



HAL
open science

La remise en cause du contrat par le juge

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. La remise en cause du contrat par le juge. L'efficacité du contrat, Gwendoline Lardeux, Jun 2010, Aix-en-Provence, France. p.41-56. halshs-01143152

HAL Id: halshs-01143152

<https://shs.hal.science/halshs-01143152>

Submitted on 20 Apr 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La remise en cause du contrat par le juge

Colloque « L'efficacité du contrat », Aix-en-Provence, vendredi 11 juin 2010

Frédéric ROUVIÈRE

Professeur à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)
Laboratoire de Théorie du droit (EA 892)

1. Un nouvel épouvantail – À propos de la remise en cause du contrat, nous avons sans doute changé d'épouvantail. Hier, c'était le législateur qui était censé remettre en cause le concept de contrat¹ et aujourd'hui, c'est le juge qui l'a relayé pour appuyer de funestes prédictions de ruine². Pourtant, on sait que les Cassandre du contrat ont subi le sort inverse de l'héroïne grecque : leurs prédictions ont été écoutées mais ne se sont pas réalisées. La menace législative qui était censée peser sur le contrat s'est faite oublier, la guerre de la liberté contractuelle n'a pas eu lieu. C'est même l'inverse qui s'est passé : le juge intervient moins lors de la rencontre des volontés grâce à l'aval législatif que lors de l'exécution³, pour rectifier les déséquilibres trop flagrants.

Il est vrai que le juge est aidé en cela par la main du législateur : la réduction des clauses pénales, la suppression des clauses abusives ou l'exigence de proportionnalité dans le cautionnement comptent parmi les exemples les plus frappants de la remise en cause du contrat. Mais encore, combien de fois a-t-on relevé la prise de pouvoir judiciaire sur l'empire contractuel ? Sans le secours d'aucun texte, certaines clauses de non-concurrence dans le contrat de travail ont été éradiquées, sans texte des clauses ont été déclarées abusives, sans texte les honoraires de certains professionnels ont été réévalués. Mieux (ou pire), sous couvert d'application des textes, le juge a introduit dans le contrat des obligations auxquelles les parties n'avaient pas songé, c'est la fameuse « *interprétation active du contrat par le juge* »⁴. Dans le même sens, les standards de la bonne foi, de l'économie du contrat, de la nature de l'obligation ont permis aux doctrines du solidarisme contractuel de

¹ Ph. Rémy, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », *Le droit contemporain des contrats*, (dir.L. Cadet), Economica, 1987, n°4, pp.271-272.

² D. Mazeaud, « Le juge et le contrat. Variations sur un couple " illégitime" », *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p.235 et s.

³ D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, n°22 et s., p.307 et s.

⁴ J. Mestre ; A. Laude, « l'interprétation " active" du contrat par le juge », *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p.9 et s.

s'épanouir et de plaider pour un contrat plus loyal, plus solidaire, plus fraternel⁵. Dans ce mouvement, c'est à se demander pourquoi le refus de la modification des conventions pour imprévision peut encore résister, à l'abri dans l'œil du cyclone qui bouleverse le contenu du contrat. Dans ce mouvement, on se demande encore comment le 19^{ème} siècle a pu se fonder sur l'autonomie de la volonté et prendre l'intangibilité du contrat comme étendard.

C'est justement parce que la remise en cause du contrat apparaît comme une idée trop évidente, et qui pour de nombreux auteurs ne souffre même pas d'être discutée, que la présente contribution voudrait en prendre le contre-pied. Ainsi, est-il vrai que le juge remet en cause le contrat ? En apparence c'est le cas, mais en réalité ces remises en cause (censées revenir sur ce que les cocontractants ont voulu) sont peut être l'arbre qui cache la forêt et donc un symptôme qui demande à être réinterprété.

2. Naissance d'un mythe – Il ne s'agit bien pas de nier que le juge supprime, ajoute ou corrige les clauses du contrat mais de montrer que cette remise en cause n'est pas forcément celle qu'on croit.

A suivre l'histoire simplifiée du contrat depuis le Code civil, après la consécration de l'autonomie de la volonté dans l'article 1134, le législateur du 20^{ème} siècle aurait remis en cause cette vision individualiste et libérale par une législation toujours plus interventionniste et restreignant d'autant le blanc-seing législatif délégué aux parties pour créer leur loi privée grâce au contrat. Pourtant, il est inutile de revenir sur toutes les brillantes études qui ont montré le caractère mythique de cette façon de raconter l'histoire récente du contrat⁶.

Après la soi-disante prise de pouvoir législative sur le contrat, un nouveau mythe n'est-il pas en train de naître sous nos yeux en décrivant le contrat comme le champ privilégié de l'interventionnisme judiciaire?

Le mythe n'est pas forcément pathologique : parce qu'il conjugue de multiples sens et qu'il fait image⁷, c'est une aide indirecte à la connaissance⁸ et il peut avoir une fonction de combat⁹. La difficulté du diagnostic est que le mythe est toujours porteur

⁵ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 603 et s.

⁶ V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980 ; G. Rouhette, « La définition du contrat et la méthode juridique française », *Droits*, 1990, p.66.

⁷ C. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, Thémis, 2^{ème} éd., 2004, pp.329-330.

⁸ C. Atias, précité, p.318.

⁹ C. Atias, précité, p.319.

d'une part de vérité¹⁰ qui lui permet de résister à la critique¹¹. Ici, à supposer qu'il y ait un mythe de la remise en cause judiciaire du contrat, il supposerait de départir les atteintes réelles au contrat de celles qui ne sont qu'apparentes pour finalement conclure que le contrat ne se porte pas si mal. En dehors de quelques hypothèses caractéristiques, notamment celle de l'ajout des obligations, la remise en cause du contrat pourrait désigner autre chose qu'un simple phénomène d'atteinte aux prévisions contractuelles. Bien paradoxalement, ce serait même l'inverse. Pour le comprendre, il faut inventorier les obstacles fondamentaux qui jugulent l'appréciation critique du phénomène.

