



HAL
open science

Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien

Mona Jamal

► **To cite this version:**

Mona Jamal. Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien. Droit. Université de Strasbourg, 2017. Français. NNT : 2017STRAA017 . tel-01768416

HAL Id: tel-01768416

<https://theses.hal.science/tel-01768416>

Submitted on 17 Apr 2018

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.

ÉCOLE DOCTORALE Droit, science politique et histoire (101)

[Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351]

THÈSE présentée

par : **Mona JAMAL**

Soutenue le : **24 Octobre 2017**

Pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : **Droit privé**

**Le contrat d'adhésion. Etude comparée des
droits français et koweïtien**

THÈSE dirigée par :

M. Patrice HILT

Maître de conférences HDR à l'Université de Strasbourg

M. Georges WIEDERKEHR

Doyen et Professeur émérite à l'Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

M. Jean-Marie PLAZY

Professeur à l'Université de Bordeaux

Mme Marie LAMARCHE

Maître de conférences HDR à l'Université de Bordeaux

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Mme Bénédicte GIRARD

Professeur à l'Université de Strasbourg

Mme Béatrice LAPEROU-SCHENEIDER

Maître de conférences HDR à l'Université de Franche Comté

À mes chers parents

À mes trois princesses

Zainah

Dalal

Dima

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à exprimer ma profonde gratitude à M. le Professeur Patrice HILT ainsi qu'à M. le doyen Georges WIEDERKEHR qui ont accepté de diriger ce travail. L'écoute attentive, les conseils précieux ainsi que la disponibilité dont ils ont toujours fait preuve, ont été déterminants dans ma volonté de mener à bien ce travail.

J'aimerais également remercier sincèrement les Professeurs M. Jean-Marie PLAZY et Mme Girard BENEDICTE, et les Maîtres de conférences HDR Mme Marie LAMARCHE et Mme Beatrice LAPEROU-SCHENEIDER, d'avoir bien voulu faire partie des membres du jury de ma soutenance.

Mes vifs remerciements s'adressent aussi à mon cher mari Ahmad et à ma très chère famille dont le soutien sans faille et la confiance ont très largement contribué à l'aboutissement de cette thèse.

Je souhaite également exprimer ma reconnaissance à ma chère amie Halah pour l'attention toute particulière avec laquelle elle m'a apporté son appui et son encouragement dans la réalisation de mon travail.

Enfin, mon dernier remerciement s'adressera à toutes les personnes qui m'ont soutenu à la réalisation de ce travail.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A. N.	: Assemblée nationale
AJCA:	: Actualité juridique Contrat d'affaire – Concurrence – distribution
AJDI DALLOZ	: Actualité juridique, droit immobilier
al.	: Alinéa
art.	: Article
Ass.	: Assemblée
Bull.civil	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)
C.C.I	: La Chambre de commerce et d'industrie de paris
CA. Aix-en-Provence., 1^{er}	: Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 1 ^{ère} chambre
CA. Paris	: Cour d'appel de Paris
CA. Versailles., 3^e	: Cour d'appel de Versailles, 3 ^{ème} chambre
Cass. Ass. plén.	: Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	: Cassation de la chambre civile
Cass. civ. Egypt	: Cassation de la chambre civile égyptienne
Cass. civ.kw.	: Cassation de la chambre civile koweïtienne
Cass. com. kw.	: Cassation de la chambre commerciale koweïtienne
CCA	: Commission des clauses abusives
CCC	: Revue Contrat, Concurrence, Consommation
Cf.	: Comparez, Rapprochez
Chron.	: Chronique (aussi partie chronique dans divers recueils et revues)
CJCE	: Cour de justice des communautés européennes
coll.	: Collection
comm.	: Commentaire
D	: Recueil Dalloz
DALLOZ IP / IT	: Droit de la propriété intellectuelle et du numérique

Defrénois	: Répertoire du notariat Defrénois
(dir.)	: Sous la direction de
Doctr.	: Doctrine, aussi parties « doctrine » (dans divers recueils et revues)
Dr. et patr	: Revue Droit et Patrimoine : édition Lamy
éd.	: Édition
EDCO	: L'essentiel Droit des contrats
ex.	: Exemple
fasc.	: Fascicule
Gaz. Pal.	: Gazette du Palais
Ibid.	: <i>Ibidem</i> (au même endroit)
In	: Dans
Infra	: Ci-dessous
JCP E	: Juris –Classeur – Edition Entreprise et Affaires
JCP G	: Juris –Classeur- Edition générale
JCP N	: Juris –Classeur- Edition notariale et immobilière
L.	: Loi
LGDJ	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	: Les Petites Affiches
N°, n°.	: Numéro(s)
obs.	: Observations
op.cit.	: <i>Opere citato</i> (ouvrage cité)
ord.	: Ordonnance
p.	: Page(s)
préc.	: Précité
PUF	: Presses universitaires de France
PUPPA	: Presses de l'Université de Pau et des pays de l'Adour
RDC	: Revue des contrats
Rec	: Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes
REDC	: Revue européenne de droit de la consommation
Rev. trav.	: Revue de droit du travail

Rev.Lamy conc.	: Revue Lamy de la concurrence
RLDA	: Revue Lamy droit des affaires
RLDC	: Revue Lamy Droit civil
RTD civ	: Revue trimestrielle de droit civil
RTD eur.	: Revue trimestrielle de droit européen
S	: Recueil Sirey
s.	: Suivant
spéc.	: Spécialement
<i>supra</i>	: Ci-dessus
t.	: Tome
V., v.	: Voir
vol.	: Volume

Table de concordance des textes de Code civil français

Articles en vigueur au 1 ^{er} octobre 2016	Articles abrogés au 1 ^{er} octobre 2016
<p>Art. 1101.- Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.</p>	<p>Art. 1101.- Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.</p>
<p>Art. 1104. – Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.</p> <p>Cette disposition est d'ordre public.</p>	<p>Art. 1134. al. 3 - Elles doivent être exécutées de bonne foi.</p>
<p>Art. 1105. - Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.</p> <p>Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.</p> <p>Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières.</p>	<p>Art. 1107. - Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre.</p> <p>Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce.</p>
<p>Art. 1108. – Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit.</p> <p>Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain.</p>	<p>Art. 1104. - Il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle.</p> <p>Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire.</p>

<p>Art. 1128.- Sont nécessaires à la validité d'un contrat :</p> <p>1° Le consentement des parties ;</p> <p>2° Leur capacité de contracter ;</p> <p>3° Un contenu licite et certain.</p>	<p>Art. 1108.- Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :</p> <p>Le consentement de la partie qui s'oblige ;</p> <p>Sa capacité de contracter ;</p> <p>Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;</p> <p>Une cause licite dans obligation.</p>
<p>Art. 1130. – L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.</p> <p>« Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné.</p>	<p>Art. 1109. - Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.</p>
<p>Art. 1132. – L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant.</p>	<p>Art. 1110 alinéa 1. - L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.</p>
<p>Art. 1134. – L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne.</p>	<p>Art. 1110 alinéa 2. - Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.</p>
<p>Art. 1137. – Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.</p> <p>Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.</p>	<p>Art. 1116. - Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.</p> <p>Il ne se présume pas et doit être prouvé.</p>

<p>Art. 1145. – Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi.</p> <p>La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles.</p>	<p>Art. 1123. - Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.</p>
<p>Art. 1162. – Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.</p>	<p>Art. 1131. - L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.</p> <p>Art. 1133. - La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.</p>
<p>Art. 1163. – L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.</p> <p>« Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.</p> <p>« La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.</p>	<p>Art. 1129. - Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce.</p> <p>La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.</p> <p>Art. 1130. al.1 - Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.</p>
<p>Art. 1169. – 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.</p>	<p>Art. 1131. - L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.</p>
<p>Art. 1188. – Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.</p> <p>Lorsque cette intention ne peut être décelée,</p>	<p>Art. 1156. - 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.</p>

<p>le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.</p>	
<p>Art. 1189. – Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier.</p> <p>Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci.</p>	<p>Art. 1161. - Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.</p>
<p>Art. 1190. – Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé.</p>	<p>Art. 1162. - Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.</p>
<p>Art. 1193. – Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.</p>	<p>Art. 1134 al. 2 - Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.</p>
<p>Art. 1194. – Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.</p>	<p>Art. 1135. - 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.</p>
<p>Art. 1231</p> <p>. – A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable.</p>	<p>Art. 1146. - Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante.</p>
<p>Art. 1240. – Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.</p>	<p>Art. 1382. - Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.</p>

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
---------------------------	----------

PREMIÈRE PARTIE :

LA CONSÉCRATION DU CONTRAT D'ADHÉSION

TITRE I :

La nature juridique de l'acte d'adhésion	20
CONCLUSION DU TITRE I	105

TITRE II :

Le pouvoir de la stipulation	106
CONCLUSION TITRE II	170
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	171

DEUXIÈME PARTIE :

LE DÉVELOPPEMENT DE LA PROTECTION DANS LE CONTRAT D'ADHÉSION

TITRE I :

Protection générale	175
CONCLUSION DU TITRE I	265

TITRE II :

La protection spécifique	267
CONCLUSION DU TITRE II	359
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	360
CONCLUSION GÉNÉRALE	362
BIBLIOGRAPHIE	365

Table de matières	402
--------------------------------	------------

INTRODUCTION

1. La justice est classiquement représentée par le symbole d'une balance dont les deux plateaux sont au même niveau. De la même manière, le contrat peut être entendu comme une convention librement conclue entre deux personnes de même poids. Cette symbolique de l'équilibre parfait dans les relations contractuelles ne correspond plus aujourd'hui à la réalité économique et juridique¹. Cela est d'autant plus vrai en ce qui concerne le concept de contrat d'adhésion, auquel la doctrine juridique française s'est intéressée dans la première moitié du XX^{ème} siècle, en commençant par Monsieur Saleilles, avant d'être abandonnée, pour enfin susciter de nouveau son intérêt. En effet, la tendance vers l'augmentation de leur utilisation, malgré l'absence de régime juridique formel, à cette époque, n'a cessé de s'amplifier².

2. Nonobstant l'immutabilité de la théorie générale des obligations, depuis le Code civil français de 1804, le droit des contrats a profondément changé au point où il est possible de se demander s'il n'est pas « *complètement bouleversé* »³. Dans cette perspective, la consécration récente du contrat d'adhésion dans le Code civil français, opérée 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, et entrée en vigueur le premier octobre 2016 commande, « *pour une large part, les évolutions de la matière* »⁴.

3. Sur le plan historique, la fin du XIX^{ème} siècle constitue une étape décisive. La société s'est profondément transformée du point de vue économique avec le développement du capitalisme, le progrès technique et l'industrialisation. Ces

¹ D. RICHARD, M. ARMAND-PREVOST, « Le contrat déstabilisé (De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *JCP G*, II, 1979, n° 1, p. 2952.

² D. POMBIELH, *L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats*, Thèse, Université de Pau, dactyl., 2002, n° 866, p. 403.

³ B. BERLIOZ-HOUIN, G. BERLIOZ, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Collectif, Dalloz-Sirey, 1985, p. 30.

⁴ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations –innovations– perspectives*, DALLOZ, novembre 2016, n° 21-62, p.25.

changements donnent à des problèmes anciens une dimension nouvelle. Il convient de s'interroger sur la réponse à proposer aux nouvelles aspirations sociales de la majeure partie de la population, confrontée à des conditions de vie trop difficiles, sans déstabiliser la société entière. Comment préserver les fondements et l'organisation d'une société bourgeoise tout en les adaptant suffisamment pour éviter une révolution ?⁵.

4. C'est le moment de « l'invention du social ». Selon l'expression de Monsieur Donzelot⁶: « *le social apparaît comme une invention nécessaire pour rendre gouvernable une société ayant opté pour un régime démocratique. Toute son histoire se présente comme la recherche d'une voie qui évite tant les fourches caudines de la Révolution que celles de la tradition, afin d'apporter une solution spécifiquement républicaine à la question de l'organisation de la vie des hommes en société, par-delà les sommations doctrinaires du libéralisme et du socialisme* »⁷. Il peut être intéressant de voir dans quelle mesure la socialisation du droit peut être bénéfique pour les cocontractants à un contrat d'adhésion.

5. À l'évidence, les juristes doivent jouer un rôle déterminant à cet égard, même s'ils n'en ont pas conscience ou s'ils ne se prononcent pas franchement sur la question. Certains souhaitent maintenir l'ordre libéral, ils considèrent qu'il est nécessaire de s'opposer aux évolutions qui pourraient déconstruire le droit civil issu du Code de 1804 et risquent de renverser la hiérarchie sociale⁸. D'autres, de tendance socialiste, adoptent des positions plus ou moins radicales, même si tous n'y adhèrent pas⁹. Toutefois, la majorité des professeurs de droit préfèrent une position plus consensuelle. L'objectif est

⁵ J.-P. CHAZAL, « La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », in W. DROSS, Th. FAVARIO, *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & Martin, 2014, p. 227.

⁶ *Ibid.*

⁷ J. DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Seuil, 1994, p. 13-14.

⁸ Comme par exemple E. ACOLLAS et Ch. BEUDANT. Voir : A. BURGE, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégnée d'individualisme », *RTD civ.*, 15 mars 2000, p. 1 ; S. BLOQUET, Ch. BEUDANT, « Le droit individuel et l'État : introduction à l'étude du droit », *RTD civ.*, 30 avril 2014, p. 198.

⁹ Par exemple L. DUGUIT. Voir : P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2005, p. 161.

de maintenir l'ordre social, c'est pourquoi ils acceptent de procéder à des transformations du droit¹⁰.

6. C'est par ce biais que le droit se socialise et qu'il se projette sur la question sociale. Elle implique que les solutions juridiques ne soient plus uniquement le fruit des règles abstraites du Code civil, mais des règles construites par un raisonnement incluant des éléments de fait et l'évolution sociale. Aux côtés de Monsieur Saleilles et de Monsieur Demogue¹¹, Monsieur Josserand fait partie, à sa manière, de ce mouvement doctrinal qui considère inévitable, voir opportun, d'ouvrir le droit sur le social, d'intégrer le social dans le droit. La protection de la partie faible dans le contrat, en particulier, constitue indéniablement l'un des aspects importants de ce mouvement de socialisation du droit¹².

7. Les contrats contemporains semblent donc confrontés à une double difficulté. D'une part, le droit commun des obligations n'a été que peu modifié depuis 1804. Le droit des rapports contractuels s'est effectivement construit sur une fiction, celle de deux contractants libres et égaux. Elle n'a depuis cessé d'être remise en cause, en raison de l'introduction du pouvoir, élément antinomique à la logique de contrat telle que conçues dans le Code civil¹³. La démarche contractuelle est opérée de manière unilatérale par un contractant qui impose ses conditions à son cocontractant, ou par les pouvoirs publics¹⁴. La formation du contrat se réalise donc de plus en plus souvent par une adhésion. D'autre part, on recourt de plus en plus aux règles spéciales, lesquelles s'affranchissent de certains grands principes du droit des contrats¹⁵. En effet, le contrat doit concilier entre une conception « *libérale, individualiste* » et une autre, plus « *sociale ou solidariste* »¹⁶.

¹⁰ J.-P. CHAZAL, « La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », *Op. cit.*, p. 227.

¹¹ C. JAMIN, *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction*, in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René- Demogue de l'Université de Lille II, sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Paris, DALLOZ, 2003, p. 8.

¹² J.-P. CHAZAL, « La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain » *Op. cit.*, p. 227.

¹³ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Thèse, Paris, LGDJ, 2004, n° 14, p. 11.

¹⁴ J.-P. CHAZAL, L. « Josserand et le nouvel ordre contractuel », *RDC.*, 01 décembre 2003 n° 1, p. 325.

¹⁵ M. RAYSSAC, *L'adhésion en droit privé*, Thèse, Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2004, n° 2, p. 7.

¹⁶ P. JESTAZ, *Autour du droit civil. Écrits dispersés - idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 378.

8. La notion de contrat paraissait évidente à l'origine. Elle était généralement entendue comme « *la rencontre de deux volontés libres et égales qui, après une négociation contractuelle pouvant s'avérer âpre mais restant loyale, créent des effets de droit, et plus particulièrement des obligations, qui sont voulues et connues par avance des deux contractants* »¹⁷. C'est le lien avec la théorie classique du contrat qui considère le contrat comme le fruit d'un accord de volontés parfaitement égales, qui a entraîné le rejet, au départ, de la reconnaissance du contrat d'adhésion¹⁸.

9. Or, il est aujourd'hui devenu commun d'analyser le contrat moderne comme étant fondamentalement inégalitaire, en dépit de la volonté des rédacteurs du Code civil de 1804 de défendre l'égalité entre contractants. Comme l'a précisé Monsieur Berthiau dans sa thèse sur le principe d'égalité, « *il peut en effet sembler curieux de tenter de déceler un principe d'égalité dans le contrat à une époque où celui-ci est analysée plus comme un rapport de forces économiques, que comme une collaboration d'intérêt. C'est une caractéristique sociologique du contrat que de parler d'une inégalité entre contractants qui mène presque inéluctablement au déséquilibre contractuel. Ainsi plus que l'égalité contractuelle, c'est l'inégalité des contractants qui semble juridiquement stigmatisée* »¹⁹.

10. L'infléchissement du postulat d'équilibre contractuel et la prise en considération de l'inégalité réelle entre certains contractants ont eu pour conséquence une appréhension inédite du contrat²⁰. Comme le rappelait le Doyen J. Carbonnier, c'est au courant du XXème siècle que les juristes ont accepté l'idée que le contrat constitue l'assise d'une lutte d'intérêt et qu'il contient toujours des déséquilibres, les parties ayant des positions et un pouvoir de négociation souvent inégaux²¹. L'image du contrat, issu de deux volontés de même poids, semble s'estomper. L'autonomie de la volonté comprise comme

¹⁷ F. ROGUE, *Les nouvelles figures contractuelles contribution à la théorie générale du contrat*, Thèse, Université de Caen Basse – Normandie, 2014, n° 1, p. 1.

¹⁸ M. RAYSSAC, *L'adhésion en droit privé*, *Op. cit.*, n° 19, p. 18.

¹⁹ D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, 1999, n° 18, p. 9.

²⁰ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées Renée Savatier (Poitiers 24-25 octobre 1985)*, Paris, PUF, 1986, p. 41.

²¹ J. CARBONNIER, « L'évolution contemporaine du droit des contrats », Introduction à *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers 24-25 octobre 1985)*, PUF, 1986, p. 29.

l'exercice d'un pouvoir souverain similaire à la loi paraît pouvoir être éludée aujourd'hui par la majorité de la doctrine²².

11. Dans l'économie moderne, apparaît « *la nécessité d'une harmonisation des opérations juridiques, qui doivent pouvoir se conclure rapidement et se reproduire à l'infini, dès lors, il n'est plus questions d'accords négociés et individualisés : les contrats destinés au public subissent à leur tour le phénomène de rationalisation. Les clauses contractuelles, pré-rédigées par des spécialistes, sont stéréotypées et multipliées à des milliers d'exemplaires sous forme de contrats-types* »²³.

12. Il résulte ainsi une « *vision partielle du contrat* » selon l'expression de Monsieur Berlioz²⁴, ou « *contrats d'une autre sorte* » selon Monsieur Savatier²⁵. Le fait que le contrat soit considéré comme la source d'obligations la plus respectueuse de la liberté, toute modification du contrat est interprétée comme une limitation de l'autonomie de la volonté et comme un phénomène législatif²⁶. Plus encore, on a pu parler de crise du contrat. La célèbre formule de Fouillée, « *qui dit contractuel dit juste* » est unanimement rejetée aujourd'hui : « *qui dit contractuel, ne dit pas forcément juste* ». Ainsi, la doctrine paraît s'être libérée de cette « naïveté ». En raison du statisme du Code civil, elle n'a eu cesse de proposer de nouvelles conceptions du contrat. Ces dernières tendent à permettre une adaptation, et même un enrichissement de ces règles aux phénomènes contractuels nouveaux au regard d'une vision renouvelée du contrat²⁷.

13. L'examen du contrat d'adhésion trouve effectivement sa place dans cette évolution, dans cette tendance au renouvellement du droit des obligations²⁸. Elle autorise

²² A. BENABENT, *Droit civil, les obligations*, Paris, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2007, n° 26, p. 21 ; P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Paris, Litec, 10^{ème} éd., n° 73, p. 53 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 34, p. 38.

²³ É. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Collectif, Bruxelles, La Charte, 2004, n° 39, p. 92.

²⁴ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, 1973, n° 3, p.8.

²⁵ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, DALLOZ, 3^{ème} éd., 1964, n°19.

²⁶ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *Op. cit.*, n°3, p. 8.

²⁷ A. COMBALUZIER-VAUDE, *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, Thèse, Université de Montpellier I, 2008, p. 16

²⁸ Cf. : G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *Op. cit.*.

une fois de plus la remise en cause d'une vision contractuelle désuète et permet de penser à opérer certains changements dans le droit commun des obligations, pour la prise en considération des relations contractuelles contemporaines²⁹. Le contrat d'adhésion a vu le jour, dans des circonstances où bien souvent, lors de la conclusion du contrat, une des parties se trouve en position d'infériorité économique par rapport à son cocontractant. Ce déséquilibre peut exister en pratique en raison de la rédaction unilatérale du contrat par la partie forte. La loi des parties cause parfois des inégalités voire même certains abus³⁰.

14. Initialement conçu comme loi des parties, le contrat se métamorphose en outil imposant une discipline à l'une d'entre elles et d'expression de volonté individuelle ; il devient une technique de domination et de dépendance³¹. Comme l'a précisé Monsieur Roubier : « *l'individu est absorbé par la communauté* ». *Le contrat d'adhésion n'est pas une convention purement individuelle ; il s'insère dans un système particulier où il ne s'agit plus de contracter mais d'adhérer à un ensemble de règles* »³².

15. Le concept de contrat d'adhésion a facilité la mise en lumière de l'inégalité entre les contractants dans certains contrats. Il a, de manière générale, été utile pour synthétiser toutes les imperfections qui pouvaient exercer une influence sur le contrat³³. Or, si le phénomène de l'adhésion existe bien, sa particularité n'a fait l'objet d'une reconnaissance, notamment avant la réforme de droit des contrats datant de 2016. Nous sommes donc confrontés à la question de savoir pourquoi ? Afin de répondre à cette interrogation, deux pistes de réflexion peuvent être explorées. D'une part, parce que le droit des contrats ne considère pas l'inégalité réelle des contractants, comme nous l'avons vu et, d'autre part, parce qu'il ne peut pas se détacher de la conception classique du contrat alors qu'une grande partie de la doctrine les ont remises en cause³⁴.

²⁹ E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?* Thèse, LGDJ, 1997, p. 85.

³⁰ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 2003, n° 1, p. 295.

³¹ *Ibid.*

³² P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2005, p. 157.

³³ M. RAYSSAC, *L'adhésion en droit privé*, *Op. cit.*, n° 17, p. 16.

³⁴ Cf. E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, *Op. cit.*, p. 264 et s.

16. Plus précisément, les dispositions du Code civil sont assez souples pour considérer l'adhésion comme une quelconque manifestation de volonté. En effet, l'absence de vice du consentement peut permettre de conclure que le contrat est considéré comme l'œuvre de l'ensemble des contractants, peu importe la partie ayant réellement déterminé le contenu contractuel. Le Code civil requiert uniquement l'égalité formelle des contractants. En effet, rien n'interdit la prise en considération, dans certains cas, de la spécificité de l'adhésion, notamment par le jeu des règles existantes comme l'extension du vice de violence à la violence économique, l'emploi de la cause pour rééquilibrer le contrat, ou l'utilisation des règles d'interprétation³⁵.

17. En effet, le Code civil ne s'est jamais orienté vers la consécration d'une théorie purement subjective du contrat et, par voie de corollaire, vers la toute-puissance de la volonté³⁶. Si le Code civil de 1804 a consacré la liberté contractuelle et le principe de consensualisme dans la formation du contrat, il existait des mécanismes protecteurs contre la toute-puissance de la volonté³⁷, tels que l'obligation de respect de l'ordre public et des bonnes mœurs³⁸, ou celle de l'existence d'une cause du contrat³⁹. Ainsi, si le Code civil envisage le contrat d'adhésion comme n'importe quel contrat, rien ne s'oppose à l'introduction de règles prenant en compte le contrat d'adhésion⁴⁰.

18. Le droit des contrats contemporain étant principalement d'origine jurisprudentielle, ses dispositions étant demeurées inchangées depuis 1804, il est devenu peu compréhensible, voir même illisible⁴¹. Monsieur Gounot a, depuis longtemps, déclaré que « *Lorsque le monde réel se transforme, nos systèmes techniques, qui ne valent que dans la mesure où ils sont capables de s'ajuster à lui pour l'informer et l'orienter vers sa fin, ne peuvent rester perpétuellement fixes et immuables, sinon un jour vient où le désaccord entre la réalité et l'abstraction devenue la fiction est tel que l'édifice juridique*

³⁵ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p. 427.

³⁶ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie en droit privé, contribution critique à l'étude de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912, p. 12 et s.

³⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil : les obligations. Tome I : l'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} éd., 2012, n° 178, p. 152.

³⁸ C. civ. art. 6.

³⁹ C. civ. art.1131 « ancien ».

⁴⁰ M. RAYSSAC, *L'adhésion en droit privé, Op. cit.*, n° 18, p.17.

⁴¹ F. AUQUE, Retour du juge par la loi ? *AJDI*, n 3, 26 mars 2016, p. 184.

tout entier menace d'être emporté... Or il est incontestable que le milieu économique et social dans lequel a pris naissance notre théorie du contrat et de la liberté des conventions était fort différent du nôtre. Le commerce juridique n'est plus aujourd'hui ce qu'il était à l'époque de Gaius et de Paul, ni même à celle des rédacteurs du Code civil »⁴².

19. « Il ne faut pas non plus se laisser arrêter par la difficulté de concilier la loi nouvelle avec les textes du Code : *Quand on ne peut pas y arriver on la laisse hors du Code voilà tout* »⁴³. Cette observation du Doyen Ripert relative aux règles affectant les dispositions du Code civil français dans son ensemble paraît toujours d'actualité en ce qui concerne l'examen du régime de l'équilibre contractuel. En effet, lorsque le législateur français prend des mesures pour assurer l'équilibre du contrat, il le fait par le biais de dispositions autres que celle du droit des contrats. En l'occurrence, il s'agit « *d'une tentative de structurer le droit privé de manière cohérente en isolant des ensembles de règles dérogatoires* »⁴⁴.

20. Néanmoins, ce n'est pas par la construction d'un droit commun des contrats d'adhésion, mais par la prévision de règles spéciales pour certaines conventions non négociées que le législateur a préféré appréhender cette réalité contractuelle⁴⁵. La seule référence à la conception classique du contrat a pour conséquence l'application des mesures protectrices des parties faibles au contrat d'adhésion aux seuls consommateurs⁴⁶. Le consommateur se voit octroyer à ce titre une protection spéciale, par l'application de la législation sur les clauses abusives. Le législateur français abandonne ainsi l'introduction de dispositions protectrices au sein du Code civil, au bénéfice du Code de la consommation. Il le fait même au profit du Code de commerce par la loi du 4 août 2008, en étendant le mécanisme des clauses abusives aux relations entre professionnels⁴⁷.

⁴² E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie en droit privé, contribution critique à l'étude de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912, p. 13 et s.

⁴³ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 15, p. 31.

⁴⁴ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Paris, LGDJ, 2002, n° 596, p. 421.

⁴⁵ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^e partie) », *RDC*, n° 3, 01 juillet 2012, n° 7, p. 1017.

⁴⁶ M. RAYSSAC, *L'adhésion en droit privé*, *Op. cit.*, n° 21, p. 20.

⁴⁷ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, la formation du contrat. Tome I : le contrat, le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 696 et 698, p. 499 et 504.

21. Pourtant, nous l'avons vu, les règles visant à protéger la partie faible au contrat ne sont pas totalement absentes du Code civil. C'est le cas de l'ordre public, du vice du consentement et de la cause. La question qui se pose est celle de savoir si les mesures existantes pour protéger la partie faible permettent d'aboutir au rééquilibrage réel du contrat d'adhésion. La question sous-jacente est celle de l'effectivité de la loi, autrement dit de l'effectivité de la sanction en raison du manquement aux obligations issues de ces dispositions générales.

22. Le droit de la consommation est un bon exemple pour illustrer cette méthode qui revient à regrouper des règles dérogatoires dans un droit spécial pour faciliter la cohérence du droit des contrats. En effet, la doctrine classique estime que l'autonomie de la volonté, au même titre que la liberté contractuelle qui en découle, sont des principes inscrits dans le droit positif, et plus particulièrement dans le droit commun du contrat. Cette vision du droit commun prive donc toutes les dispositions protégeant l'équilibre contractuel d'une insertion dans le droit commun.⁴⁸.

23. Faut-il alors, dans un souci de cohérence, insérer de nouvelles règles dans le Code civil français ? Est-ce que le fait de prévoir un régime général, en droit français, permettra de rendre cohérentes les dispositions relatives au contrat d'adhésion mais aussi de les rendre effectives ?

24. C'est aux universitaires qu'il a été laissé le soin de faire des propositions, et alors que la France fête le bicentenaire du Code civil, pour la réforme du droit des obligations et ce alors que les autres membres de l'Union européenne ont déjà réformé leur législation relative aux obligations et que des principes et projets européens ont déjà été élaborés. Sous la présidence du professeur Catala, un avant-projet a été rédigé, suivi d'un projet rival sous la présidence du professeur Terré. Le gouvernement ayant été habilité par une loi⁴⁹ à réformer le Code civil, c'est le bureau du droit des obligations du Ministère de la justice qui a rédigé un projet d'ordonnance s'inspirant des deux avant-projets⁵⁰.

⁴⁸ *Ibid.*, n° 597, p. 422.

⁴⁹ Loi n° 2015-177 du 16 février 2015

⁵⁰ F. AUQUE, « Retour du juge par la loi ? », *AJDI*, n° 3, 26 mars 2016, p. 184 : La loi n° 2015-177 du 16 février 2015 habilitant le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à la réforme du droit des contrats,

25. Sur le plan actuel, depuis la réforme du droit des contrats réalisée en 2016⁵¹, on retrouve, dans l'ordonnance du 10 février, le choix de consacrer une catégorie que « *l'on croyait confinée aux nobles frontières de la pensée purement doctrinale* ». En figurant ainsi au sein des dispositions liminaires du titre III du livre III de Code civil français, « *Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* »⁵². Une distinction est opérée avec l'alinéa 1er qui définit le contrat de gré à gré comme « *celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties* »⁵³. Font ainsi leur entrée dans le Code civil au titre du droit commun des contrats les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré⁵⁴.

26. L'ordonnance de février 2016 semble vouloir mettre le Code civil en phase avec la réalité contractuelle contemporaine en opposant contrat d'adhésion et contrat de gré à gré. En effet, le contrat d'adhésion est celui qui n'est pas négocié entre les parties. Il est formé à distance, est considéré comme un contrat de masse et marque un déséquilibre dans les rapports de force dans la mesure où la partie la plus faible n'est pas en mesure de défendre ses intérêts face à l'emprise de la plus forte. En effet, cette dernière rédige le contrat et impose ses conditions sans que le cocontractant n'ait mot à dire. Le contrat de gré à gré quant à lui permet aux parties de le négocier tout en étant en position d'égalité. Il y a une liberté contractuelle dans chacun de ses aspects⁵⁵.

27. La *summa divisio* du droit commun des contrats se fonde sur le rôle de la volonté dans la détermination du contenu du contrat, sur ce qui constitue le cœur de l'acte

du régime général et de la preuve des obligations, v. art. 8 L. n° 2015-177, 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (JO 17 févr. p. 2961). Ce projet, qui est inspiré des travaux antérieurs de la Chancellerie et de ceux dirigés par les professeurs Catala et Terré, traduit, par ailleurs, les idées de la justice du XXI^e siècle : surtout la protection de la partie faible ; cf. F. CHÉNÉDÉ, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, 01 septembre 2015 n° 3, p. 655 ; L. LEVENEUR, « Table ronde : faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC*, 01 septembre 2015 n° 3, p. 661.

⁵¹ 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.

⁵² Art. 1110, al. 2.

⁵³ Art. 1110, al. 1. v. M. MEKKI, Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information, *LPA*, n 14, 12 avril 2016, p.15.

⁵⁴ T. REVET, Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil, *D.* 2016, p.1771.

⁵⁵ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 63.

contractuel⁵⁶. C'est la distinction entre le contrat d'adhésion et le contrat de gré à gré qui constitue cette *summa divisio*.

28. Quels que soient la nature, l'objet ou les contractants au contrat, le contrat d'adhésion est pris en compte de manière générale⁵⁷, marquant le résultat d'une longue évolution.

29. Il est possible de se poser la question de l'intérêt d'avoir une définition du contrat d'adhésion dans le Code civil. Cette nouvelle définition permet de comprendre que les conceptions qu'il véhicule ont amené une évolution technique⁵⁸. En revanche, la nouvelle définition du contrat d'adhésion a suscité des critiques remarquables⁵⁹. On se demande même si les critiques de la notion de contrat d'adhésion, par la doctrine initiale, existent encore⁶⁰ ? Comme l'estime, par exemple, Monsieur Carbonnier, le contrat d'adhésion n'est pas « *rigoureusement définissable* »⁶¹. D'autres auteurs ont considéré que « *Saleilles a donné à ces contrats le nom imagé, mais peu précis, de contrat d'adhésion. Il est difficile de dégager un élément caractérisant ces contrats. Ce n'est pas l'antériorité de l'offre à l'adhésion, ni la manière dont celle-ci est donnée* »⁶².

30. L'article 1110 alinéa 2 du Code civil français dispose les conditions qui caractérisent le contrat d'adhésion⁶³. Il est important de rappeler, que tout contrat qui

⁵⁶ T. REVET, Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil, *D*, 2016, p.1771 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations commentaire théorique et pratiques dans l'ordre du Code civil*, DALLOZ, 2016, n°145, p.126.

⁵⁷ J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat, Droit des obligations*, DALLOZ, 5^e éd, p.100 ; F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations –innovations-perspectives*, DALLOZ, Nov. 2016, n° 21-62, p.25.

⁵⁸ A. COMBALUZIER-VAUDE, *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, thèse, Université de Montpellier I, 2008, p.16.

⁵⁹ Ainsi la doctrine estime par exemple que « la définition de ce contrat est déplorable » v. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 8^e éd, 2016, n°427p. 224 ; ou bien « la définition du nouvel article 1110 n'étant pas sans ambiguïté » v. A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^e éd., 2016, n°197, p. 159 ; ou encore « Sans être inexacte, cette définition apparaissait doublement imparfaite » v. F. CHÉNEDÉ, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil*, JCP G, n° 27, 4 Juillet 2016, p. 776.

⁶⁰ Selon cet doctrine v. M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, obligations*, LGDJ, 1952, p.136.

⁶¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, les Obligations*, t.4, PUF, 22^e éd., n°35, p.89.

⁶² M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, obligations*, LGDJ, 1952, p.136.

⁶³ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations –innovations-perspectives*, DALLOZ, Nov. 2016, n° 21-62, p.25.

échappe aux conditions de l'article mentionné est considéré comme un contrat de gré à gré. La principale difficulté est de cerner les contours du contrat d'adhésion précisément car c'est par ces contours que l'on sera en mesure d'appliquer les dispositions du Code exclusivement rédigées dans le cadre d'un contrat d'adhésion⁶⁴. En effet, « *On ne saurait mettre en œuvre une théorie juridique particulière sans dégager, d'abord, un critère qui en délimite l'application* »⁶⁵.

31. Tout comme en droit français, le rapport contractuel en droit koweïtien est basé sur les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle⁶⁶. Le législateur koweïtien a consacré le contrat d'adhésion dans le Code civil, depuis son issue en 1980. Ainsi, l'article 80 du Code civil prévoit que « *rien n'interdit la conclusion d'un contrat dans lequel une des parties a fourni un consentement par adhésion à la volonté de l'autre partie...* ». Dans l'annexe explicative du Code civil, le législateur koweïtien estime que « *l'article 80 du Code civil vient de résoudre le différend existant dans la pensée juridique tant en France que dans d'autre pays, sur la nature juridique du contrat d'adhésion. Cet article est inspiré dans son ensemble de l'article 100 du Code civil égyptien* »⁶⁷.

32. Le droit koweïtien prend en compte la situation de l'adhérent, il parle même de « *contrat de soumission* »⁶⁸. En effet, Comme l'indique le professeur Elsanhoury, laquelle est considérée comme l'inventeur de ce terme dans plusieurs Codes des pays arabes⁶⁹, «

⁶⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 8^e éd, 2016, n°427, p. 223.

⁶⁵ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations 1. L'acte juridique*, LMD, 15^e éd., 2012, n°178, p. 152.

⁶⁶ I. ABUO ALLAIL, *La théorie de l'obligation, Le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Koweït, Muassasat Dar Al Kutob, 2^e éd., 1998, p.49.

⁶⁷ Nous ne manquons pas de mentionner l'influence exercée par le droit égyptien sur le droit positif koweïtien. Il ne fait plus de doute les codes égyptiens, « *d'inspiration française* », ont servi de modèle à un nombre considérable de codes des pays arabes dont le Koweït. A cet égard, en ce qui concerne le contrat d'adhésion la doctrine et surtout la jurisprudence égyptienne a joué un rôle considérable. V. M. ELSAYED ARAFA, *Egypte, La circulation du modèle juridique français au Maghreb et au Moyen-Orient, in la circulation du modèle juridique français*, journées franco-italiennes, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIV, 1993, Paris, Litec, n°4 et n°8, p. 240-241.v également S. JAHHEL, *Code civil et codification dans les pays du monde arabe, in 1804-2004 le Code civil un passé un présent un avenir*, DALLOZ, 2004, p.831.

⁶⁸ V. A. ELSANHOURI, *La théorie du contrat*, Tom I, Beyrouth, HALABI publication de droit, 2^e éd., 1998, n°277, p.279.

⁶⁹ A. ALSSADAH, *La théorie du contrat dans les droits des pays arabes, le droit égyptien, libanais, syrien, irakien, libyen, koweïtien, soudanais*, Dar Alnahdah Alarabia, 1974, p.134. Par corollaire, l'expression

la doctrine française considère que le contrat d'adhésion, terme inventé par Saleilles, comme celui dont l'acceptation est seulement effectuée par adhésion à des conditions dictées par l'offrant. Mais nous préférons qualifier ce type de contrat dans la langue arabe de « contrat de soumission », dès lors que ce terme est marqué par une contrainte dans l'acceptation. Puisque lorsque le contractant accepte, il adhère sans le négociateur »⁷⁰.

33. C'est le critère de la négociation qui est retenu au Koweït pour définir le contrat d'adhésion. Le contrat d'adhésion est l'acceptation par adhésion d'une partie à un projet réglementaire que l'auteur établit sans en permettre la discussion⁷¹. Or la Cour de cassation koweïtienne, dans un souci de sécurité juridique, exige encore d'autres critères pour la qualification de contrat d'adhésion. La notion devient plus restrictive et critiquable. On se demande même si la Cour de cassation a bien pris en considération l'évolution des rapports contractuels ?

34. Comme en droit français, la détermination des critères du contrat d'adhésion relève d'une importance précieuse, en raison de l'existence des dispositions propre au contrat d'adhésion dans le Code civil koweïtien. Il peut être intéressant de s'interroger, s'agissant des critères du contrat d'adhésion, dans une dimension comparative du droit français et du droit koweïtien, afin d'apprécier l'efficacité du régime juridique qui lui est propre.

35. Nous avons déjà souligné l'insuffisance des règles contenues dans le Code civil de 1804 notamment pour prévenir et sanctionner les abus susceptibles de se retrouver dans les clauses accessoires des nouveaux contrats unilatéralement rédigés par des parties en position de force. Ces lacunes ont été progressivement comblées au travers de la jurisprudence et par le législateur, notamment dans le Code de la consommation⁷².

(soumission) rencontre une acceptation au milieu doctrinal juridique et jurisprudentielles égyptien, et a été déplacée par les législateurs dans les pays arabe permis lesquelles le Code civil koweïtien.

⁷⁰ A. ELSANHOURI, *La théorie du contrat*, Tom I, Beyrouth, HALABI publication de droit, 2^e éd., 1998, n°277, p.279

⁷¹ Selon l'article 80 du Code civil koweïtien « *n'est pas en mesure d'empêcher la conclusion d'un contrat, le fait que l'acceptation soit faite par l'adhésion d'une partie à un projet réglementaire que l'auteur établit sans en permettre la discussion* ».

⁷² F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations –innovations-perspectives*, DALLOZ, Nov. 2016, n° 21-62, p.25.

36. C'est à l'occasion de la réforme que le législateur a consacré dans le Code civil les deux règles essentielles du contrat d'adhésion et a ainsi parfait le travail légal et prétorien⁷³. La première de ces règles est, selon l'article 1171 alinéa 1 du Code civil, l'éviction judiciaire des clauses abusives. La deuxième étant incluse dans l'article 1190 du Code et consacre l'interprétation des clauses ambiguës en faveur de l'adhérent.

37. Ces règles ont été consacrées en partant du principe que le contenu du contrat d'adhésion « *est déterminé à l'avance par l'une des parties* » et « soustrait à la négociation », selon les dispositions de l'article 1110 alinéa 2 du Code en vigueur. Lorsqu'elle est suivie d'une impossibilité pour l'autre partie de négocier ou de modifier le contenu du contrat, la détermination unilatérale susmentionnée conduit à un déséquilibre entre les droits et obligations des contractants, laissant au rédacteur du contrat le pouvoir au détriment de l'autre partie. Ainsi, dès lors que le risque est avéré, les stipulations contractuelles sont réputées non écrites selon l'article 1171 alinéa 1 du Code car il est créé un « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* »⁷⁴. Le rôle du juge est de limiter et corriger les déséquilibres qu'il retrouverait dans la lettre du contrat. L'interprétation *contra proferentem* a lieu lorsqu'il y a un tel déséquilibre⁷⁵.

38. A l'occasion de cette protection nouvelle pour le contrat d'adhésion, notamment pour les clauses abusives dans le Code civil français, une question mérite d'être posée. Celle de l'articulation avec deux branches de droit spécial français en raison de l'existence de mécanisme de lutte contre les clauses abusive dans le Code de la consommation⁷⁶ et le Code de commerce⁷⁷.

39. Au-delà de cette protection spécifique du contrat d'adhésion et, on le constate dans certaines règles relatives à « l'intégrité du consentement », le Code civil français

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil », *D.* 2016, p.1771.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Art. L.212-1 du Code de la consommation. Sur l'articulation entre cet article et l'art 1171 du Code civil v. *infra* p. 317.

⁷⁷ Art. L. 442-6 I 2° du Code de commerce. Sur l'articulation entre cet article et l'art 1171 du Code civil v. *infra* p. 319.

inclus, notamment après la réforme de 2016, une intervention législative afin de contrer l'injuste, l'excessif et le déséquilibre, et ce, au profit de la partie faible au contrat⁷⁸. Les vices de consentement traditionnels ont vu apparaître, notamment dans les relations d'adhésion, une augmentation des contraintes liées à la bonne foi et à la prise en compte de la différence de pouvoirs entre les parties⁷⁹. De plus, à côté des vices du consentement, le droit positif français arrive actuellement à protéger les contractants par le biais de techniques préventives.

40. Nous le verrons, dans le développement de cette thèse, que le Code civil a récemment consacré un ensemble de nouvelles règles protégeant le consentement de l'ensemble des contractants⁸⁰. Il en va ainsi de l'abus de l'état de dépendance, en d'autres termes, le vice de violence économique et le devoir précontractuel d'information.

41. On peut s'interroger sur la portée nouvelle de ces règles envers l'adhérent au contrat d'adhésion, puisqu'elles n'étaient pas méconnues en droit français, la jurisprudence de la Cour de cassation en reprenant déjà les principes.

42. L'étude de ce développement en droit français de la protection dans le contrat d'adhésion nous permet de le comparer avec la protection existante en droit koweïtien. En effet, et comme en droit français, le législateur koweïtien a consacré des règles spécifiques dans le Code civil, propres à ce type de contrat. En effet, à côté des règles générales de protection relatives à ce vice de consentement et de la bonne foi, la protection spécifique du contrat d'adhésion se subdivise par la mise en œuvre de règles d'interprétation⁸¹ protectrices et celles relatives à la protection contre les clauses abusives⁸². Se pose ici la question de l'effectivité de ce régime juridique de protection.

⁷⁸ J. -P. CHAZAL, « Réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats (suite et fin) - Entretien Avec J.-P. CHAZAL et C. JAMIN et G. PIGNARRE et S.PIMONT », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, novembre 2015, entretien 6.

⁷⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M SERINET, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, Tome I : *le contrat, le consentement*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n°1090, p. 850.

⁸⁰ V. *infra* p.175.

⁸¹ Art.82 du Code civil koweïtien.

⁸² Art.81 du Code civil koweïtien.

43. Au regard de ce qui constitue une adhésion, les tribunaux koweïtiens ont limité la protection à seulement quelques types de contrats. La Cour de cassation koweïtienne exige, pour pouvoir considérer être en présence d'un contrat d'adhésion, la rencontre de trois conditions cumulatives. Selon la Cour, « *Le contrat doit d'abord concerner une marchandise ou une prestation nécessaire aux consommateurs ou aux bénéficiaires. L'auteur doit ensuite être en position de monopole, économique ou juridique sur des marchandises ou services proposées, ou que ces dernières fassent l'objet d'une concurrence restreinte. L'offre doit enfin être identique pour tous les destinataires, avec les mêmes conditions et d'une manière constante* »⁸³.

44. En visant la recherche de l'efficacité de la protection dans le but d'établir l'équilibre entre les contractants dans le contrat d'adhésion, la solution face au danger, qui résulte de la détermination unilatérale du contrat par le stipulant, et l'absence de toute discussion de l'adhérent sur les tous ou certaines clauses du contrat, il est judicieux de s'interroger sur le bien-fondé en termes de cohérence des règles françaises et koweïtiennes. Les dispositions de ces deux législations sont-elles en mesure d'assurer à l'adhérent une protection suffisante contre de possibles actes abusifs du stipulant ?

45. Notre étude est consacrée à la comparaison entre les systèmes juridiques français et koweïtien. L'utilisation du droit français comme source d'inspiration pour le droit koweïtien constitue l'essentiel de notre recherche, qui va se focaliser dans l'apport de la nouvelle législation et l'insertion dans le droit commun des contrats du contrat d'adhésion, sans oublier la recherche d'une meilleure protection de la partie faible dans ce type de contrat. Ainsi, l'introduction dans le Code civil français de ces règles suffira-t-elle pour résoudre toutes les difficultés inhérentes au contrat d'adhésion ? Quelles seront les conséquences de ces nouvelles règles sur le droit de la consommation et sur le droit du commerce ? À cet égard, comment le modèle de protection en droit koweïtien, peut être révisé ? Tout en profitant de l'expérience française, pour offrir des propositions de réforme de la loi koweïtienne, sans omettre les particularités politiques, économiques et sociales du Koweït.

⁸³ Cass. com. Kwt, 1er novembre 2003, pourvoi n° 565/2002.

46. Face à ces interrogations et cette analyse, l'examen du contrat d'adhésion peut être réalisé convenablement par la recherche de la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion afin d'étendre un meilleur équilibre entre les contractants au contrat d'adhésion. Afin de parvenir à cet objectif, il convient de procéder à l'analyse de la consécration du contrat d'adhésion (Partie I), pour s'attacher ensuite au développement de la protection dans le contrat d'adhésion (Partie II).

PREMIÈRE PARTIE :

LA CONSÉCRATION DU CONTRAT D'ADHÉSION

47. Un siècle après sa création doctrinale, le contrat d'adhésion fait son entrée dans le Code civil français. Son histoire facilitant la clarification de son devenir, un petit rappel historique ne peut être que bénéfique⁸⁴. Le contrat d'adhésion se caractérise essentiellement par l'adhésion, sans négociation préalable en totalité, par l'une des parties à un contrat pré-rédigé et proposé par le cocontractant qui peut s'appeler le stipulant. Le terme de contrat d'adhésion est un modèle de contrat bien utile qui recouvre le phénomène de consommation de masse de la vie économique. Il s'agit généralement d'un modèle de contrat standard rédigé unilatéralement par avance par ou sous le contrôle d'un contractant « fort », auquel la partie « faible » ne peut qu'accepter ou refuser⁸⁵. Cette inégalité entre les contractants a conduit une partie de la doctrine française, au départ, à la suite de Monsieur Saleilles, à nier le caractère contractuel du contrat d'adhésion⁸⁶.

48. En la matière, il va falloir concilier le principe de l'autonomie de la volonté avec les principes de justice contractuelle et de bonne foi et avec les obligations inhérentes à la vie économique⁸⁷. L'insertion du contrat d'adhésion dans le Code civil français s'est effectuée selon l'évolution et l'explosion de ce type de contrats consécutives aux révolutions industrielles et de l'Internet. La réforme du droit des contrats, issue de l'ordonnance du 10 février 2016, a pour objectif de mieux répondre à la question des

⁸⁴ F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G*, n° 27, 4 juillet 2016, p. 776.

⁸⁵ A. POPOVICI, « Les contas d'adhésion un problème dépassé ? », in POPOVICI A., (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, les presses de l'Université de Montréal, 1974, p.161.

⁸⁶ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil », *D.*, 2016, p. 1771.

⁸⁷ A. POPOVICI, *Op. cit.*, p.163.

contrats structurellement déséquilibrés. Dorénavant, c'est le droit commun des contrats qui organise le régime juridique du contrat d'adhésion⁸⁸.

49. En droit koweïtien, le contrat d'adhésion est également consacré dans le droit commun, dans le Code civil koweïtien depuis son issue en 1980. En revanche, l'étude du phénomène du contrat d'adhésion en droit positif koweïtien révèle certaines différences avec celui du contrat d'adhésion consacré dans le nouveau Code civil français. L'étude du contrat d'adhésion dans les deux systèmes juridiques sera effectuée à travers l'étude de la nature juridique de l'acte d'adhésion. C'est une notion dont même ses opposants en admettent l'existence. La prédétermination du contenu contractuel dans le contrat d'adhésion entraîne des différences notables avec la formation du contrat négocié (Titre I). L'étude va également concerner celle de la stipulation à laquelle s'ajoutent les impératifs d'efficacité qu'impose le rôle économique de contrat d'adhésion. Il s'agit du pouvoir de la stipulation qui sera traité dans un second titre (Titre II).

⁸⁸ J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat, Droit des obligations*, DALLOZ, 5^{ème} éd, p. 99 et s.

TITRE I :

La nature juridique de l'acte d'adhésion

50. Le contrat d'adhésion a pendant longtemps fait l'objet d'un vif débat doctrinal. Ce contrat est marqué principalement par une inégalité de fait entre « l'adhérent » et celui qui a déterminé le contenu contractuel, à savoir le « stipulant ». Au départ, en droit français, l'intervention de la doctrine ne consistait pas dans la recherche d'une définition, mais plutôt dans la démonstration de son caractère non contractuel⁸⁹. En revanche, les caractéristiques dégagées par les défenseurs de la théorie non contractuelle du contrat d'adhésion permettent de reconnaître la spécificité de ce contrat, en cela qu'il le maintient dans le champ classique du contrat selon la théorie contractuelle dominante⁹⁰. Le droit koweïtien a aussi opté pour la thèse contractuelle⁹¹.

51. L'évolution législative française récente permet de franchir un pas supplémentaire à la théorie de la qualification contractuelle du contrat d'adhésion⁹². Ce dernier a été inséré dans un sous-titre sur le contrat par l'ordonnance du 10 février 2016 dans le Code civil qui le définit désormais comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* »⁹³. Si doute il y a encore sur la nature contractuelle du contrat d'adhésion, il est définitivement levé par la conformité du contrat d'adhésion aux conditions de formation du contrat. Cette solution, qui est le fruit d'une longue controverse doctrinale⁹⁴ et qui a finalement débouché sur la réforme du droit des contrats, sera examinée au prisme de la continuité de la qualification contractuelle (Chapitre I).

⁸⁹ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Op. cit., n° 45, p. 29.

⁹⁰ A. POPOVICI, Op. cit., p.161.

⁹¹ I. ABOU ALLAIL, *La théorie de l'obligation, I. Les sources volontaires de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Koweït, Muassasat Dar Al Kutob, 2^{ème} éd., 1998, p. 177.

⁹² O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats. u régime général et de la prévue des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 63 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^{ème} éd., 2016, n° 29, p. 39.

⁹³ Art.1110, Al. 2^{ème}, Code civil français de Code civil français.

⁹⁴F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (2^e partie) », *RDC*, n° 3, 1 juillet 2012, p. 1017.

52. Même si la thèse contractuelle est retenue, il reste néanmoins à s'interroger sur la spécificité de l'acte d'adhésion. Si on se réfère au droit commun des contrats, l'adhésion peut être considérée comme une forme d'acceptation. L'acceptation dans le contrat d'adhésion, autrement dit l'adhésion, a cette particularité de tendre vers un acte de soumission à une offre préexistante. C'est la rédaction unilatérale et l'absence de négociation inhérentes au contrat d'adhésion qui nous autorise à parler de soumission⁹⁵. L'examen de l'adhésion comme acte de soumission doit donc être effectué par l'étude de la particularité de l'acte d'adhésion (Chapitre II).

⁹⁵ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *Op.cit.*, n° 25, p. 30.

CHAPITRE I :

La continuité de la qualification contractuelle

53. Le contrat d'adhésion doit principalement son existence à la doctrine. De nombreux auteurs ont fait mention de ce contrat, dont le premier fût le professeur Saleilles⁹⁶. Toutefois, l'intervention de ces auteurs n'avait pas pour but de définir précisément le contrat d'adhésion, mais d'en préciser le caractère, c'est-à-dire d'apporter la démonstration de son caractère non contractuel. Ils défendent la thèse selon laquelle il existe à la fois une inégalité entre les contractants et une unilatéralité réglementaire, qui caractérisent intrinsèquement le contrat d'adhésion et qui en font un contrat spécifique qui sort du cadre du droit contractuel classique⁹⁷.

54. D'autres auteurs, tel que Ripert, ont pris le contre-pied de ces conceptions doctrinales. Pour eux, les spécificités du contrat d'adhésion ne l'excluent pas du champ classique du contrat. Dans la mesure où le contrat d'adhésion est conforme aux conditions de formation fixées par la loi, l'inégalité entre les contractants et la détermination unilatérale de son contenu ne peuvent suffire à lui retirer son caractère contractuel. Les partisans d'une théorie contractuelle du contrat d'adhésion s'appuient ainsi sur le caractère souple des dispositions du Code civil français, pour rejeter les thèses non contractuelles⁹⁸.

55. Deux théories s'opposent donc dans la détermination du caractère contractuel du contrat d'adhésion. C'est pour l'éviction de la théorie non contractuelle que le droit positif s'est prononcé. Il permet de garantir au contrat d'adhésion la continuité de la qualification contractuelle. Il donne donc raison aux tenants de la thèse contractuelle, laquelle est

⁹⁶ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901, p. 229 ; F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1^{re} partie) » *Op. cit.*, p. 241 ; M. POUMARÈDE, *Droit des obligations. Cours, thèmes de travaux dirigés*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2014, n° 158, p. 74.

⁹⁷ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil », *Op. cit.*, p. 1771.

⁹⁸ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2014, n° 5, p. 97 ; L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, n° 5, p. 21 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, la formation du contrat. Tome I : le contrat, le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 94, p. 75.

également soutenue par le droit koweïtien. Il convient de démontrer comment, au gré de l'analyse, la manière dont la thèse du caractère non contractuelle a été rejetée (Section 1). Ce rejet est indéniablement confirmé par la compatibilité aux règles de formation du contrat des codes civil français et koweïtien (section 2).

SECTION I :

Le rejet des analyses non contractuelles du contrat d'adhésion

56. Le statut contractuel du contrat d'adhésion n'est plus à discuter en droit civil français et koweïtien. En effet, il fait bien partie de la grande famille des contrats. Comme dans la formation de tout contrat, la conclusion du contrat d'adhésion demeure fondée sur l'accord de volontés. Le caractère standard ou pré-rédigé des offres contractuelles ou l'inégalité de fait des cocontractants dans le cadre du contrat d'adhésion, deviennent alors une spécificité et non un motif d'exclusion du champ du droit des contrats⁹⁹.

57. Cet état de fait n'enlève cependant pas l'intérêt qui réside dans l'étude des théories non contractuelles. Et ceci parce que, d'une part le contrat d'adhésion n'entraîne pas forcément dans les canons classiques de la théorie générale du contrat et pouvait s'inscrire dans une nouvelle approche, qui allait substantiellement au-delà de l'analyse classique de la notion de contrat surtout dans la conception du Code civil français de 1804¹⁰⁰. D'autre part, la divergence relative à la nature juridique du contrat d'adhésion aboutissant à l'existence de différentes définitions, a pour conséquence l'adoption de cette notion par le droit français et le droit koweïtien. Pour les tenants de la thèse non-contractuelle, essentiellement deux fondements justifient leurs analyses (§ 1). Ils influencent aussi l'acception faite du contrat d'adhésion, même dans le cadre des analyses contractuelles (§ 2).

⁹⁹ C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection essai de méthodologie législative*, Thèse, LGDJ, 2002, n° 224, p. 121.

¹⁰⁰ M. RAYSSAC, *L'adhésion en droit privé*, Thèse, Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2004, n° 42, p. 36.

§ 1 : Le fondement des analyses non contractuelles

58. C'est par le truchement de l'analyse non contractuelle que l'on peut attirer l'attention sur le phénomène du contrat d'adhésion. L'augmentation du nombre de contrats, dont les clauses ne reposent que sur la volonté de l'une partie, a permis d'initier la discussion sur leur nature juridique. Le contrat d'adhésion, émanation d'une partie qui oblige sans négociation l'autre partie, doit être examiné du fait de la disparité que l'on peut relever lorsqu'on le compare à un contrat au sens classique. Les défenseurs de la théorie non contractuelle se sont fondés sur l'observation d'une inégalité existant entre les contractants, au sein du contrat d'adhésion et l'absence de négociation caractérisant l'unilatéralité du contrat (A)¹⁰¹.

59. Cependant, ces considérations, sur lesquelles se basent les analyses anti contractuelles, ne peuvent pas, à elles seules, justifier le rejet du contrat d'adhésion du champ du droit contractuel classique. En effet, une inégalité formelle entre contractants ne s'oppose pas à la formation d'un lien contractuel, pas plus que les clauses standards contenues dans les contrats d'adhésion ne constituent forcément leur réglementation. Les analyses non contractuelles ne doivent pas être négligées car de la même manière que pour les tenants de la thèse contractuelle, elles mettent en lumière l'inadéquation de la théorie classique du contrat aux opérations d'adhésion (B) et ouvrent la voie à une autre démarche quant à l'analyse de ce type de contrat¹⁰².

A. Le caractère inégal et unilatéral du contrat d'adhésion

60. Ces théories sont basées sur l'idée que le contrat d'adhésion n'est pas qu'un acte unilatéral, réglementaire ou en cours d'institution¹⁰³. Le contrat d'adhésion ne peut être envisagé comme un contrat, car celui-ci suppose la rencontre libre de deux volontés

¹⁰¹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 198, p. 220.

¹⁰² F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (2^e partie) », *Op. cit.*, p. 1017.

¹⁰³ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le civil allemand*, Pichon, 1901, p. 229 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 2^{ème} éd., Tome I, 1921, p. 272 et s ; M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Dalloz, 2010, p. 200 et s.

soutenues par une égalité entre les parties au contrat et une négociation préalable. Ce qui n'est pas le cas dans le cadre du contrat d'adhésion. En effet, les volontés ne sont pas égales et il faut noter l'absence de négociation préalable, l'un des contractants imposant à l'autre sa propre loi¹⁰⁴.

61. La distinction entre le contrat d'adhésion et le contrat classique a été établie en premier lieu par Monsieur Saleilles, qui distingue d'une part les contrats librement conclus sur la base d'une négociation préalable, aux contrats où seule une partie impose sa volonté aux autres, qui acceptent d'y adhérer¹⁰⁵. Monsieur Saleilles prend comme appui dans sa thèse, le fait que dans le contrat d'adhésion le contenu est décidé de manière unilatérale par une partie, ce qui n'est pas le cas dans le contrat classique.

62. Ainsi le contrat d'adhésion se caractérise par « (...) 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 avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'empare de cet engagement déjà créé sur soi-même* »¹⁰⁶. Il insiste sur le fait que le contrat est avant tout une rencontre de deux volontés égales, un aspect qui fait défaut au contrat d'adhésion. Celui-ci est régi par la volonté d'une seule partie qui en détermine les obligations, les modalités d'exécution et les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations par un contractant. Il existe donc un monopole contractuel, détenu par la partie dont la volonté est dominante. Ce qui lui permet d'insérer dans le contrat des clauses dérogatoires aux règles supplétives, ou des clauses qui seront à son avantage et au détriment des autres contractants. C'est en raison de cet aspect du contrat d'adhésion que Saleilles estime que ce dernier ne peut être considéré comme un contrat¹⁰⁷.

63. Il nous faut souligner que cette analyse donne au contrat, une interprétation assez réduite. Aucune des conditions d'égalité ou de négociation préalable ne suffit pour retirer

¹⁰⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, n° 199, p. 222.

¹⁰⁵ R. SALEILLES, *Op. cit.*, n° 89, p. 229.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, n° 196, p. 218.

au contrat d'adhésion son caractère contractuel¹⁰⁸. Sur la base du Code civil français en effet, il est loisible de constater que celui-ci ne pose pas comme condition de validité du contrat, une égalité entre les parties, ni une négociation préalable, et cela quel que soit le domaine, aussi bien économique que social¹⁰⁹.

