

HARVARD LAW SCHOOL

UNIVERSITÉ PANTHEON-ASSAS - INSTITUT DE DROIT COMPARÉ



UNIVERSITÉ **PARIS II**
PANTHÉON-ASSAS

**LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF EN DROITS AMERICAIN
ET FRANÇAIS DES CONTRATS**

THOMAS MLICZAK

Sous la direction de Hervé Lecuyer

Master 2 Droit européen comparé

Dirigé par Louis Vogel

2015 - 2016

*Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et
n'engagent pas l'Université Paris II Panthéon Assas*

*Je remercie tout d'abord mon Directeur de mémoire, Monsieur Hervé
Lecuyer, pour sa disponibilité et ses conseils, ainsi que mon Directeur de Master,
Monsieur Louis Vogel.*

*A mes camarades de classe, dont le soutien et la bonne humeur ont été un
véritable plus dans le processus de réalisation de ces travaux.*

SOMMAIRE

Résumé	5
Abréviations	6
Introduction	7
Partie 1 : L'appréciation du déséquilibre en droits français et américain	18
Titre 1 : Le déséquilibre significatif : une notion indéterminée.....	18
I) Une appréciation similaire du standard de déséquilibre significatif.....	18
<i>a) Des critères similaires du « bargaining power of the parties » et de « déséquilibre significatif »</i>	<i>18</i>
<i>b) Une assimilation du déséquilibre à la notion de standard</i>	<i>23</i>
II) Une controverse sur l'étendue du déséquilibre significatif	27
<i>a) Le déséquilibre significatif et l'unconscionability : un contrôle large du contrat</i>	<i>27</i>
<i>b) L'unconscionability : un contrôle quasi illimité</i>	<i>32</i>
Titre 2 : L'existence d'un rapport de force entre plusieurs parties	37
I) Une analyse semblable des « parties faibles » et « fortes » en droits américain et français	37
<i>a) La partie « faible », un consommateur ?</i>	<i>37</i>
<i>b) La partie « forte », un professionnel ?</i>	<i>42</i>
II) Une caractérisation différenciée du rapport de force entre les parties	45
<i>a) L'appréciation circonstanciée du rapport de force en droit américain</i>	<i>45</i>
<i>b) L'encadrement législatif de la qualification du rapport de force en droit français ..</i>	<i>48</i>
<i>c) Vers un alignement du déséquilibre significatif sur le régime de l'unconscionability par son entrée dans le droit commun</i>	<i>50</i>

Partie 2 : La prohibition du déséquilibre significatif : un outil de protection de la partie faible en droits français et américain54

Titre 1 : Une appréciation guidée du déséquilibre significatif54

I) Le juge, orienté dans son action par le droit commun54

a) *Aux Etats Unis, l'interprétation de l'Uniform Commercial Code en droit commun* .54

b) *En France, du Code de la consommation au Code civil*.....58

II) Le rôle primordial du juge dans la protection de la partie faible62

a) *La théorie de l'unconscionability comme reflet de l'importance du juge en droit américain*.....63

b) *Les droits européens et français comme cadre au pouvoir du juge français*66

Titre 2 : L'existence de mécanismes alternatifs de protection de la partie faible71

I) La cause et la *consideration* comme conditions de formation du contrat71

a) *La cause, justifiant le contrôle des contreparties réciproques*71

b) *La consideration, un instrument de justice contractuelle*75

II) La bonne foi, sanction d'un abus comportemental des parties78

a) *Une exigence de proportionnalité des contreparties dans un contrat*78

b) *Une moralisation générale des comportements contractuels par la bonne foi*82

Conclusion.....86

Bibliographie.....90

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 réglementé 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

Abréviations

C. : Code

Cass : Cour de Cassation

CJUE : Cour de justice de l'Union Européenne

CJCE : Cour de justice des Communautés Européennes

Civ : Code civil

Code civil réformé : Réforme du code civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations entrant en vigueur le 1^{er} octobre 2016

Com. : Chambre Commerciale de Cour de Cassation

Cons. Const : Conseil Constitutionnel

Consom : Code de la consommation

D. : Dalloz

Dist. : District

Ed. : Edition

Inc. : Société

P. : Page

Req. : Chambre des requêtes

V. : Versus

Introduction

« *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit* »².

Il semble que la remise en cause récente des principes d'autonomie de la volonté et d'intangibilité des contrats, pourtant chers aux rédacteurs du Code civil, se dessine à la citation de Henri Lacordaire : moins de liberté pour d'avantage de contrôle, au bénéfice de la partie faible.

Le contrat, convention ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété³, est le fruit de la volonté des parties et oblige ces derniers, qui sont tenus par un lien de droit aussi fort que celui qui pourrait découler de la loi.

Le juge est lui aussi tenu par les dispositions contractuelles de la même manière qu'il est tenu par la loi, et ne peut qu'interpréter ces termes lorsqu'ils ne sont pas clairs et précis.

Emmanuel Gounot l'expliquait en ces termes : « *La seule tâche du droit est d'assurer l'égalité des libertés en présence ; tout contrat libre est un contrat juste quel que soit le contenu* »⁴.

L'article 1134 du Code Civil précise ainsi que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Cet article reflète la force du principe de la force obligatoire du contrat, force obligatoire qui est le corolaire de la liberté contractuelle en droit français. La liberté contractuelle représente la liberté pour les parties de contracter ou de ne pas contracter, de conclure un contrat librement sans condition de forme et d'en fixer le contenu⁵ : le droit part du principe qu'un contrat est nécessairement juste puisque, librement négocié par les parties, il reposait sur un équilibre nécessairement recherché et consenti et, est pour cette raison considéré comme obligatoire.

De cet article découle ainsi l'obligation des juridictions du fond de rechercher la volonté réelle des parties au jour de la conclusion du contrat, l'article 1156 du code civil précisant

² Henri Lacordaire, 52e conférence de Notre-Dame, 1872

³ Vocabulaire Juridique, Gérard Cornu, 2016

⁴ V. E. Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Étude critique de l'individualisme juridique th. Dijon, 1912

⁵ Liberté contractuelle, volonté contractuelle, Rodolphe Sacco, Revue internationale de droit comparé, 2007, volume 59 numéro 4, page 743-760

qu' « *on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ».

Si les sanctions en cas d'inexécution ne sont pas les mêmes, le droit américain s'attache aux mêmes principes de liberté contractuelle et d'intangibilité du contrat. Le juge américain Learned Hand précise ainsi dans la décision *Hotchkiss v. National City Bank of New York* qu' « *un contrat n'a, à proprement parler, rien à voir avec une intention personnelle ou individuelle des parties. Un contrat est une obligation à laquelle il est attaché par la force légale certains actes des parties* »⁶.

Néanmoins, ces deux principes ne sont en réalité pas considérés comme absolus, tant en droit français qu'en droit américain. Dans la lecture moderne qui en est faite par le législateur et les juges, la force obligatoire du contrat fait l'objet d'accommodements et de nuances. Ce principe doit en effet être subordonné à des impératifs supérieurs, à savoir des impératifs de justice et de moralité. L'idée générale de cette nouvelle conception du droit des contrats se résume alors par ces mots : « *le contrat n'est obligatoire que s'il est juste* »⁷.

L'impératif de protection de la partie faible en est l'exemple parfait. La croissance économique, le commerce de masse et le développement de grands groupes industriels ont en effet conduit à la création d'un contrat particulier, le contrat d'adhésion.

Cette forme contractuelle a atteint une telle importance que l'article 1108 de l'ordonnance du 10 février 2016, réformant le Code civil et entrant en vigueur le 1^{er} octobre 2016⁸, reconnaît pour la première fois la distinction entre contrat d'adhésion et contrat de gré à gré et définit le premier comme suit : « *celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties* ».

Sailleilles analyse également les contrats d'adhésion comme ceux : « *... dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par*

⁶ *Hotchkiss v. National City Bank of N.Y.*, 200 F. 287, 293 (S.D.N.Y. 1911) : « *A contract has, strictly speaking, nothing to do with the personal, or individual, intent of the parties. A contract is an obligation attached by the mere force of law to certain acts of the parties, usually words, which ordinarily accompany and represent a know intent.* »

⁷ Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat : formation*, 3^e ed., 1993, LGDJ, n°251

⁸ Article 1108 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

avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudraient accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà sur soi même »⁹.

Il apparaît clairement, au vu de cette définition, qu'il existe au sein de ce type de contrat « un déséquilibre significatif » entre les parties qui le concluent : les stipulations contractuelles ne reflètent, dans leur substance, que la volonté d'une seule partie. Comment celui qui tient la plume, en sachant qu'il ne sera pas contredit par son cocontractant, ne serait-il pas naturellement conduit à avantager sa condition dans le contrat, et non celle de l'autre partie¹⁰ ?

Ces contrats n'offrent rien de machiavélique en eux mêmes, et sont même indispensables au bon fonctionnement de la vie économique. Mais, il apparaît que des contractants, ayant une supériorité économique évidente face à l'autre partie, en profitent pour imposer des conditions qui sont très avantageuses pour l'une, très déraisonnables pour l'autre.

Ces contrats entrent alors en contradiction totale avec la définition que nous avons retenue du contrat et de sa force obligatoire : le contrat, qui doit représenter la volonté des parties et constituer la loi de ces derniers, ne reflète en réalité que la volonté d'un seul.

A cette époque, il n'existait néanmoins pas de mécanismes qui permettaient de répondre à cette inégalité. Les juges, français comme américains, ont tenté de rééquilibrer ces contrats en se fondant aussi bien sur les conditions de validité des contrats¹¹ qu'en utilisant les principes généraux du droit civil, comme celui de la bonne foi¹² ou de l'interprétation en faveur de celui qui a contracté l'obligation¹³.

Face à une nécessité pratique de protéger des parties qui étaient dans une situation précaire, les juges de la Common Law ont, sans le savoir, développé une théorie, celle de l'*unconscionability*. Ce sont les Etats-Unis qui, parmi des différents pays de Common Law,

⁹ Saleilles, De la déclaration de volonté, 1901

¹⁰ Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, Thierry Revet, Recueil Dalloz 2015 p.1217

¹¹ Article 1131 du code civil : « *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».

¹² Article 1134 alinéa 3 du code civil : « *(les conventions) doivent être exécutées de bonne foi.* »

¹³ Article 1162 du code civil : « *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.* »

ont développé le plus ce principe d'*unconscionability* jusqu'à lui donner une place primordiale au sein du droit américain.

En 1962, la section 2.302 du Code de commerce uniforme (l'Uniform Commerce Code) consacre alors un principe, celui de l'*unconscionability*, en droit américain.

Ce code n'avait en principe aucun effet légal, il ne constituait qu'une tentative de rassemblement et d'harmonisation des différentes règles, légales comme jurisprudentielles, des différents Etats.

Néanmoins, le Code de Commerce Uniforme a été adopté par de nombreux états dès sa rédaction, et a reçu aujourd'hui l'approbation de tous les états américains.

La règle d'*unconscionability* est alors cristallisée en droit américain dans ces termes :

« (1) Si, en matière de droit, la cour trouve que le contrat ou que l'une des clauses du contrat était unconscionable au moment de sa formation, elle peut refuser d'ordonner l'exécution du contrat, ou ordonner son exécution sans la clause unconscionable, ou limiter l'application de la clause unconscionable de façon à éviter un résultat injuste.

(2) Quand il est prétendu ou qu'il apparaît à la cour que le contrat ou l'une de ses clauses pourrait être unconscionable, les parties doivent avoir la possibilité raisonnable de présenter leurs dépositions quant au contexte commercial, au but ou à l'effet (du contrat et de la clause) afin d'aider la cour à se prononcer »¹⁴.

L'*unconscionability* était en réalité un principe déjà appliqué par les juridictions américaines. C'est un vieux concept tiré de l'Equity, branche du droit anglais développée au Moyen Age, intervenue comme un correctif de la Common Law lorsque celle ci était déficiente. Elle était et est destinée à protéger les personnes dont le pouvoir contractuel est affaibli, principalement en raison de leur crédulité, de leur âge ou de leur pauvreté.

Ces personnes n'avaient alors pas la possibilité de négocier le contrat : une transaction *unconscionable* est en effet définie par les juges américains comme une transaction

¹⁴ § 2-302. Unconscionable contract or Clause :

« (1) If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.

(2) When it is claimed or appears to the court that the contractor any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination. »

« qu'aucun homme censé et dans son état normal ne proposerait d'un côté, et qu'aucun homme honnête et juste n'accepterait de l'autre »¹⁵.

L'arrêt *Williams v. Walker-Thomas Furniture* de 1965¹⁶, arrêt fondateur dans la définition de l'*unconscionability*, décrit les critères permettant de déterminer si une clause ou un contrat est *unconscionable* : « il a généralement été reconnu que l'*unconscionability* incluait une absence de choix significatif pour l'une des parties, combinée avec des termes qui sont déraisonnablement favorables à l'autre partie ».

Deux critères ont alors été dégagés de cet arrêt pour décrire l'application de cette règle : une absence de choix significatif et des termes déraisonnables.

Ces deux éléments ont également permis de dégager deux perspectives différentes qui bordent l'*unconscionability* : l'une prenant compte de la façon dont le contrat avait été formé, l'*unconscionability* procédurale, et l'autre prenant en considération les termes même du contrat, l'*unconscionability* substantielle¹⁷. Les tribunaux américains ont affirmé qu'aucune décision ne pouvait être annulée sur le seul fondement de l'*unconscionability* procédurale et que les deux facettes de l'*unconscionability* devaient être réunies¹⁸.

La doctrine américaine s'est alors servie des différentes réponses apportées par les tribunaux américains pour tenter de définir l'*unconscionability*. Par exemple, Skelly Wright l'a défini comme « une absence de choix significatif de la part de l'une des parties ainsi que les termes contractuels qui sont déraisonnablement favorables à l'autre partie [...] la possibilité d'un choix judiciaire est réduit à néant par une inégalité flagrante du pouvoir de négociation »¹⁹.

Même si le Code de commerce uniforme ne règlementait en principe que la vente de marchandises, la doctrine d'*unconscionability* a été intégrée dans différents domaines de droit, jusqu'à devenir un principe de droit commun aux Etats-Unis. En effet, le Code

¹⁵ *Ume vs United States*, 132 US 406 (1889)

¹⁶ *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965)

¹⁷ Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause*, 115 U. Pa. L. Rev. 485 (1967) : première auteur qui a interprété les critères de l'arrêt *Williams vs Walker Thomas Furniture* pour affirmer qu'il existait une distinction entre *unconscionability* procédurale et *unconscionability* substantielle

¹⁸ *Frostifresh Corp. v. Reynoso*, District Court, 274 N.Y.S.2d 757 (1966)

¹⁹ J. Skelly Wright Papers, 1962–1987, Box 77, Folder 1965 September term, Manuscript Division, Library of Congress

uniforme des crédits à la consommation²⁰ et la Loi uniforme sur les ventes de consommation²¹ la prévoient dans leur première partie, mais aussi le Restatement (Second) of contracts²², qui constitue un condensé de la Common law et des différentes lois telles qu'elles sont appliquées par les Cours dans les différentes branches du droit, avec un objectif de systématisation et d'unification du droit.

Néanmoins, la nécessité de protéger la partie faible n'est pas propre au droit américain, et Gérard Trudel l'explique parfaitement à propos du même problème au Québec : « *L'une de ces causes [des clauses abusives] dans notre province est le Code actuel où la liberté de contracter est affirmée sans autre restriction que l'intérêt public et les bonnes mœurs. Il est clair que le contrat totalement libre, faisant la loi des parties, permet les conventions les moins défendables* »²³.

Cette nécessité de protection peut intégrer dans le droit des contrats de différentes manières : soit les contrats sont contrôlés en tant que tels parce qu'ils sont générateurs d'abus de toute sorte que le droit doit traiter *a priori* (dans ce cas il faut un contrôle général permettant de sanctionner n'importe quel terme abusif), soit la législation identifie les problèmes principaux posés par les contrats d'adhésion en amont et met en place un contrôle plus restrictif sur ces clauses.

Cette différence de raisonnement distingue de cette manière les droits français et américain : les Etats-Unis ont tout d'abord favorisé un contrôle judiciaire important, laissant une grande liberté aux juges pour déterminer si une clause ou un contrat est *unconscionable*.

Le droit français a, quant à lui, d'abord réglementé le contenu des contrats, puis instauré un contrôle judiciaire.

Par conséquent, quelques années après le droit américain, le droit français a également tenté de lutter contre le développement des déséquilibres significatifs dans les

²⁰ Article 5.108 de l' Uniform Consumer Credit Code

²¹ Article 4 de l'Uniform Consumer Sales Practices Act

²² Article 208 du Restatement (second) of contracts

²³ G. Trudel, « Des frontières de la liberté contractuelle », in Mélanges Louis Baudouin, ss dir. A. Popovici, PU Montréal, 1974, p. 217 s., spéc. p. 219, à propos de la province de Québec au Canada

contrats : l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978²⁴ introduit en effet la notion de clause abusive en droit français.

Cette première loi reste néanmoins limitée : seules certaines clauses « *peuvent être interdites, limitées ou règlementées* », celles qui ont été définies dans un « *décret en Conseil d'Etat pris après avis de la commission* ».

En plus, le pouvoir du Conseil d'Etat pour désigner les clauses « abusives » était limité à certains types de clauses, celles qui touchaient par exemple « *au caractère déterminé ou déterminable du prix (...) à la charge des risques (...) lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif* ».

C'est à partir de cette même date qu'a été créée l'action des associations de consommateurs, maintenant codifiée à l'article L 421-6 du code de la consommateur, qui permet à ces derniers d' « *agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive précitée* ».

Cette loi a également créé une commission, la Commission des clauses abusives, qui a deux fonctions. La première est d'édicter des recommandations dans lesquelles elle suggère la modification ou la suppression de clauses abusives. La deuxième est consultative, celle de rendre des avis sur les projets de décrets qui, pris en application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, déterminent les clauses qui doivent être regardées comme interdites ou présumées abusives mais aussi un avis sur saisine d'une juridiction, et même si cet avis ne sera pas contraignant.

L'article 35 de cette loi sera par la suite codifié par la loi du 26 juillet 1993²⁵, à l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Deux critères sont mis en avant dans cet article pour déterminer « l'abus » d'une des parties dans une clause : l'abus de puissance économique et l'avantage excessif d'une partie au contrat par rapport à l'autre.

²⁴ Article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978

²⁵ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993

Mais, tout cela a changé sous l'influence communautaire : la directive communautaire du 5 avril 1993²⁶ met en place une harmonisation minimale dans chaque Etat membre de l'Union Européenne. L'article 3 paragraphe 1 pose alors une définition de la clause abusive : est abusive la clause qui « *crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat* ».

La loi du 1er février 1995²⁷ a ainsi transposé la directive européenne en France, et définit de la même façon dans son premier alinéa les clauses abusives comme celles « *qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

Les critères de l'ancien régime des clauses abusives ont disparu, pour laisser place à un critère unique : celui du déséquilibre significatif.

Aucune véritable définition de ce critère n'est donnée : l'article L 132-1 du code de la consommation ne définit que le champ d'application de l'article et les pouvoirs du juge dans l'interprétation du déséquilibre significatif.

Il est ainsi précisé que les clauses abusives ne peuvent porter « *ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ». L'article précise également que « *les clauses abusives sont réputées non écrites* ».

Même si aucune définition du déséquilibre significatif n'est donné par le texte, « *un décret en Conseil d'Etat (...) détermine une liste de clauses présumées abusives* » et une liste de clauses qui « *doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa.* »

Ce décret est intervenu le 18 mars 2009 et est codifié aux articles R 132-1 et R 132-2 du Code de la consommation.

Le premier article dresse une liste de 12 clauses qui sont irréfragablement réputées abusives, le consommateur n'ayant qu'à démontrer l'existence de cette clause pour que le juge la répute non écrite. Le deuxième établit une liste de 10 clauses qui seront présumées abusives, sauf si le professionnel apporte la preuve contraire.

²⁶ Directive communautaire n° 93/13 du 5 avril 1993

²⁷ Loi n° 95-96 du 1er février 1995 codifiée à l'article L 132-1 du Code de la consommation

Par ailleurs, cette lutte contre les clauses abusives ne s'est pas limitée qu'au droit de la consommation, mais a également intégré le droit de la concurrence, avec l'introduction de l'article L. 442-6, I, 2° dans le Code de commerce par la loi du 4 août 2008²⁸. De cette façon : *« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...) De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; »*

De façon encore plus importante, le concept de clauses abusives se prépare à faire son entrée dans le droit commun des contrats. L'article 1171 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, qui réforme le Code civil français et entrant en vigueur le 1^{er} octobre 2016, disposera que : *« Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »*²⁹

La vision française reste ainsi aujourd'hui une vision consumériste, jusqu'à son entrée en droit commun des contrats : la protection contre les clauses abusives ne bénéficie *« qu'aux consommateurs et non professionnels »*. Le législateur a considéré que la qualité de consommateur ou de non professionnel était la seule à même de déterminer la faiblesse d'une partie, à la différence du droit américain, qui présente une vision beaucoup plus pragmatique de la partie faible. Karl Llewellyn, qui est à l'origine du Code de commerce uniforme, a délibérément utilisé un style ouvert qui laisse un large pouvoir d'appréciation au juge. A chaque situation correspond, selon lui, une sorte de justice immanente que le juge doit faire ressortir après un examen attentif des pratiques, des usages, des faits et des personnes concernées.

Il apparaît de plus au vu des commentaires de la section 2.302 qu'on laisse une grande marge d'action aux cours, qui savent qu'elles peuvent se prononcer sur son fondement, mais qui ne savent pas exactement comment : *« ... cet article a pour objectif d'autoriser les*

²⁸ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

²⁹ Article 1171 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

cours à se prononcer directement sur l'unconscionability d'un contrat ou de l'une de ses clauses et d'en tirer les conclusions de droit... »³⁰.

C'est pour toutes ces raisons que Karl Llewellyn n'a pas voulu définir l'*unconscionability* dans ce code.

Cette volonté de conserver un style ouvert pour que le juge puisse décider de l'abus selon son for intérieur pourrait être comparé à la rédaction de l'article L 132-1 du Code de la consommation, qui précise que le critère de détermination de l'abus d'une clause est « le déséquilibre significatif », sans donner d'informations précises sur ce critère. Cette notion a fait tellement débat qu'elle a été l'objet d'une Question prioritaire de constitutionnalité le 13 janvier 2011, à propos de l'article L 442-6 du Code de commerce, mais le Conseil Constitutionnel a estimé que ce critère était « *défini dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire* »³¹.

Ces deux règles ont donc révolutionné la conception traditionnelle du droit des contrats, français comme américain. Ainsi, même si aucune définition n'a été avancée, tant du déséquilibre significatif que de l'*unconscionability* et de ses composantes, il serait intéressant de comprendre de quelles manières sont utilisés ces deux critères pour protéger les parties jugées faibles. Encore mieux, l'entrée de la prohibition des clauses abusives dans le Code civil français permet de s'interroger sur un rapprochement encore plus marqué de l'*unconscionability* et de la lutte contre le déséquilibre significatif en droit français.

Le droit comparé sert dans ce cas à « *dépasser les limites et les servitudes de sa propre technique, à confronter la valeur de ses règles traditionnelles à des normes différentes, à percevoir comme une réalité nécessaire l'existence d'autres ordres juridiques* »³². En effet, au travers de la volonté commune d'assurer une protection de la partie faible dans les contrats, il sera démontré au cours des développements postérieurs que la conceptualisation des moyens juridiques pour faire face à ce même impératif de protection est profondément différente et révèle la singularité de chaque modèle, et ce par une comparaison conceptuelle et fonctionnelle des deux systèmes juridiques.

³⁰ Commentaires de : § 2-302. Unconscionable contract or Clause

³¹ Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011

³² Marc ANCEL, Le droit comparé instrument de compréhension et de coopération internationale, in Etudes offertes à Alfred Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p.11.