3. Remise(s) en cause – Le phénomène de la remise en cause du contrat par le juge ne présente qu'une unité de façade. L'expression est déjà imprécise : s'agit-il de revenir sur la décision des parties de contracter ? En ce cas, la nullité est une remise en cause du contrat tout comme semble l'être la résolution. Pourtant, on sait que l'expression est plutôt volontiers utilisée pour signifier l'atteinte à la force obligatoire du contrat ou à son contenu, lui aussi lié à la volonté des parties. Si être en cause, c'est (conformément à l'étymologie¹²) être en question, remettre en cause serait alors remettre le contrat en question.

Mais quel contrat ? Celui décrit par la théorie de l'autonomie de la volonté ? Celui de la vie quotidienne, souvent oral et sans trace ? Celui du droit des affaires, rédigé avec rigueur et scrupule ? Celui du droit de la consommation où il est souvent d'adhésion ? Est-ce le contrat écrit dont on parle ou l'opération économique que concluent les parties ? Peut être est-ce un peu de tout cela en même temps, ce qui n'aide guère à clarifier le problème à traiter.

Cet inventaire rapide souligne au moins qu'il n'y a pas *une* remise en cause du contrat par le juge mais de multiples façons de le remettre en cause, c'est-à-dire de lui poser des questions. Dans cette voie, ce que le juge questionne n'est jamais le contrat idéal et rêvé secrètement par chacune des parties mais les traces qu'elles ont laissées de leurs espoirs, à savoir l'écrit contractuel, l'acte instrumentaire (par opposition à l'opération contractuelle ou *negotium*). Or s'il y a bien une remise en cause qui est trop connue pour être citée, c'est celle de la lettre du contrat. Le législateur lui-même convient que les parties ne peuvent tout prévoir¹³. Précisément, cette remise en cause n'est pas en soi critiquable lorsque le questionnement en direction de l'écrit

¹⁰ C. Atias, précité, p.331.

¹¹ C. Atias, précité, p.332.

¹² Heidegger, *Essais et conférences*, Gallimard, Tel, 1980, pp.207-208, qui détaille le lien étroit entre *res* et *causa*.

¹³ J. Dupichot, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du "petit guide-âne" des articles 1156 à 1164 du code civil », *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, Répertoire du Defrénois, 1979, p.179 et s.

contractuel, complété par d'autres éléments de preuve, permet de révéler l'opération contractuelle, c'est-à-dire l'échange économique que les parties ont eu en vue, les avantages réciproques qu'elles ont voulu se consentir. Il faudra alors montrer que cette première remise en cause se réalise au profit de l'opération contractuelle, bref au profit de l'utilité spécifique que les parties ont recherchée. La légitimité dans l'amendement de la lettre contractuelle va permettre d'isoler une autre forme de remise en cause qui porte cette fois sur la force de cette lettre. Tout ce que le contrat contient est censé être obligatoire pour le juge. Mais après l'utile vient le juste et l'affirmation de la force obligatoire sera refusée par le juge pour sanctionner les abus de pouvoir qui sont perpétrés au moyen du contrat. Ici on retrouve la modération des montants excessifs et le refus des avantages sans contrepartie. Contrairement aux apparences, ces derniers ne sont pas une remise en cause du contrat mais une sanction d'un abus. Autrement dit, dans cette situation, le contrat n'est qu'une occasion de commettre un abus, il est le vecteur de cet abus. Aussi, supprimer certaines clauses c'est en apparence remettre en cause le contrat mais en réalité, c'est punir les fautes délictuelles commises à cette occasion. Bref, même lorsque c'est la force obligatoire du contrat qui est en jeu, la remise en cause vise derrière elle la sanction d'un comportement déloyal.

Ainsi, s'inscrivant en faux contre l'idée d'une remise en cause illégitime du contrat par le juge, il s'agit de défendre l'idée que la remise en cause est légitime si elle se fait d'une part au profit de l'opération contractuelle (I) ou d'autre part si elle sanctionne un abus (II).

I. – La remise en cause de l'écrit au profit de l'opération contractuelle

C'est l'opération contractuelle qui guide l'interprétation de l'écrit contractuel (A) et conduit parfois à le dépasser (B)

A. – Interprétation de l'écrit contractuel

4. Force de l'écrit contractuel – En apparence, la lettre du contrat est soumise à des pressions contradictoires. Tour à tour le juge semble exalter la force de la lettre ou au contraire s'en départir. Ces mouvements apparents de divergence alimentent l'argumentation qui tend à soutenir que sous couvert d'interprétation, le juge méconnaît le sens clair des termes du contrat, au mépris de l'article 1134 qui en fait la

loi des parties. Pourtant, les grands exemples cités à l'appui de cette démonstration (à savoir la dénaturation ou les clauses de style) prennent une autre teinte lorsqu'on les éclaire avec le concept d'opération contractuelle. Pour le dire autrement, la lettre semble être malmenée mais c'est souvent au profit de son esprit.

5. L'opération contractuelle, critère de la dénaturation – La dénaturation¹⁴ est un contentieux qui paraît placé sous le sceau de l'arbitraire. L'interdiction de dénaturer les termes clairs et précis d'une convention est chargée d'équivoque. Une même clause peut être considérée comme claire ou obscure selon le contexte ou les circonstances alors même que la rédaction de cette clause n'a pas varié d'un seul mot. Par exemple, la jurisprudence a pu juger que la clause par laquelle le locataire prend les lieux « *dans l'état où ils se trouvent* » est claire et précise¹⁵ alors que la clause indiquant que le camion est vendu dans « *l'état où il se trouve* » est ambiguë¹⁶. Où se situe alors la limite entre l'interprétation légitime qui remet en cause la lettre du contrat et celle, illégitime, qui n'est que son travestissement ? Le critère de la clarté grammaticale de l'expression est insuffisant et a été maintes fois désigné comme étant obscur. En réalité, la clarté recherchée n'est pas autre chose que la correspondance entre la lettre du contrat et l'opération contractuelle conclue, entre *l'instrumentum* et le *negotium*.

