « La convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *J.C.P. G.* 2002.25.1123

- « Le droit et l'exigence de dignité », *Études* 2003.5.398.619

**MARCHADIER F.**, « Le droit commun du point de vue du droit européen des droits de l'homme », *R.D.C.* 2014.3.553

**MARCHADIER F. et J.-P. MARGUÉNAUD**, « De la contribution des hôtes de l'air à l'évolution du droit européen des contrats » *R.D.C.* 2013.4.1503

**MARGUÉNAUD J.-P.**

- « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Le renouvellement des sources du droit des obligations : journées nationales, Lille, 1996*, Paris, Litec, 1997, p. 47

- « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit des contrats au moyen des arrêts pilotes », *R.T.D. civ.* 2006.719

- « L'assujettissement du contrat à la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D. civ.* 2009.281

- « Le contrat, terrain d'expérimentation de la nouvelle condition de recevabilité de « préjudice important » instituée par le Protocole n° 14 (CEDH 1<sup>er</sup> juin 2010, décision d'irrecevabilité, *Adrian Mibai Ionescu c/ Roumanie*) », *R.T.D. civ.* 2010.741

- « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *R.T.D. civ.* 2011.725

- « La socialisation du droit des contrats à la mode strasbourgeoise », *R.D.C.* 2011.3.949

**MARGUÉNAUD J.-P., F. MARCHADIER, J. ROCHFELD, D. MAZEAUD et J.-S. BERGE**, « Le Titre III du Livre III du Code Civil a-t-il un avenir européen ? Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges, sous la direction de Jean-Pierre Marguénaud », *R.D.C.* 2011.1.229, (Jean-Pierre Marguénaud)

**MARGUÉNAUD J.-P. et J. MOULY**, « Les droits de l'homme salarié de l'entreprise identitaire », *D.* 2011.1637

**MARTENS P.**, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », dans *Présence du droit public et des droits de l'Homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 51

**MATHIEU B.**

- « Droit constitutionnel et droit civil : « de vieilles outres pour un vin nouveau » », *R.T.D. civ.* 1994.59

- « De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie », *R.G.D.M.* 2003.9.97

**MAYER P.**, « L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme », dans Mireille DELMAS-MARTY et Claude LUCAS DE LEYSSAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2<sup>ème</sup> ed., coll. « Essais », Paris, Seuil, 2002, p. 303

**MAZEAUD D.**, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014.291

**MAZEAUD H.**

- « L'absorption des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile », *D.* 1935.chron.5

- « Défense du droit privé », *D.* 1946.chron.17

**MCLELLAN A. et B. P. ELMAN**, « To whom does the Charter apply ? Some recent cases on section 32 », (1986) 24 *Alta L. Rev.* 361

**MEKKI M.**

- « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *R.D.C.* 2006.679

- « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2<sup>de</sup> Partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », *R.D.C.* 2007.239

- « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *R.D.C.* 2010.1.383

- « Lucien Maurin, *Contrat et droits fondamentaux* », *R.T.D. civ.* 2012.404

- « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *R.D.C.* 2015.651

**MESTRE J.**

- « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », *E.R.P.L.* 1994.2.31

- « La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales renforce son emprise sur le contenu du contrat », *R.T.D. civ.* 1999.395

- « Entre droit des contrats et droit du travail : l'activité contractuelle du salarié », dans *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001

- « Contrats sportifs et droit des obligations », dans Gérard SIMON (dir.), *Les contrats sportifs – L'exemple du football professionnel*, Paris, P.U.F., 2003, p. 23

- « Le droit d'être fidèle ! », *R.L.D.C.* 2012.94.3

- « Et si la réforme du droit des contrats servait aussi à cela ! », *R.L.D.C.* 2014.117.3

**MESTRE J. et B. FAGES**, « Les pratiques dictées par les convictions religieuses », *R.T.D. civ.* 2003.290

**MEUNIER G.**, « Présentation du projet de réforme du droit des contrats », *R.D.C.* 2015.622

**MEYER-BICH P.**, « Obligation (théorie des –) », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 714

**MILLARD E.**, « Effectivité des droits de l'homme », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 349

**MINISTÈRE DE LA JUSTICE**, « Réforme du droit des contrats : 3 questions à Carole Champelaune », 12 mars 2015 (<http://www.textes.justice.gouv.fr/dossiers-thematiques-10083/loi-du-170215-sur-la-simplification-du-droit-12766.html>)

**MOLFESSIS N.**

- « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », dans *Le renouvellement des sources du droit des obligations : Journées nationales, Lille-1996*, Paris, Litec, 1997, p. 65

- « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *L.P.A.* 1998.117.21

- « La dignité de la personne humaine en droit civil », dans Marie-Luce PAVIA et Thierry REVET, *La dignité de la personne humaine*, Paris, Économica, 1999, p. 107

- « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs* 2003.105.89

- « Droit fondamental – Un label incontrôlé », *J.C.P. G.* 2009.32

**MOLINARI P. A.**, « Le droit de la personne sur son image en droit québécois et français », (1977) 12 *R.J.T.* 96

**MOORE B.**

- « La théorie des sources des obligations : éclatement d'une classification », (2002) 36 *R.J.T.* 689

- « L'arrêt de l'assemblée plénière du 6 octobre 2006 : perspective québécoise », *R.D.C.* 2007.618

- « A la volonté de Dieu ou des contractants ? Commentaire sur l'affaire Marcovitz c. Bruker », (2009) 43 *R.J.T.* 219

- « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle », (2009) *R.D. McGill* 257

- « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » - Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 493

- « Le droit civil et ses codes : parcours à travers les Amériques – Rapport de synthèse », dans Jimena ANDINO DORATO, Jean-Frédéric MENARD et Lionel SMITH (dir.), *Le droit civil et ses codes : parcours à travers les Amériques*, Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 187

- « Libres propos d'un juriste québécois concernant le projet de réforme des contrats », *R.D.C.* 2015.728

**MOREL A.**

- « La coexistence des Chartes canadiennes et québécoise : problèmes d'interactions », (1986) 17 *R.D.U.S.* 49



- « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1
- « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 33, *Développements récents en droit administratif (1993)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 65
- MORIN J.-Y.**, « Une Charte des droits de l'homme pour le Québec », (1963) 9 *R.D. McGill* 273
- MORISSETTE Y.-M.**, « Certains problèmes d'applicabilité des Chartes des droits et libertés en droit québécois », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 1988, p. 1
- MUIR-WATT H.**, « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.* 2000.52.503
- MUZNY P.**, « Proportionnalité (Principe de – et contrôle de –) », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 810
- NOOTENS S.**, « La relation médecin patient et les décisions de traitement », (1990) 20 *R.D.U.S.* 377
- OTIS G.**, « The Charter, private action and the Supreme Court », (1987) 19 *R.D. Ottawa* 71
- PARÉ M.**, « Le langage des accommodements raisonnables : quelles perspectives pour l'égalité des enfants handicapés en milieu scolaire ? », (2012) 46 *R.J.T.* 485
- PAULIAT H. et V. SAINT-JAMES**, « La notion d'effet horizontal », dans J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour EDH sur le droit privé français*, Paris, La documentation française, 2001, p. 75
- PAVIA M.-L.**, « Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *L.P.A.* 1994.54.6
- PELLET A.**, « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.P.* 1974.1319
- PELLETIER B.**
- « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur la spécificité québécoise », dans *Ordres juridiques et espaces marchands – Actes des colloques Ottawa/Nantes de 1994-1995*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, p. 75
- « La protection de la vie privée au Canada », (2001) 35 *R.J.T.* 485
- PENA M.**, « Les origines historiques de l'article 6 du Code civil », *R.R.J.* 1992.498
- PERES C.**, « La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat », *R.D.C.* 2010.2.539
- PERREAU E. H.**, « Des droits de la personnalité », *R.T.D. civ.* 1909.501

**PEUKERT W.**, « Le droit de recours individuel selon l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.* 1989.1.41

**PFERSMANN O.**, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *R.I.D.C.* 2001.53.275

**PHILIPS-NOOTENS S.**

- « La personne en fin de vie : le regard du droit civil du Québec », (2010) 40 *R.D.U.S.* 327

- « Du don de vie au choix de mort », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, à la p. 137

**PICARD E.**

- « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.* 1998.6

- « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *R.I.D.C.* 1999.4.885

**PIGNARRE G.**

- « Que reste-t-il de la notion de bonnes mœurs en droits des contrats ? Rien ou presque tout ? », *R.D.C.* 2005.1290

- « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) », *R.D.C.* 2013.251

**PINARD D.**

- « L'exigence d'avis préalable au procureur général prévu à l'article 95 de de procédure civile », (1990) 50 *R. du B.* 629

- « Les dix ans de la *Charte Canadienne des droits et libertés* et le droit civil québécois : quelques réflexions », (1992) 24 *R.D. Ottawa* 193

- « La « méthode contextuelle », (2002) 81 *R. du B. can.* 323

- « Une malheureuse célébration de la Charte des droits et libertés de la personne par la Cour suprême du Canada : l'arrêt Chaoulli », (2006) *N.S. R. du B.* 421

**PINEAU J.**

- « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 *R. du B.* 423

- « Codes et histoire », (2005) 39 *R.J.T.* 223,

**PONTHOREAU, M.-C.**, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *R.I.D.C.* 2005.1.7

**PONTIER J.-M.**, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.* 1998.327

**POPOVICI A.**

- « Repenser le droit civil : un nouveau défi pour la doctrine québécoise », (1995) 29 *R.J.T.* 545

- « De l'impact de la Charte des droits et libertés sur le droit de la responsabilité civil : un mariage raté », dans *Conférences Meredith – Lectures 1998-1999*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49

- « Le rôle de la Cour suprême en droit civil », (2000) 34 R.J.T. 607
- « Droit comparé et enseignement du droit », (2002) 36 R.J.T. 803
- « Le droit civil, avant tout un style... », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 207
- « Personality rights – A civil law concept », (2004) 50 *Loy. L. Rev.* 349
- « La renonciation à un droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire – 1975-2005 : regards croisés sur le droit privé, 22 et 23 septembre, Faculté de droit, Université McGill*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 99
- « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54 *R.D. McGill* 223

**PUIG P.**

- « Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D. civ.* 2001.749
- « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *L.P.A.* 2009.46.93
- « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 21

**RADÉ C.**, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001.802

**RAY J.-E.**, « Du tout-État au tout contrat », *Dr. soc.* 2000.574

**RAYNAUD P.**, « La renonciation à un droit – Sa nature et son domaine en droit civil », *R.T.D. civ.* 1936.763

**REMILLARD G.**

- « Le contrôle de la constitutionnalité des lois au lendemain de la Loi constitutionnelle de 1982 », (1982) 42 *R. du B.* 565
- « Présentation du projet de Code civil du Québec », (1991) 22 *R.G.D.* 5

**RÉMY P.**, « Un siècle de revue trimestrielle de droit civil – Cents ans de chroniques », *R.T.D. civ.* 2002.665

**REMY-CORLAY P.**, « Contrat », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 197

**REVET T.**, « Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.C.* 2006.2.289

**RICARD M.-A.**, « Le défi du politique », dans Thomas DE KONINCK et Gilbert LAROCHELLE (dir.), *La dignité humaine – Philosophie, droit, politique, économie, médecine*, coll. « Débats philosophiques », Paris, P.U.F., 2005, p. 75