L'élément le plus déterminant de la lutte contre les clauses abusives est de percevoir les conditions d'application qui ont été mises en place par la France et les États Unis, à savoir les concepts d'*unconscionability* et le déséquilibre significatif, permettant de déterminer si une clause ou un contrat est abusif (Partie I). Après avoir analysé ce que recouvraient les critères du déséquilibre significatif et de l'*unconscionability*, l'étude du mécanisme de prohibition des clauses abusives en lui-même permettra d'envisager comment les Cours utilisent ces critères pour protéger les parties jugées faibles (Partie II).

Partie 1 : L'appréciation du déséquilibre en droits français et américain

Aucune définition n'a été donnée, ni du déséquilibre significatif ni de l'*unconscionability* : pour les comprendre, il faut donc étudier les différents éléments qui pourraient constituer leur définition (Titre I) et leur champ d'application personnel (Titre II).

Titre 1 : Le déséquilibre significatif : une notion indéterminée

Les notions de déséquilibre significatif et l'*unconscionability* permettent toutes deux de protéger la partie faible, en ayant d'une part un emploi similaire de déséquilibre significatif (I), critère qui est d'autre part assimilé au concept de standard (II).

I) Une appréciation similaire du standard de déséquilibre significatif

Avec l'apparition des régimes des clauses abusives et de l'*unconscionability*, des critères proches de « *bargaining power of the parties* » et de déséquilibre significatif ont été prévus pour qualifier une clause d'abusives (a), ces critères étant tous deux assimilés au concept de standard (b).

a) Des critères similaires du « *bargaining power of the parties* » et de « déséquilibre significatif »

La section 2.302 du Code de commerce Uniforme a, en 1962, aménagé certains critères pour déterminer si une clause ou un contrat était *unconscionable*, mais sans donner de définition précise pour se faire.

Selon Karl Llewellyn, à l'origine de ce code, le droit doit servir la société et, il doit constamment être réexaminé afin de s'assurer qu'il corresponde à la société qu'il prétend servir. Il se sert pour cela de la notion de « *situation sense* », qui correspond à la logique tirée des faits et au bon sens du juge appliqué à chaque situation.

Ce concept d'*unconscionability* existait déjà en Equity, mais aucune théorie générale n'émergeait : certaines cours refusaient seulement de rendre exécutoire des contrats jugés très injustes pour l'une des parties, et ce notamment à cause de leur faible pouvoir de négociation par rapport à leur cocontractant (le « *bargaining power of the parties* »).

On retrouve ainsi des preuves de l'existence de l'*unconscionability* dès le 15^{ème} siècle : certains auteurs affirment ainsi que l'arrêt *James vs Morgan*³³, de 1663, est le plus vieil exemple d'*unconscionability*. Dans cet arrêt, les cours ont refusé de rendre exécutoire un contrat dans lequel « *le prix d'achat d'un cheval était calculé sur la base de 2% pour le premier clou dans le fer à cheval, doublé ensuite pour chacun des 31 autres clous* »³⁴.

La doctrine de l'*unconscionability* répond de ce fait parfaitement à la fonction de l'Equity, qui était un droit pragmatique destiné à compenser les lacunes de la Common Law. Elle est également en conformité totale avec le rôle dévolu aux juges dans la Common law : le système américain donne une place primordiale au juge pour appliquer le droit, et même pour le créer.

Les rédacteurs ont en effet choisi de ne pas donner de définition de l'*unconscionability* et de ne pas prévoir ou indiquer par avance ce qui devait être sanctionné et de quelle façon : ce qui est important est le résultat que l'article permet d'atteindre plus que l'article lui-même.

Ce qui est certain, c'est que l'injustice que caractérise l'*unconscionability* touche essentiellement à la différence de pouvoirs de négociation des parties, même s'il est arrivé que la jurisprudence américaine aménage ce critère. Les commentaires accompagnant la section 2.302 guident les juges et les invitent en effet à s'intéresser à la « position relative des parties au cours des négociations »³⁵. C'est en raison de cette différence de pouvoirs contractuels que le contrat a été conclu et qu'une disposition ou que le contrat lui-même est déséquilibré, l'exemple de l'arrêt *James vs Morgan* l'illustrant parfaitement.

Néanmoins, la doctrine américaine a cherché à définir l'*unconscionability* et ses critères, pour essayer de comprendre, d'une part, une notion qui est née de la pratique, et

³³ *James v Morgan* (1663) 83 Eng Rep 323

³⁴ « *pay a barley corn a nail, doubling the price with each nail in the horse's shoes* ».

³⁵ Commentaires de la section 2.302 du Code de commerce uniforme : « (1) *The basic test is whether the clauses involved are so one-sided as to be unconscionable* »

d'autre part, pour assurer une certaine sécurité juridique à des justiciables qui voudraient se protéger contre une partie forte.

Ainsi, le Nolo legal Solutions, dictionnaire juridique, en donne une définition : « *un contrat est unconscionable lorsqu'une partie prend l'avantage sur l'autre à cause de pouvoirs de négociation inégaux.*

Cela peut-être lié à un traumatisme récent, une infirmité physique, de l'ignorance, l'incapacité de lire, ou l'incapacité de la partie lésée de comprendre la langue.

Un contrat sera résilié si l'injustice est si grave qu'elle est choquante pour la personne moyenne³⁶. »

La complexité à définir ce concept ressort une nouvelle fois de cette explication : il est affirmé que l'*unconscionability* apparaît lorsqu' « *une partie prend l'avantage sur l'autre et que l'injustice est si grave qu'elle est choquante pour la personne moyenne* ». Tous ces termes peuvent laisser perplexe sur la sécurité juridique offerte aux justiciables pour déterminer à quoi renvoie cette notion face à un cas concret : la frontière entre une partie qui prendrait l'avantage sur l'autre, et celle qui ne le ferait pas semble assez fragile.

L'arrêt *Earl of Chesterfield v. Janssen* en est un exemple : « *(l'unconscionability) peut ressortir de la nature intrinsèque du contrat et sous réserve de la négociation elle-même : comme aucun homme sensé et non pas sous une certaine influence ferait d'une part, et comme aucun homme honnête et équitable accepterait de l'autre [...]* »³⁷.

C'est sans conteste pour cela que cette définition est complétée par certains éléments permettant de déterminer dans quel cas une partie prendrait l'avantage sur une autre (traumatisme récent, infirmité...).

Cette doctrine devient encore plus difficile à comprendre lorsqu'il est rappelé que le principe même de la négociation est de défendre au mieux ses intérêts, et cela encore plus dans les relations contractuelles. Arthur Allen LEFF affirme cette même idée et critique la section 2.302. En effet, l'alinéa 2 de cette section déclare que « *les parties doivent avoir une possibilité raisonnable de présenter des preuves quant à son contexte commercial, dans le but et l'effet d'aider le tribunal à rendre la décision* ». Cela lui paraît absurde et ne fournit pas d'aide au juge dans la détermination de l'*unconscionability*, car chaque homme d'affaires

³⁶ <http://www.nolo.com/dictionary/unconscionable-term.html> : Nolo legal Solutions, 2010

³⁷ *Earl of Chesterfield v. Janssen*, 2 Ves. Sen. 125, 155 (1750)

veut faire de l'argent et que c'est la raison pour laquelle toutes les clauses sont rédigées dans un contrat³⁸.

Ce dernier décrit alors l'*unconscionability* comme une règle abstraite qui, si elle doit exister, dépend de l'impératif qui conduit à la création de cette règle, qui impose au juge d'aller au delà du comportement objectif des parties mais de s'intéresser à leurs caractéristiques intrinsèques. Selon cet auteur, les règles concrètes sont meilleures parce qu'elles sont prévisibles et cohérentes. L'abstraction peut ainsi être justifiée dans ce cas parce que les abus qui sont sanctionnés impliquent souvent diverses « parties offensives » que sont les parties fortes. L'*unconscionability* devrait donc être utilisé pour cibler de telles situations et ne pas être utilisé dans les cas qui sont mieux traités par la législation ou d'autres règles plus concrètes. Cette critique vient encore une fois renforcer les arguments qui mettent en avant la difficulté de définir l'*unconscionability*.

L'étude de la linguistique du terme « *unconscionable* » permet par ailleurs d'affirmer qu'il est général et péjoratif, et est souvent rapproché des termes français « scandaleux » ou « déraisonnable »³⁹. Dans l'article 2.302 du Code de commerce uniforme, il est dit que l'objectif principal est la prévention de l'oppression et des surprises injustes.

L'oppression a été interprétée comme un facteur substantiel des contrats injustes *per se*, alors que la surprise injuste est devenue un symbole pour les facteurs procéduraux.

Néanmoins et une nouvelle fois, aucune définition précise ne ressort de cette étude.

Ce problème se retrouve de la même manière en droit français : le critère du déséquilibre significatif se rapproche d'un comportement moral, de mauvaise conduite, difficile à prévoir *à priori*.

L'article L 132-1 du Code de la consommation précise en effet que les clauses abusives sont celles qui « *ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au*

³⁸ Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause*, 115 U. Pa. L. Rev. 485 (1967)

³⁹ Black Law Dictionary, Tenth Edition, Bryan A. Garner, 2014 : définit par exemple l'*unconscionability* comme « l'extreme unfairness » (« injustice extrême »)

contrat ». Dans tout le Code de la consommation, aucune définition n'est donnée du déséquilibre significatif ou d'éléments précis permettant de l'appréhender.

Le « déséquilibre » est défini dans le Dictionnaire Larousse comme « *l'absence d'équilibre ou perte de l'équilibre, d'une position stable* » ou « *le manque de proportions, d'harmonie, de concordance* »⁴⁰.

La difficulté de définition paraît évidente en l'espèce : sont employés des termes tels que l'équilibre, la stabilité ou la proportion. Comment caractériser de façon objective une stabilité, ou un équilibre, d'autant plus que le critère n'est pas le déséquilibre, mais le déséquilibre significatif.

Significatif est défini dans ce même dictionnaire comme ce « *qui exprime quelque chose nettement, sans ambiguïté* »⁴¹. A quel moment un manque de proportion devient significatif ?

L'obligation de démontrer un déséquilibre qui soit significatif paraît néanmoins compréhensible : de l'importance du principe de l'autonomie des volontés découle le fait que le juge français ne peut en principe intervenir pour rééquilibrer un contrat. Seule la lésion qualifiée, en principe, n'intervient dans l'équilibre du contrat que dans des cas spécifiques, et reste considérée comme un vice du consentement : le législateur se fonde sur l'idée qu'un contrat très déséquilibré ne peut avoir été réellement voulu⁴². C'est pour ces raisons que le déséquilibre doit être « *permanent, manifeste et incontestable* »⁴³.

Une autre difficulté vient encore s'ajouter : l'équilibre qui doit être mesuré est celui « des droits et des obligations », des notions qui sont une nouvelle fois difficilement perceptibles.

L'affirmation contraire du Conseil constitutionnel a néanmoins surpris, pour qui la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations est claire et précise⁴⁴, même si certains auteurs ont affirmé que cette décision était dictée par une volonté de politique juridique de ne pas remettre en cause un principe déjà ancré en droit français⁴⁵.

⁴⁰ <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/déséquilibre/24382>

⁴¹ http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/significatif_significative/72708

⁴² Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles, Elise Charpentier, 2004.

⁴³ Les contrats à l'épreuve du déséquilibre significatif – Emilie Gicquiaud – RTD com. 2014 p 267

⁴⁴ Cons. const. 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC

⁴⁵ Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel – Yves Picod – D. 2011. 415

b) Une assimilation du déséquilibre à la notion de standard

C'est au vu de cette difficulté que l'*unconscionability* et le déséquilibre significatif ont tous deux été qualifiés de standard plus que de règle de droit⁴⁶.

Un standard est une norme souple, fondée sur un critère intentionnellement indéterminé. Cette technique convient aux situations pour lesquelles il est malaisé de formuler une règle *a priori* afin d'encadrer les comportements que doivent avoir les personnes visées⁴⁷.

Chaïm Perelman écrit qu'il s'agit de « *critères fondés sur ce qui paraît normal et acceptable dans la société au moment où les faits doivent être appréciés* ».

L'*unconscionability* répond alors à la définition du standard : l'*unconscionability* se rapproche de l'injustice, terme trop subjectif pour être défini *a priori*. C'est une situation qui n'est et ne doit pas être considérée comme normale par la société, et dans laquelle le juge doit de ce fait intervenir, ce juge étant supposé reconnaître l'*unconscionability* lorsqu'il la voit⁴⁸.

C'est donc parce que l'*unconscionability* est un standard qu'il est impossible d'en donner une définition précise : le sens d'un standard n'a pas un sens fixe. Ellinghaus explique qu'il est en effet impossible à atteindre, c'est un sens dynamique qui est toujours en évolution avec le contexte du monde réel⁴⁹.

Cette comparaison répondrait alors à la critique faite par Arthur Allen Leff sur le fait que cette notion est abstraite : elle répond à des impératifs trop subjectifs mais aussi trop important, l'injustice, pour venir lui donner une définition précise *a priori*.

Selon Corbin, la règle qui justifie la décision du juge, l'*unconscionability*, est le résultat d'un raisonnement inductif, qui va du particulier au général, et qui ne peut jamais être une généralisation « éternelle et immuable », elle doit être corrigée ou remplacée par d'autres généralisations au fur et à mesure que surgissent de nouvelles situations⁵⁰.

⁴⁶ Duncan Kenedy, Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 Harvard. law. Review, 1685 (1976)

⁴⁷ Standards juridiques et unification du droit par André TUNC, 1970

⁴⁸ Unconscionability as a contract policing device for the elder client : How useful is it ?, Robyn L. Meadows, 2015

⁴⁹ Ellinghaus, In Defense of Unconscionability, 78 YALE L.J. 759

⁵⁰ A. Corbin, A Tribute to Karl LLEWELYN, 71 Yale L.J., 805 (1962) page 811 et 812

Pour conforter ce raisonnement, la comparaison entre l'usage extensif fait aux standards souples comme la « bonne foi », « l'honnêteté », « le caractère raisonnable » et « *l'unconscionability* » est souvent réalisée, tous caractérisant des comportements moraux et, lorsqu'ils sont prévus dans des textes comme critère de ces règles, offrent un large pouvoir discrétionnaire aux juges.

La bonne foi, à la différence de *l'unconscionability*, est défini dans le code : « *la bonne foi (...) signifie honnêteté de fait dans la conduite ou la transaction concernée* »⁵¹. Mais, même la définition de ce terme ne permet pas de prévoir tous les comportements qui seront considérés comme de mauvaise foi.

R. Danzing illustre parfaitement tout ce raisonnement : « *cette dérogation à la fonction législative repose sur la triple affirmation qu'il existe une solution idéale et évidente pour chaque problème, que celle ci peut être découverte par un examen attentif de l'espèce et que, une fois révélée, elle sera largement acceptée ... L'article 2 est un document dont le résultat n'est pas d'établir le droit mais de forcer les cours à la rechercher tel qu'il existe dans la vie.* »⁵².

La CJUE est venue préciser de la même manière que « *la notion de « déséquilibre significatif » au détriment du consommateur doit être appréciée à travers une analyse des règles nationales applicables en l'absence d'accord entre les parties, afin d'évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur* »⁵³.

C'est à partir de cette citation que de nombreux auteurs ont démontré que le déséquilibre significatif était un modèle de conduite qui s'appréciait par comparaison aux règles supplétives⁵⁴.

En effet, les règles supplétives sont censées pallier au silence des parties. Mais, ces règles supplétives sont aussi censées présenter un projet de comportement idéal : si les parties n'ont rien prévu, les règles qui viennent y suppléer doivent promouvoir la meilleure solution possible pour les parties.

⁵¹ § 1-201. (20) du Code de commerce uniforme : « *Good faith, except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing.* »

⁵² R. DANZING, A comment on the Jurisprudence for the Uniform Commercial Code, 27 Stanford Law Review (1975)

⁵³ CJUE 16 janv. 2014, Constructora Principado SA c/ José Ignacio Menéndez Álvarez, aff. C-226/12, D. 2014. Actu. 269

⁵⁴ RTD eur. 2012. Chron. 666, obs. Aubert de Vincelles

Ainsi, selon Cécile Peres-Dourdou, la règle supplétive, « *représent(e)nt les valeurs et les vues idéales de l'ordre juridique* »⁵⁵. Cette dernière démontre que le déséquilibre significatif renvoie à l'équilibre « normal » que devrait présenter un contrat.

Le critère du déséquilibre significatif découle en effet du mouvement que connaît la France de moralisation des comportements contractuels, avec une certaine généralisation de critères comme la bonne foi ou la loyauté en droit français, et subjectivise de ce fait l'appréciation des termes contractuels à travers le principe de loyauté des parties⁵⁶. La réforme actuelle du droit civil s'inscrit alors dans cette logique, marqué par un esprit de « justice contractuelle »⁵⁷.

Claire-Marie Peglion-Zika, dans sa thèse sur les clauses abusives, expose alors le lien existant entre les règles supplétives et l'équilibre normal du contrat : « *ainsi c'est à l'aune du droit supplétif, de ce que le consommateur est en droit d'attendre du contrat, c'est-à-dire les normes habituelles, que les clauses doivent être appréciées. Le critère du déséquilibre significatif posé par l'article L. 132-1 s'apprécie donc par rapport à l'équilibre supplétif établi par le législateur* »⁵⁸.

La tâche du juge est de « *préciser l'imprécisable déséquilibre significatif* »⁵⁹. Il apparaîtrait par conséquent que l'imprévisibilité de ces deux notions nuit à la sécurité juridique de la lutte contre les clauses abusives : n'existant pas de véritables critères objectifs pour déterminer si une clause (ou un contrat en droit américain) est abusive, comme il existe par exemple pour la lésion qualifiée⁶⁰, il est évidemment moins facile pour un justiciable de déterminer si l'abus existe ou non dans son cas.

Néanmoins, le concept de standard nuit à la sécurité juridique aussi bien qu'il la renforce : cette « imprévisibilité » permet une adaptation constante à l'évolution des clauses et des

⁵⁵ La règle supplétive, Tome 421, Cécile Perès-Dourdou, L.G.D.J, 2004

⁵⁶ Y. Picod, Rapport de synthèse, in colloque, La loyauté en droit de la concurrence et de la consommation, Paris, le 29 mars 2011, LPA 24 nov. 2011, n° 234, p.43.

⁵⁷ Fascicule 28, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JurisClasseur Commercial, LexisNexis, Daniel Mainguy, 15 mars 2016

⁵⁸ La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, par Claire-Marie PEGLION-ZIKA, 2013

⁵⁹ M. Béhar-Touchais, Le mythe de Sisyphe, revu et corrigé par le déséquilibre significatif, note ss Paris, 1er oct. 2014, n° 13/16336, RDC 2015. 67

⁶⁰ Article 1674 du code civil : « *si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.* »

contrats, et d'une jurisprudence qui peut toujours être remise en cause. L'évolution incessant des contrats et dispositions contractuelles, notamment grâce au principe de liberté contractuelle, pourrait en effet nuire à un régime des clauses abusives prévus *a priori*, l'exemple du Code civil réformé⁶¹ le démontrant avec l'apparition de nouveaux modèles de contrat comme les contrats de gré à gré ou d'adhésion, ou les contrats cadre ou d'application⁶².

Cet argument rapproche de façon certaine le critère de déséquilibre significatif de l'idéologie du droit anglo-américain : l'élément le plus déterminant qui différencie la Common law par rapport au modèle du droit civil est d'avoir un droit beaucoup plus souple et évolutif qui peut s'adapter, notamment par le fait qu'il soit considéré comme non écrit.

En plus, la critique d'imprévisibilité de ce concept peut être contredit par le travail plus que conséquent qui a été mené en amont dans les différents pays. En effet, le nombre plus qu'important de recommandations qui ont été faites par la Commission des clauses abusives sur des matières très diverses constitue une aide précieuse pour les justiciables⁶³. Aux Etats Unis, la densité des décisions qui ont été rendues sur l'*unconscionability* donne une idée de la nature d'une clause ou d'un contrat.

Dans ces deux pays, il existe aussi des exemples de clauses abusives qui sont déterminés en amont. L'article L 132-1 du Code de la consommation est accompagné de deux articles qui détaillent de nombreuses clauses qui sont irréfragablement abusives pour certaines, et présumés abusives pour d'autres. L'article 2.302 du Code de commerce uniforme est également accompagné de commentaires qui donnent des clefs au juge, et donc indirectement aux justiciables, pour savoir si une clause ou un contrat est abusif, notamment en donnant des exemples jurisprudentiels expliquant la manière par laquelle les juges ont déterminé l'abus⁶⁴.

⁶¹ Le terme Code civil réformé désigne le Code civil dans sa version issue 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

⁶² L'article 1110 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 crée pour la première fois dans le Code civil une distinction entre les contrats de gré à gré et d'adhésion. L'article 1111, de la même manière, distingue le contrat cadre et les contrats d'application.

⁶³ La plus récente : Recommandation 16-01 : contrats de déménagement, de garde-meubles et stockage en libre-service

⁶⁴ Uniform Commercial Code Comment to § 2.302. Unconscionable Contract or Clause : *Kansas City Wholesale Grocery Co. v. Weber Packing Corporation*, 3 Utah 414, 73 P.2d 1272 (1937), where a clause limiting time for complaints was held inapplicable to latent defects in a shipment of catsup which could be discovered only by microscopic analysis; *Hardy v. General Motors*

Il faut également rappeler que ces deux notions touchent à la moralité, au bon sens : une disposition contractuelle sera jugée abusive parce qu' « injuste » au regard des valeurs morales d'une société. C'est sur ce fondement que chaque justiciable, membre de cette société, pourra tenter de réfléchir sur le caractère abusif ou non d'une disposition. G. Plaisant affirmait effectivement que l'abus « *doit relever de l'évidence* »⁶⁵.

Ainsi, les droits français et américain sont très proches dans la vision qu'ils ont du critère similaire de déséquilibre, qui représente une forme de standard, un comportement moral et subjectif donc complexe à définir. Mais, l'étude de l'étendue de cette notion et ce qu'elle recouvre distingue alors le droit français et américain.

II) Une controverse sur l'étendue du déséquilibre significatif

Pour lutter le plus efficacement contre les clauses abusives, les droits français et américains ont tous deux mis en place un contrôle large des contrats (a), mais l'*unconscionability* se différencie du droit français par son rapprochement avec la lésion française par le contrôle général de l'ensemble des contrats qu'elle dispense (b).

a) Le déséquilibre significatif et l'*unconscionability* : un contrôle large du contrat

L'impératif de protection de la partie faible est une exigence qui a poussé les droits français comme américain à établir un contrôle des plus larges des contrats.

L'article L 132-1 du Code de la consommation fixe les pouvoirs du juge pour éradiquer les clauses jugées abusives, et pose certaines limites qui restent néanmoins assez souples.

Acceptance Corporation, 38 Ga.App. 463, 144 S.E. 327 (1928), holding that a disclaimer of warranty clause applied only to express warranties, thus letting in a fair implied warranty

⁶⁵ G. PAISANT, « Les critères d'appréciation des clauses abusives », in Les clauses abusives dans les contrats de consommation, INC Hebdo 12 décembre 1997, n° 1015, p. 7-8.

Il est précisé que : « *ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat* »⁶⁶. Une liste y est également donné, à titre d'exemples : « *il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets* ». Par cette disposition se reflète la volonté du législateur de lutter le plus efficacement possible contre les clauses abusives, en ne limitant pas le pouvoir des juges, en tout cas en ne lui imposant pas de critère de formes. La liste donnée à titre d'exemple le démontre de la même manière : les exemples sont très larges, pour montrer qu'aucune condition de forme n'est exigée.

Les recommandations de la Commission des clauses abusives et les nombreux arrêts de la Cour de cassation sur ce sujet montrent également qu'il n'existe pas de limite d'objet du contrat visé. Par exemple, il existe une recommandation sur les syndicats de copropriété⁶⁷, sur les prêts immobiliers⁶⁸, sur les services à la personne⁶⁹ ou même sur l'accès à internet⁷⁰.