Un exemple issu du contentieux de l'assurance peut aider à le comprendre. En l'espèce, une banque, victime d'actes frauduleux commis par ses salariés, demande l'indemnisation de son préjudice à son assureur. Le premier des actes frauduleux se situe pourtant à une époque antérieure à la souscription de la police. Selon la cour d'appel, l'ensemble des actes constitue un seul sinistre et les conditions de la garantie ne sont pas réunies : elle refuse l'indemnisation. L'arrêt est cassé sur le fondement de la dénaturation du contrat car l'objet de la garantie est défini sans aucune restriction¹⁷. Selon l'analyse classique la solution de la Cour de cassation semble très contestable : comment dans le silence du contrat on peut admettre une indemnisation de sinistres antérieurs à la conclusion du contrat ? Le contrat, incomplet car silencieux sur ce point, semble alors ambigu et non pas clair. Pourtant, du point de

¹⁴ Alors que la Cour de cassation ne contrôle pas l'interprétation menée sur le fondement des articles 1156 et suivants, elle contrôle la dénaturation du contrat, au visa de l'article 1134 depuis un arrêt de principe jamais démenti (*arrêt Veuve Foucauld Cass. civ. 15 avril 1872, DP 1872, 1, 76, S. 1872, 1, 232*).

¹⁵ Civ. 3^{ème} 12 novembre 1975, D. 1976, I.R., p.13.

¹⁶ Civ. 1^{ère} 8 décembre 1975, D. 1976, somm., p.28.

¹⁷ Civ. 1^{ère} 16 mars 1994, Bull. I, n°95 : « l'article 2 des conditions particulières de la police définit, sans aucune restriction, l'objet de la garantie comme étant de couvrir les pertes pécuniaires que pourrait subir l'assuré à la suite d'un détournement commis pendant la période de validité du contrat et que l'article 4 desdites conditions a pour seul objet de régler les modalités de calcul de l'indemnisation, la cour d'appel a dénaturé les clauses claires et précises du contrat d'assurance ».

vue de l'opération d'assurance on comprend que celle-ci doit comporter un aléa. Si l'utilité du contrat d'assurance est la couverture des sinistres postérieurs à la conclusion de l'accord, interpréter les différents sinistres, antérieurs et postérieurs, comme un seul et même évènement (raisonnement de la cour d'appel) conduirait à considérer que le contrat n'est plus aléatoire parce que les sinistres postérieurs (incertains) sont liés aux sinistres antérieurs (certains). C'est une dénaturation car cela revient bien à supprimer l'aléa dans le contrat qui le contient nécessairement. Sans aléa, le contrat d'assurance perd, au sens propre, sa nature. Le sens grammatical de la lettre du contrat n'est pas respecté car son sens est jugé clair au regard de l'opération que les parties ont voulu conclure – ici l'opération d'assurance.

6. L'opération contractuelle, critère de la force des stipulations – Cette analyse peut être généralisée chaque fois que se pose la question de savoir si des stipulations contractuelles sont ou non obligatoires. Elles sont obligatoires si elles décrivent l'opération contractuelle, proposition qui est d'ailleurs en adéquation avec la jurisprudence qui admet même les preuves extérieures à l'écrit contractuel pour déterminer sa nature.

L'exemple des clauses de style est parmi les plus frappants¹⁸. Dans un premier sens, elle désigne une clause usuelle, d'un emploi fréquent en raison de son utilité. Dans un second sens, c'est la clause que les parties ont stipulée mécaniquement, sans y prêter attention : elle n'est pas entrée dans l'objet de leurs prévisions. Selon le premier sens, le caractère usuel d'une clause ne saurait la priver d'effet. Ce serait méconnaître l'article 1134. Selon le second sens, une hésitation surgit : la clause doit-elle produire son plein effet si son insertion dans l'acte ne reflète pas la volonté des parties ? En réalité, l'effet de la clause de style est relatif à un élément extérieur au contenu de la clause elle-même. Priver d'effet la stipulation c'est affirmer qu'elle ne correspond pas à l'opération des parties¹⁹. Lui donner effet est reconnaître au contraire qu'elle la décrit fidèlement. C'est exactement le même problème que dans le cas de la dénaturation.

De même, certaines mentions du contrat sont parfois reconnues comme purement informatives et non comme normatives. La Cour de cassation a ainsi décidé que la mention dans un contrat de travail du régime de prévoyance ou de retraite applicable dans l'entreprise n'a qu'une valeur informative et ne constitue pas un élément du contrat de travail²⁰ ou même que « *la mention du lieu de travail dans le*

¹⁸ D. Denis, « La clause de style », *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, Répertoire du Defrénois, 1979, n°5, p.119. Egal. A. Lecomte, « La clause de style », *RTD civ.* 1935, p.333.

¹⁹ Par ex. Com. 14 oct. 2008, Bull. IV, n°171: la clause de non responsabilité pour pollution des minerais «était contredite par les courriers échangés».

²⁰ Soc. 4 juillet 2007, Société La Halle, pourvoi n° 05-45688, RDC 2008, p.393 note C. Radé.

contrat de travail a valeur d'information, à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu »²¹. Une fois encore il y a deux façons de comprendre ces arrêts : intolérable remise en cause de la force du contrat sous couvert d'interprétation ou bien affirmation que le but du contrat de travail n'est pas de régler la question de la retraite du salarié ou même de définir sans modification possible le lieu de l'exécution sauf tâche spécifique. Bref, le recours au critère de l'opération contractuelle permet de distinguer les éléments prépondérants des précisions secondaires. Au fond, l'écrit n'a qu'une valeur de preuve, voilà ce dont il n'aurait jamais fallu douter.

7. L'opération contractuelle, révélée par les documents périphériques – Une dernière confirmation de la légitimité de la remise en cause de l'écrit au profit de l'opération peut être puisée dans les cas des documents périphériques à l'écrit principal : les lettres, brouillons et surtout la publicité.

Les documents publicitaires sont tout à la fois jugés comme obligatoires ou non²². C'est à nos yeux, une nouvelle confirmation que la nature du document importe peu : en elle-même, la publicité n'est ni obligatoire ni sans aucune portée. Par exemple, une société vendant une machine libellant des chèques a vanté que ces derniers étaient infalsifiables dans ses documents publicitaires. L'acheteur a malgré tout essuyé de nouvelles falsifications après l'acquisition de la cette machine. La Cour de cassation a reconnu l'inexécution du contrat²³ alors même que la preuve que la volonté des parties s'était accordée sur ce document était loin d'être apportée. La publicité n'est qu'un prétexte pour établir l'opération conclue par les parties et son éventuel échec. Le vendeur qui décrit sa machine avec un document publicitaire apport des précisions sur l'objet du contrat : il précise l'opération que les parties ont conclue. Dès lors, l'extension apparente des engagements n'est que le retour à la réalité de l'opération contractuelle et la remise en cause de l'écrit contractuel principal n'est que l'accomplissement de l'opération contractuelle.