François RIGAUX, « Les renoncements au bénéfice de la loi en droit civil belge », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Travaux*, t. XIII « Les renoncements au bénéfice de la loi », Paris, Dalloz, 1963, p. 385

**RICHER L.**, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *A.J.D.A.* 2003.973

**RIVERO J.**,

- « Droit public et droit privé : conquête ou statu quo ? » *D.* 1947.chron.69

- « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », dans *Mélanges René Cassin*, Paris, Pédone, 1971, p. 311

- « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », *R.I.D.C.* 1977.29.1.9

**RIVET M.**, « L'accommodement raisonnable ou le nécessaire retour aux sources : le droit à l'égalité », dans Myriam JEZEQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 371

**RIZZO F.**, « À propos de la réification de la personne du sportif professionnel salarié », *L.P.A.* 2005.121.4

**ROLLAND L.**

- « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 *RD McGill* 903

- « Les aberrations chromatiques du système juridique ou tout ce qu'Adrian a toujours voulu savoir sur l'autopoïèse », dans Benoit MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici – Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 681

**ROLLAND P.**, « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme », dans Dominique ROUSSEAU et Frédéric SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme – Actes du colloque de Montpellier des 20 et 21 janvier 1989*, Paris, STH, 1990, p. 70

**ROMAN D.**, « *A corps défendant* », *D.* 2007.1284

**ROUGEAU-MAUGER C.**, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du Ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *R.T.D. com.* 2010.653

**ROUHETTE G.**, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *R.D.C.* 2007.1371

**SAMSON M.**, « Droit civil et droits de la personne au Québec et en France : conflit et réconciliation », (2009) 2 *Jurisdoctoria* 99

**SAMUEL J., R. ALEMDJRODO et B. M. KNOPPERS**, « Les droits de l'enfant et la thérapie génique : les enjeux éthiques et les particularités de l'article 21 du *Code civil du Québec* », (2006) 66 *R. du B.* 183

**SANE P.**, « Droits innés, droits inaliénables », dans COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-1998 – Avenir d'un idéal commun – Actes du colloque des 14, 15 et 16 septembre 1998 à la Sorbonne*, Paris, La documentation française, 1999, p. 65

**SAVATIER R.**

- « Droit privé et droit public », *D.* 1946.chron.25

- « Le droit de la personne à l'échelle des valeurs », dans *Mélanges en hommage à Victor Gohot*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1962, p. 567

**SAVAUX E.**, « Le contenu du contrat », *J.C.P. G* 2015.Supplément.21.20

**SCOTT F. R.**, « The Bill of Rights and Québec law », (1959) 37 *R. du B. can.* 135

**SEGUR P.**, « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », dans Remy CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 21<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 7

**SEIFERT A.**, « L'effet horizontal des droits fondamentaux – Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *R.T.D. eur.* 2013.801

**SENN F.**, « Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t.1 « Aspect historiques et philosophiques », Paris, Librairie Duchemin, 1977 (réimpression de l'édition de 1937), p. 53

**SERMET L.**, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : Présentation générale », *L.P.A.* 2009.46.26

**SERNA M.**, « L'image et le contrat : le contrat d'image », *C.C.C.* 1998.11.4

**SEUBE J.-B.**

- « Le contrat de bail, les droits fondamentaux et l'ordre public », *R.D.C.* 2006.1149

- « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », *L.P.A.* 2009.46.86

- « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », dans Anne PELISSIER et Delphine COSTA (dir.), *Contrats et Droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2011, p. 43

**SHARPE L. J.**, « Article 50 », dans Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX et Pierre-Henri IMBERT (dir.), *La convention européenne des droits de le l'Homme Commentaire article par article*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Economica, 1999, p. 809

**SLATERRY B.**, « The Charter's Relevance to Private Litigation: Does *Dolphin* Deliver ? », (1986) 32 *R.D. McGill* 905

**SPIELMANN D.**, « *Drittwirkung* », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, à la p. 301

**SUDRE F.**

- « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », dans *Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme*, *R.U.D.H.* 1991.259

- « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.* 1995.363,

- « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *R.T.D.H.* 2003.755

#### **SUPIOT A.**

- « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990.485

- « La contractualisation de la société », dans Yves MICHAUD (dir.), *Université de tous les savoirs - Qu'est-ce que l'humain ?*, v. 2, Paris, Odile Jacob, 2000, p. 157

- « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000.131

- « Ouverture – Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », dans Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, coll. « Droit et Société », Paris, L.G.D.J., 2007, p. 19

**SWINTON K.**, « Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », dans Gérald A. BEAUDOIN et Walter Surma TARNOPOLSKY (dir.), *Canadian charter of rights and freedoms - Commentary*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, p. 41

**SZYMCZAK, D.**, « L'arrêt pilote : un remède efficace contre l'engorgement du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme... à condition de bien lire la notice ! », *J.C.P. A.* 2006.21.1111

**TANNY L. M.**, « Ethnocentric Discrimination and Freedom of Contract In Changing Social Climate », (1967) 13 *R.D. McGill.* 186

#### **TERRÉ F.**

- « Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle », dans *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone : colloque international, 29 et 30 septembre, 1<sup>er</sup> octobre 1993, Port-Louis*, Montréal, A.U.P.E.L.F et U.R.E.F., 1994, p. 53

- « Destinée du Code civil », *J.C.P. G.* 2004.I.193

- « Interview », *L.P.J.* 2014.26.5

- « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », dans Rémy CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 21<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 1

**TISSERON S.**, « Intimité et extimité », *Communications* 2011.83

#### **TREMBLAY L. B.**

- « *Marbury v. Madison* and Canadian constitutionalism : Rhetoric and practice », (2003) 37 *R.J.T.* 375

- « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique, égalitaire, pluraliste et multiculturelle », (2011) 57 *R.D. McGill* 429

**VIALA A.**, « Droits et libertés (distinction) », dans Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 2008, p. 327

**VILLEY M.**, « Peut-on parler de droits fondamentaux ? », dans Guy LAFRANCE, *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1989

**VOIRIN P.**, « “Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie” », *D.* 1963.chron.39

**WAQUET P.**, « La loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.* 1996.3.1427

**WOEHLING J.**,

- « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *R.D. McGill* 325

- « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », (2000) 46 *R.D. McGill* 21

**ZOLLER E.**, « Le Code civil et la Constitution », dans *1804-2004 Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 975

#### IV – NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

**ALDIGÉ B.**, note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Bull. civ.* V, n° 75, *D.* 2013.14.956

**ALLIX D.**

- note ss. Cass. Ass., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, *Bull. Ass.*, n° 12, *Gaz. Pal.* 2004.336.11

- avis ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ.* V, n° 141. *Dr. soc.* 2009.780

**AMSON C. et D. AMSON**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ.* III, n° 140, *Gaz. Pal.* 2006.12.341

**AMRANI-MEKKI S. et M. MEKKI**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ.* I, n° 174, *D.* 2015.529

**ANADON C.**, note ss. Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-16.761, *Bull. civ.* IV, n° 143, *R.L.D.A.* 2009.35.50

**ANCEL M.-E.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ.* III, n° 194, *Dr. et Pat.* 2013.221.64

**APCHAIN H.**, note ss. CEDH *Fabris c. France* [GC], n° 16574/08, CEDH 2013 (extraits), *J.D.I.* 2014.985

**ARDANT P.**, note ss. Cass. Ass., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Bull. Ass.*, n° 1, *D.* 1978.541

**ATIAS C.**, obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ.* III, n° 140, *D.* 2006.2887

**AUBERT J.-L.**, obs. ss. Ass., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. Ass.*, n° 4, *Defrénois* 1991.1267

**AUBERT-MONPEYSEN T.**, obs. ss. Cass. crim. 4 mars 2003, n° 02-82.194, *Bull. crim.*, n° 58, *D.* 2004.181

**AUBRY H.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ. I*, n° 19, *D.* 2012.840

**AUQUE F.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ. III*, n° 194, *J.C.P. E.* 2012.3.1057

**AZÉMA J.**, obs. ss. Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, *Bull. civ. IV*, n° 129, *R.T.D. com.* 2009.116

**AZÉMA J. et J.-C. GALLOUX**, note ss. Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-18.192, *Bull. civ. IV*, n° 69, *R.T.D. com.* 2004.90

**AUZERO G.**, obs. ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ. V*, n° 141, *R.D.T.* 2009.507

**BACHELET O.**, note ss. CEDH *Brusco c. France*, no 1466/07, 14 octobre 2010, *J.D.I.* 2011.1306

**BAKOUCHE D.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ. I*, n° 191, *J.C.P. G.* 2012.12

**BALLOT-LÉNA A.**, note ss. Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-16.761, *Bull. civ. IV*, n° 143, *J.C.P. E.* 2008.38.33

#### **BANDRAC M.**

- obs. ss. CA Versailles 3 mai 2007 et CA Anger 29 mai 2007 *D.* 2007.2433, *D.* 2007.2433

- note ss. Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-16.761, *Bull. civ. IV*, n° 143, *D.* 2008.3046

#### **BARBIER H.**

- obs. ss. Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-772 DC, *R.T.D. civ.* 2013.832

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ. I*, n° 174, *R.T.D. civ.* 2015.121

**BARUCHEL N.**, note ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ. V*, n° 141, *R.D.L.F.* 2011.12

#### **BEHAR-TOUCHAIS M.**

- obs. ss. Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761, *Bull. civ. IV*, n° 143 et Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-13.350, *Inédit, R.L.C.* 2008.17.43

- obs. ss. CEDH *GALEC c. France*, n° 51255/08, 17 janvier 2012, *R.L.C.* 2012.31.39

**BEIGNIER B.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 2000, n° 98-15.950, *Inédit, Dr. fam.* 2000.102

**BELLIVIER F. et C. NOIVILLE**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ. I*, n° 174, *R.D.C.* 2011.605

**BENABENT A.**, obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ. III*, n° 60, *Defresnois* 1996.23.1432



**BERNARD J.**, comm. ss. Cass. Ass., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. Ass.*, n° 4, *JCP G* 1991.II.21752

**BERTRAND M.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ. I*, n° 174, *J.C.P. G.* 2010.50.2333

**BLAY-GRABARCZYCK K.**, obs, ss. CEDH *Enweida et autres c. Royaume-Uni*, n°s 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, CEDH 2013 (extraits), *J.C.P. G.* 2013.312

**BICHERON F.**, obs. ss. Cass. Ass., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, *Bull. Ass.*, n° 12, *A.J. fam.* 2005.23

**BILLIAU M. et G. LOISEAU**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ. I*, n° 43, *J.C.P.* 1999.II.10083

**BOFFA R.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ. III*, n° 194, *J.C.P. N.* 2012.48.29

**BONET G.**, note ss. Cass. com., 12 mars 1985, n° 84-17.163, *Bull. civ. IV*, n° 95, *J.C.P. G.* 1985.II.20400

**BOUJEKA A.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ. III*, n° 194, *L.P.A.* 2012.58.8

#### **BOULANGER F.**

- obs. ss. CA Paris, 1<sup>er</sup> ch., 15 juin 1990, *D.* 1990.540

- note ss. CEDH *Pla et Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01, CEDH 2004-VIII, *J.C.P. G.* 2005.744

