

CONCOURS ENM 2014**Droit civil****« Le juge et l'intangibilité du contrat »*****Corrigé proposé par Christophe André***

« *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?* » Ce titre d'un colloque organisé à Chambéry en 1997 est révélateur. Il sous-entend que les atteintes répétées à cette intangibilité, de la part du législateur et du juge, auraient fait de ce principe une peau de chagrin. Pourtant, si l'interrogation demeure 20 ans plus tard, c'est bien qu'il en reste quelque chose...

Plutôt que de ressasser de vieilles lunes, selon lesquelles le juge disposerait de l'accord de volontés, jusqu'à en faire sa chose, il paraît nécessaire de bien cerner au préalable ce que signifie « l'intangibilité du contrat ». Le mot « intangibilité », distinct de l'immutabilité ou même de la pérennité, renvoie au caractère sacré, inviolable, intouchable. Rapportée au contrat, la notion mérite d'être doublement précisée.

Par rapport aux parties d'abord : dire que le contrat est intangible ne signifie pas que, une fois conclu, il développe une existence propre qui échapperait à l'emprise des contractants. Ce que la volonté commune a fait, la volonté commune peut le défaire, en vertu d'un « *distrat* » (article 1134, al. 2 du Code civil) ou par voie d'avenant. Sous cet angle, l'intangibilité du contrat le protège de modifications par volonté unilatérale non prévues initialement. Dans la pureté des principes, le contrat est, en effet, l'accord de plusieurs volontés, qu'une volonté solitaire et postérieure ne peut pas atteindre. Seul un nouvel échange de consentements entre les intéressés permettrait de modifier l'accord initial. Comme l'affirmait le professeur *Rouhette*, rien de ce qui a été fait contractuellement n'est donc hors de portée de la volonté, si cette dernière est "commune".

Par rapport au juge, ensuite, en se tenant éloigné d'écueils purement idéologiques, tel que le mythe de l'autonomie de la volonté, qui ferait du juge « *l'ennemi contractuel numéro un* » (D. Mazeaud), limitant sa *jurisdictio* à la portion congrue. Quant au mythe du solidarisme, il cherche à faire du juge un acteur majeur du théâtre contractuel. Ces deux visions extrêmes sont identiquement trompeuses : les parties ne vivent pas à l'écart du droit, tels des Robinson coupés du monde (dans la mesure, au moins, où elles cherchent la protection de l'ordre juridique); par ailleurs, le juge, même s'il le voulait, ne pourrait pas refaire un contrat, notamment d'affaires, à défaut d'être (et de devoir être) un expert économique. En réalité, l'évolution historique du rôle du juge est plus concrète, plus prosaïque aussi. Dans la conception libérale originelle, le postulat d'un contrat de gré à gré conclu entre parties de mêmes forces conduisait à n'admettre l'intervention du juge que dans les cas les plus graves. Dans cette conception, qui n'a pas disparu et qui explique, encore aujourd'hui, nombre de règles du droit positif, le contrat est la chose des parties. L'immixtion du juge dans la sphère contractuelle doit alors être limitée au strict minimum, car elle serait porteuse d'insécurité juridique. Cette position explique la défiance traditionnelle de la doctrine vis-à-vis du pouvoir de révision du juge, c'est-à-dire vis-à-vis de la possibilité, offerte à un juge, de modifier le contenu de l'accord des parties, en le corrigeant s'il se révèle défectueux, en le complétant s'il s'avère insuffisant, voire en le réduisant s'il s'avère annulable. Or, la massification des contrats et l'avènement des contrats d'adhésion entre parties inégales ont conduit à multiplier les hypothèses dans lesquelles le juge intervient pour en modifier le contenu, notamment lorsqu'il s'agit de rééquilibrer le contrat en modérant ses dispositions. Enfin, et précisément, cette évolution témoigne de la superposition des deux conceptions de l'intervention du juge dans notre droit : s'il doit respecter la norme

contractuelle, ce respect n'est pas pour autant servile. Serviteur, mais pas esclave, telle serait la fonction du juge.