²¹ Soc. 3 juin 2003, Dr. soc. 2003, p. 884, obs. J. Savatier, JCP G 2003, II, 10165, note M. Véricel, D. 2004, p. 89, note C. Puigelier, RDC 2004, p. 237, obs. J.-P. Chazal, p. 381.

²² Civ. 3^{ème} 17 juillet 1996, Bull. III, n°197 : valeur contractuelle du document non reconnue ; Com. 17 juin 1997, Bull. IV, n°195 : inexécution en raison de la méconnaissance du contenu d'une publicité.

²³ Com. 17 juin 1997 précité.

B. – Dépassement de l'écrit contractuel

8. Dépassements légitimes : requalification, clauses limitatives, économie du contrat – Les exemples sont connus mais sont rarement tous cités ensemble au titre d'une remise en cause légitime du contrat par le juge : il s'agit de la requalification ou de la suppression des clauses limitatives et de la prévalence de l'économie du contrat.

Le juge dépasse la lettre du contrat et même sa dénomination par les parties en faisant prévaloir la réalité sensible, c'est-à-dire celle de l'opération conclue entre les parties. Bien que dénommée « bail », une convention d'extraction de pierres dans une carrière peut être requalifiée en vente²⁴. De même, un cautionnement sans bénéfice de discussion ni d'opposabilité des exceptions est en réalité une garantie autonome²⁵. Une nouvelle fois, c'est l'opération matériellement conclue qui prévaut et légitime le dépassement total de la lettre du contrat. La remise en cause du contrat par le juge s'apparente alors à une remise en ordre, c'est-à-dire un retour à l'opération contractuelle concrètement entendue.

La suppression des clauses limitatives procède encore de la même inspiration. Depuis l'arrêt *Chronopost*²⁶, la question est étroitement liée à l'obligation essentielle qui ne doit pas être contredite par une stipulation contraire. Le recours par les juges à la notion de cause de l'obligation a été plusieurs fois critiqué en doctrine. Pourtant, à y regarder de plus près tous ces éléments procèdent d'une seule et même réalité. Qu'est-ce que l'obligation essentielle sinon celle qui retranscrit juridiquement l'opération contractuelle ? C'est bien l'appréciation des utilités concrètes que les parties se consentent qui permet de se prononcer sur le type de contrat et non l'inverse. C'est parce qu'un contractant veut pouvoir profiter de toutes les utilités de la chose, même au point de devoir la détruire physiquement ou juridiquement (en l'aliénant), que seul le transfert de propriété est propre à transcrire juridiquement l'opération. De même la cause de l'obligation est la contrepartie attendue par chaque partie si bien que cela forme deux obligations essentielles qui se répondent l'une l'autre et traduisent juridiquement la signification économique de cette opération. Après avoir remarqué cela, il n'est pas difficile de plaider pour la suppression des

²⁴ Cass. Civ. 3^{ème} 30 mai 1969, D. 1969, p.561 ; Civ. 3^{ème} 3 octobre 1969, Bull. III, n°617, Cass. Civ. 3^{ème} 25 octobre 1983, Bull. III, n°197

²⁵ Com. 13 décembre 1994, Bull. IV, n°375 ; Civ. 1^{ère} 23 février 1999, Bull. I, n°64

²⁶ Com. 22 octobre 1996, Bull. IV, n°261, D. 1997, p.121, note A. Sériaux ; D. 1997, somm., p.175, obs. P. Delebecque ; Defrénois 1997, p.333, note D. Mazeaud ; Contrats Concurr. Consomm. 1997, n°24, note L. Leveneur ; JCP 1997, II, 22881, note Cohen ; JCP 1997, I, n°4002, obs. M. Fabre Magnan ; JCP 1997, I, n°4025, obs. G. Viney ; RTD civ. 1997, p.418, obs. J. Mestre.

clauses qui remettraient en cause (et pour le coup le terme a son importance !) l'opération. De deux choses l'une : soit les parties ont fait de la rapidité du transport le cœur de l'opération soit le délai n'est pas déterminant. Selon l'hypothèse choisie, la justification des contreparties, de l'équilibre contractuel, diffère : la cause de chaque obligation n'est plus la même car l'opération contractuelle n'est plus la même.

Cette façon de présenter les choses explique pleinement la légitimité de l'intervention judiciaire qui a pu paraître trop intrusive dans certains cas. L'arrêt du point club vidéo²⁷ paraît en effet bien plus légitime de ce point de vue, en dépit de sa référence à l'économie du contrat. Car l'un des sens de cette expression difficile à cerner²⁸ est justement celui du retour à l'opération contractuelle. La Cour de cassation a accueilli l'annulation d'un contrat de locations de cassettes dans une commune de seulement 1314 habitants. Il est évident qu'économiquement le contrat n'est pas viable faute d'un nombre suffisant de consommateurs et que celui qui met à la disposition de l'autre partie les cassettes ne lui procure aucune utilité économique réelle. De ce point de vue, il ne s'agissait pas simplement de location de cassettes mais de la création d'un point club vidéo, opération qui se rapproche alors du contrat de franchise²⁹. L'annulation se présente alors comme l'affirmation d'une opération impossible malgré la lettre du contrat qui la présentait comme une simple location. Il y a donc bien eu implicitement une requalification qui a permis de conduire à l'impossibilité *ab initio* de réaliser l'opération voulue.

9. Légitimité de principe pour l'ajout d'obligations accessoires – La légitimité de l'adjonction d'obligations non prévues par les parties ne fait pas de doute aux yeux du législateur. L'article 1135 du Code civil contient la fameuse notion de « suites » de l'obligation. Ces dernières laissent entendre d'abord que le contenu du contrat ne se limite pas aux stipulations contractuelles, ensuite que l'équité peut être un critère pour déterminer le contenu du contrat, enfin que l'extension des obligations n'est pas illimitée et doit respecter la nature du contrat.