**BOULOC B.**, obs. ss. Cass. crim. 4 mars 2003, n° 02-82.194, *Bull. crim.*, n° 58, *R.T.D. com.* 2003.578

**BRUNETTI-PONS C.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ. I*, n° 176 *R.L.D.C.* 2013.109.41

#### **BYK C.**

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 sept. 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ. I* n° 174, *J.C.P. G.* 2011.1449

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053, *Bull. civ. I*, n° 70, 71, 72, *J.C.P. G.* 2011.1149

**CACHARD O.**, note ss. Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 9 octobre 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ. I*, n° 249, *J.C.P. G.*, 2002.10045

**CACIOPPO S.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ. I*, n° 174, *L.P.A.* 2015.22.8

**CANEDO-PARIS M.**, note ss. Cons. d'État Ass., 24 juin 2014, *Mme F... I... et autres*, n° 375081, 37090, 375091, *Rec. Lebon* 2014, *R.D.P.* 2015.41

**CANTOIS L.**, note ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ. V*, n° 141, *L.P.A.* 2009.152.12

#### **CANUT F.**

- note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Bull. civ.* V, n° 75, *R.L.D.A.* 2013.83.49
- note ss. Cass. Ass, 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass.* n° 1, *R.L.D.A.* 2014.97.44

**CAPOULADE P.**, obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ.* III, n° 140, *A.J.D.I.* 2007.311

**CARON C.**

- obs. ss. Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-18.192, *Bull. civ.* IV, n° 69, *C.C.E.* 2003.7.28
- obs. ss. C.A. Versailles, 12e ch., 2e sect., 22 sept. 2005, SAS Calendriers Jean Lavigne c/ Sté Universal Music et al., *C.C.E.* 2006.1.4
- chron. ss. Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, *Bull. civ.* IV, n° 129, *J.C.P. E.* 2009.2.1020
- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ.* I, n° 282, *C.C.E.* 2009.2.27
- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avr. 2013, n° 11-19.091 [...], *Bull. civ.* I, n° 83, *C.C.E.* 2013.7.75

**CASEY J.**, obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ.* I, n° 43, *R.J.P.F.* 1999.2.27

**CESARO J.-F. et P.-Y. GAUTHIER**, note ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ.* V, n° 141, *D.* 2009.2116

**CHABAS F.**, note ss. Cass. Ass., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, *Bull. Ass.*, n° 12, *J.C.P. G.* 2005.153

**CHAMPAUD C. et D. DANET**, note ss. Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-18.192, *Bull. civ.* IV, n° 69, *R.T.D. com.* 2005.346

**CHARTIER Y.**, rapp. ss. Cass. Ass., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. Ass.*, n° 4, *D.* 1991.417

**CHAUCHAT-ROZIER G.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 sept. 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ.* I n° 174, *R.L.D.C.* 2010.76.41

**CHÉNEDÉ F.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ.* I, n° 191, *A.J. fam.* 2011.613

**CHENU D. et K. PFEIFER-CHOMICZEEWSKA**, note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Bull. civ.* V, n° 75, *R.J.P.F.* 2013.7.14

**CHEVRIER E.**, Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-16.761, *Bull. civ.* IV, n° 143, *D.* 2008.2067

**CLEMENT C.**

- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.* I, n° 249, *L.P.A.* 2001.243.15
- note ss. Cons. d'État Ass. 26 octobre 2001, *Mme X*, n° 198546, *Rec. Lebon* p. 514, *L.P.A.* 2002.11.18

**COHEN-JONATHAN G.**

- obs. ss. CEDH *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979, série A n° 32, *C.D.E.* 1980.470

- obs. ss. CEDH *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310, R.G.D.I.P. 1998.123

- obs. ss. CEDH *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII, R.T.D.H. 2005.767

**COLLART-DUTILLEUL F. et J. DERRUPPÉ**, obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ.* III, n° 60, R.D.I. 1996.620

**COLONNA J. et V. RENAUX-PERSONNIC**

- note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Bull. civ.* V, n° 75, *Gaz. Pal.* 2013.158.13

- chron. ss. Cass. Ass, 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass.* n° 1, *Gaz. Pal.* 2014.234.39

**COQUELET M.-L.**, note ss. Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, *Bull. civ.* IV, n° 129, *Dr. des soc.* 2009.2.23

**CORPART I.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ.* I, n° 176, R.J.P.F. 2013.10.20

**CORRIGNAN-CARSIN D.**

- note ss. Cass. soc. 14 mai 1992, n° 89-45.300, *Bull. civ.* V, n° 309, *Dr. soc.* 1992.967

- note ss. Cass. soc., 10 juillet 2002, n°s 99-43.334, 99-43.336, 00-45.135, 00-45.387, *Bull. civ.* V, n° 239, *J.C.P. E.* 2002.1511

- note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Bull. civ.* V, n° 75, *J.C.P. G.* 2013.935

**COUARD J.**

- note ss. CEDH *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, 23 septembre 2010, R.D.T. 2011.45

- obs. ss. Cass. Ass, 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass.* n° 1, R.J.P.F. 2014.9.28

**COUTURIER G.**, obs. ss. Cass. soc., 19 novembre 1996, n° 94-19.404, *Bull. civ.* V, n° 392, *Dr. soc.* 1997.95

**CRDP NANCY**, obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ.* III, n° 60, *D.* 1996.379

**DAMAS N.**

- note ss. Cass. soc., 10 juillet 2002, n°s 99-43.334, 99-43.336, 00-45.135, 00-45.387, *Bull. civ.* V, n° 239, *L.P.A.* 2003.23.16

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262, *D.* 2004.844

**DARRET-COURGEON I.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avr. 2013, n° 11-19.091 [...], *Bull. civ.* I, n° 83, *D.* 2013.2050

**DARMAISIN S.**, note ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ.* V, n° 141, *R.L.D.A.* 2009.40.55

**DAVERAT X.**

- obs. ss. Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, *Bull. civ.* IV, n° 129, *L.P.A.* 2009.19.7

- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avr. 2013, n° 11-19.091 [...], *Bull. civ.* I, n° 83, *J.C.P. G.* 2013.1266

**DE BECO J.**, note ss. CEDH *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, 23 septembre 2010, *R.T.D.H.* 2011.375

#### **DEBET A.**

- note ss. CEDH *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, CEDH 2003-IX, *R.D.C.* 2004.3785

- note ss. CEDH *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, CEDH 2003-VII, *R.D.C.* 2004.3.788

- obs. ss. CEDH *Aubert et autres c. France*, nos 31501/03, 31870/03, 13045/04, 13076/04, 14838/04, 17558/04, 30488/04, 45576/04 et 20389/05, 9 janvier 2007, *R.D.C.* 2006.3.879

**DECAUX E.**, note ss. CEDH *Burghartz c. Suisse*, 22 févr. 1994, série A n° 280-B, *J.D.I.* 1995.746

**DECAUX E. et P. TAVERNIER**, obs. ss. CEDH *Hutten-Czapka c. Pologne* (Règlement amiable) [GC], n° 35014/97, 28 avril 2008, *J.D.I.* 2009.1074

**DECOCQ G.**, obs. ss. Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-16.761, *Bull. civ.* IV, n° 143, *J.C.P. E.* 2009.30.23

**DEFFAINS N.**, note ss. Cons. d'État Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, n° 136727 et n° 143578, *Rec. Lebon* 1995, *R.T.D.H.* 1996.657

**DEGUERGUE M.**, note ss. Cons. d'État Ass. 26 octobre 2001, *Mme X*, n° 198546, *Rec. Lebon* p. 514A.*J.D.A.* 2002.529

**DE LAMY B.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ.* III, n° 60, *D.* 1996.167

#### **DELVOLVÉ P.**

- note ss. Cons. d'État Ass., 24 juin 2014, *Mme F... I... et autres*, n° 375081, 37090, 375091, *Rec. Lebon* 2014, *R.F.D.A.* 2014.702

- note ss. Cass. Ass., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass.* n° 1, *R.F.D.A.* 2014.954.

**DE SCHUTTER O.**, note ss. CEDH *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III, *R.T.D.H.* 2003.71

**DOCKÈS E.**, note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Bull. civ.* V, n° 75, *Dr. soc.* 2013.388

**DONTENWILLE H.**, concl. ss. Cass. Ass., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. Ass.*, n° 4, *JCP G* 1991.II.21752

#### **DOIREAU S.**

- obs. ss. Cass. Ass., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, *Bull. Ass.*, n° 12, *R.L.D.C.* 2004.11.9

- note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2006, n° 04-19.349, *Bull. civ.* III, n° 73, *R.L.D.C.* 2006.27.9

**DOUCET M.**, note ss. CEDH *Fabris c. France* [GC], n° 16574/08, CEDH 2013 (extraits), *R.J.P.F.* 2013.3.37

**DREYER E.**,

- chron. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janv. 2010, n° 08-70.248, *Bull. civ.* I, n° 21, *C.C.E.* 2010.7.14

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ.* I, n° 174, *D.* 2011.780

**DREYFUS J.-D.**, note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Bull. civ.* V, n° 75, *A.J.D.A.* 2013.1069

**DUBAELE T.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ.* III, n° 140  
*R.L.F.* 2006.355

**DUCOULOMBIER P.**, obs. ss. CEDH *Bronionski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V, *Europe des libertés* 2005.15.12

**DUMONT-LEFRAND M.-P.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ.* III, n° 194, *A.J.D.I.* 2012.111

**DUPUIS M.**, note ss. Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-18.192, *Bull. civ.* IV, n° 69, *R.L.D.C.* 2004.3.57

**DURRANDE S.**, obs. ss. Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-18.192, *Bull. civ.* IV, n° 69, *D.* 2003.2629

**EDELMAN B.**

- note ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ.* V, n° 141, *D.* 2009.2517

- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ.* I, n° 174, *D.* 2010.2754

**EPPLER M.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ.* I, n° 176, *Gaz. Pal.* 2013.300.35

**EPSTEIN A.-S.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ.* I, n° 174, *D.* 2015.242

**EUDES M.**, note ss. CEDH *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, CEDH 2003-IX, *J.D.I.* 2004.713

**EVEILLARD G.**, obs. ss. Cons. d'État, 9 janvier 2014, n° 374508, n° 374528 et n° 374552, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, *Rec. Lebon* 2014, *J.C.P. G.* 2014.18.912

**FABRE-MAGNAN M.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ.* I, n° 176, *D.* 2013.2384

**FAGES B.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ.* I, n° 191, *R.T.D. civ.* 2012.113

**FALLETI O.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avr. 2013, n° 11-19.091 [...], *Bull. civ. I*, n° 83, *J.C.P. S.* 2013.1191

**FANGARO É.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053, *Bull. civ. I*, n° 70, 71, 72, *J.C.P. N.* 2011.39.28

**FELDMAN D.**, note ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ. V*, n° 141, *J.C.P. G.* 2009.37

**FENOUILLET D.**,

- note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ. III*, n° 140, *L.P.A.* 2006.133.9

- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ. I*, n° 191, *R.D.C.* 2012.473