Cependant, dira-t-on alors que les rapports du juge et de l'intangibilité du contrat s'articulent autour d'un rapport principe/exceptions, l'intangibilité étant tantôt respectée, tantôt écornée ? Rien n'est moins sûr, compte tenu de LA référence posée par la loi en la matière : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». L'analogie entre norme contractuelle et loi est forte, au moins d'un point de vue symbolique, mais elle appelle deux séries de précisions. D'une part, pour le juge, la force obligatoire signifie qu'il va avoir, à l'égard de ce qui a été convenu dans le contrat, une activité fondamentalement identique à celle qu'il doit déployer en dehors de la matière contractuelle pour un litige à résoudre par application directe d'une norme légale : il appliquera la norme contractuelle exactement comme il appliquerait la loi. Cette norme lui servira de référence pour sa décision. D'autre part, le juge dispose d'une marge de manœuvre plus large que dans l'application de la norme légale, à la fois dans le contrôle de sa validité, dans la détermination de son contenu, et dans les multiples atteintes qu'il est autorisé à porter à la force obligatoire du contrat, ou qu'il s'autorise lui-même à porter. Loin d'être prisonnier de l'accord des parties, il peut y introduire toutes sortes d'éléments que les parties n'ont pas envisagés, soit par le biais d'une interprétation objective du contrat, soit sur le fondement de l'article 1135 du code civil, soit en utilisant la notion de « bonne foi » de l'article 1134 alinéa 3. Si l'extension, souvent soulignée, des pouvoirs du juge en matière contractuelle est un signe de la valeur très inférieure reconnue au contrat dans la hiérarchie des actes créateurs de droit, elle n'implique nullement une remise en cause de l'effet normatif du contrat. Comme l'indique Pascal Ancel (*Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, 1999), il y a sans doute lieu d'introduire dans le débat la distinction entre le contenant et le contenu, l'accord et les clauses convenues. Or, « *les suites de l'obligation* » que le juge découvrira eu égard à la dimension sociale du contrat ne sont pas moins obligatoires que les clauses du « *bargain* » initial, de la substance. C'est l'accord des parties qui est enrichi ou amputé, mais le *contrat*, pour sa part, demeure intangible.

On perçoit alors combien notre droit fait du juge, aujourd'hui comme hier, un garant de la norme contractuelle, ce qui ressortit à la lecture classique de l'intangibilité du contrat (I) ; il peut toutefois aussi, en vertu de sa *jurisdictio*, enrichir le contenu de l'accord, ou l'amputer, sans que cela signifie autre chose qu'une lecture renouvelée de l'intangibilité du contrat (II).

I- Le juge garant de la norme contractuelle : la lecture classique de l'intangibilité du contrat

Pour le juge, garantir l'application de la norme contractuelle signifie en respecter à la fois le sens (A) et la substance (B).

A- Le respect du sens du contrat

De la même manière qu'un juge en interprétant la loi cherche à connaître la volonté du législateur à travers les travaux préparatoires, le juge se doit ne pas « toucher », altérer le sens du *negotium*. Cela se traduit non seulement par l'interdit de la dénaturation (1), mais encore par les directives, qui en cas d'obscurité, suggèrent une interprétation subjective, au plus près de la volonté originaires des parties.

1- L'interdit de la dénaturation

L'intangibilité du sens du contrat est en premier lieu assurée par la théorie classique de la dénaturation, ancree dans notre droit depuis l'arrêt *Foucault/Coulombe* de la chambre civile du 15 avril 1872. Le juge de fond ne saurait, sous prétexte d'interprétation, aller à l'encontre d'une volonté des parties qui a été