En droit américain se retrouve cette largesse d'intervention vis à vis de la nature des clauses ou contrat : il est ainsi précisé que « *n'importe quelle clause d'un contrat peut être déclarée unconscionable, (...) affirmation qui tire son origine de la section 2.302 du Code de commerce uniforme* »⁷¹.

Un contrôle accru est même exercé vis à vis de certaines clauses comme les clauses concernant les dommages-intérêts d'un contrat (pénalité), celles sur les dommages à décharge (exculpatory damages), les clauses d'avertissements (disclaimer), les clauses de non-concurrence, de limitation de la responsabilité, de limitation des clauses de recours, et les clauses d'arbitrage⁷², ce qui démontre bien que le juge peut intervenir sur tout type de clause sans condition de forme.

⁶⁶ Article L 132-1 du code de la consommation alinéa 4

⁶⁷ Recommandation n° 11-01 relative aux contrats de syndic de copropriété (BOCCRF du 26/03/2012)

⁶⁸ Recommandation n° 04-03 relative aux contrats de prêt immobilier (BOCCRF du 30/09/2004)

⁶⁹ Recommandation n° 12-01 relative aux contrats de services à la personne (BOCCRF du 18/05/2012)

⁷⁰ Recommandation n°03-01 relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet

⁷¹ *Martin v. Joseph Harris Co Ins*, 767 F2d 296, United States Court of Appeals : « *First, Sec. 2-302 provides that "any clause" of a contract may be found unconscionable (...) that all disclaimers meeting its requirements are immune from general policing provisions like section 2-302* »

⁷² Susan Randall, *Judicial Attitudes Toward Arbitration and the Resurgence of Unconscionability*, 52 BuFF. L. REV. 185 (2004)

En plus de toucher à différentes matières, les clauses abusives et l'*unconscionability* ne connaissent pas de limite quant à la nature juridique du contrat, qui n'est également pas une condition ni en droit américain ni en droit français de leur régime.

Un même débat s'est développé en France et aux Etats-Unis pour savoir si les clauses abusives ou *unconscionable* existaient seulement au sein des contrats d'adhésion.

Ce contrat se définit en effet par « *la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudraient accepter la loi et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même* »⁷³

Ainsi, la présence d'un contrat d'adhésion montre effectivement qu'il existe une partie faible, qui n'a pas pu négocier les termes du contrat, et une partie plus forte qui lui a imposé ces termes. Néanmoins, une clause abusive et un rapport de force entre deux parties peuvent exister en dehors des contrats d'adhésion : de nombreux auteurs ont montré que la négociation contractuelle n'est pas de l'essence même d'un contrat⁷⁴. M. Chazal affirmait ainsi qu'« *utiliser le contrat d'adhésion comme critère de protection du consommateur peut se révéler injuste, car l'absence de négociation préalable à la conclusion du contrat n'est pas forcément un signe d'exploitation de la situation de l'adhérent* »⁷⁵. En plus, il est vrai qu'utiliser le contrat d'adhésion comme critère d'application du régime des clauses abusives ou de l'*unconscionability* nuirait à son régime, car la limite entre un contrat d'adhésion et un contrat négocié peut s'avérer subtile, et que le caractère négocié ou non peut être difficile à définir.

L'article L 132-1 du Code de la consommation précise alors que le contrat peut contenir « *des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies* ».

Larry A. DiMatteo a comparé de nombreuses décisions rendues en droit américain⁷⁶, et les a utilisées pour déterminer que la probabilité de reconnaître l'*unconscionability* est plus importante dans le cas de contrats standards que de contrats individuels (71% des cas qui les reconnaissent présentes des contrats standardisés). Cette étude démontre par ailleurs qu'il est

⁷³ Berlioz, Le contrat d'adhésion, 1973, préf. GOLDMAN, LGDJ

⁷⁴ Ghestin, Loiseau et Serinet, La formation du contrat, t. 1 : Le contrat. Le consentement, in GHESTIN [dir.], Traité de droit civil, 4e éd., 2013, LGDJ, nos 112 s

⁷⁵ M. Chazal, Jurisclasseur Dalloz, Les Clauses Abusives, Mars 2006

⁷⁶ A Consent theory of Unconscionability – An Empirical Study of Law, Larry A DiMatteo, 2006

possible de trouver des parties jugées « faibles », comme le fait le droit américain, dans des contrats qui ont été négociés par les parties.

Néanmoins, ces deux droits restent sensibles à la négociation des termes contractuels. Le droit français ne l'utilise que comme élément d'appréciation pour déterminer si une clause est abusive, mais le droit américain en fait l'élément central dans la détermination du rapport de force entre les parties faibles et fortes, et donc dans la caractérisation de l'*unconscionability* du contrat : les juges américains parlent de « *bargaining powers of the parties* », c'est à dire les pouvoirs de négociation des parties pour établir le rapport de force⁷⁷.

Il est par ailleurs nécessaire de rappeler que cette faculté donnée au juge reste limitée, en droit français, aux clauses d'un contrat, et non au contrat lui même comme c'est le cas en droit américain, ce qui est précisé par l'article L 132-1 du Code de la consommation.

Une clause représente en effet une « *disposition particulière d'un acte juridique ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités, soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogatoire au droit commun* »⁷⁸. De ce fait, la qualification de l'abus et la faculté de rendre nulle une disposition contractuelle ne peuvent concerner qu'un élément du contrat, qui reste précis et non déterminant de son objet dans son entier.

La cour de cassation a du rappeler ce principe, dans un arrêt du 25 février 2010, en énonçant : « *Le compromis d'arbitrage signé, hors toute clause compromissoire insérée à la police d'assurance, entre l'assureur et l'assuré après la naissance d'un litige, ne constitue pas une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, et n'est donc pas susceptible de présenter un caractère abusif au sens du texte visé au moyen* »⁷⁹.

La solution de cet arrêt, qui rappelle la limite du pouvoir du juge dans la lutte contre les clauses abusives, se précise lorsqu'il est connu qu'un compromis d'arbitrage comme une clause compromissoire soumettent un litige à un arbitre, mais que la clause compromissoire est une clause accessoire à un contrat de toute espèce, alors que le compromis d'arbitrage est

⁷⁷ Commentaires accompagnant la section 2.203 de l'Uniform Commerce Code

⁷⁸ Vocabulaire Juridique, Gérard Cornu, 2015.

⁷⁹ Civ 1^{ère}, 25 février 2010, pourvoi n°09-12126

un contrat à part entière qui précise après la naissance d'un différend que les parties confient ce litige à un arbitre⁸⁰.

C'est alors qu'apparaît la première différence avec le droit américain : l'*unconscionability*, née et développée grâce à l'action des juges, concerne aussi bien les clauses d'un contrat que le contrat lui-même.

Ce large champ d'application du droit américain se reflète alors dans la section 2.302 du Code de commerce uniforme : « *la cour trouve que le contrat ou que l'une des clauses du contrat était unconscionable au moment de sa formation* »⁸¹.

Le juge américain pourra en effet décider de rendre la clause nulle, comme le droit français, mais également de « *refuser d'ordonner l'exécution du contrat (...) ou limiter l'application de la clause unconscionable de façon à éviter un résultat injuste* ».

Ces différentes sanctions qui sont offertes au juge américain montrent une nouvelle fois le rôle plus que primordial du juge dans son combat pour protéger les parties faibles, qui est presque totalement libre pour décider de la sanction s'il détermine le caractère abusif d'une clause ou même d'un contrat.

Mais, l'étude de ce large domaine d'application, tant en droit français qu'en droit américain, amène par ailleurs à rappeler la condition la plus importante : la nécessité de conclusion d'un contrat.

Selon la formule de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, la clause abusive doit exister dans un « *contrat conclu* ». Cela laisserait donc supposer que la clause abusive ne peut exister que dans la mesure où les deux parties se sont mises d'accord sur un contrat qui a été signé.

En droit américain, la section 2.302 du Code de Commerce Uniforme précise également que c'est « *le contrat ou l'une de ses clauses (qui) pourrait être unconscionable* ».

Les différentes doctrines se sont pendant un temps interrogées sur la possibilité de déclarer abusif un contrat ou un terme contractuel qui existerait au sein d'un contrat oral. Aucune disposition n'interdit d'intervenir dans ces contrats, mais il paraît difficile de prouver qu'une disposition contractuelle a été conclue et qu'elle est abusive.

⁸⁰ Sur la distinction entre compromis d'arbitrage et clause compromissoire : <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/compromis.php>

⁸¹ Section 2.302 (1) Uniform Commerce Code : « *If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time* »

Le droit français se distingue par ailleurs du droit américain par une action, atypique, qui est offerte aux associations de consommateurs : ces derniers « *peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive précitée, (la directive harmonisant la lutte contre le déséquilibre significatif) (...) Le juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat en cours ou non, proposé ou destiné au consommateur (...) (et) peuvent également demander au juge de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclu* ». ⁸²

Ainsi, cette action atypique offerte aux consommateurs peut ainsi être exercée pour des contrats qui n'ont pas encore été conclus, la loi du 17 mars 2014⁸³ ayant ajouté à l'article « *y compris dans les contrats qui ne sont plus proposés aux consommateurs* ». De ce fait, en plus d'exercer une action par une association de consommateurs, ce qui existe aux Etats Unis mais de façon moins précise, ce même groupe peut demander la suppression d'un contrat avant même sa conclusion, ce qui est impensable en droit américain dans lequel la règle de l'*unconscionability* a été tirée de la pratique des juges pour répondre à un problème concret, et donc face à des contrats qui existaient déjà.

b) L'*unconscionability* : un contrôle quasi illimité

Le principe d'autonomie de la volonté limite la faculté du juge français de protéger la partie faible, ce qui constitue une différence par rapport au droit américain.

L'article L 132-1 du Code de la consommation pose en effet une limite au régime des clauses abusives : « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert* ».

Cette idée est exprimée par le fait que les « clauses principales » et « financières » échappent en principe au contrôle de l'abus : le législateur ne désirait pas que la lutte contre les clauses

⁸² Article L 421-6 du Code de la consommation

⁸³ Loi 2014-244 du 17 mars 2014

abusives soit un moyen détourné de réintégrer la lésion en droit français⁸⁴, lésion qui est exclue des causes générales d'anéantissement du contrat dans le Code civil⁸⁵.

En effet, le principe de l'autonomie de la volonté qui gouverne le Code civil interdit au juge de venir modifier l'équilibre contractuel qui a été instauré entre les parties. Les parties aux contrats, qui sont libres et égales, se promettent fidélité et loyauté et sont seules aptes à apprécier leurs intérêts, que le juge ne peut remettre en cause. Alors, « *la valeur de l'engagement libre devait l'emporter même sur le déséquilibre du contrat* »⁸⁶.

Le déséquilibre significatif ne touche par conséquent qu'aux déséquilibres liés aux clauses du contrat, qu'elles touchent à une obligation accessoire ou même principale, tant qu'elles ne remettent pas en cause l'équilibre du contrat.

Le droit américain permet quant à lui d'empiéter sur l'équilibre général du contrat, par exemple sur le prix d'un objet ou d'une prestation.

En effet, l'*unconscionability* substantielle, qui correspond à l'étude du contrat en lui même en excluant les circonstances extérieures (qui est différencié de l'*unconscionability* procédurale, c'est à dire les relations contractuelles et la manière dont le contrat a été formé), permet de rendre nul un contrat ou une clause sur le seul fondement d'un déséquilibre du prix, et non des droits ou obligations.

Il est vrai que les tribunaux américains sont généralement réticents à intervenir sur le prix, mais de nombreux cas ont néanmoins prouvé que lorsque le prix était loin de la valeur d'un bien ou un service, le contrat pouvait être considéré comme *unconscionable*.

Cette faculté offerte aux juges américains correspond parfaitement à la définition de la lésion française : elle est effectivement définie selon Denis Mazeaud comme « *le préjudice causé à un contractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut*

⁸⁴ Sur la définition de la lésion, Vocabulaire Juridique, Cornu, 2015 : « *préjudice que subit l'une des parties au contrat ou au partage du fait de l'inégalité originare des prestations réciproques des lots, disproportions de valeur qui, dans la conception française, justifie la rescision de l'acte lésionnaire mais seulement dans les cas et aux conditions spécifiées par la loi* ».

⁸⁵ Civ. 1re, 16 mars 2004, D. 2004. 1754, note Mazeaud : « *le contractant, à qui profite le déséquilibre financier, n'est aucunement obligé de renégocier le contrat en vue d'en modifier l'économie générale. En somme, pas plus qu'il ne peut, en principe, être anéanti, un contrat lésionnaire ne doit être renégocié* ».

⁸⁶ SAVATIER, op. cit., 2e série, 1950, Dalloz, no 12

d'équivalence économique, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles »⁸⁷.

Les tribunaux ont tendance à mettre l'accent sur les aspects procéduraux ainsi que le terme de prix, mais ont affirmé que la seule inégalité touchant au prix est suffisante pour déclarer une disposition contractuelle : ces derniers partent du principe que les cas présentant une disparité des prix importante contiennent également un élément de surprise dans la façon dont le prix est révélé à la partie jugée faible (par exemple, s'il nécessite des calculs complexes) ou d'autres vices de procédure. L'arrêt *John v. Star Credit Corp*⁸⁸ est un parfait exemple de cette particularité américaine d'accéder au prix du contrat : la Cour suprême de l'Etat de New York décide de déclarer nulle une convention de vente d'un congélateur au prix de 900 dollars, alors qu'il n'en valait que 300. Dans l'arrêt *Toker v. Westerman*⁸⁹, le prix stipulé dans le contrat était deux fois et demi supérieur à la valeur réelle de la marchandise, et a donc été déclaré *unconscionable*.

Mais, la capacité de rendre un contrat *unconscionable* seulement à cause d'un déséquilibre du prix est une exception par rapport à l'exigence, rappelée de nombreuses fois par les juridictions américaines, selon laquelle chaque décision sur ce fondement doit contenir un degré d'*unconscionability* substantielle et d'*unconscionability* procédurale.

La Cour suprême de l'Arizona⁹⁰ a mentionné que « *la majorité [des tribunaux] ont peut être affirmé qu'il doit y avoir un certain degré des deux unconscionabilitys procédure et de fond pour établir une demande, et adopter une approche d'équilibrage pour les appliquer* ».

Mais, en usant d'une échelle de degrés, cela impose qu'il faut la réunion des deux critères pour déterminer l'*unconscionability*.

Néanmoins, certains auteurs américains soutiennent la conception française de l'autonomie de la volonté. Pour Farnsworth⁹¹, la détermination de l'*unconscionability* sur le simple prix est gênante dans la mesure où une partie peut rarement prétendre qu'elle n'en a pas eu connaissance et que c'est l'un des éléments du contrat qui est le plus facilement négociable. Pour cette raison, les cours évitent de se prononcer sur la seule disparité du prix et ne l'utilisent comme critère que lorsque d'autres facteurs d'*unconscionability* sont présents.

⁸⁷ Jurisclasseur Dalloz, la Lésion, mars 2012, Denis Mazeaud.

⁸⁸ *Jones v. Star Credit Corp*, 298 N.Y.S.2d 264 (Sup. Ct. 1969)

⁸⁹ *Toker v. Westerman*, 274 A.2d 78 (Union County Ct. 1970)

⁹⁰ *Maxwell v. Fid. Fin. Servs., Inc.*, 907 P.2d 51, 58 (Ariz. 1995)

⁹¹ A. FARNSWORTH, *Contracts* (1982), p 311 et suivant

En plus, il apparaît complexe pour les cours de se faire une idée de la justesse des prix, et c'est pour cette raison que dans l'arrêt *John v. Star Credit Corp*, les juges se sont en l'espèce fondés sur un critère plus objectif, l'écart entre le coût du bien et le prix de vente.

Malgré cette différence, il existe une exception à cette limite française qui rapproche les deux systèmes : « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* »⁹². Ainsi, en sens inverse, si la clause n'est pas claire est précise, il sera possible d'apprécier le caractère abusif en fonction de la définition de l'objet principal ou de l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert.

Dans ce cas, le droit français sera très proche du droit américain, et le juge pourra rendre nulle une clause qui touche à l'équilibre du contrat et impose par exemple un prix trop élevé, c'est à dire à « l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert » correspondant en effet à la définition de la lésion. Cette dérogation apparaît comme une sanction plus importante pour un professionnel qui aurait, de façon consciente, rédigé une clause de façon incompréhensible, et une protection renforcée pour le consommateur.

Par ailleurs, en plus de se rapprocher de la lésion, l'*unconscionability* traite de certaines matières qui vont au delà du droit de la consommation français et de la lutte contre les clauses abusives : les juges américains ont notamment la faculté de déclarer une clause ou un contrat *unconscionable* dans le cas d'un défaut d'informations de la partie faible. Il existe effectivement une obligation jurisprudentielle en droit américain pour celui qui propose le contrat de porter les clauses à l'attention du cocontractant afin d'éviter toute surprise une fois que le contrat est signé, obligation sanctionnée par l'*unconscionability*. Les clauses doivent également être expliquées et éventuellement traduites de façon à ce que le cocontractant en comprenne ses effets et sa portée.

Ces obligations ne rentrent pas dans le champ d'application et dans les facultés offertes au juge pour lutter contre les clauses abusives, mais sont prévues dans différentes dispositions

⁹² Ajouté par l'ordonnance no 2001-741 du 23 août 2001

du Code de la consommation et sanctionnées par une amende administrative⁹³. Le Code de la consommation précise ainsi de façon plus que détaillée certaines informations qui doivent être fournies aux consommateurs avant la conclusion du contrat.

L'article L 111-1 du Code de la consommation déclare en effet que : « *Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes:*

1. *Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné;*
2. *Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1;*
3. *En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ».*

Toutes ces obligations, prévues par le droit français dans différents textes, entrent toutes dans le champ d'application de l'*unconscionability*.

L'entrée d'une disposition équivalente à celle qui existe dans le droit de la consommation en droit commun des contrats français ne changera pas cette distinction claire entre droit français et droit américain : la limite entre clause abusive et lésion demeure, et le deuxième alinéa de l'article 1171 de l'ordonnance portant réforme du droit des obligations rappelle que « *L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* »⁹⁴.

Néanmoins, le projet de réforme viendra modifier le rapport de force qui était auparavant couvert, le Code de la consommation ne protégeant que les consommateurs ou non professionnels contre les parties fortes, les professionnels.

⁹³ Article L 111-6 du Code de la consommation : « *Tout manquement aux articles L. 111-1 à L. 111-3 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale* »

⁹⁴ Article 1169 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

Titre 2 : L'existence d'un rapport de force entre plusieurs parties

Le critère du déséquilibre significatif et l'*unconscionability* ne peuvent exister que dans un contexte particulier : il doit exister une partie « faible » et une partie « forte » (I) et un rapport de force doit se retrouver entre ces deux parties (II).

I) Une analyse semblable des « parties faibles » et « fortes » en droit américain et français

Pour analyser le rapport qui existe entre les deux parties, il est d'abord nécessaire d'appréhender qui sont les deux parties et se demander si la partie faible est un consommateur (a) et la partie forte, un professionnel (b).

a) La partie « faible », un consommateur ?

L'*unconscionability* est née de la pratique des juges de l'Equity avec un objectif de protection d'une partie jugée « faible », opprimée par une partie considérée comme « forte ». Il découle de son histoire qu'il n'existe pas de règles objectives pour analyser si une partie est « faible » à l'intérieur de ce rapport de force particulier, et ce sera au juge de le déterminer au vu de son for intérieur.

La faiblesse des éclaircissements apportés par la section 2.302 du Code de commerce uniforme le démontre : cette dernière ne détaille que les sanctions possibles au cas où « *la cour trouve que le contrat ou que l'une des clauses du contrat était unconscionable au moment de sa formation* »⁹⁵.

Les commentaires qui accompagnent la section donnent quelques exemples de cas qui doivent aider le juge à déterminer l'*unconscionability* d'une clause, mais aucun des arrêts qui sont consacrés ne fournissent de critères objectifs permettant cette caractérisation.

⁹⁵ § 2.302. Unconscionable Contract or Clause : « *If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made* »

Néanmoins, au sein du Restatement (Second) of contracts⁹⁶, de nouveaux critères sont explicités pour déterminer l'*unconscionability* d'un contrat, dont la faiblesse dans le processus de négociations⁹⁷.

Il faut alors revenir aux tentatives de définition de l'*unconscionability* pour tenter de comprendre qui est cette « partie faible ». La définition vue dans l'introduction affirme « *qu'un contrat est unconscionable lorsqu'une partie prend l'avantage sur l'autre partie à cause de pouvoirs de négociation inégaux* »⁹⁸.

Après cette définition, dans laquelle les parties ne sont pas décrites mais seulement le rapport de force, des exemples sont donnés : « *peut-être à cause du traumatisme récent, d'une infirmité physique, de l'ignorance, de l'incapacité de lire, ou de l'incapacité de la partie lésée de comprendre la langue* ».

Ces critères sont encore une fois purement subjectifs, et touchent aux caractéristiques physiques et mentales de la partie. Le juge doit aller au delà de la faiblesse dans le processus de négociation d'une partie pour comprendre les raisons réelles de cette faiblesse. Cela renvoie ainsi à la caractérisation du standard, la personne jugée « faible » sera comparée à une personne considérée comme « raisonnable ».

L'importance qui sera donnée aux faits et aux caractéristiques physiques et mentales de chaque partie dans les arrêts des cours américaines sera alors primordiale pour déterminer si un contrat ou une clause est *unconscionable* dès lors que la simple détermination de la faiblesse d'une partie ne suffit pas, et le juge devra démontrer ce qui l'a conduit à la caractériser.

⁹⁶ Revue trimestrielle de l'École nationale de la magistrature, Les Cahiers de la Justice, 2010/3, Dalloz : *Le restatement est une technique juridique originale de droit américain, développée par l'American Legal Institute. Reformulation des différents domaines du droit positif américain, élaborée à partir de l'étude méticuleuse de la jurisprudence, les restatements viennent au secours du juge américain dans l'élaboration de sa décision.*

⁹⁷ La section 208 du Restatement (second of contracts) décrit 3 critères dont la faiblesse dans le processus de négociation, élément qui peut indiquer que l'opération comportait des éléments de tromperie ou de contrainte : « *d. Weakness in the bargaining (...) process. gross inequality of bargaining power, together with terms unreasonably favorable to the stronger party, may confirm indications that the transaction involved elements of deception or compulsion, or may show that the weaker party had no meaningful choice, no real alternative, or did not in fact assent or appear to assent to the unfair terms* »

⁹⁸ Définition de Nolo legal Solutions, 2010 : <http://www.nolo.com/dictionary/unconscionable-term.html>.

L'arrêt King v. Cohorn⁹⁹ de la Supreme Court of Errors and Appeals of Tennessee rendu en 1834 parle ainsi de « *la condition et caractéristiques des parties* ». Les juges de la Cour d'appel décrivent ainsi une femme « *ignorante, vieille, alcoolique, en mauvaise santé, et nécessairement imbécile, et ne possédant aucune autre propriété que le lot en question* ».

Cette analyse montre à quel point les juges américains vont loin dans l'étude des caractéristiques des parties, et notamment de la partie faible. Ces derniers rentrent dans l'intimité du contractant, et le catalogue de façon assez barbare : cela révèle encore une fois la différence de conception entre le droit français et droit américain.

Mais, comme l'a affirmé Philip Bridwell, les juges ne peuvent se fonder seulement sur ces caractéristiques intellectuelles pour juger de l'*unconscionability* : « *Pourtant, ces juges n'expliquent pas comment ces caractéristiques sont connectées avec la capacité de réaliser des décisions économiques rationnelles* »¹⁰⁰.