Tout le problème est justement de savoir comment entendre cette expression de nature du contrat. Est-ce le type : vente, entreprise, louage etc ? Est-ce l'essence de toute convention, (par exemple s'exécuter de bonne foi) ? Est-ce le sens économique de l'opération ? Est-ce tout cela à la fois si bien que cette expression ne veut rien dire de très précis ?

²⁷ Civ. 1^{ère} 3 juillet 1996, Bull. I, n°286.

²⁸ J. Moury, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », D. 2000, spéc. n°20, p.386 ; A. Zelcevic-Duhamel, « La notion d'économie du contrat en droit privé », JCP I, 300, p.423 et s.

²⁹ J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, pp. 261-262, n°400.

Dans certains cas, la nécessité et la légitimité de compléter le contenu du contrat ne fait pas de doute. Par exemple, la Cour de cassation a décidé qu'un hôtelier s'était engagé à assurer la sécurité des véhicules en stationnement après avoir relevé « *que le parc de stationnement était équipé d'un système de sécurité composé d'une barrière munie d'une commande digitale, d'un sas d'attente, d'un portail métallique et d'un système de surveillance, par écran de contrôle au poste de réceptionniste de nuit* »³⁰. De même dans le contrat de mandat « *l'agent immobilier est tenu d'une obligation de renseignement et de conseil vis-à-vis de son mandant (...) il doit, notamment, lui donner une information loyale sur la valeur du bien, mis en vente lorsqu'il apparaît que le prix demandé est manifestement sous-évalué sans raison* »³¹. Dans ces deux exemples, la suppression de ces obligations accessoires ne met pas en péril la réalisation de l'opération contractuelle (location d'une chambre ou mandat pour vendre), ce qui est un indice qu'elles sont réellement accessoires. Elles contribuent seulement à optimiser la réalisation de l'opération contractuelle en répartissant le risque d'inexécution entre les parties. Ces obligations sont encore reliées au sens économique de l'opération. Mais que dire des obligations de sécurité ou de bonne foi : ne sont-elles pas une remise en cause illégitime ?

10. Une obligation de sécurité étrangère à l'opération contractuelle – Depuis la découverte d'une obligation de sécurité dans le contrat de transport, le « forçage » du contenu du contrat a été constant³². L'exploitant d'un manège forain, d'un remonte-pente, d'un toboggan, les centres de transfusions sanguines, le vendeur, l'établissement d'enseignement sont tenus d'un devoir contractuel de sécurité corporelle à l'égard de leur cocontractant. Ce mouvement majeur de contractualisation de la sécurité apparaît désormais largement artificiel, inutile et donc illégitime car la sécurité est étrangère à l'opération contractuelle.

Dire que la sécurité est étrangère à l'opération contractuelle n'est pas affirmer que la sécurité ne soit pas nécessaire mais soutenir que lui conférer une nature contractuelle n'est pas approprié.

D'abord, tous les critères avancés pour justifier l'existence de l'obligation de sécurité sont inopérants. Le critère de la dépendance physique du créancier est partiel : les exploitants d'un magasin, le transporteur pour les accidents de gare sont tenus d'un devoir contractuel de sécurité alors même que la dépendance physique n'est guère évidente dans ces exemples³³. Le critère du risque particulier créé par le

³⁰ Civ. 1^{ère} 6 juillet 2000, Bull. I, n°208.

³¹ Civ. 1^{ère} 30 octobre 1985, Bull. I, n°277

³² L. Leveneur, « Le forçage du contrat », *Dr. et patrimoine*, mars 1998, p.72

³³ C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, n°72, p.51.

contrat se heurte au même obstacle : le spectateur, le client d'un hôtel ou d'un restaurant ne sont soumis à aucun danger spécifique né du contrat³⁴. Pareillement, celui des contrats ayant pour objet une personne est inopérant pour toute une série de contrats : le devoir de sécurité s'est épanoui dans la vente, le bail ou le louage d'ouvrage³⁵.

Ensuite, la contractualisation des faits générateurs de dommages corporels par le biais de l'obligation de sécurité augmente artificiellement le recours au régime de l'inexécution du contrat et crée une concurrence avec la responsabilité délictuelle. L'obligation contractuelle de sécurité brouille les frontières entre le contrat et le délit. Pire, le principe du non-cumul paraît rigide voire injuste lorsqu'il instaure « *une inégalité entre les victimes de faits identiques* »³⁶. L'obligation de sécurité, répliquant une norme générale de comportement est un doublon contractuel inutile. Son intérêt au regard de l'opération contractuelle est loin d'être évident car, même sans contrat, quiconque doit respecter l'intégrité d'autrui. Ceci explique que la jurisprudence ait manifesté un mouvement de décontractualisation de cette obligation, notamment pour les accidents de gare³⁷.

En outre, l'obligation de sécurité contractuelle est soumise à un régime ambigu. D'un côté la loi prohibe la limitation de l'indemnisation du dommage corporel dans le contrat de transport, lieu d'apparition primitif de l'obligation de sécurité³⁸. D'un autre côté, un arrêt a pu admettre la validité d'une clause limitative de responsabilité opposé au participant d'une frégate pour des risques anormaux³⁹. Ainsi, il semble que les parties puissent exceptionnellement réduire le champ de la sécurité sans jamais la supprimer totalement. Or si l'obligation était vraiment contractuelle, rien ne s'opposerait à une telle clause limitative puisque cette obligation est accessoire et non essentielle.

Enfin, encore plus troublant, l'obligation de sécurité n'est pas soumise à l'effet relatif des conventions (art. 1165). Alors que seules les parties au contrat peuvent normalement se prévaloir de son contenu, les juges admettent sans détour que les

³⁴ C. Bloch, précité, n°76, p.53.

³⁵ C. Bloch, précité, n°78, p.53

³⁶ G. Viney, « Rapport de synthèse » [l'obligation de sécurité], Gaz. Pal. 1993, doct., p.1215.

³⁷ Civ. 1^{ère} 7 mars 1989, D. 1991, jur., p.1, note P. Malaurie ; Gaz. Pal. 1989, jur., p.632, note G. Paire, RTD civ. 1989, p.548, obs. P. Jourdain.