clairement exprimée de manière claire et précise. A défaut, il y aurait dénaturation. Elle apparaît à ce point grave que, par exception, elle ouvre à une censure possible de la Cour de cassation. Dans une longue série d'arrêts, elle a affirmé que « s'il appartient aux juges du fait de déterminer le sens et la portée des conventions des parties et de rechercher leur intention, ce pouvoir ne saurait aller jusqu'à dénaturer ces conventions lorsqu'elles sont claires et précises et ne comportent aucune interprétation » (Civ. 30 novembre 1892). Le principe d'une interdiction de la dénaturation vaut du reste non seulement pour les contrats mais aussi pour tous les actes juridiques privés. Sa mise en œuvre appelle trois séries de précisions. D'abord, ce contrôle de la dénaturation par la Cour de cassation procède de l'idée qu'en dénaturant le contrat, sous couleur de l'interprétation, le juge refuse de l'appliquer et viole ainsi l'article 1134, alinéa 1^{er}, du code civil (d'où la compétence de la Cour de cassation, dans un domaine qui semble factuel au premier abord). Ensuite, et précisément, cela suppose qu'il n'y ait vraiment pas matière à interprétation, ce que ne permet pas une clause claire et précise. Néanmoins, la Cour de cassation se réserve le contrôle de ce qui est « clair et précis ». Enfin, la portée de la règle revêt une double face : en présence d'une clause apparemment claire et précise, le juge peut l'écarter (Requêtes 15 avril 1926), mais il ne le peut qu'en faisant état de motifs sérieux, tels que, par exemple des éléments extérieurs à l'acte ; réciproquement, le juge ne peut se contenter d'affirmer le caractère clair et précis d'une clause pour refuser de l'interpréter lorsqu'une partie le lui demande (Com. 7 janvier 1975 : manque de base légale faute de motivation suffisante). Reste à savoir comment procéder à l'interprétation en lorsqu'elle est permise.

2- L'interprétation subjective

La méthode d'interprétation subjective constitue en second lieu une autre garantie importante de l'intégrité du sens du contrat. En effet, par-delà l'hypothèse où l'interprétation d'un contrat est l'œuvre commune des parties (ce qui se traduira concrètement le plus souvent par la conclusion d'un avenant), ce qui importe ici est l'œuvre d'interprétation accomplie par le juge. Or, la loi contractuelle s'impose à lui dans des termes sensiblement identiques à ceux concernant les textes émanant de pouvoirs publics. Ainsi, telles qu'elles résultent du code, les directives légales fondamentales sont résolument subjectivistes, comme en atteste la lettre du « *petit guide-âne* » (J. Dupichot) des articles 1156 à 1164 du code civil. De façon emblématique, l'article 1156 dispose qu'il faut « *rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* », tandis que l'article 1163 affirme que « *quelques généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se seront proposé de contracter* ». Le juge peut aussi mobiliser le bon sens dont témoigne notamment l'article 1157 : « *lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans celui avec lequel elle n'en saurait produire aucun* ». Une précision s'impose ici sur la portée de ces règles : toutes ont un caractère supplétif, à l'exception notable de l'article 1156 qui constitue le seul texte à caractère impératif (Civile 1^{ère} 20 janvier 1970). En d'autres termes, les autres directives légales sont de simples conseils qu'il peut écarter lorsqu'elles aboutissent à des résultats contraires à ceux qui émanent de cette recherche subjective.

A cette garantie du sens du contrat – qui renvoie au fond à une intangibilité des mots (interprétation) ou des intentions des parties (interprétation) – s'ajoute une garantie essentielle de la substance

B- Le respect de la substance du contrat

Le respect de la substance du contrat revêt une double facette. D'une part, ce qui a été dit doit être assumé, c'est-à-dire exécuté. On reconnaît ici le principe de la force obligatoire du contrat, qui constitue une règle de discipline non seulement pour les parties mais pour le juge lui-même, interdisant notamment la révision du contrat pour imprévision (1). D'autre part, l'intangibilité se révèle un principe vivace lorsqu'il s'agit de préserver le « cœur intouchable du contrat » des tentations de la justice contractuelle : l'intangibilité est aussi

une limite efficace à la sanction de la mauvaise foi (analyse subjective des comportements), mais aussi aux appels aux rééquilibres contractuels (analyse objective des prestations) (2).