Les tribunaux ne s'arrêtent donc pas à ces critères : la Cour, dans l'arrêt Johnson v. Mobil Oil Corp¹⁰¹, fournit une liste typique des facteurs de procédure et notamment : « *la «réunion réelle et volontaire de l'esprit» des parties contractantes: l'âge, l'éducation, l'intelligence, le sens des affaires et de l'expérience, le pouvoir de négociation relatif, la personne qui a rédigé le contrat, savoir si les conditions ont été expliquées à la partie la plus faible* ».

Il est donc impossible pour les juridictions américaines de s'arrêter à la situation et à la culture de la partie faible. Il sera également et de façon récurrente pris en compte les pouvoirs de chacun dans le processus de négociation, au vu notamment de leur « expérience » et leur « sens des affaires ». On parle alors de « *la sophistication commerciale de la partie qui demande l'unconscionability, (et notamment) si cette partie a été représenté par un avocat* »¹⁰².

Le droit français a à l'inverse une vision beaucoup plus formelle de cette même « partie faible ». L'article L 132-1 du Code de la consommation déclare que le régime des

⁹⁹ King v. Cohorn, 14 Tenn. 75 (1834)

¹⁰⁰ Philip Bridwell, Comment, The Philosophical Dimensions of the Doctrine of Unconscionability, 70 U. CHI. L. REV. 1513, 1525 (2003) : *However, these judges do not explain how any of these characteristics are connected with the ability to make rational economic decisions.*

¹⁰¹ Johnson v. Mobil Oil Corp., 553 F. Supp. 195 (SDNY 1982)

¹⁰² United States Court of Appeals, First Circuit. 29 F3d 28 Nasco Inc v. Public Storage Inc, (1997)

clauses abusives bénéficie aux « non professionnels ou consommateurs », sans donner de définition précise de ce qu'est un « consommateur » ou un « non professionnel ».

La directive européenne de 1993 harmonisant le régime des clauses abusives¹⁰³ déclare quant à elle dans son article 2 qu'un « consommateur » regroupe « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

Le droit de la consommation français ne comportait aucune définition générale ou sectorielle du consommateur, et ce jusqu'à la loi du 17 mars 2014¹⁰⁴ qui a défini le consommateur dans le même sens que la directive de 1993 comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

Ainsi, le rapport de force apparaît bien plus encadré et objectif qu'en droit américain, et ne se fonde pas sur les caractéristiques personnelles de cette partie mais s'intéresse à l'acte réalisé et à sa finalité, qui doit être personnel et non professionnel : si il existe un lien entre l'acte conclu et l'activité de la personne qui contracte, alors sa finalité est professionnelle et la partie sera considérée comme un professionnel.

La Cour de Cassation a par exemple affirmé dès 1995 que « l'article L 132-1 (...) du Code de la consommation (...) ne s'applique pas aux contrats de fourniture de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant »¹⁰⁵. C'est donc le critère du rapport direct qui permet de déterminer la partie « faible », consommateur ou non professionnel, et reste de ce fait plus objectif que les critères mis en œuvre par les juges américains pour déterminer cette même qualité.

L'appréciation de ce rapport direct reste l'objet d'un examen souverain des juges du fond¹⁰⁶, ce qui rappelle le droit américain, au sein duquel les juges apprécient souverainement et sans être encadrés par des règles écrites rigoureuses les différentes parties et leur rapport de force permettant de qualifier une transaction d'*unconscionable*. Les juridictions américaines restent pourtant sensibles à la qualité de consommateur au sens français du terme comme un élément permettant de déterminer de sa faiblesse dans le processus de négociation.

¹⁰³ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 : Protéger les consommateurs des clauses contractuelles abusives

¹⁰⁴ Loi n° 2014-244 du 17 mars 2014

¹⁰⁵ Civ. 1re, 24 janv. 1995, n° 92-18.227

¹⁰⁶ Cass. 1re civ., 10 juill. 2001 : Bull. civ. 2001, I, n°209 ; D. 2001, p. 2828, obs. Rondey

Le consommateur a pu néanmoins à plusieurs reprises être défini d'une manière assez proche du droit américain et de « partie faible américaine » : Jean-Pascal Chazal a par exemple commenté la solution de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 juillet 1998¹⁰⁷, solution qui définissait le consommateur comme « *la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis* ». Ce dernier constatait que cette définition privilégiait une conception extensive du consommateur fondée sur le critère de la compétence ou de l'expérience, et donc s'intéressant autant à la finalité de l'acte conclu qu'à la personne l'ayant conclu¹⁰⁸. Il précisait par ailleurs que cette définition n'était pas celle de la Cour de cassation, qui privilégiait une « définition économique » que nous avons déjà pu étudier.

Hormis cette description, faibles ont été les précisions apportées par les Cours tant françaises qu'européennes sur cette définition du consommateur, à l'exception d'un arrêt de la Cour justice des Communautés Européennes, affirmant qu'au vu de « *l'article 2, sous b), de la directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques* ».

Néanmoins, le régime des clauses abusives ne bénéficie pas seulement aux consommateurs, mais s'applique également aux « non professionnels », qui peuvent quant à eux être des personnes morales¹⁰⁹. De nombreuses incertitudes demeurent sur la qualification de non professionnel : est ce une catégorie plus large que le consommateur ou une alternative à cette première catégorie ?

En général, la doctrine définit le non professionnel par la négative : « *ni professionnels, ni consommateurs* »¹¹⁰. Cette division regroupait auparavant aussi bien les personnes physiques

¹⁰⁷ Cour d'appel de Paris, 3 juillet 1998, Dalloz Affaires 1998, p. 1525.

¹⁰⁸ Recueil Dalloz 1999 p.249, De la cohérence de la notion de consommateur : de l'unicité de la définition à la multiplicité des régimes, Jean-Pascal Chazal

¹⁰⁹ Cass. 1re ci, 15 mars 2005, Syndicat départemental du contrôle laitier de la Mayenne c/ Sté Europe Computer Systèmes (ECS) : Contrats, conc. consom. 2005, comm. 100 ; JurisData n°2005-025573

¹¹⁰ P. GODE, « Commentaire du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 », RTD civ. 1978, p. 744.

que morales qui agissaient dans l'exercice de leur activité, mais sans rapport direct avec cette activité¹¹¹.

Cette catégorie s'apprête par ailleurs à changer : l'ordonnance du 14 mars 2016, entrant en vigueur le 1^{er} juillet 2016, définit le non professionnel comme « *toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* »¹¹². De ce fait, le consommateur et le non professionnel répondront à la même définition, sauf que la catégorie du consommateur ne concernera que les personnes physiques et le non professionnel, les personnes morales.

Le non professionnel ne regroupait en grande partie, déjà, que les personnes morales, mais qu'une petite portion de celles-ci: les sociétés commerciales, par exemple, ne peuvent jamais soutenir une action sur le fondement de cet article parce qu'elles ne peuvent réaliser d'actes sans rapport avec leur objet social¹¹³.

b) La partie « forte », un professionnel ?

Tout comme la partie « faible », la caractérisation de partie « forte » a évolué avec la prise d'importance de la théorie de l'*unconscionability* à force de décisions rendues sur ce sujet, et dépend de la conception qu'a le juge américain des faits en cause et des parties.

Les mêmes critères utilisés pour juger de la faiblesse d'une partie sont repris pour déterminer si une partie est « forte ». La sophistication commerciale est par exemple de nouveau un critère pour juger de ce caractère.

Mais, il est vrai que la définition de la partie forte a fait moins débat que celle de la partie faible, tant en droit français qu'en droit américain.

En général, la partie forte et le professionnel sont proches aux Etats Unis et au France. En effet, cette partie forte est un spécialiste qui agit dans le cadre d'une activité économique.

¹¹¹ Civ. 1re, 23 juin 2011, n°10-30.645, Bull. civ. I, n°122, assimilant un syndicat de copropriétaires au « non-professionnel » de l'article L. 136-1 du code de la consommation.

¹¹² Article préliminaire de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation

¹¹³ Com. 3 déc. 2013, n°12-26.416 : « *Mais attendu que les dispositions de l'article L. 132-1 du code de la consommation ne s'appliquent pas aux contrats de fourniture de biens ou de service conclus entre sociétés commerciales ; que c'est donc exactement que la cour d'appel a retenu que la société Wolseley ne pouvait prétendre que soient écartées, sur le fondement de ce texte, les clauses insérées dans les contrats ; que le moyen n'est pas fondé ;* »

C'est en tout cas toujours une personne expérimentée, qui a une connaissance certaine du commerce et des négociations contractuelles.

Néanmoins, l'étude de la personne et de ses caractéristiques physiques et mentales demeure : l'arrêt *King v. Cohorn* de 1834 décrit une nouvelle fois la partie forte comme « *intelligent, malin, aiguisé, qui aime prendre des risques* »¹¹⁴.

Ainsi, dans l'arrêt *Weaver v. American Oil Co*¹¹⁵, le tribunal a étudié la personnalité des deux contractants, et a affirmé que Weaver n'était pas « *celui qui devrait être censé connaître la loi ou comprendre la signification des termes techniques* ».

Ce dernier était entré en négociation avec un agent d'American Oil préparant le bail : un contrat de formulaire a été préparé par l'agent d'American Oil devant Weaver qui devait le « signer ». Cet agent était donc la partie « jugée forte », travaillant pour une compagnie transnationale et étant expérimentée de la négociation et la conclusion de contrats (l'arrêt parle d'une entreprise avec d'importantes positions et pouvoirs de négociation¹¹⁶). Cet arrêt montre de la même manière que cette partie forte peut aussi bien être une personne physique que morale.

L'importance donnée à l'étude du comportement de la partie forte, par exemple le vendeur, se résume en droit américain sous l'expression « d'abus procédural », qui correspond soit à la façon dont le vendeur mène les négociations et présente le contrat, soit à la façon dont il insère les clauses dans le contrat. Le droit américain va même jusqu'à parler de conduite *unconscionable* lorsque cette partie fait preuve de manœuvres déloyales pour pousser son « adversaire » à contracter.

Cette originalité de l'*unconscionability* est très proche des vices du consentement, français comme américain, et notamment des manœuvres ou réticences dolosives (souvent assimilé à la duress en droit américain). Dans l'arrêt *Langemeier v. National Oats Co, Inc*¹¹⁷, une clause avait été jugée *unconscionable*, non seulement à cause des termes injustes qu'elle présentait, mais surtout parce que le vendeur n'avait pas informé son acheteur ni de l'existence d'une clause qui lui permettait de refuser le maïs s'il était gelé ni du temps requis pour que le maïs sèche.

¹¹⁴ *King v. Cohorn*, 14 Tenn. 75 (1834) : “*artful, intelligent, keen, speculating man*”

¹¹⁵ *Weaver v. American Oil Co*. 257 Ind. 458

¹¹⁶ « *Enterprises with strong bargaining power and position* »

¹¹⁷ *Langemeier v. National Oats Co, Inc*, 775 F.2d 975, 41 UCC Rep. Serv. 1616 (United States Court of Appeals, 1985)

L'article L 132-1 du Code de la consommation, comme pour les consommateurs et non professionnels, précise que le « professionnel » est débiteur du régime des clauses abusives, mais sans le définir.

La directive de 1993 d'harmonisation du régime en donne une définition en son article 2 : « *toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée* »¹¹⁸.

Pour pallier à cette difficulté, les juges français se réfèrent généralement à la définition donnée dans la directive de 2011¹¹⁹ qui définit le professionnel comme « *toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

C'est donc dans la notion d'activité que réside la détermination de la professionnalité d'un contractant. En plus d'avoir un catalogue précis des activités qui peuvent être concernées par cette législation (activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale), envisagées de façon large, la personne même du professionnel est regardée de façon étendue : il est ainsi affirmé que ce peut être « toute personne physique ou morale », « publique ou privée ».

Le « professionnel » français se rapproche alors de « la partie forte ». Denis Mazeaud exprime ce rapprochement en ces termes : « *le consommateur doit être présumé irréfragablement incompetent, ignorant et inexpérimenté, tandis qu'au contraire, tout professionnel doit être irréfragablement considéré comme suffisamment compétent, savant et expérimenté pour déjouer les pièges que son contractant peut lui tendre lors de la conclusion du contrat.* »¹²⁰.

Se retrouve dans cette citation la conception américaine de la partie faible et de la partie forte, jugée comme celle qui a une certaine sophistication commerciale, qui a une certaine expérience dans les négociations contractuelles.

Ainsi, selon Denis Mazeaud, le professionnel est celui qui a une « compétence ». A la lumière de certains arrêts, il serait même possible de considérer que la notion de professionnel doit plutôt s'entendre au sens de chef d'entreprise agricole, commerciale,

¹¹⁸ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 : Protéger les consommateurs des clauses contractuelles abusives

¹¹⁹ Directive n° 2011/83/UE relatif aux droits des consommateurs, art. 2, 2

¹²⁰ D. Mazeaud, obs. sous Cass. com., 10 mai 1994 : D. 1995, somm. p. 8

industrielle ou artisanale ou encore celui qui exerce une profession libérale. Par exemple, le tribunal de commerce de Fréjus a considéré que les dispositions relatives aux clauses abusives sont applicables à un contrat conclu entre un bijoutier et le GIE cartes bancaires¹²¹, le bijoutier n'étant pas le gérant de cette bijouterie donc pas un professionnel. De la même manière, la cour d'appel de Grenoble a considéré que l'usage d'un véhicule loué par un cadre technico-commercial à des fins privées mais aussi professionnelles ne fait pas perdre à ce cadre sa qualité de consommateur¹²².

Les deux conceptions de la partie forte et de la partie faible restent tout de même assez différentes : en droit français, le rapport de force découle de la qualification donnée aux deux parties (le professionnel d'un côté, le consommateur ou non professionnel de l'autre), ce qui démontre l'importance que donne le droit français à ces catégories. Le droit américain qualifie surtout l'oppression que subit la partie faible et le rapport de force tiré du contrat pour déterminer les parties faibles et fortes.

II) Une caractérisation différenciée du rapport de force entre les parties

Le droit américain conserve, même avec le développement de règles écrites d'ordre public, une appréciation circonstanciée du rapport de force (a), alors que la qualification du rapport de force reste encadrée par les règles législatives en droit français (b).

a) L'appréciation circonstanciée du rapport de force en droit américain

L'étude du rapport de force entre les deux parties est centrale dans la détermination de l'*unconscionability*, bien plus que l'étude individuelle de chaque partie. Une partie sera jugée faible ou forte par rapport à la puissance de son cocontractant.

Le droit américain s'intéressera autant aux personnes qui ont contracté et à la manière dont les négociations se sont déroulées qu'au contrat en lui-même, alors que le droit français cherchera simplement à déterminer si le cocontractant entre dans la catégorie du

¹²¹ T. com. Fréjus, 1er mars 1993 : JCP G 1994, II, 22194, note M.-F. Coutant et J.-J. Alexandre

¹²² CA Grenoble, 13 juin 1991 : JCP G 1992, II, 21819 note Paisant

professionnel ou du consommateur fixée par des critères objectifs, pour par la suite déterminer si la clause est ou non abusive.

Un juge américain cherchera ainsi à comprendre les pouvoirs de chacun dans la négociation du contrat, et c'est au cours de ce travail qu'il s'interrogera sur les caractéristiques de chaque individu pour déterminer une faiblesse ou force dans ces négociations.

Arthur L. Corbin fait ainsi référence à « *la position relative des parties dans le processus de négociation* »¹²³, et explique que ce sont les différences entre les parties qui sont les plus importantes et pas la position de chaque partie en soi.

Ces conventions mettent toujours en présence deux parties, dont l'une souffre généralement d'une faiblesse particulière (vieillesse, jeunesse, maladie, pauvreté, ignorance...) et l'autre est d'une rapacité inhabituelle. Une absence de pouvoir contractuel ou un abus dans le processus des négociations doit exister pour caractériser l'*unconscionability*.

L'arrêt *Industralease Automated & Scientific Equip. Corp. v. R.M.E. Enters., Inc.*¹²⁴ décrit de cette manière l'*unconscionability* : « *le terme « unconscionable » est flexible, peut être appliqué dans le cadre d'une transaction (...), et considéré à la lumière du climat commercial existant alors et la loi commune* ».

C'est pour ces raisons que l'*unconscionability* peut également intervenir dans les transactions entre « marchands ». L'arrêt *Martin v Joseph Harris Co Ins* de 1985¹²⁵ énonce que « *comme il a souvent été décidé, les contrats seront rarement dits unconscionable, car, dans une transaction commerciale, la relation est entre des parties commerçantes et n'est pas unilatérale au point de donner à l'une des parties la force contractuelle suffisante pour imposer des termes unconscionable à l'autre* ».

En effet, nous avons déjà pu voir que le droit américain n'encadre pas formellement le rapport de force *a priori* pour l'application de l'*unconscionability*, comme c'est le cas en droit français, et ce même si la qualité de consommateur est un des nombreux signes pris en compte pour juger de la « faiblesse » d'une partie.

¹²³ Arthur L. Corbin, *Corbin on Contracts* § 128 p. 554 (1964)

¹²⁴ *Industralease Automated & Scientific Equipment Corp. v. R.M.E. Enterprises, Inc.*
Supreme Court of New York, Appellate Division, 58 A.D.2d 482 (1977)

¹²⁵ *Martin v. Joseph Harris Co Ins*, 767 F.2d 296, United States Court of Appeals

Le consommateur est effectivement souvent partie à un contrat qui est jugé *unconscionable*, parce que c'est le plus à même de subir les abus de parties considérées comme plus fortes, cela étant lié au nombre important de consommateurs et à leurs caractéristiques.

Philippe Stoffel-Munck parle de la même manière de « *la faiblesse particulière du consommateur concret, notamment sa crédulité ou sa docilité singulières, sa faiblesse propre de caractère, i. e. sa tendance à dire toujours oui* »¹²⁶. Ainsi, la partie faible que le législateur français cherche à défendre par ce dispositif coïncide avec la qualité de consommateur, et l'article L 132-1 du Code de la consommation en fait un critère d'application, alors que les juges américains ne l'utilisent que comme un signe de caractérisation de la faiblesse d'une partie.

C'est pour cette raison que ce rapport de force se retrouve en dehors des contrats entre consommateurs et professionnels, et la section 2.302 du Code de commerce uniforme comme la section 208 du Restatement (second) of contracts ne limitent pas l'*unconscionability* à ces derniers.

Les cours ont en effet réalisé que les marchands, c'est à dire les commerçants, méritaient une protection au même titre que les consommateurs : ils peuvent souffrir des mêmes faiblesses, et donc se retrouver dans une situation d'inégalité de puissance contractuelle similaire par rapport à l'autre partie. Compte tenu de la popularité de la personne morale, ainsi que de la complexité du système de marché, la personne du commerçant inexpérimenté ou dépendant devient récurrente. L'étude du manque de capacité de l'une des parties à protéger ses intérêts et l'abus qui en est fait peut évidemment se faire en dehors de cette classification de consommateur.

Par exemple, le tribunal, dans le cas *Sosik v. Albin Marine Inc*¹²⁷, s'interroge sur le niveau de connaissance des relations contractuelles d'un commerçant dans une relation entre commerçants. Ainsi, ce contractant était un « *un homme d'affaires dans la conduite de ses affaires, mais pas pour la transaction en question* »¹²⁸.

Le tribunal a noté que le vendeur de bateau était « *un grand détaillant, expérimenté en bateau [et] d'autre part, (l'acheteur était) une personne relativement inexpérimenté, en*

¹²⁶ Philippe Stoffel-Munck, *La refonte du Code de la consommation est elle pour demain ?*, tiré de *Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014*, sous la direction de Linda Arcelin Lecuyer, 2015.

¹²⁷ *Sosik v. Albin Marine, Inc.*, No. 020539B, (Mass. Superior Court 2003)

¹²⁸ « *the party was a (...) businessperson in the conduct of his business, but not a merchant for the transaction in question* »

particulier dans le domaine des bateaux d'achat pour être utilisé dans le commerce »¹²⁹. Le tribunal a donc déterminé que les parties n'étaient pas sur un pied d'égalité au niveau de leur « sophistication commerciale » parce que l'acheteur était « particulièrement habitué des relations commerciales » : ce rapport de force a alors permis de caractériser l'unconscionability.

b) L'encadrement législatif de la qualification du rapport de force en droit français

Le droit français a cherché à délimiter de façon stricte les deux parties au contrat, plutôt que de déterminer le rapport de force qui existe entre ces derniers.

Néanmoins, avant 1995¹³⁰, il existait deux critères pour déterminer si une clause était abusive : le critère de l'avantage excessif, qui a été remplacé par celui du déséquilibre significatif, mais aussi l'abus de puissance économique. La puissance économique étant définie comme « *la domination économique, c'est à dire le pouvoir d'imposer sa loi sur le marché (à ses fournisseurs, clients ou concurrents)* »¹³¹, l'abus serait alors de profiter de cette puissance économique pour imposer certaines conditions contractuelles déloyales à ses cocontractants.

L'abus de puissance économique exercé par le professionnel sur le consommateur (ou non professionnel) touchait non pas au contenu du contrat mais à la relation entre ces deux parties et à l'abus en lui même exercé de l'une sur l'autre, et la relation entre professionnel et commerçant devenait, à coté de l'avantage excessif (ancien déséquilibre significatif), un critère de qualification de l'abus, comme il existe en droit américain avec l'étude de la conduite *unconscionable* par exemple.

Depuis 1995, l'article L 132-1 du Code de la consommation a été modifié et ce critère a été supprimé pour créer un critère unique, celui du déséquilibre significatif : l'abus, au delà de l'encadrement des parties, ne ressort alors que des termes contractuels en eux mêmes.

Cette lutte contre les clauses abusives ne s'est néanmoins pas limitée à cette relation professionnel – consommateur ou non professionnel tirée de l'article L 132-1 du Code de la

¹²⁹ « *a large, experienced boat retailer [and] on the other hand, [the purchaser was] a relatively inexperienced individual, particularly in the area of purchasing boats to be used commercially* ».

¹³⁰ Loi n°95-96 du 1 février 1995 qui modifie l'article L 132-1 du code de la consommation

¹³¹ Vocabulaire juridique, Gerard Cornu, 2015

consommation, mais s'est étendue à d'autres matières, comme le droit de la concurrence. L'article L 442-6 du Code de commerce prévoit en effet qu' « *I.- Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». L'ajout de cet alinéa par la loi du 4 août 2008¹³² démontre bien la prise de conscience qui a été celle des français, et qui existe depuis longtemps aux Etats-Unis, du fait que les consommateurs ne sont pas les seuls susceptibles de subir les inégalités découlant d'une clause abusive.

Par cet article, il est maintenant possible d'engager la responsabilité de « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* », lorsque ce dernier soumet un partenaire commercial à des obligations créant un « déséquilibre significatif », sans que soit précisée la manière dont ces obligations sont imposées.

Par l'étude de différents arrêts, comme celui de la Chambre commerciale du 3 mars 2015¹³³, il apparaît que l'article L 442-6 du Code de commerce traite de clauses identiques à celles de l'article L 132-1 du Code de la consommation : dans cet arrêt, le déséquilibre d'une clause avait été caractérisé « *qu'il n'existe pas de réciprocité dans les conditions de mise en oeuvre de la révision des tarifs* ». Avec le travail de catégorisation des clauses créant un déséquilibre au visa de l'article L 132-1 du Code de la consommation, nous avons déjà pu voir qu'un des grands exemples de clauses abusives était la clause présentant un avantage dépourvu de contrepartie pour le professionnel, comme c'est le cas dans cet arrêt.

Cela se confirme lorsque le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC sur l'imprécision du critère du déséquilibre significatif, affirme que le « *« déséquilibre significatif » entre les droits et obligations des parties (...) figure à l'art. L. 132-1 C. consom. ; qu'en référence à cette notion, (son) contenu est déjà précisé par la jurisprudence* »¹³⁴. Ce critère est de ce fait clair parce que qu'il est déjà appliqué de la même manière par les juges avec le Code de la consommation.