**FIGARA J.**, note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Bull. civ. V*, n° 75, *Gaz. Pal.* 2013.114.5

**FILIOL DE RAIMOND M.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ. III*, n° 194, *R.L.D.A.* 2011.66.24

**FLAUSS J.-F.**

- obs. ss. CEDH *Pla et Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01, CEDH 2004-VIII, *A.J.D.A.* 2005.541

- obs. ss. CEDH *Salduz c. Turquie* [GC], no 36391/02, CEDH 2008, *A.J.D.A.* 2009.872

**FOYER J. et D. HOLLEAUX**, note ss. Cass. Mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Bull. mixte*, n° 4, *Rev. Crit.* 1976.347

**FRUMER P.**, note ss. CEDH *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, CEDH 2003-IX, *R.T.D.H.* 2004.663

**FRYDMAN P.**, concl. ss, Cons. d'État Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, n° 136727 et n° 143578, *Rec. Lebon* 1995, *R.F.D.A.* 1995.1204

**GALLMEISTER I.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ. I*, n° 176, *D.* 2013.2170

**GALLOIS J.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053, *Bull. civ. I*, n° 70, 71, 72, *R.L.D.C.* 2011.82.45

**GALLOUX J.-C.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053, *Bull. civ. I*, n° 70, 71, 72 *D.* 2012.308

**GARAUD E.**

- note ss. Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, *Bull. civ. V*, n° 7, *R.J.P.F.* 1999.3.8

- note ss. CEDH *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III, *R.J.P.F.* 2002.7/8.11

- note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ. III*, n° 262, *R.J.P.F.* 2003.4.9

- note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2006, n° 04-19.349, *Bull. civ.* III, n° 73, *L.P.A.* 2006.148.18

**GARDES D.**, obs. ss. Cass. soc. 7 févr. 2012, n° 10-18.686, *Bull. civ.* V, n° 58, *R.D.T.* 2012.282

**GAURIAU B.**, note ss. Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, *Bull. civ.* V, n° 7, *L.P.A.* 1999.64.10

**GEORGIN P.**, note ss. CEDH *Burghartz c. Suisse*, 22 févr. 1994, série A n° 280-B, *R.T.D.H.* 1995.21.53

**GHESTIN J.**, note ss. Cass. com., 12 mars 1985, n° 84-17.163, *Bull. civ.* IV, n° 95, *D.* 1985.471

**GOBERT M.**, chron. ss. Cass. Ass., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. Ass.*, n° 4, *R.T.D. civ.* 1992.489

**GONZALEZ G.**,

- obs. ss. CEDH *Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], n°s 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, CEDH 2011, *J.C.P. G.* 2011.1758

- note ss. CEDH *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n°s 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, CEDH 2013 (extraits), *R.T.D.H.* 2013.975

**GOUTTENOIRE A.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup> civ., 6 avril 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053, *Bull. civ.* I, n° 70, 71, 72, *D.* 2011.1995

**GOUTTENOIRE-CORNUT A. et F. SUDRE**, obs. ss. CEDH *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II, *J.C.P. G.* 2000.II.10286

**GREFFE P.**, chron. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janv. 2010, n° 08-70.248, *Bull. civ.* I, n° 21, *Gaz. Pal.* 2011.110.18

**GRIMALDI C.**, note ss. CEDH *Khurbid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, n° 23883/06, 16 décembre 2008, *R.D.C.* 2010.1.131

**GRIMALDI M.**, obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ.* I, n° 43, *D.* 1999.307

**GROS M. et J.-C. FROMENT**, note ss. Cons. d'État Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* et *Ville d'Aix-en-Provence*, n° 136727 et n° 143578, *Rec. Lebon* 1995, *R.D.P.* 1996.536

**GUÉRIN O.**, concl. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262, *A.J.D.I.* 2003.182

**GUIGUE J.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.* I, n° 249, *Gaz. Pal.* 2001.329.53

**GUILLAUMÉ J.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ.* I, n° 176, *J.D.I.* 2014.134

**HAMON F.**, Cons. d'État Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* et *Ville d'Aix-en-Provence*, n° 136727 et n° 143578, *Rec. Lebon* 1995, *J.C.P. G.* 1996.22630

## HAUSER J.

- obs. ss. CEDH *Burghartz c. Suisse*, 22 fèvr. 1994, série A n° 280-B, R.T.D. *civ.* 1994.563
- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ.* III, n° 60, R.T.D. *civ.* 1996.580
- obs. ss. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 mars 1997, n° 93-10.914, *Bull. civ.* II, n° 86, R.T.D. *civ.* 1997.632
- obs. ss. Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, *Bull. civ.* V, n° 7, R.T.D. *civ.* 1999.358
- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ.* I, n° 43, R.T.D. *civ.* 1999.364
- obs. ss. CEDH *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II, R.T.D. *civ.* 2000.311
- note ss. Cass. soc., 10 juillet 2002, n°s 99-43.334, 99-43.336, 00-45.135, 00-45.387, *Bull. civ.* V, n° 239, R.T.D. *civ.* 2003.58
- obs. ss. Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-18.192, *Bull. civ.* IV, n° 69, R.T.D. *civ.* 2003.679
- obs. ss. Cass. Ass., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, *Bull. Ass.*, n° 12, R.T.D. *civ.* 2005.104
- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ.* I, n° 282, R.T.D. *civ.* 2009.295
- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janv. 2010, n° 08-70.248, *Bull. civ.* I, n° 21, R.T.D. *civ.* 2010.299
- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 sept. 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ.* I n° 174, R.T.D. *civ.* 2010.760
- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053, *Bull. civ.* I, n° 70, 71, 72, R.T.D. *civ.* 2011.340
- obs. ss. CEDH *Fabris c. France*, n° 16574/08, 21 juillet 2011, R.T.D. *civ.* 2011.753
- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ.* I, n° 191, R.T.D. *civ.* 2012.93
- obs. ss. CEDH *Fabris c. France* [GC], n° 16574/08, CEDH 2013 (extraits), R.T.D. *civ.* 2013.358
- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ.* I, n° 176, R.T.D. *civ.* 2013.816
- note ss. Cass. Ass, 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass.* n° 1, R.T.D. *civ.* 2014.620

**HEUGAS-DARRASPEN H.**, note ss. CEDH *Lecarpentier et autre c. France*, n° 67847/01, 14 février 2006, R.D.I. 2006.458

**HEUGAS-DARRASPEN H. et F. SCHAUFELBERGER**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 1994, n° 92-12.239, *Bull. civ.* I, n° 100, R.D.I. 1995.364

**HOUTCIEFF D.**, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ.* I, n° 191, note ss. *Gaz. Pal.* 2012.11.19



**HUET-WEILLER D.**, obs. ss. Cass. Ass., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. Ass.*, n° 4, , *R.T.D. civ.* 1991.517

**JAKOULOFF K.**, note ss. Cass. Ass, 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass.* n° 1, *L.P.A.* 2014.192.4

**JAMIN C.**, obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ.* III, n° 60, *J.C.P. G.* 1996.II.3958.1

**JOSSERAND L.**, rapp. sur Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 1936, *D.* 1936.1.88

**JOURDAIN P.**, obs. ss. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 mars 1997, n° 93-10.914, *Bull. civ.* II, n° 86, *R.T.D. civ.* 1997.675

**KENFACK H.**, obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ.* III, n° 194, *J.C.P. N.* 2012.15.42

**KRENK F.**, obs. ss. CEDH *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII, *J.D.E.* 2005.168

**LABRUSSE-RIOU C.**, note ss. Cass. Ass., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. Ass.*, n° 4, *Revue critique de droit international privé* 1991.711

**LAHALLE T.**

- obs. ss. Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755, *Bull. civ.* V, n° 7, *J.C.P. G.* 1999.I.181.3

- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ.* I, n° 282, *J.C.P. S.* 2009.8.30

**LAITHIER Y.-M.**

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ.* I, n° 282, *R.D.C.* 2009.477

- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ.* I, n° 191, *R.D.C.* 2012.383

**LAMARCHE M.**, note ss. Cass. Ass., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, *Bull. Ass.*, n° 12, *R.L.D.C.* 2004.11.41

**LAMBERT-ABDELGAWAD E.**, obs. ss. CEDH *Bronionski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V, *R.T.D.H.* 2005.203

**LAMBINET F.**, note ss. CEDH *Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], n°s 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, CEDH 2011, *R.T.D.H.* 2013.351

**LARROUMET C.**, chron. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ.* I, n° 43, *D.* 1999.351

**LARDEUX G.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262, *R.D.C.* 2004.348

**LAULIER R.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ.* I, n° 174, *L.P.A.* 2015.59.8

**LÉANDRI F.**

- obs. ss. Cass. Ass., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, *Bull. Ass.*, n° 12, *R.L.D.C.* 2004.11.49

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2007, n° 06-13.206, *Bull. civ.* I, n° 360, *R.L.D.C.* 2007.36.57

**LEBORGNE-INGELAERE C.**, note ss. Cass. soc. 7 févr. 2012, n° 10-18.686, *Bull. civ.* V, n° 58, *J.C.P. S.* 2012.25.38

#### **LE BOURSICOT M.-C.**

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053, *Bull. civ.* I, n° 70, 71, 72, *R.J.P.F.* 2011.6.14

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ.* I, n° 176, *R.J.P.F.* 2013.11.6

**LEBRETON G.**, note ss. Cons. d'État Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, n° 136727 et n° 143578, *Rec. Lebon* 1995, *D.* 1996.177

**LE CANNU P.**, note ss. Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-18.192, *Bull. civ.* IV, n° 69, *B.M.I.S.* 2003.921

**LECUYER H.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 00-18987, *Inédit, Dr. fam.* 2002.64

**LE DOUARON C.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ.* I, n° 174, *D.* 2010.2750

**LE GALLOU C.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ.* I, n° 174, *R.L.D.C.* 2014.121.16

**LEGRAND V.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ.* I, n° 176, *L.P.A.* 2013.196.7

**LE HOUGUE C.**, note ss. CEDH *Enweida et autres c. Royaume-Uni*, n°s 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, CEDH 2013 (extraits), *J.D.I.* 2014.1011

#### **LEMÉTAYER D.**

- note ss. CEDH *Hutten-Czapska c. Pologne*, n° 35014/97, 22 février 2005, *J.D.I.* 2006.1158

- note ss. CEDH, *Hutten-Czapska c. Pologne* [GC], n° 35014/97, CEDH 2006-VIII, *J.D.I.* 2007.730

**LEPAGE A.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 sept. 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ.* I n° 174, *C.C.E.* 2010.11.34

**LE TALLEC G.**, note ss. Cass. com., 12 mars 1985, n° 84-17.163, *Bull. civ.* IV, n° 95, *Gaz. pal.* 1985.1.246

#### **LEVENEUR L.**

- note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ.* I, n° 43, *J.C.P.* 1999.I.143

- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ.* I, n° 282, *C.C.C.* 2009.3.68

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ. I*, n° 174, *C.C.C.* 2015.1.17

**LEVINET M.**, obs. ss. CEDH *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, 23 septembre 2010, *J.C.P. G.* 2010.1895

**LIBCHABER R.**

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ. I*, n° 249, *R.T.D. civ.* 2002.176

- obs. ss. Cass. soc., 10 juillet 2002, n°s 99-43.334, 99-43.336, 00-45.135, 00-45.387, *Bull. civ. V*, n° 239, *Defresnois* 2002.1619