1- La force obligatoire du contrat, règle de discipline interdisant la révision du contrat

Lorsqu'on évoque la force obligatoire du contrat comme une loi d'airain interdisant la révision, on songe immédiatement à l'hypothèse canonique de l'imprévision, c'est-à-dire du changement de circonstances économiques en cours d'exécution. En effet, Cour de cassation s'est toujours refusée à autoriser les juges du fond à « refaire » le contrat en cas d'imprévision (Civ. 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, dont les faits – paradoxalement – n'étaient pas d'imprévision) et, ce, quelque qu'équitable qu'aurait pu être cette intervention et en dépit des moyens techniques, comme la cause ou la bonne foi, qu'elle aurait pu solliciter pour donner une base juridique à une telle intervention. La solution est différente pour le juge administratif (CE 30 mars 1916 *Gaz de Bordeaux*), mais ce dernier n'est pas tenu par la lettre de l'article 1134 alinéa 1 du Code civil, devant par ailleurs assurer la continuité du service public. A chaque juge ses contraintes, en somme. L'interdit de la révision judiciaire pour imprévision – qui renvoie à l'intangibilité des prévisions des parties, qui doivent s'y préparer elles-mêmes au moyen de clauses de *hardship* ou d'indexation – s'harmonise fort bien avec les autres solutions de notre droit prohibant la révision. Les exemples abondent en législation comme l'impossibilité pour un juge de fixer le prix de la vente, afin de pallier la carence des parties ou du mandataire qui était chargé de le déterminer. Cette défiance traditionnelle est également présente dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi, lorsque la Haute Juridiction a décidé d'autoriser la fixation unilatérale du prix dans les contrats pris en application de contrats cadres par une salve d'arrêts de 1995 (Assemblée plénière 1^{er} décembre 1995), elle a doté les juges du fond du pouvoir de sanctionner le prix abusif, soit par la résiliation du contrat, soit par l'octroi d'une indemnité. Or, octroyer une indemnité, c'est-à-dire réparer le préjudice causé au débiteur par le prix abusif, n'est pas, ni d'un point de vue symbolique, ni d'un point de vue pratique, modifier le prix initialement fixé. En effet, le préjudice causé au débiteur par le prix abusif, qui doit servir de mesure à la réparation, n'est pas nécessairement égal à la part du prix jugée abusive. Le préjudice peut être plus important, si le prix abusif a causé la perte du débiteur, ou plus faible, si le débiteur a pu repercuter une partie du prix qui lui a été imposé sur ses propres débiteurs. N'étant pas un expert économique, le juge ne saurait refaire un prix (sauf pour les honoraires de justice, mais il est alors son propre expert !). Cette absence d'expertise économique, conjuguée à l'impératif de sécurité juridique, justifie également que soit préservé en toute hypothèse le cœur de l'accord des parties. Intouchable.

2- Le cœur intouchable du contrat, limite infrangible de l'intervention judiciaire

Par un arrêt remarqué du 10 juillet 2007, qui a désormais les honneurs des grands arrêts, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a souhaité indiquer une limite infrangible de l'intervention judiciaire. Dans cette affaire, dite *des Maréchaux*, le dirigeant d'une société avait racheté les actions de certains de ses associés. La convention prévoyait que, en cas d'apparition d'une dette fiscale trouvant son fait générateur antérieurement à la cession, les cédants en devaient garantir à proportion de la fraction du capital qu'ils cédaient. Un redressement ayant eu lieu, le cessionnaire se trouvait donc mécaniquement créancier d'une certaine somme à leur encontre. La cour d'appel avait cependant estimé que celui-ci était, en sa qualité de dirigeant, particulièrement à même d'avoir connu l'existence du risque fiscal, et qu'il avait peut-être même été conscient sinon complice des irrégularités à l'origine du redressement. Par suite, elle avait jugé qu'il ne saurait « *sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier* », ce qui lui vaut d'être censurée. Ainsi, aux vises des articles 1134 alinéa 1 et 3, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel en affirmant que « *qu'en statuant ainsi, alors que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, la cour d'appel a violé, par fausse application, le second des textes susvisés* ».