La principale distinction du Code de commerce avec le Code de la consommation serait alors que cette disposition ne concerne pas les professionnels et consommateurs, mais les

¹³² Loi n°2008-776 du 4 août 2008

¹³³ Com. 3 mars 2015, n°13-27525

¹³⁴ Cons. const. 13 janv. 2011: D. 2011. 415, note Picod

professionnels entre eux, et même une catégorie encore plus large que ces professionnels, c'est à dire « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* », avec la condition qu'ils soient partenaires commerciaux pour pouvoir être débiteur ou créancier de ce régime. Les autorités françaises ont donc compris, de la même manière que les juges américains l'ont fait, que le rapport de force et les abus pouvaient exister en dehors du cadre fermé du professionnel et du consommateur, mais le législateur a préféré prévoir une autre disposition dans un code différent que d'étendre le régime de l'article L 132-1 du Code de la consommation, ce code ayant été élaboré essentiellement pour la protection des consommateurs. Le législateur français a tout de même fait évoluer le régime initial : l'article L 442-6 condamne un professionnel qui « *de soumettre ou de tenter de soumettre* », donc sanctionne plus un comportement qu'une disposition contractuelle.

c) Vers un alignement du déséquilibre significatif sur le régime de l'unconscionability par son entrée dans le droit commun

L'extension du domaine des clauses abusives et de la lutte contre le déséquilibre significatif continuent encore une fois avec la naissance de l'article 1171 du Code civil réformé, entrant en vigueur le 1^{er} octobre 2016, qui disposera comme suit : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.*

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »¹³⁵.

Par conséquent, le principe d'interdiction des clauses abusives s'apprête à faire son entrée dans le droit commun, sans que le texte ne précise réellement les modalités de son nouveau régime.

Il ressort de l'article que ce nouveau régime ne touchera que les contrats d'adhésion, alors que le critère de négociation ne caractérise pas ce même régime dans le droit de la consommation¹³⁶. Par ailleurs, cet article 1171 réformé semble reprendre à son compte les

¹³⁵ Article 1171 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

¹³⁶ L'article 1108 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 définit le contrat d'adhésion comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* » : la négociation du contrat est donc au centre de cette définition

différents éléments du régime actuel des clauses abusives : le critère du « déséquilibre significatif des droits et obligations » reste le même, ainsi que la limite de « l'objet principal du contrat » et de « l'adéquation du prix à la prestation ». Mais, encore faut-il observer que le droit de la consommation est une législation relevant d'une politique législative particulière, qui peut obéir à des raisonnements qui ne se retrouvent pas exactement en droit commun, et cette réforme pourrait donc conduire à modifier la dialectique actuelle¹³⁷.

Au vu de ce travail de comparaison entre le droit français et américain, l'apparition de cet article ne peut que nous interroger sur le nouveau régime qui sera le sien. L'*unconscionability*, qui présente cette même volonté de protéger les parties jugées faibles dans des contrats, est un principe de droit commun.

Par son entrée dans le Code civil, cette lutte contre les clauses abusives ne pourra plus seulement toucher le consommateur ou non professionnel et le professionnel, mais deux parties qu'il faut qualifier. Le déséquilibre significatif sera-t-il alors l'unique critère pour déterminer l'abus, sans obligation d'établir un quelconque rapport de force entre deux parties ?

Cela paraît plus qu'audacieux, et irait à l'encontre de la volonté législative de protéger par ces outils la partie faible, puisque le juge n'aurait pas à déterminer si une partie était en position de faiblesse par rapport à son cocontractant, ce qui était sous-entendu auparavant lorsqu'il était imposé à la partie qui souhaitait bénéficier de ce régime de prouver que l'acte réalisé n'était pas en rapport direct avec son activité professionnelle.

Par conséquent, ces différentes affirmations laissent à penser que le juge, ou les parties, seront dans l'obligation de prouver leur position de faiblesse, et la position bien meilleure de leur cocontractant, notamment d'un point de vue économique. Dans ce cas alors serait conservée l'idéologie de la lutte contre les clauses abusives.

Cette démonstration est exactement celle qui est mise en œuvre dans l'*unconscionability* : pour qu'un contrat soit *unconscionable*, il est nécessaire qu'existe une échelle mobile avec un degré d'*unconscionability* substantielle, c'est à dire une inéquité découlant du contrat lui-même (cela se rapprochant de la nécessité de qualifier une clause créant un déséquilibre significatif), et d'*unconscionability* procédurale, un rapport de force entre une partie faible et

¹³⁷ L'équilibre dans le contenu du contrat – Pierre Sirinelli – Dalloz IP/IT 2016 p 240

une partie forte¹³⁸. Pour déterminer ce rapport de force, le juge américain se fonde sur de nombreux critères que nous avons déjà étudiés : l'éducation, l'intelligence, la vieillesse, l'expérience commerciale... . Reconnaître qu'un contrat ou une clause est *unconscionable* tient presque plus de l'intuition ou du sentiment du juge que de l'appréciation objective des faits de chaque espèce, et c'est même ce qui fait la complexité et l'intérêt de cette notion. Mais, ces traits caractéristiques de la notion d'*unconscionability* paraissent difficilement transposables en droit français, qui s'efforce toujours d'encadrer le juge et ses pouvoirs.

Il sera évidemment essentiel pour le législateur de poser un cadre, in abstracto ou in concreto, permettant au juge d'établir la faiblesse ou la force d'une partie par rapport à son adversaire.

L'analyse in abstracto est souvent utilisée pour comparer le comportement d'une personne avec celui qu'il aurait eu dans une situation similaire si elle avait été prudente et diligente. Elle est de ce fait rattachée à la notion de normalité, et à la qualification du standard, comme cela se retrouve avec le critère du déséquilibre significatif.

Cette analyse s'oppose à une étude in concreto, c'est à dire une appréciation objective soumise au regard des circonstances propres à chaque espèce soumise au juge.

Aujourd'hui en droit français, la qualification de professionnel et de consommateur ou de non professionnel était fixée selon des critères objectifs : la finalité de l'acte conclu pour l'un comme pour l'autre, et selon une analyse in concreto, en tenant compte de toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat, des autres clauses du contrat et des clauses d'un contrat connexe.

L'institution du « contrat d'adhésion » pour déterminer l'abus peut alors permettre de pallier à la disparition de ces qualifications : l'exigence de termes qui ne soient pas négociés légitime le législateur dans l'idée qu'une partie est plus forte que l'autre, dès lors qu'elle a pu imposer des termes sans aucune négociation. L'acceptation sans négociation va en effet à l'encontre du principe français reconnaissant que le contrat est le fruit de la volonté des deux parties¹³⁹. La tâche du juge se dédoublera de ce fait : en plus de devoir déterminer le déséquilibre éventuel d'une clause, il devra décider si le contrat conclu était un « contrat d'adhésion » pour que l'article 1171 puisse être mis en oeuvre. Sans cette restriction, tous

¹³⁸ Maxwell v. Fid. Fin. Servs., Inc., 907 P.2d 51, 58 (Ariz. 1995)

¹³⁹ Les nouveautés de la réforme du droit des obligations, Pascale Guiomard, Dalloz actualité 15 février 2016

les contrats, qu'ils soient négociés ou d'adhésion, seraient soumis à ce nouvel instrument de police contractuelle. Certains auteurs affirment alors que « *ce serait assurément aller trop loin. Les clauses d'un contrat de gré à gré ne sauraient être traitées comme les clauses d'un contrat d'adhésion* »¹⁴⁰.

Le contrat d'adhésion, qui est défini pour la première fois dans le Code civil, est celui « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* »¹⁴¹.

Le rapport relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 précise alors que cette restriction permet de rassurer les « *inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français* »¹⁴².

Les droits français et américain ont par conséquent construit un véritable régime autour des clauses abusives et de l'*unconscionability*. L'article L 132-1 du Code de la consommation détermine et encadre précisément les critères des clauses abusives et les pouvoirs que peut exercer le juge pour déterminer l'abus et le sanctionner, et ce même si la notion de déséquilibre significatif n'est nullement défini. Le droit américain a, par le droit écrit mais surtout par la jurisprudence, développé de la même manière un véritable régime autour de cette notion d'*unconscionability*, mettant en avant de nombreux critères, aussi bien pour déterminer l'*unconscionability* des termes du contrats, l'*unconscionability* substantielle, que les parties et le rapport de force qui les caractérise, l'*unconscionability* procédurale. Mais, ces différents régimes présentent une caractéristique commune : ils laissent avec le régime mis en place une marge d'action importante aux juges, français comme américain, pour qu'ils puissent déterminer l'injustice aux vues des faits en question. Le droit, qui parfois encadre ces derniers, apparaît surtout comme un guide dans ce travail de caractérisation. L'importance du rôle de ces juges se retrouve de la même manière par l'existence de divers mécanismes, qui permettent de la même manière de protéger des parties qui sont considérées comme faibles.

¹⁴⁰ Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme, François Chénéde, Recueil Dalloz 2015 p.1226

¹⁴¹ Article 1110 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

¹⁴² Rapport relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Partie 2 : La prohibition du déséquilibre significatif : un outil de protection de la partie faible en droits français et américain

Le Restatement (second) des contrats et le Code de commerce uniforme d'un coté, le Code de la consommation et bientôt le Code civil de l'autre, sont venus organiser la lutte contre les clauses abusives pour guider le juge dans l'appréciation du déséquilibre significatif (Titre 1). L'étude des différences de ces systèmes démontre qu'ils peuvent présenter certains désavantages, mais les juges ont prouvé qu'ils étaient capables de pallier à leurs inconvénients par l'utilisation de mécanismes alternatifs qui permettent également de protéger de la partie faible (Titre 2).

Titre 1 : Une appréciation guidée du déséquilibre significatif

Les droits communs, américain et français sous peu, ont eu un rôle primordial dans la construction du régime de l'*unconscionability* et des clauses abusives, et ont permis d'orienter le juge dans son action (I), mais ont surtout permis au juge d'acquiescer un rôle primordial dans la protection de la partie faible (II).

I) Le juge, orienté dans son action par le droit commun

L'interprétation de l'Uniform Commercial Code pour des contentieux de droit commun (a) aussi bien que le Code de la consommation et bientôt le Code civil (b) ont conféré aux différents juges des clés pour apprécier le critère du déséquilibre significatif.

a) Aux Etats Unis, l'interprétation de l'Uniform Commercial Code en droit commun

En 1951, le Code de commerce uniforme est venu stabiliser une jurisprudence plus qu'abondante et diversifiée sur l'*unconscionability*. Mais, il est vrai que la section 2.302 de ce code ne précise pas réellement le régime permettant au juge de déterminer l'abus d'une clause ou d'un contrat, et déclare seulement : « *si la cour trouve que le contrat ou que l'une*

des clauses du contrat était unconscionable au moment de sa formation »¹⁴³. Nous avons déjà pu étudier que Karl Llewellyn a volontairement rédigé la section visée de matière assez ouverte pour donner aux juges un instrument leur permettant de développer le droit en fonction des besoins de la société. Ces juges étaient les plus à même de juger de l'abus aux vues des circonstances qui sont diverses, et complexes à prévoir.

De la même manière, les commentaires qui accompagnent cette section expliquent qu'ils sont destinés « à permettre aux tribunaux de réagir explicitement contre les contrats ou clauses qu'ils trouvent être unconscionable »¹⁴⁴, mais ils ne donnent que des exemples concrets sans mettre en avant un régime particulier.

Ce système s'est prolongé en dehors du droit de la vente et du Code de commerce uniforme, notamment dans le Code uniforme des crédits à la consommation et la Loi uniforme sur la pratique des ventes de consommation, pour être finalement appliqué par les juges dans tous types de transaction, au point que le Restatement (Second) des contrats ait envisagé l'*unconscionability* d'une manière identique dans sa section 208, en 1979 : « *si le contrat ou l'une de ses clauses est unconscionable au moment de la formation du contrat, la cour peut (...)* »¹⁴⁵.

Cette dernière section est également accompagnée de commentaires, mais qui, à la différence du Code de commerce uniforme, présente différents critères pour aider une nouvelle fois le juge dans sa découverte de l'*unconscionability*.

Ainsi, le Restatement ne prend pas en compte la distinction traditionnelle et reconnue entre *unconscionability* procédurale et substantielle, mais décrit trois facettes de l'*unconscionability* : le déséquilibre général du contrat, les faiblesses dans le processus de négociations et les termes unconscionables.

L'*unconscionability* fondée sur les faiblesses dans le processus de négociation¹⁴⁶ correspond à la différence de pouvoirs contractuels des parties que nous avons déjà pu étudier : ce n'est

¹⁴³ § 2-302. Unconscionable contract or Clause : « (1) *If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made.* »

¹⁴⁴ « *is intended to make it possible for the courts to police explicitly against the contracts or clauses which they find to be unconscionable* »

¹⁴⁵ §208 of the Restatement (Second) of Contracts, Unconscionable contract or term : « *If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may* »

¹⁴⁶ Pour exemple, State ex rel. Lefkowitz v. ITM, Inc., 52 Misc.2d 39, 275 N.Y.S.2d 303 (Sup. Ct. 1967) : « *le pauvre, naïf consommateurs confrontés à des tactiques de vente pour lui faire pression* ».

pas un critère de fond du régime en droit français, comme celui du déséquilibre significatif, mais renvoie à la qualification des deux parties (consommateur ou non professionnel – professionnel).

Le déséquilibre général du contrat¹⁴⁷ est comparable à la limite fixée du régime français des clauses abusives : l'écart de prix des prestations, interdit en France pour ne pas que soit réintégrée la lésion grâce aux clauses abusives (voir supra : l'*unconscionability* : un contrôle quasi illimité).

Mais, ces mêmes commentaires précisent directement que l'inégalité des positions contractuelles des parties n'est pas suffisante en elle-même et n'est pas susceptible de justifier à elle seule l'annulation ou la modification du contrat.

En effet, pour qu'un contrat ou une clause soit jugé *unconscionable*, les commentaires expliquent qu'il est nécessaire de trouver dans ce contrat des « clauses inéquitables »¹⁴⁸. Les commentaires distinguent alors deux types de clause : celles qui sont *unconscionable* indépendamment du contexte et celles qui le sont en fonction du contexte.

Il est vrai que l'*unconscionability* procédurale est le point de départ de la plupart des décisions d'*unconscionability*, mais n'est certainement pas suffisante si l'*unconscionability* substantielle n'est pas présente. Aucune décision n'est annulée sur ce seul fondement, ce qui distingue l'*unconscionability* des vices du consentement. Ce concept de clause inéquitable renvoie à l'*unconscionability* substantielle, c'est à dire aux termes déraisonnables qui sont contenus dans le contrat. Il équivaut à l'étude des termes contractuels en droit français, à leur objet et leurs effets, déterminant le déséquilibre significatif d'une clause : « *les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer (...) un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* »¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Pour exemple, *Frostifresh Corp. v. Reynoso*, 52 Misc2d 26, 274 N.Y.S.2d 757 (Dist. Ct. 1966) : le prix facturé dans un cas se composait d'une incorporation de prix en espèces s'élevant au moins au montant du bénéfice raisonnable, plus un différentiel cache de prix au temps important (28 %), ainsi que des intérêts du montant maximal admissible

¹⁴⁸ Pour exemple, *Jacklich v. Baer*, 57 Cal. App. 2d 84, 135 P.2d 179 (1943) : les juges ont décidé que la clause de renouvellement tacite du contrat était trop favorable à l'une des parties donc non exécutoire.

¹⁴⁹ Article L 132-1 du code de la consommation, alinéa 1

Les cours affirment alors que les deux facettes de l'*unconscionability* doivent être réunies, cela selon une « échelle mobile » : la Cour suprême de l'Arizona¹⁵⁰ a noté que « *la majorité [des tribunaux] ont peut être affirmé qu'il doit y avoir un certain degré des deux unconscionability procédure et de fond pour établir une demande, et adopter une approche d'équilibrage pour les appliquer* ».

Mais, en usant d'une échelle de degrés, cela impose qu'un degré minimum de chacun des deux critères soit réuni.

Ainsi, les deux principaux articles qui ont défini cette notion complexe ont permis de la comprendre un peu plus, mais le véritable régime de l'*unconscionability* s'est établi grâce à la pratique des juges et aux différentes décisions rendues sur ce sujet.

La définition donnée par l'arrêt *Williams v. Walker Thomas*¹⁵¹ a permis de l'appréhender encore plus, et c'est précisément de cette définition que découle la distinction entre le fond et la procédure : « *il a généralement été reconnu que l'unconscionability incluait une absence de choix significatif (l'unconscionability procédurale) pour l'une des parties, combinée avec des termes qui sont déraisonnablement favorables à l'autre partie (l'unconscionability substantielle)* ».

Pour guider les juges de façon encore plus précise, certaines décisions ont regroupé et mis en avant différents facteurs qui se retrouvaient au sein de nombreuses décisions.

L'arrêt *Wille v. Southwestern Bell Telephone Co*¹⁵², par exemple, présente plusieurs éléments permettant de qualifier le rapport de force entre les parties, l'*unconscionability* procédurale, et de déterminer l'abus des termes contractuels, l'*unconscionability* substantielle, et ce au point qu'il est considéré comme un guide pour le juge et a été qualifié de test des 10 facteurs. Il décrit par exemple l'existence d'un prix excessif ou un écart important du prix de revient dans un contrat, une clause qui équivaut à un déni des droits fondamentaux ou des voies recours, une clause de pénalité ou même un déséquilibre global dans le marché : ces différents éléments peuvent donc constituer des signes d'un contrat ou d'une clause *unconscionable*.

Grâce à ces différentes décisions, les juges mettent généralement en place un raisonnement en 3 étapes, comme il a par exemple été réalisé dans l'arrêt *Henningsen v. Bloomfield*

¹⁵⁰ *Maxwell v. Fid. Fin. Servs., Inc.*, 907 P.2d 51, 58 (Ariz. 1995)

¹⁵¹ *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965)

¹⁵² *Wille v. Southwestern Bell Telephone Co*, 549 P.2d 903 (1976)

Motors, Inc¹⁵³ : l'étude du caractère de la clause et de ses effets en constitue la première étape, puis l'appréhension du pouvoir de négociation des différentes parties pour finir par l'apparence de la clause dans le contrat.

En plus, certains types de clauses ont été jugés comme plus risqués et reçoivent de ce fait un contrôle plus rigoureux des juges¹⁵⁴: celles sur les des dommages-intérêts, les dommages à décharge (exculpatory damages), les clauses d'avertissement (disclaimer), les clauses de non-concurrence, les clauses de limitation de responsabilité, de limitation de recours, et les clauses d'arbitrage.

André TUNC¹⁵⁵ reconnaît quant à lui quatre catégories principales de clauses qui sont concernées par l'*unconscionability* substantielle : les clauses exclusives de garanties, les clauses limitant les recours, les clauses autorisant les parties à mettre fin au contrat et les clauses déterminant une juridiction en cas de litige.

b) En France, du Code de la consommation au Code civil

L'arrêt *Williams v. Walker Thomas*¹⁵⁶ définit, à côté de l'*unconscionability* procédurale, une autre facette de l'*unconscionability* : l'*unconscionability* substantielle, représentant des termes déraisonnablement favorables à l'une des parties.

La France a de la même manière mis en place un critère unique permettant de déterminer l'abus des termes d'une clause contractuelle : le déséquilibre significatif, qui remplace un des critères mis en place en 1978, celui de l'avantage excessif. Le déséquilibre significatif d'une clause permettra à l'une des parties de bénéficier d'un avantage qui lui sera alors favorable, déraisonnablement par rapport à la situation dans laquelle sera son cocontractant.

Les constructions française et américaine semblent ainsi assez proches. Néanmoins, le critère du déséquilibre touche plus spécifiquement aux droits et obligations des parties :

¹⁵³ *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (N.J. 1960) : dans cet arrêt, le contrat, standardisé, contenait une clause qui se retrouvait dans tous les contrats du type, et était donc conforme aux pratiques de la profession. La clause a quand même été annulée par le juge parce que elle était jugée contraire à l'ordre public.

¹⁵⁴ Larry A. DiMatteo & Bruce Louis Rich, *A Consent Theory of Unconscionability*, 33 Fla. St. U. L. Rev. 1067, 1115 (2006)

¹⁵⁵ La notion d'*unconscionability* dans les droits anglais et américain des contrats, Bonnard Isabelle, Tunc André, 1988

¹⁵⁶ *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965)

« sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer (...) un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »¹⁵⁷.

Ce critère concerne aussi bien les professionnels et consommateurs (ou non professionnels) du Code de la consommation que les partenaires commerciaux du Code de commerce¹⁵⁸ et, prochainement, les contractants dans le Code civil : l'avant projet de réforme du droit des contrats a conservé la même condition de « déséquilibre significatif des droits et obligations ».

Le sens de « droits », au pluriel, doit s'entendre ici de l'ensemble des prérogatives attachées à la personne et découlant d'un contrat.

Les « obligations », dans le même ordre d'idée, représentent l'ensemble des devoirs attachés à la personne et découlant d'un contrat.

Il serait malgré tout réducteur de penser que l'inégalité que le législateur tente de combattre ne peut être que juridique, et ne toucher qu'aux droits et obligations du contrats. Il est nécessaire de rappeler que les contrats sont en général utilisés pour réaliser une opération économique.

Aucune conception morale du déséquilibre significatif n'est également mise en avant par cet article, comme le rappelle Claire-Marie Peglion-Zika¹⁵⁹ dans sa thèse, élément qui distingue encore une fois le droit français et américain : *« même si la stipulation de clause abusive constitue en elle-même une faute, cette faute n'est pas une condition de l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation¹²²⁵ et l'appréciation du caractère abusif d'une clause se dispense d'un jugement de valeur sur l'attitude des contractants »*. Le droit américain des clauses abusives ne se fonde que sur l'intuition du juge guidée par le droit, il contient évidemment un jugement de valeur de celui-ci sur le comportement de l'individu.

Ce même auteur considère alors que le déséquilibre significatif est un « critère juridico économique ». Bien évidemment, une clause peut être déclarée abusive parce que les prérogatives économiques découlant du contrat sont inégales. Découle de cela l'idée que le

¹⁵⁷ Article L 132-1 du code de la consommation

¹⁵⁸ Article L442-6 du code de commerce : *« Engage la responsabilité de son auteur (...) le fait (...) De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »*

¹⁵⁹ La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation par Claire-Marie PEGLION-ZIKA (Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013)

terme de « droit » et d' « obligations » au sens des articles du Code de la consommation ou du Code de commerce sont envisagées de façon large comme les prérogatives qui découlent du contrat. La Cour de Justice de l'Union Européenne a confirmé que l'existence d'un déséquilibre significatif ne se traduit pas nécessairement par un coût économique, mais qu'il peut résulter d'une entrave du consommateur à l'exercice de ses droits¹⁶⁰.

Néanmoins, il ne faut pas oublier que les clauses abusives ne peuvent en principe pas accéder à « *la définition de l'objet principal du contrat ni (à) l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert* »

Philippe Stoffel-Munck le décrit parfaitement : « *le mécanisme de la lésion est bien mis à l'écart, mais l'idée dont il procède paraît demeurer : c'est bien à un meilleur équilibre des prestations qu'on entend aboutir en privant le professionnel de certains des avantages qu'il s'était réservés* »¹⁶¹.

Par exemple, la clause d'un contrat de vente d'un véhicule automobile prévoyant le versement d'une indemnité équivalente à 20 % du prix de vente, en cas de rupture du contrat par l'acquéreur pour un motif injustifié est abusive¹⁶².

Dans le même sens, le critère de « l'abus de puissance économique » qui a disparu en 1995 était quant à lui de nature exclusivement économique, et c'est bien pour cette raison qu'il a disparu du droit français. Il était en effet imposé de déterminer une puissance économique d'une partie sur une autre, et cette partie aurait abusé de sa puissance pour imposer des termes contractuels défavorables à son adversaire.

Ainsi, le juge peut interpréter le critère du déséquilibre significatif et ce à quoi il se rapporte sans limites excessives, pour lui permettre de lutter le plus profondément possible contre les clauses abusives.