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ. III*, n° 262, *R.T.D. civ.* 2003.575

- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ. I*, n° 191, *D.* 2012.59

**LINDON**, note ss. Cass. Ass., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Bull. Ass.*, n° 1, *J.C.P.* 1979.II.19009

**LOCKIEC P. et J. PORTA**, obs. ss. Cass. soc. 7 févr. 2012, n° 10-18.686, *Bull. civ. V*, n° 58, *D.* 2012.507

**LOISEAU G.**

- note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ. III*, n° 262, *Dr. et Pat.* 2003.117.85

- obs. ss. Cass. soc. 25 févr. 2003, n° 00-42.031, *Bull. civ. V*, n° 66, *Dr. et patr.* 2003.117.87

- note ss. Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-18.192, *Bull. civ. IV*, n° 69, *D.* 2003.2228

- note ss. Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, *Bull. civ. IV*, n° 129, *B.M.I.S.* 2008.953

- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ. I*, n° 282, *J.C.P. G.* 2009.II.10025

- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ. I*, n° 174, *D.* 2010.2750

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ. I*, n° 174, *J.C.P. G.* 2014.46.2067

**LOUSSOUARN Y.**, obs. ss. T.G.I. Paris, 3 juin 1969, *R.T.D. civ.* 1970.346

**LUCAS-GALLAY I.**, note ss. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 mars 1997, n° 93-10.914, *Bull. civ. II*, n° 86, *L.P.A.* 1999.8.14

**LUCIANI A. M.**, note ss. CEDH *GALEC c. France*, n° 51255/08, 17 janvier 2012, *J.C.P. G.* 2012.741

**MAETZ C.-A.**, note ss. Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, *Bull. civ. IV*, n° 129, *J.C.P. E.* 2008.49.2466

**MAINGUY D.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ.* I, n° 174, *D.* 2015.246

**MALAUURIE P.**, obs. ss. CEDH *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III, *Defresnois* 2002.1131

**MALAUURIE-VIGNAL M.**

- note ss. Cass. soc., 10 juillet 2002, n°s 99-43.334, 99-43.336, 00-45.135, 00-45.387, *Bull. civ.* V, n° 239, *C.C.C.* 2002.10.18

- obs. ss. CEDH *GALEC c. France*, n° 51255/08, 17 janvier 2012, *C.C.C.* 2012.4.19

**MARAIS A.**, obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262, *R.D.C.* 2003.220

**MARCHADIER F.**, obs. ss. *Lindheim et autres c. Norvège*, n° 13221/08 et n° 21139/10, 12 juin 2012, *D.* 2012.2007

**MARIN J.-C.**, note ss. Cass. Ass, 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass.* n° 1, *J.C.P. G.* 2014.1535

**MARINO L.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avr. 2013, n° 11-19.091 [...], *Bull. civ.* I, n° 83, *Gaz. Pal.* 2013.195.7

**MARGUÉNAUD J.-P.**

- note ss. CEDH *Burghartz c. Suisse*, 22 févr. 1994, série A n° 280-B, *D.* 1995.5

- obs. ss. CEDH *López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, série A n° 303-C, *R.T.D. civ.* 1996.507

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ.* III, n° 60, *R.T.D. civ.* 1996.1024

- obs. ss. CEDH *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II, *R.T.D. civ.* 2000.429

- obs. ss. CEDH *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III, *R.T.D. civ.* 2002.858

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262, *R.T.D. civ.* 2003.383

- obs. ss. CEDH *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, CEDH 2003-IX, *R.T.D. civ.* 2003.764

- obs. ss. CEDH *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, CEDH 2003-VII, *R.T.D. civ.* 2004.361

- obs. ss. CEDH *Pla et Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01, CEDH 2004-VIII, *R.T.D. civ.* 2004.804

- obs. ss. CEDH *K.A. et A.D. c. Belgique*, req. n° 42758/98 et 45558/99, 17 février 2005, *R.T.D. civ.* 2005.341

- obs. ss. CEDH *Siliadin c. France*, no 73316/01, CEDH 2005-VII, *R.T.D. civ.* 2005.740

- obs. ss. CEDH *Lecarpentier et autre c. France*, n° 67847/01, 14 février 2006, *R.T.D. civ.* 2006.261

- note ss. CEDH, *Hutten-Czapaska c. Pologne* [GC], n° 35014/97, CEDH 2006-VIII, *R.T.D. civ.* 2006.719
- note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2006, n° 04-19.349, *Bull. civ.* III, n° 73, *R.T.D. civ.* 2006.722
- note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ.* III, n° 140, *R.T.D. civ.* 2006.722
- obs. ss. CEDH *Hutten-Czapaska c. Pologne* (Règlement amiable) [GC], n° 35014/97, 28 avril 2008, *R.T.D. civ.* 2008.641
- obs. ss. CEDH *Khursbid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, n° 23883/06, 16 décembre 2008, *R.T.D. civ.* 2009.281
- obs. ss. CEDH *Fabris c. France*, n° 16574/08, 21 juillet 2011, *R.T.D. civ.* 2011.732
- obs. ss. CEDH *GALEC c. France*, n° 51255/08, 17 janvier 2012, *R.D.C.* 2012.3.963
- note ss. CEDH *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n°s 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, CEDH 2013 (extraits), *R.D.C.* 2013.1503
- obs. ss. CEDH *Fabris c. France* [GC], n° 16574/08, CEDH 2013 (extraits), *R.T.D. civ.* 2013.333
- obs. ss. CEDH *Zolotas c. Grèce* (n° 2), n° 66610/09, CEDH 2013 (extraits), *R.T.D. civ.* 2013.336
- obs. ss. CEDH *Vilnes et autres c. Norvège*, n°s 52806/09 et 22703/10, 5 décembre 2013, *R.D.C.* 2014.285

**MARGUÉNAUD J.-P. et J. MOULY,**

- note ss. Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755, *Bull. civ.* V, n° 7, *D.* 1999.645
- note ss. CEDH *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, 23 septembre 2010, *D.* 2011.1637

**MARINO L.**, chron. ss. C.A. Versailles, 12e ch., 2e sect., 22 sept. 2005, SAS Calendriers Jean Lavigne c/ Sté Universal Music et al., *D.* 2006.2702

**MARMOZ F.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.* I, n° 249, *L.P.A.* 2002.52.17

**MASSIP J.**

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ.* I, n° 43, *Defrénois* 1999.680
- obs. ss. CEDH *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II, *Defrénois* 2000.654
- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 2000, n° 98-15.950, *Inédit*, *Defrénois* 2000.1049
- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 00-18987, *Inédit*, *Defrénois* 2002.681

**MATTER P.**

- concl. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 déc. 1931, *Recueil Sirey* 1932.I.131
- concl. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 1936, *D.* 1936.1.88

**MAUGERIE V.**, obs. ss. Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, *Bull. civ.* IV, n° 129, *R.L.D.C.* 2008.53.14

**MAYAUD Y.**, obs. ss. Cass. crim. 4 mars 2003, n° 02-82.194, *Bull. crim.*, n° 58, *Rev. de science criminelle et de droit pénal comparé* 2003.561

**MAZEAUD D.**,

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 juillet 1994, n° 92-19.187, *Bull. civ.* I, n° 262, *Defrénois* 1995.350

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ.* I, n° 43, *Defrénois* 1999.748

**MENDOZA-CAMINADE A.**, Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, *Bull. civ.* IV, n° 129, *D.* 2008.2569

**MEKKI M.**

- obs. ss. Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 D.C., *J.C.P. G.* 2013.38.974

**MESTRE J.**

- obs. ss. Cons. const., 3 août 1994, n° 94-348 D.C., *R.T.D. civ.* 1996.151

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ.* III, n° 60, *R.T.D. civ.* 1996.897

- obs. ss. Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755, *Bull. civ.* V, n° 7, *R.T.D. civ.* 1999.395

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ.* I, n° 43, *R.T.D. civ.* 1999.383

**MESTRE J. et B. FAGES**

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.* I, n° 249, *R.T.D.civ.* 2002.507

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262, *R.T.D. civ.* 2003.290

**MILLEVILLE S.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ.* I, n° 191, *L.P.A.* 2012.1.8

**MICHALSKI C.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janv. 2010, n° 08-70.248, *Bull. civ.* I, n° 21, *Gaz. Pal.* 2010.167.19

**MIGNOT C.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ.* I, n° 174, *L.P.A.* 2014.261.15

**MIKALEF-TOUDIC V.**, note ss. Cass. Ass., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, *Bull. Ass.*, n° 12, *Defrénois* 2005.1045

**MIRKOVIC A.**

- note ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053, *Bull. civ.* I, n° 70, 71, 72, *R.L.D.C.* 2011.83.39

- note ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ.* I, n° 176, *J.C.P. G.* 2013.1731

**MONÉGER J.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ.* III, n° 194, *D.* 2012.532

**MONTANIER M.**, concl. ss. Cass. com., 12 mars 1985, n° 84-17.163, *Bull. civ.* IV, n° 95, *J.C.P. G.* 1985.II.20400

**MORVAN P.**, Cass. soc., 10 juillet 2002, n°s 99-43.334, 99-43.336, 00-45.135, 00-45.387, *Bull. civ.* V, n° 239, *J.C.P. G.* 2003.I.130

**MOULY J.**

- note ss. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Bull. civ.* V, n° 75, *D.* 2013.963

- note ss. Cass. Ass, 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass.* n° 1, *Dr. soc.* 2014.811

**MOUTON S. et T. LAMRACHE**, note ss. Cass. Ass, 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass.* n° 1, *A.J.D.A.* 2014.1842

**NAHON E.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.* I, n° 249, *Gaz. Pal.* 2002.46.25

**NEAU-LEDUC C.**, note ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ.* V, n° 141, *R.D.C.* 2009.1507

**NOURISSAT C.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ.* III, n° 194, *J.C.P. E.* 2012.40

**PARANCE B.**

- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ.* I, n° 174, *R.L.D.C.* 2011.80.61

- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ.* I, n° 174, *R.L.D.C.* 2015.124.60

**PARLEANI G.**

- note ss.. Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-18.192, *Bull. civ.* IV, n° 69 *Rev. soc.* 2003.548

- note ss. Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, *Bull. civ.* IV, n° 129, *Rev. soc.* 2009.587

**PATARIN J.**

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ.* I, n° 43, *R.T.D. civ.* 1999.892

- obs. ss. CEDH *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II, *R.T.D. civ.* 2000.601

**PAULIN A.**, CEDH *Fabris c. France* [GC], n° 16574/08, CEDH 2013 (extraits), *R.L.D.C.* 2013.103.57

**PELLOUX R.**

- obs. ss. CEDH *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* (fond), 23 juillet 1968, p. 27, série A n° 6, *A.F.D.I.* 1968.201

- obs. ss. CEDH *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31, *A.F.D.I.* 1980.317