Dit autrement, de façon plus directe, un créancier a beau ne pas être très *fair-play* en réclamant son dû, son droit de créance doit être respecté si l'obligation est légalement formée. Porter un jugement de valeur sur la qualité du comportement manifesté par le contractant au travers de l'exercice de son droit et juger de la force de celui-ci sont deux choses distinctes. En d'autres termes, les alinéas 1er et 3 de l'article 1134 du Code civil développent chacun leurs effets sur des plans distincts. Ce faisant, la Chambre commerciale de la Cour de cassation introduit une distinction entre la substance (cœur intouchable du contrat) et les prérogatives contractuelles qui peuvent toujours être neutralisées en cas d'exercice déloyal. C'est pourquoi l'arrêt ne remettrait pas en cause, par exemple, la jurisprudence neutralisant l'invocation des clauses résolutoires par un créancier dépourvu de bonne foi. Cette solution souligne la vivacité du principe d'intangibilité et les limites strictes qu'il impose à l'intervention du juge.

Or, ces limites valent non seulement face aux tentations de la moralisation des comportements, mais aussi face aux appels aux rééquilibrages des prestations. C'est ce dont témoigne un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 18 mars 2009. En l'espèce, un bail d'habitation avait été conclu moyennant un loyer mensuel qui tenait compte de ce que la locataire participait à la surveillance du bailleur de jour comme de nuit. Au décès du bailleur, ses héritiers ont assigné la locataire aux fins de voir convertir l'obligation de surveillance en complément de loyer. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence (18 septembre 2007) accueille leur demande. Elle considère que, si le contrat n'a pas prévu expressément le versement d'un complément de loyer dans le cas où l'obligation de surveillance ne serait plus possible, il convient néanmoins, pour respecter l'équilibre contractuel s'agissant d'un contrat à exécution successive, de substituer à l'obligation de surveillance, devenue impossible par suite du décès du bailleur, une obligation financière équivalente. La Cour de cassation ne partage pas cette position : en statuant ainsi, « alors que le bail ne comportait aucune clause prévoyant la modification des modalités d'exécution du contrat », la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil. La solution est d'un grand classicisme : même s'il se recommande de la préservation de l'équilibre contractuel voulu par les parties au moment de la conclusion du contrat, le juge n'a pas le pouvoir de substituer à une obligation en nature dont l'exécution est devenue impossible une obligation équivalente de somme d'argent. Dans le sillage de l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007, on voit combien le juge ne saurait « *porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* ».

On le voit, le principe d'intangibilité est bien vivant et l'interdiction qui est faite au juge de réviser le contrat pour tenir compte des circonstances nouvelles demeure toujours une marque caractéristique du droit français. Il est par conséquent indispensable que les parties prévoient une clause prévoyant dans quels cas et selon quelles procédures il y aura lieu d'adapter le contrat ou, plus prosaïquement, de remplacer une obligation par une autre. Ce n'est pas dire pour autant que la norme contractuelle soit gravée dans le marbre, l'accord des parties pouvant ponctuellement être corrigé par le juge.

II- Le juge correcteur de l'accord des parties : la lecture renouvelée de l'intangibilité du contrat

La *jurisdictio* n'implique pas une application servile de l'accord des parties. Dès lors que l'on accepte, à la suite de Pascal Ancel, de distinguer force obligatoire et contenu obligationnel, on perçoit combien la distinction entre contenant et contenu est déterminante en matière de contrat. Parce que l'accord des parties ne vit pas dans en dehors du droit (lorsque ce dernier est sollicité d'intervenir), le juge peut être amené à l'enrichir (A) ou à l'amputer (B), sans que cela remette en cause l'effet normatif du contrat.

A- L'accord des parties enrichi par le juge

Pour parvenir au but que se sont fixées les parties, c'est-à-dire pour réaliser l'opération économique projetée (le « *bargain* »), il est parfois nécessaire que le juge rappelle les suites de l'obligation convenue en se fondant sur l'article 1135 du Code civil (1). L'esprit du contrat peut aussi être convoqué par le biais de la bonne foi dynamique de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil (2).