¹⁶⁰ CJUE 16 janv. 2014, Constructora Principado SA c/ José Ignacio Menéndez Álvarez, aff. C-226/12, D. 2014. Actu. 269, la clause en question précisait : « *L'acheteur est redevable de l'impôt municipal sur l'augmentation de la valeur des biens de nature urbaine, cela ayant été pris en compte pour l'établissement du prix des immeubles faisant l'objet du contrat.*

L'acheteur est également redevable des frais d'abonnements individuels pour les diverses consommations telles que l'eau, le gaz, l'électricité, les égouts, etc., même lorsqu'ils ont été avancés par le vendeur.»

¹⁶¹ Ph. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000, nos 349 s. qui critique tant l'idée de clause abusive que sa qualification.

¹⁶² CA Lyon, 3 févr. 2009 : JurisData n°2009-002192

Les décrets édictés par le pouvoir réglementaire¹⁶³, les recommandations de la Commission des clauses abusives ainsi que les nombreuses décisions rendues par les juges ont également conféré et confèrent une aide précieuse dans la détermination du déséquilibre du contrat au sens de l'article L 132-1 du Code de la consommation.

C'est grâce à cette production que de nombreux auteurs ont pu catégoriser certains déséquilibres pouvant caractériser des clauses abusives¹⁶⁴ : un avantage dépourvu de contrepartie trouve par exemple sa place pour illustrer ce que peut être le déséquilibre significatif, critère qui renvoie au caractère commutatif¹⁶⁵ du contrat. Dans ces affaires, les juges mettent l'accent sur le fait que certains avantages concédés par les professionnels se justifient par une contrepartie, de nature différente, offerte au consommateur¹⁶⁶.

De la même manière, les clauses conférant un pouvoir unilatéral au professionnel sont généralement abusives, à moins qu'elles ne se trouvent contrebalancées par la faculté offerte au consommateur de se délier du contrat¹⁶⁷.

Enfin et surtout, les clauses qui heurtent indirectement ou directement les droits du consommateur constituent des indices d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹⁶⁸.

¹⁶³ Article R 132-1 et R 132-2 du code de la consommation

¹⁶⁴ Recueil Dalloz - Clauses abusives – Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD – juin 2014

¹⁶⁵ Vocabulaire juridique, Cornu, 2015 : « *espèce de contrat à titre onéreux dans lequel, par opposition au contrat aléatoire, les parties connaissent dès le moment où elles contractent l'étendue des prestations respectives qu'elles doivent fournir* ».

¹⁶⁶ Pour exemple, Civ. 1re, 5 juill. 2005, n° 04-10.779 : « *constitue une clause abusive celle qui ne mentionne pas que, après la conclusion du contrat de vente, une modification liée à l'évolution technique ne peut être opposée à l'acquéreur d'un véhicule automobile sans raison valable expressément spécifiée au contrat ; Mais attendu que la Cour d'appel qui relève que (...) cette clause qui réservait au client la faculté de ne pas donner suite au contrat si la modification apportée aux caractéristiques du véhicule portait sur l'une de celles qu'il aurait estimées déterminantes de son consentement, ne créait aucun déséquilibre significatif* »

¹⁶⁷ Pour exemple, Civ. 1re, 23 janv. 2013, n° 10-28.397 : « *la clause selon laquelle : "La carte est délivrée par la Caisse d'épargne, dont elle reste la propriété, à la demande et sous réserve d'acceptation de la demande, à ses clients titulaires d'un compte et/ou à leurs mandataires dûment habilités" est abusive dans la mesure où elle institue un pouvoir discrétionnaire au profit de la Caisse et lui permet ainsi sans motiver son refus, de ne pas délivrer de carte de paiement ou de retrait* »

¹⁶⁸ Pour exemple, Civ. 1re, 13 déc. 2012, n° 11-27.766 : « *alors qu'est abusive en ce qu'elle crée, au détriment de l'élève, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, la stipulation contractuelle qui fait du prix total de la scolarité un forfait intégralement acquis à l'école dès la signature du contrat et qui, sans réserver le cas d'une résiliation pour un motif légitime et impérieux, ne permet une dispense partielle du règlement de la formation qu'en cas de force majeure, la juridiction de proximité a violé le texte susvisé* »

L'aide profonde du droit français pour guider le juge se révèle encore une fois au delà du droit écrit par l'existence de soft law plus que dense sur ce sujet: la Commission des clauses abusives, par exemple, rédige de nombreuses recommandations permettant au juge de se prononcer sur une clause plus facilement¹⁶⁹. Cette commission peut également être saisie, par le ministre chargé de la consommation, par les associations agréées de défense des consommateurs, par les professionnels intéressés et surtout par le juge au cours d'un litige pour avis seulement, cette solution ne lui sera donc pas imposée¹⁷⁰.

L'attitude des autorités françaises peut ainsi apparaître paradoxale : d'un côté, le critère du déséquilibre significatif n'est pas défini *a priori* et de façon objective, ce qui laisse aux juges une marge de manœuvre assez grande pour pouvoir qualifier l'abus, et rappelle le rôle fondamental du juge en droit américain. D'un autre côté, la mise en place d'une autorité comme la Commission des clauses abusives ou l'élaboration de décrets prévoyant des cas précis dans lesquels une clause sera jugée irréfragablement abusive ou présumé abusive, démontre que ces autorités restent réticentes à offrir un pouvoir trop important au juge qui pourrait conduire à son arbitraire.

Le droit se présente alors comme cadre du pouvoir du juge, en France et aux Etats Unis, mais aussi comme un guide pour qu'il exerce son action. Cette action démontre néanmoins l'importance qu'occupe le juge dans la lutte contre les clauses abusives dans ces deux pays.

II) Le rôle primordial du juge dans la protection de la partie faible

C'est par l'étude de l'*unconscionability* et des clauses abusives que se révèlent les conceptions fondamentalement différentes des systèmes : la théorie de l'*unconscionability* reflète l'importance du juge en droit américain (a), alors que les droits européen et français sont des limites au pouvoir du juge français (b).

¹⁶⁹ Sur l'ensemble des recommandations de la Commission des clauses abusives : <http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm>

¹⁷⁰ Article R. 534-4 du Code de la consommation

a) La théorie de l'*unconscionability* comme reflet de l'importance du juge en droit américain

La règle d'*unconscionability*, comme elle est prévue à la section 2.302 du Code de commerce uniforme, n'a pas d'intérêt réel pour comprendre ce que recouvre cette règle, mais permet d'établir deux éléments : les sanctions applicables si un contrat ou une clause est *unconscionable*, sanctions qui sont diverses, et le régime de la preuve pour les parties :

« (1) *Si, en matière de droit, la cour trouve que le contrat ou que l'une des clauses du contrat était unconscionable au moment de sa formation, elle peut refuser d'ordonner l'exécution du contrat, ou ordonner son exécution sans la clause unconscionable, ou limiter l'application de la clause unconscionable de façon à éviter un résultat injuste.*

(2) *Quand il est prétendu ou qu'il apparaît à la cour que le contrat ou l'une de ses clauses pourrait être unconscionable, les parties doivent avoir la possibilité raisonnable de présenter leurs dépositions quant au contexte commercial, au but ou à l'effet (du contrat et de la clause) afin d'aider la cour à se prononcer ».*

De ces deux informations découlent pourtant un élément déterminant : le rôle primordial du juge dans l'application de cette règle. En effet, et tout d'abord au vu du nombre de sanctions possibles qui sont offertes à ce dernier, il pourra aussi bien décider de refuser simplement l'exécution du contrat dans son entier, ou seulement une clause spécifique du contrat - ce qui est la seule sanction qui existe en droit français - ou limiter l'application de la clause *unconscionable*.

Une question se pose alors : comment « limiter l'application de la clause *unconscionable* » sans refuser son exécution ? Il apparaît que, pour se faire, le juge devra inévitablement modifier certains termes contractuels pour limiter son application, ce qui est sans conteste une atteinte au principe de force obligatoire des contrats. Il est délicat pour un juge de modifier l'application d'une clause sans la modifier. Les juges américains n'utilisent néanmoins que rarement cette sanction, et préfèrent refuser l'exécution d'une clause, comme c'est le cas en droit français, ou bien refuser l'exécution du contrat dans son ensemble.

Cette force du juge est fidèle à l'idéologie de la Common law et du droit américain. Il conviendra de rappeler que la caractéristique principale de la Common law se résume par l'adage de « *judge made law* » : c'est un système de droit élaboré par les juges se trouvant

dans une série d'arrêts d'espèce et se construisant d'après les précédents¹⁷¹, ce qui représente l'élément le plus important qui distingue la jurisprudence en Common Law du système du droit civil. En effet, la jurisprudence constitue une source de droit que le juge est tenu d'appliquer aux Etats Unis. Les lois ne sont pas uniquement établies par les corps législatifs, elles se fondent également sur les décisions rendues par les tribunaux. Les décisions sont nommées « précédents » et donnent une orientation aux juges lorsqu'ils doivent prendre des décisions dans des cas similaires. Bien que les corps législatifs établissent des lois, celles-ci sont interprétées par les tribunaux et ce sont les décisions des juges quant à la signification et à l'application des lois qui créent le droit. Par conséquent, la common law comporte plus de flexibilité pour s'adapter aux nouvelles circonstances et aux nouveaux cas.

William Blackstone résumait cette idée en affirmant que « *les précédents sont la meilleure preuve du droit* »¹⁷².

A l'opposé, les gouvernements établissent dans un système de droit civil des codes de lois complets et cette législation établie par le gouvernement constitue la principale source de droit¹⁷³.

Le caractère flexible est ce qui a poussé K. Llewellyn à rédiger la section 2.302 de façon ouverte pour laisser un large champ d'action au juge.

L'alinéa 2 de cette même section prévoit que « *les parties doivent avoir la possibilité raisonnable de présenter leurs dépositions quant au contexte commercial, au but ou à l'effet (du contrat et de la clause) afin d'aider la cour à se prononcer* ». Il révèle encore une fois le rôle du juge dans la détermination du caractère *unconscionable* d'une clause ou d'un contrat. K. Llewellyn déclarait en effet que « *le contexte de la transaction donne une première indication, les autorités rejettent les pratiques déraisonnables apportant ainsi les correctifs nécessaires. Cette distinction est simple et répond directement à l'intuition entraînée du juge pour ce qui est trop injuste. Le travail des cours est d'établir les limites de ce qui est permis* ». La détermination de l'*unconscionability* par le bon sens du juge est alors dans ce cadre à son apogée : il peut tenter de rechercher le contexte même de la transaction et sortir des termes du contrat et des caractéristiques des contractants pour déterminer l'abus.

¹⁷¹ Le rôle de la jurisprudence dans la Common law, par David EDWARD, 1999

¹⁷² Blackstone, cited in C. K. Allen, *Law in the Making*, 6th édition, Oxford, 1958, p. 225.

¹⁷³ Plus encore, le droit français prohibe les arrêts de principe qui énoncent une formule générale destinée à s'appliquer à toutes les situations analogues : l'article 5 du code civil dispose qu'« *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

Le juge peut ainsi rendre le contrat conforme aux habitudes du marché mais peut, éventuellement, corriger ce marché quand celui-ci est trop injuste.

Les parties ont donc également un rôle à jouer dans la détermination de l'*unconscionability* et peuvent tenter de convaincre le juge du caractère juste ou injuste d'un terme contractuel.

Mais, Arthur Allen Leff¹⁷⁴ a critiqué ce facteur, affirmant que cela ne fournit pas d'aide dans la détermination de l'*unconscionability*, car le principe même d'une transaction est que chaque homme d'affaire veut faire de l'argent et c'est la raison pour laquelle toutes les clauses existent au sein d'un contrat.

Cette étude du contexte s'étend aussi bien à l'étude de la formation du contrat qu'à son exécution. L'article 5.108 du Code uniforme des crédits à la consommation¹⁷⁵ permet notamment aux juges de sanctionner les clauses ou contrats *unconscionables*, mais aussi les conduites *unconscionables*, pratiquées soit au moment de la formation du contrat soit au moment de l'exécution du contrat, donc aussi bien les comportements déjà adoptés que ceux sur le point de l'être, si cela touche évidemment aux crédits à la consommation.

Au delà même de la sanction et de la possibilité de s'intéresser au contexte, la force du juge se reflète dans les critères de détermination de l'*unconscionability*, et notamment l'*unconscionability* substantielle.

Corbin démontrait la diversité des possibilités qui sont offertes au juge, et le justifiait en affirmant qu'il était impossible de dresser une liste des clauses *unconscionables*, qui sont « *tellement démesurées qu'elles apparaissent unconscionables* »¹⁷⁶. Comme nous avons déjà pu l'observer, le juge peut déclarer une clause *unconscionable* aussi bien lorsqu'existe une trop grande différence des pouvoirs contractuels, que lorsque les termes contractuels sont

¹⁷⁴ Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause*, 115 U. Pa. L. Rev. 485 (1967)

¹⁷⁵ Article 5.108 of the Uniform Consumer Credit Code : « (1) *With respect to a transaction that is, gives rise to, or leads the debtor to believe will give rise to, a consumer credit transaction, if the court as a matter of law finds:*

(a) *the agreement or transaction to have been unconscionable at the time it was made, or to have been induced by unconscionable conduct, the court may refuse to enforce the agreement; or*

(b) *any term or part of the agreement or transaction to have been unconscionable at the time it was made, the court may refuse to enforce the agreement, enforce the remainder of the agreement without the unconscionable term or part, or so limit the application of any unconscionable term or part as to avoid any unconscionable result ».*

¹⁷⁶ Arthur L. Corbin, *Corbin on Contracts* § 128, p. 551 (1964).

trop inéquitables ou même qu'une clause n'apparaissait pas de façon assez claire pour la partie faible dans le contrat.

Le juge peut en outre considérer qu'un manque d'alternative existe au détriment d'une des parties¹⁷⁷. Cette inégalité n'est pas due à une partie forte mais provient du marché dans lequel le contrat doit s'insérer, car celui-ci n'offre plus d'alternative au contrat qui est présenté. Dans ce cas souvent, les acheteurs ne présentent pas les faiblesses observées, c'est alors l'abus du marché qui est sanctionné.

Mais, le droit français refuse de faire l'amalgame entre la formation du contrat et son exécution. Le législateur français préfère en général agir au niveau de la phase précontractuelle, au niveau de la formation du contrat, et l'exécution ne peut servir comme critère d'appréciation de l'abus au jour de la formation.

Au lieu de donner au juge le pouvoir de réviser les contrats inéquitables comme en droit américain, le droit français préfère intervenir directement en prohibant tout simplement l'incorporation de certaines clauses.

b) Les droits européens et français comme cadre au pouvoir du juge français

La longueur de l'article L 132-1 du Code de la consommation illustre parfaitement l'encadrement qu'établit le droit français du juge dans sa recherche des déséquilibres significatifs.

Ainsi, il est prévu que « *les clauses abusives sont réputées non écrites* ».

La clause est donc censée ne jamais avoir été incluse dans le contrat : le pouvoir de sanction du juge apparaît ainsi plus limité qu'en droit américain, et ce d'autant plus qu'il est précisé à la fin de l'article que « *le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses* », disposition qui ne sert qu'à confirmer l'existence d'une seule sanction.

¹⁷⁷ Pour exemple, décision *Allen v Michigan Bell Telephone Co* 61 Mich. App. 62 (1975). 232 N.W.2d 302 dans le cas d'un contrat entre un agent d'assurances et un commerçant en publicité : l'annuaire en question était le seul distribué gratuitement dans la région, donc il n'existait pas d'alternative réaliste à la souscription cet annuaire.

De façon encore plus importante, il est affirmé que « *les dispositions du présent article sont d'ordre public* ». La Cour de Justice des Communautés Européennes a interprété cet alinéa en déclarant que le juge devait soulever d'office l'abus découlant d'une clause : « *le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet* »¹⁷⁸.

L'impératif plus que capital de lutte contre l'abus des clauses (ou des contrats) se reflète en droit français par l'encadrement que fait le législateur du juge et de son action, en lui imposant par exemple de soulever d'office le caractère abusif d'une clause, ou en précisant que l'article L 132 - 1 du Code de la consommation est d'ordre public.

Mais, cette protection des parties faibles, ou des consommateurs et non professionnels, se rapproche en droit français et américain avec l'alinéa 5 de l'article L 132-1, qui prévoit : « *sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre* ».

La CJUE considère que ce travail d'appréhension des circonstances et du contexte par le juge revêt une importance particulière : la Cour de Justice de l'Union Européenne impose au juge national une obligation « *de procéder à une instruction d'office en vue de l'établissement des éléments de fait et de droit nécessaires à l'appréciation du caractère abusif d'une clause* »¹⁷⁹. De la même manière, elle prévoit qu'une stipulation apparemment équilibrée peut s'avérer abusive, une fois replacée dans son environnement contractuel. Inversement, une clause qui paraît procurer un avantage excessif au professionnel ne peut plus être qualifiée d'abusif si elle trouve une contrepartie au profit du consommateur dans une autre stipulation¹⁸⁰.

¹⁷⁸ CJCE 4 juin 2009: D. 2009. 2312, note Poissonnier

¹⁷⁹ CJUE 9 nov. 2010, VB Pénzügyi Lízing Zrt c/ Ferenc Schneider, aff. C-137/08, D. 2011. Pan. 983, obs. Poillot

¹⁸⁰ CJUE 26 avr. 2012, Invitel

Même si les méthodes d'interprétation du juge pour qualifier l'abus d'une clause sont prévues textuellement par ces articles, il apparaît clairement que le juge français dispose d'outils assez larges pour se faire, ce qui le rapproche du juge américain.

Le juge peut se référer à toutes les autres clauses du contrat, et même aux clauses d'un autre contrat qui est dépendant de celui en cause.

Les auteurs¹⁸¹ résument cette dépendance sous l'expression « d'unité économique » de l'opération divisée en plusieurs conventions qui n'opèrent aucun renvoi entre elles et invoquent pour cela l'article 4.1 de la directive du 5 avril 1993, lequel vise de façon plus large que le texte français « *toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend* ».

Le texte précise que le juge peut se référer « *à toutes les circonstances qui entourent la conclusion (du contrat)* ». Cette faculté est comparable au droit américain et rappelle la faculté offerte au juge de s'intéresser au contexte pour apprécier l'*unconscionability*. Philippe Delebecque affirme en effet que « *la notion de clause abusive reçoit une large extension : tous les aspects du contrat sont concernés, qu'il s'agisse de formation, de reconduction, de responsabilité ... ou, comme ici, d'exécution* »¹⁸².

Mais, cette disposition reste critiquable : le juge doit se placer au moment de la conclusion du contrat pour apprécier le déséquilibre significatif.

La jurisprudence le rappelle ainsi : « *pour apprécier le caractère abusif d'un délai de «franchise» dans un contrat d'assurance garantissant une ouverture de crédit, le juge doit se placer à la date de la conclusion du contrat, où la reconduction de l'ouverture de crédit était éventuelle, et non en tenant compte de la durée totale de celle-ci* »¹⁸³.

À l'égard des stipulations qui ont « pour objet » de créer ce déséquilibre, l'application du texte est aisée puisque le déséquilibre existe dès la conclusion du contrat. En revanche, pour les clauses ayant simplement « pour effet » de créer un déséquilibre significatif, et qui par conséquent ne sont pas abusives lors de la conclusion du contrat mais le deviennent lors de son exécution, l'exigence du texte apparaît délicate à mettre en œuvre. Il sera seulement

¹⁸¹ Pour exemple : M. CHAZAL, JurisClasseur Dalloz, Clauses abusives dans les contrats de consommation, 2012

¹⁸² La clause abusive est une notion de droit et il appartient aux juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, de s'expliquer sur les critères qu'ils mettent en œuvre – Philippe Delebecque – D. 1994. 12

¹⁸³ Civ. 1re, 26 févr. 2002: Bull. civ. I, no 71; Defrénois 2002. 771, obs. Savaux; RTD civ. 2003. 90, obs. Mestre et Fages.

possible pour le juge de s'aider d'éléments concernant l'exécution du contrat pour déterminer l'abus du contrat au jour de sa formation.

L'article 1171 du Code civil réformé¹⁸⁴, qui fera entrer la lutte contre les clauses abusives dans le droit commun, apparaît beaucoup plus bref : « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.*

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

Toutes les règles d'interprétation qui étaient prévues dans le Code de la consommation ne se retrouvent pas dans ce cas. Mais, la référence de l'article L 132-1 du Code de la consommation « *aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil* » laisse à penser que le juge pourra - ou devra - se référer à ces articles pour déterminer le caractère abusif d'une clause. Les règles d'interprétation ont pour la plupart été reprises dans l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, et prévoient toujours que le contrat s'interprète d'après « *la commune intention des parties* »¹⁸⁵ et les « *clauses s'interprètent les uns par rapport aux autres* » et par rapport à d'autres contrats qui « *concourent à une même opération* »¹⁸⁶.

Ainsi, deux interprétations de cet article pourront être faites : le régime du Code de la consommation pourra être repris à l'identique par les juges pour l'interprétation de cet article réformé du Code civil. Si tel n'est pas le cas, les juges ne seront plus confinés à l'appréhension de l'abus au moment de la formation du contrat, et pourront se servir de comportements qui ont suivi la formation du contrat pour déterminer cet abus, mais cela pourrait rapprocher les clauses abusives de l'imprévision, qui est une création prétorienne en principe interdite en France¹⁸⁷, mais qui sera incorporé dans une certaine mesure dans le

¹⁸⁴ Article 1171 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

¹⁸⁵ Article 1188 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

¹⁸⁶ Article 1189 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

¹⁸⁷ Arrêt Canal de Crapone, Req., 6 mars 1876, n° 06-03-1876 : « *qu'il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier la convention des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ».

Code civil réformé¹⁸⁸. Néanmoins, le fait que les clauses abusives soient intégrées dans une partie sur la formation du contrat laisse perplexe sur ce rapprochement éventuel de l'imprévision et des clauses abusives. Le rapport relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 répond à cette problématique, et décrit le critère du déséquilibre comme « *déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993* »¹⁸⁹.

Il convient néanmoins de rappeler une nouvelle fois que certaines caractéristiques propres au Code de la consommation peuvent paraître illogiques en droit commun et ne pas s'y retrouver exactement.

La sanction imposée au juge de réputer non écrite la clause abusive ne se retrouve également pas, ce qui permet également de s'interroger sur un rapprochement éventuel du droit français avec le droit américain, permettant au juge qui déclare une clause abusive de « *refuser d'ordonner l'exécution du contrat, ou ordonner son exécution sans la clause (abusive), ou limiter l'application de la clause (abusive) de façon à éviter un résultat injuste* »¹⁹⁰. Mais, la CJUE a déjà précisé que « *les juges nationaux sont tenus uniquement d'écarter l'application d'une clause contractuelle abusive afin qu'elle ne produise pas d'effets contraignants à l'égard du consommateur, sans qu'ils soient habilités à réviser le contenu de celle-ci* »¹⁹¹, ce qui laisse à penser que la sanction restera la même.

¹⁸⁸ Article 1195 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 : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

¹⁸⁹ Rapport relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

¹⁹⁰ § 2.302. Unconscionable Contract or Clause

¹⁹¹ CJUE, 14 juin 2012, Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino, aff. C-618/10

L'impératif de protection de la partie faible apparaît ainsi primordial pour les autorités françaises et américaines, qui guident le juge pour combattre ces déséquilibres le plus efficacement possible. Cette efficacité se retrouve également avec la marge d'action considérable qui est offerte à ces juges. Ces derniers, au delà même de l'utilisation des mécanismes des clause abusive et de l'*unconscionability*, se servent également de mécanismes alternatifs pour protéger les parties considérées comme faibles.