64. Il ne peut exister d'identité entre l'égalité de droit et l'égalité de fait qu'exceptionnellement. L'absence d'égalité entre les parties à un contrat ne peut suffire pour faire obstacle à la formation d'un lien contractuel. L'égalité juridique permet de conclure un contrat d'adhésion. Monsieur Saleilles considère en effet que l'application aux contractants des règles du contrat requiert l'adhésion, qui emporte la rencontre de deux consentements¹¹⁰. Il reste que, selon cet auteur, la spécificité de la formation du contrat d'adhésion doit être prise en considération pour pouvoir ou non aboutir à sa qualification contractuelle.

65. Sur la même voie que Monsieur Saleilles, deux professeurs de droit public, ont encore, avec des nuances, refusé d'attribuer la conception classique du contrat à cette réalité contractuelle¹¹¹. Monsieur Duguit, premier publiciste, fait une distinction entre le contrat classique et les contrats d'adhésion. En se basant sur l'exemple du distributeur automatique industriel, il affirme qu'il n'y a « *point ici deux volontés en présence l'une de l'autre, entrant en contact et s'accordant. Les deux volontés ne se connaissent point et n'arrêtent point par un accord les conditions du prétendu contrat. Nous avons une volonté qui, en effet, a établi un état de fait et non poindre une situation juridique individuelle, un état de fait d'ordre général et permanent, et une autre volonté qui veut profiter de cet état de fait. En réalité, la situation de droit subjectif naît de la volonté unilatérale de celui qui, usant de l'appareil distributeur, veut créer une situation juridique et le veut légalement et efficacement parce qu'elle le veut conformément à un*

¹⁰⁸ L. JOSSERAND, « La publication du contrat », in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Collectif, LGDJ, 1938, t. III, § 145, n° 6, p. 143.

¹⁰⁹ J.-P. CHAZAL, « Relire Josserand, oui mais... sans le trahir ! », *D.*, 24 juillet 2003, p. 1777.

¹¹⁰ M. RAYSSAC, *Op.cit.*, n° 46, p. 95.

¹¹¹ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (2^e partie) », *Op. cit.*, p. 1017.

*état reconnu légal. D'accord de volontés je n'en vois point ; je n'aperçois qu'une déclaration unilatérale de volonté »*¹¹².

66. Si MM. Duguit et Saleilles s'accordent sur la qualification des contrats d'adhésion comme actes de volonté unilatérale, le premier s'appuie, sur une thèse selon laquelle seul l'intérêt général est détenteur de la force créatrice du droit. Par conséquent pour Monsieur Duguit, la volonté ne peut être juridiquement valable que si elle se conforme aux « nécessités sociales » constitutives de l'intérêt général¹¹³.

67. Monsieur Hauriou, deuxième publiciste, s'inscrit dans ce mouvement qui distingue ainsi le contrat d'adhésion. Pour cet auteur, « *les actes d'adhésion n'ont de contractuel que le nom ; ce sont des adhésions à des actes de nature réglementaire* »¹¹⁴. Le concept de contrat est absent dans ce type d'acte, selon lui, « *il n'y a pas concours de consentements à un même acte subjectif, mais il y a incorporation des consentements nouveaux aux anciens, par accession à la même procédure qui est un acte juridique objectif* »¹¹⁵.

68. Les auteurs publicistes, insistent sur l'inexistence de subjectivité dans ce type de lien juridique. Nous sommes, selon ces auteurs, en présence d'une norme impersonnelle, réglementaire et objective. Dans sa théorie de l'adhésion à un droit objectif préexistant, Monsieur Duguit estime que le droit objectif préexiste sur les volontés subjectives qui vont permettre l'exécution du contrat d'adhésion¹¹⁶. La théorie non contractuelle a également été accueillie par la doctrine civiliste¹¹⁷.

¹¹² L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, 2ème éd., 1920, p. 123.

¹¹³ « *Ainsi en créant une entreprise de transport, une organisation d'assurances, un individu crée un état de fait. Si cet état de fait est conforme aux nécessités sociales, l'individu qui en est le maître pourra proposer les règles nécessaires à l'organisation et au développement de cet état de fait et ces règles deviendront du droit objectif. Mais ce qui donne à ces dispositions la valeur de règle de droit, ce n'est pas la volonté du chef d'entreprise, c'est uniquement leur conformité aux nécessités sociales qui postulent le développement de cette entreprise. Quant à l'adhésion du client, elle est seulement la condition de l'application de ce droit objectif à tel ou tel individu déterminé, usager ou agent de l'entreprise* », F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, n° 198, p. 221.

¹¹⁴ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^e partie) », *Op. cit.*, n° 4, p. 1017.

¹¹⁵ M. HAURIOU, *Op. cit.*, p. 152 et s.

¹¹⁶ J.-Y. CHOLEY, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 1974, p. 19.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 20.

69. Toutefois, cette analyse ne s'appuie que sur des circonstances de fait, elle est donc insuffisante pour corroborer la thèse non contractuelle. Bien que reprise par la doctrine civiliste, cette thèse ne s'est jamais vraiment imposée. La standardisation du contenu d'un contrat n'exclut pas systématiquement son caractère individuel et unique ; et cela ne préjuge pas non plus de son caractère réglementaire¹¹⁸.

70. Malgré les avis reniant la nature contractuelle du contrat d'adhésion, ces derniers n'ont pas réussi à changer la nature contractuelle du contrat d'adhésion ou à permettre de le considérer comme un autre acte juridique. C'est ce que confirme la majorité de la doctrine de droit civil français¹¹⁹, ainsi que la doctrine égyptienne sur laquelle se base le droit koweïtien¹²⁰. La jurisprudence française a toujours reconnu la nature contractuelle du contrat d'adhésion¹²¹, de même que la jurisprudence égyptienne qui la reprend¹²².

71. Cette analyse non contractuelle du contrat d'adhésion dénote un certain intérêt dans la mesure où elle rejoint les détenteurs de la théorie contractuelle du contrat d'adhésion surtout en ce qui concerne son caractère unilatéral et inégalitaire. Mais au-delà, il n'est pas superflu de souligner que ces analyses visent surtout à révéler la nécessité de soumettre le contrat d'adhésion à des règles spécifiques, voir au droit public, au nom de l'intérêt général et ainsi de les retirer du champ d'application du droit des obligations¹²³. Le rejet de la thèse non contractuelle s'explique aussi par l'inadéquation de la théorie classique du contrat aux opérations d'adhésion.

¹¹⁸ J. GHESTIN, I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen », in GHESTIN J., FONTAINE M., (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, n° 9, p. 7.

¹¹⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M SERINET, *Traité de droit civil, la formation du contrat. Tome I : le contrat, le consentement*, LGDJ, 4ème éd., 2013, n° 694, p. 499.

¹²⁰ A. ELSANHOURI, *La théorie du contrat*, Tome I, Beyrouth, HALABI publication de droit, 2ème éd., 1998, p. 279.

¹²¹ Pour plus de détails v. *infra* p. 41.

¹²² Cass. civ. Égypt., 22 avril 1954, n° 208/1954 ; Cass. civ. Égypt., 12 décembre 1989, n° 388/1989.

¹²³ L. JOSSERAND, *« La publication du contrat »*, *Op. cit.*, n° 6, p. 143.

B. L'inadéquation de la théorie classique du contrat aux opérations d'adhésion

72. Le constat des caractéristiques du contrat d'adhésion et de leurs différences par rapport au contrat classique va être l'occasion pour les auteurs de la théorie non contractuelle, de proposer un régime spécifique au contrat d'adhésion¹²⁴. Ainsi, Monsieur Saleilles invite à envisager le contrat d'adhésion sous un régime juridique différent des contrats classiques. Pour cela, il propose de se baser sur la différenciation entre les règles d'interprétation des actes d'adhésion avec celle du contrat classique basée sur le rencontre des volontés égales et libres¹²⁵.

73. La construction de son analyse est, au départ, de la nature même du contrat qui¹²⁶ « n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit ; mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques »¹²⁷. À cet égard, le juge doit rechercher dans le contrat « une volonté commune qui prenne une forme objective désormais indépendante de la subjectivité des parties »¹²⁸. Pour Monsieur Saleilles, un contrat doit être interprété et appliqué « d'après le but social (...) de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part »¹²⁹.

74. Monsieur Saleilles estime ainsi que le contrat d'adhésion ne doit pas s'interpréter par le biais de la recherche d'une volonté commune, celle-ci ne pouvant exister que dans le cas d'une relation égalitaire. Dans le cas où la norme contractuelle est le résultat unilatéral d'une seule volonté qui l'impose à l'autre, l'interprétation adéquate est alors celle qui prévaut lorsqu'il s'agit d'une norme générale. C'est-à-dire en appliquant les méthodes d'interprétation non pas dans le cas de recherche d'intention, mais dans le cas

¹²⁴ A. POPOVICI, « Les contas d'adhésion un problème dépassé ? », *Op. cit.*, p. 161.

¹²⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Op.cit.*, n° 198, p. 221.

¹²⁶ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^e partie) », *Op. cit.*, n°1, p. 1017.

¹²⁷ R. SALEILLES, *Op. cit.*, n° 88, p. 229.

¹²⁸ *Ibid*, n° 91, p. 230.

¹²⁹ *Ibid*, n° 88, p. 229.

d'un texte objectif, envisagé dans le sens de ce qu'exigent la bonne foi et les rapports économique en jeu, en tenant compte de la seule volonté de celui qui rédige le contrat¹³⁰.

75. Là encore, il faut souligner que Monsieur Saleilles pose une distinction qui ne semble pas nécessaire au vu même des règles d'interprétation qu'il dégage. En effet, dans la mesure où pour lui la méthode d'interprétation du contrat doit se baser sur une volonté objective conformément à la bonne foi et indépendamment des volontés de l'une ou l'autre des parties, il faut souligner que cette méthode peut aussi s'appliquer dans le cas du contrat d'adhésion. En effet, à partir du moment où l'interprétation doit prendre en compte une volonté commune objective et indépendamment de l'un ou l'autre des contractants, alors il n'est pas déterminant de savoir si oui ou non il y a eu une volonté qui domine l'autre ; les deux contractants ayant donné leur consentement, ceux-ci suffisent à former le contrat, juridiquement, et à l'interpréter comme tout contrat¹³¹.

76. Ces constatations permettent de révéler les déséquilibres qui peuvent exister au sein du contrat. Ainsi, le contrat apparaît comme la juxtaposition de deux volontés unilatérales et non pas une rencontre de deux volontés censées conduire à la réalisation d'objectifs communs. La détermination à l'avance des rôles des contractants dans le contenu du contrat permet de distinguer le contrat d'adhésion avec d'autres contrats. C'est ce qui justifie la nécessité de dissocier les deux volontés qui ont été à l'origine de l'acte contractuel, afin de distinguer le rôle et les attentes des uns et des autres. Ainsi, le contrat va dépasser les seules volontés des parties et gagner une autonomie propre, ce qui explique la nécessité, pour le juge, de rechercher une volonté commune objective et qui correspond autant à la volonté de l'offrant qu'à celui de l'adhérent. Cette solution repose sur la reconnaissance de la spécificité de l'acte d'adhésion¹³².

77. Les publicistes, de leur côté, souhaitent soumettre le contrat d'adhésion à des directives proches des règlements administratifs. C'est la raison pour laquelle ils ont

¹³⁰ Cela dans « *le cas de tous les contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes compagnies de chemin de fer, et de tous les contrats qui revêtent comme un caractère de loi collective* », F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G*, 1993, I, n° 17, p. 3673.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² M. RAYSSAC, *Op. cit.*, n° 72, p. 57.

reconnu un pouvoir réglementaire au rédacteur des contrats d'adhésion. Ainsi, Duguit considère que l'affaiblissement constant du rôle du contrat dans les sociétés contemporaines, résulte du fait que la volonté individuelle unilatérale a un pouvoir créateur de droit qui lui est propre¹³³. Monsieur Duguit mais aussi Monsieur Hauriou vont jusqu'à rapprocher le contrat d'adhésion du contrat administratif, où le cocontractant est soumis à un cahier des charges établi au préalable par l'administration, ainsi qu'au pouvoir de modification unilatérale de celle-ci¹³⁴.

78. Monsieur Maurice Hauriou a considéré que « *le contrat d'abonnement n'est pas un acte juridique novateur. Il n'est qu'un contrat d'adhésion, et peut-être même faudrait-il supprimer le mot contrat, et dire un acte d'adhésion à un service organisé* »¹³⁵. L'utilisateur du service de téléphonie n'avait d'autre choix que d'adhérer au service réglementé par l'administration. L'interprétation de ces contrats d'adhésion, chez les deux auteurs, doit se faire en adéquation avec des règles d'interprétation des règlements administratifs ; avec cependant une attention que le juge doit porter à la volonté de la partie qui a rédigé le contrat. Ici l'intérêt général doit être pris en compte en conciliation avec les intérêts individuels des administrés¹³⁶.

79. Cependant, il est mal aisé d'accepter qu'une personne privée soit au même titre qu'une personne publique détentrice de la puissance publique et qu'elle puisse soumettre une autre personne privée, sans son consentement à des obligations. Un tenant de la conception contractuelle du contrat d'adhésion estime, lui, qu'il est risqué d'attribuer un pouvoir réglementaire aux professionnels sur les usagers ou sur leurs préposés¹³⁷. Les règles émises par les autorités publiques doivent être appliquées sans considération du choix des contractants. Les relations contractuelles privées ne peuvent épouser cette tournure que dans l'hypothèse où il existe un consentement libre, préalable, de la part autant de la partie qui fixe les règles que de celle qui y adhère¹³⁸.

¹³³ L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, 2003, p. 56-57.

¹³⁴ J. SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, L'Harmattan, 2013, p. 146.

¹³⁵ Voir : CE 23 mars 1906, Dame Chauvin ; Note sous Conseil d'Etat, 23 mars 1906, Dame Chauvin, S. 1908.3.17, M. HAURIOU.

¹³⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, n° 198, p. 220.

¹³⁷ G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », *RTDC*, 1910, p. 503.

¹³⁸ *Ibid.*

80. Cette démarche des auteurs publicistes, même si elle n'a pas été suivie et ne devrait pas l'être, met en évidence l'évolution de la conception du contrat. En effet, sur la base de leur conception du contrat d'adhésion, ils vont en appeler à l'élaboration de mécanismes externes aux parties, pour contrôler la conformité des consentements, procéder à un rééquilibrage des contenus contractuels et aussi favoriser la naissance d'un droit « social » des contrats. Sur la base de ces considérations, il est possible d'envisager une autre façon de voir le contrat, façon de voir qui doit être inscrite dans le droit des obligations¹³⁹.

81. Les partisans de la thèse « anticontractualiste » sont critiqués parce qu'ils consacrent la suprématie du plus fort. Cette suprématie s'exprime par la supériorité attribuée à certaines personnes, parce que représentant des intérêts collectifs, mais privés, sur d'autres, en leur conférant dans une certaine mesure un pouvoir réglementaire. Cependant, il faut noter qu'il n'est pas de l'intérêt du contractant individuel que d'amener le juge à interpréter le contrat sur la seule base de la volonté réglementaire de son partenaire¹⁴⁰.

82. Même si les propositions des auteurs publicistes ne peuvent être retenues, le contrat d'adhésion étant bien un contrat, celles-ci avec celles de Monsieur Saleilles n'en sont pas moins d'actualité, surtout par rapport au fait qu'elles permettent de consacrer la spécificité du contrat d'adhésion dans le champ du droit des obligations¹⁴¹. C'est donc pour la qualification contractuelle qu'il convient d'opter. Il reste néanmoins à préciser les divergences existantes dans l'analyse de la notion de contrat d'adhésion.

¹³⁹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2^{ème} éd., 2013, n° 10, p. 431.

¹⁴⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, n° 198, p. 220.

¹⁴¹ Surtout « l'équité de protéger l'adhérent contre les abus du stipulant » de plus « c'est sûrement le plus grand rapport de la théorie des publicistes que d'avoir aperçu l'utilité sociale et même la nécessité économique des contrats par adhésion », A. POPOVICI, *Op. cit.*, p. 161.

§ 2 : Les divergences inhérentes à la notion de contrat d'adhésion

83. Il est bien clair que les critères du contrat d'adhésion ne faisaient pas l'unanimité en doctrine¹⁴², et encore moins les éléments qui font sa particularité. Une telle divergence peut se justifier par la complication évidente qui se pose pour saisir le contrat d'adhésion, vu qu'il est fondé exclusivement sur des circonstances de fait, sans que ces dernières ne remettent en cause sa nature contractuelle¹⁴³. Cela explique non seulement l'absence d'une définition doctrinale précise du contrat d'adhésion (A), mais également l'existence de divergences dans la définition de cette notion consacrée dans le droit positif français et koweïtien (B).

A. L'absence de définition doctrinale précise

84. Les critères d'identification du contrat d'adhésion sont au cœur du débat doctrinal, malgré le fait que la définition de ce contrat diffère selon les auteurs en la matière. Apparemment, ces derniers se sont mis d'accord pour prendre en compte, en définitive, le critère de la rédaction unilatérale, pour désigner un contrat d'adhésion. Autrement dit, la majorité de ces acteurs considèrent que l'absence de négociation dans la phase de rédaction du contrat est suffisante pour retenir la qualification de contrat d'adhésion¹⁴⁴.

85. Néanmoins, outre ce critère unique, certains spécialistes en préconisent d'autres, comme la supériorité économique et la forme standardisée de l'offre¹⁴⁵ ; ceux-ci sont notamment suggérés par le doyen Carbonnier. D'autre part, Monsieur Popovici relève qu'« *il est assez caractéristique que la plupart des auteurs se contentent de décrire le contrat d'adhésion, plutôt que de le définir* »¹⁴⁶. Il rejoint ainsi la vision de Monsieur Berlioz qui définit le contrat d'adhésion comme « *un contrat dont le contenu contractuel a été fixé, totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale avant la période*

¹⁴² J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil : les obligations. Tome I : l'acte juridique*, Sirey, 15ème éd., 2012, n° 178, p. 153.

¹⁴³ M. RAYSSAC, *Op. cit.*, n° 74, p. 95.

¹⁴⁴ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^e partie) », *Op. cit.*, n° 6, p. 1017.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.1017.

¹⁴⁶ A. POPOVICI, *Op. cit.*, p. 161.

contractuelle », et selon lui « *cette définition est préférable à celle qui est généralement donnée, qui est plutôt une description et qui utilise la réunion de plusieurs conditions* »¹⁴⁷.

86. Ainsi nous allons retenir deux conceptions du contrat d'adhésion, la première vision est celle que nous appelons « la conception extensive du contrat d'adhésion » (a), alors que la deuxième, soutenant la réunion de certaines conditions, est nommée « la conception restrictive du contrat d'adhésion » (b). Celle-ci a été adoptée par l'ensemble de la doctrine des pays arabes, dont la doctrine koweïtienne fait partie.

a. La conception extensive

87. La conception extensive du contrat d'adhésion permet de retenir essentiellement deux critères, celui de la supériorité économique d'un contractant et la forme standardisée de la convention. Ils se retrouvent dans la grande majorité des contrats d'adhésion¹⁴⁸. Monsieur Petit considère que le contrat d'adhésion « *repose sur une offre standardisée, identique pour tous les contrats d'un même type, susceptibles d'être conclus avec toute personne au cours d'une certaine période* »¹⁴⁹. Dans le même sens, Monsieur Ghestin appuie, d'une part, l'idée que l'important dans le contrat d'adhésion est que le contractant ne puisse pas discuter l'offre, puisqu'elle doit être préalablement standardisée¹⁵⁰.

88. D'autre part, il souligne, avec Madame Marchessaux-Van Melle, la position inégale des deux parties du contrat d'adhésion. Ils déclarent à ce propos que « *cette inégalité permet à l'une des parties de substituer en fait aux dispositions du Code civil ou commercial une réglementation unilatérale dont les dispositions abusives sont aujourd'hui dénoncées de façon unanime. Le choix de l'adhérent se réduit à conclure ou à ne pas conclure les contrats dont le contenu échappe à sa volonté* »¹⁵¹. Cependant, ce caractère inégalitaire ne remet pas en cause le contrat d'adhésion. « *Qui dit contrat*

¹⁴⁷ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Thèse, LGDJ, 1973, n°41, p. 27 ; *Ibid.*, n° 44, p. 28.

¹⁴⁸ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^e partie) », *Op. cit.*, n° 6, p. 1017.

¹⁴⁹ J. CL, *Notarial Répertoire*, V° Contrats et obligations, Fasc. 1-2, Définition et classification des contrats, par B. PETIT, 2013, n° 51.

¹⁵⁰ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat. Tome I : le contrat, le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013.

¹⁵¹ J. GHESTIN, I. MARCHESSAUX-VAN MELLE *Op. cit.*, n° 3, p. 3.

d'adhésion, ne dit pas nécessairement abus »¹⁵². Or, l'inégalité est l'effet de la nécessité du contexte économique¹⁵³, d'autant plus qu'elle permet de justifier l'adoption de mesures spécifiques en faveur de la partie faible. Donc, il y a bien le concours lors de l'acte de deux volontés ; une plus forte qui impose le contenu contractuel, tandis que l'autre y adhère¹⁵⁴.

89. De même, pour Monsieur Berlioz, l'essentiel dans le contrat d'adhésion, c'est la détermination unilatérale du contenu contractuel que l'adhérent accepte en bloc sans avoir la possibilité de négocier¹⁵⁵. Pour sa part, et après avoir affirmé que le contrat d'adhésion « *n'est pas rigoureusement définissable* », le doyen Carbonnier soulignait que « *la supériorité économique de l'un des contractants, qui le met de facto en mesure de dicter ses conditions à l'autre dans son intérêt exclusif... ..., le caractère unilatéral des clauses..., en l'absence de négociation individuelle, l'invariabilité, la rédaction standardisée, c'est un contrat de masse* »¹⁵⁶. Le caractère standardisé de l'offre ne fait que traduire la rédaction unilatérale et définitive des termes du contrat ; tandis que la supériorité économique de l'offrant n'est que la cause de l'absence de négociation ; critère principal d'identification des contrats d'adhésion¹⁵⁷.

90. Il faut préciser que le critère de la standardisation n'est pas uniquement propre au contrat d'adhésion, puisqu'on peut le retrouver dans d'autres contrats. C'est le cas par exemple du contrat-type que Monsieur Leaute qualifie de « *simple formule établie par un organisme professionnel ou par l'administration destinée à servir de modèle pour de futurs contrats que les sujets de droit concluront éventuellement plus tard* »¹⁵⁸. Donc, les formules préétablies, les clauses pré-rédigées et les contrats types « *forment autant de signes de la vivacité, de l'activité contractuelle, de la pratique dans sa capacité à modeler juridiquement les échanges économiques. Conjuguant rapidité et sécurité, ces formules-types contribuent, par la normalisation du contenu des contrats individuels, à la*

¹⁵² B. LEFEBVRE, « La notion de contrat d'adhésion : portée et limites d'une définition », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Collectif, Litec, 2007, p. 375.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Op.cit.*, n° 182, p. 156.

¹⁵⁵ G. BERLIOZ, *Op.cit.*, n° 42, p. 27.

¹⁵⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome 2. Les biens, les obligations*, PUF, 2004, n° 950, p. 1980.

¹⁵⁷ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^e partie) », *Op. cit.*, n° 6, p. 1017.

¹⁵⁸ J. LEAUTE, « Les contrats types », *RTD civ.*, 1953, p. 430.

construction d'un droit des contrats professionnel »¹⁵⁹. Ils sont désignés le plus souvent comme des modèles types, préalablement rédigés par le contractant, et qui peuvent servir par la suite comme un contrat référentiel. Par conséquent, ces contrats ne présentent à la base qu'un prototype qui peut être éventuellement adapté au fur à mesure des discussions, et aucunement dans l'objectif d'être imposé¹⁶⁰.

91. Au final, nous constatons que le contrat-type n'est pas forcément un contrat d'adhésion, même si leur ressemblance est indéniable, puisque la prédétermination de la convention sur laquelle est fondée le contrat-type, constitue le moyen fondamental d'effectuer un contrat d'adhésion¹⁶¹. À cette conception large de la notion de contrat d'adhésion incluant la supériorité économique d'un contractant et la standardisation de l'offre s'oppose une conception restrictive, optée par le droit positif koweïtien.

b. La conception restrictive

92. C'est d'abord dans la doctrine koweïtienne que nous pouvons trouver l'adoption de la conception restrictive du contrat d'adhésion¹⁶². Elle ne s'applique qu'à un nombre limité de contrats. Cette conception restrictive constitue plus la description de plusieurs conditions, lesquelles permettent de désigner le contrat d'adhésion, que sa définition concrète. Une partie de la doctrine française a tenté, pour sa part, de définir le contrat d'adhésion par la désignation de certaines de ces conditions¹⁶³.

93. Ainsi, certains auteurs français insistent d'abord sur le fait que l'un des contractants doit être en état d'offre permanente et générale. C'est-à-dire que l'offre de contrat est adressée non à une personne déterminée mais au public en général. Ensuite, ils évoquent la position dominante de droit ou de fait du contractant, cette position peut

¹⁵⁹ G. CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, 01 juillet 2009, n° 3, p. 1233.

¹⁶⁰ P.-A. CREPEAU, « Contrat d'adhésion et contrat-type », in A. POPOVICI, (dir.), *Mélanges Louis Baudouin. Problèmes de droit contemporain*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 67.

¹⁶¹ T. REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC*, 31 mars 2015, n° 1, p. 199.

¹⁶² I. ABOU ALLAIL, *La théorie de l'obligation, 1. Les sources volontaires de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Koweït, Muassasat Dar Al Kutob, 2^{ème} éd., 1998, p. 178.

¹⁶³ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *Op.cit.*, n° 44, p. 28.

être représentée au minimum par sa puissance économique, ce qui lui permet tout de même de rédiger le contrat seul ou en collaboration avec les entités économiques spécialisées. Ils sont conclus en l'absence de débat préalable avec l'impossibilité de modifier les clauses du contrat par l'adhérent¹⁶⁴.

94. La doctrine koweïtienne, conforme à la doctrine des pays arabes, privilégie une conception plus restrictive en matière de contrat d'adhésion. En plus de la réunion de toutes les conditions précitées, elle exige aussi que l'objet du contrat corresponde à des produits ou des services nécessaires pour tous les contractants¹⁶⁵. Cette conception restrictive de la doctrine et de la jurisprudence des pays arabes continue, par l'application de ces conditions, à se confronter à l'évolution constante que connaît la société et le monde économique koweïtien, impactant les relations contractuelles ainsi que leurs modalités. Il faut aussi relever que ces conditions de reconnaissance du contrat d'adhésion doivent être remplies alors même que les textes du Code civil koweïtien n'ont pas retenu ces conditions pour la qualification du contrat d'adhésion¹⁶⁶.

95. Néanmoins, une partie de cette doctrine prônant la conception restrictive du contrat d'adhésion a soulevé cette ambiguïté. M. Salama Ahmed précise, en commentant l'article 100 du Code civil égyptien¹⁶⁷, que « *cet article concerne uniquement une des conditions qu'il faut remplir pour désigner un contrat d'adhésion* »¹⁶⁸. Par conséquent, tant que le texte ne mentionne pas les conditions posées par la doctrine pour reconnaître un contrat d'adhésion, la jurisprudence peut revenir sur ces conditions, comme l'a bien souligné cet auteur, sans avoir recours à la modification des textes.

96. Dans le même sens, nous pouvons penser que Monsieur Alsaddah a relevé la sévérité des conditions posées par la doctrine pour désigner un contrat d'adhésion. Il a indiqué, depuis plus d'un demi-siècle « *qu'il faut bien préciser que les critères évoqués*

¹⁶⁴ J. CARBONNIER, *Op.cit.*, n° 954, p. 1980 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, n° 196, p. 218.

¹⁶⁵ À titre d'exemple : Cass. civ. kw., 22 avril 1954, n° 208/ 21, *Bull.*, n° 5, partie n° 3, p. 788 ; Cass. Dubai, 27 avril 1991, n° 54, *Revue de justice et législation*, n° 2, janvier 1993, p. 314.

¹⁶⁶ Comme nous allons le démontrer ultérieurement dans le caractère juridique de celui-ci.

¹⁶⁷ L'article 100 du Code civil égyptien indique que : « L'acceptation dans un contrat d'adhésion résulte de l'adhésion d'une partie à un projet réglementaire que l'auteur établit sans en permettre la discussion ».

¹⁶⁸ S. AHMED, *La théorie des obligations. 1^{er} Tome : Les sources d'obligations*, 1987, n° 63.

ne sont pas obligatoirement présents dans l'un des contrats d'adhésion. Or il se peut qu'une condition soit partiellement ou entièrement défailante. Dans ce cas, il faut rechercher si les autres conditions sont remplies. Si elles le sont clairement, nous pouvons identifier le contrat d'adhésion ». Pour cet auteur, il faut au minimum que la supériorité économique tirée d'un monopole de droit ou de fait de l'offrant soit constatée. Il s'agit là d'une condition indispensable pour être en présence d'un contrat d'adhésion¹⁶⁹.

97. Enfin, le terme « contrat d'adhésion » avait bien été adopté dans le champ réglementaire et juridique, mais sans avoir été défini précisément. Même son fondateur M. Saleilles n'a pas réussi à en donner une définition précise. En somme, la doctrine ne s'accorde pas pour reconnaître les critères que nous venons d'exposer sur les contrats d'adhésion. Une partie considère même que ces critères ne sont pas suffisamment clairs et distinctifs pour permettre d'attribuer une catégorie autonome et réelle aux actes contractuels qu'elles définissent¹⁷⁰. Cela ne nous empêche pas d'essayer d'identifier la notion de contrat d'adhésion en droit positif français et koweïtien, d'autant plus que le législateur français en donne aujourd'hui une définition.

B. L'identification de la notion de contrat d'adhésion

98. Avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, le droit français n'avait pas prévu de texte dans le Code civil définissant la notion du contrat d'adhésion. L'identification de cette notion a été progressive, elle a même été consacrée par son entrée dans le Code civil français (a). Par contre, le droit koweïtien a mentionné le contrat d'adhésion dans le Code civil depuis sa première édition, mais sans pour autant le définir explicitement (b).

¹⁶⁹ A. ALSSADAH, *Les contrats d'adhésion en droit égyptien, études doctrinale, jurisprudentielle et comparative*, Thèse, Université de Caire, Egypte, 1946, p. 51.

¹⁷⁰ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Op. cit.*, n° 180, p. 154.

a. La consécration législative de la notion de contrat d'adhésion

99. La notion de contrat d'adhésion a longtemps fait l'objet de controverses. Ces dernières ont permis d'identifier un certain nombre de critères relatifs à la notion avant la réforme du droit des contrats (1). Le contrat d'adhésion a fini par être défini clairement dans le code civil (2).

1. Les éléments d'identification retenus avant la réforme

100. Le législateur français a été confronté au caractère imprécis de la notion. Quand il a fallu protéger certaines parties faibles, il a privilégié le recours à la notion de clause abusive sur celle de contrat d'adhésion¹⁷¹. Ainsi, l'application des règles spécifiques à la catégorie des contrats d'adhésion peut se heurter au caractère flou de cette dernière que nous avons vu précédemment¹⁷². Il n'est donc guère étonnant de constater qu'en France, le législateur ne faisait pas, avant la réforme, référence au contrat d'adhésion, hormis à travers une disposition unique insérée dans un décret n° 78-464 du 24 mars 1978.

101. C'est dans son article premier, que ce décret portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection de l'information des consommateurs et de services, dispose que, « *dans les contrats conclus entre des professionnels, d'une part, et, d'autre part des non professionnels ou des consommateurs, est interdit comme abusive la clause ayant pour objet ou pour effet de constater l'adhésion du non professionnel ou consommateur à des stipulations contractuelles qui ne figurent pas sur l'écrit qu'il signe* ». Cet article a été annulé par le Conseil d'Etat suite à plusieurs recours en annulation, aux motifs que¹⁷³ : « *le Gouvernement a interdit une clause dont l'objet peut porter sur des éléments contractuels autres que ceux limitativement énumérés dans l'alinéa 1er de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 ; qui ne révèle pas dans tous les*

¹⁷¹ J. GHESTIN, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *JCP G*, n° 31, 3 Août 1995, p. 481.

¹⁷² D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Larcier, 2^{ème} éd., 2016-2017, n° 129-1, p. 78.

¹⁷³ Par décision n° 12814 du 3 décembre 1980.

cas un abus de puissance économique et qui ne confère pas nécessairement un avantage excessif aux professionnels »¹⁷⁴.

102. La loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 portant modification de celle de 1978 reprend à titre indicatif les dispositions annulées par le Conseil d'Etat, dans une annexe figurant à l'article L.132-1 du Code de la consommation. Elle prévoit un ensemble non exhaustif et indicatif de clauses pouvant être considérées comme abusives sous réserve qu'elles remplissent les critères posés dans ledit article. Ainsi il va s'agir des clauses qui vont permettre de « *constater de manière irréfragable l'adhésion du non professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion* »¹⁷⁵.

103. Compte tenu de ces dispositions, l'adhésion se rapporte aux clauses que le consommateur est tenu d'accepter dès lors qu'il en a eu connaissance. Il faut noter que ces dispositions ne définissent pas pour autant de façon claire le contrat d'adhésion. Elles concernent uniquement les consommateurs qui se sont engagés à un contrat d'adhésion et ne prévoient aucune règle sur les contrats d'adhésion en général. Au lieu d'une reconnaissance du contrat d'adhésion lui-même, force est de constater que la législation en la matière est plus dictée par un souci de protection des consommateurs¹⁷⁶.

104. Dans l'avant-projet Catala, sur la réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, l'article 1122-2 prévoit de soumettre les clauses non négociées à la sanction qui affecte les clauses abusives. Ainsi, lorsqu'une clause crée un déséquilibre significatif au détriment d'une partie et que cette clause n'a pas été négociée au préalable, elle peut être révisée ou supprimée à la demande de la partie lésée. Le projet aura pour effet d'étendre ainsi la sanction des clauses abusives aux contrats d'adhésion sans pour autant les définir¹⁷⁷.

¹⁷⁴ J. GHESTIN, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *Op.cit.*, p. 481.

¹⁷⁵ M. RAYSSAC, *Op. cit.*, p. 72.

¹⁷⁶ *Ibid.*, n° 93, p. 72.

¹⁷⁷ Il en va de même le projet de l'Académie des sciences morales et politiques, qui ne consacre pas la notion de contrat d'adhésion, mais il contient des règles concernant les clauses non négociées (art.67 :

105. Par ailleurs, s'agissant de la jurisprudence en France, les tribunaux ne considèrent pas les contrats d'adhésion comme une catégorie autonome. Ainsi, la Cour de cassation, dans une jurisprudence constante, estime que « *le seul fait qu'un contrat relève de la catégorie des contrats d'adhésion ne suffit pas à démontrer que telle clause particulière a été imposée par un abus de puissance économique* »¹⁷⁸. La mention dans ces arrêts du terme contrat d'adhésion ne suffit pas pour conclure à la reconnaissance de la spécificité du contrat d'adhésion. Le contrat d'adhésion était donc, conformément à l'ancien article 1134 du Code civil, un contrat qui suppose que ce qui a été voulu fait la loi des parties¹⁷⁹. Aussi, à partir du moment où le contrat a été conclu, il est opposable dans son ensemble à l'adhérent¹⁸⁰.

106. Plus récemment le projet d'ordonnance française du 25 février 2015, a proposé dans son article 1108 une définition selon laquelle « *le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties* ». On retrouve deux critères, à savoir la détermination unilatérale du contenu contractuel puisque les stipulations « *ont été déterminée par l'une des parties* » et l'absence de négociation. Dès lors, les stipulations sont « *soustraites à la libre discussion* ».

107. Cet article a cependant fait l'objet de critique en doctrine. Monsieur Chénéde considère que « *la définition du contrat d'adhésion, sans être inexacte, est imparfaite. Elle n'est pas inexacte, car il est vrai que le contenu du contrat d'adhésion n'est pas négocié par les deux contractants, mais déterminé par l'une des parties. Elle est néanmoins imparfaite sur deux points. La première erreur est la référence aux stipulations essentielles, qui évoquent les prestations principales, alors que, précisément, ce sont les clauses accessoires autrement appelées « conditions générales » qui posent*

révision ou suppression de la clause créant un déséquilibre significatif) J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET., *Op. cit.*, n° 698, p. 504.

¹⁷⁸ Cass. civ., 1^{ère}, 12 mars 2002, n° 99-15.711, *Bull. civ.*, I, n° 92, p. 71.

¹⁷⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, n° 200, p. 223.

¹⁸⁰ Voir par ex : Cass. civ., 1^{ère}, 19 janvier, 1982, n° 80-15.745, *Bull. civ.*, I, n°29 ; *JCP*, 1984, II, 20215, note F. CHABAS (L'arrêt énonce « *qu'aucune disposition légale ne prohibe d'une façon générale l'insertion des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats d'adhésion, et qu'il n'est fait état d'aucune prohibition spéciale aux contrats de jeu* ») ; v. également, *RTD civ.*, 1983, p. 144, G. DURRY.

difficulté dans le contrat d'adhésion. La seconde est la référence à la libre discussion, qui évoque un autre type de conventions déséquilibrées, d'apparition plus récente, et qu'il faut se garder de (con)fondre avec le contrat d'adhésion : le contrat de dépendance »¹⁸¹. Si le législateur donne raison à Monsieur Chénéde, ce n'est que partiellement, c'est ce qu'il convient d'examiner maintenant.

2. La définition légale du contrat d'adhésion

108. Le contrat d'adhésion est désormais défini par l'alinéa 2 de l'article 1110 nouveau du Code civil français comme celui « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Si l'on se réfère aux distinctions entre les conventions dans le Code civil, celle effectuée par l'article 1110, ce qui caractérise le contrat de gré à gré c'est qu'il est la négation du contrat d'adhésion¹⁸². Cette précision va permettre de faciliter la compréhension des critères du contrat d'adhésion.

109. Ils ne font que reproduire les éléments qui figuraient jusque-là dans la définition doctrinale du contrat d'adhésion. Les deux critères retenus sont logiquement la rédaction unilatérale et l'absence de négociation. Le texte parle de soustraction à la négociation et la détermination à l'avance par l'une des parties des conditions générales. Le législateur a, par cette réforme, ajouté un critère et a suivi en cela l'avis doctrinal de Monsieur Chénéde. Nous sommes désormais en présence d'un contrat d'adhésion lorsque les « *conditions générales* » sont l'objet des précédents critères¹⁸³, mais on a maintenu avec une légère modification la condition de soustraction à la libre discussion, qui devient soustraction à la libre négociation.

110. Cette définition est préférable à celle qui considérerait le contrat d'adhésion comme « *celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la discussion, ont été unilatéralement déterminées à l'avance* ». En effet, cette dernière avait pour défaut que

¹⁸¹ F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.*, 11 juin 2015, n° 21, p. 1226.

¹⁸² A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^{ème} éd., 2016, n° 29, p. 39.

¹⁸³ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil », *D.*, 2016, p. 1771.

certaines des stipulations essentielles, notamment celle concernant la chose et le prix, sont souvent les seules qui puissent être négociées. L'adhésion s'effectue effectivement sur les conditions générales. Il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre du texte va être source d'incertitudes¹⁸⁴.

111. Cette définition va certainement créer des problèmes d'interprétation, que le juge devra trancher, car l'opposition entre les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré n'est pas parfaite. En outre, l'utilisation de la formule « conditions générales » souffre d'une certaine imprécision et ne permet pas d'envisager tous les cas où un contractant n'a pas pu négocier le contenu contractuel. Enfin, cette définition ne donne pas de grille de lecture quant au fait de savoir le nombre de stipulations librement négociées qui permettra de caractériser le contrat comme un contrat de gré à gré¹⁸⁵.

112. C'est néanmoins sur la définition du contrat d'adhésion qu'il faut se questionner. Quel sens donner à la formule « conditions générales » ? Faut-il s'arrêter aux conditions générales dans leur sens strict, avec cette conséquence de ne pouvoir caractériser le contrat d'adhésion en cas d'absence de conditions générales ou alors l'objectif était-il de prévoir les principales stipulations d'un contrat¹⁸⁶ ? Nous ne pouvons donc dire avec certitude que le nouvel article 1110 alinéa 2 suffise à vraiment préciser la notion.

113. Par exemple, on a pu s'interroger, en doctrine, sur la possibilité pour le bail commercial d'être un contrat d'adhésion¹⁸⁷. Ces derniers comportent trois critères : « *des conditions générales se développant sur une quarantaine de pages, des conditions particulières définissant sur une ou deux pages la date de prise d'effet du bail, la désignation et la destination des lieux loués et le montant du loyer et une annexe comportant certaines dérogations aux conditions générales* »¹⁸⁸. La question était de savoir si le bailleur pouvait arguer du fait que les conditions générales n'avaient pas été

¹⁸⁴ X. LAGARDE, « Question autour de l'article 1171 du Code civil », *D.*, n° 37, 3 novembre 2016, p. 2174.

¹⁸⁵ Voir : *Le Lamy Droit du contrat*, Contrat d'adhésion et contrat de gré à gré, n° 78.

¹⁸⁶ B. DONDERO, « La réforme du droit des contrats, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », *JCP E*, n° 19, 12 mai 2016, p. 1283.

¹⁸⁷ J.- D. BARBIER, « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion », *LPA*, n° 25, 5 juillet 2016, p. 55.

¹⁸⁸ *Ibid.*

soustraites à la négociation, dès lors que les contractants s'étaient mis d'accord sur un certain nombre d'amendements ou d'exceptions¹⁸⁹. Dans quelle mesure peut-on alors caractériser le contrat d'adhésion. Il semble que ce contrat, dès lors qu'il a pu être négocié, ne peut constituer un contrat d'adhésion¹⁹⁰. Il faudra attendre que la jurisprudence se prononce sur la question pour savoir si elle optera pour une interprétation stricte du texte ou non. Il s'agit de voir maintenant comment le droit koweïtien appréhende la notion de contrat d'adhésion.

b. La reconnaissance de la notion en droit koweïtien

114. Concernant le droit koweïtien, les difficultés rencontrées par la doctrine pour définir le contrat d'adhésion a inévitablement eu des effets sur le droit positif. Or le législateur s'abstient souvent de définir des notions juridiques¹⁹¹. De plus, le législateur insiste plus sur une approche pratique du droit que sur une approche philosophique, qui constitue une mission de la doctrine¹⁹². Ainsi, les articles du Code civil koweïtien comprennent le contrat d'adhésion mais sans le définir explicitement.

115. En effet, le législateur koweïtien et ses homologues arabes, dont le législateur égyptien¹⁹³, reconnaissent le contrat d'adhésion. La majorité des législations arabes contiennent des articles régissant le contrat d'adhésion sans le définir. Ils décrivent comment se forme l'acceptation dans un contrat d'adhésion. Ainsi le législateur koweïtien a évoqué le contrat d'adhésion lorsqu'il a parlé de l'acceptation concernant ce contrat¹⁹⁴. L'article 80 du Code civil koweïtien indique que « *n'est pas en mesure d'empêcher la conclusion d'un contrat le fait que l'acceptation par adhésion d'une partie*

¹⁸⁹ V. CHAMP, « État de dépendance, contrats d'adhésion et imprévision : des champs d'application à définir », *LPA*, n° 261, 30 décembre 2016, p. 20.

¹⁹⁰ V. *infra* p.97 et s.

¹⁹¹ E. ABDELMENEEM, *Op. cit.*, n° 52, p. 73.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ L'article n° 100 du Code civil égyptien dispose que : « *Dans le contrat d'adhésion la partie qui accepte ne fait qu'adhérer à un projet réglementaire que l'autre partie établit sans en permettre la discussion* ».

¹⁹⁴ Dans le même sens, nous citons, à titre d'exemple, l'article 70 du Code civil algérien ainsi que l'article 101 du Code civil syrien ; contrairement au droit libanais qui contient une définition du contrat d'adhésion dans son article 172 qui indique que « *lorsque l'une des parties borne à donner son adhésion à un projet réglementaire qui lui est soumis purement et simplement et dont elle ne saurait (en droit ou en fait), (discuter le contenu) on dit que le contrat se forme par adhésion* ».

à un projet réglementaire que l'auteur établit sans en permettre la discussion ». On peut relever que le législateur koweïtien retient deux critères pour caractériser le contrat d'adhésion, à savoir, la rédaction unilatérale et l'absence de négociation.

116. La Cour de cassation koweïtienne ne considère pas qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion du seul fait que l'acceptation soit faite par adhésion à des conditions prédéterminées sans en avoir discuté. Elle a considéré que « *les contrats d'adhésion se distinguent des autres contrats par le fait qu'ils remplissent trois critères. Le contrat doit d'abord concerner une marchandise ou une prestation nécessaire aux consommateurs ou aux bénéficiaires. Le stipulant doit ensuite être en position de monopole, de fait ou de droit, sur des marchandises ou services proposés, ou que ces derniers fassent l'objet d'une concurrence restreinte. L'offre doit enfin être identique pour tous les destinataires, avec les mêmes conditions et d'une manière constante. Ainsi l'acceptation ne peut être qu'une adhésion à ce que dicte l'auteur et que l'acceptant n'a d'autre choix que de prendre ou de laisser. Mais vu qu'il a vraiment besoin de ce service, il se trouve dans l'obligation d'accepter le contrat, donc son accord est établi* »¹⁹⁵.

117. Toutefois, l'article 80 ne comporte pas les conditions que la Cour de cassation koweïtienne veille toujours à faire remplir pour désigner le contrat d'adhésion, qui ne prend pas en considération que l'acceptant n'avait pas la possibilité de négocier préalablement les conditions du contrat. En fait, cet article correspond bien à la nouvelle conception du contrat d'adhésion qui permettra à la Cour de cassation koweïtienne d'abandonner l'exigence de ces conditions qui restreignent le champ du contrat d'adhésion dans le but d'améliorer la protection de la partie faible à ces contrats, conférée à l'adhérent par le législateur koweïtien dans l'article 81 du Code civil.

118. En définitive, tant la doctrine que les législateurs éprouvent des difficultés à cerner la notion de contrat d'adhésion et surtout à le définir. Cela n'empêche pas de pouvoir déterminer certains de ces éléments constitutifs en droit koweïtien. Le droit koweïtien rejoint le droit français qui exige, pour qualifier le contrat d'adhésion, la soustraction à la négociation et la détermination unilatérale du contenu contractuel. Il se différencie

¹⁹⁵ Cass. com., kw., 1 novembre 2003, n° 565/2002.

néanmoins du droit français en ce que la rédaction unilatérale ne renvoie pas aux conditions générales. Avec la réforme du droit français, les deux législations retiennent désormais la conception contractuelle de l'adhésion. Cette dernière, en plus de l'insertion du contrat d'adhésion dans le Code civil, continue de bénéficier du soutien des règles de formation du contrat aussi bien en France qu'au Koweït (Section II).

SECTION II :

La compatibilité du contrat d'adhésion aux règles de formation du contrat

119. Le contrat d'adhésion, au-delà de sa spécificité, doit bien comprendre les caractères fondamentaux d'un contrat¹⁹⁶. En effet, l'accord de volonté, qui constitue le noyau dur du contrat doit être présent dans le contrat d'adhésion. Ce dernier doit aussi remplir d'autres conditions énumérées dans le Code civil français, telle que l'exigence d'un contenu licite et certain, et la capacité des contractants à s'engager, abordés dans son article 1128. D'autre part, le contrat d'adhésion est valable sous réserve que les volontés des parties ne soient pas affectées par les vices du consentement énumérés aux articles 1130 et suivant du Code civil français. En droit koweïtien, le contrat d'adhésion devra respecter les mêmes conditions qui sont présentes dans les articles 147 et suivants du Code civil koweïtien.

120. Le caractère contractuel du contrat d'adhésion est non seulement avéré, mais sa validité se trouve aussi confortée par l'évolution du droit des obligations¹⁹⁷. Ce développement se voit clairement dans l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du Code civil français, et aussi dans le droit positif koweïtien qui reconnaît la qualité de contrat aux relations formées par l'adhésion. Ainsi, s'il existe bien un contrat en matière d'adhésion, il reste que cet engagement doit constituer un accord de volontés qui requiert l'existence du consentement (§ 1) et un consentement exempt de

¹⁹⁶ Il répond à la définition du contrat contenue à l'article 1101 du Code civil français et l'article 31 du Code civil Koweïtien.

¹⁹⁷ M. RAYSSAC, *Op.cit.*, n° 76, p. 59.

vices (§ 2), la validité de cet accord de volonté étant subordonnée à la concrétisation du contenu contractuel (§ 3).

§1 : L'accord de volonté subordonné à l'existence du consentement

121. Au sens de l'article 1101 du Code civil français le contrat est défini comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Le Code civil koweïtien, de son côté, dispose dans son article 31 que « *le contrat est une rencontre entre l'offre et l'acceptation qui produit des effets juridiques régis par le droit* ». À cet égard, le contrat d'adhésion est un contrat dans son ensemble, car il reste formé par un accord de volonté¹⁹⁸(A) par des contractants ayant la capacité de s'engager (B).

A. L'accord de volonté

122. Dans le digeste Ulpien, il est écrit que « [...] *la stipulation qui se fait par paroles est nulle, si elle ne comporte pas de consentement* »¹⁹⁹. C'est aussi l'idée que défend le professeur Planiol dans son traité élémentaire de droit civil, qui considère que « *le consentement des parties, c'est-à-dire l'accord de volonté, est l'élément essentiel de tout contrat. Il doit toujours exister* »²⁰⁰. Le contrat se forme donc par la rencontre de deux volontés, censées en dicter librement le contenu²⁰¹. Autrement dit, l'acte contractuel est principalement fondé sur l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle, tant en droit français qu'en droit koweïtien²⁰²(a). Il faut rappeler que l'existence du contrat d'adhésion n'est pas récente, que ce dernier a toujours existé. La nouveauté est constituée par son développement considérable qui se traduit par une évolution de la pratique contractuelle.

¹⁹⁸ J. GHESTIN, I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Op.cit.*, n° 9, p.7.

¹⁹⁹ J. GAUDEMONT, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2009, n° 127, p. 382.

²⁰⁰ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome II, LGDJ, 1921.

²⁰¹ H et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, les obligations, théorie générale*, Montchrestien, 1998, Tome II, Vol I, n° 16.

²⁰² I. ABOU ALLAIL, *La théorie de l'obligation, I. Les sources volontaires de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Koweït, Muassasat Dar Al Kutob, 2^{ème} éd., 1998, p. 47et s.

Ainsi, l'absence d'une négociation préalable et libre dans un contrat d'adhésion n'est-elle pas de nature à lui retirer son caractère contractuel (b).

a. Les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle

123. Selon le droit des obligations, l'accord de volontés se manifeste à travers des principes fondamentaux : celle de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle²⁰³, cela en droit français, mais aussi plus largement en droit européen. Monsieur Marguenaud a affirmé que « *la liberté contractuelle, parente de l'autonomie personnelle [...] est un des concepts majeurs appliqués par la CEDH depuis l'arrêt Pretty du 29 avril 2002* »²⁰⁴.

124. En effet, puisque c'est la volonté de s'engager qui justifie « la force de loi » du contrat pour les parties, c'est elle qui constitue l'élément moteur de la formation du contrat : elle en est alors la condition essentielle²⁰⁵. Le principe de l'autonomie de la volonté est classiquement considéré d'ordre philosophique et économique²⁰⁶. Il signifie que chaque individu est un être libre de se lier lui-même, mais seulement par un acte souverain de volonté. Par conséquent, et il en découle de ce principe, les relations contractuelles des parties doivent être soumises à leur libre volonté. « *Une personne ne pourra à cet égard être contrainte de s'engager si elle ne le souhaite pas ; une personne ne pourra se voir imposer un cocontractant ou une clause qu'elle ne souhaite pas* »²⁰⁷.

125. Les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle donnent au contrat l'image d'une rencontre entre une offre et une acceptation. L'acceptation étant l'accord donné par le destinataire de l'offre, elle doit, pour que le contrat soit valable, reprendre au moins les éléments principaux de l'offre. L'acceptation qui se fait avec l'énumération d'autres conditions ou d'autres propositions, n'est pas considérée comme

²⁰³ C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil. Tome 3 : les obligations, le contrat*, Economica, 7^{ème} éd., 2014, n° 147, p. 130.

²⁰⁴ Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02 ; V. aussi, J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *Op. cit.*, n° 249, p. 188.

²⁰⁵ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^{ème} éd., 2016, n° 66, p. 65.

²⁰⁶ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd, 2016, n°15, p.21.

²⁰⁷ *Ibid.*, n° 16, p.21.

une acceptation mais comme une contreproposition. Ainsi seuls les éléments dits accessoires de l'offre peuvent faire l'objet d'une modification, car cette dernière ne constitue pas une contreproposition. La rencontre des consentements, créatrice de contrat, exige toujours au moins l'expression de deux volontés : c'est la base même d'un accord que d'être en présence d'une offre et d'une acceptation²⁰⁸.

126. L'autonomie de la volonté repose sur la liberté et l'égalité des individus, mais cette liberté et cette égalité sont considérés comme théorique. En effet, les contractants n'ont pas le même pouvoir économique et le contractant le plus fort peut dicter sa loi au plus faible²⁰⁹.

127. Le contrat d'adhésion est bien de nature contractuelle, car il s'agit de l'acceptation d'une offre. En effet, que le consentement soit nécessaire à la conclusion du contrat ne fait pas l'objet de débat, seulement la manière dont ce consentement apparaît peut différer. L'absence d'une négociation préalable et libre dans le contrat d'adhésion ne signifie pas forcément une atteinte de la liberté contractuelle. Par ce fait, elle bouscule le principe de liberté contractuelle, d'un contractant au bénéfice de l'autre, vu que ce dernier fixe lui-même de façon unilatérale le contenu du contrat²¹⁰. Ainsi apparaît la nouvelle classification du Code civil français, qui pour certains auteurs « *est ...la plus importante de la réforme* »²¹¹, qui tend à renforcer cette réalité²¹². Elle permet de distinguer entre le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, par le fait que l'un est négocié alors que l'autre ne l'est pas.

128. L'insertion en droit commun, par l'ordonnance du 10 février 2016, d'un article propre au contrat de gré à gré, qui s'oppose au contrat d'adhésion, paraît permettre d'entrevoir le signe d'une évolution des conceptions classiques du contrat et partant de son régime. La lecture conjointe des articles 1102 et 1110 du Code civil, nous amène à

²⁰⁸ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 34, p. 40.

²⁰⁹ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 16, p. 21.

²¹⁰ C. LARROUMET, S. BROS, *Op. cit.*, n° 147, p. 130.

²¹¹ F. CHÉNEDÉ, « Les classifications des contrats », *Dr. et patr.*, 1 mai 2016, n° 258, p. 51 ; Également, T. REVET, « Une philosophie générale ? in Réforme de droit des contrats : quelles innovations ? », *RDC*, 1 avril 2016, n° Hors-série, p. 5.

²¹² C'est dans l'article 1110 apparu dans Code civil français à travers l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

relever que, ce qu'autorise la liberté contractuelle, autrement dit la possibilité de déterminer le contenu contractuel est réservé aux contrats de gré à gré. Dès lors, au même moment où il fait son entrée dans le Code civil, le principe de liberté contractuelle voit son envergure se restreindre²¹³.

129. Par l'introduction de la catégorie des « contrats d'adhésions » dans le droit commun, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, ce dernier reconnaît que le contenu d'un contrat peut ne pas être établi ni même négocié par les contractants, dès lors que le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, sont « *soustraites à la négociation* », et « *déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Ainsi, le nouveau droit commun des contrats crée un mécanisme de contrôle du contenu soustrait à la négociation au bénéfice de l'adhérent. L'existence d'un contrat est toujours le fruit de la volonté des parties, sauf que, dorénavant, la prévalence de la volonté des contractants ne s'applique qu'aux stipulations librement négociées entre les parties. La nouveauté n'enterre pas le rôle central de la volonté mais constitue un recul de sa pleine efficacité²¹⁴.

b. L'absence de la négociation

130. L'absence de libre négociation dans les contrats d'adhésion n'a pas pu ôter à celui-ci le caractère contractuel, même si certains auteurs du siècle dernier ont prétendu le contraire. Ces derniers « *ont refusé de voir dans le contrat d'adhésion un contrat véritable ; l'absence de libre négociation ne constitue pas un obstacle à faire entrer le contrat d'adhésion dans le cadre du concept de contrat dès lors qu'il obéit au trait commun de tous les contrats, la volonté de se lier juridiquement* »²¹⁵.

131. Toutefois cela dépend principalement de l'angle d'analyse utilisé. Bien que le contrat d'adhésion suppose l'absence d'une négociation préalable et libre, s'il ne constitue pas un contrat dirigé en vertu de la loi ou de la jurisprudence, la liberté

²¹³ T. REVET, « Une philosophie générale ? in Réforme de droit des contrats : quelles innovations ? », *Op. cit.*, p. 5.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ C. LARROUMET, S. BROS, *Op. cit.*, n° 147, p. 130.

contractuelle de l'adhérent n'est pas atteinte en cela même, qu'elle soit constituée par l'acceptation ou le refus des conditions posées par l'offrant, selon que ces dernières lui conviennent ou non²¹⁶. En d'autres termes, l'adhérent reste libre de ne pas adhérer²¹⁷.

132. En somme, « *l'existence d'une négociation ne suffit pas à justifier la qualification de contrat dès l'instant que la force obligatoire de l'acte réside dans la compétence reconnue par le droit positif à l'autorité qui l'édicte. Réciproquement, l'absence de négociation ne permet pas d'écarter la qualification de contrat dès lors que la force obligatoire de l'acte résulte de l'accord des volontés* »²¹⁸. Il faut souligner aussi que la négociation suppose la présence de forces égales, car dans le cas d'une négociation où les contractants ne disposent pas du même pouvoir économique ou technique, la négociation reste faussée²¹⁹.

133. Donc, ce qu'il faut retenir dans le cas des contrats d'adhésion c'est l'existence de la rencontre de deux consentements sur les éléments du contrat. La spécificité du contrat d'adhésion caractérisée par l'inégalité des parties, l'imposition du contenu du contrat par une partie sur l'autre, ainsi que le caractère standard du contrat, ne remettent pas en cause la validité de l'adhésion²²⁰. De plus, l'accord de volonté nécessaire à la conclusion du contrat ne suppose pas que le contenu de l'acte sur lequel il porte doit nécessairement être issu des parties à l'issue d'une négociation libre et préalable entre elles. La nécessité de l'accord de volonté est plus justifiée par le fait de fonder le contrat, que par celui de donner naissance et de lui faire produire des effets²²¹.

134. Il faut rappeler que le contrat d'adhésion est fondé sur la base très solide de la confiance légitime en l'auteur de l'offre, qui détermine les conditions du contrat suite à sa position de force face à l'adhérent. Cependant, la domination professionnelle de l'auteur du contrat, par rapport à l'adhérent, ne remet pas en cause la volonté de ce dernier,

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Thèse, LGDJ, 1970, n° 301, p. 278.

²¹⁸ J. GHESTIN, I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Op. cit.*, n° 8, p. 6.

²¹⁹ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^{ème} éd., 2016, n° 34, p. 40.

²²⁰ M. RAYSSAC, *Op. cit.*, n° 79, p. 61.

²²¹ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Op. cit.*, n° 694, p. 498 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2016, p. 265.

ni son besoin de biens ou de services. Pour la Chambre de Commerce et de l'Industrie de Paris, dans un rapport du 8 avril 1976, l'abus « *peut se faire, dès lors que le rédacteur d'un contrat uniformément applicable à un grand nombre de cocontractants en profite pour insérer des clauses qui allègent ses propres obligations et alourdissent sans contrepartie celles de ses cocontractants* »²²².

135. La reconnaissance, par l'insertion du contrat d'adhésion dans le code civil, du fait qu'une seule partie rédige l'acte et que cette dernière soumet l'autre aux conditions générales rédigées unilatéralement, permet un contrôle des stipulations contractuelles dans l'intérêt du contractant qui n'a pas pu participer à la rédaction. Les clauses du contrat d'adhésion ne bénéficient plus du caractère intangible que leur aurait offert la libre négociation²²³.

136. Par conséquent, ce qui peut réellement atteindre la libre volonté de l'adhérent est l'abus de l'auteur du contrat pour faire basculer l'équilibre des relations contractuelles dans son intérêt, étant donné que les contrats d'adhésion ont une nature spécifique et différente de celle des contrats négociés. Désormais, les stipulations des contrats d'adhésion qui créeront un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties seront, en vertu du Code civil français, réputées non écrites²²⁴.

137. En droit koweïtien, l'article 80 du Code civil prévoit que « *rien n'interdit la conclusion d'un contrat dans lequel une des parties a fourni un consentement par adhésion à la volonté de l'autre partie...* ». Ceci rejoint le fait que le contrat d'adhésion en droit koweïtien obéit comme tous les autres contrats aux règles fixées à l'article 32 du Code civil koweïtien lequel dispose que « *le contrat est formé par le seul effet d'un échange concordant l'offre et l'acceptation dont l'objet et la cause sont licites, sans préjudices des dispositions légales exceptionnelles pour conclure les contrats spécifiques* ». Aussi bien en droit koweïtien qu'en droit français, l'accord de volonté suppose un

²²² Rapport C.C.I. sur les clauses abusives dans les contrats de consommation, p. 3, cité par J. GHESTIN, *Op. cit.*, n° 97, p.78 .