- obs. ss. CEDH *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A n° 32, *A.F.D.I.* 1980.323
- PÉRÈS C.**, obs. ss. CEDH *Fabris c. France*, n° 16574/08, 21 juillet 2011, *R.D.C.* 2012.32
- PÉRINET-MARQUET, H.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ.* III, n° 140, *J.C.P. N.* 2006.2379
- PESCHAUD H.**, obs. ss. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *Bull. civ.* V, n° 75 *L.P.A.* 2013.127.7
- PETIT C.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ.* I, n° 176, *D.* 2013.2377
- PETIT J.**, note ss. Cons. d'État, 9 janvier 2014, n° 374508, n° 374528 et n° 374552, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, *Rec. Lebon* 2014, *A.J.D.A.* 2014.866
- PETTITI C.**, note ss. CEDH *Lecarpentier et autre c. France*, n° 67847/01, 14 février 2006, *R.T.D.H.* 2007.493
- PIEDELÈVRE S.**, note ss. Cass. Ass., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, *Bull. Ass.*, n° 12, *Deffrénois* 2005.234
- PIERROUX E.**, note ss. Cass. soc. 7 févr. 2012, n° 10-18.686, *Bull. civ.* V, n° 58, *Gaz. Pal.* 2012.172.14
- PIMONT S.**, note ss. Cass. Ass., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, *Bull. Ass.*, n° 12, *L.P.A.* 2005.112.17
- PINTO R.**, obs. ss. CEDH *Burghartz c. Suisse*, 22 févr. 1994, série A n° 280-B, *Gaz. Pal.* 1994.257.2
- PIZZO J.-P.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 juillet 1994, n° 92-19.187, *Bull. civ.* I, n° 262, *D.* 1995.314
- POLLAUD-DULIAN F.**
  - obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ.* I, n° 282, *R.T.D. com.* 2009.141
  - note ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ.* V, n° 141, *R.T.D. com.* 2009.623
- PORACCHIA D.**
  - note ss. Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-18.192, *Bull. civ.* IV, n° 69, *Dr. et Pat.* 2003.120.89
  - chron. ss. Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, *Bull. civ.* IV, n° 129, *Dr. et pat.* 2009.181.94
- POULIQUEN E.**
  - note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ.* I, n° 282, *R.L.D.C.* 2009.58.46
  - note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janv. 2010, n° 08-70.248, *Bull. civ.* I, n° 21, *R.L.D.C.* 2010.69.40



- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ. I*, n° 191, *R.L.D.C.* 2012.89.15

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ. I*, n° 176, *R.L.D.C.* 2013.109.49

**PRIETO C.**, obs. ss. CJUE *Aldona Malgorzata Jany et autres c. Staatssecretaris van Justitie*, Affaire C-268/99, [2001] *Rec. C.E. I-08615 R.T.D. eur.* 2003.489

#### **PRIEUR S.**

- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avr. 2013, n° 11-19.091 [...], *Bull. civ. I*, n° 83, *Gaz. pal.* 2013.157.13

- note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ. I*, n° 174, *Gaz. Pal.* 2014.330.9

**PRIGENT S.**, obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2007, n° 06-13.206, *Bull. civ. I*, n° 360, *A.J.D.I.* 2007.487

#### **PUTMAN E.**

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ. III*, n° 140, *R.J.P.F.* 2006.10

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ. I*, n° 282, *R.J.P.F.* 2009.3.18

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janv. 2010, n° 08-70.248, *Bull. civ. I*, n° 21, *R.J.P.F.* 2010.4.15

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ. I*, n° 174, *R.J.P.F.* 2010.11.11

- obs. ss. CEDH *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n°s 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, CEDH 2013 (extraits), *R.J.P.F.* 2013.3.14

**QUÉMENT C.**, obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ. III*, n° 194, *R.L.D.A.* 2012.68.22

**RACT A.-S., et C. AMSON**, obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ. III*, n° 140, *Gaz. Pal.* 2007.160.2

**RADÉ C.**, note ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ. V*, n° 141, *Dr. soc.* 2009.930

**RAY J.-E.**, obs. ss. Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755, *Bull. civ. V*, n° 7, *Dr. soc.* 1999.287

**RAYMOND G.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ. I*, n° 191, *C.C.C.* 2012.3.33

#### **RAYNAUD J.**

- note ss. Cass. soc. 25 févr. 2003, n° 00-42.031, *Bull. civ. V*, n° 66, *J.C.P. E.* 2004.371

- note ss. Cass. crim. 4 mars 2003, n° 02-82.194, *Bull. crim.*, n° 58, *J.C.P. E.* 2004.371

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ. III*, n° 140, *A.J.D.I.* 2006.609

- note ss. CEDH *Lecarpentier et autre c. France*, n° 67847/01, 14 février 2006, *J.C.P. E.* 2006.1208

- obs. ss. CEDH *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, n° 23883/06, 16 décembre 2008, *A.J.D.I.* 2009.438

- note ss. CEDH *Vilnes et autres c. Norvège*, n°s 52806/09 et 22703/10, 5 décembre 2013, *J.C.P. E.* 2014.14.45

**REBOUL-MAUPIN N.**, obs. ss. CEDH *Lindheim et autres c. Norvège*, n° 13221/08 et n° 21139/10, 12 juin 2012, *D.* 2012.2128

**RENUCCI J.-F.**, note ss. CEDH *Dayanan c. Turquie*, no 7377/03, 13 octobre 2009, *D.* 2009.2887

**REITTERER S.**, note ss. CJUE *Aldona Malgorzata Jany et autres c. Staatssecretaris van Justitie*, Affaire C-268/99, [2001] *Rec. C.E. I-08615*, *D.* 2002.2144

**REVEL T.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ. I*, n° 282, *R.T.D. civ.* 2009.342

**RIGAUX F.**, obs. ss. CEDH *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31, *J.T.D.E.* 1979.513

**RIVERO J.**, note ss. note ss. Cons. const. 16 juil. 1971 n° 71-44 D.C., *Rec.Cons.const.* p. 29, *A.J.D.A.* 1971.II.537

#### **ROCHFELD J.**

- obs. ss. Cass. soc., 10 juillet 2002, n°s 99-43.334, 99-43.336, 00-45.135, 00-45.387, *Bull. civ. V*, n° 239, *R.D.C.* 2003.17

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ. III*, n° 262, *R.D.C.* 2004.231

- note ss. CEDH *Pla et Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01, CEDH 2004-VIII, *R.D.C.* 2005.3.645.

- note ss. CEDH *Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], n°s 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06 CEDH 2011, *R.D.C.* 2012.1.27

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ. III*, n° 194, *R.D.C.* 2012.373

- obs. ss. *Lindheim et autres c. Norvège*, n° 13221/08 et n° 21139/10, 12 juin 2012, *R.D.C.* 2013.31

- note ss. CEDH *Zolotas c. Grèce* (n° 2), n° 66610/09, CEDH 2013 (extraits), *R.D.C.* 2013.837

**ROETS D.**, obs. ss. CEDH *Dayanan c. Turquie*, no 7377/03, 13 octobre 2009, *R.S.C.* 2010.231

#### **ROLLAND P.**

- obs. ss. CEDH *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31, *J.D.I.* 1982.183

- obs. ss. CEDH *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979, série A n° 32, *J.D.I.* 1982.511

- osb. ss. CEDH *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A n° 91, *J.D.I.* 1986.1086

**ROMUALD P.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ.* III, n° 194, *J.C.P. N.* 2012.8.41

**ROUAULT M.-C.**, obs. ss. Cons. d'État Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, n° 136727 et n° 143578, *Rec. Lebon* 1995, *L.P.A.* 1996.11.28

**ROUQUET Y.**,

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262, *A.J.D.I.* 2003.182

- obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2006, n° 04-19.349, *Bull. civ.* III, n° 73, *A.J.D.I.* 2006.637

**ROUSSEAU D.**, obs. ss. Cons. d'État, 9 janvier 2014, n° 374508, n° 374528 et n° 374552, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, *Rec. Lebon* 2014, *Gaz. Pal.* 2014.50.9

**ROUZET G.**, note ss. CEDH *Lecarpentier et autre c. France*, n° 67847/01, 14 février 2006, CEDH *Cabourdin c. France*, n° 60796/00, 11 avril 2006 ; CEDH *Vežon c. France*, n° 66018/01, 18 avril 2006 ; CEDH *Saint-Adam et Millot c. France*, n° 72038/01, 2 mai 2006, *Defrénois* 2006.13.1102

**RUET L.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ.* III, n° 194, *Defrénois* 2012.1.15

**RUFFIEUX G.**, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *Bull. civ.* I, n° 176, *R.D.L.F.* 2014.7

**RUZIÉ D.**, note ss. Cass. Mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Bull. mixte*, n° 4, *Clunet* 1975.801

**SARGOS P.**, rapp. ss. Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 9 octobre 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ.* I, n° 249, *D.* 2001.3470

**SAUVAGEOT**, rapp. ss. Cass. Ass., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Bull. Ass.*, n° 1, *J.C.P.* 1979.II.19009

**SAVATIER J.**

- obs. ss. Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, *Bull. civ.* V, n° 171, *Dr. soc.* 1998.614

- note ss. Cass. soc. 25 févr. 2003, n° 00-42.031, *Bull. civ.* V, n° 66, *Dr. soc.* 2003.625

**SAVATIER R.**, obs. ss. Trib. civ. Seine, 22 janv. 1947, *R.T.D. civ.* 1947.213

**SAVATIER X.**, rapp. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ.* I, n° 43, *D.* 1999.267

**SAVAUT E.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2006, n° 04-19.349, *Bull. civ.* III, n° 73, *Defresnois* 2006.721

**SAYA SALVADORE I.**, note ss. C.A. Versailles, 12e ch., 2e sect., 22 sept. 2005, *SAS Calendriers Jean Lavigne c/ Sté Universal Music et al.*, *Gaz. Pal.* 2006.151.12

**SCHMELCK R.**, concl. ss. Cass. Ass., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Bull. Ass.*, n° 1, *D.* 1978.541

**SERMET L.**, note ss. CEDH *Bronionski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V, *R.G.D.I.P.* 2007.863

**SERNA M.**, obs. ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ.* V, n° 141, *D.* 2009.1530

**SERRA Y.**

- note ss. Cass. soc. 14 mai 1992, n° 89-45.300, *Bull. civ.* V, n° 309, *D.* 1992.350

- note ss. Cass. soc., 10 juillet 2002, n°s 99-43.334, 99-43.336, 00-45.135, 00-45.387, *Bull. civ.* V, n° 239, *D.* 2002.2491

- obs. ss. Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-16.761, *Bull. civ.* IV, n° 143, *D.* 2009.1441

**SEUBE J.-B.**,

- note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2006, n° 04-19.349, *Bull. civ.* III, n° 73, *R.D.C.* 2006.1149

- obs. ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janv. 2010, n° 08-70.248, *Bull. civ.* I, n° 21, *J.C.P. E.* 2010

- note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 novembre 2011, n° 10-30.291, *Bull. civ.* III, n° 194, *R.D.C.* 2012.513

**SEUBE J.-B. et T. REVET**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ.* III, n° 140, *Dr. et Pat.* 2007.161.82

**SCHILL A.**, note ss. CEDH *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, 23 septembre 2010, *J.D.I.* 2011.1347

**SIMONI C.-M.**, note ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ.* V, n° 141, *L.P.A.* 2009.168.7

**STAHL J.-H. et D. CHAUAUX**, chron. ss. Cons. d'État Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, n° 136727 et n° 143578, *Rec. Lebon* 1995, *A.J.D.A.* 1995.878

**STOFFEL-MUNCK P.**

- obs. ss. CEDH *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II, *Dr. et Pat.* 2000.82.56