Titre 2 : L'existence de mécanismes alternatifs de protection de la partie faible

Les régimes des clauses abusives et de l'*unconscionability* sont limités par certaines exigences qui peuvent remettre en cause leur efficacité : l'*unconscionability* se dédouble en une facette procédurale et une facette de fond, les deux étant cumulatives pour qualifier l'*unconscionability*. De la même manière, le régime des clauses abusives est limité par « l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ». Les juges se sont alors servis de différents mécanismes pour protéger les parties faibles : des outils touchant à la formation du contrat, la cause et la *consideration* (I), et même des principes plus généraux, comme celui de la bonne foi (II).

I) La cause et la *consideration* comme conditions de formation du contrat

La cause (a) comme la *consideration* (b) permettent au tribunal de contrôler l'existence de contreparties au sein d'un contrat.

a) La cause, justifiant le contrôle des contreparties réciproques

« Afin de limiter plus ou moins le déséquilibre entre contractants, inhérent au contrat d'adhésion, la voie privilégiée a consisté à recourir de plus en plus massivement à la loi spéciale d'ordre public. (...) Le juge a également mobilisé la cause pour censurer quelques déséquilibres flagrants, par exemple quand l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties se révèle impossible, ou en présence d'une clause limitative de

réparation du dommage consécutif à l'inexécution d'une obligation essentielle »¹⁹². C'est par ces mots que Thierry Revet décrit l'intérêt de la cause dans la protection des parties faibles et son lien avec les clauses abusives : ces deux outils servent à assurer une certaine justice contractuelle.

L'article 1131 du Code civil précise ainsi que « *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* », alors que l'article 1133 prévoit « *la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ». La théorie classique définit alors la cause comme le but immédiat qui a déterminé un contractant à s'obliger, exclusif de tout contrôle des tribunaux sur les motifs¹⁹³. C'est donc une condition de formation des contrats.

De ces deux articles, la jurisprudence a distingué deux types de cause : la cause de l'obligation, objective, c'est à dire la contrepartie attendue au titre d'une prestation, et la cause du contrat, subjective, qui correspond aux motifs déterminants qui ont présidé à la conclusion du contrat.

De ce fait, dans les contrats synallagmatiques, « *l'obligation de chaque contractant trouve sa cause dans l'obligation, envisagée par lui comme devant être effectivement exécutée, de l'autre contractant; cette cause fait défaut quand la promesse de l'une des parties n'est pas exécutée ou s'avère soit nulle, soit de réalisation impossible* »¹⁹⁴.

La cause contrepartie (ou cause de l'obligation) est une cause en principe totalement objective, mais a été dénaturée par la jurisprudence dans le but d'appréhender le déséquilibre contractuel, celui qui est également protégé par l'article L 132-1 du Code de la consommation. La cause a par exemple été utilisée comme instrument de protection de l'obligation essentielle portée par le contrat, c'est à dire l'obligation fondamentale, qui constitue le cœur du contrat.

La chambre commerciale, dans l'arrêt du 22 oct. 1996 a en effet décidé que « *viole l'article 1131 du Code civil, la cour d'appel qui fait application d'une clause limitative de responsabilité, alors qu'en raison du manquement du débiteur à une obligation essentielle, cette stipulation qui contredit la portée de l'engagement pris doit être réputée non*

¹⁹² Recueil Dalloz 2015 p.1217, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, Thierry Revet

¹⁹³ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil, Obligations, vol. 1er, L'acte juridique, Coll. U Droit : Armand Colin, 9e Éd. 2000, n° 262

¹⁹⁴ Com. 15 janv. 1973: D. 1973. 473, note Ghestin; Gaz. Pal. 1973. 2. 495, note Guyénot

écrite »¹⁹⁵. Dans cet arrêt, une clause exclusive de responsabilité contractuelle est réputée non écrite sur le fondement de la cause au motif que cette clause portait frontalement atteinte à l'obligation essentielle souscrite par le débiteur. En effet, le débiteur de cette obligation essentielle s'engageait à exécuter sa prestation de manière très contradictoire et ne s'engageait à rien en cas d'échec de la prestation : cela constitue ainsi une forme de contradiction fondamentale qui se traduisait par une atteinte à l'obligation essentielle.

Jean-Pascal Chazal¹⁹⁶ commente l'arrêt en question en ces termes : « *L'absence partielle de cause se déduit du déséquilibre contractuel significatif créé, en termes d'utilité, par la clause limitative de responsabilité. Il est certain qu'une telle clause permet à la société Chronopost de s'exonérer de son obligation à peu de frais, sans avoir à supporter la charge de la réparation du préjudice subi par son cocontractant. Ainsi, si celui-ci ne reçoit pas l'utilité attendue par la prestation promise, c'est-à-dire non seulement le transport du pli, mais surtout son arrivée à destination à la date contractuellement prévue, il ne pourra obtenir qu'une réparation forfaitaire et minime* ». Ainsi, la cause est déterminée, de la même manière que le sont les clauses abusives, par un « déséquilibre contractuel significatif ». Elle permet donc de corriger l'économie du contrat, d'en rééquilibrer le contenu par l'annulation de la clause qui est à l'origine du déséquilibre. La sanction de l'article 1131 en l'espèce est en plus la même que celle prévue à l'article L 132-1 du Code de la consommation, c'est à dire la nullité de la clause tout en continuant l'exécution du contrat.

Ce raisonnement avait été précédé par un raisonnement du même type dans un arrêt du 9 mai 1994¹⁹⁷ à propos de clauses de réclamation de la victime qui portaient atteintes à l'obligation essentielle du contrat. En l'espèce, un assureur stipulait dans une clause qu'il conditionnait sa garantie à la déclaration du sinistre pendant l'année d'exécution du contrat d'assurance : il fallait donc que l'assuré déclare le sinistre pendant le temps d'exécution d'assurance pour être couvert. Cela paralysait alors l'effectivité de la garantie.

Il a été démontré par de nombreux auteurs que ce type de clause pouvait être sanctionnée aussi bien sous l'article 1131 du Code civil qu'avec l'article L 132-1 du Code de la consommation. Mais, même si le consommateur peut lutter contre ces clauses par L132-1

¹⁹⁵ Cour de cassation – Chambre commerciale – Jurisprudence Chronopost - 22 octobre 1996 – n° 93-18.632

¹⁹⁶ La Semaine Juridique Edition Générale n° 29, 15 Juillet 1998, I 152, Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt Chronopost (Cass. com., 22 oct. 1996), Jean-Pascal Chazal

¹⁹⁷ Cour de cassation – 1re chambre civile – 9 mai 1994 – n° 92-12.990

Code de la consommation, le professionnel ne peut pas bénéficier de cet article : « *ce faisant, cette sanction a rapproché le contrôle de l'absence de cause de celui des clauses abusives (C. consom., art. L. 132-1), tout en permettant d'en étendre le bénéfice à tous les contractants quelle que soit leur qualité. Elle a donc, par ce biais, réactivé la vocation générale du droit commun* »¹⁹⁸.

Se retrouve par conséquent avec cette condition de formation du contrat le même souci de justice contractuelle : le pouvoir donné au juge lui permet, en cette hypothèse, de contrebalancer la position de force laissée à l'une des parties au moment de la conclusion du contrat. Jean-Marie Guéguen, dans son article sur « *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle* », décrit cette même idée que l'objectif de la cause est de « *mettre à la disposition des tribunaux, non plus seulement des outils contingents et ponctuels, mais de réels instruments de droit commun, à même de faciliter le respect de l'idée de justice contractuelle* »¹⁹⁹. La cause permet alors de sanctionner certains abus et protéger des parties qui sont considérées comme faibles, au delà même des seuls consommateurs concernés par l'article L 132-1 du Code de la consommation. Cette protection rappelle exactement l'objectif de la lutte contre les clauses abusives, limite au principe de la force obligatoire des contrats venant sanctionner des déséquilibres significatifs subis par des consommateurs ayant contracté avec des professionnels, et donc contrats dans lesquels sont supposés exister un rapport de force.

Le Code civil réformé, avec son article 1169 qui intègre de la même manière ce déséquilibre des prestations, permet de distinguer le régime des clauses abusives de celui de la cause : « *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ». Il est indéniable qu'avec cette réforme et l'intégration de la cause comme de la lutte des clauses abusives dans le Code civil, la cause et les clauses abusives sont rapprochées dans un même souci de justice contractuelle, « *la sécurité juridique est ainsi à la fois l'un des objectifs de l'ordonnance et le moyen d'atteindre les autres buts, dont celui de la justice*

¹⁹⁸ JurisclasseurDalloz - Assurance transport – Judith ROCHFELD – septembre 2012

¹⁹⁹ Recueil Dalloz 1999 p.352 - Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle - Jean-Marie Guéguen

contractuelle »²⁰⁰. Mais, ces deux outils ont néanmoins été distingués, et ce en se servant de la limite du champ d'application de l'article 1171 du Code civil réformé: « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne port(ant) ni sur l'objet principal du contrat* ». De ce fait, les déséquilibres qui relèvent de l'obligation essentielle d'un contrat seront assujettis au régime de la cause, les autres à celui des clauses abusives.

b) La *consideration*, un instrument de justice contractuelle

La *consideration*, comme la cause, est une condition de formation du contrat, et touche intrinsèquement à la notion d'équilibre contractuel. Il apparaît ainsi que le droit français comme américain utilisent les notions de cause et de *consideration* non seulement pour contrôler la validité de la formation du contrat, mais aussi pour exercer un contrôle subjectif de la justice et de l'équilibre contractuel, et ce au regard des contreparties réciproques des prestations.

En effet, dans les systèmes de Common Law, une offre et une acceptation ne sont pas suffisantes à la validité d'un contrat : une promesse n'a d'effet obligatoire que si elle repose sur une *consideration*, qui représente la contrepartie promise par celui qui entend tirer un droit de la promesse faite par l'autre partie.

La *consideration* est envisagée sous la forme d'un *bargain*, d'un échange, c'est à dire quelque chose à la fois recherchée par le promettant en échange de sa promesse et accordée par le destinataire de cette promesse en échange de celle ci.

Cette « chose » qui constitue la *consideration* doit alors consister soit en une prestation, soit en une abstention, soit en une contre-promesse. Il faut aussi que la « *consideration* » soit « licite » sous son aspect d'« avantage » et sous celui de « perte ».

Seul le demandeur (*promisee*) qui avait fourni une « *consideration* », c'est-à-dire le demandeur en état de prouver qu'il avait fourni (ou allait fournir) au défendeur une prestation, ou qui, à la demande expresse ou implicite du défendeur, s'était fondé sur sa promesse, et en avait éprouvé un préjudice, pouvait obtenir satisfaction sur le fondement du contrat.

²⁰⁰ Rapport relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 au Président de la République portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

L'analyse « classique » de la *consideration* regroupe ainsi les éléments d'une négociation contractuelle (*bargain*), et étudie la contrepartie à une prestation : elle induit de façon implicite des éléments de désavantage (*detriment*) et d'avantage (*benefit*).

Le montant de la *consideration* importe peu, le montant n'est pas une condition de sa validité. Tout ce qu'une personne pourrait consentir à échanger contre la promesse d'autrui peut servir de *consideration* à cette promesse. Les tribunaux n'exigent pas qu'il y ait égalité de valeur entre la *consideration* d'un côté et la promesse ou le préjudice de l'autre.

Le fait que la *consideration* soit adéquate ou suffisante ne signifie pas qu'elle doive avoir une valeur économique suffisante. Les parties à un contrat restent en effet libres de contracter comme bon leur semble et il appartient au droit de donner valeur juridique à leur volonté et non pas de réécrire cette volonté²⁰¹.

Mais, il peut arriver que les juges regardent au delà de la promesse elle-même et s'interrogent sur la nature de la prestation qui est l'objet de la promesse : ces derniers ne vont pas juger de la proportionnalité de cette contrepartie, mais seulement savoir si cette contrepartie existe. Si ce n'est pas le cas, et qu'il n'existe pas de prestation, le contrat sera donc considéré comme nul. De la même manière que la cause, la *consideration* sanctionnera « des déséquilibres flagrants »²⁰² au sein d'un contrat. Il faut que la contrepartie d'une prestation, sans être forcément adéquate, soit suffisante.

La section 17 du Restatement (second)²⁰³ des contrats cristallise en ces termes cette règle : « sauf exception prévu dans la sous section 2, la formation d'un contrat requière un échange dans lequel il existe une manifestation d'accords de volonté et une *consideration* »

Le souci de justice contractuelle de la *consideration* se retrouve par exemple avec l'arrêt *Packers Ass'n v. Domenico*²⁰⁴ : un employeur avait, après la signature d'un contrat de travail, augmenté leur rémunération sous la contrainte que ses employés n'exécutent pas leur

²⁰¹ La notion de *consideration* dans la Common law : vieux problèmes ; nouvelles théories – Basil S. Markesinis, 2015

²⁰² Recueil Dalloz 2015 p.1217, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, Thierry Revet

²⁰³ § 17 Restatement (second) of contracts : « (1) Except as stated in Subsection (2), the formation of a contract requires a bargain in which there is a manifestation of mutual assent to the exchange and a *consideration* ».

²⁰⁴ *Alaska Packers' Ass'n v. Domenico*. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1902. 117 F. 99

prestation. Après l'exécution de leur prestation, l'employeur décide de leur payer le prix convenu dans le contrat initial, et ce parce qu'il n'existait pas de *consideration* à l'augmentation de salaire. La cour décide ici d'utiliser la *consideration* comme instrument permettant de contrôler la justice et l'équilibre contractuel au lieu de la théorie de l'economic duress. Ce choix de *consideration* se base sur la règle de la preexisting duty rule, qui impose que toute modification contractuelle, pour être valable, comporte de nouvelles contreparties réciproques. D'après la théorie de la *consideration*, le montant de la contrepartie promise peut être sans importance, puisqu'il suffit d'un grain de poivre selon cette théorie classique pour que la *consideration* existe, c'est-à-dire qu'il suffit que le juge trouve une contrepartie dérisoire, pour justifier l'existence de *consideration*. En l'espèce, c'est parce que la modification contractuelle ne comportait aucune contrepartie que le contrat a été annulé.

Mais, une *consideration* inexistante ou inadéquate n'est pas suffisante pour caractériser un contrat d'*unconscionable* : un tribunal examinera le fait que l'une des parties au contrat ait profité de son pouvoir de négociation supérieur pour insérer des dispositions qui rendent l'accord massivement favorable à l'une des parties. Dans de telles circonstances, le fait que la *consideration* était inférieure à ce qui serait normalement prévu dans des circonstances similaires se traduit souvent par le refus de la cour de rendre le contrat exécutoire²⁰⁵.

Ainsi, la *consideration* apparaît plus objective que l'*unconscionability*, et ne permet que l'examen des contreparties réciproques des prestations, alors que l'*unconscionability* vient sanctionner des inégalités encore plus graves par l'inexistence d'une contrepartie, inexistence qui doit être accompagnée dans ce dernier cas d'une manœuvre quelconque ou d'une faiblesse particulière et déterminée.

Ces deux dispositifs relèvent néanmoins d'un même objectif : protéger des parties faibles, ou en tout cas désavantagées dans un contrat. La *consideration* permettra de ne pas imposer une obligation à l'une des parties qui devrait, selon la force obligatoire du contrat, exécuter une prestation, et ce alors même qu'elle ne bénéficie d'aucun avantage en contrepartie. Selon Patrick S. Atiyah²⁰⁶, la *consideration* est la « raison de l'exécution d'un contrat »²⁰⁷,

²⁰⁵ Chanutte Brick & Tile Co. v. Gas Belt Fuel Co., 82 Kan. 752, 109 P. 398 (1910)

²⁰⁶ Patrick S. Atiyah, "Consideration: A Restatement", in P.S. Atiyah, Essays on Contract (Oxford: Clarendon Press, 1986), p. 179

permettant « la justice des cas ». Il affirme de ce fait que le droit des contrats est bordé par la notion d'équité, la *consideration* jouant un rôle important dans la poursuite de cet objectif.

II) La bonne foi, sanction d'un abus comportemental des parties

L'exigence de bonne foi se retrouve à travers le droit des contrats par une exigence de proportionnalité des contreparties d'un contrat (a) mais aussi par la moralisation des comportements contractuels qu'elle développe (b).

a) Une exigence de proportionnalité des contreparties dans un contrat

Le principe de bonne foi ne se retrouve aujourd'hui en France qu'à travers l'article 1134 du Code civil qui explique que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* », sans préciser l'étendue de cette exigence et son application concrète.

Le nouvel article 1104 du Code civil réformé est plus explicite quant au stade contractuel d'application de ce principe et quant à sa force: « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.*

Cette disposition est d'ordre public ».

Cette réforme reflète l'évolution jurisprudentielle dans l'interprétation du principe de bonne foi, mais aussi sa prise d'importance : ce principe est devenu essentiel en droit français.

La jurisprudence impose en effet à chaque contractant de nombreuses obligations qui découlent de cette exigence de bonne foi, et notamment un devoir de loyauté et de coopération.

Ces deux devoirs ont permis aux juges de venir imposer aux différents contractants une exigence de proportionnalité des contreparties, et de sanctionner alors un contrat qui présenterait un déséquilibre trop important entre les prestations réciproques, comme le fait les clauses abusives.

La prise en compte, par chacun des contractants, des intérêts de son partenaire s'est en effet traduite par l'essor d'une exigence diffuse de proportionnalité en matière contractuelle. Affirmée par le législateur dans certains droits spéciaux comme celui des voies

²⁰⁷ Atiyah : “reason for enforcement of a promise”

d'exécution²⁰⁸, cette exigence s'est par la suite développée en droit des suretés²⁰⁹, avant qu'elle n'atteigne la matière contractuelle où elle connaît d'importants développements.

V. D. Legeais affirmait cette idée dans ces termes : « *(la bonne foi et l'équité sont) utilisées pour poursuivre un même but, soit le rétablissement d'une justice contractuelle entre les parties, en restaurant une certaine égalité des rapports, ou du moins, en évitant une trop grande disproportion entre ceux-ci* »²¹⁰.

Elle contribue, en effet, à chasser l'excès du contrat afin d'y introduire une certaine mesure. Il s'agit, sans doute, d'une « *exigence un peu vague d'équilibre raisonnable* »²¹¹. Il est vrai qu'il n'existe pas de principe général de proportionnalité, mais certaines manifestations démontrent qu'un contrat sera déclaré nul si un contractant qui détenait une certaine supériorité, a agit de mauvaise foi et conclut un contrat déséquilibré de façon excessive en sa faveur. La disproportion peut alors s'illustrer de plusieurs manières, et notamment « *d'un déséquilibre entre les droits et les obligations de chacune des parties, dont le juge ou le législateur se saisissent pour rééquilibrer le contrat* », comme l'affirme Denis Mazeaud²¹². Peuvent, par exemple, être rattachés à cette idée les arrêts par lesquels les juges contrôlent et révisent le montant de la rémunération de certains contractants, comme les intermédiaires ou entrepreneurs²¹³. De la même manière, la jurisprudence considère que les clauses de non-concurrence (ou de réaffiliation) ne doivent pas être disproportionnées « *au regard de l'objet du contrat* »²¹⁴. Une clause n'est donc licite que si elle est proportionnée au regard de l'objet

²⁰⁸ Article 22 al. 1er de la loi du 9 juill.1991 : « *Le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance. L'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation* »

²⁰⁹ P. CROCQ, Sûretés et proportionnalité, Mélanges Ph. Simler, 2006, Litec-Dalloz, p. 291

²¹⁰ note sous Com. 17 juin 1997, JCP E 1997. II. 1007 ; J.-L. BAUDOIN, Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois, in Mélanges offerts à J. Ghestin, Le Contrat au début du XXIe siècle, 2001, LGDJ, p. 29

²¹¹ J. CARBONNIER, Droit civil, t. 1, Introduction - Les personnes, 2004, PUF, Quadrige, no 53, p. 93

²¹² V. D. MAZEAUD, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, LPA 30 sept. 1998, p. 12

²¹³ Pour exemple, Civ. 1re, 24 sept. 2002, n° 00-12.146, CCC 2003, no 3, note Leveneur : « *mais attendu que la cour d'appel a constaté que les modalités de calcul de la rémunération de la société Transcom étaient conformes aux stipulations contractuelles ; que c'est sans inverser la charge de la preuve qu'elle a énoncé qu'il appartenait à M. X... de démontrer en quoi la rémunération convenue, acceptée par lui, serait abusive et procurerait un avantage excessif à la société Transcom ;* »

²¹⁴ Com. 4 janv. 1994, n°92-14.121, Bull. civ. IV, no 4, D. 1994. IR. 27, D. 1995. 205 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si la clause litigieuse, même limitée dans le temps et dans l'espace, n'était pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;* »

du contrat. Cela conduit de ce fait les juges à rendre nulle toute clause « *manifestement excessive* »²¹⁵ ou « *disproportionnée par rapport à sa finalité* »²¹⁶.

La complémentarité avec les clauses abusives semble évidente : la bonne foi a pu servir à rétablir une certaine justice lorsque des clauses présentaient des déséquilibres trop importants entre deux parties à un contrat, et ce de la même manière que les clauses abusives, même si le juge est plus restreint dans ce dernier cas. Thierry Revet a ainsi démontré que « *la Cour de cassation a mis le devoir de bonne foi au service d'une politique de cantonnement de ce type de déséquilibre, elle a toujours agi au cas par cas, sans jamais tracer de ligne claire, sans esquisser une véritable politique jurisprudentielle, sans formule générale, autrement dit : sans règle prétorienne* »²¹⁷.

Cette indétermination du principe de bonne foi qui est affirmée par Thierry Revet en tant qu'instrument de protection contre certains déséquilibres contractuels, se retrouve de la même manière en droit américain. Comme nous avons déjà pu le voir, la Common law est née de la pratique, ce qui explique en partie pourquoi ce principe n'y est pas clairement établi.

Le principe de bonne foi a néanmoins été cristallisé par le Restatement (second) des contrats en ces termes : « *tous les contrats imposent à chaque partie un devoir de bonne foi et de loyauté dans son application et son exécution* »²¹⁸. Les règles écrites américaines qui

²¹⁵ Soc. 16 déc. 1998, n°96-42.538, Gaz. Pal. 1999. 1. pan. 47, : « *la clause de non-concurrence, qui avait pour effet d'interdire au salarié de mettre en oeuvre ses qualités personnelles de négociateur, était manifestement excessive dans un domaine où il n'existait pas à proprement parler de clientèle attachée au cabinet faisant ainsi ressortir que la clause de non-concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur ;* »

²¹⁶ Com. 17 déc. 2002, n° 99-14.308, JCP E 2003. 1074, note Moracchini-Zeidenberg, D. 2004, somm. 1156, obs. Auguet : « *Mais attendu, en premier lieu, que la cour d'appel qui a constaté qu'eu égard à la nature de l'activité, le but recherché par la clause de non rétablissement aurait été atteint par le tracé d'un périmètre limité au centre ville de Bayonne et qu'il n'était nul besoin de prévoir une clause de non rétablissement étendue aux localités avoisinantes, a pu en déduire qu'une telle clause était nulle, celle-ci étant disproportionnée par rapport à sa finalité, peu important que les parties aient convenu d'excepter de la clause, l'exploitation d'une officine à Biarritz ;* »

²¹⁷ Recueil Dalloz 2015 p.1217 Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés (1) Thierry Revet, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

²¹⁸ § 205 Duty of good faith and fair dealing – Restatement second of contract : « *Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement* ».

précisent ce principe de bonne foi apparaissent encore une fois assez vagues pour comprendre l'étendue de ce principe.

Ainsi, le Professeur Robert Summer a démontré que la bonne foi servait à exclure certains comportements qui sont réalisés de mauvaise foi : « *un catalogue complet des formes de mauvaise foi est impossible, mais ce principe se retrouve parmi les décisions suivantes qui ont été reconnus dans les décisions judiciaires : disparition de l'objet du contrat, le manque de diligence, le fait de ne pas réaliser au mieux la performance, l'abus de pouvoir de négocier les termes, et le manque de coopération dans l'exécution de l'autre partie* »²¹⁹. De ce fait, de mêmes exigences ont été interprétées par la jurisprudence grâce au principe de bonne foi.