1- Les suites de l'obligation convenue : l'article 1135 du Code civil

« Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » ; cette formule de l'article 1135 du Code civil a permis à l'action sociale du juge de se manifester, non pas seulement par le refus de reconnaître un contrat formé en violation de la loi (comme c'est le cas sur le fondement de l'article 6 par exemple), mais aussi par une intervention positive. Les manifestations principales de cet enrichissement de l'accord des parties sont bien connues. On citera, au titre de la création jurisprudentielle d'obligations nouvelles mises à la charge des parties, l'obligation de sécurité dans le contrat de transport (dès 1911), ou, plus récemment l'obligation d'information. Ainsi qu'a pu l'affirmer Durkheim : « tout n'est pas contractuel dans le contrat ». Autrement dit, le contenu obligationnel du contrat est composite, hétérogène. On y trouve non seulement les obligations convenues mais aussi des règles de comportement qui s'imposent en société (sécurité, loyauté, etc.) et qui se trouvent finalisées dans le cadre de l'opération économique convenue. Si le contrat est source d'obligations au sens précis du mot, il déclenche aussi le jeu d'un ensemble de règles de comportement destinées à en parfaire la réalisation : diligence, loyauté, soin pour la sécurité, etc. Certains, à la suite de Josserand, ont pu évoquer un « forçage du contrat », remettant en cause son intangibilité. Cette grille de lecture est discutable, pour deux raisons au moins. D'une part, ces règles incorporées au contenu obligationnel ne naissent pas *ex nihilo* : elles sont des suites de l'obligation convenue. Qui dit transport dit sécurité, mais il n'en irait pas de même dans le contrat de bail. Cela jugule considérablement le risque d'arbitraire du juge. D'autre part et surtout, cet ensemble obligationnel hétérogène forme un tout qui est obligatoire, inviolable. Mieux : pour hétérogène qu'il soit, cet ensemble n'est pas anarchique, car il est finalisé en fonction de l'opération économique projetée. Or, cette opération peut requérir également le respect de l'esprit du contrat, par-delà la lettre de l'accord des parties.

2- L'esprit du contrat : l'article 1134 alinéa 3 du Code civil

Les conventions « doivent être exécutées de bonne foi » (article 1134, alinéa 3 du Code civil). Ce texte célèbre a connu une véritable renaissance ces trente dernières années. En effet, il a longtemps été perçu, soit comme répudiant la distinction romaine entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi (le droit français ne connaissant donc que ces derniers), soit comme une simple règle d'interprétation objective. Au reste, la bonne foi connaît des fluctuations terminologiques : on parle aussi volontiers de loyauté, de fidélité ou bien encore de coopération. Ce qui est certain, c'est que le contractant doit exécuter fidèlement le contrat, mais qu'il ne saurait toutefois chercher à s'abriter derrière sa lettre. Les contractants de bonne foi doivent savoir se détacher de la stricte intention originelle des parties pour prendre des initiatives, quand bien même elles ne seraient pas prévues par la lettre de la convention (tout comme ils sont admis à "faire moins", si le but de leur accord ne commande pas plus que ce qui a déjà été exécuté). L'influence grandissante de cette bonne foi « dynamique » (on attend du contractant des initiatives témoignant de son respect de l'esprit du contrat, entendu du but de l'accord intervenu, par opposition avec la bonne foi statique du droit des biens ou de la famille qui se borne à une ignorance légitime d'un fait) appelle deux séries de précisions. D'une part, il s'agit avant tout de sanctionner l'absence de bonne foi, et non de donner une prime à la bonne foi. Ainsi, la neutralisation d'une clause résolutoire expresse – qui est une « prérogative » - au sens de l'arrêt des *Maréchaux* doit être motivée par le manque de bonne foi du créancier et non par la bonne foi du débiteur. D'autre part, c'est sur ce fondement de l'article 1134, alinéa 3, que la jurisprudence aurait ponctuellement instauré une obligation de renégocier entre les parties. Le déséquilibre contractuel apparu lors de l'exécution du contrat semble justifier une obligation d'adaptation, voire de renégociation du contrat au nom de la bonne foi, afin de privilégier la pérennité du contrat (Com. 3 novembre 1992 *Huard* : « *En privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi* »). Il en résulte que, si le refus de modifier un contrat n'est pas pour autant fautif en lui-même, le refus abusif de renégocier

conduirait à retenir la responsabilité civile du contractant. Ainsi, si le juge n'intervient pas directement dans la révision du contrat, sa renégociation est donc fortement conseillée en cas d'imprévision, car le juge apprécie cet indice de la bonne foi. Il n'y a pas ici d'entorse à la garantie de la substance mentionnée précédemment, et pas davantage à l'interdit de la réfaction du contrat. En effet, inciter les parties à retoucher leur accord, sous la menace d'une éventuelle responsabilité, c'est tout autre chose que de refaire soi-même cet accord ! L'accord est ainsi enrichi par la bonne foi. Dans 'autres cas, il peut aussi en sortir amputé.