³⁸ Transports ferroviaires internationaux, Convention additionnelle à la Convention internationale sur le transport de voyageurs et de bagages du 25 février 1961, art. 12 ; transports aériens nationaux et internationaux de passagers : art. L 322-3 Code de l'aviation ; transports maritimes nationaux de passagers : loi du 18 juin 1966, art. 40 ; transports maritimes internationaux de passagers : Convention de Bruxelles du 29 avril 1961, art. 9.

³⁹ Civ. 1^{ère} 28 juin 1989, Bull. I, n°265.

tiers peuvent invoquer l'obligation de sécurité incluse dans celui-ci⁴⁰. Bref, l'obligation de sécurité n'a de contractuel que le nom puisque qu'elle est concrètement traitée comme un devoir de nature légale.

Artificielle, inutile, ambiguë et traitée de surcroît comme ayant une nature légale, l'obligation de sécurité est bien une remise en cause du contenu du contrat parfaitement illégitime.

11. De la bonne foi au solidarisme contractuel : quelle légitimité ? – La notion de bonne foi inscrite à l'article 1134 al. 3 a paru pouvoir servir de socle à la doctrine du solidarisme contractuel qui préconise que le juge fasse respecter une éthique contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité seraient alors la nature du contrat⁴¹. Bien entendu, personne ne doute de la nécessité d'imposer une certaine morale dans le contrat mais le problème est bien de savoir s'il est opportun de le faire au moyen du contrat lui-même, c'est-à-dire au moyen de devoirs contractuels de bonne foi ou de loyauté. Bref, c'est une nouvelle fois une question de légitimité de la remise en cause qui se pose et sur laquelle trois réflexions peuvent être menées.

Premièrement, il ne faut pas exagérer la portée de la bonne foi dans l'article 1134. Pour le législateur de 1804, ce fameux alinéa 3 indiquait simplement l'abandon de la distinction entre les contrats de bonne foi, d'interprétation souple et la catégorie romaine des contrats de droit strict, d'interprétation étroitement littérale⁴². La bonne foi exprime la possibilité laissée au juge de s'affranchir du contenu littéral du contrat, et l'alinéa 3 est une transition vers l'article 1135 qui consacre justement une telle possibilité.

Deuxièmement, les applications jurisprudentielles de la bonne foi conduisent majoritairement à une détermination plus fine du contenu du contrat, ce qui confirme bien que la bonne foi est un mode d'interprétation de l'écrit autorisant à aller au-delà de celui-ci. Au fond, les juges interdisent les comportements qui font échec à la réalisation de l'opération contractuelle. Par exemple, des arrêts ont décidé sur le fondement de la bonne foi qu'une société devait mettre en œuvre tous les moyens pour empêcher les retraits ou ordres de paiement après opposition par son

⁴⁰ Exemple frappant : l'affaire du « cerceau brisé » : Civ. 1^{ère} 17 janvier 1995, *Bull.* I, n°43, *D.* 1995, jur., p.350, note P. Jourdain, *RGAT* 1995, p.529, obs. P. Rémy. Comp. même solution pour le défaut de surveillance de l'hôpital ayant permis le suicide d'une psychotique : Civ. 1^{ère} 18 juillet 2000, *Bull.* I, n°221, *JCP* 2000, II, 10415, rapport P. Sargos, *RTD civ.* 2001, p.146, obs. P. Jourdain.

⁴¹ *Supra*, notes 2 à 5.

⁴² F. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, thèse Paris, Dalloz, 1910, p.10 : en droit romain, la *bona fides* « inaugure un système de conventions basé, non plus sur l'observance rigoureuse de formes déterminées, mais surtout sur le respect des intentions, sur la loyauté et la confiance, en un mot sur des éléments spirituels et moraux »

détenteur⁴³ ou encore que le débiteur, « tenu d'exécuter de bonne foi le contrat le liant au distributeur d'eau devait vérifier si cette fourniture lui était facturée »⁴⁴. De ce point de vue, la bonne foi ne diffère pas de l'application de l'article 1135.

Troisièmement, il reste alors à savoir si, notamment dans les contrats de distribution (concession ou franchise), il est légitime d'imposer aux contractants des devoirs contractuels propres comme le préconise la doctrine du solidarisme contractuel. Bref, l'opération contractuelle, au sens économique, peut-elle être moralement modifiée par le juge ? Cette façon de comprendre la bonne foi a déjà été vigoureusement rejetée par un arrêt de la Cour de cassation qui a décidé que la bonne foi ne peut « porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »⁴⁵. Autrement dit, la remise en cause de l'opération contractuelle est interdite par la voie de la bonne foi qui ne peut permettre d'altérer l'opération contractuelle. Mais au-delà de l'argument d'autorité, cette adjonction de devoirs moraux paraît totalement illégitime dans la mesure où le problème se pose dans les mêmes termes que pour l'obligation de sécurité. A quoi bon créer, dans le domaine contractuel, un doublon des devoirs qui sont déjà sanctionnés au titre de la responsabilité délictuelle ? Au mieux, c'est inutile, au pire c'est une source de confusion. Ce n'est pas parce que certaines fautes sont commises au moyen d'un contrat qu'elles deviennent par là même contractuelles. Le malentendu réside dans le fait que le contrat et le délit sont conçus comme deux domaines exclusifs l'un de l'autre. Au contraire, il semble plus cohérent de considérer le contrat comme inclus dans le vaste océan des devoirs légaux qui pèsent sur tout en chacun. Si l'on accepte cette idée, ce qui apparaît à la doctrine du solidarisme contractuel comme une remise en cause du contrat par le juge n'est en fait que la sanction de certaines fautes sur le plan délictuel. A partir de cette idée, il est possible de proposer une relecture de tous les autres cas de remise en cause de la force obligatoire qui, loin d'être des violations de l'article 1134, ne sont en réalité que la sanction des abus commis à l'occasion de la formation ou de l'exécution du contrat.

⁴³ Com. 20 octobre 1998, Bull. IV, n°244.

⁴⁴ Civ. 1^{ère} 23 janvier 1996, Bull. I, n°36.

⁴⁵ Com. 10 juillet 2007, Sté les Maréchaux, Bull. IV, n°188, GAJC, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008, n° 164 : la clause de garantie de passif joue en dépit de la connaissance du cessionnaire des irrégularités comptables à l'origine de la dette à garantir.