- note ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ.* V, n° 141, *C.C.E.* 2010.1.2

**SUDRE F.**

- obs. ss. CEDH *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 déc. 1994, série A n°301-B, *J.C.P.* 1995.I.3823

- obs. ss. CEDH *López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, série A n° 303-C, *R.U.D.H.* 1995.112

- obs. ss. CEDH *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310, *R.U.D.H.* 1996.6

- obs. ss. CEDH *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III, *J.C.P. G.* 2002.157

- obs. ss. CEDH *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, CEDH 2003-IX, *J.C.P. G.* 2004.181
  - note ss. CEDH *Siliadin c. France*, no 73316/01, CEDH 2005-VII, *J.C.P. G.* 2005.II.10142
  - obs. ss. CEDH *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII, *R.D.P.* 2005.755
  - obs. ss. CEDH *Lecarpentier et autre c. France*, n° 67847/01, 14 février 2006, *J.C.P. G.* 2006.1587
  - obs. ss. CEDH *Khurshid Mustafa et Tarziyachi c. Suède*, n° 23883/06, 16 décembre 2008, *J.C.P. G.* 2009.27
  - obs. ss. CEDH *Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], n°s 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, CEDH 2011, *J.C.P. G.* 2012.163
  - obs. ss. CEDH *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n°s 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, CEDH 2013 (extraits), *J.C.P. G.* 2013.1476
  - obs. ss. CEDH *Fabris c. France* [GC], n° 16574/08, CEDH 2013 (extraits), *J.C.P. G.* 2013.1476
  - obs. ss. CEDH *Zolotas c. Grèce* (n° 2), n° 66610/09, CEDH 2013 (extraits), *J.C.P. G.* 2013.1476
- SUDRE F. et H. SURREL**, obs. ss. CEDH *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V, *R.D.P.* 2005.758-809 ; *G.A. CEDH*, n° 74
- SWEENEY M.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ.* I, n° 174, *R.L.D.C.* 2015.123.8
- TAVERNIER P.**
- obs. ss. CEDH *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, 21 juin 1988, série A n° 139 *J.D.I.* 1989.824
  - obs. ss. CEDH *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, série A n°301-B, *J.D.I.* 1995.796
  - obs. ss. CEDH *López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, série A n° 303-C, *J.D.I.* 1995.798
  - obs. ss. CEDH *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V, *J.D.I.* 2005.544
  - note ss. CEDH *Vilnes et autres c. Norvège*, n°s 52806/09 et 22703/10, 5 décembre 2013, *J.D.I.* 2014.1004.
- TERRÉ F.**, note ss. Cass. Ass., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. Ass.*, n° 4, *JCP G* 1991.II.21752
- TISSEYRE S.**, obs. ss. CEDH *Zolotas c. Grèce* (n° 2), n° 66610/09, CEDH 2013 (extraits), *L.P.A.* 2014.166.6

**THIERRY J.**, obs. ss. CEDH *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II, D. 2000.332.

**THOUVENIN D.**

- obs. ss. Cass. Ass., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. Ass.*, n° 4, D. 1991.417

- note ss. Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 9 octobre 2001, n° 00-14.564, *Bull. civ. I*, n° 249, D. 2001.3470

**THOUZELLIER B.**, note ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ. V*, n° 141, *J.C.P. E.* 2009.28.35

**TORT F.**, note ss. Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-16.761, *Bull. civ. IV*, n° 143 R.D.C. 2008.1373

**TOSI I.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ. I*, n° 191, *Gaz. Pal.* 2012.1.11

**TOUFFAIT A.**, concl. ss. Cass. Mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Bull. mixte*, n° 4, D. 1975.497, *J.C.P.* 1975.II.18180 bis, *Gaz. Pal.* 1975.2.470

**TRÉBULLE F.-G.**, chron. ss. Cass. Ass, 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. Ass.* n° 1, *J.C.P. E.* 2015.27

**TRICOIRE E.**, note ss. Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-18.192, *Bull. civ. IV*, n° 69, *J.C.P. G.* 2003.10169

**TRUCHET D.**, note ss. Cons. d'État Ass., 24 juin 2014, *Mme F... I... et autres*, n° 375081, 37090, 375091, *Rec. Lebon* 2014 A.J.D.A. 2014.1669

**VALORY S.**, obs. ss. Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-10.756 et 07-12.115, *Bull. civ. IV*, n° 129, *R.J.P.F.* 2008.10.14

**VAN TUONG N.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ. III*, n° 60, *J.C.P. G.* 1997.II.22764

**VELARDOCCHIO D.**, note ss. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avr. 2013, n° 11-19.091 [...], *Bull. civ. I*, n° 83, *Dr. et Pat.* 2013.228.60

**VERKINDT P.-Y.**

- obs. ss. Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755, *Bull. civ. V*, n° 7, *T.P.S.* 1999.96

- note ss. Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 [...], *Bull. civ. V*, n° 141, *J.C.P. S.* 2009.act.305.

**VÉRON M.**, obs. ss. Cass. crim. 4 mars 2003, n° 02-82.194, *Bull. crim.*, n° 58, *Droit pénal* 2003.83

**VIALLA F.**, obs. ss. Cons. d'État Ass., 24 juin 2014, *Mme F... I... et autres*, n° 375081, 37090, 375091, *Rec. Lebon* 2014, *J.C.P. G.* 2014.28.825

**VIGNEAU D.**

- note ss. Cass. Ass., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, *Bull. Ass.*, n° 12, D. 2004.3175

- note ss. Cons. d'État Ass., 24 juin 2014, *Mme F... I... et autres*, n° 375081, 37090, 375091, *Rec. Lebon* 2014, D. 2014.1856

**VIGNERON G.**, note ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ.* III, n° 140, *Loyers et Copropriété* 2006.9.22.

**VON MÜHLENDALH P.**, obs. ss. CEDH *Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], n°s 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, CEDH 2011, *J.D.I.* 2012.1090

**WEISS-GOUT B.**, obs. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053, *Bull. civ.* I, n° 70, 71, 72, *Gaz. Pal.* 2011.145.7

**WERTENSCHLAG B.**, obs. ss. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ.* III, n° 60, *A.J.D.I.* 1996.704

**WILLMANN C.**, note ss. Cass. crim. 4 mars 2003, n° 02-82.194, *Bull. crim.*, n° 58, *Dr. soc.* 2004.112





# INDEX

*N.B. Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes*

## - A -

**Accommodement raisonnable** : 197  
et suiv.

**Arrêt pilote** : voir *Contrôle de conventionnalité*

**Autonomie corporelle**

- médecine et - : 134
- mort et - : voir *Fin de vie*

**Autonomie personnelle** : 120, 196

## - B -

**Bloc de constitutionnalité** : 17

**Bonnes mœurs**

- courtage matrimonial et - : 90
- dignité de la personne humaine et - : 88, 91
- libéralités et - : 90

## - C -

**Charte canadienne**

- adoption : 20
- clause justificative : 187 et suiv.
- effet horizontal : voir *ce mot*
- suprématie : 53

**Charte québécoise**

- adoption : 25, 76, 111
- clause justificative : voir *Clauses justificatives*
- ordre public : voir *ce mot*
- origine : 76
- statut quasi-constitutionnel : 25

*Charte québécoise et Code civil du Québec*

- complémentarité : 111 et suiv.
- harmonie : 111 et suiv.
- primauté : 57 et suiv.

**Clause de**

- célibat : 83, 86

- domiciliation : 69, **149 et suiv.**
- *get* : 97
- habitation personnelle : 69
- mobilité : 149
- non-concurrence : 183
- résidence (Québec) : 78, 99, 111, 150
- testamentaires : *voir Discrimination*

### **Code civil du Québec**

- *Disposition préliminaire* (du) : *voir ce mot*
- protection de droits fondamentaux : 55
- réforme : *voir ce mot*

### **Clauses justificatives (Chartes)**

- méthode contextuelle et - : *voir ce mot*
- notion : 187 et suiv.
- portée interprétative des - : 191
- test de raisonabilité et - : 186
- régime des - : 188

### **Consentement**

- acte médical (à l') : 135 et suiv.
- caractère justificatif du - : 128
- fin de vie et - : *voir ce mot*
- méthode contextuelle d'appréciation du - : *voir ce mot*
- renonciation et - : *voir ce mot*

### **Contrat**

- contractualisme : 8
- notion : 6

### **Contrôle de constitutionnalité**

- Canada : 51

- France : 33

### **Contrôle de conventionalité**

- arrêt pilote et - : 44
- autorité interprétative du - : 48
- interne : 46
- notion de - : 36
- obligation d'absentation : 40
- obligations positives (théorie des) : 41, 43

### **Contrôle de fondamentalité : 29**

### **Contôle de proportionnalité**

- Cour de cassation et - : 181
- Cour européenne et - : 179 et suiv.
- Droit du travail et - : 183
- notion de - : 178
- réforme du *Code civil* : 108

### **Convention européenne**

- adoption de la - : 20
- droit de recours individuel et - : 36
- interprétation dynamique de la - : 68

### **Corps humain**

- autonomie corporelle et - : *voir ce mot*
- don d'organes et - : *voir ce mot*
- expérimentations sur le - : *voir ce mot*
- fruits du - : 143
- indisponibilité du - : 132 et suiv.
- spectacle et - : *voir ce mot*

## **- D -**

### **Dignité de la personne humaine**

- atteinte à la - : 166 et suiv.

- bonnes mœurs et – : *voir ce mot*
- devoir de - : 173
- droit à la – (Québec) : 170
- droit sociale et - : 169
- droit sanitaire et - : 168
- escalavage et - : *voir ce mot*
- harcèlement sexuel et - : 170
- obligation d’information du médecin et - : 65
- ordre public et - : *voir ce mot*
- sexualité et - : *voir sadomasochisme*
- spectacles et - : *voir ce mot*

#### **Discriminations**

- clause testamentaire et - : 43, 45, 65
- emploi et - : 64
- logement et - : 113
- prohibition des - (Québec) : 114

#### **Don d’organe**

- France (en) : 139
- Québec (au) : 140

#### ***Disposition préliminaire :***

- harmonie et : 57
- origine de la - : 111

#### ***Drittwirkung* : 6, 61, 82 et suiv.**

#### **Droit comparé (méthodologie) : 3**

#### **Droit des baux : 40, 44, 49, 69**

#### **Droits et libertés (distinction) : 127**

#### **Droits fondamentaux**

- autorité des - : 12 et suiv.
- effectivité des - : 13, 41, 68
- effet horizontal des - : voir ce mot

- effet vertical des - : voir ce mot
- fondamentalisation et : 11, 60
- fondamentalisme des - : 8
- notion de - : 6
- promotion des - : 131
- théorie allemande des - : voir *drittwirkung*

#### **Droits procesuels : 131**

### **- E -**

#### **Effet horizontal**

- *Charte canadienne* (absence de) : 72 et suiv.
- *Charte québécoise* (de la) : 75 et suiv.
- *Constitution* (de la) : 63
- *Convention européenne* (de la) : 66 et suiv.
- notion de - : 61
- obligations positives et - : 68