²²³ T. REVET, « Une philosophie générale ? in Réforme de droit des contrats : quelles innovations ? », *RDC*, 1 avril 2016, n° Hors-série, p. 5.

²²⁴*Ibid.*

échange de consentement, l'absence de négociation propre au contrat d'adhésion ne suffisant pas à retirer à ce dernier son caractère contractuel. En plus de cet échange de consentement, les parties au contrat d'adhésion doivent être capables juridiquement de contracter.

B. La capacité à contracter

138. L'échange de consentement ne suffit pas. Le contrat d'adhésion doit aussi satisfaire aux autres exigences qui s'attachent à la formation du contrat. Il s'agit en l'occurrence de l'exigence de la capacité pour un adhérent de s'engager. Dans les codes civils français et koweïtien, dans les articles 1145 pour le premier et 84 pour le second²²⁵, la capacité est la règle, et l'incapacité en constitue l'exception²²⁶. La capacité à s'engager est donc indispensable à la conclusion d'un contrat d'adhésion²²⁷.

139. En principe, l'adhérent est apte à s'engager sous réserve de ne pas être sous le coup d'incapacité lié à son âge, ou à l'altération de ses facultés, ou encore en raison de certaines condamnations lui enlevant sa capacité à contracter. L'intervention d'un tiers, lors de la conclusion d'un contrat d'adhésion, sous prétexte que le contractant est uniquement un adhérent, est quelque peu saugrenue. Or, le fait que le contractant soit un adhérent n'induit pas *ipso facto* son incapacité, et cela même si certains auteurs estiment que le consommateur est un incapable majeur aux vues de toutes les règles de protection qui entourent la conclusion d'un contrat par ce dernier²²⁸. Ces règles, cependant, permettent de rétablir un certain équilibre entre les contractants, et ne touche pas vraiment à la capacité. L'adhérent n'est pas considéré par la loi comme un incapable juste parce qu'il n'a pas négocié son contrat. Le contrat d'adhésion n'ouvre pas plus de droit que tout

²²⁵ L'article 84 du Code civil koweïtien dispose que « toute personne est capable de contracter à moins qu'elle ne soit déclarée totalement ou partiellement incapable en vertu de la loi ».

²²⁶ Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, LITEC, 10^{ème} éd., 2007, n° 86, p. 64.

²²⁷ Sur cette notion V. en droit français, C. RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2007, p. 77 et s ; en droit Koweïtien, I. ABUO ALLAIL, *La théorie de l'obligation, I. Les sources volontaires de l'obligation, Le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Koweït, Muassasat Dar Al Kutob, 2^{ème} éd., 1998, p. 350.

²²⁸ E. AGOSTINI, « De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice », *D.*, 1994, p. 235.

autre contrat. Le contrat se forme donc à partir d'un accord de volonté libre, mais le consentement n'oblige que si la volonté de ceux qui l'ont donné est exempte de vices²²⁹.

§ 2 : L'intégrité du consentement comme condition de l'accord de volonté

140. La théorie classique voit dans le contrat un échange de consentements parfaitement égaux qui, s'ils ne sont pas viciés, sont présumés valides²³⁰. L'article 1130 du Code civil français dispose que « *l'erreur, le dol et la violence vicie le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ». Le droit koweïtien contient également des règles relatives à ces trois vices du consentement. Si ces derniers sont établis suivant les conditions posées dans la loi, alors les effets qui vont en résulter seront les mêmes, qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion ou d'un autre contrat classique. Seulement dans le cadre du contrat d'adhésion, il est légitime de se poser la question de savoir si justement sa nature spécifique ne le rend pas plus exposé à ces vices du consentement²³¹. Il convient de répondre à cette question en examinant successivement l'erreur (A), la violence (B) et le dol (C).

A. L'erreur

141. L'erreur correspond à une fausse appréciation de la réalité, consistant à prendre pour vrai ce qui est faux ou pour faux ce qui est vrai²³². L'erreur constitue un vice du consentement aussi bien en droit français qu'en droit koweïtien. Cependant, toutes les erreurs ne sont pas considérées comme un vice de consentement²³³. On ne peut retenir

²²⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, n° 494, p. 239.

²³⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarque sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, n° 2, p. 573.

²³¹ A. ALSSADA, *Op. cit.*, n° 184, p. 349.

²³² J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Thèse, LGDJ, 1963, n° 1, p. 10.

²³³ « Il importe de trouver un juste équilibre entre l'impératif de protection des volontés individuelles (en acceptant que certaines erreurs regardées comme grave puissent justifier la nullité) et l'impératif de sécurité des transactions (en évitant que la moindre erreur commise par l'une des parties ne vienne remettre en cause le contrat conclu) v. B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2016, n° 105, p. 109.

l'erreur que lorsqu'elle est suffisamment grave. Ainsi, nous connaissons différentes sortes d'erreurs et elles doivent être marquées par certains caractères pour permettre de prononcer la nullité du contrat²³⁴.

142. En droit français, l'article 1132 du Code civil dispose que « *l'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant* ». L'erreur portant sur les qualités essentielles de la prestation sont celles sur lesquelles les parties se sont mises d'accord et en vertu desquelles les parties se sont engagées contractuellement. C'est ce que prévoit l'article 1133 alinéa 1.

143. Autrement dit, ces qualités sont celles qui étaient dans l'esprit des contractants lors de la conclusion du contrat, peu importe qu'elles correspondent à la substance de la chose objet de la prestation. Il faut qu'elles se situent dans le champ contractuel. En effet, la qualité affectée par l'erreur ne sera pas considérée essentielle lorsque le cocontractant n'était pas au courant ou était dans l'incapacité de connaître l'importance qu'elle revêtait pour la victime de l'erreur. Les circonstances de la conclusion du contrat sont susceptibles d'aider à déduire cette connaissance. Ce sera important pour prouver qu'il s'agit bien d'une qualité essentielle²³⁵.

144. L'erreur peut également porter sur une qualité essentielle du contractant. En effet, quand le contrat a été conclu en considération de la personne, il s'agit d'un élément fondamental du contrat²³⁶. Ainsi, l'article 1134 du Code civil dispose que « *l'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne* ».

145. En dehors du caractère déterminant de l'erreur, propre à tous les vices du consentement, l'erreur doit être excusable. En outre, on peut relever que l'erreur sur la

²³⁴ M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des obligations*, Larcier, 8^{ème} éd., 2017, n° 293, p. 176.

²³⁵ F. COHET, *Le contrat*, PUG, 2016, n° 121 et s, p. 64.

²³⁶ « *Il en est ...pour les contrats à titre gratuit (donation) ou certains contrats à titre onéreux dont la bonne exécution dépend souvent de la personnalité du contractant (contrat de travail, mandats rémunérés). Les qualités essentielles sont celles qui ont déterminé le consentement : honorabilité, expérience professionnelle...* » M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 296, p. 178.

valeur ne peut constituer un vice²³⁷. Ainsi, « *l'erreur sur la valeur, par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité* » en vertu de l'article 1136 du Code civil français. Toutefois, le déséquilibre économique du contrat peut porter sur les qualités essentielles de la prestation²³⁸.

146. Par exemple, pour les contrats « d'intérêt commun », tel que le contrat de franchise, les objectifs d'exploitation, concernant l'opération contractuelle, peuvent constituer un élément essentiel du contrat²³⁹. C'est ainsi que la Cour de cassation a censuré les juges du fond ayant estimé que le franchisé ne rapportait pas la preuve d'une erreur quant à la rentabilité du contrat qu'il avait souscrit²⁴⁰. Selon la Haute juridiction, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision en ne recherchant pas si les circonstances de l'affaire « *ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise* ». En effet, l'espoir de rentabilité en matière de franchise constitue une qualité essentielle de la prestation attendue, et l'erreur commise n'est pas une erreur sur la valeur de la prestation²⁴¹. Il est possible d'augurer que cette solution continuera de s'appliquer après la réforme²⁴².

147. Dans le contrat d'adhésion, l'erreur n'est reconnue que si l'offre est stipulée de sorte à conduire l'adhérent à commettre une erreur, ou à le confondre en ce qui concerne le contenu du contrat. Cependant, il n'est pas impossible que l'adhérent accepte des

²³⁷ F. COHET, *Le contrat, Op. cit.*, n° 127, p. 67.

²³⁸ F. COHET, *Le contrat, Op. cit.*, n°129, p.67 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2016, n° 505, p. 289. V. également : S. LEQUETTE, « Le champ contractuel. Réflexions à partir de la rentabilité économique », *RDC*, 1 mars 2016, n° 1, p. 135.

²³⁹ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations - perspectives*, Dalloz, 2016, n° 23.94, p. 67.

²⁴⁰ V. par exemple : Cass.com., 4 octobre 2011, n° 10-20956, ; D. 2011.3052, note N. DISSAUX ; *RDC*, 2012, p. 64, obs. Th. GENICON.

²⁴¹ F. COHET, *Le contrat, Op. cit.*, 2016, n° 129, p. 68; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, Op. cit.*, n° 505, p. 289.

²⁴² F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations - perspectives*, Op. cit., n° 23.94, p. 67.

clauses générales dont il n'a pas pris connaissance²⁴³. En outre, la plupart du temps, il appose sa signature sous une clause par laquelle il reconnaît avoir pris connaissance de l'ensemble des clauses et les accepter²⁴⁴.

148. En droit koweïtien, l'article 147 du Code civil dispose que « *si le contractant est victime d'une erreur, de sorte que sans celle-ci il n'aurait pas contracté, il peut demander la nullité du contrat, à moins que l'autre partie soit elle-même victime de cette erreur, ou bien qu'elle en ait eu connaissance de cette erreur mais que cette dernière soit inexcusable* ». Le droit koweïtien retient comme vice du consentement et donc comme cause de nullité l'erreur sur les qualités substantielles et l'erreur sur la personne²⁴⁵. L'erreur peut donc être, sous certaines conditions, source de nullité en matière de contrat d'adhésion. Peut-on en dire de même pour la violence ?

B. La violence

149. Les circonstances de la formation du consentement sont aussi étudiées de manière plus large, notamment en droit français, pour déceler l'existence possible de contraintes ou de violences²⁴⁶. Dans le cadre du contrat d'adhésion, la contrainte peut être de nature économique²⁴⁷. Cependant, il ne faut pas oublier de souligner que la liberté absolue de la volonté est difficile à déterminer en matière sociale et économique par le biais du droit

²⁴³ Surtout « *les contrats d'adhésion sont généralement des documents complexes, de lecture difficile et de compréhension ardue* » et « *la jurisprudence cite à l'appui de cette théorie de l'erreur* » pour protéger l'adhérent, v. G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *Op. cit.*, n°1 90 p.100.

²⁴⁴ « *Dans les contrats d'adhésion, de nos jours, il est souvent demandé aux adhérents « d'apposer avant leur signature la mention « lu et approuvé » (...). C'est montions manuscrites ont cette particularité d'être apposées pour inviter à la vigilance. En voulant sans cesse s'assurer que la signataire a pu prendre connaissance des dispositions litigieuses, qu'il les approuve délibérément, qu'il les a comprises et qu'il a pu vérifier l'étendue de son engagement...* ». Sur le rôle et valeur juridique de cette pratique dans les contrats, voir S. JACOPIN, « Les mentions contractuelles coutumières un droit imaginaire ? À propos des mentions manuscrites hors-la-loi », *JCP G*, n°3, 17 janvier 2001, p. 121.

²⁴⁵ I. ABOU ALLAIL, *La théorie de l'obligation, I. Les sources volontaires de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Koweït, Muassasat Dar Al Kutob, 2^{ème} éd., 1998, p. 364.

²⁴⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Op. cit.*, n° 1489, p. 1218.

²⁴⁷ « *Force est de constater que très souvent la violence, au sens générique du terme, a toujours une incidence économique. Il faut distinguer la violence économique par ricochet de la véritable violence économique, dont le but premier est économique* », in I. BEYNEIX, « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé », *LPA*, n° 170, 25 août 2006, p. 3, n° 8.

positif²⁴⁸. Pour que l'on puisse parler de violence économique, celle-ci doit se rattacher au vice du consentement, donc constituer une contrainte. Avant la réforme du droit des contrats, c'est l'avis de la Cour de cassation, dans un arrêt de la première chambre civile, où la notion de contrainte économique avait été utilisée, concernant la transaction entre un assuré et un assureur suite à l'incendie d'un immeuble, qui était utilisé. La Haute Cour estimait que « *la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a la violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à lésion* »²⁴⁹.

150. En revanche, selon Monsieur Szames, « *puisque la Cour entend assimiler contrainte économique et violence, elle admet donc que la première puisse être également illégitime. Or, il y a deux manières de comprendre cette illégitimité : soit, c'est l'état de dépendance économique en lui-même qui doit être regardé comme illégitime, soit, c'est son exploitation abusive. La première interprétation doit nécessairement être écartée car, elle contredirait toute la jurisprudence de la Cour de cassation, et elle reviendrait finalement à remettre en cause tous les contrats d'adhésion* »²⁵⁰.

151. La situation d'infériorité de l'adhérent est systématique dans les contrats d'adhésion. Il ne dispose d'aucun pouvoir, si ce n'est celui d'accepter ou de refuser les conditions d'un contrat sans pouvoir les modifier. Ainsi, la contrainte semble faire partie du contrat d'adhésion de par sa nature, car pour bénéficier des services ou des biens proposés au sein du contrat, l'adhérent est contraint de les accepter. Pour autant, cette contrainte ne peut être considérée comme un cas de violence, donc l'adhérent ne peut bénéficier d'une protection spécifique due au fait qu'il n'a pas négocié le contrat²⁵¹.

152. L'une des nouveautés remarquables de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 est celle de l'insertion dans le Code civil français d'un article 1143 selon lequel « *il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se*

²⁴⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, *Op. cit.*, n° 1489, p. 1218.

²⁴⁹ Cass. civ., 1^{ère}, 30 mai 2000, *Bull. civ.*, I, n° 169, p. 109.

²⁵⁰ S. SZAMES, « La violence économique : vice du consentement ? », *LPA*, 22 novembre 2000, n° 233, p. 18.

²⁵¹ M. RAYSSAC, *Op. cit.*, n° 86, p. 66 ; Des nombreux exemples que la Cour française avait reconnue l'existence d'une contrainte économique sans le condamner à cause de l'absence de ses caractères : Cass. civ., 3^{ème}, 22 mai 2012, n° 11-16.826, inédit ; Cass. com., 7 juillet 2009, n° 08-14.362, inédit ; Cass. com., 16 octobre 2007, n° 05-19.069, inédit.

trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif». Cet article autorise la reconnaissance de nombreux états de dépendance dont peut être victime le contractant²⁵². Toutefois, l'état de dépendance doit être combiné avec deux autres conditions. La partie doit avoir abusé de cet état de dépendance et bénéficié de ce fait d'un avantage manifestement excessif²⁵³ ; le législateur n'ayant fait que reprendre le contenu de la jurisprudence antérieure à la réforme²⁵⁴.

153. Ainsi par exemple, la Cour de cassation française a estimé que « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement »²⁵⁵. La contrainte économique peut constituer une forme de violence, s'il y a contrainte, lorsque l'on admet qu'elle puisse être le résultat de certaines circonstances. Il est également possible de caractériser le vice de consentement puisqu'on requiert que le contractant ait commis un abus en incitant à conclure un contrat déséquilibré. C'est également une manière de remettre en cause des contrats déséquilibrés²⁵⁶.

154. Le contractant en état de supériorité doit donc avoir profité de la détresse économique de son cocontractant, et de son impossibilité de négocier pour ainsi le contraindre à accepter un contrat profondément déséquilibré, duquel il obtient un avantage et un profit excessif. Il faut également que le contractant en position dominante ait créé une injustice contractuelle inadmissible du fait d'un déséquilibre excessif provoqué par la confiscation de l'intérêt du contrat à son avantage exclusif, et cela en abusant de l'inégalité contractuelle qui existait lors de la conclusion du contrat²⁵⁷.

²⁵² B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2016, n° 105, p. 109 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n° 378, p. 409. L'état de dépendance peut économique, capitalistique, juridique, technologique ou psychologique.

²⁵³ V. *infra* p.247 et s.

²⁵⁴ B. FAGES, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 105, p. 10m9 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 469, p. 270.

²⁵⁵ Cass. civ., 1^{ère}, 3 avril 2002, n° 00-12.932, *Bull. civ.*, I, n° 108, p. 84.

²⁵⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, 2016, n° 378, p. 410.

²⁵⁷ M. RAYSSAC, *Op. cit.*, n° 85, p. 65. Pour aller plus loin sur la protection de l'adhérent par la sanction de violence économique v. *infra* p.247 et s.

155. Le droit koweïtien, lui, ne tient pas compte de la contrainte économique comme constitutive d'une violence qui induirait un vice du consentement. La violence est constituée, pour le législateur koweïtien, si l'un des contractants s'est engagé sous la pression d'une crainte que lui aurait inspirée soit l'autre partie contractante soit un tiers, c'est ce que dispose l'article 157 du Code civil koweïtien. Des vices du consentement mentionnés, il ne reste plus qu'à examiner le dol.

C. Le dol

156. L'absence d'une erreur de la part de l'adhérent, n'exclut pas la reconnaissance d'un dol contre le stipulant, à certaines conditions. Le dol se définit comme une faute intentionnelle d'un contractant, il vise à altérer le consentement de l'autre contractant. Il s'agit donc d'une tromperie, d'une ruse ou d'une manœuvre qui va induire en erreur l'autre partenaire et le pousser à contracter²⁵⁸. En droit français, le dol « *est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* »²⁵⁹. En droit koweïtien, l'article 151 du Code civil dispose que « *le contrat peut être annulé pour dol, par le contractant qui en est victime, si son consentement a été donné en raison des manœuvres dolosives pratiquées par l'autre partie en vue d'obtenir son consentement et sans les lesquelles il ne se serait pas engagé* ». Ces manœuvres peuvent être révélées à travers un comportement positif, mais peuvent également consister en des omissions.

157. L'invocation du dol n'emporte toutefois pas la conviction de toute la doctrine. Dès lors, avant de s'engager, l'adhérent reçoit l'intégralité du contrat. Dans le contrat d'adhésion, il paraîtrait même exagéré, car non conforme à la réalité des choses, de prétendre que le consentement de l'adhérent ait été obtenu par des manœuvres dolosives du stipulant²⁶⁰. On peut relever à tout le moins que le consentement de l'adhérent ne pouvait être donné qu'en totalité, autrement dit, il a le choix entre accepter l'intégralité

²⁵⁸ J. CARBONNIER, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, PUF, 4ème éd., 2016, n° 957, p. 1992 ; J.-CL. *Notarial formulaire*, V° acte notarié, Fasc. 70, (consentement), par D. MONToux, n° 55.

²⁵⁹ Article 1137 du Code civil français.

²⁶⁰ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^e partie) », *Op. cit.*, n° 3, p. 1017.

des conditions du contrat et refuser de conclure le contrat. Dans cette hypothèse, le consentement était libre, seul son champ d'application était prédéterminé.

158. En droit français, avant la réforme du droit des contrats, il existait une jurisprudence importante sanctionnant le dol par réticence, qui correspondait au fait que l'un des contractant dissimule en toute conscience une information dont l'absence peut induire l'autre contractant, qui se trouve souvent être un adhérent, à ne pas s'engager valablement²⁶¹. Monsieur Berlioz insiste sur le fait que « *la jurisprudence considère que le dol est plus facilement présumé dans les contrats d'adhésion. Elle impose au stipulant un devoir de renseignement afin d'assurer la confiance* »²⁶².

159. En outre, les pratiques économiques légitiment pour certains que l'on puisse admettre un *bonus dolus* d'une importance plus ou moins grande²⁶³. Il faut que l'adhérent soit en mesure de faire confiance à l'offrant, sans avoir à s'inquiéter d'une tromperie destinée à lui extorquer son consentement²⁶⁴. Chaque partie étant en droit de s'attendre à une exécution de l'obligation de bonne foi, donc c'est le caractère déloyal d'un des contractants qui est sanctionné dans le cas du droit français. Ainsi, « *l'extension prônée de la notion de dol se trouve fondée sur la nécessité de protéger davantage encore la volonté en sanctionnant ces hypothèses ... prévues dans la théorie classique de vice de consentement et dans lesquelles des atteintes peuvent en fait être portées à la liberté du consentement sans entraîner de conséquences sur la validité de l'acte* »²⁶⁵.

160. Le droit français, après la réforme issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, a consacré la réticence dolosive dans le deuxième alinéa de l'article 1137 du Code civil. Cet article dispose que « *constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour*

²⁶¹ Cass. civ., 3^{ème}, 29 novembre 2000 ; *AJDI*, 2001, p. 1020, obs. F. CHOET-CORDEY. Cass. com., 28 mai 2002, *Bull. Joly*, 2002, p. 1039, obs. J. DEVEZE.

²⁶² G. BERLIOZ, *Op. cit.*, n° 197, p. 103.

²⁶³ M. RAYSSAC, *Op. cit.*, n° 88, p. 68.

²⁶⁴ G. BERLIOZ, *Op. cit.*, n° 197, p. 103.

²⁶⁵ F. MAGNIN, « Réflexion critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation », *JCP G.*, 1976, I, 2780, n° 41.

l'autre partie »²⁶⁶. Donc même si l'invocation du dol dans le cadre d'un contrat d'adhésion peut ne pas être adéquate, puisque la preuve des manœuvres dolosives peut s'avérer plus difficile dans le cas du contrat d'adhésion, la réticence dolosive peut être sanctionnée sur le terrain de cet article, qui permet également de protéger l'adhérent²⁶⁷.

161. En droit koweïtien, il s'agit, selon les termes de l'article 152, d'une tromperie ayant pour but de conduire l'autre contractant à s'engager, par la dissimulation ou le silence sur des informations sur les faits et les modalités du contrat. Selon les termes de cet article, l'acte de dissimuler ou d'omettre de mentionner des informations sur le contrat, au-delà d'une atteinte au consentement, constitue une violation de l'obligation fondamentale d'honnêteté requise par le droit, ainsi qu'une violation de la nature contractuelle de la relation, et de la bonne foi qui en constitue une base, que la partie victime était légitimement en mesure d'attendre du stipulant²⁶⁸.

162. Ainsi le droit koweïtien a élargi le cadre du dol en prenant en compte la bonne foi et la confiance qui doivent présider dans les relations contractuelles, telle que le pose l'article 152 du Code civil koweïtien. Il reste désormais à examiner ce que les droits français et koweïtien prévoient au regard de la cause et de l'objet du contrat qui permettent la concrétisation du contenu contractuel.

§ 3 : La concrétisation du contenu contractuel dans le contrat d'adhésion

163. Lorsque les parties s'engagent à un contrat d'adhésion, c'est dans le but d'obtenir une contrepartie. Cette contrepartie peut constituer l'objet et la cause du contrat, lesquels permettent, lorsqu'ils sont précisés, de concrétiser le contenu contractuel. En droit français, depuis la réforme du 10 février 2016, le législateur ne fait plus expressément référence aux notions de cause et d'objet dans l'article 1128 du Code civil. La notion de

²⁶⁶ « *Les dispositions de l'ordonnance relativement au dol ont principalement pour objet de mettre à jour le Code civil : consécration de la réticence dolosive ; prise en compte du dol émanant du représentant ou d'un tiers complice ; caractère excusable de l'erreur provoquée par un dol ; admission de l'erreur sur la valeur ou sur un simple motif quand elle résulte d'un dol* », in G. LOISEAU, « Les vices du consentement », CCC, n° 5, mai 2016, dossier 3.

²⁶⁷ Cf. sur la sanction de réticence dolosive v. *infra* p.112.

contenu contractuel licite et certain s'est substituée à celles d'objet certain et de cause licite dans l'obligation²⁶⁹.

164. Les débats doctrinaux sur les notions d'objet et de cause sont-ils encore utiles ? Monsieur Chabas estimait que, « *la création de l'obligation n'est pas l'objet mais l'effet du contrat. L'objet du contrat est l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser. Cette opération est distincte des prestations promises, qui sont l'objet des obligations* »²⁷⁰. Par ailleurs, la cause du contrat rencontre l'objet du contrat. La cause pouvant s'entendre dans une autre acception comme l'intérêt contractuel. C'est-à-dire que l'adhérent n'aurait pas conclu le contrat s'il ne s'attendait pas à ce que soit réalisé une opération juridique. Cette opération juridique est constitutive de l'objet du contrat. Ainsi, l'objet et la cause se rencontrent, en cela que l'intérêt à s'engager réside dans la réalisation de cette opération juridique²⁷¹.

165. L'ancien article 1108 du Code civil français exigeait, pour la validité du contrat, une cause licite, et selon l'ancien article 1131 du même Code « *l'obligation sans cause ou sur une fausse, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ». Sur la base de ces dispositions, le contrat ou son obligation caractéristique est inefficace, s'il n'existe pas de cause ou si la cause est illicite²⁷². Toutefois, le Code civil français n'a pas donné une définition de la notion de cause²⁷³.

166. Deux solutions sont proposées dans une synthèse, à laquelle est parvenu après des années de réflexions le doyen Maury. La première consiste à considérer l'existence de la cause, auquel cas cette dernière s'appréciera de façon objective à la lumière de la contrepartie dans les contrats synallagmatiques. La seconde consiste en une appréciation de la licéité de la cause et dans ce cas il faut que l'appréciation soit subjective, la cause

²⁶⁹ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le contenu du contrat : Le renouvellement de l'objet et de la cause », in V. LARRIBAU-TERNEYRE, S. PELLE, (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, Acte du colloque, 20 mai 2016, PUPPA, p.101.

²⁷⁰ H et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Op. cit.*, n° 231-232.

²⁷¹ M. RAYSSAC, *Op. cit.*, n° 91, p. 670.

²⁷² V. D. DO, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, Thèse, PUAM, 2004, n° 116, p. 87.

²⁷³ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Op. cit.*, n° 253, p. 245 ; il est même « une notion difficile à cerner », A. BÉNABENT, *Op. cit.*, n° 78, p. 143.

illicite pouvant correspondre au motif qui présente la même qualité. Cette distinction est celle qui est retenue par la Cour de cassation française²⁷⁴.

167. Dans le cadre des contrats d'adhésion, les obligations d'une partie constituent la cause des obligations de l'autre. Les motifs déterminants ne sont, le plus souvent, pas frappés par l'illicéité. Ainsi le déséquilibre entre ces obligations n'a pas pour conséquence la nullité du contrat²⁷⁵. Il faut souligner que la notion de cause est utilisée de façon assez souple, au service de la recherche d'un équilibre contractuel plus équitable. La jurisprudence par exemple emploie beaucoup cette notion de cause, en la faisant correspondre à un équivalent, afin d'encourager l'équilibre au sein du contrat. Ainsi, pour juger favorablement de l'existence de la cause, il faut que le contrat soit conforme à l'équilibre contractuel voulu par les parties²⁷⁶.

168. Monsieur Testu, en invoquant la théorie de la cause en matière de contrat d'adhésion, écrit : « *le contrat...même admis en bloc par le destinataire de l'offre, doit convenir à celui-ci dans une mesure suffisante. Il ne s'agit pas d'assurer à l'une des parties un avantage sans contrepartie et qui n'a d'autre justification qu'un rapport de force inégalitaire* »²⁷⁷. Il s'agit de reconnaître donc au contrat une utilité réciproque pour les deux contractants, et cette utilité pourrait être soumise aux tribunaux²⁷⁸.

169. Le Code civil français ne se réfère plus formellement à la notion de cause. Il faut néanmoins relever que les fonctions afférentes à la cause, par le prisme du contrôle de son existence ou de sa licéité, sont reprises par des règles qui en parlent directement, sans pour autant les nommer, lesquelles figurent dans les articles 1162 et suivants du Code civil. Les solutions qui vont être retenues seront au minimum les mêmes qu'avant la

²⁷⁴ X. LAGARDE, « L'objet et la cause du contrat, entre actualités et principes », *LPA*, 06 avril 2007, n° 70, p. 6 ; Cass. civ., 1^{ère}, 12 juillet 1989, n° 88-11.443, *Bull. civ.*, I, n° 293, p. 194. Pour aller plus loin dans la notion de cause, voir : J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Thèse, LGDJ, 1999 ; A. BÉNABENT, *Op. cit.*, p. 140.

²⁷⁵ M. RAYSSAC, *Op. cit.*, n° 91, p. 670.

²⁷⁶ D. GUÉRIN-SEYSEN, « Libres propos sur l'instrumentalisation et la pérennité de la notion de cause », *LPA*, 19 septembre 2011, n° 186, p. 8.

²⁷⁷ F.-X. TESTU, *Op. cit.*, n° 17, p. 3673.

²⁷⁸ J. ROCHFELD, V° cause, Ar.3- Caus objective ou cause subjective, *Rép.civ.*, Dalloz, 2014, n° 14.

réforme²⁷⁹. Ainsi, par exemple, selon l'article 1162, « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Le texte précise donc qu'aucune atteinte ne peut être portée, l'ignorance du but du contrat ne suffisant pas à lever l'interdiction.

170. L'article 1169 prévoit aussi que « *le 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* ». Cela rend possible l'annulation des contrats où l'obligation de l'une des parties est prévue sans contrepartie ou bénéficie d'une contrepartie tellement dérisoire qu'elle sera considérée comme inexistante²⁸⁰. Cet article reprend à peu de chose près le contenu de l'ancien 1131 pour les contrats à titre onéreux. En retirant tout effet à un contrat sans cause, cette dernière serait absente lorsque la contrepartie prévue est illusoire ou dérisoire. La notion de cause réapparaît par le biais de celle de contrepartie²⁸¹.

171. Ces deux articles continuent de conférer une place importante à la cause et permettent même de mettre fin à la controverse opposant les tenants de la cause objective ou subjective. La première est admise par le biais de la contrepartie ; et la seconde par celui du but du contrat. Il est même possible de dire que de nouvelles fonctions de la cause ont été introduites dans les textes. Il en va ainsi pour la jurisprudence relative aux clauses portant atteinte à l'obligation essentielle du contrat, qui avait pour fondement la cause²⁸².

172. Le contrat doit avoir un contenu licite certes, mais il est nécessaire que ce dernier soit certain. Il faut ainsi contrôler l'existence effective et la consistance de l'objet. Chacun doit pouvoir tirer profit du contrat²⁸³. Ces conditions vont permettre de s'assurer de la conformité de l'objet, non seulement à l'intérêt des parties mais aussi à l'intérêt général.

²⁷⁹ O. DESHAYES, La formation des contrats, in *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? RDC*, n° Hors-série, 16 février 2016, p.21.

²⁸⁰ O. DESHAYES, « La formation des contrats », in *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, (Paris, 16 février 2016), *RDC*, n° Hors-série, p. 21.

²⁸¹ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, Editions Francis LEFEBRE, 2016, n° 417, p. 134.

²⁸² O. DESHAYES, « La formation des contrats », *Op. cit.*, p. 21.

²⁸³ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le contenu du contrat : Le renouvellement de l'objet et de la cause », *Op. cit.*, p. 101.

L'article 1163 du Code civil français a explicitement trait à l'objet, plus particulièrement à la prestation due²⁸⁴. Il matérialise les objectifs de l'article 1101 en précisant la nature de l'obligation que le contrat créé, mais aussi le contenu certain du contrat, dont l'article 1128 confirme comme condition de validité, par ce caractère qui doit imprégner l'obligation.

173. C'est uniquement par son intermédiaire que l'on va découvrir dans le contenu du contrat des obligations qui, en tant que telles, doivent avoir un « objet », qui correspond à l'existence d'une « prestation » répondant aux exigences de l'article 1163²⁸⁵. La référence directe à l'objet dans l'article 1163 du Code civil français n'a pas été abandonnée. Elle bénéficie même d'une définition claire dans le nouveau code puisque l'objet de l'obligation est une prestation présente ou future, autrement dit une prestation promise²⁸⁶. Elle ne doit pas être caractérisée présentement pour pouvoir conclure un contrat la concernant²⁸⁷.

174. La validité de cet objet, et donc du contrat, nécessite la réunion de plusieurs conditions. L'objet donc la prestation « *doit être possible et déterminé ou déterminable et licite* »²⁸⁸. Il va de soi que la nullité du contrat ne peut émaner que du seul fait absolument impossible pour toutes les personnes concernées ; a contrario, l'impossibilité relative, c'est-à-dire celle qui dépasse les seuls pouvoirs du débiteur, ne rend pas nul le contrat. Elle peut juste avoir des effets sur le terrain de la responsabilité contractuelle ou

²⁸⁴ Ph. SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016, n° 37, p. 23.

²⁸⁵ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, Editions Francis LEFEBRE, 2016, n° 401, p. 128.

²⁸⁶ La rédaction du nouvel article 1163 du Code civil français présente un intérêt en ce qu'il permet de « couper court aux interrogations que la rédaction des anciens textes avait soulevées sur le point de savoir si l'objet à prendre en compte était celui de l'obligation ou celui du contrat », B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 6^{ème} éd, 2016, n° 151, p. 143. En effet, antérieurement à la réforme « le Code français succédent la référence à « l'objet du contrat » dans l'article 1126 à 1128 et a « l'objet de l'obligation » dans l'article 1129-1130, la formule « objet du contrat » est relativement usitée en doctrine. Les auteurs l'utilisent pour désigner, tantôt, l'opération contractuelle réalisée, envisagée dans son but, afin d'en apprécier la licéité, tantôt, l'obligation principale à laquelle il donne naissance, ce qui permet la classification des contrats spéciaux », J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Op. cit.*, n° 234, p. 225. En droit koweïtien d'ailleurs la formule du Code civil est claire : art. 167, « L'objet d'obligation ».

²⁸⁷ T. DOUVILLE, (dir.), *La réforme du Droits des contrats. Commentaire article par article. Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Gualino, 2016, p.128.

²⁸⁸ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats, Op. cit.*, n° 373, p. 208.

de la résolution, autrement dit par la sanction de l'inexécution de l'obligation²⁸⁹. La prestation doit aussi être déterminée ou au moins « *objectivement* » déterminable²⁹⁰.

175. À cet égard, le dernier alinéa de l'article 1163 donne des éléments permettant de préciser le caractère déterminable de l'obligation dans trois hypothèses. Cet alinéa dispose que « *la prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ». Ces critères de rattachement sont tout à fait logiques, ils permettent à eux seuls de conclure au caractère déterminable de la prestation²⁹¹.

176. Il faut encore préciser que l'article 1163 n'est pas explicite sur les obligations dont l'objet doit être certain pour rendre le contrat valide. Le caractère certain devrait pourtant être présent pour toutes les obligations créées par le contrat. L'obligation ne peut toutefois être que celle dont « *l'objet est constitué par la prestation essentielle caractéristique du contrat* »²⁹². Il semble que dans le contenu contractuel, une obligation se démarque des autres. Il s'agit de celle sans laquelle le contrat n'existerait pas. Il s'agit somme toute de celle qui permet de qualifier le contrat et de conditionner son régime. C'est la seule qui ne doit pas manquer dans le contenu du contrat pour qu'il soit « certain »²⁹³.

177. En définitive, si la cause et l'objet ne figurent explicitement plus dans le Code civil français, il n'en demeure pas moins, que « *la notion de contenu, certain et licite, ainsi érigée en condition de validité, ne serait qu'un substitut aux notions d'objet et de cause* »²⁹⁴. L'objet subsisterait-il sans la cause ? La conclusion serait hâtive puisque la notion d'objet telle que prévue dans l'article 1163, ne permettrait de contrôler la licéité

²⁸⁹ B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2016, n° 177, p. 163.

²⁹⁰ Ph. SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, *Op. cit.*, n° 37, p. 24. Voir à titre des exemples de l'objet indéterminé : Cass. civ., 3^{ème}, 7 juillet 1997, n° 96-11142, *Bull. civ.*, III, n° 172 ; *Defrenois*, 1997, p. 1346, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cass. civ., 3^{ème}, 7 janvier 2016, n° 14-19125 ; *RTD civ.*, 2016, 98, obs. H. BARBIER.

²⁹¹ T. DOUVILLE, (dir.), *La réforme du Droits des contrats. Commentaire article par article. Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *Op. cit.*, p.129.

²⁹² B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, *Op. cit.*, n° 401-1, p. 128.

²⁹³ *Ibid.*, n° 303, p. 92.

²⁹⁴ M. POUMARÈDE, « Le contenu du contrat », *RDI*, 20 juin 2016, n° 6, p. 331.

du contrat et celui de l'équilibre contractuel. L'article 1162 suffit à lui seul à rejeter l'éventuel abandon de la cause du contrat en ce qui concerne sa licéité. Les dispositions suivantes ne peuvent se limiter en outre à vérifier les différentes obligations nées du contrat au prisme de la prestation promise²⁹⁵.

178. Il serait excessif de parler de rupture. Il faudrait néanmoins entrevoir une évolution positive visant à favoriser l'équilibre contractuel par le biais de certains procédés²⁹⁶, sous le contrôle du juge²⁹⁷. Le contrat d'adhésion constitue un terrain d'élection de ces procédés. L'entrée du contrat d'adhésion dans le Code civil français permet de confirmer que les conditions de validité du contrat lui sont applicables.

179. En droit koweïtien, l'article 32 du Code civil dispose que « *le contrat est formé par le seul effet d'un échange concordant entre l'offre et l'acceptation dont l'objet et la cause sont licites* ». Au même titre que le droit français, le législateur koweïtien requiert, pour la validité du contrat, que l'objet et la cause soient licites. Pour être plus précis, le droit koweïtien correspond aujourd'hui à l'état du droit positif français avant la réforme de 2016. Concernant l'objet, le Code civil koweïtien prévoit que « *l'objet de l'obligation ... doit être possible* »²⁹⁸, présente ou future²⁹⁹, déterminée ou déterminable³⁰⁰. Ces articles reprennent les différents éléments de l'article 1163 du Code civil français.

180. S'agissant de la cause du contrat en droit koweïtien, le Code civil dispose dans le premier alinéa de l'article 176 que « *le contrat est annulé, si le contractant s'est engagé sans cause ou pour une cause illicite* ». Le Code civil koweïtien pose donc deux conditions, à savoir l'existence et la licéité de la cause. Concernant l'existence de la cause, elle s'appréciera de façon objective à la lumière de la contrepartie dans les contrats synallagmatiques. L'appréciation de la licéité de la cause est subjective. La cause illicite correspond, en droit koweïtien, au motif qui présente la même qualité selon l'alinéa 2 de

²⁹⁵ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le contenu du contrat : Le renouvellement de l'objet et de la cause », *Op. cit.*, p.102.

²⁹⁶ Ainsi par exemple : le « *réputé non écrit* », le contrôle de l'abus.

²⁹⁷ M. POUMARÈDE, « Le contenu du contrat », *Op. cit.*, ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le contenu du contrat : Le renouvellement de l'objet et de la cause », *Op. cit.*, p.103.

²⁹⁸ L'article 167 du Code civil koweïtien.

²⁹⁹ L'article 168 du Code civil koweïtien.

³⁰⁰ L'article 171 du Code civil koweïtien.

l'article 176 du Code civil. Les règles propres à l'objet et à la cause sont évidemment applicables au contrat d'adhésion, pour les mêmes raisons qu'en droit français, puisque ce contrat fait également l'objet d'une disposition dans le Code civil koweïtien³⁰¹.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

181. En conclusion, ce qu'il faut retenir, c'est le principe selon lequel le contrat d'adhésion a bien une nature contractuelle en dépit de la situation inégalitaire des parties à ce contrat et du caractère unilatéral de la détermination du contenu contractuel. Cette conclusion se justifie d'abord par le résultat de la controverse doctrinale sur la nature juridique du contrat d'adhésion. Logiquement, c'est la conception contractuelle qui a été retenue par la consécration dans le Code civil de la définition du contrat d'adhésion dans son nouvel article 1110. Le droit koweïtien retient également la conception contractuelle de l'adhésion.

182. Cette conclusion se justifie également par la compatibilité du contrat d'adhésion aux règles de formation du contrat figurant dans le Code civil, que ce soit avant ou après la réforme du 10 février 2016. Le contrat d'adhésion, pas moins que les autres contrats, doivent répondre aux exigences propres à la validité du contrat aussi bien en droit français qu'en droit koweïtien. En effet, il doit être le fruit d'un accord de volonté et conclu par un adhérent capable. Le contrat d'adhésion doit également être exempt de vice et avoir un contenu certain et licite. Toutes ces raisons nous autorisent à retenir la conception contractuelle du contrat d'adhésion.

CHAPITRE II :

La particularité de l'acte d'adhésion

183. « *Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager* »³⁰². C'est ainsi qu'est rédigé l'article 1113 du Code civil français dans son premier alinéa. Le contrat se forme donc par la rencontre d'une offre et d'une acceptation. En droit koweïtien, c'est l'article 32 du Code civil koweïtien qui pose cette règle. Ce dernier dispose que « *le contrat est formé par le seul effet d'un échange concordant l'offre et l'acceptation dont l'objet et la cause sont licites, sans préjudices des dispositions légales exceptionnelles pour conclure les contrats spécifiques* »³⁰³.

184. La rencontre de l'offre et de l'acceptation présente une forme de complexité en cela qu'il est difficile de parler d'offre sans parler d'acceptation et réciproquement de parler d'acceptation sans évoquer l'offre. Plus précisément, l'acceptation est beaucoup plus dépendante de l'offre que cette dernière de l'acceptation. Cela est encore plus marqué pour le contrat d'adhésion. L'acceptation dans le contrat d'adhésion, autrement dit l'adhésion, a cette particularité de tendre vers un acte de soumission à une offre préexistante. C'est la rédaction unilatérale et l'absence de négociations, inhérentes au contrat d'adhésion, qui nous autorise à parler de soumission³⁰⁴. L'objectif des prochains développements est donc d'examiner en quoi l'acte d'adhésion est particulier. Il convient donc de traiter de la préexistence de l'offre d'adhésion (Section 1) avant d'étudier l'acceptation par la soumission à l'offre d'adhésion (Section 2).

³⁰² Art 1113, Al. 1^{er}, Code civil français.

³⁰³ Art. 32, Code civil Koweïtien.

³⁰⁴ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Op. cit., p.30.

SECTION I :

La préexistence de l'offre d'adhésion

185. La formation du contrat suppose l'acceptation d'une offre préexistante. L'offre d'adhésion ne correspond pas en tout point à l'offre au sens classique du terme. C'est la raison pour laquelle il serait judicieux de démontrer en quoi l'offre d'adhésion diffère de l'offre classique ou encore de montrer quelle est la spécificité de la première. Pour ce faire, il convient de les distinguer en examinant d'une part les éléments constitutifs de l'offre, autrement dit sa substance (§ 1), et d'autre part ses caractères ou encore son extériorisation (§ 2).

§ 1 : La spécificité de la substance de l'offre d'adhésion

186. En droit français « *L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. À défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation* »³⁰⁵. Tandis qu'en droit koweïtien « *l'offre est une proposition qui exprime l'intention de l'offrant de conclure le contrat dès l'acceptation. Il doit comprendre au minimum la nature du contrat qui va être conclu et ses conditions essentielles* »³⁰⁶. Une offre est avant tout une proposition de contracter, autrement dit, l'expression d'une volonté rendant possible la conclusion d'un contrat³⁰⁷. Il est généralement reconnu que cette volonté est exprimée dans le but de conclure un contrat à des conditions précises et fermes. L'article 1114 du Code civil précise qu'à défaut de fermeté et de précision, « *il y a seulement invitation à entrer en négociation* ». Ces exigences se justifient par le fait que le contrat se formera de la seule acceptation³⁰⁸. D'une part, elle doit indiquer le contenu du contrat envisagé par l'offrant ; c'est-à-dire que l'offre doit être précise (A).

³⁰⁵ Article 1114 de Code civil français.

³⁰⁶ Article 39 de Code civil koweïtien.

³⁰⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, PUF, 4^{ème} éd., 2016, n° 257, p. 294 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2016, n° 76, p. 87.

³⁰⁸ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Thèse, LGDJ, 1994, n° 152, p. 107.

D'autre part, l'offre doit exprimer la volonté de son auteur de conclure le contrat qu'il propose ; l'offre doit en effet être ferme (B).

A. La précision de l'offre

187. L'offre doit être précise en ce sens qu'elle doit décrire le contrat envisagé, c'est-à-dire en préciser ses éléments essentiels³⁰⁹. La précision de l'offre équivaut à requérir leur indication dans le contrat projeté³¹⁰. Les éléments essentiels seraient « *ceux qui impriment à un contrat sa coloration propre et en l'absence desquels ce dernier ne pourrait être caractérisé* »³¹¹. On désigne habituellement sous l'appellation « *conditions essentielles* » du contrat ceux de ses éléments en l'absence desquels il serait impossible de savoir quelle sorte de convention a été conclue³¹². Les éléments essentiels sont « *les éléments centraux* » spécifiques qui définissent l'opération juridique et économique que les parties veulent entreprendre³¹³.

188. Pour être juridiquement considérée comme une offre, et donc entraîner la formation du contrat projeté par sa rencontre avec l'acceptation, la proposition de contracter doit être suffisamment précise. La Cour de cassation française censure pour manque de base légale, une Cour d'appel, qui au regard d'une « *demande d'information sur les intentions de la société quant au renouvellement du contrat, n'établit pas en quoi les parties étaient d'accord sur les éléments essentiels du contrat à renouveler* »³¹⁴. L'absence d'accord sur les éléments essentiels du contrat ne confère pas à l'offre la précision requise.

³⁰⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, p. 122 ; Y. DAGORNE-LABBE, *La formation du contrat*, Ellipses, 2001, n° 50, p. 26 ; B. FAGES, *Droit des obligations, Op. cit.*, n° 77, p. 88.

³¹⁰ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, la formation du contrat, Op. cit.*, n° 844, p. 619.

³¹¹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, n° 109, p. 122.

³¹² J.- L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Thèse, LGDJ, 1970, n° 53, p. 59.

³¹³ Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse, Université Aix-Marseille III, 1981, p. 198.

³¹⁴ Cass. civ., 1^{ère}, 24 novembre 1998, n° 95-21.074 ; *RTD civ.*, 1999, p. 398, obs. Mestre.

189. Par contre, la Cour d'appel de Versailles juge qu'une lettre « *dès lors qu'elle est personnelle, précisément chiffrée, détaillée et formulée pour une année déterminée, constitue une pollicitation ayant valeur contractuelle dès l'instant où le client a confié son avion à l'entreprise qui l'a accepté* »³¹⁵. Les magistrats Versaillais retiennent en l'espèce pour relever la valeur contractuelle de la pollicitation et, par là même la précision de l'offre, le caractère *personnel, précisément chiffrée, détaillée* de la lettre constituant l'offre de contracter.

190. La proposition d'achat d'une certaine superficie de terrain dont la nature et l'emplacement ne sont pas précises ne constitue pas une offre³¹⁶. Ne constitue pas davantage une offre de promesse unilatérale de vente une proposition ne prévoyant aucune indication sur le prix³¹⁷. Il en va de même pour une offre de renouvellement de bail dont la proposition ne contient aucune indication sur le montant du loyer éventuel ou sur les indices permettant de le fixer. En matière de bail toujours, la Cour de cassation a considéré que « *la précision tenant à la date de la prise d'effet du bail n'était pas un élément essentiel à la convention et que son absence ne pouvait empêcher la rencontre des consentements d'être intervenue* »³¹⁸.

191. En outre, il est nécessaire que dans l'offre, soit fait mention de tout ce qui fait la spécificité du modèle de contrat choisi³¹⁹. Il est en effet très difficile pour les cocontractants de tout prévoir quant à leur relation contractuelle future, toutes les hypothèses qui pourront se présenter par la suite. Cet état de fait a unanimement été reçu par la doctrine française³²⁰. Cela est aussi confirmé par l'article 1114 du Code civil français selon lequel « *l'offre... comprend les éléments essentiels du contrat envisagé ...* ». La doctrine et loi font mention des éléments essentiels en laissant implicitement aux parties le soin de modifier le contenu initial ou d'ajouter d'autres éléments si cela est

³¹⁵ C.A. Versailles., 3^{ème}, 16 juin 2000, *D*, 2000. IR. p. 249.

³¹⁶ C.A. Aix-en-Provence, 1^{ère}, 7 novembre 1990, *Juris-Data*, n° 1990-048953.

³¹⁷ C.A. Paris., 29 janvier 1996 ; *Defrénois*, 1996, n° 144, p. 1360, obs. D. MAZEAUD.

³¹⁸ Cass. civ., 3^{ème}, 28 octobre 2009, n° 08-20.224, *Bull. civ.*, 2009, III, n° 237; *JCP G*, 2009, n° 51, 574, n° 7, obs. G. LOISEAU.

³¹⁹ J.-L. AUBERT, *Op. cit.*, n° 53, p. 59.

³²⁰ J.-Y. CHOLEY, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 1974, p. 59.

utile. La loi soutient aussi les parties en rendant disponibles des règles qui visent à compléter le contenu du contrat³²¹.

192. Si cet article inclut les éléments essentiels dans la refonte du Code civil français, à ce jour, seules la doctrine et la jurisprudence donnent des indications sur ceux-ci. Ils constituent un prérequis, mais ils ne sont toujours pas définis dans la loi. Avec l'ordonnance du 10 février 2016, on peut retrouver ce concept dans la définition de l'offre de contracter de l'article 1114 du Code civil et dans celle de la caducité du contrat de l'article 1186 du même Code. Il va certainement occuper une place plus importante que dans le droit antérieur. Même s'ils ne sont pas définis, ils peuvent être identifiés objectivement par une recherche par type de contrat, ainsi par exemple on retiendra la chose et le prix pour la vente³²².

193. Leur identification sera ici tributaire de la qualification contractuelle, partant du principe que le caractère essentiel d'un élément pour une qualification pourra devenir accessoire dans une autre³²³. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que les contractants, de manière subjective, puissent considérer un élément qui est le plus souvent accessoire comme essentiel. Il en va ainsi lorsque l'on conditionne la formation du contrat à l'accomplissement d'une formalité ou au paiement immédiat du prix³²⁴.

194. En droit koweïtien, il est directement fait mention de la notion de précision. L'article 39 alinéa 2 du Code civil koweïtien prévoit en effet que « *l'offre doit comprendre au minimum la nature du contrat qui va être conclu et ses conditions essentielles* ». Il faut que par la pollicitation, le cocontractant puisse connaître précisément les éléments essentiels du contrat³²⁵. Si les éléments essentiels ne figurent pas dans l'offre, on est en présence d'une invitation à entrer en pourparlers³²⁶. En matière

³²¹ *Ibid.*

³²² D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, p. 85.

³²³ B. FAGES, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 73, p. 85.

³²⁴ *Ibid.*, p.86 ; D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, p. 85.

³²⁵ A. HIJAZY, *La théorie générale de l'obligation du droit koweïtien : Étude comparative. Vol.1 : les sources de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté*, Presse de l'Université du Koweït, 1982, p. 599.

³²⁶ C.A. kw., 28 décembre 2008, n° 934.

de contrat d'adhésion, le droit koweïtien exige que le contrat porte sur des biens ou de services nécessaires et indispensables³²⁷.

195. À tout le moins, ce sont donc les éléments essentiels du contrat qui doivent être ainsi déterminés. Il est possible d'en trouver d'autres qui, malgré leur caractère accessoire, requièrent l'accord du destinataire de l'offre dans le but de leur intégration au contenu obligatoire de l'acte. L'offre de contrat d'adhésion est concernée³²⁸. Or le contrat d'adhésion soulève les plus souvent des problèmes quant aux clauses accessoires.

196. Le contrat d'adhésion doit prendre la mesure de cette difficulté. Il est évident que l'offre de contrat d'adhésion ne peut se borner à prévoir les éléments essentiels du contrat. Une telle offre doit effectivement être plus précise en raison de sa spécificité mais aussi pour assurer la protection de l'adhérent. Il faut distinguer selon que l'absence de précision de certains éléments est dangereuse ou non pour l'adhérent³²⁹.

197. La dangerosité de l'adhésion pourra résider dans le complément de l'offre par celui qui rédige unilatéralement le contrat, c'est-à-dire, l'offrant au contrat d'adhésion. Le complément par le jeu de dispositions légales ne peut a priori être dangereux. Par contre, il faut absolument que les clauses élaborées unilatéralement par l'offrant figurent dans le contrat lors de sa conclusion³³⁰. En définitive, lorsque l'offrant ou le pollicitant s'est efforcé de préciser complètement le régime auquel il entend que le contrat soit soumis, il va de soi que la survenance d'une acceptation valable rend directement applicable l'ensemble de la réglementation prévue. Cela est vrai dans le cas d'un contrat ordinaire ; ça l'est tout autant d'un contrat d'adhésion³³¹. Il faut donc que l'offre soit complète, et, en plus de sa précision, il faut remplir la condition de fermeté (B).

³²⁷ Cass. com., kw., 21 mars 2006, n° 1072/1 ; Cass. civ. kw., 3^{ème}, 28 novembre 2012, n° 649/3.

³²⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Op. cit.*, n° 844, p. 619.

³²⁹ J.-Y. CHOLEY, *Op. cit.*, p. 62.

³³⁰ *Ibid.*, p. 72.

³³¹ J.-L. AUBERT, *Op. cit.*, p. 327.

B. La fermeté de l'offre

198. Une proposition de contracter n'est valable juridiquement et ne constitue une offre que si elle est suffisamment ferme, c'est-à-dire qu'elle doit manifester la volonté ferme de son auteur de conclure le contrat qu'il propose³³². Une proposition est ferme lorsque son auteur avait l'intention d'être engagé par sa proposition et donc d'être lié en cas d'acceptation³³³. L'expression de la « *volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* » est retenue dans le nouvel article 1114 du Code civil français. On a pu considérer, en doctrine, que la fermeté signifie l'impossibilité pour l'offrant de se rétracter³³⁴. C'est la position de la Cour de cassation qui, au visa des articles anciens 1134 et 1583 du Code civil français, considère que, « *entre commerçant, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* »³³⁵.

199. C'est la fermeté de l'offre qui permet de différencier les offres véritables et les simples déclarations d'intérêt ou d'intention, les invitations à entrer en pourparlers et les propositions conditionnelles qui peuvent remplir le critère de précision mais qui se distinguent des offres car leur auteur n'a pas l'intention d'être lié en cas d'acceptation³³⁶.

200. En droit koweïtien, l'article 39 alinéa 1 du Code civil prévoit que « *l'offre est une proposition qui exprime l'intention de l'offrant de conclure le contrat dès l'acceptation* ». La jurisprudence³³⁷ et la doctrine koweïtienne estiment que l'offre doit être complète, c'est-à-dire que le contrat peut être conclu par la seule acceptation³³⁸. Les droits français

³³² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 2 : responsabilité civile et quasi-contrats, Op. cit.*, p. 261 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2007, p. 47 ; P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 3^e éd, 2007, n°118, p. 91 ; J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil : les obligations. Tome I : l'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} éd., 2012, n° 134, p. 113.

³³³ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, n° 110, p. 123.

³³⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2015, n° 465, p. 238.

³³⁵ Cass. com., 6 mars 1990, n°8 8-12477, *Bull. civ.*, IV, n° 74, p. 51 ; *JCP*, 1990, II, 21583, note B. GROSS ; *RTD civ.*, 1990, p. 463, obs. J. MESTRE.

³³⁶ B. HAFTEL, « La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation », *Gaz. Pal.*, 30 avril 2015, n° 120, p. 8.

³³⁷ C.A. kw., 28 décembre 2008, n° 934.

³³⁸ A. HIJAZY, *Op. cit.*, p. 602.

et koweïtien sont donc concordants en ce qui concerne la conception de condition de fermeté de l'offre.

201. Son appréciation se fait au cas par cas. En effet, la fermeté de l'offre est interprétée casuellement par une appréciation souveraine des juges du fond³³⁹. Cette interprétation prend en considération plusieurs éléments dont les termes de l'offre, le type de contrat, et spécialement le degré *d'intuitu personae* qu'il présente ; « *la circonstance que le contrat est conclu en considération de la personne et que la proposition en est faite au public étant de nature à exclure la fermeté de contrat* »³⁴⁰.

202. L'objectif est de confirmer que son auteur a manifesté, à l'égard du destinataire identifié de l'offre ou de toute personne susceptible d'être intéressée, un véritable engagement qui aboutira à la conclusion du contrat par le seul fait de son acceptation. Autrement dit, la seule survenance d'une acceptation suffira à former le contrat sans qu'il soit utile pour l'offrant de manifester un nouvel accord de volonté³⁴¹. Au moment où l'offre est formulée, l'offrant ne doit plus avoir la moindre hésitation quant au fait qu'il va véritablement entrer dans le contrat.

203. S'agissant de la fermeté de l'offre, une question revient souvent dans le débat doctrinal. Il s'agit de la discussion sur les réserves³⁴². La réserve peut être définie « *comme une restriction apporté par le proposant à sa volonté de contracter* »³⁴³. L'hypothèse de la réserve est celle où l'offrant marque sa volonté de ne pas être engagé en cas d'acceptation, autrement dit, celle où la « *proposition se réserve la possibilité*

³³⁹ Cass. civ., 3^{ème}, 7 juillet 2015, n° 14-20536 ; D., 2016, 566, obs. M. MEKKI : la Cour d'appel a « relevé que la proposition de la société...détaillait le terrain concerné, le prix proposé, les conditions suspensives, les conditions particulières, la prorogation du délai de la promesse de vente en cas de recours sur le permis de construire, le planning prévisionnel, l'indemnité d'immobilisation et la durée de la validité de l'offre fixée à trois mois » et a « souverainement retenu que cette proposition s'analysait en une offre de contracter dont l'acceptation suffisait à former le contrat ». Voir également : Cass. civ., 1^{ère}, 1 juillet 2015, n° 14-19781 ; RTD civ., 2015, 864, obs. H. BARBIER ; RDC, 2016/1, 39, obs. A. DANIS- FATOME.

³⁴⁰ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Op. cit.*, n° 846, p. 621.

³⁴¹ J.-L. AUBERT, *Op. cit.*, p. 44.

³⁴² Voir pour des illustrations, B. GROSS, « La formation des ventes commerciales sujettes à confirmation », in *Études dédiées à René Roblot. Aspects actuels du droit commercial français*, Collectif, LGDJ, 1984, p. 433 et s.

³⁴³ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Op. cit.*, n° 134, p. 113.

d'agréer son cocontractant  ³⁴⁴. En principe, l'existence de réserves semble ne pas être compatible avec la condition de fermeté.

204. C'est également la règle que retient la doctrine koweïtienne, appuyée par la jurisprudence³⁴⁵, puisque l'offre, pour être ferme, doit être faite sans r serve³⁴⁶. Toutefois, l'offre peut ne pas être disqualifiée en cas de réserve absolue. Il peut effectivement être nécessaire de maintenir la qualification d'offre si la proposition rencontre une acceptation avant que son auteur ait us  de sa r serve³⁴⁷. Le contrat serait, dans cette hypothèse, formé aux conditions initialement prévues.

205. L'absence de fermeté peut donc résulter de réserves expresses formulées par l'auteur de la proposition ou être présumée en raison du caractère *intuitu personae* du contrat envisag ³⁴⁸. Le contrat d'adhésion, même s'il n'est pas totalement exclusif de l'*intuitu personae*, à une vocation plus large. Le contrat d'adhésion n'a pour objectif de discriminer les parties qui vont y adhérer. C'est pourquoi la doctrine considère que « *sauf indication précise limitant la possibilité pour toute personne de réclamer l'application des conditions proposées, l'intuitu personae doit être considéré comme exclu, même dans les contrats qui habituellement sont considéré comme comportant par nature l'intuitu personae* »³⁴⁹.

206. La fermeté renvoie donc à la volonté du pollicitant d'entrer dans le lien contractuel. C'est un critère d'ordre psychologique, d'où la difficulté d'interpréter la volonté de l'offrant de s'engager par la seule acceptation³⁵⁰. Cette volonté ou cette intention sera interprétée par le truchement des caractères précis et complet de l'offre. Cela est aussi vrai pour le contrat d'adhésion qui suppose l'imm diat t  de l'adhésion. C'est plus sur la précision que l'offre d'adhésion se distingue de l'offre classique. Il convient de voir en quoi elles doivent être distinguées en raison de leurs caractères (§ 2).

³⁴⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, né 110 p. 123

³⁴⁵ Cass. com., kw., 13 avril 1997, né 482-1995.

³⁴⁶ A. HIJAZY, *Op. cit.*, p. 602.

³⁴⁷ J.-L. AUBERT, *Op. cit.*, p. 50.

³⁴⁸ F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Thèse, LGDJ, 2004, né 231, p. 128.

³⁴⁹ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *Op. cit.*, né 76, p. 49.

³⁵⁰ J.-Y. CHOLEY, *Op. cit.*, p. 57.

§ 2 : La spécificité de l'extériorisation de l'offre d'adhésion.

207. L'extériorisation de l'offre d'adhésion doit d'abord être examinée sous l'angle de la genèse de l'offre. En tant que déclaration de volonté, l'offre est une proposition de contracter qui revêt fondamentalement deux caractéristiques. Elle a effectivement pour caractère d'être initiale. Nécessairement, l'une des manifestations de volonté précède l'autre³⁵¹. On peut relever une distinction entre l'initiative dans la détermination du contenu contractuel et celle dans la conclusion du contrat sur la base du concept de contrat d'adhésion³⁵². Ainsi, la sollicitation peut très bien naître après une invitation, c'est même le cas le plus fréquent, en pratique. Il en est ainsi, en particulier, lorsque l'offre naît après des pourparlers³⁵³. C'est cela qui la distingue avec l'offre d'adhésion, cette dernière ne laissant aucune place à la négociation.