B- L'accord des parties amputé par le juge

L'accord des parties peut être amputé par le juge car certaines clauses contreviennent à des droits fondamentaux (1) ou bien sur le fondement d'un mécanisme sanctionnateur ou modérateur que lui a octroyé la loi interne (2).

1- Les clauses éludées sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme

On ne peut qu'être frappé du succès grandissant des argumentations fondées sur les droits et libertés fondamentaux en droit contractuel privé. En effet, nombreux sont les plaideurs qui invoquent désormais la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles additionnels pour contester certaines stipulations contractuelles.

Le bail, qu'il soit d'habitation, professionnel ou commercial, constitue un terrain d'élection de cette « fondamentalisation » du droit des contrats, ce qui n'a rien d'étonnant : contrat à exécution successive, il est le support d'une vie quotidienne qui peut impliquer potentiellement des atteintes aux droits et libertés fondamentaux. Reste à préciser la portée de cet effet horizontal direct (entre particuliers) de la Convention européenne des droits de l'homme. Cet effet peut être élusif, c'est-à-dire conduire à la mise à l'écart d'une obligation prévue par une clause du contrat et imposée par l'une des parties à l'autre, mais il ne saurait être additif, tendant à mettre à la charge de l'un des contractants une obligation que le contrat n'avait pas prévue. Deux exemples permettent de l'illustrer.

Par un arrêt du 6 mars 1996, la troisième chambre civile a donné raison aux juges du fond d'avoir dénié au bailleur la possibilité de résilier le contrat pour non-respect d'une clause restreignant le droit du preneur d'héberger, dans les lieux loués, des proches autres que ses enfants : celle-ci fut considérée comme contraire au respect du droit, reconnu par la Convention, de mener une vie familiale (Civ. 3^{ème} 6 mars 1996). Dans une espèce du 18 décembre 2002, intéressant le bail d'habitation, des locataires invoquaient, à l'appui d'une réclamation de la pose d'une serrure mécanique auprès de leur bailleur, leur liberté de culte protégée par l'article 9, §§ 1 et 2 de la Convention européenne des droits de l'homme : pratiquants rigoureux du Shabbat, ils ne devaient pas se servir de l'électricité des vendredis soirs aux samedis soirs, ainsi que pendant les jours de fêtes ; or l'installation de digicodes par le bailleur était récemment venue troubler cette pratique, les empêchant d'accéder à leur logement (ou d'en sortir) sans recourir, ces jours-là, à l'électricité. Le débat fut donc porté devant les tribunaux, consistant à déterminer si les conditions de l'exercice paisible de la liberté de culte pouvaient être mises à la charge du bailleur. Au visa des articles 1134 du Code civil, 9 §§ 1 et 2 de la CEDH, ainsi que 6 a) et c) de la loi du 6 juillet 1989 spéciale au bail d'habitation, la troisième chambre civile a répondu par la négative, au motif que « les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique » (Civ. 3^{ème} 18 décembre 2002).

2 - Les clauses éludées ou modérées sur le fondement de la loi interne

Le législateur interne, conscient des rapports d'inégalité qui peuvent prévaloir lors de la conclusion de l'accord des parties, a doté le juge d'instruments divers permettant de neutraliser ou de modérer certaines clauses du contrat.

