

Résumé

« *Le contrat n'est obligatoire que s'il est juste* »¹ : cette formule décrit toute la philosophie bordant les clauses abusives. Le principe de force obligatoire, consacré en France par l'article 1134 du Code civil et appliqué depuis toujours aux Etats-Unis, est à l'heure actuelle remis en cause, et ce dans l'intérêt de protéger des parties jugées faibles.

La lutte contre les déséquilibres significatifs au sein des contrats a connu une évolution similaire en France et aux Etats Unis : amorcé par le droit spécial, le Code de la consommation dans le premier, le Code de commerce uniforme dans le deuxième, l'*unconscionability* est aujourd'hui un principe de droit commun, alors que les clauses abusives s'apprêtent à faire à leur tour leur entrée dans le Code civil, sans que leur régime futur ne soit vraiment déterminé. L'étude de l'*unconscionability* permet alors d'appréhender le nouveau régime qui sera le sien : ne seront plus concernés que les consommateurs (ou non professionnels) et les professionnels, ce qui modifie évidemment la perception des rapports contractuels en plaçant, au coeur du rapport, l'équilibre entre les prestations.

La France et les Etats-Unis ont ainsi cherché à sanctionner les contrats porteurs d'injustice entre des contractants. Ces deux droits se sont donc retrouvés face à un même problème : comment définir exactement une notion morale et subjective comme l'injustice ? La réponse à cette question révèle la distinction de deux modèles : les Etats-Unis ont favorisé un contrôle judiciaire large, laissant une grande liberté aux juges pour déterminer si une clause ou un contrat est *unconscionable*, mais cela au détriment d'une certaine prévisibilité et cohérence. Le droit français a, quant à lui, d'abord règlementé le contenu des contrats *a priori* en prévoyant un critère, celui du déséquilibre significatif, sans en donner de définition précise, pour ensuite instaurer un contrôle judiciaire restreint.

L'adage du « *judge made law* » s'illustre alors par l'étude de l'*unconscionability*. Mais, l'étude de mécanismes alternatives qui ont pu servir à protéger des parties plus faibles révèle encore plus la force du juge : des principes de droit commun, comme la cause (et la consideration) et la bonne foi, ont, de la même manière que les clauses abusives, conduit à assurer une certaine justice contractuelle, et ont même influencé la construction du régime des clauses abusives et de l'*unconscionability*.

¹ Ghestin, Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat : formation, 3^e ed., 1993, LGDJ, n°251