208. Au même titre que l'offre classique, l'offre d'adhésion doit avoir un caractère unilatéral. Ce qui est primordial dans le contrat d'adhésion, c'est l'absence de discussion préalable et la détermination unilatérale du contenu contractuel³⁵⁴. Lors de sa confection, l'offre est unilatérale en ce qu'elle est l'aboutissement de la « *réflexion conduite par une seule personne qui ne prend en considération que son propre intérêt* »³⁵⁵.

209. L'extériorisation de l'offre d'adhésion doit ensuite être analysée à travers sa manifestation. Le principe du consensualisme fait désormais l'objet d'une disposition dans le Code civil³⁵⁶, propose une grande liberté en ce que l'offre peut résulter d'une manifestation de volonté quelconque³⁵⁷. Elle peut donc être expresse ou tacite³⁵⁸. En dépit de cette liberté, l'offre tacite ne peut être qu'exceptionnelle³⁵⁹. L'offre peut être expresse,

³⁵¹ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Op. cit.*, p. 109.

³⁵² F. LIMBACH, *Op. cit.*, n° 234, p. 129.

³⁵³ J.-L. AUBERT, *Op. cit.*, p. 17.

³⁵⁴ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion, Op. cit., Op. cit.*, p. 28.

³⁵⁵ J.-L. AUBERT, *Op. cit.*, p. 24.

³⁵⁶ Sur le nouvel article 1172 du Code civil français.

³⁵⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, n° 128, p. 145.

³⁵⁸ P. MALINVAUD, *Op. cit.*, n° 118, p. 91 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Op. cit.*, n° 848, p. 622.

³⁵⁹ Pratiquement, l'offre tacite pourra être retenue pour le stationnement d'un taxi sur un emplacement réservé, voir : Cass. civ., 1^{ère}, 2 décembre 1969, *Bull. civ.*, n° 381.

c'est-à-dire exprimée³⁶⁰. L'offre n'est pas forcément écrite, elle peut résulter d'une déclaration verbale. Toutefois, le principe de la liberté dans l'expression de l'offre peut être confronté à des restrictions légales. La loi peut effectivement imposer la formule écrite. C'est le cas en droit de la consommation, où la loi peut obliger le professionnel à remettre au consommateur une offre écrite³⁶¹. Le droit de la consommation est considéré comme le terrain d'élection des contrats d'adhésion. On peut dès lors affirmer que le contrat d'adhésion sera le plus souvent formalisé par écrit. Ainsi, la Cour de cassation française a prononcé la nullité de « *tout contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé qui ne résulte pas de l'acceptation par le consommateur d'une offre de contracter conforme aux exigences légales* »³⁶².

210. L'offre, une fois exprimée, peut être adressée soit à une ou plusieurs personnes déterminées, soit au public, c'est-à-dire à un ensemble de personnes indéterminées³⁶³. Le principe étant que, lors d'une offre faite au public, l'offrant est tenu à l'égard du premier acceptant dans les mêmes termes que l'offre faite à personne déterminée³⁶⁴. Exception faite des propositions de contrats faites en considération de la personne, notamment en matière de crédit, le contrat d'adhésion se forme le plus souvent par l'acceptation d'une offre faite à personne indéterminée.

211. L'étude, par la doctrine, de l'offre dans le contrat d'adhésion appelle une précision. Monsieur Berlioz indique, à propos de l'offre dans le contrat d'adhésion, que « *le propre de la stipulation est d'être rédigée en termes abstraits, d'énoncer des règles de portée générale, applicables de façon impersonnelle. Elle comporte des clauses qui sont destinées à régir, de façon plus ou moins complète, mais généralement de manière très détaillée, des opérations envisagées de manière générique. Des différenciations peuvent être faites entre des catégories de personnes ou d'opérations comme, par*

³⁶⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, n° 467, p. 239.

³⁶¹ En matière de crédit, art. L. 311-11 et L. 312-7 du code de la consommation ; en matière de contrats conclus à distance, art. L. 121-18 du même code.

³⁶² Cass. civ., 3^{ème}, 26 janvier 2011, n° 09-71.836, *Bull. civ.*, III, n° 14.

³⁶³ J.-L. AUBERT, *Op. cit.*, p. 38.

³⁶⁴ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Op. cit.*, p. 116.

*exemple, dans les tarifs mais ces distinctions sont elles-mêmes toujours génériques et impersonnelles »*³⁶⁵.

212. La nouvelle définition du contrat d'adhésion introduite par la réforme du 10 février 2016, nous informe que ce dernier est celui dont les conditions générales sont soustraites à la négociation et sont déterminées à l'avance par l'une des parties. Cette référence aux conditions générales change-t-elle la donne en qui concerne l'offre d'adhésion ? Les conditions générales ne sont pas inconnues en droit des contrats. Elles ont été définies comme des « *clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire* »³⁶⁶.

213. L'expression « conditions générales » est également utilisée pour désigner « *l'ensemble des clauses qu'un contractant, appelé à conclure de multiples contrats comparables (en général un professionnel), prérédige puis utilise de façon répétitive et invariable avec ses différents partenaires, ce qui fait que ces clauses sont impersonnelles* »³⁶⁷. À cet égard, la nouvelle définition n'innove pas. Le sens donné aux conditions générales ne permet pas d'apporter de modifications sur ce point. L'offre d'adhésion continue d'être le plus souvent faite à personne indéterminée.

214. Les conditions générales, au sens classique du terme, sont élaborées pour un nombre indéterminé de contrats, et ressortissent donc à un phénomène de standardisation des contrats. Le domaine des contrats d'adhésion est-il pour autant limité aux contrats dont le contenu serait déterminé à partir de formules abstraites destinées à régir tous les contrats du même type conclus par celui qui les propose ? Autrement dit, peut-il y avoir contrat d'adhésion, c'est-à-dire offre d'adhésion, si les conditions générales ne permettent de former qu'un seul contrat. Les conditions générales semblent renvoyer au contenu contractuel³⁶⁸. Il suffit juste que l'offre d'adhésion soit acceptée sans pouvoir être

³⁶⁵ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *Op. cit.*, *Op. cit.*, n° 47, p. 31.

³⁶⁶ A. SEUBE, *Les conditions générales des contrats*, in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Collectif, PUAM, 1974, p. 623.

³⁶⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats. u régime général et de la prévue des obligations. Commentaire article par article*, *Op. cit.*, 2016, p. 120.

³⁶⁸ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil », *D.*, 2016, p. 1771.

négociée et qu'elle soit déterminée à l'avance unilatéralement. On peut donc estimer qu'une telle proposition peut déboucher sur un contrat d'adhésion.

215. Cette précision doctrinale conforte l'idée du caractère général et impersonnel de l'offre d'adhésion, qui constitue même une condition pour être en présence d'un contrat d'adhésion en droit koweïtien. En effet, parmi les conditions mises en place par la loi koweïtienne concernant le contrat d'adhésion, selon la Cour de cassation, il y a celles relatives à l'offre et l'objet de l'adhésion lui-même, ce qui donne un caractère spécial à ce type de contrat. En ce qui concerne l'offre, il est exigé qu'elle soit générale et permanente, qu'elle émane d'un offrant en situation monopole de fait ou de droit³⁶⁹. C'est la généralité de l'offre qui permet de conclure que le contrat d'adhésion a pour destinataire un ensemble de personnes indéterminées. La mention du monopole de droit ou de fait par la jurisprudence koweïtienne n'est utile en l'espèce que comme condition à l'existence d'un contrat d'adhésion.

216. Il convient aussi d'évoquer la question du maintien de l'offre qui dépendra de sa nature juridique³⁷⁰. L'offrant doit effectivement maintenir son offre pendant un certain délai, un délai raisonnable d'acceptation, sans qu'il soit utile de considérer une éventuelle acceptation³⁷¹. La doctrine française s'est longuement intéressée aux questions théoriques relatives à la notion de l'offre, plus particulièrement, en examinant sa nature juridique ou sur sa libre révocabilité. Selon la doctrine française classique, l'offre, du fait de sa rétractabilité, doit plutôt être qualifiée de fait juridique plutôt que d'acte juridique³⁷².

³⁶⁹ Cass. com., kw., 4 janvier 1988, n° 144/87.

³⁷⁰ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Op. cit.*, n° 854, p. 627 et s.

³⁷¹ J.-Y. CHOLEY, *Op. cit.*, p. 46. La Cour de cassation française estime à ce propos que « *si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque, et alors qu'elle avait constaté que les consorts Y... disposaient d'un délai jusqu'au 27 juin 2000 pour donner leur accord, et qu'il en résultait que Mme X... s'était engagée à maintenir son offre jusqu'à cette date* » (Cass. civ., 3^{ème}, 7 mai 2008, n° 07-11690, *Bull. civ.*, III, n° 79).

³⁷² S. MIRABAIL, *La rétraction en droit privé français*, Thèse, LGDJ, 1997, p. 12.

Avec le nouveau régime issu de la réforme, néanmoins, l'offre de contracter peut constituer soit un fait juridique³⁷³ soit un acte juridique unilatéral³⁷⁴.

217. Cependant, il se peut qu'une offre soit considérée comme un acte juridique. Selon une doctrine autorisée, l'offre, la pollicitation, serait un acte juridique « *lorsqu'elle est adressée à personne déterminée et quelle comporte, en outre, la stipulation d'un délai précis* »³⁷⁵. On ne pourrait pas la rétracter sans que le délai pour accepter n'expire. L'offre constituerait, cependant, un fait juridique lorsqu'elle est faite au public et elle serait donc librement rétractable³⁷⁶.

218. Cette solution est retenue par l'avant-projet de réforme qui opte pour la qualification de l'offre en acte unilatéral et lui confère donc valeur juridique. L'offre est considérée, par principe, comme un fait juridique et, par exception, comme un acte juridique³⁷⁷. Cette qualification a des effets en ce qui concerne le régime juridique de l'offre. L'article 1105-4 du projet Catala prévoit que, aussi bien la révocation prématurée, l'incapacité ou le décès du pollicitant ne peuvent empêcher la formation du contrat lorsque l'offre est faite à une personne déterminée et est assortie d'un délai précis³⁷⁸. Par contre, la Cour de cassation française considère que « *l'offre qui n'est pas assortie d'un délai est caduque par le décès de celui dont elle émane avant qu'elle ait été acceptée* »³⁷⁹.

219. Le projet d'ordonnance considère, dans l'article 1116, que l'offre « *ne peut être librement révoquée avant l'expiration du délai expressément prévu, ou, à défaut, avant l'expiration d'un délai raisonnable* ». La révocation, sans surprise, est encadrée par un délai, que ce soit le délai prévu par l'offrant ou, à défaut, un délai raisonnable. Cette

³⁷³ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 153, p. 92 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la prévue des obligations. Commentaire article par article*, *Op. cit.*, p. 115.

³⁷⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op.cit.*, n° 261, p. 300 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2016, n° 469, p. 270 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 76, p. 87.

³⁷⁵ J.- L. AUBERT, *Op. cit.*, p. 191 et s.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ A. TADROS, « Retour sur la nature juridique de l'offre », *D.*, 2014, p. 1574.

³⁷⁸ « L'engagement est bien le critère de l'acte juridique... se distingue de l'obligation ». Sur la définition de l'engagement, voir : C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, Thèse, Defrénois, 2007, n° 58, p. 27.

³⁷⁹ Cass. civ., 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 13-16529, *Bull. civ.*, I, n° 117 ; *RDC*, 2015, p. 33, note R. LIBCHABER.

solution ne fait que refléter le droit positif actuel³⁸⁰. Néanmoins, elle ne distingue pas selon que l'offre est destinée à personne déterminée ou indéterminée. L'article 1114 du projet d'ordonnance se borne à préciser que l'offre « *peut être faite à personne déterminée ou indéterminée* ».

220. L'article 1114 nouveau du Code civil reprend mot pour mot le projet d'ordonnance et prévoit que l'offre est faite à personne déterminée ou indéterminée. L'article 1115 du Code civil poursuit en disposant qu'elle « *peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire* ». Sur ce point, le nouveau texte peut créer des difficultés quant à l'offre faite à personne indéterminée, ce qui est très souvent le cas des contrats d'adhésion. Il faut prendre en compte, pour déterminer le moment à partir duquel l'offre ne peut plus être rétractée, celui de la mise à disposition, l'offre au public, autrement dit, le moment à partir duquel une personne peut prendre connaissance de l'offre³⁸¹.

221. S'agissant du délai raisonnable, l'article 1116 du Code civil dispose que l'offre « *ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable* ». Contrairement à l'article 1115, l'article 1116 pose le principe de l'illicéité de la rétractation, notamment avant l'expiration du délai raisonnable. Le nouveau texte met un terme à tous les discussions sur l'offre. Il interdit désormais toute rétractation de l'offre avant l'expiration du délai raisonnable. La rétractation illicite sera sanctionnée de la même manière qu'il s'agisse ou non d'une offre avec délai fixe³⁸².

222. Le contrat d'adhésion contenant souvent une offre à personne indéterminée et sans délai fixe, jouira du régime propre au délai raisonnable. Aucune directive n'est donnée pour apprécier le caractère raisonnable du délai. Il appartiendra alors aux juges du fond d'en fixer les limites. Ces dernières peuvent varier en fonction des circonstances et de la

³⁸⁰ Cass. civ., 3^{ème}, 7 mai 2008, n° 07-11690, *Bull. civ.*, III, n° 79 ; *RTD civ.*, 2008, p. 474, obs. B. FAGES, (pour le délai exprès). Cass. civ., 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13230, *Bull. civ.*, III, n° 118, (pour le délai raisonnable).

³⁸¹ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la prévue des obligations. Commentaire article par article, Op. cit.*, 2016, p. 99.

³⁸² B. FAGES, *Droit des obligations, Op. cit.*, n° 105, p. 109. ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations, Op. cit.*, n° 78, p. 89.

nature du contrat³⁸³. La question ne se posera que rarement puisque l'offre d'adhésion est généralement permanente.

223. L'article 41 du Code civil koweïtien prévoit que « *l'offrant a le droit de rétracter son offre tant qu'il n'y pas d'acceptation. Cependant, si un délai est fixé pour l'acceptation, l'auteur de l'offre est lié jusqu'à l'expiration de ce délai* ». En ce qui concerne la rétractation, il faut distinguer entre offre obligatoire (avec délai) et offre normale (sans délai). Une offre normale est une déclaration de volonté unilatérale, ce n'est pas un acte juridique mais bien un fait juridique. L'offrant peut retirer sa proposition sans engager sa responsabilité jusqu'à l'acceptation³⁸⁴.

224. S'agissant du contrat d'adhésion, il faut relever que l'un des contractants doit être en état d'offre permanente, c'est-à-dire qu'il doit proposer un contrat à un nombre illimité ou indéterminé de personnes. Si l'offre est d'application générale, l'invitation à l'adhésion peut être très restreinte. Par exemple, le règlement intérieur est considéré, par la théorie classique, comme de nature contractuelle et un contrat d'adhésion comme étant d'application permanente³⁸⁵. Cet état permanent de l'offre peut permettre de supposer l'impossibilité de rétracter l'offre, mais en réalité, rien n'empêche, sauf stipulation expresse, à celui qui propose une offre de contrat d'adhésion de se rétracter. On applique en l'occurrence le droit positif.

225. Toutefois, en ce qui concerne l'offre, en droit koweïtien, il faut absolument qu'elle soit générale et permanente, qu'elle émane d'un offrant en situation de monopole de fait ou de droit³⁸⁶. Le caractère permanent de l'offre de contracter est une condition sans laquelle on ne peut se trouver en présence d'un contrat d'adhésion. Il est donc obligatoire d'être en présence d'une période plus longue que l'offre dans le contrat classique. C'est-à-dire que l'offre ne doit pas seulement être maintenue pendant un délai raisonnable. En

³⁸³ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 71, p.68.

³⁸⁴ I. ABOU ALLAIL, *La théorie de l'obligation, I. Les sources volontaires de l'obligation, Le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Koweït, Muassasat Dar Al Kutob, 2^{ème} éd., 1998, p. 111.

³⁸⁵ G. BERLIOZ, *Op. cit.*, n° 44, p. 29.

³⁸⁶ Cass. com., kw., 4 janvier 1988, n° 144/87.

définitive, l'offre doit être précise, ferme et extériorisée. Il reste désormais à examiner comment cette offre d'adhésion préexistante va être acceptée.

SECTION II :

L'acceptation par la soumission à l'offre d'adhésion

226. L'adhésion est l'action par laquelle une personne exprime sa volonté d'accepter globalement des règles préétablies. Le contenu de la proposition d'adhésion est préexistant et formalisé sans contribution de l'adhérent. Mais le caractère préexistant de l'offre, ou des conditions générales depuis la réforme du 10 février 2016 de Code civil français, ne permet pas à lui seul de qualifier le contrat d'adhésion. Cela signifie que l'adhésion suppose non seulement la préexistence de son objet, mais également que celui-ci ne soit pas sujet à négociation. L'adhésion, en droit koweïtien, suppose également la préexistence de l'offre d'adhésion et l'absence de négociation de l'adhérent.

227. Pour que le contrat d'adhésion se forme, l'adhérent doit accepter purement et simplement le contenu de l'offre unilatéralement déterminée par le pollicitant (§ 1). Le caractère global de l'adhésion ne suffit pas, l'adhérent doit également ne pas pouvoir négocier son contenu, et il s'agit là du critère déterminant pour caractériser l'adhésion (§ 2).

§ 1 : La soumission par l'acceptation pure et simple du contenu contractuel

228. Le contrat d'adhésion cantonne la liberté de l'adhérent à choisir entre les deux branches d'une option : « *soit adhérer en bloc au contrat proposé, soit refuser de contracter* »³⁸⁷. Avant d'examiner les éléments qui permettent de distinguer l'acceptation de l'adhésion (B), il convient dans ce but, d'explicitier la notion d'acceptation (A).

³⁸⁷ P. MALINVAUD, *Op. cit.*, n° 61, p. 43.

A. La notion d'acceptation

229. En droit français, l'acceptation se définit comme « *la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre* »³⁸⁸. L'acceptation constitue le résultat de « *l'agrément pur et simple de l'offre par le destinataire de celle-ci* »³⁸⁹. Il s'agit de « *l'expression définitive du destinataire de l'offre, de conclure le contrat aux conditions prévues par l'offrant, et à ces conditions seulement* »³⁹⁰.

230. De ces définitions, il ressort que la volonté exprimée et la finalité de l'engagement sont les deux éléments qui caractérisent l'acceptation. L'expression de la volonté constitue l'élément essentiel pour la naissance des obligations mais son rôle est plus limité. Même s'il se résume à l'acceptation des clauses à la rédaction desquelles l'acceptant est étranger, le contrat ne pourra être opposable sans son consentement³⁹¹. Peu importe la forme dont est exprimé le consentement³⁹², ce qui est primordial est que l'acceptation soit efficace, c'est-à-dire que la manifestation de volonté porte sur les éléments essentiels du contrat et que celle-ci soit faite en connaissance de cause³⁹³.

231. Dans le contrat, en effet, il n'est pas indispensable que l'acceptation soit conforme en tout point à l'offre. Le contrat se forme lorsque qu'un accord est trouvé sur les éléments essentiels³⁹⁴. Nous sommes dès lors confrontés à deux cas. D'une part, nous sommes face à une offre complète, qui contient à la fois les éléments essentiels du contrat et l'ensemble des conditions générale qui permettront d'organiser l'exécution du contrat³⁹⁵.

³⁸⁸ L'article 1118 alinéa 1 du Code civil français.

³⁸⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, n° 121, p. 134.

³⁹⁰ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Op. cit.*, n° 146, p. 126.

³⁹¹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, n° 122, p. 134 ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 51, p. 58.

³⁹² L'acceptation peut être : a) expresse - Cass. civ., 1^{ère}, 29 octobre 2002, *Bull. civ.*, I, n° 255 ; b) tacite - Cass. Com., 25 juin 1991, *Bull. civ.*, IV, n° 234 ; c) silencieuse - Cass. com., 3 novembre 2004, *Bull. civ.*, IV, n° 187, p. 215. Cf. A. RIEG, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », in Travaux de l'Association Henry Capitant, *Les modes non formels d'expression de la volonté*, 1968, p. 43.

³⁹³ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Op. cit.*, n° 865, p. 634 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 75 et n° 76, p. 70 et s ; D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 170, p. 99.

³⁹⁴ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 51, p. 58.

³⁹⁵ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Op. cit.*, p. 138.

232. Dans cette hypothèse, la jurisprudence reconnaît que l'acceptation, même réduite à un simple « oui », rend opposable l'ensemble des clauses proposées ainsi offertes, pourvu qu'elles aient été portées, avant l'acceptation, à la connaissance du destinataire de l'offre. Ainsi par exemple, la Cour de cassation rejette effectivement le pourvoi d'une personne ayant commandé un véhicule au motif que « *l'arrêt attaqué a pu en déduire qu'en signant le bon de commande litigieux, l'intéressée avait adhéré à son contenu, spécialement aux conditions générales de vente figurant au verso, dont elle avait déclaré avoir pris connaissance et les avoir acceptées* »³⁹⁶.

233. La consécration de ces principes se figure au sens du nouvel article du Code civil français³⁹⁷. Ainsi l'article 1119 dispose que « *Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées. En cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet* ».

234. Toutefois, l'omission d'un élément ou son caractère incompréhensible ne saurait valoir acceptation. Hormis cela, il est inutile d'agréer séparément chacune des clauses. Il reste que le seul accord sur les conditions essentielles, avec exclusion des clauses générales ne permettrait pas de conclure le contrat : c'est un cas de contre-proposition³⁹⁸.

235. En droit koweïtien, l'acceptation est une manifestation de la volonté d'être lié dans les termes de l'offre sans modification³⁹⁹. Il est indispensable selon, l'article 43 du Code civil Koweïtien, pour la validité du contrat, le fait que l'acceptation soit conforme à l'offre. L'acceptation non conforme à l'offre constitue un refus de l'offre initiale et est considéré comme une nouvelle offre⁴⁰⁰. Les annexes explicatives du Code civil interprètent cet article dans le sens où la conformité de l'acceptation à l'offre doit être pleine et entière.

³⁹⁶ Cass. civ., 1^{ère}, 3 décembre 1991, *Bull. civ.*, I, n° 342 p. 223.

³⁹⁷ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Op. cit., n° 77, p. 73.

³⁹⁸ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Op. cit.*, n° 155, p. 138.

³⁹⁹ I. ABOU ALLAIL, *La théorie de l'obligation, I. Les sources volontaires de l'obligation, Le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Koweït, Muassasat Dar Al Kutob, 2^{ème} éd., 1998, p. 115.

⁴⁰⁰ Article 43 du Code civil koweïtien.

236. C'est ainsi que la Cour de cassation Koweïtienne a interprété cet article, en retenant la nécessité pour la validité du contrat, que l'acceptation rencontre l'offre dans tous les éléments que les parties ont prévue. Si une partie souhaite rajouter ou diminuer des éléments de l'offre, ou encore modifier cette dernière, le contrat ne pourra être formé⁴⁰¹. La doctrine considère que l'acceptation doit se conformer à l'offre dans tous ces éléments, peu importe qu'ils soient essentiels ou accessoires⁴⁰².

237. Le second cas est celui où la pollicitation a été limitée aux éléments essentiels du contrat. Le principe est que l'acceptation ainsi réduite à ces derniers, suffit à former le contrat. Ainsi, par exemple, en vertu de l'article 1583 du Code civil français, la vente « *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ». Il faut cependant préciser qu'une des parties a pu exiger de rendre essentiel un élément normalement accessoire. Il en va ainsi dans la vente des modalités du paiement du prix ou de la date de prise de possession des lieux⁴⁰³.

238. Autrement, en principe, les éléments accessoires feront l'objet d'accords à venir pour préciser celui sur les éléments essentiels. Mais, le fait que les parties se soient mises d'accord a pour conséquence qu'elles sont définitivement et irrévocablement liées, sans égard à l'échec ou non des discussions ultérieures. En cas d'échec, les parties seront subordonnées aux règles supplétives légales. Autrement dit, les parties n'ont d'autre choix que de s'entendre, dès lors que ni l'une, ni l'autre, ne peut se libérer de son engagement⁴⁰⁴.

239. L'article 52 du Code civil koweïtien dispose que « *lorsque les parties ont exprimé leur accord sur tous les points essentiels du contrat, le fait de se réserver le droit de s'exprimer plus tard sur les éléments accessoires n'empêche pas la formation du*

⁴⁰¹ Cass. civ., kw., 17 juin 1994, n° 2/22, *Revue de justice et droit*, n° 18, p.94.

⁴⁰² A. HIJAZY, *La théorie générale de l'obligation du droit koweïtien : Étude comparative. Vol.1 : les sources de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté*, Presse de l'Université du Koweït, 1982, p. 627 ; I. ABOU ALLAIL, *La théorie de l'obligation, I. Les sources volontaires de l'obligation, Le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, *Op. cit.*, p. 115.

⁴⁰³ Cass. civ., 3^{ème}, 2 mai 1978 ; *D.*, 1979. 317, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI.

⁴⁰⁴ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Op. cit.*, n° 155, p. 138.

contrat, sauf s'il apparaît que la volonté exprimée par les parties fait apparaître autre chose. Si les parties ne sont pas arrivées à un accord sur les éléments accessoires, le juge tranchera le litige conformément à la nature de l'affaire, à l'usage et à l'équité ».

240. Les règles koweïtiennes relatives à l'accord sur les éléments essentiels proposent les mêmes solutions que le droit français. En effet, le fait de réserver à plus tard la discussion sur les accessoires ne constitue pas un obstacle à la formation du contrat, avec une limite lorsque la volonté exprimée fait apparaître une différence. En revanche, lorsque les parties ne peuvent se mettre d'accord sur les éléments accessoires, la loi koweïtienne renvoie les parties au juge qui tranchera, non pas en fonction des règles légales supplétives, mais bien eu égard à la nature de l'affaire, aux usages et à l'équité⁴⁰⁵.

241. En outre, s'agissant de l'efficacité, l'acceptant doit pouvoir donner son consentement en toute connaissance de cause⁴⁰⁶. Toutefois, il n'est pas nécessaire qu'il ait lu toutes les clauses, leur consultation étant suffisante pour emporter le consentement⁴⁰⁷. La consultation doit être possible, les clauses du contrat devant être portées à la connaissance de l'acceptant. Ainsi, la Cour de cassation française reproche à la Cour d'appel d'avoir appliqué une clause « *sans rechercher si cette clause avait été effectivement portée à la connaissance de Mme X... et alors que le document produit ne comportait pas sa signature* »⁴⁰⁸.

242. Lorsque la totalité du contrat n'a pas été exprimée et explicitement portée à la connaissance du destinataire, le champ de l'acceptation peut être plus limité que celui de l'offre. Cette délimitation constituera le contenu du contrat qui sera opposable aux parties. L'acceptation doit donc être conforme au contenu de l'offre et se limite aux éléments portés à la connaissance de l'acceptant. L'adhésion est une forme d'acceptation qui peut s'en différencier cependant.

⁴⁰⁵ I. ABOU ALLAIL, *La théorie de l'obligation, I. Les sources volontaires de l'obligation, Le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, *Op. cit.*, p.102.

⁴⁰⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M SERINET, *Op. cit.*, n° 868, p. 636 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, n° 472, p. 243.

⁴⁰⁷ M. RAYSSAC, *L'adhésion en droit privé*, Thèse, Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2004, n° 165, p. 123.

⁴⁰⁸ Cass. civ., 1^{ère}, 21 octobre 1997, n° 95-18462.

B. La spécificité de l'adhésion

243. L'adhésion peut, sur un certain nombre de critères, s'identifier à l'acceptation. Si l'adhésion est bien une forme particulière d'acceptation⁴⁰⁹, il reste que, même s'il existe des points de convergences, ces derniers nous allons le voir, ne suffisent pas à caractériser l'adhésion. Il faut encore préciser que certains éléments qui permettent de conférer un caractère spécifique à l'adhésion ne lui sont pas propre en ce sens qu'ils ne sont pas exclusifs des autres contrats⁴¹⁰.

244. Qui dit acceptation dit connaissance. Il faut d'emblée se poser la question de savoir si lorsque la personne accepte un contrat, elle a accepté l'intégralité des clauses. En fonction des circonstances, on peut répondre ou non par la positive. Dans un cas, les juges estiment que la clause a été acceptée si elle est contenue dans un document contractuel, à moins qu'elle soit peu apparente comme dans les contrats d'adhésion. Par contre, si elle ne figure pas dans un contrat écrit, la jurisprudence considère généralement qu'il n'y a pas acceptation sauf si le contraire est démontré⁴¹¹.

245. L'adhésion au contenu contractuel se présente essentiellement sous deux formes. D'une part, les éléments contractuels prédéterminés peuvent être insérés au sein de *l'instrumentum*. Dans cette hypothèse, la signature suffit à engager l'adhésion du partenaire contractuel. La présentation formelle du document est cependant d'une importance capitale⁴¹². La clause inintelligible ou difficile à cerner au regard du reste du contrat peut être écartée par le juge⁴¹³. Il a par exemple été jugé qu'un acheteur ne pouvait se voir opposer une clause relative au transfert des risques au motif que, figurant au verso du bon de commande signé, il ne l'avait « *certainement pas remarqué* »⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ M. RAYSSAC, *Op.cit.* p. 99.

⁴¹⁰ J.- L. AUBERT, *Op. cit.*, n° 299, p. 276.

⁴¹¹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, n° 472, p. 243.

⁴¹² V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Thèse, LGDJ, 2007, n° 397, p. 280.

⁴¹³ Car « sans énoncé clair, il ne pourrait exister de consentement valable. Le choix des termes employés, leur place dans le contrat, leur lisibilité, conditionnent la clarté du document contractuel, et, partant la qualité de l'accord », G. CHANTEPIE, « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *RDC*, 2012, n° 3, p. 989.

⁴¹⁴ Cass. civ., 1^{ère}, 3 mai 1979, n° 77-14689, *Bull. civ.*, I, n° 128.

246. D'autre part, les clauses prédéterminées peuvent également figurer sur un support différent de *l'instrumentum* signé par les parties. Il en va ainsi lorsque des conditions générales ou d'autres éléments accessoires ne sont pas mis à la disposition du contractant. Dans ce cas, l'adhésion se construit par une clause de référence qui prévoit que les parties souhaitent soumettre le contrat à certaines règles contractuelles qui ne figurent pas à l'acte instrumentaire. Cette référence textuelle constitue la condition requise pour permettre l'intégration des documents extérieurs au contrat. Or, la rédaction d'une clause de référence ne suffit pas toujours⁴¹⁵.

247. Cette distinction renvoie au caractère formel du contenu contractuel auquel le contractant va adhérer. Ici, les règles, objet de l'adhésion, sont applicables globalement. L'adhérent doit alors se soumettre à ces règles, même s'il ne les connaît pas entièrement. Si l'adhésion est nécessaire pour entraîner l'application des règles préexistantes, elle est aussi suffisante. L'adhérent n'a pas forcément besoin de prendre connaissance de chacune des règles du contrat ; celles-ci lui sont applicables du fait de son adhésion à l'ensemble⁴¹⁶.

248. L'adhésion peut aboutir à l'abstraction de toute volonté propre qui ne se retrouve pas dans l'acceptation⁴¹⁷. Nous l'avons relevé pour l'acceptation, il faut une déclaration de volonté, l'expression définitive du destinataire de l'offre, de conclure le contrat aux conditions prévues par l'offrant. Or, lorsqu'on adhère, on a le sentiment que la déclaration de volonté n'est pas complète, somme toute que l'adhérent n'a pas d'autre choix que de dire oui. C'est notamment cette abstraction de la volonté propre qui rend spécifique l'adhésion et qui permet de la distinguer de l'acceptation.

249. Il faut en outre relever la difficulté de choisir des critères qui sont propres au contrat d'adhésion. Ainsi, le fait que le contrat soit l'œuvre de l'une des parties n'est pas un critère propre, exclusif, des contrats d'adhésion. Il existe des situations où le contrat est rédigé unilatéralement, mais qui ne correspondent pas à la catégorie des contrats

⁴¹⁵ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Thèse, LGDJ, 1994, n° 491 et s., p. 298.

⁴¹⁶ Sur La spécificité de l'offre d'adhésion v. *supra* p.80.

⁴¹⁷ J.-L. AUBERT, *Op. cit.*, n° 298, p. 275.

d'adhésion⁴¹⁸. C'est le cas des contrats-type, qui se différencient du contrat d'adhésion, en ce qu'il est rédigé par un tiers qui n'est pas partie au contrat⁴¹⁹. Cela ne signifie pas qu'il faille rejeter le critère de la rédaction unilatérale du contrat. Au contraire, l'adhésion présuppose un engagement à des clauses qui sont l'œuvre exclusive de l'une des parties. Cela est confirmé par l'article 1110, alinéa 2 du Code civil français qui vise les conditions déterminées à l'avance par l'une des parties. En effet, l'adhérent ne fait que se soumettre aux conditions de l'offre ; à défaut le contrat ne pourra être formé⁴²⁰.

250. L'inharmonie entre l'élaboration unilatérale et la formation bilatérale⁴²¹ du contrat est effectivement créatrice de problèmes qui n'ont pas tous trouvé des solutions. C'est ainsi que l'on peut affirmer, par principe, qu'un acte ne cesse pas d'être contractuel uniquement en raison du fait qu'il ait été élaboré par une seule des parties y ayant adhéré. Pour preuve, le maintien du contrat d'adhésion dans la catégorie des actes contractuels a été suivi d'une série de mesures destinées à restreindre certaines des expressions de l'unilatéralisme qui préside à la préparation de ce type d'accord⁴²².

251. La notion d'unilatéralité peut être entendue comme un signe d'arbitraire puisque c'est le caractère bilatéral du contrat qui constitue la garantie de l'équilibre contractuel. Grâce à l'échange de consentement, on opère une répartition harmonieuse du contenu du contrat. On peut dire que l'unilatéralité équivaut à l'arbitraire pour trois raisons. La première est évidente. Elle se trouve dans l'idée que les parties sont les plus à même de défendre leurs intérêts. « *Dans cet esprit, lorsqu'une personne conclut une convention, elle ne peut se nuire à elle-même, du moins si elle est suffisamment libre et éclairée* »⁴²³.

⁴¹⁸ Comme par exemple le contrat type. Cf. G. CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, 01 juillet 2009, n° 3, p. 1233 ; T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil », *D.*, 2016, p. 1771.

⁴¹⁹ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratiques dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 147, p. 127.

⁴²⁰ M. RAYSSAC, *Op.cit.*, n°131, p. 101

⁴²¹ T. REVET, « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité », *RDC*, 01 janvier 2013, n°1, p.327. « *Le contrat est un accord de volontés ayant pour objet de modifier la situation juridique des personnes qui y adhèrent. La bilatéralité est doublement à l'œuvre dans cette définition. D'une part, le contrat suppose une manifestation de volonté d'au moins deux personnes ; d'autre part, il modifie la situation juridique des mêmes. Il n'y a le rien d'unilatéral. L'acte juridique qui procède d'une seule volonté ne peut pas être qualifié « contrat ». On le dénomme, précisément, « acte unilatéral ».*

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Thèse, LGDJ, 2002, n° 375, p. 252.

La conséquence est que « *le respect du consentement nécessaire des parties devient le seul garant d'une certaine justice contractuelle* »⁴²⁴.

252. En outre, selon une analyse doctrinale intéressante, « *l'adhésion naît de la forme spontanée* »⁴²⁵. Pour Monsieur Forray, « *pour bon nombre de manifestations de la forme spontanée, la fonction de modèle a pour corollaire une certaine automaticité de l'échange des consentements. Contrats types, clauses de style et conditions générales constituent autant d'hypothèses dans lesquelles la formation du contrat obéit à la spécificité de l'adhésion à un contenu déterminé par avance. Le contrat d'adhésion est la première manifestation de l'adhésion* »⁴²⁶.

253. En réalité, il s'agit d'étudier l'étape précédente : l'adhésion au contenu de l'offre. Plus généralement, les situations contractuelles en question ont un point commun : l'adhésion d'une partie à un contrat rédigé à l'avance. L'adhésion contractuelle constitue la situation dans laquelle une partie exprime son consentement à une convention, dont l'aspect essentiel est d'être rédigé à l'avance par l'autre partie. L'adhésion n'est pas plus qu'une sorte de consentement⁴²⁷. La forme spontanée est le moyen utilisé pour prévoir de manière anticipée le contenu du contrat.

254. Le phénomène de l'adhésion est lié à la formalisation systématique. En ce sens, le critère distinctif de l'adhésion est un critère formel. La rédaction préalable et unilatérale constitue le seul élément de définition invariable des « contrats d'adhésion ». Elle constitue la manifestation juridique tant du pouvoir de fait du rédacteur de l'acte, que du caractère standard de l'opération envisagée. Il est important qu'elle s'adresse de manière collective à tous les individus mais aussi que ces derniers soient tous soumis aux mêmes conditions⁴²⁸. Il est en effet difficile d'envisager l'existence d'un contrat d'adhésion en

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ V. FORRAY, *Op. cit.*, n° 390, p. 275, l'expression « *forme spontanée* » selon l'auteur « *comportement volontairement adopté en dehors de toute contrainte, dans le plein exercice de sa liberté (...) ce qui n'est pas délibéré... cette forme est spontanée du fait qu'elle se trouve adoptée sans qu'une contrainte étatique n'intervienne dans le processus. (...). Au sens technique, la forme spontanée relève de la pratique juridique...se rattache à la pratique juridique, la manifestation d'un comportement juridique constitutive d'un modèle mais qui est dépourvue de positivité et appartient au domaine du fait* ».

⁴²⁶ *Ibid.*, n° 388, p. 274.

⁴²⁷ *Ibid.*, n° 395, p. 279.

⁴²⁸ J.-L. AUBERT, *Op. cit.*, n° 300 p. 277.

l'absence d'offre collective et d'identité de conditions contractuelles. Il faut en outre que l'offre ne soit pas limitée, le contrat ne pouvant pas recevoir de nouvelles modalités⁴²⁹.

255. En filigrane, on peut déceler dans tous ces éléments l'impossibilité de négociier qui est l'élément décisif et le critère déterminant pour caractériser l'adhésion⁴³⁰. Or il est possible de pouvoir tirer de la lettre de l'article 1110, alinéa 2, nouveau du Code civil, que le critère de la rédaction unilatérale des conditions générales doit être explicité sans relation à la soustraction à la négociation. La détermination unilatérale serait significative du fait que le contractant qui a soumis ces conditions générales à son cocontractant n'avait pas l'intention de lui laisser les moyens de discuter. La rédaction unilatérale ne fait que donner la seule possibilité au partenaire contractuel de les accepter ou de les refuser en bloc⁴³¹.

256. Le critère de la détermination unilatérale va-t-il pour conséquence que le stipulant doit être le véritable auteur des conditions générales ? Une réponse positive exclurait de facto la qualification de « contrat d'adhésion » lorsque les conditions générales auront été produites par une association professionnelle dont le stipulant est membre. Cette affirmation pourrait en outre être le fruit d'une interprétation littérale de l'article 1110, alinéa 2, nouveau, du Code civil⁴³².

257. Cette dernière serait néanmoins exagérée puisqu'elle aurait pour effet d'écarter la qualification de « contrat d'adhésion » dans un cas où les raisons pour ce faire ne sont pas réunies⁴³³. Selon Monsieur Revet, « *quand une partie à un contrat utilise un modèle émanant d'une organisation professionnelle ou d'un rédacteur privé qui vend des formules de contrat, une telle origine ne garantit pas, par elle-même, que la condition de l'une des parties dans le contrat n'a pas été avantagée par rapport à celle de l'autre* »⁴³⁴.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ V. FORRAY, *Op. cit.*, n° 394, p. 279.

⁴³¹ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil », *D.*, 2016, p. 1771

⁴³² *Ibid.*

⁴³³ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations commentaire théorique et pratiques dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 148, p. 128.

⁴³⁴ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil », *Op. cit.*, p. 1771.

258. Il faut garder à l'esprit que, lorsqu'une partie fait appel à un professionnel qui va rédiger pour son compte les conditions générales, elle participe à leur élaboration, puisque c'est elle qui donne les consignes au rédacteur. Ce rédacteur professionnel est peut-être même plus qualifié pour éviter de stipuler des clauses qui vont à l'encontre de l'adhérent. C'est éventuellement un des préposés du contractant qui va rédiger les conditions générales. En quoi est-ce que cela devrait revêtir la qualification de contrat d'adhésion⁴³⁵.

259. Le droit koweïtien reprend cette condition de détermination unilatérale du contenu contractuel dans l'article 80 du Code civil qui prévoit que « *n'est pas en mesure d'empêcher la conclusion d'un contrat le fait que l'acceptation par adhésion d'une partie à un projet réglementaire que l'auteur établit sans en permettre la discussion* ». Le projet réglementaire est bien établi par une seule partie, l'auteur du projet, qui ne donne que le choix à l'autre partie de l'accepter comme il lui a été soumis.

260. Il faudrait donc définir le contrat d'adhésion comme celui dont la totalité ou la plupart des stipulations sont l'émanation d'une des parties, qui a toute emprise pour que l'autre soit dans l'impossibilité de les discuter avant de s'engager. L'élément permettant de distinguer l'acceptation de l'adhésion, c'est la possibilité de négocier. L'adhésion correspond au fait d'accepter un contenu pré-rédigé sans que celui-ci puisse faire l'objet d'une négociation⁴³⁶. Autrement dit, elle suppose la démonstration de l'exigence d'absence de négociation qui consiste dans l'impossibilité de formuler une contreproposition.

§ 2 : La soumission par l'impossibilité de négocier le contenu contractuel

261. La négociation évoque toute procédure, tendant au rapprochement des points de vue de ceux qui y participent⁴³⁷ et désignant la discussion d'un contrat en vue d'arriver à sa conclusion⁴³⁸. Plus précisément, c'est un moyen qui consiste, pour des personnes

⁴³⁵ *Ibid.*

⁴³⁶ M. RAYSSAC, *Op.cit.*, n° 160, p. 118 .

⁴³⁷ *Ibid.* n°169, p.124.

⁴³⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} éd., 2014.

souhaitant s'engager contractuellement, à entamer des discussions relatives au contenu d'un contrat probable en n'étant pas tenu de le conclure. La négociation reste dès lors toujours conçue à travers le prisme de la liberté, liberté de choisir le cocontractant, de décider du contenu de l'accord et surtout, de procéder ou non à la conclusion du contrat⁴³⁹. Les contrats d'adhésion excluent, a priori, la négociation, puisqu'ils se caractérisent justement par la rédaction préalable et unilatérale de contenu contractuel.

262. Il est d'abord indispensable de matérialiser l'adhésion. En effet, la volonté de créer des normes juridiquement obligatoires est une condition nécessaire du contrat. Sa mise en œuvre invite à préciser les critères de la négociation et de l'adhésion. La qualification de contrat ne peut être justifiée uniquement par la négociation. Elle n'emporte pas la qualification du contrat. Inversement, l'absence de négociation ne permet pas d'écarter la qualification contractuelle. La négociation n'est dès lors ni une condition d'existence, ni une condition de validité du contrat⁴⁴⁰.

263. Il n'existe d'accord de volontés que lorsque l'adhésion est requise pour la conclusion du contrat, l'effet de droit ne pouvant se produire sans elle⁴⁴¹. Les difficultés dans la détermination de la volonté juridique ne sont un secret pour personne. Il s'agit souvent d'un « véritable exercice de divination juridique », qui impose une prise en compte d'un élément formel qui offre toutes les garanties d'efficacité lorsque l'on considère le consentement⁴⁴². L'adhésion contractuelle ne peut être objectivement appréciable que si elle a été mise en forme lors de la phase de conclusion du contrat⁴⁴³.

264. L'absence de négociation doit consister dans l'impossibilité de négocier le contenu contractuel et non seulement leur stricte absence. Il est important de distinguer selon que l'un accepte le contenu du contrat qui lui est proposé parce qu'il le satisfait parfaitement, ou que la partie ne peut faire autrement qu'accepter le contrat tel que

⁴³⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Op. cit.*, n° 685, p. 495. Cf. : L. SIGUOIRT, « À la recherche de la négociation... », *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2016, p. 268

⁴⁴⁰ B. LEFEBVRE, « La notion de contrat d'adhésion : portée et limites d'une définition », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Collectif, Litec, 2007, p. 375.

⁴⁴¹ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Op. cit.*, n° 122, p. 97.

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ V. FORRAY, *Op. cit.*, n° 394, p. 279.

proposé. Ainsi, la partie a juste la possibilité de contracter ou de ne pas contracter. « *C'est à prendre ou à laisser* »⁴⁴⁴.

265. Il est alors judicieux de s'interroger sur la question de la potentialité de la négociation⁴⁴⁵. Les auteurs qui souhaitent distinguer les conditions principales, négociables, et les conditions accessoires, imposées, se voient opposer le fait que deux éléments limitent la négociation⁴⁴⁶. Effectivement, en réalité, la puissance économique et technique de l'offrant prive l'adhérent de la possibilité de négocier le contrat ; l'adhérent ne peut qu'accepter ou pas le contenu contractuel. Même si l'adhésion peut être l'objet de certains aménagements, ils seront le fait du stipulant lui-même.

266. Monsieur Dereux distingue dans le contrat d'adhésion deux types de clauses : *les clauses essentielles, qui sont généralement verbales ou manuscrites, et les clauses accessoires, qui sont généralement imprimées* »⁴⁴⁷. Ces deux sortes de clauses ne sont pas analysées de la même manière par l'adhérent : « *La plupart du temps, les deux parties acceptent sciemment et librement les clauses essentielles. Quant aux autres, l'adhérent connaît ou comprend mal leur teneur, et la portée qu'elles peuvent avoir si on les prend à la lettre, il les considère comme destinées simplement à préciser ou à compléter les obligations résultant des clauses à lui présenter comme principales, et non comme devant, d'une manière détournée, dénaturer ou modifier gravement l'essence du contrat.* ».

267. Un autre auteur fait la même distinction, et observe, quant au contrat de transport par exemple, que « *l'expéditeur de marchandises traitant avec une grande compagnie de transport n'a porté son attention que sur les clauses essentielles du marché, celles qui concernent le prix et la durée. À côté de ces clauses, il en est d'autres, de style, visant soit les délais, soit les risques, soit les modes de livraison, soit les décharges du transporteur, soit les droits de magasinage, soit les déchéances, clauses qui,*

⁴⁴⁴ B. LEFEBVRE, *Op. cit.*, p. 375.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ M. RAYSSAC, *Op. cit.*, p. 118.

⁴⁴⁷ G. DEREUX, « De la nature juridique des « contrats d'adhésion », *RTDC*, 1910, p. 503.

juridiquement, forment un tout indivisible avec la convention principale, et que, cependant, l'adhérent accepte sans les connaître »⁴⁴⁸.

268. Cela nous conduit au cœur du problème que peut être posé par ce contrat. L'abus, qui peut se cacher dans les détails des clauses accessoires. Monsieur Chénéde constate que « *quant à l'objet principal de l'échange, le prix et la chose, la rémunération et le service, il paraît peu probable, en effet, que l'adhérent n'ait pas pris soin d'en soupeser les termes. Comme dans les contrats de gré à gré, on peut même considérer, sans risque de trop se tromper, que ce sont ces conditions principales qui l'ont conduit à adhérer à la convention proposée par l'offrant : le prix de la rémunération lui semblait convenable au regard de la chose ou du service promis. En revanche, on peut effectivement penser que l'appréciation de l'adhérent se sera fréquemment cantonnée à ces termes principaux (...) Pour le reste, c'est-à-dire pour les clauses accessoires, l'adhérent se sera bien souvent contenté d'une adhésion aveugle aux conditions proposées par l'offrant. Constatant que l'engagement, non pas vicié, mais irréfléchi de l'adhérent se limitait à ces clauses accessoires »⁴⁴⁹.*

269. Il peut être difficile de savoir les clauses que l'auteur estime essentielles ou accessoires. Selon une doctrine, cela est très relatif. « *Par exemple, dans un contrat d'assurance, ce sont les clauses imprimées préalablement à l'accord. Pour d'autre, cependant, ce sont les mêmes clauses qui sont essentielles ; le montant de la prime et l'évaluation des objets à assurer »⁴⁵⁰.* Une autre analyse peut être suggérée, pour laquelle l'unique interrogation est celle de savoir si le stipulant n'avait pas fermé la possibilité de négocier les termes du contrat.

270. C'est ainsi que dans certaines hypothèses, c'est le seul élément qui doit être pris en compte en raison du type de contrat qui peut être déterminant. C'est le cas du contrat de franchise. Dans le but de réaliser l'uniformité du réseau dont ils profitent, il est

⁴⁴⁸ V. PICHON, *Des contrats d'adhésion, Leur interprétation et leur nature*, Thèse, Université de Lyon, 1912, p. 19.

⁴⁴⁹ F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.*, 11 juin 2015, n° 21, p. 1226.

⁴⁵⁰ M. RAYSSAC, *Op. cit.*, n° 172, p.126.

essentiel que tous les franchisés soient tenus par les mêmes obligations. Il est possible de dire que le franchiseur est fermé quant à la négociation des termes du contrat⁴⁵¹.

271. Pour les contrats où des changements de contenu peuvent être possibles, il faut se poser la question de savoir si l'adhérent pourrait convaincre le stipulant d'apporter des modifications au contrat ou de négocier les conditions du contrat. Pour déterminer la possibilité de négocier les conditions du contrat, les juges considèrent notamment l'inégalité du rapport de force entre les parties⁴⁵².

272. Pour contrer la critique, tirée du fait qu'il serait toujours possible, au moins théoriquement, de négocier dans ces contrats pré-rédigés, Monsieur Chénéde a précisé que : « *Ce qui est important n'est pas l'existence ou l'absence de cette possibilité de modification par l'adhérent. Ce qui importe est d'une part la volonté du stipulant d'une application générale, sans modification majeure des conditions essentielles, d'autre part la soumission de l'adhérent à une partie dont elle attend une prestation sans vouloir, ou pouvoir offrir, une participation à la rédaction et à l'exécution du contrat* »⁴⁵³.

273. Il ne s'agit pas, en l'occurrence, du manque de liberté dans les négociations, mais de l'impossibilité de négociation, c'est-à-dire la détermination unilatérale et définitive des conditions générales du contrat. C'est ce qu'a entériné, en droit français la réforme du 10 février 2016. Selon le nouvel article 1110 alinéa 2 du Code civil, pour qu'un contrat d'adhésion existe, il est notamment requis, que les « *conditions générales* » aient été « *soustraites à la négociation* »⁴⁵⁴.

274. En définitive, les deux caractéristiques, rédaction unilatérale et absence de négociation, sont complémentaires. Elles sont non seulement complémentaires mais aussi suffisantes. Selon nous, ce qui est déterminant c'est l'impossibilité de négocier le contenu contractuel. L'adhésion se manifeste « *par l'impossibilité de fait de toute*

⁴⁵¹ B. LEFEBVRE, *Op. cit.*, p. 375.

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.*, n° 21, 11 juin 2015, p. 1226.

⁴⁵⁴ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats. u régime général et de la prévue des obligations. Commentaire article par article, Op. cit.*, 2016, p. 66.

contreproposition, elle apparait comme l'agrément complet de l'économie contractuelle élaborée par l'offre ou la pollicitation, donné dans les conditions stipulées par la proposition définitive de contracter »⁴⁵⁵. Si le contractant a la possibilité de négocier, il n'adhère plus. La possibilité de négocier est le propre du contrat de gré à gré. Si l'on accepte que le contrat d'adhésion puisse être négocié, on devrait également supprimer la distinction entre les deux types de contrat.

275. Certes, ce sont les clauses générales qui, le plus souvent, créent des difficultés. Mais selon nous, ce qui est déterminant c'est l'impossibilité de négocier. Il n'est pas indispensable, nous l'avons vu, de distinguer entre les stipulations essentielles et accessoires⁴⁵⁶. Le contrat d'adhésion serait pour l'instant « *celui dont les stipulations, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties* ».

276. On peut lire en doctrine, une proposition de définition du contrat d'adhésion. Il serait « *celui dont les conditions, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées préalablement par l'une des parties. Un tel contrat peut cependant leur adjoindre des conditions particulières, sujettes à négociation* »⁴⁵⁷. Cette définition a l'avantage d'éluder les stipulations essentielles en y préférant les conditions, et de prévoir leur rédaction préalable par l'une des parties. Nous ne sommes pas d'avis de laisser possible l'adjonction de conditions particulières qui puissent être négociées pour les raisons déjà mentionnées.

277. L'article 1110 alinéa 2 du Code civil, fort heureusement, retient les deux critères de l'absence de négociation et de rédaction unilatérale. Il les limite cependant aux conditions générales alors qu'il faudrait ne pas distinguer entre celle-ci et les autres clauses du contrat d'adhésion. Le contrat d'adhésion continue alors de susciter des divergences⁴⁵⁸. Il appartiendra désormais aux juges du fond de se prononcer sur ce nouvel article et les critères qu'il retient.

⁴⁵⁵ J-L. AUBERT, *Op. cit.*, p. 279.

⁴⁵⁶ N. BLANC, « Dispositions préliminaires, Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, 30 avril 2015, n° 120, p. 3.

⁴⁵⁷ R. BOFFA, « Le contrat d'adhésion », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3, p. 736.

⁴⁵⁸ Sur la critique de la définition de contrat d'adhésion de l'article 1110 alinéa 2 de Code civil v. Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, les obligations*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2016, n° 427, p. 224 ; D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats, Op. cit.*, n° 129-1, p.78.

278. Le législateur koweïtien a évoqué le contrat d'adhésion lorsqu'il a parlé de l'acceptation concernant ce contrat. L'article 80 du Code civil koweïtien indique que « *n'est pas en mesure d'empêcher la conclusion d'un contrat, le fait que l'acceptation par adhésion d'une partie à un projet réglementaire que l'auteur établit sans en permettre la discussion* ». La Cour de cassation koweïtienne a considéré que « *l'acceptation dans ces contrats n'est qu'une adhésion à ce qui a été proposé, et que la personne qui accepte n'a que prendre ou à laisser. Et comme il a besoin de former le contrat, il est obligé d'accepter, c'est-à-dire que son consentement existe mais il est imposé. Ce genre de contrainte n'est pas celui connu dans les vices du consentement, il ne s'agit que d'une contrainte liée à des facteurs économiques plutôt que reliée à des facteurs psychologiques* »⁴⁵⁹.

279. Dans la loi et dans la jurisprudence koweïtienne, on peut relever le critère déterminant de l'adhésion, à savoir l'impossibilité de négocier le contenu contractuel. La définition proposée pourrait également faire l'objet d'une proposition d'extension au droit koweïtien. Le droit koweïtien resterait alors différent du droit français, qui n'appliquerait les critères d'absence de négociation et de rédaction unilatérale qu'aux conditions générales du contrat d'adhésion.

⁴⁵⁹ Cass. com., kw., 04 janvier 1988, n° 144/87.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

280. Le contrat d'adhésion se forme donc par l'acceptation d'une offre d'adhésion préexistante. En droit français, depuis la réforme de 2016, le législateur est venu préciser les modalités d'acceptation de cette offre. Il s'agit donc d'accepter les conditions générales, soustraites à la négociation, rédigées de manière unilatérale par l'une des parties. Sur le contenu de l'offre, autrement dit ce qui est extériorisé, la loi retient non pas les stipulations essentielles, mais les conditions générales, sans pour autant innover en la matière. L'offre doit toujours être ferme et précise. A cet égard, pas de changement substantiel à relever. Le contenu de l'offre doit avoir été rédigé unilatéralement par le stipulant.

281. L'acceptation doit donc être « pure et simple », et se conformer totalement au contenu de l'offre d'adhésion. L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre selon les termes de l'article 1118 du Code civil français⁴⁶⁰. L'acceptation de l'offre d'adhésion à cette particularité que l'adhérent est dans l'impossibilité de négocier le contenu de l'offre. C'est même le critère déterminant pour pouvoir qualifier le contrat d'adhésion.

282. Les critères essentiels du contrat d'adhésion, retenus par le droit positif français, à savoir la rédaction unilatérale et l'absence de négociation, seraient bienvenus dans le Code civil koweïtien. La loi koweïtienne ne se différencierait d'avec le droit français qu'en ce que cette dernière applique les deux critères uniquement aux conditions générales du contrat d'adhésion. La jurisprudence koweïtienne s'ajoute plus d'exigence regrettable.

⁴⁶⁰ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 75, p. 70.

CONCLUSION DU TITRE I

283. En conclusion, ce qu'il faut retenir, c'est le principe selon lequel le contrat d'adhésion a bien une nature contractuelle, en dépit de la situation inégalitaire des parties à ce contrat et du caractère unilatéral de la détermination du contenu contractuel. Il n'empêche que, même s'il existe aujourd'hui une définition du contrat d'adhésion dans le Code civil français, il n'existe toujours pas, en droit koweïtien de définition claire et précise du contrat d'adhésion.

284. Cette nouvelle définition, en droit français, du contrat d'adhésion, doit être un outil et ne doit pas être utilisé sans discernement, et doit permettre plus de justice contractuelle. Lors de l'étude de la particularité de l'adhésion, on a pu remarquer l'imperfection de cette définition. Elle pêchait, lors du projet, par la référence aux stipulations essentielles et par la confusion créée par la notion de libre discussion. Elle continue de pêcher par la référence aux conditions générales et à l'absence de négociation dans l'article nouveau de Code civil. C'est la raison pour laquelle, nous nous permettons de proposer pour le Code civil koweïtien, la définition suivante : le contrat d'adhésion est « *celui dont les stipulations ont été déterminées à l'avance par l'une des parties unilatéralement, sans pouvoir être négociée par l'autre partie* ».

TITRE II :

Le pouvoir de la stipulation

285. Aussi bien en droit français qu'en droit koweïtien, le contrat d'adhésion confère un pouvoir de stipulation à une des deux parties au contrat, le plus souvent un professionnel. Ce dernier est le maître de la prérogative contractuelle, puisqu'en principe c'est lui qui bénéficie des compétences et du savoir pour rédiger le contenu contractuel. Cela ne signifie pas que le stipulant est totalement libre de rédiger les clauses du contrat sans avoir de compte à rendre ou sans limite. C'est tout l'objet de ce titre qui va s'évertuer à exposer à la fois le pouvoir de la stipulation et les limites à ce pouvoir, le droit koweïtien adoptant une démarche différente du droit français concernant le pouvoir de la stipulation dans le contrat d'adhésion.

286. Selon Monsieur Berlioz, « *le contrat d'adhésion repose sur la confiance. Cette confiance exige que l'attente légitime de l'adhérent ne soit pas déçue* »⁴⁶¹. En effet, le risque inhérent à l'adhésion est de porter sur des clauses qui déséquilibrent les droits et obligations des parties. C'est pourquoi dans ce rapport entre le stipulant et l'adhérent, il faut essayer de trouver un équilibre qui consiste à faire confiance aux parties dans l'appréciation du contenu de leur engagement. La recherche de l'équilibre contractuel est guidée par la justice contractuelle, mais force est de constater que le stipulant peut abuser de sa puissance économique pour imposer un contrat déséquilibré⁴⁶².

287. En effet, le stipulant jouit d'un pouvoir économique, qui plus est, trouve justification dans la mise en œuvre de l'unilatéralisme contractuel. La tendance au renforcement des pouvoirs du stipulant est indéniable et cela se vérifie dans la transformation des rapports contractuels, autrement dit dans la rupture avec l'historique d'égalité contractuelle⁴⁶³. C'est pourquoi il est essentiel de rééquilibrer le rapport de force en posant un certain nombre de limites au pouvoir du stipulant. Cette démarche peut

⁴⁶¹ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Thèse, LGDJ, 1973, n° 376, p. 174.

⁴⁶² A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^{ème} éd., 2016, n° 183, p. 146.

⁴⁶³ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *Op.cit.*, n°14, p.12.

consister dans la mise en œuvre de la théorie de l'abus de droit, qui en matière contractuelle s'exprime par la caractérisation de l'abus dans l'exercice des droits contractuels ou encore par celle du déséquilibre significatif.

288. Dans le rapport contractuel marqué par la domination de l'un sur l'autre, il est nécessaire sans trop abuser ni de la liberté contractuelle ni du principe de bonne foi, et sans négliger le principe de la force obligatoire du contrat, de rechercher le juste équilibre des droits et obligations des parties au contrat. Pour assurer cette difficile tâche, il convient d'examiner dans un premier chapitre la reconnaissance du pouvoir unilatéral de la stipulation (Chapitre I), avant d'étudier quelles peuvent être les limites à ce pouvoir (Chapitre II).

CHAPITRE I :

La reconnaissance du pouvoir unilatéral de la stipulation

289. La consécration de l'inégalité de fait entre les contractants dans le contrat d'adhésion résulte de l'admission d'un pouvoir de stipulation. En l'espèce, on comprend le pouvoir en ce qu'un seul contractant puisse déterminer le contenu contractuel⁴⁶⁴. C'est lui qui a le contrôle des obligations qui vont peser sur les contractants. Ce pouvoir de stipuler a été inséré dans le droit positif. En effet, « *ce qui constitue souvent dans les faits un rapport de pouvoir, est représenté par le droit comme un contrat* »⁴⁶⁵. À cet égard, la présence de ce pouvoir ne contrarie pas l'existence du contrat, mais, permet de faire évoluer de la notion du contrat. Dans cette optique, on peut considérer le contrat d'adhésion comme un « *hybride entre le contrat et le pouvoir* »⁴⁶⁶.