II. – La remise en cause de la force obligatoire, sanction d'un abus

L'abus est une faute délictuelle (A) dont la sanction peut consister dans la remise en cause des clauses du contrat (B).

A. – L'abus comme faute délictuelle

12. Unité conceptuelle de l'abus et de la faute – Ordinairement, la faute (ou délit civil) est conçue de façon totalement détachée du contrat. En raison du postulat selon lequel ces domaines devraient être parfaitement étanches, l'existence même du contrat semble appeler uniquement l'application du régime contractuel. Or l'usage du terme « d'abus dans le contrat » n'est qu'une façon de réintroduire le délit civil dans le contrat mais sans le dire. Une fois que le masque des mots tombe, le vrai visage de l'abus apparaît : ce n'est que le concept de délit civil appliqué de façon spécifique au contrat. L'obligation de bonne foi contractuelle laisse croire que les fautes commises seraient contractuelles. En réalité, même commises pendant l'exécution du contrat, certaines fautes ne font qu'illustrer la violation d'un devoir général de loyauté qui demeure le même avec ou sans contrat.

Par exemple, les contrats de distribution conclus à durée indéterminée peuvent être résiliés à tout moment. Toutefois, le juge contrôle s'il n'y a pas un abus, notamment si le fournisseur a demandé peu de temps auparavant des investissements importants. En ce cas, l'acheteur subi un préjudice causé grâce au contrat mais qui n'a pas une nature contractuelle. En effet, le fournisseur peut bien résilier le contrat mais l'usage de ce droit ne doit pas causer de dommage. C'est au fond une réminiscence de l'hypothèse historique de l'abus de droit de propriété⁴⁶. La responsabilité est délictuelle car il n'y a pas inexécution du contrat et donc encore moins remise en cause du contrat par le juge. D'ailleurs cette façon de raisonner est inscrite dans le Code de commerce qui sanctionne le fait « *de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit* »⁴⁷ et les juges décident que la responsabilité encourue est bien délictuelle⁴⁸. Dans cette hypothèse, il n'y a pas remise en cause par le juge du contrat mais application de la responsabilité délictuelle à l'occasion de relations contractuelles. Or, comme l'abus n'est rien

⁴⁶ Req. 13 août 1915., arrêt Coquerel c. Bayard, GAJC, 12^{ème} éd., n°67.

⁴⁷ L. 442-6, I-5° CCom.

⁴⁸ Com. 6 février 2007, Bull. IV, n°21.

d'autre qu'une faute délictuelle, il est seulement sanctionné (dans cet exemple) par des dommages-intérêts.

13. Les clauses abusives, cas topique d'un abus de pouvoir – Le cas des clauses abusives semble n'avoir que peu de rapport avec la responsabilité délictuelle. Un auteur distingue d'ailleurs dans sa thèse sur l'abus dans le contrat entre l'abus comme faute délictuelle et l'abus comme limite à la force obligatoire d'une clause⁴⁹. Mais on peut se demander si ces deux figures s'opposent réellement l'une à l'autre. Pour cela, il faut revenir à la définition des clauses abusives.

Selon le Code de la consommation une clause est abusive si elle a « *pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* »⁵⁰. A première vue, le signe de l'abus est un déséquilibre contractuel que le juge est appelé à rectifier. Initialement, la clause ne pouvait être déclarée abusive que par décret. Or, la Cour de cassation a décidé depuis un arrêt 1991 resté célèbre que le juge pouvait réputer une clause abusive, même sans texte. Ainsi, la clause exonérant un laboratoire pour la perte des diapositives qu'il devait développer a été jugée comme procurant « *un avantage excessif* » et que la société « *du fait de sa position économique se trouvait en mesure de l'imposer à sa clientèle* »⁵¹. Cette solution a pu être présentée comme un « coup d'Etat » jurisprudentiel car le juge admettait pour la première fois de façon explicite qu'un décret préalable était inutile pour qualifier la clause d'abusives.

Cependant, cette solution n'est que le révélateur de la nature délictuelle de l'abus, c'est-à-dire du fait que l'abus n'est qu'une variété de délit civil. La faute consiste ici en un abus de puissance économique (comme le dit la Cour de cassation) c'est-à-dire en un abus de pouvoir. L'abus de pouvoir consiste à imposer à l'autre partie des obligations ou des charges qu'elle n'accepte qu'en raison du déséquilibre des forces en présence. On en trouve confirmation dans le fait que ce raisonnement ne s'applique ni entre particuliers ni entre professionnels ou ce déséquilibre préalable des forces de négociation ne se retrouve pas. Pour le dire autrement, le contrat devient un moyen de causer un dommage en conférant à l'une des parties un avantage sans contrepartie. Dès lors, le juge pouvant lui-même définir la faute civile au sens de 1382, le pouvoir réglementaire ne peut énumérer limitativement les cas d'abus. L'arrêt précité se comprend alors comme la mise en œuvre de cette idée.

⁴⁹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t.337, 2000, *passim*.

⁵⁰ L. 132-1 al.1 C.Conso.

⁵¹ Civ. 1^{ère} 14 mai 1991, Bull. I, n°153, GAJC, Dalloz, 12^{ème} éd., n° 159 (Arrêt Lorthioir)

L'originalité de l'abus réside dans le fait qu'il a pour objet le contrat lui-même tout en étant délictuel ce qui paraît paradoxal. Pourtant, à y réfléchir, ce caractère est le même que celui des nullités relatives pour dol ou violence qui permettent d'annuler le contrat et d'engager la responsabilité civile de l'auteur de ces délits civils. Dans cette hypothèse, une sanction spécifique (la nullité) s'ajoute aux dommages-intérêts éventuels. La nullité est en effet seule apte à réparer le préjudice consistant à avoir conclu un contrat à la suite d'un dol ou d'une violence. De la même façon, il faut admettre une sanction spécifique pour l'abus : ce sera le fait que la clause est réputée non-écrite. Or comme l'on sait très bien que dire qu'une clause est non écrite est une fiction, autant dire sans détour que c'est une stipulation sans force obligatoire, bref une véritable remise en cause du contrat par le juge. Au fond, ce n'est qu'une nullité partielle. Dès lors, cette remise en cause apparaît légitime car elle découle d'un fondement délictuel et du pouvoir du juge de contrôler la validité du contrat : ce n'est donc pas à ce titre une remise en cause de l'article 1134.