Tel est le cas, bien connu, de la déchéance du droit aux intérêts en cas de défaut d'information annuelle de la caution (article L. 313-22 du Code monétaire et financier issu de la loi du 1^{er} mars 1984). On songe aussi, naturellement, au dispositif de lutte contre les clauses abusives. Depuis 1978, le juge peut déclarer non écrite une clause abusive, étant précisé que la Cour de cassation s'est emparé du pouvoir d'éradication des clauses abusives, même lorsqu'elles ne sont pas visées par un décret. Le coup de force par lequel le juge s'est octroyé le pouvoir de considérer comme abusive une clause non visée comme telle par un décret, témoigne de l'extension par le juge des dispositifs spéciaux de protection dans un souci d'efficacité (Civile 1^{ère} 14 mai 1991 *Lorthioir*). Par dérogation au droit commun, le contrôle judiciaire des clauses abusives conduit à l'annulation de la seule clause concernée, quand bien même elle serait déterminante. Allant plus loin encore, la loi *Hamon* du 17 mars 2004 a prévu le relevé d'office du juge ainsi que, conformément à la jurisprudence européenne (CJUE 26 avril 2012, *Invitel Távközlési Zrt*), l'effet *erga omnes* de l'action en suppression de ces clauses.

Enfin, le législateur n'a pas hésité à octroyer un pouvoir de modération au juge. C'est le cas par exemple en matière de clause pénale, le juge ayant obtenu la possibilité de modifier le montant de la peine prévue en cas d'inexécution du contrat pour éviter les injustices manifestes (article 1152 du Code civil). La Cour de cassation a cependant veillé à ce que le pouvoir de révision accordé au juge ne déborde pas le cadre stricte de la clause pénale. En effet, une peine, même d'origine privée, reste une peine et, comme telle, doit être placée sous le contrôle du juge qui peut, si l'on veut reprendre la terminologie de *Salleilles*, l'individualiser. Parce qu'il s'agit d'une peine, le juge peut, au cas par cas, établir la balance des intérêts. Ce pouvoir de modération est d'ordre public, « *toute stipulation contraire sera réputée non écrite* » (article 1152, al. 2 du Code civil) et le juge peut, depuis la loi du 11 octobre 1985, prononcer la révision judiciaire « même d'office ». Notons qu'il devra alors, au nom du principe de la contradiction, inviter les parties à présenter leurs observations (Com. 23 mars 1993). Il ne faut pas toutefois exagérer la portée du pouvoir de modération judiciaire. En effet, le principe demeure l'intangibilité du contrat. Par conséquent, le juge qui « *refuse de modérer la peine forfaitairement convenue* » n'a pas à « *motiver spécialement sa décision* » ; il ne s'agit que d'admettre « *l'application pure et simple d'une convention* » (Civ. 1^{ère}, 23 février 1982).

Conclusion : Au terme de cette étude, on perçoit combien les rapports du juge et de l'intangibilité du contrat doivent être pensés en faisant un effort de rigueur terminologique. En effet, l'intangibilité du contrat apparaît particulièrement vivace lorsqu'on prend la peine de distinguer nettement les notions qui sont en discussion. D'abord, le contrat (ensemble composite d'obligations, de facultés, d'effets normatifs) doit être distingué de l'accord des parties : même si ce dernier est corrigé par le juge, cela ne remet pas en cause l'inviolabilité de la norme contractuelle. Ensuite, on gagne à distinguer le contrat des clauses et peut-être le moment est-il venu d'une typologie des clauses qui distinguerait les clauses de prestations (substance hors de portée du juge, sauf lorsqu'il est son propre expert, comme c'est le cas pour les honoraires de justice, ou lorsqu'un dispositif de justice sociale l'autorise à y porter atteinte, comme c'est le cas pour le surendettement) des clauses de pouvoirs et de différends (prérogatives contractuelles dont la mise en œuvre est contrôlée par le juge). Enfin, cet effort notionnel, pragmatique, est d'autant plus utile que des figures purement rhétoriques du contrat tendent à apparaître : se souvient-on des « recalculés », chômeurs contractants d'un PARE (Plan d'aide au retour à l'Emploi), qui arguait d'une atteinte à « l'intangibilité du contrat », alors qu'il ne s'agissait en rien d'un vrai contrat, mais bien plutôt d'une législation contractuellement habillée ?