290. Le pouvoir unilatéral de la stipulation trouve sa justification dans la nécessité d'organiser les rapports contractuels, plus précisément les relations contractuelles de masse. Le pouvoir unilatéral de la stipulation repose sur des fondements à la fois économiques et juridiques. Il est également le fruit de la transformation des rapports contractuels consécutifs aux évolutions socio-économiques, consacrant une rupture d'égalité entre les contractants dans différentes branches du droit⁴⁶⁷.

291. Le pouvoir unilatéral de la stipulation est donc reconnu, il est l'émanation des principes de la liberté contractuelle et de l'intangibilité du contrat. Dans ce cadre, il nous appartient désormais d'analyser les fondements de ce pouvoir (Section I) mais aussi d'étudier comment la transformation des rapports contractuels s'est réalisée (Section II).

⁴⁶⁴ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Thèse, LGDJ, 2000, Tome I, n° 207, p. 211.

⁴⁶⁵ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Thèse, LGDJ, 2004, n° 30, p. 23.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, n° 78, p. 59.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

SECTION I :

Les fondements du pouvoir de la stipulation

292. Dans le domaine contractuel, le pouvoir peut avoir comme origine le fait ou le droit. Le plus souvent, le pouvoir que détient un contractant s'illustre simplement par un ascendant dû à la situation, qui peut s'exprimer par une différence de puissance économique ou la détention de l'information par une partie. Le contrat d'adhésion est emblématique de ce phénomène, puisqu'il constitue le parfait exemple de la puissance de l'une des parties⁴⁶⁸. Le pouvoir peut être justifié sur une base juridique, nous le verrons, tantôt par la loi tantôt par la jurisprudence.

293. Le pouvoir factuel d'une partie envers son cocontractant est la raison principale de l'asymétrie contractuelle. La reconnaissance du pouvoir unilatéral de la stipulation sera effectivement fonction de la représentation du rapport factuel⁴⁶⁹. À cet égard, une doctrine autorisée mentionne « *la crise interne du contrat* », lequel « *au lieu d'être le fruit d'une communauté d'intérêts animée par un altruisme minimum, le contrat est encore trop souvent le produit de l'inégalité des contractants lors de sa négociation (...). Bien souvent le contrat est miné de l'intérieur par des conflits de pouvoirs* »⁴⁷⁰.

294. Ainsi, les sources de ce pouvoir de stipulation sont nombreuses. Celui-ci peut avoir une dimension économique ou juridique. Le pouvoir unilatéral dont bénéficie une partie pour produire le contenu contractuel, même si son existence peut s'avérer nécessaire, doit néanmoins être justifié. C'est la raison pour laquelle, il convient d'examiner les justifications au pouvoir économique du stipulant (§ 1), puis de préciser les justifications civilistes de la détermination unilatérale du contenu contractuel (§ 2).

⁴⁶⁸ G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat*, Thèse, LGDJ, 2012, n° 345, p. 187.

⁴⁶⁹ P. LOKIEC, *Op. cit.*, n° 33, p. 26.

⁴⁷⁰ D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelle (I) », *Revue droit et patrimoine*, mars 1998, n° 58, p. 58.

§ 1 : Le pouvoir économique du stipulant

295. L'évolution de l'économie a complètement bouleversé la donne en matière contractuelle, et a imposé au droit une mise en conformité. Le contrat s'inscrit désormais dans une société industrielle qui ne cesse de se développer, d'où l'avènement définitif de la « *contractualisation de masse* »⁴⁷¹. Ce phénomène a pour conséquence logique de conférer à une partie au contrat un pouvoir économique qui peut être légitime, ce pouvoir créant un rapport de force aussi bien entre professionnels (A), qu'entre professionnels et non professionnels (B).

A. Le rapport de force entre professionnels

296. Le contrat d'adhésion est un outil incontournable pour les échanges dans une société industrialisée et pour permettre l'uniformisation de la réglementation pour une production de masse de biens et de services⁴⁷². L'utilisation de cette technique contractuelle est actuellement la règle dans les rapports entre professionnels et consommateurs. On recourt aussi au contrat d'adhésion pour organiser les relations entre professionnels, plus particulièrement dans les relations de distribution. C'est le cas dans les rapports entre fournisseurs et producteurs, ou encore, dans les contrats de franchise ou de concession où le franchiseur, ou le concédant, rédige lui-même le contrat proposé au franchisé ou au concessionnaire. Il est difficile de dresser une liste exhaustive mais on peut relever l'ampleur du phénomène, et le risque de déséquilibre contractuel qui en résulte⁴⁷³.

297. La réalité qui se dégage est que le rapport économique est essentiellement un rapport de forces. Il est impossible de dire que le marché est juste ou injuste. De la rencontre naît un équilibre qui, bien qu'indépendant de la volonté de l'homme, est le mieux à même de satisfaire ses besoins. C'est ainsi que se formule le postulat économique

⁴⁷¹ A. COMBALUZIER-VAUDE, *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, Thèse, Université de Montpellier I, 2008, n° 158 p. 148.

⁴⁷² G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Thèse, LGDJ, 1973, n°19, p. 18.

⁴⁷³ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Thèse, LGDJ, 2000, Tome I, n° 212, p.215.

libéral. « *Le modèle d'une société libérale, ses préceptes se formulent essentiellement en devoirs qui visent à assurer la liberté, la propriété et la sécurité* »⁴⁷⁴. Le système juridique, construit sur la base de ces principes libéraux, s'écarte toutefois de tout irréalisme, pour lutter contre les effets pervers du modèle, ou, encore pour lui permettre de fonctionner réellement⁴⁷⁵. On peut noter que le rapport de forces est intrinsèque au droit de la concurrence et au droit de la consommation.

298. Selon la théorie économique, on pouvait poser comme postulat que les échanges entre entreprises ne puissent créer d'inégalités entre les contractants. Le contenu contractuel devait dès lors être juste et équilibré, du fait de la raison de ses auteurs qui ne rencontrait aucune difficulté à définir un accord prenant en compte leurs intérêts. Les cocontractants semblaient donc tirer profit de tous les contrats conclus et leur activité professionnelle se trouvait améliorée⁴⁷⁶.

299. La nature du lien contractuel n'était pas fonction de la période de négociation, autrement dit, de la puissance respective des parties et de leurs capacités à déterminer et à comprendre les termes contractuels. Une telle possibilité éludait toute référence à un rapport déséquilibré entre les cocontractants, où la formation et l'exécution du contrat ne seraient plus libres et, où ces relations ne seraient plus harmonieuses. Les économistes considéraient que les professionnels travaillaient à leurs risques et périls. Il n'existait aucune inégalité quant à leurs chances de succès ou d'insuccès de leurs entreprises respectives⁴⁷⁷.

300. Cette vision cachait néanmoins la réalité des relations contractuelles établies entre professionnels. Sur un plan empirique, on a pu effectivement noter que des cocontractants pouvaient assujettir leurs partenaires à leurs conditions contractuelles, lesquels étaient obligés de les accepter puisque leur pouvoir ne leur autorisait que peu de possibilité de

⁴⁷⁴ M-A GRÉGOIRE, « Économie subjective utilité et intérêt du contrat, réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles, à la suite de la codification du devoir de bonne foi, 2010 », *Revue juridique Thémis*, n° 44, p.11.

⁴⁷⁵ M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Thèse, Dalloz, 2001, n° 63, p. 117.

⁴⁷⁶ A. CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels, l'apport de l'analyse économique du contrat*, thèse, Université d'Aix Marseille, 2006, n°203, p. 193.

⁴⁷⁷ *Ibid.*

discussion. La vulnérabilité économique d'une partie des entreprises a dès lors été prise en compte par la théorie économique, qui met en évidence dans les analyses récentes le caractère désuet de la conception du contrat équilibré⁴⁷⁸.

301. Ces entreprises seraient dans l'impossibilité de négocier et ne pourraient que se soumettre strictement à de nombreuses normes techniques, qui seraient contenues dans un cahier des charges rigoureux⁴⁷⁹. Dès lors, la vision économique initiale, en vertu de laquelle il ne saurait exister d'inégalités entre professionnels, est dorénavant remise en cause, au point même où l'étude des contrats conclus entre professionnels permet de déduire le phénomène d'inégalité⁴⁸⁰.

302. Dans le domaine du droit de la concurrence, la « *puissance contractuelle* » peut être conçue en prenant en considération le poids économique des partenaires contractuels, en comparaison avec le reste du marché ou celui d'un cocontractant par rapport à l'autre⁴⁸¹. Dès lors, de nombreux conflits d'intérêts peuvent surgir dans les accords, les réseaux, les groupes d'entreprise de l'économie privée. Certaines entreprises peuvent, dans ce cadre, bénéficier d'un « *pouvoir de marché* »⁴⁸². C'est ce type de pouvoir économique ou de marché qui a retenu l'attention du juriste pour assurer la protection de la partie faible au contrat d'adhésion. Ainsi, de nouveaux intérêts collectifs peuvent être pris en compte, notamment ceux des consommateurs par rapport aux entreprises, mais aussi l'application par les entreprises d'une règle du jeu économique, à savoir le droit de la concurrence⁴⁸³.

303. En doctrine, un exemple permet d'illustrer cette analyse. En effet, l'examen du contrat de franchise aide à se convaincre que le droit social ou le droit de la

⁴⁷⁸ V. F. PUEL, V. REBEYROTTE, « Abus de puissance contractuelle et pratique anticoncurrentielle », *AJCA*, 16 décembre 2015, p. 499 ; J. HOUSSIAUX, « Le concept de « quasi-intégration » et le rôle des sous-traitants dans l'industrie », *Revue économique*, mars 1957, p. 221 ; B. BAUDRY, « Contrat, autorité et confiance, la relation de sous-traitance est-elle assimilable à la relation d'emploi ? », *Revue économique*, 1992, vol. 43, n° 5, p.871.

⁴⁷⁹ A. CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels, l'apport de l'analyse économique du contrat*, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2006, n°204, p. 194.

⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁸¹ F. PUEL, V. REBEYROTTE, *Op. cit.*, p. 499 et s.

⁴⁸² G. FARJAT, *Droit économique*, PUF, 2^{ème} éd., 1982, p. 94.

⁴⁸³ *Ibid.*

consommation n'ont pas « *le monopole* » des phénomènes « *d'abus, des déséquilibres de pouvoirs* » ou « *des rapports de force* »⁴⁸⁴. Ce pouvoir est un « *pouvoir d'action* » qui peut faire bénéficier à son titulaire de la possibilité de l'imposer à d'autres opérateurs économiques⁴⁸⁵. S'agissant de la définition retenue du pouvoir au sein du droit de la concurrence français, c'est-à-dire de la position dominante, elle conduit à analyser cette dernière comme un pouvoir de fait. C'est un « *pouvoir d'agir* » de l'entreprise, une puissance économique. La position dominante « *n'est pas ainsi définie de manière statique, comme une seule conséquence d'un état du marché, mais dynamique comme un pouvoir économique* »⁴⁸⁶.

304. L'autorité française a ainsi retenu la définition de la Cour de justice des communautés européennes qui considère la position dominante comme « *une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective, sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement, des consommateurs* »⁴⁸⁷.

305. Il va de soi que ce pouvoir ne présente en tant que tel rien d'illégitime, la règle étant que la position dominante n'est pas interdite en elle-même. Elle est l'expression de la liberté du marché. Le propre de toute activité économique est de se procurer le plus grand nombre de part de marché. L'entreprise, par sa puissance économique, ne fait ainsi que mettre en œuvre son libre droit de concurrence. C'est donc le principe de la libre concurrence qui rend licite son pouvoir⁴⁸⁸. La faiblesse d'une partie se mesure par rapport à la puissance de l'autre. Cela signifie que le pouvoir n'est pas la conséquence de la prérogative juridique mais du droit qu'il a utilisé pour imposer une stipulation.

306. Au Koweït, la position dominante, voir la situation monopolistique, permet de présumer de facto le pouvoir économique du stipulant. Cette présomption découle de la

⁴⁸⁴ D. MAZEAUD, « Rapport de synthèse », *Rev. Lamy Droit des Affaires*, n° 73, 1 juillet 2012, p. 56.

⁴⁸⁵ M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Thèse, Dalloz, 2001, n° 65, p. 120.

⁴⁸⁶ L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Thèse, Economica, 1988, p. 96.

⁴⁸⁷ Cour JCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff.27-76, Rec., p. 207 ; *RTD eur.*, 1978, p. 294, note P. DELANNAY.

⁴⁸⁸ M.-S. PAYET, *Op. cit.*, n° 63, p. 117.

définition même du contrat d'adhésion figurant dans le Code civil koweïtien⁴⁸⁹. Avant la loi n°13 de 1996, le législateur koweïtien n'a en effet mentionné le monopole dans le domaine du droit privé que dans les relations issues du contrat d'adhésion dans le Code civil. Toutefois, le législateur n'a pas fixé les conditions du contrat d'adhésion, mais a laissé cette tâche à la doctrine et à la jurisprudence afin d'harmoniser le développement des relations contractuelle.

307. Au regard des conditions d'existence du contrat d'adhésion posées par la jurisprudence et la doctrine koweïtienne, le stipulant doit être en situation de monopole, de droit ou de fait, pour un produit ou service de base et de première nécessité pour tous les consommateurs, ou moins le contrôler de façon que la concurrence soit très limitée⁴⁹⁰. Nous pouvons en déduire, en l'occurrence, bien que cela soit critiquable, que le pouvoir de la stipulation est justifié par l'existence même du contrat d'adhésion. De plus, de la même manière qu'en droit français, la situation de monopole ou la position dominante ne sont pas en elle-même interdite. C'est, nous le verrons, l'abus dans ces situations qui est sanctionné.

308. Le pouvoir économique du stipulant peut aussi avoir comme explication le déficit informationnel de la partie faible au contrat ou bien du pouvoir de savoir dont bénéficient les professionnels, pouvant imposer leurs conditions au contrat. Nous avons effectivement relevé que des cocontractants pouvaient assujettir leurs partenaires à leurs conditions contractuelles, lesquels étaient obligés de les accepter puisque leur pouvoir ne leur autorisait que peu de possibilité de discussion.

309. Ce pouvoir de savoir informationnel a été traité par la théorie économique. Le postulat retenu consiste à dire que les « asymétries d'information » entre professionnels conduisent souvent à des désaccords dans la compréhension des situations liées à une méconnaissance de l'environnement contractuel⁴⁹¹. Si l'analyse contractualiste dirige ses investigations sur les effets produits par les déséquilibres informationnels, elle ne se

⁴⁸⁹ A. ALMELHEM, *Le monopole et les actions monopolistiques, étude analytique et comparé entre le droit américain, européen et koweïtien*, éditions de l'université du Koweït, 1997, p. 94.

⁴⁹⁰ Pour les conditions du contrat d'adhésion en droit koweïtien V. *supra* p. 45.

⁴⁹¹ C'est-à-dire des contraintes et des capacités de son cocontractant.

préoccupe néanmoins pas de manière significative de l'origine de ces inégalités. Elle postule « *que les asymétries résultent d'un partage inégal des connaissances entre entreprises, qui conduit le cocontractant faible à ignorer l'existence ou le contenu d'une clause, ou à se méprendre sur le sens des engagements qu'il a souscrit* »⁴⁹².

310. Sur le plan pratique, apparaissent des inégalités de connaissances entre professionnels, qui n'ont pas la même spécialité, et qui méconnaissent les détails techniques de l'activité de leur cocontractant. La partie pourvue d'un niveau de connaissance plus faible se trouve alors dans une position difficile lors de la formation du contrat, pour en négocier les termes et les conditions. De la même manière, elle pourra difficilement résister aux pressions du partenaire fort au moment de la transaction⁴⁹³.

311. Pour évaluer et prendre en considération les contraintes informationnelles, la doctrine se base sur deux préoccupations économiques distinctes, à savoir la question de l'anti-sélection et celle de l'aléa moral⁴⁹⁴. La première hypothèse concerne les cas où l'une des parties possède une information privée, inaccessible pour les autres. Cette information peut par exemple concerner le fonctionnement du marché. Le fonctionnement du marché confère cette capacité à déterminer librement le comportement à adopter, dans les relations contractuelles avec ses clients ou ses concurrents⁴⁹⁵. On saisit ainsi l'intérêt de conclure un contrat dans son domaine de compétence. Son expertise dans le domaine en question lui confère toute la latitude pour fixer le prix, les quantités et les conditions contractuelles de vente de ses produits.

312. Dans la seconde hypothèse, l'une des parties ne bénéficie pas d'un pouvoir suffisant pour contrôler les actions entreprises par son cocontractant, les décisions prises et l'exécution des obligations contractuelles. Cela a pour conséquence une réelle difficulté de mesure des comportements de son partenaire, qui bénéficie d'informations particulières sur l'exécution de ses obligations qu'il peut à sa convenance cacher ou divulguer. Le possible évitement de tout contrôle de la part de son partenaire contribue

⁴⁹² A. CATHIARD, *Op. cit.*, n° 206, p. 195.

⁴⁹³ B. SALANIÉ, « Incitation et théorie des contrats », *Cahiers Français*, 1995, n° 272, p. 3.

⁴⁹⁴ A. CATHIARD, *Op. cit.*, n° 207, p. 195.

⁴⁹⁵ B. SALANIÉ, « Incitation et théorie des contrats », *Cahiers Français*, 1995, n° 272, p.7.

très certainement à augmenter la possibilité d'adopter un comportement opportuniste⁴⁹⁶. C'est ainsi que se caractérise le pouvoir économique du stipulant entre professionnels. Il convient maintenant de se poser la question de ce pouvoir dans les relations entre professionnels et non professionnels.

B. Le rapport de force entre professionnels et non professionnels

313. Dans la relation entre professionnel et consommateur, était mentionné le pouvoir du professionnel lors de la définition des clauses abusives. Les clauses abusives sont 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 les obligations des parties au contrat* ». La clause abusive est souvent envisagée uniquement du point de vue du consommateur. C'est néanmoins le pouvoir d'imposer cette clause qui constitue le fait générateur de l'interdiction⁴⁹⁷. Selon Monsieur Berlioz, « *la puissance économique, créée chez certains le désir d'exploiter leur situation de force pour tirer des profits abusifs et imposer des conditions draconiennes* »⁴⁹⁸. La relation inégalitaire des parties est une condition d'application de la réglementation.

314. L'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, relative à la partie législative du Code de la consommation, n'apporte aucun changement majeur quant au champ d'application *ratione personae* du régime des clauses abusives. Elle ne fait qu'explicitement la règle dans l'article L. 212-1 selon laquelle « *dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Elle ne vise ici que les consommateurs, mais prévoit dans la disposition suivante l'applicabilité du régime aux contrats conclus entre professionnels et non-professionnels.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ M.-S. PAYET, *Op. cit.*, n° 74, p. 129.

⁴⁹⁸ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *Op. cit.*, n° 12, p. 14.

315. C'est la puissance économique du professionnel qui constitue son pouvoir. En effet, avant la réforme du 1^{er} février 1995, l'article L.132-1 du Code de la consommation réputait non écrites les clauses « *imposées aux non-professionnel ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie, et conférant à cette dernière un avantage excessif* ». Les magistrats avaient pour mission donc de caractériser, en plus de l'avantage excessif, « *l'abus d'une puissance économique* » de la part de celui qui a rédigé la clause.

316. Ce n'est pas le fait de consommer qui rend faible le consommateur. C'est plutôt parce qu'il entre en relation avec un professionnel que sa vulnérabilité se fait ressentir. Les critères de définition de la notion de consommateur permettent, en réalité, de préciser cette relation. Le consommateur est celui qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité⁴⁹⁹, alors qu'il présente une telle relation avec celle du professionnel. Le consommateur est tenu d'adhérer au contrat en raison de la puissance conférée par le pouvoir de stipulation au professionnel. La vulnérabilité du consommateur s'explique dès lors que par la puissance de son cocontractant⁵⁰⁰.

317. Au même titre que dans les relations entre professionnels, les informations peuvent conférer un réel pouvoir à un contractant. L'information est devenue un outil indispensable de lecture des jeux de pouvoirs et de puissance. Elle représente un élément important de compréhension de nombreux phénomènes économiques et sociaux, révélateurs d'inégalité⁵⁰¹. Le « *pouvoir économique informationnel* » ou le pouvoir de savoir s'illustre aussi dans le rapport entre professionnel et non professionnel⁵⁰².

318. Ce pouvoir se caractérise aussi bien par « *la faculté de savoir que par le fait de savoir autant dire tant par la détention potentielle de l'information que par sa détention* ».

⁴⁹⁹ L'art. Préliminaire de Code de la consommation français indique que « au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

⁵⁰⁰ M.-S. PAYET, *Op. cit.*, n° 74, p. 130.

⁵⁰¹ J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse, Université de Grenoble II, 1996, n° 555, p. 542.

⁵⁰² Le professionnel est « celui qui détient une information systématique dans un domaine particulier », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, p. 638.

réelle »⁵⁰³. La plus grande capacité d'acquisition de l'information par le professionnel l'oblige à s'informer. Cela ne signifie pas que la partie faible est dispensée de toute obligation d'information, puisqu'elle est susceptible dans certaines hypothèses de pouvoir-savoir, mais aussi parce qu'il s'exprime plus par un effet sur la volonté d'autrui que par une action positive. En conférant une position de « supériorité » à l'un des partenaires lors de la négociation du contrat, le pouvoir de savoir constitue l'un des éléments déterminants du pouvoir de négocier⁵⁰⁴.

319. Cette inégalité de puissance informationnelle s'inscrit dans la relation consumériste. Ainsi l'article L.111-1 du Code de la consommation français met à la charge des professionnels une obligation générale d'informer : en effet, « *tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services, doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou service* ».

320. L'article L. 111-1 du Code de la consommation a été modifié par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation. Il prévoit désormais qu'« *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* » et l'article L. 111-1 alinéa 1^{er} nouveau de préciser parmi ces informations « *les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné* ». Le nouveau texte confirme l'obligation d'information mais permet de préciser son contenu. Cette obligation constitue également une justification civiliste au pouvoir du stipulant (§ 2).

⁵⁰³ P. LOKIEC, *Op. cit.*, n° 37, p. 28.

⁵⁰⁴ « *Particulièrement intéressant est le mécanisme de dol qui a été assoupli pour mieux épouser les caractéristiques du pouvoir-savoir, lequel ne dicte pas ostensiblement la décision de contracter comme le ferait la violence physique, mais l'influence. La sanction de la réticence dolosive, et avec elle le développement des obligations pré-contractuelles d'informions, traduisent cet effort du droit qui se repère également à l'étendue du domaine reconnu au pouvoir-savoir.*», P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Thèse, LGDJ, 2004, n° 37, p. 29.

§ 2 : Les justifications civilistes à la détermination unilatérale du contenu contractuel.

321. Le pouvoir de la stipulation n'a pas pour unique fondement des justifications économiques. Il repose aussi sur des fondements juridiques, notamment civilistes. C'est le principe de la liberté contractuelle, qui autorise pour le contrat d'adhésion l'unilatéralisme contractuel (A). Cet unilatéralisme a même fait l'objet d'une confirmation législative surtout en droit français par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (B).

A. L'unilatéralisme contractuel.

322. L'inégalité des partenaires donne à la partie en position de force la capacité d'imposer une volonté à un cocontractant qui n'a d'autre choix que de s'y plier, son incompetence ou le besoin que représente la conclusion du contrat, l'empêchant de négocier⁵⁰⁵. Sur le plan historique, cette « *inaptitude contractuelle* »⁵⁰⁶ peut trouver son origine dans le Code civil français. La liberté et l'égalité de droit, reconnues dans l'article premier de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen en 1789, constituent le fil directeur qui a permis l'élaboration du Code civil français. C'est pourquoi les principes de la liberté contractuelle et d'égalité constituent indéniablement la colonne vertébrale du droit des contrats. D'un autre côté, le droit commun des contrats est aussi imprégné par la théorie de l'autonomie de la volonté⁵⁰⁷.

323. L'étude du droit français des contrats permet de relever que le pouvoir de la volonté unilatérale se développe progressivement, plus précisément avec la naissance du nouvel ordre contractuel qui s'exprime par l'émergence et la confirmation de nouveaux

⁵⁰⁵ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Thèse, LGDJ, 2000, Tome I, n° 211, p. 214.

⁵⁰⁶ Cette expression « *n'est pas une notion juridique mais une situation de faits qui résulte de l'inégalité des parties au contrat* », A. RACLET, « L'inaptitude contractuelle : essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle », *RDC*, 06 août 2001, n° 155, p. 17.

⁵⁰⁷ A. COMBALUZIER-VAUDE, *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, Thèse, Université de Montpellier I, 2008, n° 149 p. 140.

pouvoirs⁵⁰⁸. L'unilatéralisme est le pouvoir de la volonté d'une seule partie à créer des effets de droit. En droit des contrats, l'unilatéralisme est « *l'expression de la volonté individuelle en vue de créer une obligation contractuelle, ou de détruire le lien contractuel, ou encore de définir le contenu du contrat* »⁵⁰⁹.

324. Le recours croissant à l'unilatéralisme se présente comme la suite logique de la quête vers l'augmentation de l'efficacité économique du droit et surtout du contrat. L'unilatéralisme facilite la formation du contrat et surtout sa disparition⁵¹⁰. En effet, certaines expressions de l'unilatéralisme ne produisent, individuellement pas de nouveauté au regard du droit positif. Néanmoins, l'esprit du rapport contractuel change. Le contrat ne s'apparente plus à un accord de volonté mais plutôt à une démarche pour faire rencontrer des intérêts économiques exprimés unilatéralement⁵¹¹.

325. On peut citer, à titre d'exemple, l'évolution jurisprudentielle sur la question de la détermination du prix. On voit désormais par celui-ci la reconnaissance du pouvoir du stipulant sur le contrat à propos du contrat cadre⁵¹². En effet, afin d'être mieux comprise, la portée de cette évolution requiert de se souvenir de la démarche de la jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix.

326. Tout d'abord, en raison de l'inexistence de dispositions claires relatives à la théorie générale du contrat, cela bien évidemment avant la réforme du Code civil français. La jurisprudence a considéré les contrats cadre, tel le contrat de distribution, comme des ventes puisqu'ils avaient nécessairement pour conséquence des ventes successives pour leur exécution⁵¹³. Sur le fondement de l'article 1591⁵¹⁴ puis de l'article 1129⁵¹⁵ du Code civil, le juge a estimé que la détermination du prix constituait une condition de validité

⁵⁰⁸ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 01 décembre 2003, n° 1, p. 295.

⁵⁰⁹ S. BROS, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC*, 01 octobre 2012, n° 4, p. 1452.

⁵¹⁰ G. LOISEAU, « La puissance du contractant de droit commun des contrats », *AJCA*, n° 12, 16 décembre 2015, p. 496.

⁵¹¹ S. BROS, *Op. cit.*, p. 1452.

⁵¹² D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 01 décembre 2003, n° 1, p. 295.

⁵¹³ J. GHESTIN, note *JCP G* 1996. II. 22565, n° 2. Cass. com., 5 novembre 1971 ; *D.*1972, p. 353, note. J. GHESTIN.

⁵¹⁴ « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ».

⁵¹⁵ « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose le, moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ».

de ce type de contrat. Le prix doit donc être déterminé ou au moins déterminable par les contractants lors même de la conclusion du contrat.

327. Se prononçant au moment de la formation du contrat, le juge ne contrôle que la libre fixation du prix par les parties et non que le prix soit juste. Lorsque le prix n'est pas le fruit d'un libre accord de volonté, il prononce la nullité du contrat⁵¹⁶. Cette décision était en complète harmonie avec la théorie de l'autonomie de la volonté. L'homme étant l'élément central pour défendre ses intérêts, le juste prix correspond à celui qui a été déterminé d'un commun accord entre les parties à condition que leur consentement n'ait pas été vicié. Le prix doit donc émaner du libre accord des volontés individuelles⁵¹⁷. Cette solution avait pour fondement l'idée selon laquelle le pouvoir unilatéral de fixer le prix, conféré par le contrat à l'une des parties, était inéluctablement une source d'arbitraire et de déséquilibre contractuel⁵¹⁸.

328. De manière plus pratique, il fallait éviter que, lors de la fixation du prix, le distributeur soit soumis au producteur et, ainsi, opérer un rééquilibrage du contrat, dès lors que les contrats-cadres de distribution sont souvent, empreints d'un grand lien de dépendance économique du distributeur à l'égard du producteur. Ainsi, le risque de nullité absolue permettait au distributeur de dissuader son partenaire et de freiner les possibilités d'arbitraire et d'abus⁵¹⁹.

329. En 1994, la Cour de cassation a validé, au visa de l'article 1129 de Code civil, la détermination unilatérale du prix⁵²⁰. En doctrine, on a pu relever qu'« (...) à la différence de l'article 1591 qui requiert que le prix de la vente soit « déterminé et désigné par les parties », l'article 1129 du Code civil n'impose pas expressément que la quotité soit fixée par les deux contractants »⁵²¹. Pour Monsieur Revet, « la clause de fixation unilatérale

⁵¹⁶ Voir : Cass. com., 27 avril 1971 ; *JCP G*, 1972, II, 16975 note J. BORÉ.

⁵¹⁷ H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tom II, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008, p. 79.

⁵¹⁸ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 01 décembre 2003, n° 1, p. 295.

⁵¹⁹ *Ibid.*

⁵²⁰ Cass. civ., 1^{ère}, 29 novembre 1994 ; *Defrenois*, 1995, p. 335, obs. Ph. DELEBECQUE ; *D.*, 1995, p. 122, note L. AYNÈS.

⁵²¹ T. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in JAMIN Ch., MAZEAUD D., (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 33.

de la quotité au temps de l'exécution était alors envisageable, notamment en ce qui concerne le prix »⁵²².

330. La jurisprudence issue des quatre arrêts de l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 a considéré, dans les deux premières décisions rendues que « *lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* »⁵²³. Dans une troisième, la haute juridiction estime que l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix⁵²⁴. Enfin, le dernier arrêt énonce expressément que « *la clause d'un contrat de franchise faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat* »⁵²⁵.

331. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a exclu la question du prix dans les contrats de la théorie générale des obligations⁵²⁶. Elle a en effet créé une petite révolution en matière contractuelle dès lors que la reconnaissance de l'inégalité structurelle entre les contractants, en ce qui concerne les relations de dépendance, constitue un retour sur le postulat d'égalité, qui permet de voir les rapports dans les contrats de dépendance tel qu'ils sont⁵²⁷. Il s'agit alors de la consécration pour le stipulant d'un pouvoir unilatéral, dont il ne doit pas abuser⁵²⁸. La jurisprudence admet alors le pouvoir du stipulant dans la détermination du prix, ce qui peut correspondre à la reconnaissance d'une inégalité et aller à l'encontre du principe de consensualisme⁵²⁹.

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, n° 91-15.578, *Bull. A*, n° 7, p. 13. Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, n° 91-15.999, *Bull. A*, n° 7, p. 13 ; *JCP*, 1996, II, 22565 note J. GHESTIN ; *RTD civ.*, 1996, 153, obs. J. MESTRE ; *D.* 1996, p. 13, note L. AYNÈS ; *JCP E.*, n° 5, 1996, II, 776, note L. LEVENEUR ; *Defrénois*, 1996, I, p. 747, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁵²⁴ Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, n° 91-19.653, *Bull. A*, n° 8, p. 15.

⁵²⁵ Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, n° 93-13.688, *Bull. A*, n° 9, p. 16.

⁵²⁵ N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 05 mai 2000, n° 90, p. 41.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ T. REVET, « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.*, 1997, n° 1, p. 37.

⁵²⁸ D. MAZEAUD, « Petite leçon de solidarisme contractuel », *D.*, 22 novembre 2001, n° 40, p. 3236.

⁵²⁹ Pour aller plus loin sur le « consensualisme » : V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Thèse, LGDJ, 2007.

332. Le professeur Simler rapportant une idée du professeur Ferrier estime à propos de ces arrêts que « l'idée que le prix ne devait pas dépendre de la volonté de l'une des parties, inspirée par l'idée de potestativité, exprimait le souci de bannir toute dépendance contractuelle d'une partie par rapport à l'autre. Cette vision du contrat, nourrie par les idéaux de liberté contractuelle, d'égalité, d'autonomie des volontés, était assurément très éloignée, depuis fort longtemps, de la réalité économique - et même juridique, comme en témoigne le droit du travail. Jurisprudence et doctrine s'accrochaient pourtant désespérément à ce mythe »⁵³⁰.

333. L'existence d'un pouvoir unilatéral ne permet plus au juge d'annuler le contrat, sa pérennité et la destinée de celui qui détermine le prix sont soumises au contrôle judiciaire de l'exercice d'un tel pouvoir. En définitive, il ne s'agit plus pour le juge de protéger le contractant dominé et dépendant contre le pouvoir unilatéral de son partenaire contractuel, mais seulement de le prémunir contre les abus d'un tel pouvoir⁵³¹.

334. En effet, l'unilatéralisme n'est pas un phénomène nouveau. On le retrouve dans le Code civil⁵³² et la jurisprudence continue d'être abondante dans ce domaine⁵³³. Le contrat d'adhésion, qui est produit par une seule partie, l'autre se limitant à adhérer, est même la figure emblématique de l'unilatéralisme, lequel ne constitue pas une exception dans le droit des contrats⁵³⁴. Il ne semble donc pas impossible, en se basant sur des illustrations récentes de détermination unilatérale du contrat, de projeter une reconnaissance de la détermination unilatérale du contrat d'adhésion par le stipulant⁵³⁵.

335. L'unilatéralisme contractuel permet donc de conférer à une partie au contrat un pouvoir certain de stipulation. Ce pouvoir a récemment été consacré lors de la réforme du droit des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (B).

⁵³⁰ Ph. SIMLER, « Rapport de synthèse », *RTD com.*, 1997, n° 1, p. 75.

⁵³¹ D. MAZEAUD, « Petite leçon de solidarisme contractuel », *Op. cit.*, n° 1, p. 295.

⁵³² Par exemple « exception d'inexécution » à l'article 1219 du Code civil français.

⁵³³ À titre d'exemple « la résolution unilatérale du contrat pour inexécution » : Cass. civ., 1^{ère}, 13 octobre 1998, n° 96-21.485, *Bull. civ.*, I, n° 300, p. 207 ; *RTD civ.*, 1999, p. 374, obs. J. MESTRE.

⁵³⁴ S. BROS, *Op. cit.*, p. 1452.

⁵³⁵ M. RAYSSAC, *L'adhésion en droit privé*, Thèse, Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2004, n° 346, p. 253.

B. La consécration législative de l'unilatéralisme contractuel

336. L'unilatéralisme contractuel puise notamment sa source, nous l'avons vu, dans le principe de la liberté contractuelle. Ce principe qui n'avait pas été énoncé, en droit français, par un article qui lui était spécialement consacré, fait désormais partie intégrante du Code civil puisque son nouvel article 1102 issue de l'ordonnance du 10 février 2016 le prévoit explicitement. Cet article prévoit que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». Les seules limites à la détermination unilatérale du contenu contractuel sont, nous dit l'article, celles fixées par la loi.

337. On pourrait citer comme illustration de limites fixées par la loi, l'introduction de l'obligation de motivation lors de l'exercice du pouvoir unilatéral d'un contractant, affectant la détermination du prix. Le texte consacre le pouvoir d'une partie de déterminer unilatéralement le prix des contrats d'application d'un contrat cadre et les contrats de prestation de service⁵³⁶. En l'espèce, le pouvoir unilatéral du contractant existe bien mais il est réduit aux contrats-cadre et les contrats de prestation de service dans la clause permettant une fixation unilatérale du prix⁵³⁷.

338. Effectivement, l'article 1164 nouveau dispose que « *dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat* ». Cet article confirme la possibilité pour une partie de fixer le prix unilatéralement. Ce n'est qu'en cas de contestation qu'elle devra motiver la fixation du prix. On peut légitimement s'interroger sur les modalités de cette fixation et sur son champ d'application⁵³⁸.

⁵³⁶ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III) », *LPA*, 14 mars 2016, n° 52 p. 7.

⁵³⁷ J. MOURY, « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », *AJCA*, n° 3, 23 mars 2016, p. 123.

⁵³⁸ M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.*, n° 9, 3 mars 2016, p. 494.

339. L'ordonnance prévoit également en matière de contrat de prestation de services la possibilité de détermination unilatérale du contenu contractuel puisqu'elle dispose, par l'article 1165 nouveau du Code civil, qu'« *à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation* ». Le texte maintient l'obligation de motivation en cas de contestation par l'autre partie.

340. La consécration du pouvoir unilatéral de la stipulation se retrouve plus précisément dans l'un des apports les plus remarquable de la réforme, à savoir l'introduction dans le droit commun des contrats de la distinction générale entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion⁵³⁹. En vertu de l'article 1110 nouveau, « *le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». L'unilatéralisme contractuel est désormais consacré dans la loi par la définition donnée, dans le deuxième alinéa de cet article, du contrat d'adhésion.

341. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats prévoyait déjà d'introduire dans le Code civil des dispositions créant directement des hypothèses de puissance du contractant⁵⁴⁰. Avec l'ordonnance, c'est aujourd'hui chose faite. Dans le cadre du contrat d'adhésion, un contractant peut rédiger les conditions générales du contrat sans que le cocontractant puisse les négocier. Nous pouvons arriver à la conclusion selon laquelle, une fois que le cocontractant a été informé et qu'il a accepté les conditions générales, le contrat d'adhésion est une illustration parfaite du pouvoir unilatéral de la stipulation.

342. La reconnaissance du pouvoir unilatéral de stipulation a donc pour fondement des arguments tirés des capacités économiques du stipulant au contrat d'adhésion mais aussi des arguments juridiques que nous venons d'exposer. Ces arguments juridiques qui

⁵³⁹ C. JAMIN, « Réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats (suite et fin) - Entretien Avec J.-P. CHAZAL et C. JAMIN et G. PIGNARRE et S.PIMONT », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, novembre 2015, entretien 6.

⁵⁴⁰ G. LOISEAU, *Op. cit.*, p. 496.

trouvent leurs sources théoriques dans l'unilatéralisme contractuel confirment la nécessité d'un pouvoir unilatéral de stipulation.

343. En outre, il convient de préciser que ce pouvoir unilatéral de stipulation peut trouver une justification dans la tournure qu'ont prises les relations contractuelles. À l'origine, effectivement, les parties au contrat étaient sur un pied d'égalité. Mais avec le temps, nous constatons une évolution vers une rupture de l'égalité entre les contractants, autrement dit une transformation des rapports contractuels (Section 2) qu'il convient d'examiner maintenant.

SECTION II :

La transformation des rapports contractuels

344. Le principe de la liberté contractuelle peut avoir pour corollaire l'égalité contractuelle en droit français et en droit koweïtien. C'est une règle dont l'application n'échappe pas au contrat d'adhésion. Cependant, avec la massification et la standardisation des contrats, l'égalité des contractants dans la négociation ou la détermination du contenu contractuel a tendance à s'estomper, au profit d'un pouvoir de domination de l'auteur des stipulations contractuelles. Cette évolution marque une certaine rupture de l'égalité contractuelle, chère aux promoteurs de la théorie de l'autonomie de la volonté⁵⁴¹. Cette rupture d'égalité s'est réalisée aussi bien en droit spécial, plus particulièrement en droit français (§ 1), qu'en droit commun (§ 2).

§ 1 : La rupture de l'égalité contractuelle en droit spécial

345. En droit français, une partie de la doctrine a pu affirmer qu'*« il est clair que les contrats d'adhésion se sont multipliés de manière considérable : ils favorisent indéniablement des abus de puissance économique, spécialement au détriment des*

⁵⁴¹ J. ROCHFELD, « Le statut du droit contractuel, de protection de la partie faible : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Collectif, LGDJ, 2007, p. 835.

consommateurs. Néanmoins, le code civil de 1804 ne fait pas de distinction entre contrat de gré à gré et contrat d'adhésion, quant aux règles applicables, notamment en matière de protection de la liberté du consentement. Ce sont des lois spéciales qui sont intervenues pour réglementer, non pas le contrat d'adhésion, mais les contrats dits de consommation, c'est-à-dire ceux conclus entre professionnels et consommateurs »⁵⁴². Pour d'autres auteurs « le mouvement contemporain de défense des consommateurs recouvre une partie non négligeable du domaine du contrat d'adhésion »⁵⁴³.

346. Le contrat d'adhésion exerce très certainement un effet sur le contrat de consommation. C'est au départ la connaissance de la forme prise par le contrat de consommation qui a permis de réfléchir sur la protection contractuelle du consommateur⁵⁴⁴. Ainsi, par exemple, lors du Congrès national des huissiers de justice en 1974, d'aucuns avaient pu estimer que le contrat de consommation était « *avant tout pour les juristes une notion nouvelle, dont il est encore difficile de préciser les contours et les caractères dominants. Image grossie et parfois déformée du contrat d'adhésion, il contient par nature, et a lui intimement liée, une force contraignante quasi insurmontable émanant des agents économiques intervenant au contrat. Cette pesanteur juridique s'exerce sur le dernier maillon de la chaîne économique à laquelle est liée le consommateur* »⁵⁴⁵. Monsieur Ghestin pensant même que si « *la protection des consommateurs ne se limite pas aux contrats d'adhésion, il reste cependant que c'est leur action qui rend une actualité certaine à la théorie juridique du contrat d'adhésion* »⁵⁴⁶.

347. Monsieur Berlioz avait personnellement suggéré de se limiter à une réglementation des contrats d'adhésion⁵⁴⁷. Selon cet auteur, « *les contrats avec les consommateurs englobent tous les contrats entre l'entreprise et son client, pris le plus souvent sous la forme d'un contrat d'adhésion. La question qui se pose est de savoir si*

⁵⁴² PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^{ème} éd., 2014, n° 66, p. 50.

⁵⁴³ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil : les obligations. Tome I : l'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} éd., 2012, p. 160.

⁵⁴⁴ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Les contrats de consommation - Règles communes*, LGDJ, 2012, n° 80, p. 78.

⁵⁴⁵ Le contrat de consommation. Contribution à l'étude de la condition juridique du consommateur, Congrès national des huissiers de justice. Tours 12-16 juin 1974, LGDJ, 1974, p.13.

⁵⁴⁶ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 98.

⁵⁴⁷ G. BERLIOZ, « Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP G*, 1979, I, p. 2954.

l'on reconnaît ce fait, permettant de restaurer la pleine force des conventions dans les contrats négociés en tempérant la force des conventions dans les contrats d'adhésion, ou si l'on crée un droit protéiforme qui bientôt détruira la valeur du contrat sans protéger le consommateur, prisonnier d'un dédale de réglementations bureaucratiques. Le législateur s'est jusqu'à présent préoccupé principalement de créer un dirigisme fondé sur des interdictions multiples ; il apparaît qu'il serait maintenant opportun, sur la base d'un droit simple des contrats d'adhésion, de ne plus se contenter d'assurer le droit du consommateur à des dommages et intérêts, mais de lui assurer positivement qu'il obtiendra les biens et services qu'il désire. C'est ainsi seulement que seront rétablies la confiance et la loyauté qui doivent présider à ces relations entre l'entreprise et son client »⁵⁴⁸.

348. En effet, il est légitime de constater que la théorie du contrat d'adhésion est un facteur certain d'évolution du droit de la consommation. Le fait de ne pas distinguer entre les deux contrats a beaucoup freiné l'évolution du régime juridique propre au contrat d'adhésion. Leur distinction permet de faciliter le développement de ce régime et de démontrer le bien-fondé d'une sanction de l'impossibilité de négocier au sein même du droit commun⁵⁴⁹.

349. La doctrine dans son ensemble considère que le « cœur du droit de la consommation est constitué par les règles qui répondent cumulativement à deux critères : leur application est réservée aux relations entre professionnels et consommateurs ; leur but est de protéger les consommateurs ». La majorité des règles à visée consumériste concerne les rapports contractuels entre le consommateur et le professionnel et donc les contrats de consommation⁵⁵⁰.

350. Le rapprochement effectué entre le contrat de consommation et le contrat d'adhésion nous invite à nous questionner sur leur relation. Il est surprenant de relever que la notion de contrats de consommation n'a pas subi les mêmes critiques doctrinales que celles réalisées sur le contrat d'adhésion. La doctrine s'est comportée comme si

⁵⁴⁸ *Ibid.*, n° 26.

⁵⁴⁹ S. YADINI-NAUDOT, *Le contrat non négocié*, Thèse, Université de Nantes, 2000, n° 316, p. 276.

⁵⁵⁰ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *Op. cit.*, n° 2, p. 3.

l'avènement de ce genre de contrats était quelque chose de naturel. Cette absence de contradictions, même si elle paraît surprenante après la qualité et la rudesse de la discussion sur le contrat d'adhésion, peut s'expliquer par l'évolution propre au contrat de consommation⁵⁵¹.

351. Au fil du temps néanmoins, la question consumériste a eu un effet sur le droit civil. Avec la réforme du droit des contrats, un état des lieux était plus que nécessaire. Le droit de la consommation constitue une réponse aux lacunes du droit des contrats pour saisir le rapport de force particulier dans les contrats de consommation. Dans sa quête de rétablissement de l'équilibre contractuel, il s'est peu à peu démarqué des théories civilistes⁵⁵². L'idée à retenir est celle qui fait évoluer la philosophie contractuelle pour en permettre l'évolution technique. Le vote de textes consuméristes en est la meilleure illustration. En effet, « *la théorie du contrat d'adhésion a permis la généralisation de la différenciation des contractants en partant du constat de la particularité dans laquelle se trouve l'adhérent* »⁵⁵³.

352. Le développement des textes protecteurs avait pour justification des impératifs assez homogènes, aussi bien en droit de la consommation qu'en matière sociale. L'objectif était de protéger le consommateur ou le salarié en raison de la situation de faiblesse née de la relation contractuelle, autrement dit de protéger les personnes, qui face à la réalité du rapport de forces, étaient affaiblies et devaient même se soumettre à la contrainte imposée par leur cocontractant. Les valeurs humanistes qui fondaient cette protection faisaient que tant la personne du consommateur et du salarié que leurs intérêts économiques étaient défendus⁵⁵⁴.

353. Au lieu d'estimer que l'égalité et la liberté sont la base du lien contractuel et la source de son équilibre, le droit de la consommation suppose une inégalité qui est propre aux relations contractuelles entre les professionnels et les consommateurs, l'impossibilité

⁵⁵¹ V. LEGRAND, D. BAZIN-BEUST, *Op. cit.*, p. 4.

⁵⁵² *Ibid.*

⁵⁵³ A. COMBALUZIER-VAUDE, *Op. cit.*, n° 159, p. 149.

⁵⁵⁴ J. ROCHFELD, « Le statut du droit contractuel, de protection de la partie faible : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Collectif, LGDJ, 2007, p. 835.

de fait pour le consommateur, de négocier le contrat, le choix exclusif par le professionnel du contenu contractuelle et, par voie de corollaire, des déséquilibres contractuels structurels, potentiels ou réels, qui affectent le contrat de consommation⁵⁵⁵. Cette modélisation des contrats fondés sur l'inégalité des parties permet selon Madame Rochfeld de voir dans le contrat « *un lieu d'inscription du pouvoir, celui que la partie forte détient sur l'autre* »⁵⁵⁶.

354. Madame Pombeilh exprime la même idée lorsqu'elle estime que le particularisme de la relation contractuelle de consommation « *ne vient (...) pas du seul fait que le contractant agit dans un but d'ordre privé. La cause de cette situation particulière d'inégalité réside dans le fait que le contractant agissant dans un but privé se trouve face à un contractant poursuivant un objectif professionnel, ayant donc pour finalité la réalisation d'intérêts d'une autre nature. Ce n'est donc pas le caractère privé de l'acte qui à lui seul justifie une protection spécifique (...). C'est parce qu'à l'acte à finalité privée est opposé un acte finalité professionnelle que l'on peut considérer qu'il existe entre les parties une situation d'inégalité spécifique commandant une protection particulière* »⁵⁵⁷.

355. En matière sociale, le salarié sacrifie une frange de sa liberté individuelle dans l'intérêt du groupe et de l'entreprise⁵⁵⁸. Le fait de « *se subordonner consisterait dans le fait d'accepter de soumettre une partie de ses intérêts individuels à la capacité d'organisation et au pouvoir de direction que le chef d'entreprise exerce au profit de l'intérêt supérieur de l'entreprise. Cet essai de définition rend compte du fondement de la subordination. L'intérêt collectif de l'entreprise prévaut sur l'intérêt individuel du salarié, en principe garanti par le premier. L'employeur est lui aussi tenu par cet intérêt, mais il est des deux protagonistes le seul habilité à la définir (...)* D'abord, la capacité d'organisation montre la compétence du chef d'entreprise pour intervenir

⁵⁵⁵ D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation : nouvelles frontières ? », in *Etudes de droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Collectif, Dalloz, 2004, p. 697.

⁵⁵⁶ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011 p. 438 et s.

⁵⁵⁷ D. POMBEILH, *L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats*, Thèse, Université de Pau, dactyl., 2002, n° 866, p. 403.

⁵⁵⁸ M. RAYSSAC, *Op. cit.*, n° 357, p. 260.

unilatéralement, ensuite, le pouvoir de direction indique la contrainte dont celui-ci dispose »⁵⁵⁹.

356. L'employeur doit organiser l'entreprise et maintenir son unité, tout en agissant dans l'intérêt de celle-ci et en ne tombant pas dans l'abus de pouvoir. L'action de l'employeur est obligatoire et elle se base sur l'exigence de règles communes à l'ensemble des contractants⁵⁶⁰. Le droit du travail admet, de longue date, l'inégalité structurelle existant dans le contrat de travail, voire même, dans la relation de travail. Il en va ainsi lors de la discussion sur la qualification du règlement intérieur⁵⁶¹.

357. Par ailleurs, la majorité des critiques ont été établies sur deux types de relations contractuelles, à savoir les relations de consommation et les relations de distribution. Pour y parer, des règles spéciales sont venues organiser les rapports entre consommateur et professionnel et les relations de distribution. Le fait que ces contrats contiennent un intérêt économique qui dépasse le besoin de rééquilibrer les rapports de force contractuels n'est pas anodin. La motivation sociale mise en avant cache en réalité une raison économique. L'examen de la puissance contractuelle renvoie tant à l'exigence de protection des contractants dominés qu'au maintien de l'équilibre sur le marché, les deux objectifs étant complémentaires. Une réponse juridique est possible uniquement si ces raisons d'être ont été déterminées. Cette interaction des finalités représente un frein à la cohérence des dispositifs adoptés⁵⁶².

358. Le droit de la consommation se singularise plus par la qualité des contractants que par la nature du contrat. On pourrait donc estimer qu'il ne constitue qu'un droit des contrats au bénéfice des consommateurs. La réalité est tout autre et le recours à d'autres méthodes s'impose. Il est possible de résumer cette situation en relevant que l'objectif du droit des contrats est de se prémunir pour assurer l'effectivité du contrat. De la même

⁵⁵⁹ E. DOCKES, *L'application dans le temps des règles de droit du travail : contribution à l'étude du droit transitoire*, Thèse, Lyon, 1992, p. 6.

⁵⁶⁰ M. RAYSSAC, *Op. cit.*, n° 357, p. 261.

⁵⁶¹ *Ibid.*, n° 354, p. 257.

⁵⁶² A-S, CHONÉ, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, *Economica*, 2010, n° 3, p. 3.

manière, le droit de la consommation a pour mission de protéger les contractants, en particulier le consommateur puisque celui-ci est faible.

359. Ainsi, le contrat de consommation est par nature déséquilibré et il convient de rétablir un équilibre, ce qui a pour conséquence que le législateur en matière consumériste s'éloigne des règles du Code civil⁵⁶³. Les qualités de consommateur et de professionnel sont utilisées pour déduire l'inégalité ou la domination. La relation consommateur-professionnel nécessite, en effet, que le besoin de protection du consommateur s'apprécie par rapport la position du cocontractant professionnel⁵⁶⁴.

360. La différence de traitement dans la relation professionnel-consommateur trouve une explication à un double titre, qui renvoie aux finalités économiques et sociales du droit de la consommation. Selon Madame Choné, « *la finalité économique du droit de la consommation justifie que soit protégé le consommateur car ce dernier est doté d'une fonction économique. La finalité sociale du droit de la consommation justifie que soit seul visé le rapport consommateur-professionnel car il est irréfragablement présumé déséquilibré* »⁵⁶⁵.

361. Le contrat de consommation n'est pas le seul à être déséquilibré, puisque nous l'avons vu le contrat de travail crée aussi un rapport de force en défaveur du salarié. C'est pourquoi dans ces contrats, il a semblé utile de protéger la partie économiquement faible, au regard des flagrants déséquilibres de puissance économique entre le salarié et l'employeur d'une part, et le consommateur et le professionnel d'autre part. La croissance du caractère complexe et technique des relations sociales a contribué à augmenter de manière significative la place du salariat et de la consommation. Il semblait donc intéressant pour le contrat de consommation de suivre la voie empruntée par le contrat de travail⁵⁶⁶.

⁵⁶³ V. LEGRAND, D. BAZIN-BEUST, *Op.cit.*, p. 4.

⁵⁶⁴ C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légale de protection, essai de méthodologie législative*, Thèse, LGDJ, n° 407, p. 209.

⁵⁶⁵ A.-S., CHONÉ, *Op.cit.*, n° 534, p. 351.

⁵⁶⁶ J. ROCHFELD, « Le statut du droit contractuel, de protection de la partie faible : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », *Op. cit.*, p. 835.

362. Le contrat de travail a progressivement bénéficié d'une autonomie, alors qu'à la base dans le Code civil, on faisait référence au contrat de louage d'ouvrage défini dans l'article 1710 comme le contrat « *par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». En raison de la dépendance économique du salarié à l'égard de son employeur, le contrat de travail a été déraciné du Code civil pour être réglementé par les dispositions du Code du travail⁵⁶⁷.

363. Même si le droit « spécial » peut se targuer d'une certaine autonomie, il reste que certaines dispositions nouvelles auront un effet certain sur lui⁵⁶⁸. L'autonomie du droit du travail ne signifie pas qu'il ne puisse puiser dans d'autres sources et on sait que le contrat de travail reste soumis aux règles du droit commun⁵⁶⁹. Son régime utilise en effet, plus ou moins directement, les schémas du Code civil, le contrat de travail pouvant appliquer les règles relatives aux vices du consentement et à la force majeure pour ne citer que celles-ci.

364. La législation spéciale ne pouvant suffire, le droit commun peut être utilisé pour combler les vides du droit spécial ou pour ceux qu'il a volontairement laissés à l'application des règles générales. La doctrine considère que la nouvelle figure du contrat d'adhésion, issue de l'ordonnance du 15 février 2016, qui autorise « *une immixtion renforcée du juge dans le contenu des contrats déséquilibrés, pourrait alors devenir plus attractif pour les branches du droit attachées à la régulation de rapports contractuels inégalitaires* »⁵⁷⁰.

365. En droit koweïtien, le contrat d'adhésion avait été consacré dans le Code civil dès son entrée en vigueur en 1980. Le droit de la consommation est retardé jusqu'à la loi n°39 de 2014 sur la protection du consommateur. La rupture d'égalité contractuelle n'est pas uniquement propre à la catégorie des droits spéciaux, elle s'applique également en droit commun des contrats.

⁵⁶⁷ J.- P. CHAZAL, *Op.cit.*, n° 534, p.192.

⁵⁶⁸ C. BERNARD, « La réforme du droit des contrats : quel impact sur le droit du contrat d'assurances ? », *LPA*, n° 12, 22 mars 2016.

⁵⁶⁹ L'article L.1221-1 dispose que « Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun... ».

⁵⁷⁰ L. BENTO DE CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », *Rev. Trav.*, n° 4, 24 avril 2016, p. 258.

§ 2 : La rupture de l'égalité contractuelle en droit commun

366. Dans une société autorégulée par ses membres et où la liberté individuelle permet de garantir la diversité des objectifs recherchés, le contrat formule la capacité des individus à organiser eux-mêmes l'équilibre de leurs préoccupations ou à réaliser, par le commerce de biens et de services, une fonction économique importante. Issu de la négociation ou de l'adhésion, il crée des effets juridiques dont la reconnaissance et la sanction dépendent du droit objectif⁵⁷¹.

367. Le contrat d'adhésion n'échappe pas à l'application de cette règle. Ce qui caractérise les contrats d'adhésion, c'est ce besoin pour l'une des parties au contrat d'obtenir le produit ou le service en question et l'impossibilité de négocier le contenu contractuel. Ces contrats concernent indifféremment professionnels et particuliers, même si dans le contrat d'adhésion, les particuliers s'engagent le plus souvent dans une relation de consommation⁵⁷².

368. En droit français, la théorie de l'autonomie de la volonté, développée jusqu'à l'aube du XXe siècle, a imposé la perception que l'on se fait du contrat, au point de nous laisser penser que la règle a toujours été celle du contrat, négocié entre deux contractants, qui se concèdent mutuellement des choses pour arriver à un accord commun. On peut aujourd'hui dire que cette vision est fautive⁵⁷³. La qualification de contrat d'adhésion n'est pas liée à la qualité de la personne contractante mais au processus d'élaboration du contrat d'adhésion que nous avons souligné. L'impossibilité de négocier et la rédaction unilatérale du contenu permet de présumer le rapport de domination.

369. Pour une partie de la doctrine, la catégorie des contrats d'adhésion n'exprime pas entièrement la réalité du rapport de force. Le fait qu'ils soient souvent l'endroit de l'abus de domination ne signifie pas forcément qu'il faille en faire un critère incontournable de la domination. Ainsi, l'absence de négociation n'empêche pas le contractant d'être sur un

⁵⁷¹ J.-J. BARBIÈRI, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *RDC*, n° 2, 01 avril 2006, p. 621.

⁵⁷² G. RAYMOND, « Les contrats de consommation », *J.Cl. Conc et Cons.*, fasc. 800.

⁵⁷³ A. COMBALUZIER-VAUDE, *Op.cit.*, n° 158 p. 148.

ped d'égalité avec son partenaire. Seules des considérations d'ordre pratique ont motivé la préparation d'un contrat-modèle, parce que la négociation individuelle de nombreux contrats similaires est matériellement impossible. Par conséquent, l'adhérent peut bénéficier d'autres offres, ce qui ne le place pas dans un rapport déséquilibré⁵⁷⁴.

370. La modélisation du contrat est justifiée par les nombreux contrats dont les coûts de négociation semblent être démesurés. En outre, la possibilité de négocier n'engendre pas automatiquement l'équilibre des forces contractuelles. La négociation ne doit pas non plus permettre d'écarter la qualification d'« *abus dans le contrat* », sinon les contractants simuleraient des négociations avec le seul objectif d'empêcher la partie en situation de dépendance de bénéficier de la protection qui lui est proposée⁵⁷⁵.

371. Un autre auteur, Monsieur Chazal, évoque des hypothèses de contrat d'adhésion où on ne relève pas de déséquilibre de puissances économiques⁵⁷⁶. Pour lui, « *la définition du contrat d'adhésion ne coïncide pas avec l'inégalité de puissance économique, puisque l'adhérent n'est pas toujours celui des cocontractants qui est en position de faiblesse. Même s'il ne s'agit pas du cas le plus fréquent, il est vraisemblable* »⁵⁷⁷. Il suggère « *d'imaginer qu'une entreprise économiquement puissante adhère à une convention sans en discuter préalablement les clauses. Par exemple, ce sera le cas pour des services annexes à l'activité principale de cette entreprise tels que le nettoyage des locaux ou la location temporaire de véhicules. On peut difficilement concevoir qu'une entreprise, aussi puissante soit-elle, ait la possibilité matérielle de négocier tous les contrats qu'elle conclut, même les plus insignifiants pour son exploitation. Dans le même ordre d'idée, il est courant qu'entre deux entreprises de puissance sensiblement équivalentes un contrat d'adhésion soit passé. Le développement de la pratique des conditions générales contractuelles, rédigées au verso des bons de commande ou des papiers en-tête, a considérablement multiplié le nombre de contrats d'adhésion dans la*

⁵⁷⁴ A.-S. CHONÉ, *Op.cit.*, n° 535, p. 353.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse, université GRENOBLE II, 1996, tom. I, p. 187.

⁵⁷⁷ *Ibid.*

vie des affaires, même si cela n'est pas sans poser des problèmes d'interprétation en cas de contrariété entre certaines clauses unilatéralement rédigées par chaque partie »⁵⁷⁸.

372. D'ailleurs, le contrat d'adhésion peut constituer une présomption d'abus de puissance économique. C'est ce que, dans un arrêt en date du 6 janvier 1994, la première chambre civile de la Cour de cassation a retenu. Pour la Haute juridiction effectivement, l'existence d'un contrat d'adhésion fait présumer l'abus de puissance économique⁵⁷⁹. Monsieur Chazal estime qu'« *une telle solution est particulièrement critiquable puisqu'elle pose comme postulat absolu que le contrat d'adhésion signifie abus de puissance économique* »⁵⁸⁰. Il faut considérer que ni l'absence de négociation dans le contrat d'adhésion, ni son existence ne permet de conclure sans aucun doute au déséquilibre ou à l'égalité. Il va s'agir de rechercher la solution dans la récente réforme du droit commun des contrats.

373. Le droit civil français avant la réforme, comme déjà précisé⁵⁸¹, pose comme principe l'égalité entre les contractants. Le problème, qui n'a pas été soulevé par la doctrine, est celui de la différence qui peut naître entre l'égalité de droit et l'égalité de fait. En effet, l'égalité qui se manifeste en droit est souvent remise en cause par des éléments factuels. Le déséquilibre de forces contractuelles peut se révéler tant en amont qu'il peut être le fruit de la relation contractuelle. Quelle que soit l'hypothèse, l'égalité juridique n'est qu'un leurre destiné à cacher un rapport de domination et de dépendance. La différence entre égalité de droit et égalité factuelle est fréquente⁵⁸². En filigrane, l'idée qui s'est concrétisée est celle de « protection de la partie faible » et le Code civil en a même été imprégné⁵⁸³.

