



# Les principes directeurs du droit des contrats : De la liberté contractuelle.

publié le 12/02/2017, vu 43425 fois, Auteur : [Maître ESSIE DE KELLE](#)

**Le nouveau droit des contrats issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations gravite autour d'un certain nombre de principes dits directeurs. Au frontispice de ceux-ci se trouve être inscrit à l'article 1102 de la dite réforme le principe de la liberté contractuelle. Suivant cet article « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer**

Le nouveau droit des contrats issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations gravite autour d'un certain nombre de principes dits directeurs. Au frontispice de ceux-ci se trouve être inscrit à l'article 1102 de la dite réforme le principe de la liberté contractuelle. Suivant cet article « *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.*

*La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.»*

Principe à valeur contractuelle incontestable<sup>[1]</sup>, ce principe « *n'était pour lors expressément consacrée nulle part dans le code civil* » suivant les termes de Nicolas Dissaux et Christophe Jamin <sup>[2]</sup>.

## I- les manifestations du principe

Le principe de la liberté contractuelle se manifeste à travers ses quatre composantes telles qu'énumérées à l'alinéa 1 de l'article 1102. Il s'agit de :

### 1. La liberté de contracter ou de ne pas contracter.

C'est la première manifestation de ce principe et celle-ci se représente à la fois sous un aspect positif (liberté de contracter) et négatif (la liberté de ne pas contracter). C'est ici que l'on peut facilement établir un parallèle avec la liberté d'association. Suivant la formule de la cour de cassation « *nul n'est tenu d'adhérer à une association, y ayant adhéré, d'en demeurer membre* » <sup>[3]</sup>. Cet aspect négatif se trouve également en matière de rupture des négociations car, au nom du principe de la liberté contractuelle, le fait de ne pas poursuivre les négociations ne constitue pas une faute en soi.

A cette liberté de contracter ou de ne pas contracter s'ajoute celle de choisir son cocontractant.

### 2. La liberté de choisir son cocontractant

Chaque contractant est libre de choisir la personne avec laquelle il s'engage ou entend s'engager. En ce sens, la jurisprudence affirme qu'il appartient à un concédant le droit de traiter avec le

cocontractant de son choix, sans être tenu de motiver, ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé[4]. Dans le même ordre d'idée le contrat d'association étant un contrat de droit privé soumis, sauf restrictions légales ou statutaires au principe de la liberté contractuelle, le libre choix des ses adhérents doit être reconnu à une association[5].

### 3. La liberté de déterminer le contenu et de la forme du contrat.

Ici, les contractants sont libres d'arrêter ou de déterminer le contenu de leur contractant. Cela se justifie par le fait que les contractants sont libres d'appréhender la teneur de leurs obligations au moyen par exemple des clauses qu'ils stipulent eux-mêmes dans le contrat ou du choix de la forme de contrat existant voire en créant de nouvelles formes contractuelles (contrats innomés) comme le souligne Gaël Chantepie.

Pour ce qui est de la détermination de la forme du contrat, celle-ci n'appelle en réalité aucun commentaire particulier. La liberté de contractuelle implique l'absence de formalisme. L'article 1172 du nouveau code civil dispose en son alinéa 1 « *les contrats sont par principe consensuels* ». Ce qui fait traditionnellement que l'exigence d'un écrit au titre de la preuve n'ait en principe aucune conséquence sur la validité du contrat. L'écrit étant très souvent utilisé à titre probatoire.

## II- Les limites du principe de la liberté contractuelle.

Le principe de la liberté contractuelle est limité par la loi (a) et l'ordre public (b).

### A- a-La loi

Suivant l'article 1102, alinéa 1, la liberté contractuelle ne vaut que « *dans les limites fixées par la loi* ». les cas de ces restrictions légales sont ainsi nombreux : on n'a pas toujours la liberté de contracter du fait que certains contrats sont interdits ; parfois on a pas le choix de s'engager ou pas [6] voire le choix de son partenaire (dans le contrat de crédit bail on est obligé d'aller vers un établissement de crédit) ; la détermination du contenu est quant à elle limitée en matière des baux d'habitation où la loi fixe le plafonnement du montant des loyers[7]. Pour la forme enfin, certains contrats (le contrat de cautionnement) obligent de respecter certaines mentions obligatoires ou certaines formes à titre de validité.

Quid de l'ordre public ?

### B b-L'ordre public.

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1102 : « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». Ainsi présenté, cet article réalise un double abandon :

D'abord il n'est fait aucune référence aux « *bonnes mœurs* » de l'article 6 du code civil. Lequel article dispose qu' « *on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Mais où sont passées les bonnes mœurs ? Certains auteurs considèrent que la référence à l'ordre public suffit à les englober[8] et puis, l'article 6 n'étant pas abrogé, rien n'empêcherait le juge d'utiliser cet article, ni même de considérer que les bonnes mœurs constitueraient une facette de l'ordre public.

Ensuite la référence aux « *droits et libertés* » de l'article 1102 du projet de l'ordonnance n'existe plus. Les seules formes de restrictions qui restent valables sont celles touchant « *l'ordre public* ».

Aussi il est important de rappeler que ce texte s'avère d'être d'un domaine plus élargi que l'article 6 du code civil. Car les contrats ne peuvent déroger aux « *règles* » et non aux seules « *lois* » qui

intéressent l'ordre public : C'est la reconnaissance sans doute de l'ordre public virtuel ou judiciaire, mise en œuvre par la jurisprudence. La seule crainte étant le pouvoir de contrôle de l'exercice de la liberté contractuelle au regard du critère de proportionnalité dont dispose le juge maintenant[9].

Demeurant à votre disposition pour toutes précisions.

ESSIE TRESOR WELCOME.

Etudiant chercheur à la faculté de droit de Brazzaville( UMNG).

[1] Cons. Const.13 juin 2013, n°2013-672 DC

[2] Nicolas Dissaux et Christophe Jamin in Projet de reforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, P.10

[3] Cass.,ass. Plén., 9 février 2001 : Bull.civ.n°3.,P.385

[4] Com.7avril.1998 :Bull.civ.IV, n°126

[5] Civ.1ere, 7avril 1987 :Bull.civ.I,n°119 ; R.,p.153 ; RTD com.1988.87,note Alfandari.

[6] L'assurance obligatoire d'un véhicule (C. ass. art.L.211-1).

[7] L.n°89-462 du 6juill.1989,art 17(red.L du 17 mars 2014).

[8] D. Fenouillet, la fin des bonnes mœurs et l'ordre public philanthropique in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à P.catala.litec, 2001, p.487

[9] Site Blog Dalloz reforme du droit des obligations-article « la liberté contractuelle : Back to basics », Gaël Chantepie.