Ce principe a alors été rapproché de l'*unconscionability* comme pouvant permettre aux juges de rééquilibrer des contrats qui l'étaient de par la mauvaise foi de certains cocontractants. Il a ainsi été affirmé que, au regard des contrats d'adhésion, la bonne foi et l'*unconscionability* devaient servir à réguler les abus et les déséquilibres²²⁰. Dans la tentative de catalogue dressé, le devoir de bonne foi n'impose pas aux parties à un même contrat d'agir justement mais honnêtement en respectant les normes commerciales et d'équité²²¹.

Les juges américains considèrent en effet que lorsqu'un contrat est déséquilibré et qu'une partie a un pouvoir trop important découlant de ce contrat, les tribunaux interpréteront ce pouvoir de sorte qu'il soit limité lorsque « *cette action excède ce qui est nécessaire pour la protection des intérêts légitimes du partie* »²²².

Comme les clauses abusives et la bonne foi, l'*unconscionability* semble assez proche de ce *duty of good faith* américain, comme permettant de protéger des parties qui ont subi un abus dans un contrat et qui connaissent de ce fait un déséquilibre au sein de ce contrat. Il est vrai que le *duty of good faith*, de la même manière qu'en droit français, est moins encadré que l'*unconscionability* (ou les clauses abusives en France), et n'impose pas que soit déterminé

²¹⁹ Robert S. Summers, *The General Duty of Good Faith-Its Recognition and Conceptualization*, 67 CORNELL L. REV. 810, 816 (1982) : « *A complete catalogue of types of bad faith is impossible, but the following rate among those which have been recognised in judicial decisions: evasion of the spirit of the bargain, lack of diligence and slacking off, wilful rendering of imperfect performance, abuse of power to specify terms, and interference with or failure to cooperate in the other party's performance* »

²²⁰ *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong CO*, 173 App. Div. 232 (N.Y. App. Div. 1916)

²²¹ *The doctrine of Good faith in Contract law : a (nearly) empty vessel ?*, Emily Houh, 2005

²²² *Ibid* 160. Peden, in turn, cites J W Carter and M P Furmston, 'Good Faith and Fairness in the Negotiation of Contracts Part 1' (1994) 8 JCL 1, 6.)

deux facettes, une de fond et une de procédure, comme il est imposé aujourd'hui dans cette dernière théorie. Ce principe apparaît plus générale, et permet de sanctionner un cocontractant qui a agi de mauvaise foi, ce qui a conduit à déséquilibrer le contrat, et le juge pourra de la même manière qu'avec l'*unconscionability* décider aussi bien d'annuler le contrat ou seulement une clause de ce contrat²²³.

b) Une moralisation générale des comportements contractuels par la bonne foi

Le principe de bonne foi a permis d'appréhender certains déséquilibres contractuels, et de les sanctionner sur le fondement de 1134 du Code civil, et ce grâce à l'interprétation par les juges d'un principe qui n'était que difficilement appréhendable.

En plus de cette fonction qui a découlé de ce célèbre principe, il apparaît que la bonne foi a inspiré la création des clauses abusives, ou a en tout cas été un élément déclencheur dans la moralisation des comportements, moralisation qui est à la base de l'idéologie des clauses abusives et de son régime. En effet, l'importance de la bonne foi est telle en droit français que certains auteurs la décrivent comme une norme générale et universelle de comportement, « *devenue l'un des éléments essentiels de tout contrat et de chaque contrat, au point qu'elle constitue un principe général du droit* »²²⁴.

La bonne foi contractuelle n'est donc pas un état d'esprit temporaire ou une attitude circonstancielle : « *elle doit être un mode de vie, un comportement continu, guidant les faits et gestes de toutes les parties contractantes, du début de leurs rapports jusqu'à leur achèvement* »²²⁵. L'article 1134, qui apparaît assez vague, a été alors considérée par les rédacteurs du Code civil comme une maxime générale du droit, d'inspiration éthique, dormante peut-être pendant longtemps, mais riche de potentialités²²⁶. « *Le contrat n'est pas un simple point d'équilibre entre les deux cocontractants aux intérêts divergents, mais un*

²²³ Antonovic v Volker (1986) 7 NSWLR 151, 165

²²⁴ C. JARROSSON, La bonne foi, instrument de moralisation des relations économiques internationales, dans (Collectif) L'éthique dans les relations économiques internationales, en hommage à Philippe Fouchard, 2006, Pedone, p. 185, spéc. n°11

²²⁵ Bonne foi, Philippe le TOURNEAU et Matthieu POUMARÈDE, répertoire de droit civil Dalloz, janvier 2009

²²⁶ V., par ex., le rapport de Cambacérès, in Fenet, t. 1, p. 107, où il est écrit que la bonne foi « est le fondement de tous les engagements »

haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre toute justice à l'autre »²²⁷.

Ainsi, toute l'idéologie de loyauté des cocontractants découle de cette maxime générale qu'est la bonne foi. Cet idéal de justice a poussé le législateur français à nuancer le principe de force obligatoire du contrat avec la création des clauses abusives, dont l'objectif était de protéger des parties qui étaient considérées comme faibles.

Philippe Le Tourneau explique en effet que la bonne foi, qui est de rigueur dans les contrats, se retrouve avec autre nom : celui de la loyauté, dont la coloration morale, qui demeure, est évidente. Tout contractant, même professionnel, « *doit avoir du cœur* »²²⁸.

Denis Mazeaud est même venue parler d'une justice contractuelle pour expliquer la moralisation des comportements avec la bonne foi : « *l'éthique individualiste doit céder partiellement le pas à une justice contractuelle, faite de solidarité* »²²⁹.

Le droit américain donne moins d'importance à ce même principe de bonne foi : la bonne foi apparaît en droit américain de manière plus confuse, il n'existe pas de théorie générale ni de principe de droit marqué. En plus, les juges américains sont beaucoup moins attachés à ce principe, alors que les français y voient une « maxime générale » du droit civil, qui doit guider les comportements de chaque individu au cours de la négociation, de l'exécution ou de la résiliation du contrat.

En effet, il a déjà été rappelé que la Common law n'est pas par nature « un droit écrit » (même si il existe des règles écrites), mais un droit qui est né de la pratique, avec des règles qui sont créées lorsqu'apparaît un problème spécifique. Cette différence de fonctionnement des systèmes de common law et de droit civil explique en partie la faible étendue du *duty of good faith* par rapport au principe de bonne foi français.

Néanmoins, les Etats Unis, notamment par le regroupement des règles jurisprudentielles au sein du Restatement, ont créé un principe général, équivalent de la bonne foi à la française.

Ainsi, le Juge Scalia affirmait que la bonne foi était une « *obligation générale en termes de devoir moral qui implique une source d'autorité et impose un certain contenu du*

²²⁷ A. SÉRIAUX, Les obligations, 2e éd., 1998, PUF, coll. Droit fondamental, no 55, p. 229 : « *La bonne foi de l'article 1134 c'est la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère* »

²²⁸ Ph. le TOURNEAU, Les professionnels ont-ils du cœur ?, D. 1990. Chron. 21

²²⁹ D. MAZEAUD, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, Mélanges F. Terré, 1999, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, p. 603

contrat »²³⁰. Ce dernier décrivait la bonne foi comme un principe général, de sorte que son « *intérêt est lié à l'accord particulier des parties, son rôle étant lié à l'interprétation, la construction et l'implication de ce qui a été convenu, par référence à l'hypothèse selon laquelle les parties ont convenu de se conduire assez vers l'autre à l'appui de leur mutuelle bonne affaire* »²³¹.

Mais, cette différence entre les systèmes américains et français met en avant le fait que le *duty of good faith*, qui expose la même volonté que l'*unconscionability* de protéger des parties considérées comme faibles dans certains cas, n'a pas permis le développement de l'*unconscionability*, à la différence de l'inspiration par le législateur du principe de bonne foi pour le développement des clauses abusives en droit français. En effet, dès lors que le droit américain est un droit pragmatique, qui a vu naître de nombreuses règles de par un travail des juges face à un problème de droit, il apparaît que l'*unconscionability* s'est développée de façon autonome. Encore plus, certains auteurs ont affirmé que l'*unconscionability* a permis le développement du *duty of good faith* américain.

Par exemple, le juge Priestley²³² étaient d'avis que les lois interdisant les transactions *unconscionables* et déraisonnables pourraient être utilisés pour soutenir le développement d'une obligation de bonne foi. Il est vrai que dans ce cas, le terme «*unconscionability*» n'a pas été utilisé par le juge Priestley pour faire référence la doctrine spécifique d'*unconscionability*, mais plutôt le, sens générique plus large de l'Equity, étant une conduite qui est considéré, dans son sens général, comme étant rattaché à la conscience, fournissant ainsi la base d'une intervention équitable dans une variété de circonstances.

Ainsi, la bonne foi est clairement distinguée de l'*unconscionability* et aucune interaction ne semble exister entre ces deux doctrines. Néanmoins, la bonne foi comme l'*unconscionability*, et de la même manière que les clauses abusives, prônent une certaine justice contractuelle, dans laquelle les parties doivent être égales, et les contrats peuvent être rééquilibrés dans le cas inverse.

²³⁰ Tymshare Inc v Covell 727 F 2d 1145 (1984)

²³¹ Some Reflections on Good Faith in Contract Law, Oxford University Obligations Group, February 2012 : « *The implication is referable to the particular agreement of the parties, its place being in the interpretation, construction and implication of what has been agreed, by reference to an assumption that the parties have agreed to conduct themselves fairly towards each other in support of their mutual bargain* ».

²³² Renard Constructions (ME) Pty Ltd v Minister for Public Works (1992) 26 NSWLR 234

Durkheim, par exemple, décrit la société moderne comme mettant en avant une codification d'une certaine justice et morale (*a moral fairness*) pour renforcer la coopération au sein du système capitaliste²³³.

²³³ Durkheim, *The Division of Labour in Society* (n 28) 319

Conclusion

Les clauses abusives comme l'*unconscionability* représentent par conséquent « *une adaptation progressive aux nouvelles techniques contractuelles* »²³⁴. Les Etats-Unis et la France se sont en effet retrouvés face à une même nécessité : au vu de l'évolution du droit des contrats, avec le développements de nouveaux modèles comme le contrat d'adhésion, mais aussi avec une conception transformée de cette matière, les parties n'étaient plus considérés comme égales et libres dans la conclusion d'un contrat.

Par une méthode conceptuelle, il a été démontré que l'*unconscionability* et le régime des clauses abusives ont tous deux cherché à mettre en place des critères permettant de sanctionner une certaine injustice. Le droit français a basé les différents articles du Code de la consommation, du Code de commerce et du Code civil réformé autour d'un critère unique, celui du « déséquilibre significatif », alors que l'*unconscionability* a mis en avant un régime moins encadré, avec de nombreux critères qui permettent de caractériser les deux facettes de l'*unconscionability* nécessaire à l'annulation d'une clause ou d'un contrat ou à sa modification, c'est à dire l'*unconscionability* procédurale et substantielle. La caractérisation de « l'injustice » dans les contrats a empêché le législateur français et les juges américains de donner une définition précise de ces différents critères, parce que considérés comme trop subjectifs pour être définis *a priori*.

Cette absence de définition du déséquilibre significatif et de l'*unconscionability* s'explique néanmoins par le fait que ces deux notions ont été assimilées à des standards : « *le déséquilibre résulte de la confrontation de la clause à un modèle de référence représentant la normalité d'un rapport contractuel donné* »²³⁵. Pour pouvoir sanctionner cette injustice qui émerge des contrats, il est nécessaire de comparer la disposition contractuelle défavorable avec un certain modèle de conduite, un standard d'un contrat considéré comme équilibré.

Il apparaîtrait par conséquent que l'imprévisibilité de ces deux notions nuit à la sécurité juridique de la lutte contre les clauses abusives : n'existant pas de véritables critères

²³⁴ La notion d'*unconscionability* dans les droits anglais et américain des contrats, Bonnard Isabelle et Tunc André, 1988

²³⁵ Les clauses abusives en droit commun des contrats, Laurène Gratton, Recueil Dalloz 2016 p.22

objectifs pour déterminer si une clause (ou un contrat en droit américain) est abusive, il est évidemment moins facile pour un justiciable de déterminer si l'abus existe ou non dans son cas. Néanmoins, le concept de standard nuit à la sécurité juridique aussi bien qu'il la renforce : cette « imprévisibilité » permet une adaptation constante à l'évolution des clauses et des contrats, et d'une jurisprudence qui peut toujours être remise en cause.

Mais, au delà de cette comparaison, certains critères dégagés au cours de l'évolution de l'*unconscionability* ont distingué les régimes français et américain : cette dernière étant née de la pratique des juges, il a été imposé aux juges, pour la caractériser, de prouver qu'il existait dans un contrat un déséquilibre à travers les termes contractuels, mais aussi un déséquilibre provenant du rapport de force entre deux parties. A l'opposé, ce rapport de force n'apparaît pas en France comme une condition du régime des clauses abusives. Il est certes nécessaire, à l'heure actuelle, que les parties entrent dans des catégories spécifiques : celle du consommateur ou non professionnel d'un côté, celle du professionnel de l'autre. Mais, la détermination de ces catégories est plus objective qu'en droit américain et ne se fonde que sur la finalité de l'acte conclu entre les parties, et ne semble pas donc pas être un critère du régime comme c'est le cas en droit américain, au sein duquel le juge devra analyser les caractéristiques physiques et mentales des parties pour déterminer si cette condition est remplie.

Tout cela s'apprête par ailleurs à changer : l'entrée prochaine de la lutte contre les déséquilibres significatifs au sein de contrats dans le Code civil français modifiera l'encadrement de l'article L 132-1 du Code de la consommation, figeant la protection à certaines catégories. La comparaison avec l'*unconscionability*, outil de droit commun, l'a effectivement démontré : le rapport de force, à la base de cette volonté de protéger la partie faible, doit demeurer dans le régime qui sera le sien en droit des contrats, et la nécessité de qualifier l'abus dans un contrat d'adhésion permettra sûrement de le retrouver. En plus, par cette disposition notamment, l'équilibre contractuel et la loyauté qui bordent l'*unconscionability* deviendront centrale dans les contrats, et marqueront la moralisation contractuelle en droit français, rapprochant encore plus ces deux droit. Saleilles²³⁶ affirmait déjà « *le droit tend de plus en plus à faire reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat* », ce mouvement se concrétisant avec la réforme du Code civil.

²³⁶ Déclaration de volonté, 1901, F. Pichon, p. 351

Grâce à une méthode fonctionnelle, le rôle primordial du juge a été mis en exergue : dès lors qu'aucune définition n'a été délivrée du déséquilibre qui est prohibé par ces deux droits, la tâche du juge est de « *préciser l'imprécisable* »²³⁷. Ainsi, le juge bénéficie d'une marge d'appréciation assez large grâce à l'*unconscionability* et au régime des clauses abusives, qui peut s'intéresser aussi bien au contexte de la conclusion qu'aux contrats annexes. Il n'existe en plus pas de condition de forme ou de matière des contrats concernés, cela pour protéger le plus efficacement contre les injustices dans les contrats. Le droit français a accordé au juge une liberté telle que son rôle est rapproché du juge américain, du « *judge made law* ».

Néanmoins, même si les juges sont guidés dans leur action par le droit américain pour l'un, à l'aide des précédents qui ont construit un véritable régime autour de l'*unconscionability*, et le droit français pour l'autre, avec des règles qui ont élaboré un régime des clauses abusives, prévu des clauses qui sont abusives *a priori*, ou des recommandations pour aider le juge dans son action, l'étude de leur rôle respectif démontre des différences d'idéologie des systèmes fondamentales : la Common law est un droit flexible né de la pratique, dans lequel le juge est un acteur majeur de la création du droit, et c'est pour ces raisons que l'*unconscionability* laisse le juge libre dans la découverte de l'injustice. Le droit français, au delà même de guider le juge pour lutter efficacement contre les déséquilibres significatifs, encadre son action, ce qui ressort de l'article L 132-1 du Code de la consommation, qui prévoit aussi bien les règles d'interprétation du déséquilibre que la limite du champ d'application de cet article ou l'obligation pour le juge de soulever une clause abusive d'office.

L'attitude des autorités françaises peut ainsi apparaître paradoxale : d'un côté, le critère du déséquilibre significatif n'est pas défini *a priori* et de façon objective, ce qui laisse aux juges une marge de manœuvre assez grande pour pouvoir qualifier l'abus, et rappelle le rôle fondamental du juge en droit américain. D'un autre côté, la mise en place d'une autorité comme la Commission des clauses abusive, l'élaboration de règles qui encadrent le juge et de décrets prévoyant des cas précis dans lesquels une clause sera jugée irréfragablement

²³⁷ Recueil Dalloz 2016 p.22, Les clauses abusives en droit commun des contrats, Laurène Gratton

abusive ou présumée abusive, démontre que ces autorités restent réticentes à offrir un pouvoir trop important au juge qui pourrait conduire à son arbitraire.

Bibliographie

Thèse :

- La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation par Claire-Marie Peglion-Zika (Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 13 décembre 2013)
- Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles, Les Cahiers de Droit, volume 45 n°1 1 mars 2004, Elise Charpentier

- New Directions in How Legislators, Courts, and Legal Practitioners Approach Unconscionable Conduct and Good Faith, Professor Bryan Horrigan, 15 octobre 2012.
- The Unconscionability Doctrine in U.S. Contract Law, Per Gustafsson, Faculty of law Lund University, 2010
- The Rise and Fall of Unconscionability as the 'Law of the Poor', Anne Fleming, 2014, Georgetown University Law Center
- A consent theory of unconscionability : an empirical study of law in action, Larry A. DiMattero et Bruce L. Rich, 2006, université de Florida Levin College of Law
- The Duty of Good Faith in American Corporate Law, Melvin A. Eisenberg, 2006, Berkley Law Scholarship Repository.
- Making Sense of Unconscionability, Caldwell, 2012
- The doctrine of good faith in contract law : a (nearly) empty vessel ?, Emily Houh, 2005, université de Cincinnati College of law
- The idea of unconscionability in contract : beyond procedural and substantive justice ? Andrew Lydiard, 1979
- Unconscionability in consumer contract, D. Williams, Boston University, 1967

Ouvrage :

- Les Clauses abusives, Répertoire de droit commercial, JurisClasseur Dalloz, Natacha Sauphanor-Brouillauds, juin 2014

- Fascicule 820 : Clauses abusives, JurisClasseur Concurrence – Consommation LexisNexis, 1^{er} novembre 2015, Guy Raymond.
- Fascicule unique : Contrats et obligations : exception d’indignité ; règles « Nemo auditur » et In pari causa », Philippe le Tourneau, 28 février 2013
- Fascicule 55 : Structure du contrat : Personnes concernées, groupes de contrats, prestations, modalités, causes, Annick Dorsner-Dolivet, 4 février 2008
- Cause, Judith Rochifeld, JurisClasseur Dalloz, septembre 2012
- Fascicule unique : Contrats et obligations : Effets obligatoire des conventions ; exécution de bonne foi des conventions, JurisClasseur Code civil, Yves Picod, 10 avril 2013
- Bonne foi, Philippe Le Tourneau et Matthieu Poumarède, JurisClasseur Dalloz, janvier 2009
- Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014, Linda Arcelin-Lécuyer, PUR, 15 octobre 2015

- La notion d’unconscionability dans les droits anglais et américain des contrats, Bonnard Isabelle et Tunc André, 1988
- Le rôle de la jurisprudence dans la common law, David Edward, o Direito Comunitario ea Construção Europeia, 1999.
- American Judicial Power, Michael Buenger and Paul J. De Muniz, Elgar, 2012
- Droit des contrats, Collection Jupiter, 2001 LGDJ
- Commercial Decency and the Code – The doctrine of unconscionability vindicated Paul M. Morley, 1968, William & Mary Law Review
- The Unconscionability Doctrine in U.S. Contract Law, Per Gustafsson, 2011
- Contract Law in the USA, Gregory Klass, Wolters Kluwer, 2010
- Contract Law, Third Edition, Robert A. Hillman, West Academic Publishing, 2013
- Contract Law, a comparative introduction, Jan M. Smits, 2014
- Le contrat en droit américain, 1996, Alain A. Levasseur
- Arthur Allen Leff, Unconscionability and the Code – The Emperor’s New Clause, 115 U. Pa. L. Rev. 485 (1967)
- Arthur L. Corbin, Corbin on Contracts (1964)

Articles :

- Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen..., Denis Mazeaud, RTD Eur. 2008 p.723
- Le juge et le contrat d'adhésion, François Xavier Testu, La semaine juridique édition générale n°18, 5 mai 1993, I 3673
- Le pouvoir du juge d'annuler une clause en la qualifiant d'abusives malgré l'absence d'un décret prévu par la loi du 10 janv. 1978 sur l'information et la protection des consommateurs, Jacques Ghestin, Recueil Dalloz 1990 p.289
- Le point sur la lutte contre les clauses abusives, Jacques Mestre, RTD Civ. 1995 p.360
- Le devenir du déséquilibre significatif, Gilbert Parleani, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2014 p.104
- Le déséquilibre significatif devant la cour d'appel de Paris (Paris, pôle 5, ch. 4, 1er octobre 2014, n° 13/1633), Muriel Chagny, RTD Com. 2014 p.785
- Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation, Gaël Chantepie, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015 p.218
- Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif, Emilie Gicquiaud, RTD Com. 2014 p.267
- Le consommateur existe-t-il ?, Jean-Pascal Chazal, Recueil Dalloz 1997 p.260
- Le « déséquilibre significatif » devant la Cour de cassation : enfin des précisions ?, Frédéric Buy, Recueil Dalloz 2015 p.1021
- La règle sur le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation ! (Com., 3 mars 2015, n° 13-27.52), Muriel Chagny, RTD Com. 2015 p.486
- La lutte contre les déséquilibres significatifs reçoit le renfort du Conseil constitutionnel (Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QP), Bertrand Fages, RTD Civ. 2011 p.121
- L'équilibre dans le contenu du contrat, Pierre Sirinelli, Dalloz IP/IT 2016 p.240
- Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2008, p. 137 (Cour de cassation, 1re civ., 14-05-1991 n° 89-20.999), François Terré et Yves Lequette.
- L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, Jean Calais-Auloy, RTD Civ. 1994 p.239

- Retour du juge par la loi ? L'ordonnance réformant le droit des obligations : les nouveaux articles 1171 et 1195 du code civil, Françoise Auque, AJDI 2016 p.184
- Les clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte, Droit et Patrimoine 2014 n°240, Nicolas Dissaux
- Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats, Gaël Chantepie, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015 p.121
- Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, Thierry Revet, Recueil Dalloz 2015 p.1217
- Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme, François Chénéde, Recueil Dalloz 2015 p.1226
- Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Jurisclasseur Commercial, 15 mars 2016, Daniel Mainguy
- Réforme du droit des obligations, JurisClasseur Commercial, 22 mars 2016, Philippe Simler
- Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995, Gilles Paisant, Recueil Dalloz 1995 p.99
- L'article 1131 du code civil au service de la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels, Jacques Mestre, RTD Civ. 1997 p.418

- Unconscionability as a contract policing device for the elder client : how useful is it ?, Robyn L. Meadows, 5 février 2005, AKRON LAW REVIEW
- La notion de consideration dans la common law : vieux problèmes ; nouvelles théories, Basil S. Markesinis, Revue internationale de droit comparé, Persée, Octobre décembre 1983
- The American University Law Review, Case notes (Williams V. Walker-Thomas Furniture Co., - U.S. App. D.C. -, 350 F.2d 445 (1965)), Helen E Marmoll, 1968
- The Appraisal Docket by Earl A. Talbot, The appraisal Journal, Juillet 1981
- Some Reflections on Good Faith in Contract Law, Oxford University Obligations Group, February 2012
- A civil law and common law perspective: Good faith and unconscionability in contracts, Zafar Azeem, April 11, 2013 Thursday