374. La rupture d'équilibre qui est créée dans les contrats d'adhésion, en raison de l'impossibilité de négocier, a abouti à son élévation par la doctrine au rang de nouveau

⁵⁷⁸ *Ibid.*

⁵⁷⁹ Cass. civ., 1^{ère}, 6 janvier 1994 ; *J.C.P.*, 1994, II, 22237, note G. PAISANT.

⁵⁸⁰ J.-P. CHAZAL, *Op.cit.*, p. 192.

⁵⁸¹ V. notre introduction *supra* p. 1.

⁵⁸² A.-S. CHONÉ, *Op.cit.*, n° 3, p. 3.

⁵⁸³ J. ROCHFELD, « Le statut du droit contractuel, de protection de la partie faible : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », *Op. cit.*, p. 835.

critère permettant de classer les contrats. C'est pourquoi, on distingue souvent entre le contrat d'adhésion et le contrat de gré à gré. L'avant-projet de réforme de droit des obligations Catala⁵⁸⁴ mentionnait le contrat d'adhésion afin de le soumettre à l'élimination des clauses abusives non négociées⁵⁸⁵.

375. Enfin, il faut relever la prise en compte du déséquilibre contractuel dans le contrat d'adhésion dans l'avant-ordonnance du 25 février 2015⁵⁸⁶. Lors des discussions préparatoires à l'ordonnance du 10 février 2016, l'une des questions qu'il fallait se poser était de savoir s'il fallait accepter, par l'admission du contrat d'adhésion comme catégorie de droit commun, que le caractère intangible de la loi contractuelle ne soit plus la première règle du droit des contrats, conformément au principe *Pacta sunt servanda*⁵⁸⁷.

376. Cette manière de voir est dorénavant légalement prévue par le premier alinéa de l'article 1110 nouveau du Code civil français, mais aussi par le premier alinéa de l'article 1102 nouveau, selon lequel « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». La libre détermination du contenu contractuel est l'une des expressions de la liberté contractuelle, qui reflète la place importante de la volonté individuelle dans la conception « *moderne du contrat* ». Or cette liberté offerte ne l'est fondamentalement que pour les seules parties aux contrats de gré à gré. En ce qui concerne les contrats d'adhésion, cette liberté ne peut être offerte qu'à l'auteur des stipulations contractuelles ; l'adhérent n'ayant d'autre latitude que celle de souscrire ou de ne pas souscrire à ces dernières⁵⁸⁸.

377. Selon un auteur, il est inutile de rechercher laquelle des parties est forte ou faible. Cette recherche est aujourd'hui désuète, puisque l'on assiste à l'inéluctable standardisation des contrats. Peu importe que la partie entre dans l'une ou l'autre des

⁵⁸⁴ Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), 22 septembre 2005.

⁵⁸⁵ V. LEGRAND, D. BAZIN-BEUST, *Op.cit.*, p. 4.

⁵⁸⁶ Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015. F. ANCEL, B. FAUARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, DALLOZ, 2017, n°24-25, p.130.

⁵⁸⁷ T. REVET, « Une philosophie générale ? », *RDC*, 01 avril 2016, n° Hors-série, p. 5.

⁵⁸⁸ *Ibid.*

catégories précitées, ce qui compte c'est l'adhésion ou non à un contrat dont les conditions générales sont déterminées à l'avance⁵⁸⁹.

378. On a pu remarquer que cette adhésion à des conditions prédéfinies existait déjà dans les relations entre professionnels, notamment dans le Code de commerce, qui comportait déjà des règles propres à ces relations, qui interdisent les déséquilibres significatifs. Toutefois, l'article 1110 du Code civil ne prête pas attention à un déséquilibre de nature économique. Il classifie le contrat d'adhésion en une catégorie normale. Le contrat d'adhésion est « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* », en vertu de cet article du Code civil français⁵⁹⁰.

379. Cette définition semble contestable, car elle n'apporte pas de fondement à la soumission à un régime contenant un déséquilibre, comme c'est le cas pour les législations spéciales. Le législateur a effectivement prévu trois critères difficiles à caractériser. Que peut signifier une telle introduction des conditions générales. La même question peut être posée au sujet de la soustraction à la négociation. Selon le dernier critère qui est temporel, il faut donc que ces conditions générales soient « *déterminées à l'avance par l'une des parties* »⁵⁹¹.

380. Cette introduction, dans le droit commun, de la catégorie « contrat d'adhésion », et de la distinction générale entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion, a pour effet la modification de la conception unitaire du contrat et de son régime général. Monsieur Revet estime effectivement qu'il « *est de droit commun, que dans certains contrats, une partie n'est plus irréfragablement présumée être l'auteur des stipulations contractuelles puisqu'elle est légalement admise comme n'en ayant pas été l'auteur* »⁵⁹².

⁵⁸⁹ J.-D. BARBIER, « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion », *LPA*, n° 25, 5 juillet 2016, p. 55.

⁵⁹⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, les obligations*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2016, n° 427, p. 224.

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² *Ibid.*

381. D'un autre côté, s'agissant du droit koweïtien, qui en intègre les besoins de protection inhérents à la société moderne, la doctrine koweïtienne a rétréci l'état de la protection en la conditionnant à l'existence d'un monopole du stipulant dans le contrat d'adhésion. Cela ne convient pas avec l'idée sur laquelle s'est basée la théorie du contrat d'adhésion. Le Koweït s'est rapproché de l'idée d'une économie libérale et il en a résulté la production de nombreuses lois, qui établirait cette pensée. Ainsi par exemple, c'est le cas de la nouvelle loi sur l'industrie⁵⁹³, de la loi sur la privatisation⁵⁹⁴, la loi pour encourager les investisseurs étrangers⁵⁹⁵ et d'autres lois qui créent une activité de libre-échange et l'encouragent.

382. À cet égard, il est légitime de dire l'inadaptation du monopole en tant que condition indiquant l'existence du pouvoir de stipulation. Tout d'abord, on peut citer l'avis de Monsieur Ghestin sur ce sujet car, et comme nous l'avons déjà souligné, il s'oppose à la doctrine française qui prend en considération le monopole. Selon lui, « *la restriction apportée à la liberté contractuelle est plus grande lorsque le maître du contrat se trouve, qui plus est, dans une situation de monopole. La liberté se réduit alors à celle de ne pas contracter le plus souvent illusoire en présence de prestations répondant à des besoins de la vie quotidienne dont il est devenu difficile de se passer, comme la fourniture d'énergie* »⁵⁹⁶.

383. Rappelons-nous que le législateur koweïtien n'a pas fixé les conditions du contrat d'adhésion. En effet, il a laissé cette tâche à la doctrine et à la jurisprudence afin que cela puisse s'harmoniser avec le développement des relations contractuelles. Au regard des conditions de l'existence du contrat d'adhésion posées par les jurisprudences et la doctrine koweïtiennes, le stipulant doit être en situation de monopole, de droit ou de fait, d'un produit ou service base et de première nécessité pour tous les consommateurs, ou moins le contrôler de façon que la concurrence soit très limitée⁵⁹⁷.

⁵⁹³ La loi n° 65/ 1996, journal officiel, Koweït Alyum, n° 274/ 42.

⁵⁹⁴ La loi n° 37/2010.

⁵⁹⁵ La loi n° 51 /1994 portant sur la modification de la loi du sociétés commercial n° 15/1960, journal officiel, Koweït Alyum, n° 167/40.

⁵⁹⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M SERINET, *Traité de droit civil, la formation du contrat. Tome I : le contrat, le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 690, p. 498.

⁵⁹⁷ Pour les conditions du contrat d'adhésion en droit koweïtien v. *supra* p. 45.

384. Et sans aucun doute, le monopole est une position du commerçant qui influence le marché, dont la précision est d'une grande importance. Pour déterminer le monopole légitime ou l'exploitation abusive d'une position de monopole, l'influence dont le commerçant bénéficie doit être sur un produit ou service qui s'étend sur une zone géographique précise, c'est-à-dire le marché géographique. Le législateur koweïtien a établi le critère de la position de monopole dans l'article 60 A-B de la loi n°13 de 1996. L'article dispose que « *le marchand est en position de monopole s'il a la capacité de contrôler les prix des marchandises et des services* ».

385. Le législateur koweïtien a laissé l'appréciation de la position de monopole au pouvoir souverain de juge du fond. La note explicative a rapporté des exemples où le commerçant est en position de monopole. Il en va ainsi « *s'il n'a pas de concurrent ou s'il a été exposé à une concurrence non essentielle ou limitée, ou bien s'il n'y a pas de concurrence substantielle entre un groupe de commerçants dans un marché d'achat et de vente de la même sorte de marchandise ou de service, ou si le commerçant a une part de marché largement supérieure à celle de ses concurrents, tant qu'il n'a pas été prouvé qu'il ne peut pas contrôler les prix ou éviter la concurrence* »⁵⁹⁸.

386. À titre d'exemple, on peut citer une décision rendue contre une société de communication téléphonique⁵⁹⁹, qui était seule à proposer ces services limités et qui n'avait pas de concurrent sur le marché koweïtien. La Cour d'appel koweïtienne a refusé de considérer le contrat, entre la société et un des abonnés au service de téléphone mobile du service de communication mobile, comme un contrat d'adhésion, dès lors que la société ne dispose pas de monopole sur les services de communication mobile. La Cour se base sur deux raisons : la première est que le service n'était pas de première nécessité pour les consommateurs, la deuxième parce que le décret portant sur la création de la société ne lui donne pas le droit de monopole.

387. Nous voudrions mentionner deux remarques sur cette décision. La première c'est que la Cour, afin de caractériser le monopole, a considéré qu'il fallait l'acquisition de l'un

⁵⁹⁸ La note explicative du Code civil koweïtien, edarat Al Fatwa wa Altashri, 5^{ème} éd., 2008, p.80.

⁵⁹⁹ C.A., kw.. 2^{ème}, Com., 5 décembre 1989, n° 428-89.

des services de nécessités de base et qui sont essentiels aux consommateurs. Cette condition, même si elle est parmi les conditions du contrat d'adhésion, n'est pas nécessaire pour caractériser le monopole. C'est-à-dire que la Cour, dans cette jurisprudence, a intégré la condition des services de base à la condition de monopole et en a même fait une condition. Il semble que la décision a été influencée par le concept de monopole selon la loi islamique, qui exige, afin de caractériser le monopole, l'acquisition de la marchandise de première nécessité⁶⁰⁰.

388. La deuxième c'est que la Cour s'est appuyée sur le fait que le décret portant sur la création de la société ne lui confère pas de monopole. En effet, d'une part, la société qui ne s'est pas vue accorder de monopole légal, bénéficiera sans aucun doute d'un monopole de fait, parce qu'elle n'a pas de concurrent sur le marché. D'autre part, car il existe des obstacles à l'entrée des concurrents sur le marché à cette époque-là, parce que le gouvernement avait déjà rejeté plusieurs demandes de création de sociétés de communication mobile⁶⁰¹.

389. On constate que la combinaison entre la position de monopole et le contrat d'adhésion peut neutraliser l'objectif de l'article 80 du Code civil koweïtien. L'influence de la jurisprudence et la doctrine française sur les législateurs koweïtiens, à ce moment-là, était une garantie. Le pouvoir de stipulation ne s'arrête pas devant l'existence du monopole. En outre, en cas d'abus dans l'exploitation de la position de monopole, la protection est disponible à travers le droit commercial parce que chaque contrat d'adhésion comprend des clauses abusives. Est par exemple considéré en tant qu'abus l'exploitation de la position de monopole. En revanche, il n'y a pas dans chaque abus une exploitation de la position de monopole d'un contrat d'adhésion. Ainsi, l'abus de l'exploitation de la position de monopole est plus large que le contrat d'adhésion. Il a été légiféré afin de permettre à la partie faible de demander la modification des clauses abusives ou réclamer des indemnités. Le contrat portant sur un produit ou un service qui

⁶⁰⁰ A. ALMELHEM, *Le monopole et les actions monopolistiques, étude analytique et comparé entre le droit américain, européen et koweïtien*, Éditions de l'université du Koweït, 1997, p. 94.

⁶⁰¹ *Ibid.*

n'est pas de première nécessité constitue la première cause du rejet de la plupart des procès⁶⁰².

⁶⁰² M. ALGAREEB, *Le monopole et la concurrence déloyale*, Dar Alnahdah Alarabia, 2004, p. 229.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

390. Nous avons constaté qu'en droit français, le pouvoir unilatéral du stipulant dans un contrat d'adhésion est constitué dans l'insertion des « *conditions générales, soustraites à la négociation* » et « *déterminées à l'avance par l'une des parties* », alors qu'en droit koweïtien, le stipulant doit être en situation de monopole. En définitive, que l'on se réfère au pouvoir économique du stipulant ou à l'évolution de la nature des rapports contractuels, force est de constater l'existence d'un pouvoir unilatéral de la stipulation.

391. Les déséquilibres en pouvoir ont été traités plus précisément avec les évolutions du droit économique. Le contrat est un outil permettant les échanges, mais aussi un lieu de pouvoir⁶⁰³. Ce pouvoir existe, certes, mais il doit cependant être confronté à des règles dont le but est de garantir un minimum de sécurité juridique. Ces règles viennent donc, pour éviter de créer des rapports excessivement déséquilibrés, limiter ce pouvoir unilatéral de la stipulation (Chapitre II).

⁶⁰³ G. CHANTEPIE, « La notion d'équilibre du contrat », in FREDERIC P. (éd.), *L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats (Actes colloque Lille, 24 juin 2016)*, Loyers et Copropriété, n° 10, Octobre 2016, dossier 6.

CHAPITRE II :

Les limites au pouvoir unilatéral de la stipulation

392. L'abus de droit a parfois été défini comme « *l'utilisation d'un droit dans une finalité autre que celle qui est normalement la sienne* »⁶⁰⁴. Pour mieux saisir son sens, il faut étudier de quelle manière la question de l'abus se pose par rapport à l'exercice des droits. Il ne fait pas de doute que les droits confèrent certaines facultés à leurs titulaires en leur imposant, du même coup, des devoirs fixés par la loi⁶⁰⁵. On retient généralement que « *le concept d'abus de droit ne présente d'utilité et de pertinence que si la prérogative considérée –qu'on la qualifie de droit ou de liberté– s'inscrit dans un cadre textuel suffisamment précis, qui crée une sorte de préjugé de licéité pour les comportements qui s'y inscrivent* »⁶⁰⁶.

393. La question qui se pose est celle de l'existence, en dehors des textes, des limitations non-précisées par le législateur. C'est là le cœur de la question de l'abus de droit⁶⁰⁷. Selon Monsieur Josserand, l'acte abusif est celui « *qui accomplit en vertu d'un droit subjectif dont les limites ont été respectées, est cependant contraire au droit envisagé dans son ensemble et en tant que juridicité, c'est-à-dire en tant que corps de règles sociales obligatoires* »⁶⁰⁸.

394. Le pouvoir unilatéral de la stipulation trouve comme limite l'abus de droit tel qu'il vient d'être défini. Dans notre matière, le contrat confère des droits et des obligations aux parties. L'abus de droit dans le contrat s'exprime d'abord par la caractérisation de l'abus dans l'exercice de droits contractuels (Section I). Dans le contrat d'adhésion, cette dernière va être effectuée par la découverte d'un déséquilibre significatif crée par le contrat (Section II).

⁶⁰⁴ A-, A. HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation*, IRJS, 2015, n° 75, p.58.

⁶⁰⁵ A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Thèse, LGDJ, 2001, n° 55, p. 28.

⁶⁰⁶ P. ANCEL, « Abus de droit », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 2.

⁶⁰⁷ A. KARIMI, *Op. cit.*, n° 55, p. 28

⁶⁰⁸ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, n° 245, p. 332,

SECTION I :

La caractérisation de l'abus dans l'exercice de droits contractuels

395. L'abus de droit confère un caractère excessif à l'exploitation d'un droit. Il serait judicieux, selon la doctrine, de privilégier une distinction entre les limites internes et externes d'un droit⁶⁰⁹. Dans le domaine contractuel, l'abus de droit consisterait dans le dépassement des limites internes du contrat en tant que droit subjectif. Dans cette perspective, la notion d'abus dans le contrat renvoie à deux phénomènes juridiques distincts. Le franchissement des limites internes correspondrait à la caractérisation d'une faute contractuelle (§ 1) ou encore à l'exercice abusif d'une prérogative contractuelle (§ 2), autrement dit à l'utilisation à des fins autres que celles initialement prévues entre les parties. Cela concerne autant le droit français que koweïtien.

§ 1 : La caractérisation de l'abus par la faute

396. La théorie de l'abus de droit, qui a suscité de nombreuses discussions doctrinales, s'illustre aujourd'hui dans le droit positif, et l'on a pu soulever la question de son éventuelle utilisation par le législateur⁶¹⁰. Le Doyen Carbonnier relève que l'on peut découvrir « *du neuf en étudiant l'abus de droit à partir non plus de la jurisprudence, mais de la loi positive, car les applications légales du système se sont multipliées* »⁶¹¹. De façon générale, on peut abuser de toutes les facultés contractuelles⁶¹², l'abus de droit couvrant tous les aspects de la vie du contrat⁶¹³.

397. Il est donc possible de constater une faute dans l'exercice d'un droit⁶¹⁴. L'abus de droit se définit selon Monsieur Josserand comme « *l'acte dicté par l'intention de nuire*

⁶⁰⁹ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 1990, n° 697. Voir aussi : J. GHESTIN, « L'abus dans les contrats », *LPA*, 20 août 1981, p. 379, pour une explication sur les limites externes et internes d'un droit.

⁶¹⁰ M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Thèse, Dalloz, 2001, n° 81, p. 141.

⁶¹¹ J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome 4. Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 233, p. 404.

⁶¹² B. FAGES, « Des comportements contractuels à éviter », *Droit et patrimoine*, mai 1998, n° 60, p. 67.

⁶¹³ Abus dans la liberté de conclure, ou de ne pas conclure ; abus dans la détermination et la mise en œuvre du contenu contractuel ; abus dans la rupture du contrat ou dans son non renouvellement.

⁶¹⁴ L. JOSSERAND, *Op. cit.*

ou comme l'exercice d'un droit contraire à sa fonction sociale »⁶¹⁵. Il ne manque plus qu'à déterminer quand l'exercice d'un droit devient abusif parce qu'il faut, pour engager la responsabilité, en plus de l'existence d'un dommage, que l'exercice du droit soit fautif⁶¹⁶.

398. L'abus de droit semble donc constituer une faute dans le comportement du cocontractant⁶¹⁷. La qualification de l'abus est déduite de l'attitude du bénéficiaire du droit contractuel. Dans cette optique, l'abus se rattache immédiatement et exclusivement à une question de responsabilité civile, c'est une faute dans l'exercice d'un droit. Pour illustrer ce propos, on peut citer la révocation d'une personne faite avec des propos injurieux. Il n'y a pas abus de droit car la réaction juridique ne se trouve pas dans le droit mais dans l'injure en question. La personne révoquée ne pourra être réintégrée mais pourra obtenir une indemnisation⁶¹⁸. La qualification d'abus est le fruit d'un comportement du titulaire du droit indépendamment d'une analyse du contenu de son droit⁶¹⁹.

399. Conçu comme une faute, l'abus correspond à la violation d'une norme, d'une obligation préexistante. La faute est traditionnellement définie comme « *l'inexécution d'une obligation contractuelle imputable à son auteur* ». Cette définition fait apparaître deux éléments, qui, tous deux, ont donné lieu à des discussions : un élément objectif, l'inexécution, et un élément subjectif, l'imputabilité⁶²⁰. Les conceptions plus modernes aboutissent à considérer la faute comme la conduite que n'aurait pas eue le bon père de famille⁶²¹, la doctrine plus récente faisant désormais référence au comportement raisonnable⁶²². La faute étant la transgression d'un devoir préexistant, les stipulations

⁶¹⁵ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 638, p. 349. Voir également : J.-P. CHAZAL, « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 2003, p. 325.

⁶¹⁶ Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 13^{ème} éd., 2014, n° 610, p. 485.

⁶¹⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2000, p. 19.

⁶¹⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, p. 67.

⁶¹⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, p. 17.

⁶²⁰ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 717, p. 730 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 2 : responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 2^{ème} éd., 2010, p. 88.

⁶²¹ P. JOURDAIN, *J. Cl. Civil code*, Article 1382 à 1386, Fasc. 120-10, n° 17.

⁶²² Réflexion sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats, Entretien avec J.-P. CHAZAL, Ch. JAMIN, *CDE*, n° 6, Novembre 2015, entretien 6.

donnent normalement naissance à des obligations contractuelles dont la transgression va constituer une faute contractuelle.

400. Pour apprécier l'abus en tant que faute contractuelle, on recourt souvent à la notion de bonne foi par l'analyse des comportements individuels. Le juge recourt à des standards juridiques⁶²³ pour qualifier l'abus dans tous les écarts dont il a connaissance. La bonne foi constitue un moyen d'insérer la règle morale dans le droit positif, elle a vocation à s'appliquer aussi bien lors de l'exécution du contrat, que lors de sa formation⁶²⁴. Le nouvel article 1104 du Code civil français affirme que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* », cette disposition étant d'ordre public.

401. La bonne foi ne se résume pas à un simple ressenti, elle correspond à une règle de comportement qui s'exprime tout le long du contrat. La faute de comportement, encore appelée faute d'abus, a été appréciée en doctrine selon que l'on relève une intention de nuire ou un manquement à l'obligation de bonne foi⁶²⁵. Le manquement va être retenu en fonction de la morale et de la cohérence contractuelle. En effet, ne pas abuser de son droit est un devoir général qui apparaît alors comme une ramification de la bonne foi contractuelle.

402. Par principe, la jurisprudence estime que l'exercice d'un droit n'est pas fautif⁶²⁶. La chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet 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* »⁶²⁷. L'abus n'a que dans des cas très limités pour origine l'application même d'une clause⁶²⁸.

⁶²³ Bon bailleur, bon salarié, bon concurrent.

⁶²⁴ D. HOUTCIEFF, *Op. cit.*, n° 638, p. 349.

⁶²⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, p. 169 s.

⁶²⁶ Cass. civ., 3^{ème}, 13 janvier 1999, n° 97-14.746, *Bull.*, 1999 III, n° 10, p. 7.

⁶²⁷ Cass. com., 10 juill. 2007, *Bull. civ.*, 2007, IV, n° 188 ; RDC, 2007 p. 1107, obs. L. AYNÈS. Voir aussi : O. DESHAYES, « La sanction de l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », *RDC*, 2011 p. 726.

⁶²⁸ D. HOUTCIEFF, *Op. cit.*, n° 638, p. 349.

403. Est-ce le cas en matière de contrat d'adhésion où le domaine de l'abus concerne particulièrement les clauses contractuelles. Actuellement, les clauses contractuelles générales tendent à se substituer au droit positif qui doit normalement incarner la recherche d'un équilibre entre les droits et obligations. Or, les règles prévues unilatéralement favorisent souvent les intérêts de leur rédacteur⁶²⁹. Il va de soi que l'absence de négociation peut être génératrice d'abus plus profitable à l'offrant qu'à l'adhérent⁶³⁰.

404. Rappelons-nous, même si le contrat d'adhésion rédigé en considération des exigences de l'économie, confère au stipulant une position de force, il ne débouche pas nécessairement sur l'abus d'une telle position⁶³¹. En effet, « *il y a de très nombreux contrats d'adhésion dont les stipulations n'ont rien d'abusif* »⁶³². Le contrat d'adhésion suggère juste la présomption selon laquelle la clause a été imposée, mais cette impossibilité de négocier n'est pas forcément constitutive d'un abus.

405. Selon la jurisprudence, « *il ne s'agit pas de condamner le pouvoir économique qui s'exerce par l'intermédiaire du contrat d'adhésion mais de prévenir les abus de ce pouvoir* »⁶³³. Les juges précisent encore que « *la confiance inhérente à l'adhésion ne s'accordant pas d'un déséquilibre flagrant, il appartient au juge de contrôler et de sanctionner les abus* »⁶³⁴. Effectivement, l'abus n'est pas propre au contrat d'adhésion en tant que tel. C'est le fait de relever un déséquilibre entre les droits et les obligations qui permet de caractériser l'abus.

406. L'impossibilité de négocier dans le contrat implique une application particulière de l'obligation de bonne foi. Cette dernière se trouve renforcée et la faute sera d'autant plus facile à caractériser. La simple tentative d'utiliser le pouvoir de la stipulation de

⁶²⁹ S. VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *Droit des obligations. Tome 2 : responsabilité civile et quasi-contrats*, p. 101.

⁶³⁰ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (2^e partie) », *RDC*, 1 juillet, 2012, n° 3, n° 5, p. 1017.

⁶³¹ M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Thèse, Dalloz, 2001, n°76, p.134.

⁶³² Ch. LARROUMET, *Droit civil, les obligations, le contrat*, Tom III, ECONOMICA, 4^e éd, 1998, n°435, p.402.

⁶³³ T. com. Paris, 14 avril 1972, *RTD civ.*, 1973, p. 145, obs. G. CORNU.

⁶³⁴ *Ibid.*

mauvaise foi doit permettre de présumer l'abus de droit et faire disparaître la condition de causalité dans les rapports contractuels d'adhésion. L'abus, en tant que faute de comportement, devrait pouvoir emporter l'allocation de dommages-intérêts⁶³⁵. C'est ce que retient l'ordonnance du 10 février 2016 dans la section sur l'inexécution du contrat⁶³⁶.

407. L'article 30 du Code civil koweïtien prévoit que « *l'utilisation d'un droit est illégale lorsque son auteur le détourne de son but ou de sa fonction sociale* ». Cet article du droit koweïtien semble influencé par la conceptualisation du droit islamique qui peut être entendu selon les termes suivants : l'exercice des droits est protégé par la loi dès lors qu'il ne cause pas de préjudice à autrui, autrement dit, tout exercice anormalement dommageable est interdit⁶³⁷.

408. C'est plus précisément l'article 30 qui nous concerne dans l'examen de l'abus de droit en tant que faute puisque, comme en droit français pour la violation de la bonne foi contractuelle, le législateur koweïtien considère que l'intention de nuire constitue un des cas où l'auteur abuse de son droit. Il ressort de l'annexe explicative au Code civil koweïtien que son article 30 concerne aussi la théorie de l'abus de droit⁶³⁸.

409. Des deux analyses dont l'abus est traditionnellement l'objet, c'est la seconde qui désormais va nous occuper. Il ne s'agira plus d'étudier l'abus comme une faute de comportement reprochable au titulaire du droit, mais d'examiner les phénomènes juridiques dénommés abus qui constituent une limite même de la validité, de l'efficacité d'un droit contractuel et surtout au contrat d'adhésion (§ 2).

⁶³⁵ A. CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat*, Thèse, PUAM, 2006, n° 3, p. 17. Pour la jurisprudence : Cass. civ., 3^{ème}, 28 juin 2006 ; D. 2006, p. 2629, note C. AUBERT DE VINCELLES.

⁶³⁶ Article 1217 et suivant.

⁶³⁷ A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Thèse, LGDJ, 2001, n° 58, p. 28.

⁶³⁸ Pour aller plus loin sur l'abus en droit islamique : M. ALSAYED, *L'abus de droit son critère et nature dans la théorie et jurisprudence de droit civil égyptien*, Alhayaa Almistriya Alama Lelkitab, 1979.

§ 2 : La caractérisation par l'exercice abusif d'un droit né du contrat

410. L'abus de droit va être examiné, dans les développements qui suivent, sous l'angle de la force obligatoire du contrat, qui constitue sa deuxième conception doctrinale. L'abus peut ainsi correspondre à une méthode de délimitation du contenu d'un droit. Son étude appréhende plus concrètement le fond des droits subjectifs et la force obligatoire des clauses contractuelles⁶³⁹. Il va s'agir en l'occurrence de juger non pas de l'attitude d'un homme mais bien de la force de ses droits, l'abus constituant *une limite à la force obligatoire du contrat*⁶⁴⁰. L'abus de droit, en l'espèce, peut en premier lieu s'exprimer dans l'exercice abusif d'une prérogative contractuelle (A) et en second lieu par un abus de la liberté contractuelle (B).

A. L'exercice abusif d'une prérogative contractuelle

411. Le pouvoir de stipulation permet à son titulaire d'imposer une volonté unilatérale à un contractant qui est dans l'incapacité de discuter. C'est par la mise en œuvre et l'usage de la prérogative contractuelle que l'on va pouvoir qualifier l'abus de droit⁶⁴¹. Vu sous cet angle, « *le terme d'abus désigne l'acte qui, se couvrant du voile de la conformité à la lettre, sort pourtant des limites qui sont fixées au droit litigieux en considération de son esprit* »⁶⁴². La matière contractuelle est indéniablement le terrain d'élection de désignation, puisque l'abus de droit consisterait dans ce champ à se fonder sur une clause à des fins autres que son esprit. Il faut donc en l'occurrence privilégier l'esprit à la lettre.

412. Se référer à l'esprit des droits consiste, relève le Professeur Stoffel – Munck, à s'intéresser à leur raison d'être, autrement dit à la prise en compte de leur finalité⁶⁴³. L'approche finaliste de l'abus ne retient pas les éléments extérieurs à l'opération

⁶³⁹ A. CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat*, *Op. cit.*, n° 3, p. 16.

⁶⁴⁰ Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, p. 17.

⁶⁴¹ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000, n° 323, p. 299.

⁶⁴² Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, p. 468.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 469.

contractuelle voulue mais s'intéresse plus à l'organisation interne du contrat⁶⁴⁴. Il est intéressant pour l'analyse de se concentrer sur les droits qui, lors de leur exercice, présentent une apparence de régularité. Lorsque la lettre et l'esprit se confondent, il semble difficile de qualifier l'abus.

413. Le critère de l'abus réside dans le détournement de la finalité du droit, si l'on considère la fonction des droits. À cet égard, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation semble, dans ses célèbres arrêts sur la détermination du prix, consacrer un contrôle du respect de la finalité des droits⁶⁴⁵. En doctrine aussi, Monsieur Karimi estime que « *celui qui, en contractant, cherche à profiter excessivement de sa situation, abuse de son droit subjectif de contracter. Chercher à utiliser le droit de contracter pour imposer sa volonté à son partenaire, c'est détourner ce droit de sa propre finalité* »⁶⁴⁶.

414. L'article 30 du Code civil koweïtien dispose que « *l'utilisation d'un droit est illégale lorsque son auteur le détourne de son but ou de sa fonction sociale* ». L'abus de droit est caractérisé lorsque son auteur utilise son droit pour le détourner de son but ou de sa fonction sociale. Le droit né du contrat, même s'il est intangible, ne doit pas permettre de dépasser excessivement les droits du partenaire contractuel.

415. L'abus d'une prérogative contractuelle peut aussi se réaliser par le détournement stricto sensu de la finalité de la clause⁶⁴⁷. Cela peut être le cas d'une clause considérée comme une stipulation qui confère des prérogatives ayant la nature de droits potestatifs⁶⁴⁸. Elle introduit de l'unilatéralisme, aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté, propre à la structure du contrat d'adhésion. L'unilatéral ne permet pas à lui seul de retenir l'abus mais il ouvre une brèche à l'opportunisme⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 496.

⁶⁴⁵ Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995 ; *JCP*, 1996, II, 22565, note J. GHESTIN.

⁶⁴⁶ A. KARIMI, « L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *JCP*, 1996, I, 3918, p. 135.

⁶⁴⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, p. 507.

⁶⁴⁸ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, 1999 ; C. POMART-NOMDEDEO, « Les droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD civ.*, 2010 p. 209.

⁶⁴⁹ G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat essai de typologie*, Thèse, LGDJ, 2012, n° 391, p. 224.

416. Même s'il est valide, le pouvoir de la stipulation ne peut être efficace lorsque sa mise en œuvre est abusive, autrement dit excessif. L'ampleur de la force obligatoire des prérogatives contractuelles unilatérales doit être restreinte. En effet, le fait de se fonder sur ces clauses pour des raisons étrangères à celles pour laquelle elles ont été consenties les détourne de leurs finalités⁶⁵⁰. Le respect de la finalité de la prérogative contractuelle trouve une autre justification doctrinale selon laquelle « *le détournement de pouvoir serait constitué dès qu'une personne utilise délibérément ses pouvoirs pour une fin autre que celle en vue de laquelle le pouvoir lui a été conféré* »⁶⁵¹. L'abus de droit apporte ici une limite aux excès possibles du pouvoir de la stipulation.

417. La prérogative contractuelle n'a donc valeur obligatoire que dans les limites de ce que les contractants ont effectivement consenti. Cette règle est déterminante pour les clauses du contrat d'adhésion car elles répondent forcément à une finalité prévue de manière conventionnelle. Ce but fonde l'esprit de la clause, c'est à dire ce qui a poussé les parties à la stipuler. L'application effective de la clause impose le contrôle des raisons qui ont poussé son bénéficiaire à l'invoquer, c'est-à-dire la recherche de la trahison ou non de son esprit⁶⁵². Au respect de l'esprit de la clause contractuelle s'ajoute celui de la liberté contractuelle, le contractant se voyant opposer la limite de l'abus de la liberté contractuelle.

B. L'abus de liberté contractuelle

418. Le recours au concept d' « abus », comme limite posée à la mise en œuvre absolue d'une liberté, trouve matière à s'appliquer et s'inscrit pleinement dans le domaine des contrats, où la liberté est justement la règle première. En effet, accompagnant l'évolution très souvent relevée du droit positif vers des systèmes empreints de plus de subjectivité et de morale, ayant pour source les mouvements consuméristes et le besoin de limiter les conséquences d'une compétition économique de plus en plus vigoureuse, la notion d'abus

⁶⁵⁰ *Ibid.*, n° 392, p. 224.

⁶⁵¹ E. GAILLARD, *La notion de pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 67.

⁶⁵² G. HELLERINGER, *Op. cit.*, n° 394, p. 225.

est progressivement devenue l'un des moyens de la « police » du contrat exercée par le juge⁶⁵³.

419. La distinction entre droits subjectifs et libertés individuelles n'empêche pas d'intégrer les libertés dans l'analyse de la théorie de l'abus dans le but de la compléter notamment, par l'abus de liberté contractuelle⁶⁵⁴. La liberté contractuelle ne peut être l'instrument de la mise en œuvre par un contractant de ses pouvoirs exorbitants. Dès lors, une partie abuse de sa liberté lorsqu'elle touche sans raison valable la liberté de l'autre. Même si la notion d'abus de droit n'est utile que lorsque la prérogative est fondée textuellement, rien n'empêche le juge de franchir les limites textuelles pour sanctionner certaines pratiques abusives ou disproportionnées.

420. La limitation à une liberté consentie n'en autorise pas l'atteinte. Il est nécessaire de poser une « présomption de liberté » pouvant être renversée si l'atteinte portée peut se justifier⁶⁵⁵. Dès lors, le fait, pour une partie, d'imposer à son cocontractant une obligation démesurée est sans aucun doute un abus de liberté contractuelle. Dans ces conditions, il importe d'élargir la théorie de l'abus de droit par celle de l'abus de liberté, l'abus de liberté contractuelle étant caractérisé lors de l'imposition d'une obligation sans fondement ou d'une obligation excessive.

421. Pour limiter les abus de la liberté contractuelle, Il faut relever l'existence du système de lutte contre les clauses abusives⁶⁵⁶. Les limitations que l'ordre juridique impose à la liberté contractuelle relèvent de l'ordre public de protection ou de direction⁶⁵⁷. La relation entre clause abusive et ordre public de protection permet instinctivement de faire se référer au droit de la consommation. Il n'est cependant pas judicieux de se limiter à cette vision. En effet, l'idée véhiculée par le vocable de clause abusive ne renvoie pas exclusivement au consumérisme. D'autres clauses peuvent être anéanties selon des

⁶⁵³ M. LAURENT, « L'abus dans le droit des contrats », *Droit et Patrimoine*, 2000, n° 83, p.42.

⁶⁵⁴ A.-A. HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat : contribution à la théorie de l'obligation*, IRJS, 2015, n° 75, p. 58.

⁶⁵⁵ J. ROCHFELD, « Contrat et libertés fondamentales », *RDC*, 2003, p. 17.

⁶⁵⁶ L. LEVENEUR, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs », *RDC*, 2012, p. 1441.

⁶⁵⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, p.293.

critères fondamentalement identiques à ceux que vise l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

422. En doctrine, l'abus dans le contrat a fait l'objet d'une proposition de définition en droit commun des contrats. Elle a proposé consiste en l'insertion dans le Code civil d'une nouvelle disposition relative à l'abus dans le contrat défini comme « *l'exploitation abusive par un contractant de sa situation de domination par laquelle celui-ci impose à son partenaire des conditions qu'il n'aurait pas pu lui imposer s'il ne s'était pas trouvé dans cette position* »⁶⁵⁸.

423. L'article 1110 nouveau du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016, distingue entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion. Son alinéa 2 prévoit que « *le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Cet article même s'il prive l'adhérent de la négociation du contenu contractuel, ne fait pas disparaître le principe de la liberté contractuelle⁶⁵⁹. Pour contrôler et sanctionner les abus éventuels, le législateur dans sa réforme a prévu un article 1171 selon lequel « *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* ».

424. Les limites au pouvoir unilatéral de la stipulation, nous l'avons vu, peuvent s'articuler autour de l'abus dans l'exercice de droits contractuels. Dans le contrat d'adhésion, la caractérisation de l'abus va être effectuée par la découverte d'un déséquilibre significatif créé par le contrat (Section II).

⁶⁵⁸ A.-S. CHONÉ, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Economica, 2010, n° 526, p. 346.

⁶⁵⁹ Article 1102 nouveau : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ».

SECTION II :

La caractérisation du déséquilibre significatif

425. En droit français, dans l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 réformant le droit des contrats, on retrouve les principes de liberté contractuelle et d'intangibilité des conventions légalement conclues. Le premier a permis de diffuser l'idée qu'un contrat était forcément juste dès lors que, librement négocié par les parties, il était fondé sur un équilibre recherché et consenti. La pratique contractuelle avait néanmoins permis de conclure à l'absence d'égalité entre cocontractants pouvait conduire à des contrats déséquilibrés⁶⁶⁰.

426. La réforme du droit des contrats a pour ambition de rendre le droit des contrats plus protecteur des personnes en situation de faiblesse. Elle réalise cet objectif notamment par l'insertion dans le Code civil de l'article 1171 qui étend au droit commun la garantie d'une sanction des clauses, créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat d'adhésion⁶⁶¹. Plus précisément, le déséquilibre significatif est l'élément essentiel dans la qualification de l'abus, puisqu'il constitue la limite au-delà de laquelle l'abus sera caractérisé dans le contrat d'adhésion. C'est pourquoi le déséquilibre significatif doit être identifié en tant que limite au pouvoir de stipulation (§ 2). Avant de tracer cette limite par la précision de la notion, il convient de procéder à l'identification du déséquilibre significatif en tant que standard juridique (§ 1).

427. Le droit koweïtien, dans l'article 81 du Code civil, dispose que « *lorsque le contrat se forme par adhésion et contient des clauses abusives* ». Ainsi la limite de pouvoir de stipulation dans le contrat d'adhésion est la clause abusive. Le Code civil koweïtien ne contient pas un standard déterminant cet abus, à l'instar de droit français.

⁶⁶⁰ P. SIRINELI, « L'équilibre dans le contenu du contrat », *DALLOZ IP/IT*, n° 5, 3 mai 2016, p. 240.

⁶⁶¹ En ce sens v. G. CHANTEPIE, « La notion d'équilibre du contrat », in FREDERIC P. (éd.), *L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats (Actes colloque Lille, 24 juin 2016)*, Loyers et Copropriété, n° 10, Octobre 2016, dossier 6.

§ 1 : L'identification du déséquilibre significatif en tant que standard juridique

428. L'identification et l'interprétation du déséquilibre significatif, notion floue nécessite le recours ou la référence à un standard juridique. C'est en tout cas ce que le législateur et le juge retiennent, malgré les critiques. Il convient dès lors de justifier le recours au standard juridique de « déséquilibre significatif » (A) avant de préciser son domaine d'application (B).

A. La référence à un standard

429. Nul ne peut ignorer le phénomène des standards juridiques. Il se développe dans la loi, marquée par de plus en plus d'incertitudes, qui laisse au juge son autorité normative, le privilège de préciser, cas par cas, la norme de référence. Parmi les standards qui ont un succès considérable dans l'ordonnance du 10 février 2016, on peut relever « l'abusif » duquel découle celui du déséquilibre significatif⁶⁶². Dès lors que c'est le juge qui détermine lui-même la norme, il est souhaitable que la Cour de cassation exerce un contrôle régulateur, sans quoi on s'insérerait dans l'imprévisibilité d'une loi contractuelle indéterminée⁶⁶³.

430. Nous pouvons donc remarquer l'éclosion de ce qu'il convient d'appeler les « *standards juridiques* ». C'est en raison de l'introduction de ces concepts « à *géométrie variable* » que le texte pourra difficilement être mis en œuvre de façon autonome⁶⁶⁴. Le standard juridique, c'est l'exclusion d'une règle générale pour un examen juridique au cas par cas. Il ne permet pas de priver l'examen de toute prévisibilité ou orientations jurisprudentielles⁶⁶⁵. Il n'est pas impossible pour les commentateurs de tracer une ligne directrice dans les interprétations faites du standard juridique dans le but d'essayer de

⁶⁶² L. AYNÈS, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC*, 2016, Hors-série.

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ Th. GENICON, D. MAZEAUD, « L'équilibre contractuel, trop c'est trop ! » *RDC* 2012, p. 1469.

⁶⁶⁵ *Ibid.*

donner un sens à ces notions floues⁶⁶⁶. En effet, au gré des décisions, on peut arriver à savoir comment interpréter la notion de déséquilibre significatif.

431. Toutefois, reprocher au déséquilibre significatif son imprécision ou encore son indétermination, c'est lui reprocher d'être ce que le législateur a voulu qu'il soit : « *un standard, une notion-cadre* », c'est-à-dire, pour paraphraser le Doyen Cornu, une « *notion intentionnellement indéterminée* »⁶⁶⁷. Dans la mesure où le juge a le pouvoir d'apprécier, au cas par cas, si tel contractant s'est comporté en « *bon père de famille* », il peut être de son devoir de déterminer, si tel autre a créé un « *déséquilibre significatif* »⁶⁶⁸. Le vide laissé procède de la volonté du législateur poursuit le Doyen Cornu⁶⁶⁹. Or il paraît que, globalement, l'utilisation d'un énoncé souple s'explique par l'incapacité du législateur de prévoir toutes les hypothèses et de toutes les énumérer. La formulation d'une clause générale semble être la seule manière de traiter la nécessaire multiplicité des situations⁶⁷⁰.

432. Il va de soi que les juges sont tenus par leur culture et leur expérience juridique nationales pour rendre leurs décisions. Pour Monsieur Genicon « *les standards juridiques sont délibérément voulus comme des notions ouvertes et offertes au juge, comme des soupapes données par le législateur au juge pour faire du sur-mesure. Ils sont l'instrument privilégié de ce versant très important du droit que sont les politiques jurisprudentielles. Et ces grandes lignes jurisprudentielles, on l'a compris, font partie intégrante de l'identification du droit et doivent impérativement être connues autant, si ce n'est plus, que la lettre du texte lui-même* »⁶⁷¹.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, n° 177 p. 97.

⁶⁶⁸ F. CHÉNEDÉ, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC*, 2011, p. 709.

⁶⁶⁹ G. CORNU, *Op. cit.*, n° 178 p. 97-98.

⁶⁷⁰ Voir : « Standard », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., PUF. Pour les identifier, il faut se référer à la définition suivante : « *Pour désigner une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif (englobant et plastique, mais normatif) qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extralégales ou même extra juridiques (références coutumières, besoins sociaux, contexte économique et politique), occasion d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant* ».

⁶⁷¹ Th. GENICON, D. MAZEAUD, *Op. cit.*, p. 1469.

433. Au-delà de la nécessaire existence des standards juridiques, il est utile de répondre à la question de savoir si le déséquilibre significatif constitue un standard. Certes, il peut nous orienter dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause⁶⁷², mais cela suffit-il pour dire qu'il constitue un standard. Ce dernier a été identifié, pour la première fois, par Roscoe Pound, doyen de l'Université de Harvard, qui le définit comme « *une mesure moyenne de conduite sociale correcte* »⁶⁷³. Si ces standards ont pris autant de signification dans les pays anglo-saxons, il n'en demeure pas moins que c'est aussi le cas pour toutes les branches du droit français⁶⁷⁴, le déséquilibre significatif étant appliqué aussi bien en droit de la consommation qu'en droit commun.

434. Il faut dès lors conclure que les standards sont des notions juridiques du fait de leur inclusion dans la règle de droit. Le Conseil constitutionnel, en répondant à la question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 442-6, I, 2° du Code de commerce, a expressément reconnu cette qualité au standard du déséquilibre significatif⁶⁷⁵. Il estime, en effet, que « *pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du Code de la consommation* ».

435. En doctrine, on peut d'abord trouver des avis selon lesquels la clause abusive est un standard juridique. Monsieur Testu a effectivement pu relever que « *la définition de la clause abusive ne peut être qu'un standard c'est-à-dire l'une de ces notions juridiques à contenu variable, qui ne sont pas susceptibles de prédéfinition théorique parce que leur sens se trouve réellement activé qu'en présence d'une hypothèse correspondant à un cas*

⁶⁷² N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Thèse, LGDJ, 2000, n° 422, p. 263.

⁶⁷³ A. TUNC, « Standard juridique et unification du droit », *Rev. int. dr. comp.*, 1970, p. 247.

⁶⁷⁴ C.-M. PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 13 décembre 2013, n°297, p. 231.

⁶⁷⁵ Cons. constit., déc. n° 2010-85, QPC, 13 janvier 2011 : A. DADOU, « Faut-il avoir peur du "déséquilibre significatif" dans les relations commerciales ? », *LPA*, 13 avril 2011, n° 73, p. 17 ; D. MAINGUY, « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du code de commerce », *JCP G*, n° 10, 2011, p. 477 ; Y. PICOD, « Le déséquilibre significatif et le Conseil Constitutionnel », *D.*, 2011, note p. 414 ; D. TRICOT, « Vers un équilibre significatif dans les pratiques commerciales », *CCC*, n° 1, mars 2011.

⁶⁷⁵ M. MALAURIE-VIGNAL, « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *CCC*, n° 11, 2008, n° 12.

concret »⁶⁷⁶. C'est ce que confirment MM. Terré, Simler et Lequette qui constatent que l'article L. 132-1 du Code de la consommation, définit les clauses abusives par l'intermédiaire d'un standard⁶⁷⁷.

436. Le déséquilibre significatif étant lui-même inclus dans la définition de la clause abusive, ressort-il de la catégorie des sous-standards⁶⁷⁸ ou bien faut-il le considérer comme un standard à part entière. On pourrait penser que le déséquilibre significatif constitue un outil dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause. Si on le limite à cette facette, il est possible de le sous-catégoriser. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue que le standard du déséquilibre significatif a été constitutionnalisé dans la décision relative à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ou encore qu'il a fait l'objet d'une consécration législative avec la réforme du droit des contrats du 10 février 2016 dans l'article 1171. De sous-standard, il semble avoir évolué en prenant une position suffisamment centrale pour qu'il puisse être considéré comme un standard à part entière. C'est à partir du standard « déséquilibre significatif » que l'on peut apprécier l'abus et ce dans différents domaines.

B. Le domaine d'application du standard

437. Ces extensions de la notion du déséquilibre significatif soulèvent plusieurs questions. Le déséquilibre significatif doit-il être compris ou interprété de la même manière en droit de la consommation, en droit de la concurrence et en droit commun ? A-t-il dans chaque domaine une identité propre ou peut-il faire l'objet d'une unification⁶⁷⁹. Au regard de la différence de formulation des trois articles contenant le standard de déséquilibre significatif, on peut a priori penser que chaque domaine possède sa propre identité.

⁶⁷⁶ F.-X. TESTU, « La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives », *D. Aff.*, 1996, p. 372 et s.

⁶⁷⁷ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *Op. cit.*, 2013, n° 308, p. 320.

⁶⁷⁸ N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, *Op. cit.*, n° 422, p. 263.

⁶⁷⁹ C-M. PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, *Op. cit.*, p. 15.

438. Est-ce vraiment le cas ? La formulation de l'article L. 212-1 du Code de la consommation n'est présente ni dans l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui réprimande celui qui soumet son partenaire commercial à des « *obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »⁶⁸⁰ ni dans l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, qui prévoit dans l'article 1171 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* ».

439. Le choix de mettre en place dans le droit commun un moyen de lutter contre le déséquilibre significatif se justifie même si le texte peut soulever des critiques⁶⁸¹. Ce qui est sûr, c'est que le déséquilibre significatif est inclus dans les trois dispositions. Il peut être judicieux de traiter de l'application du standard et pour répondre à la question de la possible unification, il faut ensuite évoquer l'articulation et les liens existant entre les textes.

440. Nombreux sont les contrats susceptibles de contenir des déséquilibres. Ainsi, par exemple, les contrats informatiques constituent parmi d'autres, une catégorie qui est plus susceptible d'être exposée au risque de déséquilibre en raison de la différence de pouvoir entre les contractants sur les plans économique, juridique et techniques⁶⁸². Les contrats informatiques émanent le plus souvent de prestataires professionnels qui ne doivent pas, selon l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, soumettre leur partenaire commercial à des « *obligations créant un déséquilibre significatif* ».

441. Le législateur a pris conscience de ce risque, présent dans de nombreux domaines. C'est pourquoi il a déjà pu intervenir par l'intermédiaire du droit de la consommation dans le but de défendre les parties les plus faibles. Le risque de l'adhésion est de concerner

⁶⁸⁰ C. com., art. L. 442-6, I, 2° : « 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 ».

⁶⁸¹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Observations sur l'article 1169 du projet », *LPA*, 04 septembre 2015, n° 177, p. 70.

⁶⁸² P. SIRINELI, « L'équilibre dans le contenu du contrat », *DALLOZ IP/IT*, n° 5, 3 mai 2016, p. 240.

des clauses qui déséquilibrent les droits et obligations des parties. La notion de clause abusive en droit français, même si elle ne figure explicitement que dans l'article L. 212-1 du Code de la consommation, contrarie et fait évoluer les divisions classiques entre les branches du droit. En effet, étant connu à la base comme une notion consumériste, elle s'étend désormais au droit des affaires et au droit commun⁶⁸³.

442. En droit de la consommation, il suffit que l'un des contractants soit un professionnel et l'autre un non-professionnel⁶⁸⁴ ou consommateur, pour que les règles sur les clauses abusives soit applicable à tous les contrats. Contrairement au droit commun, le texte n'impose même pas l'existence d'un contrat d'adhésion. Pour une doctrine autorisée, « *cette attitude évite bien des difficultés, car la catégorie des contrats d'adhésion est une nébuleuse dont les contours manquent de précision* »⁶⁸⁵.

443. La loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie, nous l'avons vu, a consacré l'interdiction de créer un déséquilibre significatif dans le Code de commerce. Alors qu'il ne visait initialement que les abus de la grande distribution, le champ d'application rationne personae du texte est beaucoup plus large⁶⁸⁶. En effet, engage sa responsabilité nous dit l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce « *le producteur, le commerçant, l'industriel ou la personne immatriculée au répertoire des métiers* », qui soumet ou tente de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

444. C'est ainsi que le droit français a inscrit le standard du déséquilibre significatif dans les législations spéciales et qu'il a introduit dans le Code civil, pour les contrats d'adhésion, la sanction des clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Le législateur souhaitait prendre en considération la réalité

⁶⁸³ C.-M. PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, *Op. cit.*, 13 décembre 2013, p. 16.

⁶⁸⁴ L'article L. 212-2 du Code de la consommation est désormais applicable pour le non professionnel.

⁶⁸⁵ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *Op. cit.*, n° 167, p. 168.

⁶⁸⁶ S. GAUDEMET, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *CCC*, n° 5, mai 2016, n° 5.

des contrats structurellement déséquilibrés, non plus uniquement dans les législations spéciales mais bien au titre du droit commun⁶⁸⁷.

445. L'article 1171 de l'ordonnance ne précise pas le champ d'application *ratione personae*. Par contre, l'article a limité son champ d'application aux contrats d'adhésion. L'article du Code civil n'apporte aucune limite quant aux personnes pouvant s'en prévaloir. À ce titre, il est plus protecteur que le Code de commerce et le Code de la consommation. Il concerne aussi bien les contrats entre particuliers que les contrats entre professionnels. Ainsi, il peut s'appliquer dans des contrats conclus avec un professionnel par une personne qui est ni un consommateur, ni un non-professionnel au sens de la législation consumériste. Il bénéficie aussi aux personnes qui, s'étant engagé avec un producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, mais qui ne sont pas « partenaire commercial » au sens du code de commerce⁶⁸⁸.

446. Or, ces possibilités sont d'une importance capitale. Elle soulève la question incontournable de l'articulation entre les textes. Cependant la communication officielle a créé une division parce qu'elle peut permettre d'entendre que l'article 1171 puisse englober dans son champ d'application celui de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ou alors que l'article 1171 devra être revisité⁶⁸⁹. Il n'empêche que l'article L. 442-6, I, 2° peut concerner tout partenaire économique et non seulement un partenaire commercial⁶⁹⁰.

447. S'agissant des clauses pouvant tomber sous le coup de l'article 1171, il peut effectivement s'agir de n'importe quelle clause⁶⁹¹, pour paraphraser le texte, dès lors qu'elle a pour résultat, de « *déséquilibrer de manière significative les droits et obligations des parties au contrat* »⁶⁹². Il faut toutefois préciser que l'alinéa 2 de l'article 1171 prévoit

⁶⁸⁷ *Ibid.*

⁶⁸⁸ M. CHAGNY, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA*, 2016, p. 115.

⁶⁸⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G*, n° 14, 4 avril 2016, p. 391.

⁶⁹⁰ M. MALAURIE-VIGNAL, « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif ? », *CCC*, n° 7, juillet 2015, n° 4.

⁶⁹¹ L'article 1171 utilise le vocable « toute clause ».

⁶⁹² M. CHAGNY, *Op. cit.*, p. 115.

une exclusion puisque « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ». Malgré la référence à la prestation, cette exclusion ne devrait pas être limitée uniquement au contrat d'entreprise, le texte issu de la réforme utilisant effectivement le terme de prestation de façon beaucoup plus générale. Il faut aussi noter que la formule du code de la consommation⁶⁹³ ne figure pas dans l'article 1171 du Code civil⁶⁹⁴.

448. En définitive, l'élimination des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat serait, en droit français, le fruit d'un travail mené aussi bien sur le terrain du droit commun que sur ceux des droits spéciaux de la consommation et de la concurrence. La qualification de « clause abusive » serait néanmoins réservée au droit des contrats de consommation⁶⁹⁵. Le standard du « déséquilibre significatif » constitue la clef de voute de tout l'arsenal juridique de lutte contre les clauses déséquilibrant le contrat⁶⁹⁶. Il permet ainsi de déterminer la limite au pouvoir de stipulation (§ 2).

§ 2 : L'identification du déséquilibre significatif en tant que limite au pouvoir de stipulation

449. Nous avons vu, lors des développements précédents, que si le contrat d'adhésion reconnaît un certain pouvoir de stipulation au contractant, ce dernier ne pouvait constituer un abus. La délimitation du pouvoir de stipulation en ce qui concerne le contrat d'adhésion s'effectue par la détermination du contour de la notion du déséquilibre significatif. Les termes « déséquilibre » et « significatif » sont des mots du langage courant, ce qui est propre aux standards⁶⁹⁷. Pour identifier le déséquilibre significatif et donc tracer la ligne au-delà de laquelle une stipulation contractuelle sera abusive, il faut

⁶⁹³ « Pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

⁶⁹⁴ M.CHAGNY, *Op. cit.*, p. 115.

⁶⁹⁵ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Observations sur l'article 1169 du projet », *Op. cit.*, p.70.

⁶⁹⁶ C.-M. PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, *Op. cit.*, n° 296, p. 229.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

apprécier successivement la notion de déséquilibre (A) avant d'apprécier son caractère significatif (B).

A. L'appréciation du déséquilibre

450. L'appréciation du déséquilibre significatif, en droit civil, ne s'effectue pas sur les éléments essentiels du contrat. Ce principe, une fois n'est pas coutume, s'inspire de l'article L. 212-1 du Code de la consommation et se démarque de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Bien évidemment, l'utilisation du standard « déséquilibre significatif » soulève la crainte, nous l'avons vu, de l'imprévisibilité de la règle. Toutefois, il va de soi que la jurisprudence consumériste servira à préciser la notion⁶⁹⁸. Il est utile de se référer la lettre de l'article L. 212-1, pour en retirer les éléments essentiels.

451. Depuis fort longtemps, ainsi, en droit de la consommation, l'abus de puissance économique du professionnel a été abandonné et la preuve de ce critère n'a plus à être rapportée⁶⁹⁹. L'article 212-1 du Code de la consommation prévoit de réputer non écrite les clauses qui créent un déséquilibre potentiel (a). En droit de la consommation l'appréciation du déséquilibre significatif doit se faire de manière globale (b).

B. Le déséquilibre potentiel

452. La compréhension du terme « déséquilibre » est ardue en raison de l'absence de mention sur la nature du déséquilibre dans les domaines où la notion est mise en œuvre. Selon Monsieur Chabas le déséquilibre résultant d'une clause abusive n'est pas identique aux autres. « *Il découle d'une clause imposée par un contractant à l'autre, en abusant d'une quelconque supériorité* »⁷⁰⁰. Dans l'hypothèse des clauses abusives, le déséquilibre a pour origine le comportement du partenaire contractuel de la victime. La partie en

⁶⁹⁸ G. CATTALANO-CLOAREC, « Le déséquilibre significatif : l'intangibilité du contrat n'est plus, place à la justice contractuelle », *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, n° 03, 11 mars 2016, p. 6.

⁶⁹⁹ Y. PICOD, *Droit de la consommation*, *Op. cit.*, n° 312, p. 197.

⁷⁰⁰ F. CHABAS, *Obligations. Théorie Générale*, t. II, vol. 1, Montchrestien, 1998, n° 88-2, p. 79.

position de faiblesse, malgré la bonne information, ne peut rien devant le pouvoir de son cocontractant qui, dominant le rapport de force, dicte les conditions du contrat⁷⁰¹.

453. Dans le Code de la consommation, il n'est pas requis que la clause ait réellement créé le déséquilibre. Il suffit qu'elle ait été rédigée dans ce but ou même qu'elle puisse seulement le produire. C'est donc bien le déséquilibre, au moins potentiel, qui est sanctionné⁷⁰². C'est ainsi que la Cour de cassation considère que « *la clause litigieuse, qui imposait au preneur de restituer le véhicule loué dans les plus brefs délais à compter de la résiliation et l'empêchait ainsi de mettre en œuvre la faculté de présentation d'un acquéreur impérativement ouverte par les textes précités, avait pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* »⁷⁰³. Le déséquilibre peut être le fait de n'importe quelle clause⁷⁰⁴.

454. À l'instar de l'article L. 212-1 du Code de la consommation, la règle civiliste ne mentionne aucunement le fait du cocontractant et ne se soucie a priori que de l'appréciation objective du résultat. Elle diffère de la règle de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, nécessitant une double condition, à savoir un résultat avéré ou potentiel, sous la forme d'un déséquilibre significatif, et une attitude consistant dans le fait de « soumettre ou tenter de soumettre le partenaire commercial », caractérisé par la jurisprudence comme le fait d'imposer ou tenter d'imposer sans possibilité de négociation, relativement à la partie concernée du contrat⁷⁰⁵.

455. Malgré tout, en raison du fait que l'application de l'article 1171 du Code civil peut être étendue à des relations d'affaires de par son caractère général, rien n'empêche le recours aux solutions émises sur la base du droit de la concurrence ou du droit de la consommation⁷⁰⁶. Toutefois, l'utilisation susceptible d'être faite ne devrait pas être sans

⁷⁰¹ A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Thèse, LGDJ, 2001, n° 32, p. 12.

⁷⁰² J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, 2015, n° 212, p. 260.

⁷⁰³ Cass. civ., 1^{ère}, 10 avril 2013, n° 12-18169, *RDC*, 2013, p. 960, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

⁷⁰⁴ Cass. civ., 1^{ère}, 3 mai 2006 ; *D.*, 2006, p. 2743, note Y. DAGORNE-LABÉE.

⁷⁰⁵ Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Eurauchan* ; *D.*, 2015, p. 1021, note F. BUY.

⁷⁰⁶ M. CHAGNY, *Op. cit.*, p. 115.

limite, si l'on se réfère à la jurisprudence explicitant l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce⁷⁰⁷.