B. – Spécificité de la sanction de l'abus dans le contrat

14. Sanction propre prévue par la loi – Parce que l'abus de pouvoir est une faute qui conduit à déterminer le contenu du contrat en procurant un avantage excessif à l'une des parties, la réparation de ce dommage ne peut se faire qu'en supprimant cet excès. Autrement dit, le juge va devoir refuser la force obligatoire aux stipulations qui n'ont pas de contrepartie mais ne s'expliquent que par le pouvoir que pouvait exercer une partie sur l'autre. Bref, il s'agit de clauses qu'une partie n'aurait jamais pu négocier. Grâce à cette idée, les cas légaux habituellement cités au titre de la remise en cause du contrat par le juge prennent une nouvelle couleur.

La révision légalement prévue des clauses pénales excessives⁵² peut être comprise sous cet angle. Il s'agit avant tout de réduire les montants qu'une partie n'a pas pu négocier en raison de l'abus de pouvoir de l'une des parties. A ce titre le caractère excessif de la clause pénale serait en lui-même révélateur de cet abus de pouvoir, bref de la faute commise.

De même, la réduction du cautionnement disproportionné prévue par la loi⁵³ invite exactement au même genre d'exercice. Souvent, les établissements de crédit refusent d'accorder tout prêt sans contrat de cautionnement. C'est en fait imposer par exemple au dirigeant social de se porter caution pour sa société qui emprunte alors

⁵² CCiv. art. 1152.

⁵³ C.Conso. art. L. 341-4.

même que par définition, s'il a créé une SARL c'est qu'il ne voulait pas engager son patrimoine personnel. La sanction de l'abus va consister à ramener le cautionnement à sa juste mesure.

15. Sanction généralisée par la jurisprudence – La jurisprudence a reconnu des situations caractéristiques d'un abus de pouvoir ne pouvant être réparées que par la remise en cause de la force obligatoire des stipulations ce qui est la conséquence logique de la reconnaissance d'une faute civile.

Ainsi, lorsque le prix n'a pas été négocié car fixé unilatéralement, le juge admet la possibilité de le réduire, comme il le ferait pour une clause pénale. Tel est le cas pour les contrats d'entreprise conclu dans les professions libérales. Par exemple, les honoraires de l'expert comptable peuvent être révisés s'ils sont excessifs⁵⁴. Les mandataires sont soumis à la même règle du moment que leur salaire est « *hors de proportion avec le service rendu* »⁵⁵. Cependant, cette réduction ne concerne que les honoraires fixés préalablement ce qui exclut les honoraires arrêtés celui-ci après la réalisation de la prestation⁵⁶ et que l'autre partie a pu accepter en connaissance de cause⁵⁷. Autrement dit, ce que le juge sanctionne est bien l'abus de pouvoir.

Ce raisonnement pourrait encore s'appliquer au refus de reconnaître les effets d'une clause résolutoire invoquée de mauvaise foi par le créancier. Soit le créancier aura laissé perdurer la situation et ainsi accepté l'inexécution⁵⁸ soit il aura fautivement détourné la clause résolutoire de son esprit et commis ainsi un abus de pouvoir. Pour illustrer cette dernière hypothèse on peut citer le refus de reconnaître plein effet à une clause résolutoire dans un bail emphytéotique pour inexécution d'une redevance annuelle d'un franc seulement⁵⁹ ou encore le refus de valider une clause résolutoire sanctionnant une défaillance extérieure au contrat⁶⁰.

On peut prendre un dernier exemple avec les clauses de non-concurrence dans le contrat de travail qui y sont incluses sans négociation particulière. Cette clause de non-concurrence confère à l'employeur un avantage qu'il ne rémunère pas, bref sans contrepartie. Aussi, il n'est pas étonnant que cette clause se soit attiré les foudres de la Cour de cassation et ne soit considérée comme valable que si elle comporte une

⁵⁴ Civ. 1^{ère} 3 juin 1986, JCP 1988, II, 20791, note Viandier

⁵⁵ Civ. 29 janv. 1867, DP 1867, I, 53

⁵⁶ Civ. 3^{ème} 9 déc. 1975, Bull. III, n°362

⁵⁷ Civ. 1^{ère} 2 avril 1997, Bull. I, n°113

⁵⁸ Civ. 1^{ère} 31 janv. 1995, Bull. I, n°57; Civ. 1^{ère} 16 fév. 1999, Bull. I, n°52.

⁵⁹ Civ. 3^{ème} 6 juin 1984, Bull. III, n°111.

⁶⁰ Civ. 1^{ère} 27 nov. 2008, Bull. I, n°275.

contrepartie financière⁶¹. L'inverse est révélateur d'un abus de pouvoir et la clause est réputée non écrite.

16. Domaine propre – La sanction qui consiste à refuser la force obligatoire ne vise que les cas où une faute délictuelle peut être découverte. Dans cette voie, on comprend qu'en dépit des exigences de bonne foi, le refus de révision des contrats pour imprévision ait si bien résisté. En effet, dans cette situation, il n'y a pas un abus de pouvoir commis par l'une des parties mais au pire une exploitation opportuniste des circonstances économiques. Aussi, cela pourrait expliquer que la Cour de cassation soit réticente, même sous l'étendard de la bonne foi, à modifier le contenu des obligations. En effet, dans cette hypothèse, réviser le contrat pour imprévision semble conduire à modifier réellement l'opération contractuelle elle-même alors que celle-ci est au contraire laissée intacte lorsque les stipulations abusives sont éradiquées du contenu du contrat. Pour le dire autrement, le problème de l'imprévision relève de l'exécution du contrat tandis que l'abus dans le contrat est un problème de formation. Ainsi, cette distinction achève de confirmer que la remise en cause du contrat par le juge se fait paradoxalement toujours au profit du contrat lui-même soit qu'elle marque le retour à l'opération contractuelle soit qu'elle éradique de celle-ci les déséquilibres fautivement introduits. Certes nous avons changé d'épouvantail mais la terre contractuelle sur laquelle il est planté reste toujours la même.

⁶¹ Soc. 18 sept. 2002, Bull. V, n°273.