#### **Effet vertical**

- notion de - : 29 et suiv.,

#### **Escalavage : 169**

### **- F -**

#### **Fin de vie : 136 et suiv.**

#### **Fondamentalisation : voir Droits fondamentaux**

### **- G -**

#### **Gestation pour autrui : 86, 124, 140**

- I -

**Image**

- droit à l' - : 158
- vie privée et - : 146

**Intérêt général**

- équilibre et - : 42
- ordre public et - : 85
- liberté contractuelle et - : 35, 55

- L -

**Liberté**

- exercice des droits fondamentaux et - : 127
- notion de : 1
- religieuse : *voir Liberté religieuse*

**Liberté contractuelle**

- *Charte canadienne* et - : 73
- valeur constitutionnelle de la - (France) : 34

**Liberté matrimoniale** : 65, 83, 127

**Liberté religieuse**

- accommodement raisonnable et - : 198
- contrat de travail et - : 152
- domicile et - : 152 et suiv.
- France (en) : 69, 136, 152
- Québec (au) : 153

**Lois retroactives** : 45

- M -

**Méthode contextuelle**

- notion de - : 192
- volonté et - : 195
- consentement et - : 196

- N -

**Nom** : 155 et suiv.

- O -

**Obligations positives (théorie des) :**

*voir Contrôle de conventionnalité*

**Ordre public**

- *Charte québécoise* et - : 94
- dignité de la personne humaine et - : 86 et suiv., 165 et suiv.
- droits fondamentaux et - : 84
- valeurs et - : 97

- P -

**Personne vulnérable** : 174

**Proportionnalité** : *voir Contrôle de proportionnalité*

**Procès équitable** : 45

- Q -

**Quasi-constitutionnelle** : 25

**Question prioritaire de constitutionnalité (Q.P.C.)** : 32, 63

**- R -**

**Raisonnabilité**

- interprétation des droits et - : 191
- notion de - : 186 et suiv.

**Réforme**

- *Code civil du Québec* (du) : 57, 76, **110 et suiv.**,
- Droit français des contrats (du) : 103

**Renonciation**

- caractère abdicatif de la - : 123
- consentement à la - : 124
- contrepartie à la - : 123
- définition de la - : 122

**- S -**

**Sadomasochisme** : 173

**Spectacle** :

- plastination du corps humain (de) : 91, 173
- représentation artistique du corps humain et - : 142
- sport et - : 174

**- T -**

**Tatouage** : 142

**Transexualisme** : 43

**Transfusions sanguines** : 136

**Travail (contrat de)**

- *Code civil du Québec* et - : 113
- obligation d'information et - : 42

**- V -**

**Vie privée** : 145 et suiv.



# TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
I. Une étude compréhensive.....	4
A. Une méthode de comparaison pragmatique.....	4
B. Des éléments de comparaison pratiques.....	7
II. Une tension irréductible.....	13
 PREMIÈRE PARTIE – LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LES CONTRATS ...	21
 Titre I – L’autorité des droits fondamentaux sur les contrats.....	25
 Chapitre liminaire – Les instruments de protection des droits fondamentaux .....	27
 Section I – Les instruments de protection des droits fondamentaux applicables en France .....	28
§ I – Les instruments de protection des droits fondamentaux constitutionnels .....	28
§ II – Les instruments de protection des droits fondamentaux internationaux .....	30
Section 2 – Les instruments de protection des droits fondamentaux applicables au Québec.....	34
§ I – Les lois « quasi-constitutionnelles ».....	35
A. Les lois fédérales sur les droits de la personne .....	35
B. La <i>Charte québécoise</i> .....	36
§ II – La Charte canadienne .....	38
 Chapitre I – L’autorité relative des droits fondamentaux sur le droit des contrats	41
 Section I – Un assujettissement essentiellement marginal en France.....	44
§ I – La réserve prudente du Conseil constitutionnel.....	45
A. L’inexorable soumission du droit des contrats à la <i>Constitution</i> .....	47
B. La représentation constitutionnelle du droit des contrats.....	50
§ II – Les audaces allochtones de la Cour européenne.....	53
A. Un contrôle potentiellement déterminant sur le droit des contrats.....	55
1. Des obligations étendues.....	56
a. Une obligation d’abstention.....	56
b. Des obligations positives .....	58
2. Une portée renforcée.....	62

B. Des incidences effectivement modestes sur le droit des contrats français .....	64
§ III – La progression du contrôle de conventionalité opéré par la Cour de cassation.....	69
A. L’admission de l’autorité interprétative des décisions de la Cour européenne.....	70
B. Un contentieux embryonnaire.....	72
Section II – Une subordination apparemment limité au Québec.....	75
§ I – Les relations « pacifiques » entre la Charte canadienne et le Code civil du Québec.....	78
A. Une emprise potentielle .....	78
B. Un impact limité .....	80
§ II – L’« harmonie » du Code civil du Québec et de la Charte québécoise....	83
A. Une primauté affirmée .....	84
B. Une harmonisation marginale .....	87
Chapitre II – L’autorité incertaine des droits fondamentaux dans les contrats.....	92
Section I – Un effet horizontal ambivalent en France.....	94
§ I – L’admission de l’effet horizontal de la Constitution.....	94
A. Une possibilité théorique.....	95
B. Une réalité pratique .....	97
§ II – La reconnaissance de l’exposition des contrats à la Convention européenne.....	98
A. Le contrôle suggéré des stipulations contractuelles par la Cour européenne.....	99
B. Le contrôle direct des stipulations contractuelles par les juridictions internes .....	103
Section II – Une intersubjectivité limitée au Canada .....	108
§ I – Le rejet de l’intersubjectivité de la Charte canadienne.....	108
A. Un rejet discuté.....	108
B. Un rejet consacré.....	111
§ II – L’admission de l’intersubjectivité de la Charte québécoise.....	111
A. Une admission inéluctable.....	112
B. Une admission explicite .....	114
C. Une admission consacrée.....	115
Titres II – Le rayonnement des droits fondamentaux dans les contrats .....	120
Chapitre I – La transcendance du respect des droits fondamentaux dans les contrats.....	123
Section I – L’ordre public et les bonnes mœurs renouvelés en France .....	125
§ I – La mobilisation de l’ordre public par les droits fondamentaux .....	126
A. Une convergence naturelle .....	127
B. Un envahissement progressif .....	129
§ II – Le remplacement des bonnes mœurs par les droits fondamentaux....	130



A. Une portée atrophiée .....	131
B. Une interprétation disqualifiée .....	133
C. Une métamorphose .....	135
Section II – L’ordre public phagocyté au Québec.....	139
§ I – L’influence de la Charte canadienne sur l’ordre public .....	140
A. Le principe de l’intégration des valeurs de la <i>Charte canadienne</i> dans l’interprétation du droit.....	140
B. L’ordre public vecteur d’intégration des valeurs de la <i>Charte canadienne</i> dans le droit civil québécois .....	143
§ II – L’intégration de la Charte québécoise dans l’ordre public.....	145
 Chapitre II – La consécration du respect des droits fondamentaux dans le droit des contrats.....	 149
 Section I – Vers une inscription des droits fondamentaux dans le droit des contrats en France.....	 150
§ I – Les propositions de réformes.....	150
A. Les propositions européennes .....	151
B. La proposition initiée par M. Catala .....	152
C. La proposition initiée par M. Terré .....	153
§ II – Le projet de réforme.....	154
Section II – La mutation accomplie du droit civil québécois.....	159
§ I – La complémentarité du Code civil et de la Charte québécoise .....	160
§ II – La primauté de la personne en matière contractuelle.....	163
A. Des règles nouvelles de protection des contractants.....	164
B. La prohibition des discriminations .....	166
 SECONDE PARTIE – LE POUVOIR SUR LES DROITS FONDAMENTAUX DANS LES CONTRATS .....	 175
 Titre I – L’affirmation du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats ...	 178
 Chapitre I – La qualification du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats.....	 181
Section I – Le rejet de la qualification de renonciation .....	184
§ I – Le rejet de l’admission de l’abandon des droits fondamentaux.....	184
§ II – Le rejet de l’hypertrophie du consentement.....	188
Section II – La préférence pour la qualification d’exercice .....	193
§ I – La préférence pour le respect de la liberté.....	193
§ II – La préférence pour un juste rôle du consentement.....	196
 Chapitre II – L’admission du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats .....	 200
Section I – La consécration du pouvoir de disposer du corps par contrats .....	204
§ I – La progression de l’autonomie corporelle en milieu médicalisé .....	206

A. La sacralisation de l'autonomie pour soi.....	207
B. L'accueil de l'autonomie pour autrui .....	213
§ II – Le développement de l'autonomie corporelle hors contexte médical .	216
A. La maîtrise de l'aspect extérieur du corps.....	216
B. La libre disposition des fruits du corps .....	218
Section II – Le pouvoir d'administrer la vie privée par contrats .....	221
§ I – La gestion contractuelle de l'intimité.....	223
A. Le choix du domicile par contrat.....	223
B. La contraignabilité de la liberté religieuse .....	226
§ II – L'exploitation contractuelle de l'extimité .....	228
A. La marchandisation du nom.....	229
B. La commercialisation de l'image .....	231
C. Le contrat de vanité.....	235
 Titre II – Les limites du pouvoir sur les droits fondamentaux dans les contrats .....	240
 Chapitre I – Le respect de la dignité de la personne humaine dans les contrats...	243
Section I – La protection contre les atteintes à la dignité des contractants.....	246
§ I – Une protection discrète mais certaine en France .....	246
A. Un substrat du droit sanitaire.....	247
B. Un fondement du droit social .....	248
§ II –L'existence d'un droit à la dignité au Québec .....	250
Section II – La sauvegarde de la dignité des contractants .....	254
§ I – L'impératif de sauvegarde de la dignité en France .....	254
§ II – L'objectif de sauvegarde de la dignité au Québec.....	258
 Chapitre II - L'exigence de légitimité de la contractualisation des droits fondamentaux .....	263
Section I – L'émergence du contrôle de proportionnalité en France.....	266
§ I – L'acceptation du contrôle de proportionnalité.....	267
A. Un contrôle suggéré .....	268
B. Un contrôle impossible ? .....	270
§ II – La méthodologie incertaine du contrôle de proportionnalité.....	272
A. Le contrôle de la justification.....	273
B. Le contrôle de l'équilibre .....	276
Section II – La progression du contrôle de raisonabilité au Québec.....	278
§ I – La mise en œuvre du contrôle de raisonabilité en droit public .....	279
A. Le test de raisonabilité de la Charte canadienne .....	280
B. Le test de raisonabilité de la Charte québécoise.....	284
§ II – La transposition du contrôle de raisonabilité en droit privé .....	285
A. Une exigence de raisonabilité nuancée en droit privé .....	285
B. La mise en œuvre contextualisée de l'exigence de raisonabilité en droit privé .....	287
1. L'analyse contextuelle de la volonté.....	288
2. L'analyse contextuelle des intérêts en présence .....	293

§ III – L’obligation d’accommodement raisonnable.....	296
A. L’inscription sociale des droits fondamentaux.....	298
B. L’atténuation de la rigueur d’un acte collectif .....	299
CONCLUSION GÉNÉRALE .....	309
TABLE DE JURISPRUDENCE .....	315
BIBLIOGRAPHIE.....	327
INDEX.....	389
TABLE DES MATIÈRES .....	395