456. Dans le droit fil de la décision du Conseil constitutionnel⁷⁰⁸, les juges du fond, tout en admettant s'inspirer des solutions développées sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, a exclu de « se contenter de raisonner par analogie » en présence de textes pourvus de champs d'application distincts et visant à régir des rapports de force différents. La doctrine admet la légitimité de cette référence à la législation consumériste⁷⁰⁹. Le déséquilibre qu'il soit effectif ou potentiel doit être apprécié globalement.

a. L'appréciation globale

457. L'appréciation du caractère abusif d'une clause doit être globale⁷¹⁰. Le déséquilibre doit s'apprécier au jour de conclusion du contrat, mais au regard, notamment, de toutes les circonstances qui entourent sa conclusion⁷¹¹. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, « *il incombe à la juridiction de renvoi, afin d'apprécier l'existence éventuelle d'un déséquilibre significatif, de tenir compte de la nature du bien ou du service qui fait l'objet du contrat, en se référant à toutes les circonstances qui ont entouré la conclusion de ce contrat, de même qu'à toutes les autres clauses de celui-ci* »⁷¹². De plus, le texte précise encore que cette appréciation doive se faire en contemplation de l'ensemble du contrat⁷¹³. Il peut être difficile de décider si une clause crée le déséquilibre,

⁷⁰⁷ C.A. Paris., 29 oct. 2014, n° 13/11059 ; D., 2015, p. 943, obs. D. FERRIER.

⁷⁰⁸ Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85, QPC, *Établissements Darty et Fils* ; D., 2011, 415, note Y. PICOD.

⁷⁰⁹ K. JAKOULOFF, « De la délimitation à tâtons du déséquilibre significatif en droit de la concurrence », *LPA*, 18 juin 2015 n° 121, p. 6.

⁷¹⁰ Voir : J.-C. GRALL, Th. BUSSONNIÈRE, « Déséquilibre significatif : convergence et divergence entre le B to B et le B to C », *Rev. Lamy dr. Conc.*, 2015, n° 43.

⁷¹¹ Article L. 212-1 du Code de la consommation. De plus amples développements seront consacrés à cet article dans la deuxième partie de la thèse.

⁷¹² CJUE, 16 janvier 2014, aff. C-226/12 ; *Europe*, 2014, comm. 132, note DUPONT-LASSALE ; *JCP E*, 2014, p. 1177, note MORACCHINI-ZENDENBERG.

⁷¹³ Article 212-1 du Code de la consommation.

synonyme d'abus. Il faut alors étudier les autres clauses du contrat pour voir si leur examen simultané fait naître le déséquilibre⁷¹⁴.

458. Pour l'article L. 442-6 I, 2° du Code de commerce, dans lequel rien n'est expressément prévu, la Cour de cassation contrôle effectivement les juges du fond afin qu'ils procèdent à « *une analyse globale et concrète du contrat* »⁷¹⁵, lors de laquelle il est nécessaire d'apprécier le contexte dans lequel le contrat a été conclu ou proposé. Il faudra encore déterminer si cette appréciation s'appliquera uniquement à la règle du Code de commerce ou bien si le droit commun pourra en bénéficier. Il appartiendra aux juges de se prononcer sur la question⁷¹⁶. Il ne suffit pas d'être en présence d'un déséquilibre, encore faut-il qu'il soit significatif.

b. Le caractère significatif

459. Dans tous les domaines, il faut relever que le texte vise le déséquilibre significatif. Tout déséquilibre ne rendant pas une clause abusive, il faut en plus qu'il soit significatif. Il n'est pas question ici d'autoriser le consommateur de pouvoir, « *non pas se libérer du lien contractuel dans son ensemble, mais d'invoquer indûment le caractère abusif d'une clause afin de se soustraire à une ou plusieurs de obligations* »⁷¹⁷. L'objectif est de trouver un équilibre pour garantir un peu de sécurité juridique.

460. Comme toute exception, elle doit être circonscrite : tout déséquilibre ne peut être sanctionné⁷¹⁸. Seul le dépassement d'un seuil, fera l'objet d'une sanction⁷¹⁹. La caractérisation du caractère significatif se fera soit par le choix du législateur, soit par l'appréciation des juges. Cependant la Cour de justice a proposé certains éléments permettant de distinguer le déséquilibre significatif, à savoir « *celui-ci pourrait résulter d'atteinte suffisamment grave à la situation juridique du consommateur, caractérisée par*

⁷¹⁴ J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGD J, 2015, n° 212, p. 260.

⁷¹⁵ Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Eurauchan*, précité, et Cass. com., n° 14-10.907 *Provera*, D. 2015 p. 620.

⁷¹⁶ M. CHAGNY, *Op. cit.*, p.115.

⁷¹⁷ J. JULIEN, *Op. cit.*, n° 212, p. 261.

⁷¹⁸ C.-M. PEGLION-ZIKA, *Op. cit.*, n° 316, p. 248.

⁷¹⁹ J. JULIEN, *Op. cit.*

une restriction du contenu de ses droits, ou une entrave dans leur exercice, ou la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire »⁷²⁰.

461. Comment comprendre l'adjectif significatif attaché au déséquilibre ? Il faut entendre le terme selon deux acceptions, reprenant l'interprétation allemande de la directive de 1993. Elle retient les adjectifs « considérable et injustifié »⁷²¹. La première conception est d'ordre quantitatif. Le déséquilibre est significatif parce qu'il est important, substantiel, il s'agit ici de sanctionner l'excès⁷²². C'est le cas la stipulation d'une clause de résiliation unilatérale avec préavis de 48 heures⁷²³.

462. La deuxième conception permet de retenir le caractère significatif en raison de l'absence de fondement du déséquilibre. Il peut s'agir ici de l'absence de réciprocité⁷²⁴ ou encore d'une clause conférant un avantage à un partenaire, sans réciprocité ni contrepartie⁷²⁵. Par exemple, une clause de retour des invendus à la charge des fournisseurs sans contrepartie est une clause créant un déséquilibre significatif. Le critère de l'absence de fondement pourrait aussi consister dans le contrôle de l'existence d'une contrepartie au déséquilibre. L'absence de contrepartie pouvant constituer un facteur aggravant⁷²⁶.

463. Le caractère significatif du déséquilibre se résume donc à révéler « *un pouvoir unilatéral d'un contractant, un avantage non réciproque, un transfert injustifié de charges, ou à faire croire à ce qui n'est pas* »⁷²⁷, il sera sanctionné le cas échéant⁷²⁸.

⁷²⁰ CJUE, 16 janvier 2014, aff. C-226/12, précité.

⁷²¹ L. GRATTON, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.*, n° 1, 7 juin 2016, p. 22.

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ C.A. Paris, 12 déc. 2013, n° 11/18274.

⁷²⁴ Voir : Cass. com. 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Eurauchan*, précité.

⁷²⁵ M. MALAURIE-VIGNAL, « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif ? », *CCC*, n° 7, juillet 2015, n° 20 et n° 21 ; G. CHANTEPIE, « Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation », *AJCA*, 2015, p. 218.

⁷²⁶ E. GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD Com*, n° 2, 30 juillet 2014, n° 20, p. 267.

⁷²⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G*, n° 14, 4 avril 2016, p. 391.

⁷²⁸ Pour une liste de déséquilibres sanctionnés ou non sanctionnés, voir : J.-L. FOURGOUX, L. DJAVADI, « Les clauses contractuelles à l'épreuve du déséquilibre significatif : état de la jurisprudence », *CCC*, n° 11, 13 novembre 2013, étude 14.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

464. En conclusion, le pouvoir unilatéral de la stipulation trouve ainsi comme limite l'abus. Ce dernier peut être défini comme l'exercice abusif d'un droit contractuel. En ce qui concerne le contrat d'adhésion, le déséquilibre significatif est le critère essentiel dans la qualification de l'abus. C'est effectivement sa caractérisation qui permet de franchir la frontière entre un pouvoir de stipulation effectif et celui qui sera considéré comme abusif.

465. Il est clairement précisé dans l'article 1171 du Code civil français comme constituant la limite au-delà de laquelle l'abus sera caractérisé. En droit koweïtien, l'article 81 de Code civil sanctionne les clauses abusives dans le contrat d'adhésion sans les définir. Il sera plus judicieux pour le législateur koweïtien de consacrer un standard déterminant l'abus dans le contrat d'adhésion de la même manière que le déséquilibre significatif irriguant le droit français.

CONCLUSION TITRE II

466. Le stipulant du contrat d'adhésion manifeste son pouvoir de concluant d'un contrat dont il a déterminé le contenu. Et si on se réfère au pouvoir économique du stipulant ou à l'évolution de la nature des rapports contractuels, force est de constater l'existence d'un pouvoir unilatéral de la stipulation.

467. La reconnaissance d'un tel pouvoir au cœur du Code civil manifeste l'orientation de la législation de promouvoir une « égalité des armes » entre les parties aux contrats. Il sera plus utile et plus conforme à la liberté contractuelle de reconnaître le pouvoir du stipulant sur le contrat, maîtrise qu'il détient effectivement pour ensuite exiger de lui qu'il n'abuse pas de son pouvoir. En droit koweïtien le stipulant, dans le contrat d'adhésion, doit être en position de monopole de fait ou de droit. Il convient, aujourd'hui, pour la Cour de cassation koweïtienne, d'abandonner la condition de monopole de stipulant. En effet l'exigence d'une telle condition va à l'encontre de la réalité contractuelle d'aujourd'hui tel que nous l'avons constaté à la lumière de l'expérience française.

468. Le pouvoir unilatéral de la stipulation dans le contrat trouve l'abus comme limite à la reconnaissance de ce pouvoir tant en droit koweïtien qu'en droit français. Pour ce dernier le déséquilibre significatif est le critère essentiel dans la qualification de l'abus dans le contrat d'adhésion. Nous avons proposé pour le législateur koweïtien d'adapter un standard déterminant l'abus dans le contrat d'adhésion de la même manière que le déséquilibre significatif en droit français.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

469. Au terme de cette partie, nous avons constaté qu'un contrat d'adhésion procède d'un échange des volontés qui ne sont pas égales dans l'établissement de la loi contractuelle : une partie propose un contrat et l'autre adhère. Le contrat d'adhésion qui, par excellence, marque principalement une inégalité de fait entre « l'adhérent » et le « stipulant ». L'histoire du contrat d'adhésion retracée par une partie de la doctrine française, qui a même nié le caractère contractuel de contrat d'adhésion, nous permet de comprendre la difficulté de lui trouver une définition satisfaisante. En effet, même l'existence d'une nouvelle définition du contrat d'adhésion dans le nouveau Code civil français n'est pas exempte de critiques. En droit koweïtien, l'absence de définition législative précise a conduit la Cour de Cassation koweïtienne à limiter ce contrat avec de strictes conditions.

470. La rédaction unilatérale par le stipulant du contenu contractuel, spécialement des conditions générales en droit français, et l'absence de négociation de l'adhérent inhérentes au contrat d'adhésion nous autorisent à parler d'un pouvoir de stipulation. La reconnaissance de ce pouvoir exige, nous l'avons vu, une limite à ne pas franchir qui est l'abus. En droit français, surtout avec la réforme du droit des contrats, le pouvoir est un résultat de la transformation des rapports contractuels. C'est le déséquilibre significatif qui caractérise principalement l'abus né d'un contrat d'adhésion. En revanche, le droit koweïtien a limité le pouvoir lié à l'existence de monopole de fait ou de droit du stipulant. Nous proposons à la Cour de cassation koweïtienne d'abandonner cette condition qui limite la portée et l'objectif attendu par l'existence de ce type de contrat.

471. Cet objectif se retrouve avec les nouveaux articles du Code civil français qui viennent innover la lecture des principes directeurs classiques et voire même du contrat. Il s'agit d'un objectif de justice contractuelle, qui incorpore à la fois la notion d'équilibre

contractuel et de protection de la partie faible au contrat⁷²⁹. C'est spécialement le développement de la protection de l'adhérent que nous allons traiter dans la deuxième partie (Partie II).

⁷²⁹ G. CHANTEPIE, « La notion d'équilibre du contrat », in FREDERIC P. (éd.), *L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats (Actes colloque Lille, 24 juin 2016)*, Loyers et Copropriété, n° 10, Octobre 2016, p. 12.

DEUXIÈME PARTIE :

LE DÉVELOPPEMENT DE LA PROTECTION DANS LE CONTRAT D'ADHÉSION

472. Monsieur Ripert écrit que « *le devoir grandit, lorsque dans le rapport juridique l'une des personnes a, vis-à-vis de l'autre, une situation éminente* »⁷³⁰.

473. Le contrat d'adhésion suppose qu'une partie fixe seule le contenu du contrat et a le pouvoir de l'imposer à l'autre partie qui se retrouve dans une situation de dépendance, ou de faiblesse. Un risque de déséquilibre joue en faveur du rédacteur du contrat. Aussi, se pose la question de savoir si la partie qui a signé le contrat avait connaissance de toutes les clauses et si elle a voulu les signer⁷³¹.

474. La solution face au danger du contrat d'adhésion s'inscrit dans l'objectif de la nouvelle législation française relative à la lutte contre le déséquilibre contractuel, laquelle repose sur la protection de la partie faible au contrat, déjà connue des droits de la consommation et de la concurrence et désormais étendue au droit commun du contrat⁷³².

475. Nous partirons du principe qu'un contrat ne saurait exister sans un consentement valable propre à assurer la manifestation de la volonté de son auteur, et qu'enfin, ce consentement soit toujours donné en fonction d'un contenu qui demeure apte à permettre la réalisation des objectifs poursuivis par les parties. C'est la raison pour laquelle nous allons examiner certaines règles protectrices relatives à l'intégrité du consentement de l'adhérent, et, celles relatives au contenu du contrat.

⁷³⁰ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n°164, p.301.

⁷³¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, PUF, 4^{ème} éd., 2016, n°230. p. 258 et 259.

⁷³² G. CHANTEPIE, « La notion d'équilibre du contrat », in FREDERIC P. (éd.), *L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats (Actes colloque Lille, 24 juin 2016)*, Loyers et Copropriété, n° 10, Octobre 2016, dossier 6.

476. D'une part, une protection générale, qui a été récemment consacrée dans le Code civil français, et qui protège l'ensemble des contractants en général, c'est-à-dire qui peut être partie dans un contrat d'adhésion ou d'autres types de contrats. Particulièrement une technique préventive de la protection ou encore certaines règles du vice de consentement qui peuvent être inscrites dans la logique du contrat d'adhésion (Titre I).

477. D'autre part, une protection spécifique, qui est propre au contrat d'adhésion. Ainsi, le législateur français a consacré deux règles essentielles : l'interprétation des clauses ambiguës en faveur de l'adhérent et l'éviction judiciaire des clauses abusives dans le contrat d'adhésion (Titre II).

478. Ces protections, tant générales que spécifiques, sont consacrée également, avec quelques différences, en droit koweïtien. Il convient alors d'étudier les règles de protection dans les deux systèmes juridiques français et koweïtien et leur efficacité à établir l'équilibre entre les contractants dans le contrat d'adhésion.

TITRE I :

Protection générale

479. Le rôle de la volonté dans la formation du contrat confère une place déterminante à la protection du consentement. La théorie de l'autonomie de la volonté nous a accoutumés à considérer l'intégrité du consentement comme une finalité. Il faut, dans ce but, s'assurer de la qualité du consentement dans l'accord contractuel. Ce qui est effectivement important dans le contrat, en considération du droit objectif, c'est la réponse aux besoins qui est faite et la mise en œuvre de la justice commutative et non celle d'une justice distributive. Chaque partie doit recevoir l'exacte contrepartie de ce qu'elle offre, se charger de protéger ses intérêts. La protection du consentement n'est ni plus ni moins qu'une manière de restituer sa finalité au contrat et de contribuer à assurer la justice commutative⁷³³.

480. En droit français, la protection du consentement a de longue date été traitée à l'aune des incapacités et des vices du consentement. L'augmentation des contraintes de la bonne foi et la prise en compte de la différence de pouvoir entre les parties, particulièrement dans les relations d'adhésion, ont constitué une source de développement des vices de consentement traditionnels⁷³⁴. La réforme du Code civil de 2016 a fait apparaître un nouveau cas de violence. Ce vice se fonde sur la balance des intérêts entre deux contractants en position inégale et sur le pouvoir du juge sur les dispositions contractuelles mêmes⁷³⁵.

481. Nous nous sommes concentrés surtout sur l'abus de dépendance ou, en d'autres termes, la violence économique. Ce vice de consentement a été consacré, au départ, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, puis dans le Code civil français. Le législateur koweïtien a consacré « l'exploitation » comme un vice de consentement. La comparaison

⁷³³ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, Tome I : le contrat, le consentement, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n°1090, p. 849.

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 850.

⁷³⁵ J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat, Droit des obligations*, DALLOZ, 5^{ème} éd., p.77.

entre ces vices de consentement dans les deux législations nous permet de voir dans quelle mesure l'adhérent peut être protégé.

482. À côté des vices du consentement, le droit positif français arrive actuellement à protéger les contractants par le biais de techniques préventives telles que le devoir précontractuel d'information. Ainsi, « *le consentement ne doit pas être vicié, mais il doit, en outre être éclairé* ». On peut se demander si l'adaptation de ces mesures préventives permettent d'améliorer, avant la conclusion d'un contrat, l'information de l'adhérent⁷³⁶.

483. Il convient d'examiner ces deux types de protection, la protection de l'adhérent par l'obligation d'information (Chapitre I) et la protection de l'adhérent par la sanction de l'abus de l'état de dépendance et de l'exploitation (Chapitre II).

⁷³⁶ H. BRICKS, *Les clauses abusives*, Thèse, LGDJ, 1982, n°297, p.198.

CHAPITRE I :

La protection de l'adhérent par le devoir d'information du stipulant

484. L'existence même d'une obligation d'information est loin d'être nouvelle dans le dispositif juridique français dès lors qu'elle constitue, selon Madame Fabre-Magnan, sans la moindre hésitation, la création jurisprudentielle du siècle précédent en matière contractuelle. « *Elle est aussi l'une des manifestations les plus éclatantes du devoir imposé à chaque contractant de sortir de son intérêt égoïste, et de contribuer, bon gré ou mal gré, à celui de son partenaire* »⁷³⁷. Cette obligation d'information était déjà largement admise par les législations spéciales et notamment en droit de la consommation, qui édicte une obligation générale d'information précontractuelle lorsqu'un contractant est un consommateur⁷³⁸.

485. L'obligation précontractuelle d'information a fait l'objet d'une insertion par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 dans l'article 1112-1, alinéa 1 du Code civil français. Elle se distingue néanmoins de ses fondements actuels avant la réforme⁷³⁹. Le droit de la consommation a pour attrait, aussi bien que le droit commun emboîte le pas sur un devoir très connu dans ce droit spécial, que la propagation du sentiment que le « sachant » se retrouve dans une position favorable en comparaison à l'ignorant, le droit objectif ayant pour mission d'effacer ce déséquilibre⁷⁴⁰. Du point de vue du contrat d'adhésion, la question se pose de savoir si une telle obligation existe dans ce type de contrat par le fondement du nouvel article français ?

⁷³⁷ M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G*, n° 25, 20 juin 2016, p. 706.

⁷³⁸ A. LAURENT, « Information précontractuelle et conclusion du contrat », in LARRIBAU-TERNEYRE V., PELLE S., (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, Acte du colloque, 20 mai 2016, PUPPA, p. 75.

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 76.

⁷⁴⁰ Ph. CHAUVIRÉ, « La conclusion du contrat. Négociation, offre et conditions générales : principes et clauses contractuelles », *JCP N*, n° 13, 1 avril 2016, p. 1111.

486. En droit koweïtien, il n'existe pas d'obligation générale d'information dans le Code civil. En revanche, le législateur koweïtien a consacré une telle obligation implicitement dans le Code civil⁷⁴¹.

487. Les dispositions seront étudiées tant en ce qui concerne les conditions d'existence du devoir d'information qui renvoient à sa fonction préventive, que les sanctions applicables lorsque ce devoir aura été inexécuté ou mal exécuté⁷⁴², autrement dit sa fonction contraignante. Nous étudierons successivement les fondements de l'obligation d'information tout en mettant l'accent sur la nécessité d'étendre cette protection au contrat d'adhésion (section I), puis les sanctions du manquement à l'obligation d'information (section II).

SECTION I :

La fonction préventive : l'existence d'un devoir d'information

488. Le devoir d'information est le fruit du besoin de transparence s'inscrivant dans le droit moderne. En matière contractuelle, l'information ne cesse de susciter de nombreux litiges qui ont poussé la doctrine française à s'y intéresser dans ses recherches. La consécration de ce devoir en droit commun français du contrat était déjà en jachère dans les différents avant-projets élaborés par la doctrine. Si ce devoir avait pour socle législatif les anciens articles 1134, alinéa 3, ou l'article 1135 du Code civil dans la phase d'exécution du contrat, il avait besoin d'un fondement dans l'arsenal législatif lors de la formation du contrat⁷⁴³.

⁷⁴¹ En droit koweïtien, malgré l'importance de l'obligation d'information, surtout pour la protection du consentement de la partie faible tel que l'adhérent, la doctrine juridique n'a pas essayé de prévoir une théorie générale de l'obligation d'information au sens de droit commun des contrats. La doctrine et les fondements juridiques se trouvent dans le droit de consommation. Voir la loi n°39 du 8 juin 2014 sur la protection du consommateur.

⁷⁴² M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G*, n° 25, 20 juin 2016, p. 706.

⁷⁴³ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratiques dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 180, p. 149.

489. Dorénavant, même s'il peut continuer de s'affilier à une exigence de bonne foi⁷⁴⁴, le devoir d'information repose sur un texte qui lui est propre, dans une partie du Code civil français relative à la phase de négociation. Ce positionnement confère au devoir d'information une nature extracontractuelle, ce qui empêche de rendre plus claire la nature particulière de l'information dans le contrat⁷⁴⁵. Un compromis s'est imposé entre une affirmation presque silencieuse de l'obligation générale d'information. Cette dernière toutefois permettra aux juges de s'y référer et interpréter ces dispositions de manière un peu plus extensive⁷⁴⁶.

490. Le positionnement de ce texte reste toutefois peu convaincant. Il est effectivement inapproprié de cantonner ce devoir à la seule hypothèse des contrats négociés, parce que d'une part, dans un contrat d'adhésion, le stipulant ne pourra pas cacher les informations qui seraient déterminantes du consentement de l'adhérent, et il n'existerait pas de différence de régime⁷⁴⁷. D'autre part, l'obligation d'information semble plus rattachée à la question de la qualité du consentement qu'à celle d'une bonne négociation, d'autant plus que cette dernière est déjà prévue à l'article 1112-2 du Code civil français⁷⁴⁸. Certains auteurs ont poussé le raisonnement jusqu'à considérer que le nouvel article s'applique en l'absence de négociation⁷⁴⁹.

491. Il faut tout de même préciser que grâce à l'institution de techniques particulières de rééquilibrage du contrat, le devoir de bonne foi est défait d'une partie de ses effets

⁷⁴⁴ « La prise en compte de la bonne foi est l'un des symboles de la réforme. Ainsi, pour le futur article 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». C'est ainsi qu'à la différence du Code civil (ancien) qui est totalement muet sur la période précontractuelle, l'ordonnance prévoit un ensemble de dispositions relatives à la période précédant la signature du contrat, et simplement admises jusqu'ici par la jurisprudence », J. LASSERE CAPDEVILLE, « Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire », *JCP E*, n° 29, 21 juillet 2016, p. 1434.

⁷⁴⁵ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *Op. cit.*, p.149.

⁷⁴⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, PUF, 4 éd., 2016, n° 237, p. 263.

⁷⁴⁷ *Ibid.*

⁷⁴⁸ Cet article dispose que « Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ». P. GROSSER, *La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme de droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *AJCA*, n°6, 20 juin 2016.

⁷⁴⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 8^e éd, 2016, n°777, p. 423.

pratiques puisque l'obligation d'information, qui se fondait largement sur la jurisprudence relative à ce devoir, se retrouve dépendant d'un nouveau texte spécifique. Le pas vers l'autonomie de cette règle vis-à-vis du devoir de bonne foi va susciter de nombreuses interrogations. On peut effectivement se questionner sur les limites de la référence à la bonne foi contractuelle en ce qui concerne l'obligation d'information⁷⁵⁰. L'entorse à l'obligation d'information se manifeste aussi dans le nouvel article 1137 relatif au dol, qui est une de ses expressions. La consécration expresse de l'obligation d'information à l'article 1112-1 du Code civil, permet d'en déterminer le champ d'application. Il n'en demeure pas moins que son insertion dans la disposition sur le dol ne manque pas de créer des problèmes d'articulations qui feraient que l'obligation d'information aurait des limites pouvant inquiéter⁷⁵¹.

492. En droit koweïtien, en l'absence d'une telle obligation dans le Code civil, il est légitime de s'interroger sur le fondement juridique de cette obligation dans la législation koweïtienne. En effet, à la lumière de l'évolution considérable du droit positif français, on peut expliquer comment adapter une telle obligation au droit commun des contrats koweïtiens.

493. En revenant en droit français, même si l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats prévoit officiellement une obligation générale d'information (§ 1), il est regrettable qu'elle soit limitée à la phase de négociations⁷⁵², malgré l'impotence de cette obligation pour l'adhérent, ce qui invite à traiter de l'articulation de cette nouvelle obligation avec son régime juridique antérieur. Une fois que le périmètre du nouveau devoir d'information a été déterminé, il est judicieux d'apporter des précisions sur les conditions de sa mise en œuvre (§ 2).

⁷⁵⁰ H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RDC civ*, n° 2, 20 juin 2016, p. 247.

⁷⁵¹ C. GRIMALDI, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », *D*, 19 mai 2016, n°18, p.1009.

⁷⁵² M. JAOUEN, « Négociations et obligation de confidentialité », *AJCA*, n° 6, 20 juin 2016, p. 275.

§ 1. La consécration législative du devoir général d'information

494. Le contrat d'adhésion est « préétabli » et le destinataire du contrat peut accepter ou refuser de signer le contrat ; mais, dans le premier cas, il doit accepter le contrat tel qu'il lui est proposé. Dès lors, ce dernier a l'habitude de signer, sans même contrôler le contenu du contrat. De ce fait, le danger consiste à ce que l'adhérent ne connaisse pas, ou n'ait pas conscience de ce à quoi il s'engage⁷⁵³. *A priori*, l'insertion de l'article 1112-1 semble ne pas concerner le contrat d'adhésion puisque son contenu n'est pas négocié. Pourtant, la conception moderne du droit veut que le contrat « *achève de se former en s'exécutant* »⁷⁵⁴. L'équilibre de certains contrats négociés peut très bien être remis en cause lorsque, notamment dans les contrats de distribution, l'une des parties n'est pas capable, surtout pour des raisons économiques, de négocier au mieux de ses intérêts⁷⁵⁵.

495. Même si l'obligation d'information fait l'objet d'une insertion remarquable dans le Code civil français, d'où elle tire sa force (A), il reste que le nouveau texte ne permet ni d'effacer toute la jurisprudence qui a construit l'obligation précontractuelle ni de rééquilibrer les contrats négociés défavorablement à une partie faible. Il conviendra donc d'examiner l'articulation de cette disposition avec les règles issues de la jurisprudence (B).

A. La force du devoir d'information

496. En droit français, la force conférée à l'obligation d'information précontractuelle trouve sa source dans la nouvelle disposition du Code civil par un double aspect. Elle tire d'abord sa force de l'autonomie que lui reconnaît désormais une disposition de droit commun. Ensuite, le Code civil français consolide cette obligation puisqu'elle est d'ordre public. À la différence du droit français, le droit civil koweïtien se montre implicite en la

⁷⁵³ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2014, n° 509, p. 412.

⁷⁵⁴ ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Eudes offertes à René Rondière*, Collectif, Dalloz, 1982, p. 265-269.

⁷⁵⁵ M. JAOUEN, « Négociations et obligation de confidentialité », *AJCA*, n° 6, 20 juin 2016, p. 275.

matière. D'où toute la difficulté de déterminer avec précision le fondement juridique d'une telle obligation.

a. Une devoir à la fois autonome et d'ordre public en France

497. En droit français, il faut tout d'abord relever la quasi inexistence de décisions se prononçant expressément sur la violation de l'obligation précontractuelle d'information. Il faut garder à l'esprit que, si les applications légales d'une telle obligation d'information sont très nombreuses et ont permis de produire une jurisprudence abondante, en revanche, les décisions de la Cour de cassation française qui se prononcent uniquement et expressément sur le fondement du droit commun ont été peu courantes jusqu'à la réforme, faute de texte consacrant expressément une telle obligation⁷⁵⁶.

498. L'autonomie de l'obligation d'information a malgré tout été retenue par les juges du fond⁷⁵⁷ et par la Haute juridiction⁷⁵⁸. Les juges du fond considèrent que si le contractant est capable de comprendre l'information, « *la remise d'une documentation écrite peut valoir exécution du devoir d'information* ». La haute juridiction a, pour sa part, considéré qu'en dissimulant une information « *dont il avait connaissance, le vendeur non professionnel avait commis une faute dont il devait réparer les conséquences* ».

499. L'autonomie du devoir d'information tire désormais son fondement directement de l'article 1112-1 qui la prévoit en tant que telle et indépendamment de toute autres règles. Elle se distingue néanmoins de ses fondements actuels. D'une certaine manière, elle se libère, d'une part, du droit spécial, par sa plus large dimension à s'appliquer à toutes les relations précontractuelles, sans égard à la qualité de l'une ou l'autre des parties qui vont contracter. D'autre part, elle s'affranchit des solutions jurisprudentielles, par son autonomie, puisqu'elle se trouve pleinement dans le Code civil français sans égard au devoir de bonne foi ni à l'équité, qui servaient jusque-là de base juridique aux juges pour

⁷⁵⁶ J. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, la formation du contrat. Tome I : le contrat, le consentement, Op. cit.*, n° 1543 p. 1280.

⁷⁵⁷ T. com. Paris, 13 novembre 2014, n° 2013054520, *Gaz. Pal.*, 2015, 19 août 2015.

⁷⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1976, *Bull. civ.*, I, n° 370, p. 291.

retenir une obligation précontractuelle d'information sur le fondement du droit commun⁷⁵⁹.

500. Le devoir d'information doit être distingué de l'obligation de mise en garde, qui peut être exprimée par le fait d'attirer l'attention, lorsque par exemple la partie ignorante prend un risque si elle conclut le contrat en fonction de ses connaissances. Cette obligation peut être mise à la charge du banquier⁷⁶⁰. Il doit aussi se distinguer de l'obligation de conseil qui suggère à son débiteur de préconiser au créancier de choisir une solution précise, et dont sont souvent tenus les professionnels du droit⁷⁶¹.

501. Il convient aussi de relever son autonomie par rapport au dol. La jurisprudence concernant le dol et surtout la réticence dolosive, a échafaudé une obligation de transmettre à son partenaire toute information qu'il sait déterminante de son consentement. Cette caractéristique constitue un point commun avec le devoir d'information sans pour autant que leur régime respectif soit identique. Le dol par réticence s'effectue par une « *dissimulation intentionnelle* » alors que la violation du devoir d'information peut être sanctionnée même si elle n'est pas intentionnelle. Aussi, le devoir d'information ne peut porter sur la valeur de la prestation, contrairement au dol⁷⁶².

502. L'apport de ces dispositions n'est pas que théorique⁷⁶³. Il en résulte qu'il n'y a plus lieu de s'interroger sur l'opportunité de reconnaître une obligation d'information lors de la formation du contrat ou à l'occasion de son exécution. Elle ne peut donc plus être regardée comme une obligation d'appoint de la théorie des vices du consentement. L'obligation d'information s'impose désormais en toutes circonstances. Elle est érigée en principe fondamental du droit des contrats.

⁷⁵⁹ L. ABADIE, « Information précontractuelle et conclusion du contrat », in LARRIBAU-TERNEYRE V., PELLÉ S., (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, Acte du colloque du 20 mai 2016, Presses universitaires de Pau et des Pays de l'Adour, p.76.

⁷⁶⁰ A. COMBALUZIER-VAUDE, *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, Thèse, Université de Montpellier I, 2008, n° 208, p. 192.

⁷⁶¹ Cette obligation est « une information subjective et orientée dont l'intérêt est de présenter au partenaire l'opportunité de l'opération de manière à l'aider positivement dans sa prise de décision » v. *Ibid.*

⁷⁶² B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, Editions Francis Lefebvre, 2016, n° 165, p. 63.

⁷⁶³ Ph. CHAUVIRÉ, « La conclusion du contrat. Négociation, offre et conditions générales : principes et clauses contractuelles », *JCP N*, n° 13, 1 avril 2016, p. 1111.

503. L'article 1112-1 du Code civil n'a pas seulement reconnu à l'obligation d'information son autonomie, il a également étendu son domaine d'application à tous les contrats. Il importe peu dès lors que l'on soit ou non en présence d'un contrat négocié. Les dispositions liminaires au chapitre sur le contrat contiennent cette définition du contrat d'adhésion, les règles suivantes dont fait partie l'article 1112-1 n'excluent pas de manière explicite le contrat d'adhésion de leur domaine d'application⁷⁶⁴.

504. Il est important de préciser que même si l'article 1112-1 du Code civil concerne la phase de négociation, il n'en est pas moins applicable au contrat d'adhésion. Le contrat d'adhésion est celui, nous dit l'article 1110 du même Code, dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. Des négociations peuvent toutefois avoir lieu dans un contrat d'adhésion sur les conditions particulières. Ces négociations concernent essentiellement le montant du prix, les délais de livraison ou la détermination de l'objet du contrat et sont minimales⁷⁶⁵. Ainsi l'absence de négociation ne doit pas priver le stipulant, qui est plus souvent dans une position de force par rapport à l'adhérent, de son devoir d'information visant à combler ce déséquilibre.

505. Nous ne manquons pas de constater, à propos des conditions générales, ce qu'énonce le nouvel article 1119, alinéa 1, du Code civil français. Selon ce dernier « *les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées* ».

506. Bien que l'article 1119 ne le mentionne pas expressément, les conditions générales constituent cependant l'un des éléments nécessaires à la qualification de contrat d'adhésion⁷⁶⁶. C'est en réalité dans la mesure où ces conditions générales, « soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties », que cette qualification peut être retenue⁷⁶⁷. En effet, pour pouvoir se prévaloir de ces conditions générales, un

⁷⁶⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 777, p. 423.

⁷⁶⁵ J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat, Droit des obligations*, DALLOZ, 5^e éd, p.52.

⁷⁶⁶ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *Op. cit.*, n° 228, p. 185.

⁷⁶⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la prévue des obligations, commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p.120.

contractant, et plus spécialement le stipulant dans un contrat d'adhésion, doit démontrer qu'elles ont été portées à la connaissance de l'autre partie, c'est-à-dire l'adhérent, et qu'elle les a acceptées. En d'autres termes, la contribution des conditions générales au contenu contractuel dépend essentiellement de leur acceptation, qui n'existe que lorsqu'elles ont été connues de l'autre partie. Pour être connues et acceptées de l'autre partie, les conditions générales doivent être matériellement accessibles et intellectuellement lisibles⁷⁶⁸. C'est pourquoi, si la clause était illisible du fait de sa rédaction ou inaccessible du fait de la structure de l'acte, elle sera déclarée inopposable au contractant qui n'a pas pu en prendre connaissance⁷⁶⁹.

507. Bien encore, la question se pose si cet article va vraisemblablement être interprété comme tel par les juges ? La consécration d'une obligation d'information précontractuelle a effectivement pour but de conduire les parties à davantage de transparence et contribue grandement à renforcer la protection de l'adhérent qui souvent sera créancier de l'obligation d'information. Le devoir d'information se démarque donc par son autonomie et par son large domaine d'application. Il le fait aussi par le caractère d'ordre public que lui confère le nouveau texte.

508. Le devoir d'information est expressément considéré d'ordre public depuis la réforme issue de l'ordonnance du 15 février 2016. Le caractère d'ordre public de ce devoir emportait déjà l'assentiment des juges. Les contractants sont aujourd'hui formellement prévenus de son caractère intangible. L'article 1112-1, alinéa 5 ne fait pas que le rendre d'ordre public, comme pour le devoir de bonne foi. Il nous informe sur sa portée par une disposition expresse selon laquelle les parties « *ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* ». Cela signifie que les parties ne peuvent pas stipuler de clauses élusives ou limitatives de responsabilité en cas de manquement préalable à cette obligation d'information⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *Op. cit.*, n° 230, p. 186.

⁷⁶⁹*Ibid.*, n° 231, p. 188.

⁷⁷⁰L. ABADIE, « Information précontractuelle et conclusion du contrat », *Op. cit.*, p. 76.

509. La formule est à graver sur le marbre. Il s'agit en droit positif d'une première, car la loi n'a jamais mis en avant de manière aussi claire les conséquences de l'ordre public. Cela confère inéluctablement une force au devoir d'information au point de le rendre inconditionnel et intouchable. Cela a pour corollaire que l'absence d'information, alors même qu'elle n'est pas intentionnelle, permet d'invoquer une faute quasi délictuelle qui peut à tout moment être réparée⁷⁷¹.

510. Cela ne signifie pas pour autant que dorénavant toute clause relative à l'obligation d'information est de surcroît nulle⁷⁷². Il s'agit d'une espèce « *d'ordre public de faveur, car le texte n'interdit pas d'alourdir le devoir d'information* »⁷⁷³. Il serait possible de stipuler des clauses relatives au devoir d'information qui ne tomberaient pas sous le coup de la nullité. Cela peut être le cas de « *clauses permettant de prouver ce qu'une partie connaît ou non, ou même éventuellement des clauses mettant à la charge de l'une ou l'autre des parties la recherche d'une information très précise* »⁷⁷⁴. La manière dont est rédigé l'article autorisera toutefois le juge à annuler « *les clauses qui exonèrent la partie qui connaît des informations pertinentes du devoir de les transmettre à l'autre* »⁷⁷⁵.

511. Monsieur Mekki est néanmoins surpris de l'énoncé de l'alinéa 5 selon lequel « *les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* ». Il s'interroge sur le point de savoir pourquoi avoir précisé que le devoir d'information était d'ordre public. Il explique sans trop de conviction, sur le bien-fondé de cette disposition, qu'elle a pour objectif de renforcer la force de l'obligation d'information mais aussi d'en assurer, comme pour la bonne foi contractuelle, « *la pleine et entière intangibilité* »⁷⁷⁶.

⁷⁷¹ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016, Op. cit.*, n° 166, p. 63.

⁷⁷² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral, Op. cit.*, n° 238, p. 265.

⁷⁷³ M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G*, n° 25, 20 juin 2016, p. 706.

⁷⁷⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral, Op. cit.*, p. 265.

⁷⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁷⁶ M. MEKKI, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *LPA*, n° 14, 12 avril 2016, p. 15.

512. Un autre auteur estime, avec Monsieur Mekki, que cet alinéa, qui rend ces dispositions d'ordre public, pêche par son excès de rigidité⁷⁷⁷. Il est possible de se retrouver dans des hypothèses où la limitation conventionnelle de l'obligation précontractuelle d'information pourrait avoir un intérêt⁷⁷⁸. Toujours est-il que le législateur consacre en droit positif ce caractère d'ordre public, il appartiendra aux juges d'en déterminer la portée. Le législateur semble avoir franchi un pas vers le renforcement de l'obligation d'information, protectrice de l'adhérent, il reste désormais à traiter de l'articulation de l'obligation nouvellement consacrée et celle qui était de droit positif avant la réforme. Cette articulation s'avère délicate, notamment lorsque la consécration de l'obligation d'information est implicite.

b. Une obligation implicite en droit Koweïtien ?

513. À la différence du droit français, il n'existe pas en droit koweïtien une obligation générale d'information dans le Code civil. Dans ce contexte, il est légitime de s'interroger sur le fondement juridique de cette obligation dans la législation koweïtienne. L'absence d'un texte général en la matière signifie-elle que l'obligation d'information n'existe pas en droit koweïtien ?

514. En effet, le droit koweïtien a consacré l'obligation d'information précontractuelle dans certains types de contrats. Ainsi, en matière de vente, l'article 456 du Code civil koweïtien prévoit que : « 1. *la chose objet de la vente doit être suffisamment connue par l'acheteur, sinon ce dernier pourra demander l'annulation de la vente. 2. Cette connaissance suffisante est considérée comme remplie si le contrat stipule les caractéristiques principales de la chose objet de la vente de manière permettant à l'acheteur de l'identifier. 3. S'il est indiqué dans le contrat que l'acheteur a une connaissance de la chose objet de la vente, ce dernier n'a pas le droit de demander*

⁷⁷⁷ C. FRANÇOIS, « Présentation des articles 1112 à 1112-2 de la nouvelle sous-section 1 “Les négociations” », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, (<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/ssect1-negociations>).

⁷⁷⁸ C'est le cas des informations confidentielles ; des concurrents qui, entamant une négociation, souhaitent prévenir toute accusation d'entente illicite au sens du droit de la concurrence, et restreignent à cette fin les informations qui seront échangées.

l'annulation de la vente sur le fondement du défaut de connaissance, sauf s'il parvient à prouver les manœuvres dolosives du vendeur. 4. Si l'acheteur a reçu la chose objet de la vente et n'a pas exprimé sa contestation pendant une durée raisonnable, cela est considéré comme une acceptation de la chose objet de la vente ».

515. En outre, l'obligation d'information peut trouver un fondement juridique dans les principes généraux du Code civil koweïtien. Les dispositions de l'article 195 du Code sont particulièrement significatives à cet égard. Selon cet article, « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que la loi, l'usage et l'équité considèrent comme suite nécessaire de ce contrat d'après la nature des transactions et la bonne foi* ».

516. A l'instar de la doctrine et de la jurisprudence française, une partie de la doctrine koweïtienne estime que l'article 195 du Code civil koweïtien tend, en réalité, à fonder l'obligation d'information sur le principe de la bonne foi qui gouverne l'exécution des contrats. D'après cette opinion doctrinale, le principe de la bonne foi doit s'appliquer aussi bien dans la phase de négociations que dans la phase de conclusion et d'exécution du contrat. Pendant la période précontractuelle, ce principe implique logiquement et naturellement la sincérité et la loyauté. En effet, chaque partie doit informer son partenaire de toutes les informations relatives au contrat à conclure⁷⁷⁹. Cela a le grand mérite de permettre aux parties de s'engager en toute connaissance de cause.

517. Certains auteurs considèrent qu'en tant que fondement de l'obligation d'information, la bonne foi précontractuelle trouve un support dans l'article 193 du Code civil koweïtien relatif à l'interprétation du contrat. Aux termes de cet article, le juge, lors de l'interprétation du contrat, s'appuie sur des critères comme la bonne foi et la loyauté des parties. Autrement dit, ces deux exigences que les parties à un contrat doivent scrupuleusement observer, à savoir la bonne foi et la loyauté, permettent au juge d'interpréter le contrat soumis à son appréciation pour tirer certaines conclusions. À partir de là, une obligation juridique peut être déduite ; celle-ci s'impose aux parties lors de la

⁷⁷⁹ O. ABDULBAQUI, *La protection contractuelle du consommateur*, Mounshaat Al Maaref, 2^e éd, 2008, p. 202.

conclusion du contrat : les parties doivent être de bonne foi. L'une des implications essentielles de cette bonne foi consiste précisément à ce que chaque partie est tenue d'informer l'autre des informations importantes dont elle dispose. Cela permet de construire une relation contractuelle basée sur un consentement libre et éclairé. Cette interprétation a pour effet d'élargir le champ d'application du principe de la bonne foi : d'un principe applicable durant l'exécution du contrat, il est appelé à s'appliquer également lors de la conclusion du contrat⁷⁸⁰.

518. Cette interprétation tendant à élargir le champ d'application du principe de la bonne foi emporte pleinement notre conviction, Notamment pour l'adhérent dans le contrat d'adhésion, puisque ce contrat est basé largement sur la confiance et la bonne foi. En effet, le législateur koweïtien a consacré le principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats pour assurer la stabilité des relations contractuelles et éviter tout ce qui est de nature à troubler cette stabilité. Si cette finalité est recherchée dans la phase d'exécution du contrat, elle est *à fortiori* présente dans la phase de sa conclusion. La protection de la stabilité des rapports juridiques passe nécessairement et impérativement par l'information et le renseignement des parties. Ceux-ci permettent la conclusion des contrats en toute connaissance de cause et par conséquent d'éviter la rupture du lien contractuel dans l'avenir.

B. L'articulation du devoir d'information

519. Le devoir d'information est le fruit de nombreux textes de loi et de jurisprudence. En droit français, avec la réforme du droit des contrats du 10 février 2016, plusieurs textes sont venus contrarier l'état du droit positif en la matière. C'est pourquoi, il est indispensable de procéder à l'articulation de ces nouveaux textes avec les règles qui étaient applicables avant la réforme. Pour ce faire, il convient de voir comment les fondements existants vont se maintenir, et d'analyser l'articulation entre le devoir d'information et la réticence dolosive.

⁷⁸⁰ N. ALMAHDI, *L'obligation précontractuelle d'information et son application dans certains contrats, étude doctrinale et jurisprudentielle comparative*, Dar Alnahdah Alarabia, p. 67.

a. Le maintien des fondements existants.

520. De longue date, le droit français considère la loyauté comme un principe général qui innerve la relation contractuelle. Il n'existe effectivement pas de contrat où les parties ne doivent pas respecter mutuellement la bonne foi et tous les effets de l'équité dans toutes les phases contractuelles. L'obligation de loyauté ou de bonne foi était comprise comme obligeant les parties à la négociation de garantir la meilleure transparence de manière à ce que chacune d'entre elles puisse saisir précisément l'étendue de ses obligations⁷⁸¹.

521. Monsieur Domat exigeait des parties contractantes une parfaite sincérité destinée à permettre à chaque partie de comprendre ce à quoi elle s'engageait⁷⁸². Il est effectivement difficile de contester la bonne exécution à une partie si le périmètre ou la nature de l'obligation n'ont pas très bien été saisis. Les parties sont censées être en quête, par l'intermédiaire du contrat, de la satisfaction d'un intérêt commun⁷⁸³.

522. Dans le contrat d'adhésion, le stipulant à la mainmise sur le contenu contractuel. Il lui appartient, dès lors, d'en expliciter les conditions et les principales obligations. En l'absence de négociation, il ne doit pas à ce sujet, induire en erreur son partenaire contractuel⁷⁸⁴. Cette absence de négociation semble rendre inutile l'obligation d'information prise comme outil de réflexion. On peut constater néanmoins un regain d'intérêt lorsqu'elle constitue une obligation d'explication du contrat sur les engagements du stipulant et ce qu'il attend du cocontractant⁷⁸⁵.

523. En réalité, le contrat d'adhésion est généralement conclu sur fond de document préétabli, entre les deux parties. La bonne information du contractant lui permettra de préserver au mieux ses intérêts, et bien plus qu'en l'absence d'une telle information.

⁷⁸¹ G. FLÉCHEUX, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Collectif, LGDJ, 2014, p.341.

⁷⁸² J. RÉMY, « *Œuvres complètes de J. Domat* », t. 1, Paris, Alex-Gobelet Libraire, 1835, p. 395.

⁷⁸³ G. FLÉCHEUX, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », Op. cit., p. 341.

⁷⁸⁴ M. RAYSSAC, *L'adhésion en droit privé*, Thèse, Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2004, n° 450, p. 330.

⁷⁸⁵ *Ibid.*

Ainsi, la transmission de l'information à l'adhérent a pour finalité une action préventive permettant d'éclairer son consentement dans le but de connaître le sens de ses engagements⁷⁸⁶.

524. L'information qu'il convient d'exploiter est celle ayant un effet sur le consentement de l'adhérent. Il profite également au stipulant, dès lors que « *plus la clause sera présentée de manière loyale, c'est-à-dire claire, lisible et compréhensible, plus il sera aisé de prouver que l'acheteur, qui a accepté le contrat, a par la même accepté ces clauses* »⁷⁸⁷. Par exemple, en matière de contrat d'assurance, le droit positif montre que l'adhérent ne joue quasiment pas de rôle et la responsabilité du contrat est presque entièrement à la charge de l'assureur⁷⁸⁸.

525. Le développement des déséquilibres entre les contractants a permis de questionner le système contractuel classique du Code civil. De longue date, la doctrine a mis en évidence le concept de contrat d'adhésion, dans le cadre duquel la discussion entre les parties, avec l'objectif de déterminer le contenu contractuel, est impossible, car il y a une disparité de puissance entre les contractants. S'agissant des contrats négociés, il n'est plus judicieux de postuler que la négociation a pour effet de forcément arriver à l'équilibre lorsque l'une des parties ne peut pas, quelles que soient les raisons économiques ou sociales, assurer la protection de ses intérêts de manière efficiente⁷⁸⁹.

526. C'est pourquoi le législateur français a opté pour la consécration du devoir d'information dans la phase de la formation du contrat, surtout dans celle de la négociation du contrat. La question qui se pose est celle de savoir de quelle manière va s'articuler la nouvelle obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil, d'une

⁷⁸⁶ A. COMBALUZIER-VAUDE, *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, Thèse, Université de Montpellier I, 2008, n° 202, p. 184.

⁷⁸⁷ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 57.

⁷⁸⁸ Cf., B. BEIGNER, Note sous Toulouse, 15 mai 1995, D., 1996, p. 57-60. Sur l'obligation d'information de l'assuré par l'assureur : J. BIGOT, (dir.), *Traité de droit des assurances. Tome 3, Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2002, n° 601 et s.; I. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2001, n° 126 et s.

⁷⁸⁹ P. GROSSER, « La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme de droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *AJCA*, n° 6, 20 juin 2016.

part, avec celle déduite par la jurisprudence sur le fondement de principes généraux du droit commun des contrats et, d'autre part, avec celle issue de texte spéciaux.

527. En premier lieu, l'obligation d'information a pu être rattachée par la jurisprudence au principe de bonne foi. Au visa de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil, la Cour de cassation a considéré que « *manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obéré, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager* »⁷⁹⁰. Selon Madame Fabre-Magnan, la Haute juridiction ne pouvait se fonder sur cet article dès lors qu'il ne concernait que l'exécution du contrat⁷⁹¹. La contradiction soulevée par cet auteur ne peut plus aujourd'hui être mise en exergue puisque le nouvel article 1104 du Code civil prévoit désormais que les contrats doivent non seulement être exécutés, mais aussi négociés et formés de bonne foi.

528. Parmi les fondements de droit commun également utilisés, figure le principe d'équité de l'ancien article 1135 du Code civil, repris par l'article 1194 nouveau qui dispose que « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ». Dans un attendu de principe, la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que « *le fabricant d'un produit doit fournir tous les renseignements indispensables à son usage et notamment avertir l'utilisateur de toutes les précautions à prendre lorsque le produit est dangereux* »⁷⁹². La nouvelle disposition ne remet pas en cause la règle, l'obligation d'information peut continuer d'être invoquée sur la base de l'équité.

529. En second lieu, le Code de la consommation prévoit déjà ponctuellement une obligation précontractuelle d'information pour les contrats conclus par un professionnel avec un consommateur⁷⁹³. L'article L. 111-1, 1° dispose qu'« *avant que le consommateur*

⁷⁹⁰ Cass. civ., 1^{ère}, 10 mai 1989, *Bull. civ.*, I, n° 187 p. 124.

⁷⁹¹ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2014, n° 440, p. 353.

⁷⁹² Cass. civ., 1^{ère}, 14 décembre 1982, *Bull.*, I, n° 361, p. 309.

⁷⁹³ V. aussi, art. L. 111-1 à L 111-3 du Code de la consommation.

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 : les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ». Il s'agit d'une information dont le but est d'éclairer le consentement du consommateur⁷⁹⁴. L'obligation d'information qui existe dans le Code de la consommation forme un excellent exemple de la protection de l'adhérent⁷⁹⁵.

530. Elle énonce aussi une telle obligation pour les contrats de distribution comportant un engagement d'exclusivité⁷⁹⁶. Selon l'article L. 330-3 du Code de commerce français, « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ». Ce texte concerne essentiellement les contrats de franchise⁷⁹⁷ et de concession, mais s'applique plus largement à tous les contrats de dépendance⁷⁹⁸.

531. La chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment estimé qu'en « procédant à une présentation erronée du réseau et en opérant une transmission erronée des chiffres prévisionnels, le franchiseur a enfreint son obligation de sincérité sur des données nécessairement déterminantes au regard du consentement du franchisé et que les informations transmises, par leur caractère erroné et dénué de sérieux, sont révélatrices de la volonté délibérée de la société SDAR de tromper le consentement de

⁷⁹⁴ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Les contrats de consommation - Règles communes*, LGDJ, 2012, n° 261, p. 252.

⁷⁹⁵ Rappelons-nous que « les deux concepts –contrat d'adhésion, d'un côté et contrat de consommation, de l'autre –ne coïncident-ils pas exactement. Mais il n'en demeure pas moins que c'est dans le creuset du Code de la consommation que s'est forgé le contrat d'adhésion aujourd'hui inscrit dans le Code civil » J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat, Droit des obligations*, DALLOZ, 5^{ème} éd, p.101.

⁷⁹⁶ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, *Op. cit.*, n° 167, p. 63.

⁷⁹⁷ Sur ce contrat : Ph. LE TOURNEAU, *Le contrat de franchisage*, Litec, 2^{ème} éd. 2007.

⁷⁹⁸ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Thèse, LGDJ, 1987.

son cocontractant »⁷⁹⁹. Cet arrêt démontre qu'il n'est pas certain que la réforme du droit des contrats, qui a consacré une obligation d'information précontractuelle en l'article 1112-1 du Code civil, modifie substantiellement l'état du droit antérieur dans le domaine de la franchise⁸⁰⁰.

532. Ainsi, en instituant l'obligation d'information à l'article 1112-1 du Code civil, le législateur français a entendu consacrer la position de la Cour de cassation qui, depuis de nombreuses années, avait fait de l'obligation d'information un principe cardinal du droit commun des contrats. Cette jurisprudence est désormais gravée dans la loi⁸⁰¹. L'obligation d'information a vocation à s'appliquer à tous les contrats, même les contrats d'adhésion.

533. Cela signifie-t-il que l'article 1112-1 rend désuètes les dispositions particulières qui, avant la réforme de 2016, avaient déjà consacré l'obligation d'information ? Cela aurait été possible si l'objet de l'obligation d'information ou ses modalités d'exécution étaient identiques d'une disposition à l'autre. Or, il n'en est rien. Aussi, l'article 1112-1 du Code n'est nullement dépourvu de toute utilité. Il a vocation à s'appliquer à défaut de texte spécial prévoyant une obligation d'information Il faudra donc privilégier, le cas échéant, les législations spéciales pour faire sanctionner par le juge le manquement à l'obligation d'information.⁸⁰²

534. La seule question qui reste en suspens est celle du caractère exclusif du nouveau texte sur les autres textes de droit commun. Nous avons déjà vu qu'il était autonome, en revanche il reste à se prononcer sur un éventuel cumul de protection. *A priori*, l'article 1112-1 du Code civil ne concerne que la négociation. Le nouvel article 1104 sur la bonne foi s'applique aussi bien à la négociation, à la formation qu'à l'exécution du contrat. Il appartiendra au juge de décider d'étendre à la formation ou à l'exécution du contrat l'obligation d'information édictée à l'article 1112-1. L'articulation entre les différents

⁷⁹⁹ Cass. com., 3 novembre 2016, n°15-24.886, *Société SDAR* ; *JCP E*, 2017, 1019, note S. LE GAC-PECH.

⁸⁰⁰ Cass. com., 3 novembre 2016, n° 15-24.886 ; *CCC*, 2017, Comm. 7, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

⁸⁰¹ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats essai d'une théorie*, *Op. cit.*, n°237, p. 263.

⁸⁰² B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats, Ordonnance du 10 février 2016*, *Op. cit.*, n°167, p. 63.

textes de droit commun semble encore boiteuse, elle gagnerait effectivement à être clarifiée, par la jurisprudence de la Cour de cassation ⁸⁰³.

b. L'articulation entre le devoir d'information et la réticence dolosive.

535. En droit français, l'article 1137, alinéa 2, du Code civil constitue aussi un fondement important de l'obligation précontractuelle générale d'information. En vertu de ce texte, « *constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». Ce texte prévoit selon un auteur une obligation d'information « *implicite* »⁸⁰⁴. Autrement dit, le contractant qui dissimule intentionnellement une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie manque à son obligation d'information.

536. Les relations entre l'obligation d'information et le dol par réticence ne sont pas nouvelles. Selon un autre auteur, « *chaque fois qu'ils sanctionnent la rétention intentionnelle d'une information au moyen du dol, les tribunaux révèlent, en négatif, l'existence d'une obligation d'information* »⁸⁰⁵. Pourtant, le rapport remis au président de la République ne reprend paradoxalement pas la jurisprudence, lorsqu'il prévoit que « *le texte fait le choix de ne pas subordonner la réticence dolosive à l'existence d'un devoir d'information, conformément à une conception plus solidaire du contrat qui met l'accent sur la sanction de l'intention de tromper* »⁸⁰⁶. Faut-il prendre acte du contenu de ce rapport ou bien faut-il le négliger pour continuer de lier l'obligation d'information et la réticence dolosive ?

537. Or, la réticence dolosive est complètement déconnectée de l'existence préalable d'une obligation d'information. L'articulation des textes peut encore créer d'autres

⁸⁰³ En ce sens voir. O. DESHAYES, « La réforme de la Cour de cassation », *RDC*, 1 septembre 2016, n°3, p.425.

⁸⁰⁴ C. GRIMALDI, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », *D.*, n° 18, 19 mai 2016, p. 1009.

⁸⁰⁵ O. DESHAYES, « La formation du contrat », *RDC*, 2016, p. 21, Hors-série.

⁸⁰⁶ Rapport 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, *JORF*, n°0035, 11 février 2016, texte n° 25

incohérences. En effet, lorsque l'on applique simultanément les articles 1137 al 2 et l'article 1139, cela revient à balayer la jurisprudence « *Baldus* »⁸⁰⁷, qui ne reconnaît pas la réticence dolosive de l'acheteur sur la valeur de la prestation. Il serait peut-être utile de ne pas céder par la trop grande facilité à reconnaître la réticence dolosive ou par la consécration d'une obligation d'information sans limite.

538. Il serait donc judicieux de revenir à la jurisprudence qui permet de déduire de manière implicite une obligation d'information, et de raccorder la réticence dolosive à l'article 1112-1 du Code civil⁸⁰⁸. Il faudrait aussi rendre cohérentes les dispositions prévoyant le caractère déterminant d'une information, autrement dit interpréter si l'information déterminante de l'article 1137 al 2 de la même manière que le fait l'article 1112-1 du Code civil. Il reste à attendre que la Cour de cassation se prononce sur l'articulation de ces dispositions dont les prescriptions apparaissent pour le moins contradictoires. Pour l'heure, ce qui est certain, c'est que l'obligation générale d'information apparaît totalement déconnectée de la réticence dolosive⁸⁰⁹.

539. En droit koweïtien, le législateur a consacré également la réticence dolosive dans le Code civil. Ainsi, l'article 152 du Code civil koweïtien dispose que « *sont considérés comme des manœuvres constitutives de dol, les mensonges sur les informations relatives au contrat ou leur dissimulation par le silence, si ces dernières constituent une violation du devoir d'honnêteté ou de loyauté exigé par la loi, par l'accord, par la nature du contrat ou par la confiance légitime de la partie victime du dol* ». En revanche, la réticence dolosive n'est pas complètement déconnectée de l'existence préalable d'une obligation d'information.

540. En dépit du fait que la réticence dolosive constitue en droit civil koweïtien un instrument important permettant d'assurer une certaine protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une protection exceptionnelle. En effet, le juge n'assimile la réticence au dol que dans la mesure où le

⁸⁰⁷ Cass. civ., 1^{ère}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *Bull. civ.*, 2000, I, n° 131.

⁸⁰⁸ C. GRIMALDI, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », *D.*, n° 18, 19 mai 2016, p. 1009.

⁸⁰⁹ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^{ème} éd., 2016, n° 101, p. 91.

contractant a manqué à son obligation d'information. Or, il n'existe aucun texte juridique général consacrant une telle obligation en droit civil koweïtien, ce qui accorde au juge un très large pouvoir d'appréciation en la matière⁸¹⁰. L'affirmation expresse de l'obligation d'information dans le Code civil koweïtien contribue évidemment à assurer l'équilibre contractuel dans le contrat d'adhésion et à protéger la partie faible dans ce contrat, c'est-à-dire l'adhérent. C'est pourquoi, il s'avère indispensable d'insérer un texte dans le Code civil koweïtien consacrant explicitement l'obligation générale d'information, à l'instar du Code civil français. Cette consécration normative a l'avantage de clarifier les choses et de mettre le droit positif koweïtien en phase avec l'évolution des données socio-économiques et les transformations de son environnement international.

541. Les fondements juridiques de l'obligation d'information en droits français et koweïtien étant ainsi appréhendés, il nous revient à présent de voir quelles sont les conditions de mise en œuvre du nouveau devoir d'information qui est consacré en droit français.

§ 2. Les conditions de mise en œuvre du devoir d'information

542. Le nouvel article 1112-1, s'inspirant de ce qui a été établi par la jurisprudence⁸¹¹, prévoit dans son alinéa 1^{er}, que « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant*⁸¹² ». Il ressort de cette disposition que les conditions de mise en œuvre de l'obligation d'information peuvent être inhérentes aux parties (A). L'information doit avoir une importance telle qu'elle doit être déterminante pour le consentement (B).

⁸¹⁰ H. JUMAIE, *L'impact du déséquilibre entre les contractants sur les clauses du contrat, le phénomène du déséquilibre entre les obligations avec l'extension des clauses abusives. Etude comparative entre le droit égyptien, le droit émirati et les droits européens avec l'allusion aux droits anglo-américains*, Dar Alnahdah Alarabia, 1996, p. 127.

⁸¹¹ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations –innovations– perspectives*, DALLOZ, Nov. 2016, n° 22-31, p.35.

⁸¹² Art. 1112-1 du Code civil français.

A. Les conditions inhérentes aux parties

543. Parmi les conditions qui concernent directement les parties, la première a trait à la connaissance d'une information. La seconde concerne plus précisément le caractère légitime de l'ignorance ou de la confiance du créancier de l'obligation d'information.

a. La détention d'une information

544. Il est d'abord requis que l'une des parties ait connaissance d'une information. Le texte fait seulement référence à l'hypothèse où une partie « connaît » une information, et ne précise pas, comme le premier projet, « connaît ou devrait connaître »⁸¹³. Cet oubli ne privera toutefois pas les magistrats de maintenir l'application du postulat en vertu duquel « l'ignorance illégitime d'une information peut être assimilée à sa connaissance »⁸¹⁴. Ce qui est essentiel, comme nous allons le voir, c'est effectivement la confiance que l'autre partie a placé dans son partenaire, il peut à juste titre espérer que celui-ci l'informe de ce qu'il était censé connaître et pas seulement de ce qui est à sa connaissance⁸¹⁵.

545. Les juges seront susceptibles de considérer qu'un professionnel qui doit connaître les informations essentielles sur la chose qu'il vend, est tenu de rechercher les informations qui ne sont pas à sa connaissance pour assurer son obligation d'informer l'acheteur⁸¹⁶. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'on est en présence d'un contrat d'adhésion. Ce contrat qui est le fait exclusif du stipulant, ne peut exonérer ce dernier de la connaissance de toutes les informations qui lui sont propres, la circonstance dans laquelle le contrat est négocié est inopérante pour lever ce degré de connaissance.

⁸¹³ Art. 1129 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats dispose : « Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ».

⁸¹⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G*, n° 25, 20 juin 2016, p. 706.

⁸¹⁵ M. MEKKI, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *LPA*, n° 14, 12 avril 2016, p. 15.

⁸¹⁶ M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *Op. cit.*, p. 706.

546. L'article 1112-1 suggère qu'il n'y a pas lieu d'être plus exigeant envers un professionnel ou un contractant qui posséderait des aptitudes particulières, à moins que le législateur prévoie, dans un texte, une obligation spéciale d'information sur un élément de la prestation en particulier ou que pèse sur le débiteur une présomption de connaissance sur une information spécifique. Il faut dorénavant préciser, pour continuer à mettre en œuvre l'obligation d'information, ce que signifie le caractère légitime de l'ignorance et de la confiance⁸¹⁷.

b. La légitimité de l'ignorance et de la confiance

547. La première chose à retenir pour le créancier du devoir d'information est le critère de l'ignorance. La transmission de l'information est obligatoire uniquement si cette dernière est inconnue du créancier. Cela a pour conséquence que l'ignorance ne peut générer un devoir d'information que si elle est légitime. Le devoir d'information ne doit pas être utilisé contrairement à son objectif en autorisant le contractant insouciant de profiter du fait qu'il n'ait pas reçu une information alors même qu'il avait précisément connaissance de son contenu⁸¹⁸.

548. La question qui peut être soulevée est celle de la source de cette ignorance légitime. C'est là que le juge va lors de sa mission jouer un rôle prépondérant. Il ne fait aucun doute que le législateur a essentiellement pensé en l'espèce à l'hypothèse où l'autre partie a le devoir de se renseigner. Les circonstances d'une situation contractuelle peuvent permettre d'inciter l'autre partie à se prémunir⁸¹⁹. Dès lors, l'ignorance du créancier de l'obligation d'information ne peut être tolérée que s'il n'a aucune obligation de se renseigner⁸²⁰.

⁸¹⁷ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations –innovations– perspectives*, DALLOZ, Nov. 2016, n° 22-43, p.37.

⁸¹⁸ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Larcier, 2^{ème} éd., 2016-2017, n° 320, p. 181.

⁸¹⁹ M. MEKKI, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *LPA*, n° 14, 12 avril 2016, p. 15.

⁸²⁰ Sur le devoir de se renseigner : P. JOURDAIN, « Le devoir de se renseigner », *D.*, 1983, p. 139.

549. L'accessibilité de l'information sera un critère essentiel pour apprécier le caractère légitime de l'ignorance. Plus l'accès est difficile plus il peut être aisé de reconnaître le caractère légitime de l'ignorance. Cela peut être le cas lorsque l'information se trouve en possession de l'autre partie ou lorsque sa recherche nécessiterait le paiement d'un prix exorbitant. En réalité, la notion d'ignorance légitime contient plusieurs potentialités. En effet, si on se réfère à une personne capable de trouver l'information, il serait possible d'obliger une partie plus à même sur le plan économique ou intellectuel à la mise à disposition d'une information, l'autre pouvant légitimement ne pas en connaître l'existence. En revanche, on pourrait, toujours selon ce critère, être plus rigoureux dans certaines opérations complexes, où l'acquéreur avisé doit procéder à une évaluation précise de tous les actifs, et ne pas se fier à ce qui lui est transmis par le vendeur. Sa négligence en l'occurrence sera considérée comme ne relevant pas de l'ignorance légitime⁸²¹.

550. Le critère de l'ignorance légitime du créancier se double de celui où il se trouve en situation de confiance légitime. Cette hypothèse se fonde sur la présence d'une circonstance particulière permettant au créancier de complètement se fier à celui qui détient l'information⁸²². Ainsi par exemple, nous serons dans un cas de confiance légitime lorsque le débiteur du devoir d'information est tenu par une obligation de loyauté renforcée, comme celle du dirigeant de société à l'égard de tout associé⁸²³.

551. En ce qui concerne le contrat d'adhésion, le problème peut naître du fait que l'adhérent n'ait pas connaissance, ou ne mesure pas correctement la portée de son adhésion. Madame Fabre-Magnan propose, dans sa thèse sur l'obligation d'information, deux types d'obligations d'information qui sont essentiels pour contrecarrer ces deux écueils. En premier lieu, il va s'agir d'une obligation de renseignement relative aux conditions générales du contrat et, en second lieu, d'une obligation renforcée de

⁸²¹ M. MEKKI, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Op. cit.*, p.15.

⁸²² B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 6^{ème} éd., p. 103.

⁸²³ En ce sens : G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2014, n° 48.

renseigner, consistant en « *une obligation d'attirer l'attention, une obligation de mise en garde, sur la présence de certaines clauses particulières de ce contrat* »⁸²⁴.

552. Premièrement donc, selon elle, pour être sûr que l'adhérent puisse connaître les obligations auxquelles il est tenu, il est indispensable d'imposer une obligation de renseignement sur le contenu du contrat. Cette obligation, ayant une influence sur le consentement de l'adhérent, doit être exécutée avant l'émission de son consentement. Il serait ici plus précis de se référer à une obligation de renseignement sur l'offre de contracter, qui va s'effectuer par la diffusion de documents contractuels⁸²⁵. Le législateur édicte généralement ce genre d'obligations dans différents contrats, en particulier dans ceux qui mettent en relation des professionnels à des consommateurs⁸²⁶. L'offre de contracter se verrait alors imposer un certain formalisme, dans un objectif de protection de l'adhérent⁸²⁷. La règle est qu'un document n'est contenu dans le contrat que s'il a été porté à la connaissance de l'adhérent. À titre d'illustration, si les clauses de référence sont toujours valables, il va de soi que le document qui contient les obligations dont il est fait référence, doit, pour être contraignant, avoir été porté à la connaissance de l'adhérent⁸²⁸.

553. Deuxièmement, le débiteur de l'obligation d'information doit aussi attirer l'attention sur certaines clauses du contrat. La mise à disposition de tous les documents contractuels à l'adhérent est insuffisante pour emporter son consentement. En effet, il n'est pas toujours apte à comprendre et à mesurer la portée de ses engagements. Il est généralement exigé que le stipulant précise tous les risques engendrés par le contrat, spécialement certaines clauses susceptibles de générer des obligations particulières à la charge du créancier. Elles peuvent consister par exemple à lui imposer un comportement précis, sans lequel il risque de perdre une partie de ses droits ou limiter la responsabilité de l'offrant⁸²⁹.

⁸²⁴ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2014, n° 509, p. 412.

⁸²⁵ *Ibid.*

⁸²⁶ *Ibid.*

⁸²⁷ Par exemple « l'assureur doit informer et conseiller le souscripteur sur les conditions et l'étendue de la garantie offerte et même sur la prescription pour agir contre lui ... le banquier sur l'ensemble des opérations (notamment de bourse) ...etc. » v. A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^{ème} éd., 2016, n°294, p. 238.

⁸²⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Op. cit.*, n° 511, p. 413.

⁸²⁹ *Ibid.*, n° 512, p. 413.

554. Or dans la mesure où seul l'offrant a rédigé le contrat, il est très incertain que l'adhérent ait eu connaissance de toutes les clauses ou conscience de leur portée. Le stipulant doit porter à sa connaissance l'existence des clauses créant le plus de risque, à savoir celles qui dérogent au droit commun des contrats. La partie qui s'engage effectivement à un contrat-type peut s'attendre à trouver des clauses habituellement stipulées dans de tels contrats, mais il peut légitimement ignorer des clauses particulières, telles que des clauses limitatives de responsabilité ou des clauses pénales. Le but poursuivi est que toutes les clauses soient connues par les deux parties pour qu'elles soient vraiment acceptées⁸³⁰.

555. Bien évidemment, l'information doit avoir été portée à la connaissance de l'adhérent en raison de la confiance légitime qu'il donne au stipulant et en prenant en considération son état d'ignorance légitime. En revanche, ces conditions ne sont pas suffisantes, l'information doit aussi avoir une importance telle qu'elle doit être déterminante du consentement.

B. Le caractère déterminant de l'information pour le consentement

556. L'information doit être transmise dès lors qu'elle présente une importance déterminante pour le consentement du cocontractant. Tout d'abord, ce caractère ne doit vraisemblablement pas être entendu dans l'unique sens des vices de consentement. Plus précisément, une information qui a poussé l'autre à contracter, autrement dit celle sans laquelle l'autre n'aurait pas contracté. En effet, la sanction du manquement n'est pas seulement la nullité du contrat, mais aussi le dédommagement de la victime qui est retenu dès lors que l'ignorance de l'information a causé un préjudice au créancier, et non pas uniquement si elle l'a incité à conclure un contrat qu'il n'aurait pas conclu au cas contraire⁸³¹.

⁸³⁰ *Ibid.*, n° 512, p. 413.

⁸³¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n° 238, p. 264.

557. Au sens strict, l'obligation ou le devoir d'information n'oblige *stricto sensu* que la transmission d'indications objectives⁸³². C'est pourquoi le devoir d'information se distingue ainsi de l'obligation de renseignement, qui constitue un « *devoir implicite, découvert par la jurisprudence dans certains contractants, en vertu duquel la partie supposée la plus compétente ou la mieux informée est tenue de communiquer à l'autre les informations qu'elle détient relativement à l'objet du contrat* »⁸³³.

558. Elle se distingue également de l'obligation de conseil. Cette obligation est « *une information subjective et orientée dont l'intérêt est de présenter au partenaire l'opportunité de l'opération de manière à l'aider positivement dans sa prise de décision* »⁸³⁴. Le Code civil ne va pas jusqu'à exiger un conseil personnalisé, prenant en considération la situation personnelle du contractant, mais le nouvel article 1112-1 impose seulement la remise d'une information claire et appropriée⁸³⁵. Elle se distingue encore de l'obligation de mise en garde qui « *est une information mettant l'accent sur les aspects négatifs de l'opération et dont l'intérêt est d'attirer l'attention du créancier de l'obligation d'information, la mise en garde consiste à dissuader* »⁸³⁶.

559. Autrement dit, il s'agira de fournir les éléments objectifs requis pour la prise de décision de son cocontractant. Le lien avec l'offre de contracter est en outre clair dès lors que l'information ne doit être transmise que si elle présente une importance déterminante du consentement. Il n'est donc pas utile de communiquer toutes les informations afférentes au contrat mais bien uniquement celles qui pourraient avoir un effet sur le consentement du contractant⁸³⁷.

560. Pour juger du caractère déterminant de l'information pour l'autre, la partie qui sait doit, selon la jurisprudence, se renseigner préalablement sur ces objectifs. Ainsi la Cour

⁸³² D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Larcier et collection Paradigme, 2^e éd, 2016-2017, n°313, p.176.

⁸³³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF. 2014, 10^{ème} éd., « information ».

⁸³⁴ A. COMBALUZIER-VAUDE, *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, Thèse, Université de Montpellier I, 2008, n° 208, p. 192.

⁸³⁵ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratiques dans l'ordre du Code civil*, *Op. cit.*, n° 182, p. 151.

⁸³⁶ A. COMBALUZIER-VAUDE, *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, *Op. cit.*, n° 208, p. 192.

⁸³⁷G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Op. cit.*, n° 182, p. 151.

de cassation a considéré « *qu'il appartient au vendeur de s'informer sur les besoins de l'acheteur et de l'informer ensuite de l'aptitude du matériel proposé à l'utilisation qui en était prévue* »⁸³⁸. Pour ce faire, il est conseillé à la partie sachant d'inviter l'autre partie à déclarer ce qu'elle sait et ses attentes, « *les juges pouvant déduire de telles déclarations qu'une information n'était pas déterminante du consentement de l'autre partie au moment de la conclusion du contrat* »⁸³⁹.

561. Ainsi, cette notion d'information d'importance déterminante, est explicitée à l'article 1112-1 alinéa 3, qui qualifie comme telles « *les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». La formule montre le souhait du législateur de limiter le volume des informations à transmettre, ce qui est conditionné par la preuve d'un « *lien direct et nécessaire* »⁸⁴⁰. Toutefois, si l'énoncé avait pour but de rassurer certains professionnels, il ne constituerait pas pour autant un obstacle impossible à surmonter. Plus efficiente, par contre, devrait être la limitation aux seules informations ayant un lien direct avec le contenu du contrat ou la qualité des parties⁸⁴¹.

562. S'agissant de la qualité des parties, la formule renvoie simplement aux « *caractéristiques d'une personne englobant non seulement l'ensemble des éléments de son état (y compris le nom) mais ses particularités physiques ou morales (âge, état de santé, honorabilité)* ». Dans une autre acception, elle renvoie aussi au « *titre auquel une personne figure dans un acte juridique* ». Plus précisément, la qualité signifie juridiquement la capacité à conclure des contrats au sens de l'article 1145 du Code civil⁸⁴².

563. En revanche, l'article 1112-1, alinéa 3, élude fermement tout devoir d'information qui porterait sur la valeur de la prestation, conformément à la jurisprudence rendue en

⁸³⁸ Cass. com., 6 septembre 2011, n° 10-17.966.

⁸³⁹ B. MERCADAL, « Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016 », *Op. cit.*, n° 176, p. 67.

⁸⁴⁰ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Op. cit.*, n° 183, p. 151.

⁸⁴¹ *Ibid.*

⁸⁴² G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Op. cit.*, n° 182, p. 151.

matière de réticence dolosive⁸⁴³. Il ressort de l'arrêt *Baldus* « *qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur* » sur la valeur du bien. Ainsi, l'acquéreur des clichés n'avait pas à informer la vendeuse de leur véritable prix, quand bien même ils avaient été acquis pour un montant dérisoire et que, si cette dernière avait eu l'information en sa possession, elle n'aurait jamais contracté⁸⁴⁴.

564. Il faut relever enfin que la théorie de l'obligation d'information est complémentaire de la théorie du contrat d'adhésion. En effet, le stipulant propose le contenu du contrat que l'adhérent peut accepter ou non. Pour protéger l'adhérent, on lui octroie le droit de connaître les clauses contractuelles qui vont le lier avec le stipulant⁸⁴⁵.

SECTION II :

La fonction contraignante : La sanction du manquement au devoir d'information

565. En droit français, la nouvelle définition du devoir d'information crée un lien entre la violation d'une obligation d'information et la conception classique du dol, et suscite, comme nous l'avons vu, quelques difficultés d'articulation, notamment avec la réticence dolosive⁸⁴⁶. En dehors de l'obligation précontractuelle d'information expresse prévue à l'article 1112-1 nouveau du Code civil, une obligation implicite d'information peut être découverte à la lecture de l'article 1137 al 2 relatif à la réticence dolosive⁸⁴⁷.

⁸⁴³ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^{ème} éd., 2016, n° 67, p. 66.

⁸⁴⁴ Cass.civ.1^{re}., 3 mai 2000, n°98-11.381, Bull.civ.2000, I , n°131 ; Defrénois 2000, p. 1110, obs. D. Mazeaud ; Defrénois 2000, p. 1114, obs. P. Delebecque. « La Cour de cassation est même allée plus loin que dans l'arrêt *Baldus*, en affirmant au sujet de la vente d'un bien pavillon, que « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis » v. Cass. civ. 3e civ., 17 janv. 2007, n°06-10.442, Bull. civ. III, n° 5, *D.* 2007 p. 1051, obs. D. Mazeaud ; JCP G 2007, II, 10042 , obs. C. jamin.

⁸⁴⁵ F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Thèse, LGDJ, 2004, n° 364, p. 191.

⁸⁴⁶ S. LE GAC-PECH, « Réticence dolosive et violation d'une obligation précontractuelle d'information : un dispositif de droit commun insuffisamment protecteur du consommateur », *JCP E*, n° 27-28, 7 juillet 2016, p. 1403.

⁸⁴⁷ C. GRIMALDI, Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon..., *D*, 19 mai 2016, n°18, p.1009.

566. Il semble néanmoins que les deux obligations d'information évoquées ne concernent pas le même domaine d'application et n'ont pas la même portée. La première disposition impose la transmission de toute information déterminante du consentement à l'exception de celle relative à la valeur de la prestation, pendant que l'autre ne fixe aucune limite. Cette différence peut être problématique en ce qu'elle nuit à l'identification du régime de l'obligation d'information et par conséquent à sa sanction⁸⁴⁸.

567. Le dernier alinéa de l'article 1112-1 dispose qu'« *outré la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants* ». Il édicte deux sanctions au manquement à l'obligation d'information à savoir, la responsabilité civile du débiteur et l'annulation du contrat.

568. Cette nouvelle disposition marque une certaine évolution au regard de la jurisprudence existante sur la question, laquelle influe sur la nature de l'obligation d'information et, par voie de corollaire, le régime de sa sanction⁸⁴⁹. Le manquement à l'obligation d'information peut selon ce texte être sanctionné par la responsabilité civile (§ 1), mais aussi sur le terrain des vices du consentement par la nullité du contrat, cette dernière sanction se retrouve en droit koweïtien (§ 2).

§ 1. La sanction par la responsabilité civile

569. Cette sanction constitue « *la sanction principale* »⁸⁵⁰ d'un manquement de l'obligation d'information. Nous allons traiter à la fois la nature de la responsabilité et le préjudice qu'il a soulevé.

⁸⁴⁸ En ce sens v. F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations – innovations-perspectives*, DALLOZ, Nov. 2016, n° 23.112, p.68.

⁸⁴⁹ C. FRANÇOIS, « Présentation des articles 1112 à 1112-2 de la nouvelle sous-section 1 "Les négociations" », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1 (<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/ssect1-negociations>).

⁸⁵⁰ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations – innovations-perspectives*, *Op. cit.*, n°22.62, p.39.

A. La nature de la responsabilité

570. L'article 1112-1 alinéa 6 du Code civil français se réfère à la responsabilité du débiteur du devoir d'information qui a manqué à celui-ci. Il prend néanmoins la précaution de ne pas se prononcer sur l'engagement de la responsabilité contractuelle ou délictuelle⁸⁵¹. Ce silence gardé par le texte au regard de la nature de la responsabilité pourrait être compris comme donnant une base textuelle à une jurisprudence qui ne s'est pas privée de tirer les conséquences du manquement au devoir précontractuel d'information sur le terrain de la responsabilité contractuelle⁸⁵².

571. Il faut prendre en considération le fait que l'information porte sur le contrat et que son absence est généralement remarquée et se manifeste au niveau de l'exécution du contrat. Par ailleurs, sans égard au moment de sa manifestation, l'information concerne le contrat qui l'attire nécessairement vers lui. Cela peut générer d'importants effets sur le régime de la responsabilité. En dehors de l'application générale des règles de la responsabilité contractuelle, cela peut permettre une exécution en nature⁸⁵³.

572. Dès lors, selon Madame Fabre-Magnan, la sanction appropriée au défaut d'information devrait consister à donner force obligatoire à l'information erronée ou incomplète transmise dans la mesure où le débiteur peut s'y conformer. Selon elle, il faudrait faire « *comme si l'information donnée entraînait dans le champ contractuel en tant qu'obligation devant être exécutée par le débiteur de l'obligation d'information (...) la réparation proposée consiste alors, plutôt que de sanctionner la transmission d'une information non conforme à la réalité, à faire en sorte que la réalité soit conforme à l'information transmise et qui était favorable à son destinataire* »⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Op. cit., n° 328, p. 187.

⁸⁵² Voir : Cass. com., 25 juin 1980, n° 78-16-15121, *Bull. civ.*, IV, n° 276 ; *RTD civ.*, 1981.157, obs. G. DURRY. Cass. civ., 1^{ère}, 30 janvier 2001, n° 98-18145, *Bull. civ.*, I, n° 14 ; *RGDA*, 2001, p. 951, note F. CHARDIN.

⁸⁵³ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Op. cit., n° 328, p. 187.

⁸⁵⁴ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, Op. cit., n° 643, p. 509.

573. Une telle thèse ne remet pas en cause la jurisprudence visant à sanctionner le manquement de l'obligation d'information par l'engagement de la responsabilité contractuelle⁸⁵⁵. On peut y déceler le produit de la distinction entre un devoir général d'information et une obligation contractuelle d'information⁸⁵⁶. La responsabilité délictuelle donne le droit au contractant n'ayant pas disposé de l'information exigée de demander la réparation du préjudice subi, sans entraîner la remise en cause du contrat, ou encore l'absence de conclusion du contrat⁸⁵⁷.

574. En considération de la formule utilisée par l'article 1112-1, même si elle ne le mentionne pas, la nature de la responsabilité qui peut être engagée est extracontractuelle⁸⁵⁸. Cette solution serait en adéquation avec la jurisprudence, qui sanctionnait en droit commun le manquement à une « obligation précontractuelle d'information », sur le fondement de l'ancien article 1382⁸⁵⁹ du Code civil. Du fait que les parties n'ont pas encore accepté les termes du contrat, il ne serait pas possible de se fonder sur les règles de la responsabilité contractuelle. Le contraire serait envisageable si une obligation d'information, qui devait être exécutée au cours du contrat, ne l'avait pas été⁸⁶⁰.

⁸⁵⁵ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 328, p. 187.

⁸⁵⁶ Sur cet distinction v. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1-contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n°239, p.392.

« Les nouveaux articles parlent de « devoir » d'information plutôt que d'« obligation » d'information. Il s'agit pourtant bien techniquement d'une obligation, avec un débiteur chargé de l'exécuter vis-à-vis d'un créancier, à la différence par exemple du devoir de bonne foi, qui est une façon d'exécuter une obligation plus qu'une obligation que l'une des parties doit exécuter au bénéfice de l'autre. Le terme de « devoir » d'information insiste cependant sur l'aspect moral de cette obligation, et aussi sur le fait qu'elle est un devoir général pesant sur les deux parties de source légale plus que conventionnelle » M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1-contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n°239, p.392.

⁸⁵⁷ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratiques dans l'ordre du Code civil*, *Op. cit.*, n° 189, p. 157.

⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁸⁵⁹ Cet article dispose que « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

⁸⁶⁰ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratiques dans l'ordre du Code civil*, *Op. cit.*, n° 189, p. 157.

B. La nature du préjudice

575. Dès lors que le devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil commence son existence dans la période précontractuelle, il aboutit normalement sur la responsabilité extracontractuelle et donc l'allocation de dommages-intérêts⁸⁶¹. Quand le manquement à ce devoir est relevé, il est en outre indispensable de prouver que ce manquement a causé un préjudice⁸⁶². À cet égard, aucune précision n'étant apportée par l'article 1112, alinéa 1 sur la nature du préjudice indemnisable, celui-ci est cantonné, de la même manière que sous l'empire de la jurisprudence antérieure, à la perte d'une chance⁸⁶³. La Cour de cassation a considéré de façon générale « *que les conséquences d'un manquement à un devoir d'information et de conseil ne peuvent s'analyser qu'en une perte de chance dès lors qu'il n'est pas certain que mieux informé, le créancier de l'obligation d'information se serait trouvé dans une situation différente et plus avantageuse* »⁸⁶⁴.

576. Dans la pratique, la détermination de ce préjudice par l'engagement des règles de la responsabilité n'est pas aisée. Il est effectivement difficile d'évaluer précisément quels peuvent être les effets de l'accès à l'information sur la conclusion du contrat⁸⁶⁵. Ainsi, il n'est pas sûr que la partie même correctement informée, adopte une attitude telle qu'elle puisse éviter le dommage, d'où encore la difficulté de déterminer le préjudice réparable. C'est pourquoi les juges concluent le plus souvent, non à la réparation intégrale du préjudice subi par le créancier, mais uniquement à une réparation intermédiaire et moindre correspondant à la perte de chance⁸⁶⁶.

⁸⁶¹ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 327, p. 186.

⁸⁶² B. FAGES, *Droit des obligations* *Op. cit.*, n° 99, p. 105.

⁸⁶³ Par exemple : Cass. civ., 1^{ère}, 5 mars 2009, n° 08-11.374 et Cass. civ., 1^{ère}, 9 décembre 2010, n° 09-69.490.

⁸⁶⁴ Cass. civ., 1^{ère}, 20 mars 2013, n° 12-14711 et 12-14712 ; *JCP G*, 2013, p. 974, n° 5, obs. J. GHESTIN ; *CCC*, 2013, comm. 127, note L. LEVENEUR.

⁸⁶⁵ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 327, p. 186.

⁸⁶⁶ B. PETIT, S. ROUXEL, *J.cl. Code civil*, Art. 1136 à 1145, *Contrats et Obligations*, *Obligation d'information*, Fasc. 50, n°86.

577. Une telle allégation est contestable, selon une partie de la doctrine⁸⁶⁷. Concrètement, la perte d'une chance sérieuse est considérée comme rien de plus que la confrontation à un risque⁸⁶⁸. Il est par ailleurs difficile de reconnaître que le fait de s'être librement engagé puisse aboutir à la réparation d'un dommage. Il convient de préciser que l'article 1112 alinéa 2 du Code civil dispose qu'« *en cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu* », ce qui permet désormais d'éluder le fondement de la perte de chance. À vrai dire, le dommage réparable peut, de la manière la plus banale, consister dans le défaut d'information, chose déjà admise par la jurisprudence⁸⁶⁹.

578. Au demeurant, Madame Fabre-Magnan considère que « *ce n'est pas à dire que la notion de perte d'une chance n'ait aucun rôle à jouer en matière de violation d'un devoir d'information. Il y a une chance lorsque, avant la faute, ici violation du devoir d'information, le créancier avait d'ores et déjà une chance, c'est -à-dire une probabilité de survenance d'un événement favorable, que ce soit une possibilité de survenance d'un événement favorable, que ce soit une possibilité de gain, ou la possibilité d'éviter une perte ou un risque de perte, dont il a été privé par cette faute* »⁸⁷⁰.

579. Elle ajoute que « *le plus souvent cependant, lorsqu'une personne n'a pas reçu une information, elle n'a pas stricto sensu été privée d'une chance d'agir différemment, car, avant de recevoir l'information, elle n'avait pas cette chance d'agir autrement. Elle a ainsi plutôt été exposée à un risque que, précisément grâce à l'information, elle aurait pu éviter. Dès lors, en cas de réalisation du risque, elle doit être entièrement indemnisée de ses conséquences dommageables. Si par exemple un assureur a omis fautivement d'informer son assuré sur les limites de l'assurance souscrite, ce dernier est exposé au*

⁸⁶⁷ Voir : R. SAVATIER, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? », *D.*, 1970, chron., p. 123 ; P. OUDOT, « La perte de chance : incertitudes sur un préjudice certain », *Gaz. Pal.*, n° 57, 26 février 2011, p. 8. En matière médicale : S. HOCQUET-BERG, « La sanction du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.*, 1998, p. 1121 ; M. BACACH, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? », *D.*, n° 28, 31 juillet 2008, p. 1908.

⁸⁶⁸ Voir : D. SINDRES, « Exposition à un risque et perte de chance : un couple mal assorti ? », *RTD civ.*, n° 1, 21 mars 2016, p. 25.

⁸⁶⁹ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 327, p. 186.

⁸⁷⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, p. 267.

risque de voir son dommage non couvert : en cas de réalisation d'un sinistre, l'assureur pourrait dès lors être tenu de l'indemniser entièrement. De même, une personne qui s'est vu mal conseillée par une banque dans ses investissements doit être indemnisée des dommages qui en sont résulté, et non pas seulement de la perte de chance des profits qu'elle aurait pu réaliser si elle en avait fait de meilleurs »⁸⁷¹. Après avoir déterminé quel peut être le dommage réparable, il convient de voir sur qui pèse la charge de la preuve du manquement

C. La charge de la preuve

580. La faculté pour les parties au contrat d'invoquer le devoir général d'information est certes fondamentale pour protéger le consentement, il reste au demeurant que son existence serait complètement insignifiante si les conditions de sa mise en œuvre étaient défavorables au créancier de l'obligation d'information. S'agissant de la preuve de la violation de l'obligation d'information sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil français, elle peut être plus ou moins compliquée en fonction des circonstances et des obligations.

581. La preuve pour certaines informations écrites incluses dans des documents ou des notices censées être transmises préalablement à la conclusion du contrat ou encore certaines informations orales, est quasiment impossible. On parle de preuve d'un acte négatif, contrairement à la preuve du défaut d'exécution d'une mention contractuelle informative qui n'est pas très complexe⁸⁷².

582. L'article 1112-1 alinéa 4 du Code civil français dispose qu'« *il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie* ». Ainsi, selon le texte, la charge de la preuve est distribuée selon une forme de réciprocité. Il appartient à celui qui se prétend créancier de l'obligation de prouver son existence, autrement dit de démontrer

⁸⁷¹ *Ibid.*, p.268.

⁸⁷² M.FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats essai d'une théorie, thèse, LGDJ, 2014, p.413.

sa situation d'ignorance ou de confiance légitime. Réciproquement, il reviendra au débiteur qui est reconnu comme tel de prouver qu'elle a bien été exécutée et de montrer que l'information a bien été transmise, ou encore de prouver l'absence de légitimité de l'ignorance de celui qui le met en cause⁸⁷³.

583. Ainsi, il n'est pas obligatoire pour le créancier d'avoir à apporter l'existence d'un fait négatif. Il n'est pas obligé d'apporter l'existence d'une absence d'information⁸⁷⁴. Tous les moyens peuvent être utilisés pour apporter la preuve de l'exécution de l'obligation d'information. Le créancier de l'obligation peut donc, en cas de manquement, obtenir réparation de son préjudice sur le terrain de la responsabilité civile, mais la sanction peut aller encore plus loin en cas de réticence dolosive. Ce dernier est également sanctionné en droit koweïtien.

§ 2 : La sanction de la réticence dolosive

584. Le dol est, selon l'article 1137 alinéa 1 du Code civil français, « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* ». Le dol désigne un fait destiné à tromper une personne pour la décider à conclure un contrat. Il n'est d'ailleurs pas en tant que tel un vice de consentement mais la cause de celui-ci⁸⁷⁵. Très longtemps, on ne connaissait que les obligations légales d'information, autrement dit des obligations ponctuelles, qui consistaient notamment dans le contrat d'assurance à effectuer « *certaines révélations* »⁸⁷⁶. Après avoir longuement refusé d'estimer qu'un simple silence puisse constituer un dol et ainsi permettre d'annuler un contrat, la Cour de cassation française a finalement reconnu que la « *réticence pouvait équivaloir au dol* »⁸⁷⁷.

⁸⁷³ Cass. com., 4 février 2014, n° 13-10.630 ; *D. Act.*, 21 février 2014, obs. X. DELPECH.

⁸⁷⁴ B. FAGES, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 99, p. 104.

⁸⁷⁵ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil : les obligations. Tome I : l'acte juridique*, Sirey, 15ème éd., 2012, n° 211, p. 198.

⁸⁷⁶ Sur l'impact de la réforme sur l'obligation d'information dans le contrat d'assurance : P. BERTRAND, « Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? », *D.*, 2016 p. 1156. En droit bancaire : J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire, *JCP E*, n° 29, 21 juillet 2016, p. 1434.

⁸⁷⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome I : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n° 363, p. 392.

585. La jurisprudence française admet qu'« *un contrat soit annulé pour dol lorsque la réticence a consisté à ne pas révéler au cocontractant un fait dont il lui était impossible ou simplement difficile d'avoir connaissance par ses seuls moyens* »⁸⁷⁸. Le juge voit sa conviction emportée par le fait que « *le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant au cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter* »⁸⁷⁹. Il est désormais de notoriété, en droit positif français, que la réticence constitue un dol. Ainsi, il est consacré, clairement, par le nouvel article 1137 alinéa 2, du Code civil français.

586. La réticence souffre d'une incapacité au regard du dol ordinaire en ce qu'elle révèle l'absence de manœuvres positives. Les indices matériels de la volonté d'induire en erreur le cocontractant sont presque inexistantes. Les magistrats sont donc obligés de rechercher d'autres éléments pour la caractériser. Ils se fondent aussi bien sur l'obligation de contracter de bonne foi que sur l'obligation d'information. Les décisions sur la réticence dolosive ne sont pas toutes rendues sur les deux fondements. Cela peut être expliqué par le fait que l'absence de l'une rend inutile la caractérisation de l'autre⁸⁸⁰.

587. Il n'en demeure pas moins que la réticence dolosive a pour conséquence le manquement à ces deux obligations, leur convocation étant justifiée par la double nature du dol lui-même. L'obligation d'information est ainsi liée à l'élément matériel du dol. Le devoir de loyauté intègre dans la phase de conclusion du contrat des considérations morales. La double nature du dol produit ainsi une dualité de réticence qui repose aussi bien sur l'obligation d'information que sur l'obligation de la bonne foi. Cette analyse est confirmée selon la doctrine par le nouvel article 1137, alinéa 2, du Code civil français, « *qui évoque la dissimulation intentionnelle d'une information, renvoyant ainsi à la fois aux deux éléments de la réticence* »⁸⁸¹.

⁸⁷⁸ Voir par exemple : Cass. com., 7 février 2012, D.2012.918, note COURET et DONDERO ; Cass. civ., 1^{ère}, 13 mai 2003, Bull. civ., I, n° 114, D., 2004. Jur. 262, note MAZUYER ; JCP, 2003. I.170, obs. LOISEAU.

⁸⁷⁹ Cass. civ., 1^{ère}, 15 janvier 1971, n° 69-12.180, Bull., III, n° 38 ; RTD civ., 1971, p.839, obs. Y. LOUSSOUARN.

⁸⁸⁰ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Op.cit., n° 282, p. 159.

⁸⁸¹ *Ibid.*

588. Le dol consiste donc dans la faute intentionnelle d'une partie, et a pour objectif de modifier le consentement de l'autre contractant. Il s'agit donc « *d'une tromperie, d'une ruse ou d'une manœuvre qui va induire en erreur l'autre partenaire et le pousser à contracter* »⁸⁸². L'article 1137 du Code civil français le définit, expressément, comme « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ».

589. La réticence constitue désormais un dol comme les autres manœuvres et une cause de nullité. Puisque le dol est une tromperie, un élément intentionnel est donc indispensable pour le qualifier. La nullité ne peut être prononcée que lorsque l'auteur du dol était animé par une intention frauduleuse, autrement dit, l'intention d'induire en erreur son partenaire pour l'inciter à conclure le contrat. Il devait alors être conscient de ce que les manœuvres dont il se rend coupable allaient pousser l'autre à s'engager⁸⁸³.

590. Si la Cour de cassation française a besoin d'un texte général sur l'intention de tromper, elle peut le trouver dans l'article 1139 du Code civil⁸⁸⁴. Cet article énonce : « *en substance que toutes les erreurs qui résultent d'un dol doivent permettre le prononcé de la nullité relative du contrat, qu'elles aient été excusables ou non, qu'elles aient porté sur les qualités essentielles de la prestation ou de la personne du cocontractant ou sur la valeur ou les simples motifs* ». Ainsi en dehors de l'examen sur l'auteur du dol, de son comportement et sa psychologie, il existe des conditions ayant trait à la victime du dol⁸⁸⁵.

591. Dès lors, pour pouvoir prononcer l'annulation du contrat, la manœuvre doit avoir vicié le consentement du cocontractant, et cela s'exprime en pratique par une erreur. La doctrine s'accorde à considérer le dol comme une faute intentionnelle ayant provoqué l'erreur du partenaire contractuel. Le vice du consentement, qui a pour effet la nullité du

⁸⁸² J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome 2. Les biens, les obligations*, PUF, 2004, n° 957, p. 1992 ; J.-CL. Notarial formulaire, V° acte notarié, Fasc.70, (consentement), par D. Montoux, n°55.

⁸⁸³ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, Op. cit., n° 237, p. 263..

⁸⁸⁴ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratiques dans l'ordre du Code civil*, Op. cit., n° 329, p. 268.

⁸⁸⁵ *Ibid.*

contrat, s'assimile donc à l'erreur provoquée par les manœuvres dolosives⁸⁸⁶. Si une partie s'est rendue coupable des réticences et que le cocontractant n'en est pas pour autant dupe au moment de la conclusion du contrat, ce dernier ne peut pas après invoquer un dol, puisque son consentement n'a pas été altéré. Le dol nécessite donc aussi pour être caractérisé une appréciation de la psychologie du demandeur⁸⁸⁷.

592. La réticence doit être telle que sans elle, le cocontractant n'aurait pas conclu le contrat⁸⁸⁸. Il s'agit ainsi de dol principal, que l'on oppose généralement au dol incident, sans lequel l'autre partie se serait tout de même engagée, mais pas sur la base des mêmes conditions. La seule sanction possible serait l'allocation de dommages-intérêts. Il peut paraître compliqué de justifier la distinction, puisqu'il paraît psychologiquement inconcevable de distinguer entre la volonté « abstraite » et « concrète » de contracter⁸⁸⁹.

593. La Cour de cassation française a pourtant considéré que « *la réticence dolosive pouvait entraîner la nullité de vente dès lors que si l'acheteur avait connu certaines dissimulations, il aurait à tout le moins acquis à un prix inférieur* »⁸⁹⁰. Cette jurisprudence est confirmée par l'article 1130 du Code civil français qui dispose : « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ».

594. Par ailleurs, lorsque que les juges caractérisent un dommage, dont la réparation par la nullité du contrat ne suffit pas au gré des circonstances, la partie victime des manœuvres dolosives peut compléter la réparation du préjudice qu'elle a subi sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle⁸⁹¹. Il est également possible pour la victime d'abandonner l'action relative à l'annulation et opter uniquement pour la

⁸⁸⁶(Répertoire Dalloz) Erreur – Jacques GHESTIN – Yves-Marie SERINET – septembre 2006 (actualisation : avril 2016).

⁸⁸⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Op. cit.*, n°367, p.398.

⁸⁸⁸ Voir : Cass. com., 7 février 2012, n° 11-20487 ; *D.*, 2012, 918, obs. A. COURET et B. DONDERO.

⁸⁸⁹ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 68, p. 73.

⁸⁹⁰ Cass. civ., 3^{ème}, 22 juin 2005, n° 04-10415 ; *RDC* 2005/4, 1025, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK. Plus récemment : Cass. com., 30 mars 2016, n° 14-11.684.

⁸⁹¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n° 368, p. 401.

réparation du préjudice par l'allocation de dommages-intérêts. Elle doit néanmoins prouver l'intention d'induire en erreur l'autre partie et le caractère déterminant du dol, à moins qu'elle fonde son action sur l'article 1240 du Code civil⁸⁹².

595. Somme toute, la réticence dolosive constitue une « *dissimulation intentionnelle* ». Ainsi, seule cette dernière, considérée comme frauduleuse, qui permet de dissimuler une information que l'on sait être déterminante du consentement de son cocontractant, constitue un dol de nature à entraîner la nullité du contrat, et non pas seulement l'allocation de dommages-intérêts. Cette expression formule la volonté du législateur français de bien distinguer entre la violation d'une obligation légale d'information, qui ne peut aboutir qu'à l'octroi de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil, et la réticence dolosive qui, parce qu'elle est commise intentionnellement, permet l'annulation du contrat⁸⁹³. La réticence dolosive continue d'être un palliatif dès lors qu'une obligation d'information n'a pas été prévue par la loi. En vertu de l'obligation de bonne foi, si une information déterminante du consentement n'est pas transmise au cocontractant, dans l'intention de l'induire en erreur, il peut se voir octroyer des dommages et intérêts sur le terrain de la réticence dolosive⁸⁹⁴.

596. Ainsi, il a été jugé, à propos d'un contrat de prêt à terme différé : « *Attendu qu'en lui dissimulant que cette attribution (du prêt) ne pût s'effectuer avant un délai de plusieurs années ..., la Société a induit son adhérent en erreur sur une des conditions essentielles... Attendu que la Société, a été la cause unique et déterminante de son consentement et doit entraîner l'annulation du contrat par application des articles 1108, 1109, 1110 et 1116 du Code civil ... Attendu qu'en vain cette dernière (la société) arguerait que la formule souscrite comporte cette phrase imprimée : « je reconnais avoir pris connaissance et j'accepte les statuts de la société et le règlement intérieur ci-contre ». Attendu que lesdits règlements, couvrant trois grandes pages imprimées en lettres minuscules, n'ont été remis*

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ « Cette expression est même pléonastique, tant on conçoit mal qu'on puisse dissimuler quelque chose autrement qu'intentionnellement. Au moins ne pourra-t-on pas soutenir que la dissimulation a eu lieu à « l'insu du plein gré » de son auteur ... », G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratiques dans l'ordre du Code civil*, *Op. cit.*, n° 328, p. 268.

⁸⁹⁴ S. LE GAC-PECH, « Réticence dolosive et violation d'une obligation précontractuelle d'information : un dispositif de droit commun insuffisamment protecteur du consommateur », *JCP E*, n° 27-28, 7 juillet 2016, p. 1403.

à X... qu'au moment de la signature, alors que le temps matériel manquait pour prendre connaissance... »⁸⁹⁵.

597. Cet arrêt semble être très illustratif et il reconnaît clairement le dol par réticence. Dans cette espèce, on ne trouve pas de manœuvre positive pouvant être caractérisée contre le stipulant, les conditions du contrat étaient bien mentionnées dans le contrat. Cela était toutefois insuffisant pour les juges en raison de la difficulté de leur lecture, de l'abondance des stipulations, du caractère minuscules des lettres employées. Selon cette jurisprudence, le stipulant doit donc renseigner son client, à défaut il se rend coupable de dol par réticence⁸⁹⁶.

598. S'agissant de la preuve, en vertu du droit commun, il appartient à la victime qui invoque le dol de prouver l'existence de ses éléments constitutifs, sans quoi elle verra son action rejetée. Autrement dit, la charge de la preuve incombe donc à celui qui agit en la nullité, il doit prouver par tous les moyens le dol qu'il invoque⁸⁹⁷. Cependant, ce principe doit s'appliquer en lien avec le devoir d'information précontractuelle prévu par le nouvel article 1112-1, que son débiteur doit prouver avoir honoré. C'est ici que l'élément intentionnel du dol a toute son importance. Il appartient à la partie informée de prouver qu'elle a transmis l'information à l'autre partie, sous peine de voir sa responsabilité civile engagée ; il revient toutefois à cette dernière, pour caractériser un dol, de démontrer que la dissimulation était intentionnelle⁸⁹⁸. Pourtant, ainsi qu'il a été admis, « *la conception jurisprudentielle de l'obligation de contracter de bonne foi, qui confine à une obligation positive de collaboration conduit à faciliter grandement la preuve de la victime* »⁸⁹⁹.

599. À titre d'exemple, « *l'établissement de crédit n'ignorant pas la situation du débiteur qui est irrémédiablement compromis ou lourdement obéré et qui omet de porter*

⁸⁹⁵ C.A. Aix-en-Provence, 15 février 1950, *JCP*, 1950, I, p. 5548.

⁸⁹⁶ H. BRICKS, *Les clauses abusives*, Thèse, LGDJ, 1982, n° 293, p. 195.

⁸⁹⁷ L'article 1353 de Code civil français dispose « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation »

⁸⁹⁸ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 107, p. 95.

⁸⁹⁹ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 292, p. 166.

cette information à la connaissance de la caution afin de l'inciter à conclure manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence »⁹⁰⁰.

600. L'article 1137 alinéa 2 du Code civil exige une dissimulation intentionnelle et ce dans la mesure ou une entorse à la réticence dolosive doit se combiner à une déloyauté⁹⁰¹. Du manquement à l'obligation de former le contrat de bonne foi découle la caractérisation de l'intention d'induire en erreur constitutive du dol.

601. Cette motivation ne se cantonne pas au cas de cautionnement. Le recours à l'obligation de contracter de bonne foi permet de rééquilibrer le contrat en imposant à la partie la plus forte une véritable obligation de collaboration précontractuelle au bénéfice de l'autre. Elle rend plus aisée la démonstration de la mauvaise foi, pouvant permettre de déduire l'existence de l'élément moral du dol. Elle restitue à la victime l'avantage probatoire dont elle ne bénéficierait pas en l'absence de manœuvre⁹⁰².

602. De son côté, le droit koweïtien a repris la même sanction qui existe en droit français, à propos du dol par la réticence dolosive. Il peut entraîner la nullité du contrat, et l'allocation de dommages-intérêts. En effet, la dissimulation intentionnelle par l'une des parties au contrat d'une information constitue un dol sur le fondement de l'article 152 du Code civil koweïtien. L'article 151 du Code civil koweïtien dispose qu'« *il est possible de demander l'annulation du contrat pour dol lorsque le consentement d'une partie au contrat est la conséquence des manœuvres intentionnelles de l'autre, sans lesquelles elle n'aurait pas contracté. Cette demande doit être faite dans les conditions prévues par les articles 153 et 154* ».

603. Pour caractériser le dol selon le droit civil koweïtien, il faut remplir deux conditions.

604. D'une part, se rendre coupable des manœuvres destinées à inciter l'autre partie à conclure le contrat. Dans cette perspective, deux éléments doivent être réunis. Le premier

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ Cass. civ., 1^{ère}, 10 mai 1981, n° 79-15.433, *Bull.*, I, n° 25,

⁹⁰² D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats, Op.cit.*, n° 284, p. 161

est un élément matériel, il s'agit des moyens utilisés par une partie pour affecter le consentement de l'autre. Ainsi constitue une réticence dolosive le fait de dissimuler intentionnellement les informations déterminant le consentement de l'autre partie⁹⁰³. Le deuxième est un élément intentionnel. Ainsi, et comme le dol étant une tromperie, un élément intentionnel est donc nécessaire pour le caractériser. La nullité n'est encourue que si l'auteur du dol avait une intention frauduleuse, c'est-à-dire l'intention de tromper son partenaire pour le déterminer à conclure le contrat. Il devait avoir conscience que les manœuvres commises allaient inciter l'autre partie à s'engager⁹⁰⁴.

605. D'autre part, le dol n'est constitué qu'à la condition qu'il soit démontré que si le contractant avait eu l'information, il n'aurait pas conclu le contrat. Il appartiendra au juge du fond de déterminer si cette dissimulation a incité l'autre partie à contracter. Pour cela, le juge va raisonner au cas par cas en prenant en compte la situation de la victime. Autrement dit, l'appréciation du juge s'appuie sur une approche subjective ou personnelle et non objective ou matérielle. En ce sens, ce qui compte, ce ne sont pas les manœuvres employées en elles-mêmes, mais leur influence sur le consentement et la volonté de la partie visée par ces manœuvres⁹⁰⁵. Dans ces circonstances, la caractérisation de la réticence est possible dès qu'il y a violation d'un devoir de loyauté ou de bonne foi, imposée par la loi, ou l'accord, ou la nature du contrat comme c'est le cas des ventes *d'Al amana* en droit musulman (ventes basées sur la confiance ou la sincérité) ou la confiance légitime de la partie victime du dol, comme par exemple les informations dans le contrat d'assurance⁹⁰⁶.

606. La Cour de cassation koweïtienne a énoncé qu'« *il résulte des articles 151 et 152 du Code civil que le dol autorisant l'annulation du contrat repose sur les manœuvres employées par le contractant en vue d'amener son partenaire à conclure le contrat en créant chez ce dernier, à cause de ces manœuvres, une perception contraire à la réalité.*

⁹⁰³ I. ABUO ALLAIL *La théorie de l'obligation. Les sources volontaires de l'obligation, Le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Koweït, Muassasat Dar Al Kutob, 2^{ème} éd., 1998, p. 372.

⁹⁰⁴ A. HIJAZY, *La théorie générale de l'obligation du droit koweïtien : Étude comparative. Vol.1 : les sources de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté*, Presse de l'Université du Koweït, 1982, p. 1046.

⁹⁰⁵ I. ABUO ALLAIL *La théorie de l'obligation. Les sources volontaires de l'obligation, Le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique, Op. cit.*, p. 375.

⁹⁰⁶ M.ABDULRAHMAN, *Notes sur le contrat d'assurance*, Dar Alnahdah Alarabia, 1971, p. 52.

Le législateur a pris soin de placer le mensonge et la dissimulation dans ces manœuvres. Constitue un dol la dissimulation qui remplit les conditions suivantes : 1. La dissimulation intentionnelle doit être tellement importante qu'elle a une influence considérable sur le consentement de l'autre partie. 2. L'auteur du dol doit connaître l'importance de l'information dissimulée pour l'autre partie et la dissimule intentionnellement. 3. La victime doit être dans l'impossibilité de connaître l'information si ce n'est par le biais de la personne du cocontractant »⁹⁰⁷.

607. La Cour de cassation koweïtienne, dans son arrêt précité, a mis l'accent sur cet élément moral de la réticence dolosive. Selon elle, l'auteur du dol doit avoir l'intention d'induire en erreur son partenaire en vue de le pousser à contracter. Cette décision est rendue à propos du contrat bancaire dans lequel le banquier est tenu d'un devoir de sincérité ou de bonne foi, exigé par la nature du contrat. Le contrat bancaire est un exemple dans lequel le contractant doit avoir une confiance légitime envers le banquier.

608. La preuve du dol s'effectue selon les règles générales du Code civil. Il appartient dès lors à la victime du dol de le prouver, et elle pourra le faire par tous les moyens⁹⁰⁸.

⁹⁰⁷ Cass. Com. koweïtienne 1^{ère}, 16 février 2004, n°49/2003.

⁹⁰⁸ A. HIJAZY, *La théorie générale de l'obligation du droit koweïtien : Étude comparative. Vol.1 : les sources de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté*, Presse de l'Université du Koweït, 1982, p. 1052.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

609. En droit français, l'existence de l'obligation d'information et sa mise en œuvre permettent d'assurer une protection suffisante au créancier, c'est-à-dire à la partie qui va s'engager dans le contrat d'adhésion. La voie utilisée par la jurisprudence, c'est-à-dire le recours au dol par réticence, doit être reçue favorablement. Nous avons vu que la jurisprudence ne se limite pas à invoquer les vices du consentement pour protéger la victime du manquement à l'obligation d'information, mais n'hésite pas non plus à se fonder sur l'obligation de bonne foi et sur l'équité contractuelle.

610. L'effort des juges français dans la reconnaissance de l'obligation d'information jurisprudentielle, s'est concrétisé par l'adoption d'une disposition législative propre. Désormais le Code civil lui-même, dans l'article 1112-1 consacre une obligation d'information légale. Le seul reproche est celui de son insertion dans la phase de négociation du contrat, puisque le contrat d'adhésion est par définition un contrat où la négociation est absente. Fort heureusement, la doctrine considère que la nouvelle obligation d'information s'applique à tous les contrats.

611. La seule vraie difficulté est celle de l'articulation entre la nouvelle obligation d'information légale et celle issue de la jurisprudence. Sur le fond, la nouvelle obligation ne remet en cause ni le fruit de la construction jurisprudentielle, ni la possibilité de recourir aux législations spéciales.

612. Il faut enfin relever une différence quant à la sanction du manquement au devoir d'information. S'agissant de l'obligation expresse de l'article 1112-1 du Code civil, la seule sanction possible est l'allocation de dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité civile, alors que pour l'obligation implicite, la victime peut obtenir aussi bien les dommages-intérêts que la nullité du contrat.

613. Pour l'adhérent, ce qui est le plus utile est bien la réparation de son préjudice au regard de rôle économique de ce contrat. Il est ainsi difficile de dire si les nouvelles

dispositions assurent effectivement la protection de l'adhérent, mais à tout le moins la réforme va dans le sens du renforcement de sa protection.

614. À la différence du droit français, il n'existe pas d'obligation générale d'information dans le Code civil koweïtien. Cette obligation est inscrite dans la loi à propos de certains contrats comme nous l'avons vu. Une telle obligation peut découler implicitement du fondement des principes généraux du droit des contrats tels que le principe de bonne foi. Le manquement d'une obligation d'information peut être sanctionné par la réticence dolosive, qui est consacré par le législateur koweïtien comme un vice du consentement. Malgré l'importance de la réticence dolosive dans la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion, cette protection demeure néanmoins limitée dans la mesure où elle est soumise à l'appréciation du juge. D'où l'importance de la consécration législative expresse de l'obligation générale d'information. Cette affirmation contribue évidemment à assurer l'équilibre contractuel dans le contrat d'adhésion et à protéger efficacement l'adhérent. De plus, une évolution normative dans ce sens présente l'avantage de mettre le droit positif koweïtien en phase avec l'évolution des données socio-économiques en permettant son adaptation aux nouveaux besoins de la vie contractuelle et juridique contemporaine.

615. Après avoir étudié dans ce premier chapitre la notion d'obligation d'information en droits français et koweïtien, il est intéressant de se pencher sur les moyens mis en œuvre pour protéger l'adhérent, les sanctions adoptées contre la partie forte au contrat d'adhésion. Aussi, dans un deuxième chapitre, nous allons étudier deux formes de vices sanctionnables qui sont l'abus de l'état de dépendance et l'exploitation.

CHAPITRE II :

La protection de l'adhérent par la sanction de l'abus de l'état de dépendance ou de l'exploitation

616. L'abus de l'état de dépendance surtout économique est une règle qui s'inscrit dans la logique du contrat d'adhésion en permettant l'annulation du contrat⁹⁰⁹. En droit français, ce vice du consentement n'est pas tout à fait nouveau. En effet, la Cour de cassation française avait déjà décidé que « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte menaçant directement les intérêts légitimes d'un contractant, pouvait vicier le consentement* »⁹¹⁰.

617. Cette jurisprudence va ouvrir la voie à une innovation législative majeure en droit français. En s'appuyant sur les décisions de justice admettant la notion de « violence économique », l'article 1143 du Code civil prévoit, en effet, que l'abus de l'état de dépendance constitue « également » une violence. Ainsi formulé, cet article souligne que cette situation n'est pas parfaitement assimilable à la violence de droit commun. S'il est vrai que son régime juridique est identique, dans la mesure où la sanction de l'abus est la nullité relative du contrat, il n'en demeure pas moins que ses conditions d'application sont cependant d'une très grande originalité⁹¹¹. Celle-ci se manifeste par le fait que la victime se trouve contrainte d'accepter un contrat à des conditions désavantageuses et ce, en raison de sa situation propre, et non du fait de l'action de son cocontractant. En ce sens, la violence considérée revêt un caractère indirect, puisqu'elle résulte du déséquilibre contractuel. C'est pourquoi, elle tend à se rapprocher de la lésion⁹¹².

618. En effet, et selon la théorie classique, il est évident que pour être efficace juridiquement, le consentement doit être libre. En cas de pression trop forte, le contrat

⁹⁰⁹ D. MAZEAUD, « Présentation de la réforme du droit des contrats », *LPA*, 23 février 2016, n° 8, p. 15.

⁹¹⁰ Cass. civ., 1^{ère}, 3 avril 2002, n° 00-12932, *Bull. civ.*, I, n° 108 ; Cass. civ., 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15242, *Bull.* n° 169.

⁹¹¹ S. PELLET, « L'abus de dépendance est une violence ! », *EDCO*, 11 mars 2016, n°3, p.4.

⁹¹² A. DUNOYER DE SEGONZAC, K. CHAÏB, « Les mutations de la violence et de son traitement par le droit - Extension du domaine de la violence - Nouvelles caractérisations par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 11, Mars 2016, p.123.

peut être annulable pour vice du consentement de violence ⁹¹³. En réalité, il s'agit ici d'une nouvelle appréciation de la violence qui prend en considération le déséquilibre et l'inégalité entre les parties et non plus seulement la liberté du consentement⁹¹⁴.

619. De son côté, le législateur koweïtien a consacré « l'exploitation » comme un vice de consentement. Ce n'est pas par le vice de violence que le législateur koweïtien a sanctionné l'abus de l'exploitation d'une situation. La comparaison entre ces vices de consentement dans les deux législations nous permettrons de voir dans quelle mesure l'adhérent peut être protégé.

620. Cela dit, l'analyse du caractère insuffisant de la violence au sens classique pour la protection de l'adhérent (Section I.) nous permettra de mieux comprendre la mise en œuvre de la violence par abus de l'état de dépendance en droit français (Section II.).

SECTION I :

Le caractère insuffisant de la violence au sens classique pour la protection de l'adhérent

621. Ce qui caractérise le droit contemporain des contrats, c'est sa tendance à la sanction des déséquilibres contractuels, provoqués par l'exploitation de la situation de faiblesse ou de dépendance du contractant. Il s'agit là d'une orientation fondamentale de ce droit⁹¹⁵. Mais la question demeure posée à propos de la possibilité d'étendre l'application de cette catégorie de vice de consentement aux contrats d'adhésion⁹¹⁶. Comment cette forme de vice du consentement peut-elle contribuer à la protection de l'adhérent dans un contrat d'adhésion ? En effet, l'examen du développement de la notion

⁹¹³ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *Op. cit.*, n° 198, p.103.

⁹¹⁴ A. DUNOYER DE SEGONZAC, K. CHAÏB, « Les mutations de la violence et de son traitement par le droit - Extension du domaine de la violence - Nouvelles caractérisations par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *Revue des Juristes de Sciences Po*, *Op. cit.*

⁹¹⁵ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil : les obligations. Tome I : l'acte juridique*, *Op. cit.*, n° 178, p. 152.

⁹¹⁶ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *Op. cit.*, n° 199, p. 104.

de violence (§1) va nous permettre de mieux appréhender la distinction établie par le droit koweïtien entre vice de violence et vice d'exploitation (§2).

§ 1. Le développement de la notion de vice de violence

622. L'article 1140 du Code civil français définit la violence de la manière suivante : « *Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* ». On le voit, les dispositions majeures relatives à la violence sont contenues dans cet article⁹¹⁷.

623. En effet, en cas de violence, la victime avait parfaitement conscience que la conclusion du contrat ne présentait aucun intérêt pour elle. Si elle le faisait, c'est parce qu'elle n'avait pas le choix, c'est parce qu'elle était contrainte à s'engager. Ici, il n'y a pas d'erreur puisque le consentement était éclairé ; ce qui faisait défaut, c'est précisément la liberté de ce consentement : la victime s'engageait sous contrainte qui est inspirée par la violence⁹¹⁸. Celle-ci n'est pas, à vrai dire, un vice de consentement mais la cause d'un vice⁹¹⁹. Comme l'indiquent les auteurs « *si le consentement de la victime du dol est atteint par une erreur, celui de la victime de violence est vicié par la crainte. La crainte est donc à la violence ce que l'erreur est au dol, et c'est donc cette crainte qui doit avoir été déterminante pour que le contrat puisse être annulé* »⁹²⁰.

624. Ainsi entendue, la violence revêt un caractère principalement moral et non physique. Elle peut être exercée par le contractant de la victime ou par un tiers. Aux

⁹¹⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 214.

⁹¹⁸ En ce sens, on constate que « la différence de structure des différents vices de consentement que sont l'erreur, le dol et la violence...Face à la nécessité d'un consentement libre et éclairé, l'erreur et le dol ne concerneront que la seconde exigence...l'erreur et le dol visent une volonté trompée, la violence sanctionne une volonté forcée, c'est-à-dire imposée ». V. N. KILGUS, *L'abus de domination économique et la théorie générale du contrat, Violence économique et vice du consentement : définir, sanctionner ?*, Editions universitaires européennes, 2011, p. 29.

⁹¹⁹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral, Op. cit.*, n° 370, p. 403.

⁹²⁰ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Op. cit.*, n° 331, p. 270.

termes de l'article 1142 du Code civil français, cette violence est « *une cause de nullité, qu'elle ait été exercée par une partie ou un tiers* ». Accepter l'annulation du contrat en raison des menaces issues d'une tierce personne, c'est nécessairement mettre l'accent sur la gravité particulière de ce vice de consentement. Cela indique également sa place au sein du paragraphe relatif aux vices du consentement⁹²¹. Si les choses sont envisagées du point de vue de la victime, cette disposition se justifie parfaitement : en effet, la qualité de l'auteur de la menace ne change en rien la nature de la pression exercée. Celle-ci affecte de façon identique et égale la liberté de consentement. Mais si l'on considère la situation du point de vue de l'autre partie, le résultat s'avère injuste dans la mesure où elle subit, du fait de la violence d'un tiers et en méconnaissance du principe de la personnalité des peines, les conséquences d'une faute qu'elle n'a pas commise. Dans cette perspective, cette disposition affirme la prévalence des considérations psychologiques sur les éléments moraux⁹²².

625. Le sort réservé aux anciens articles 1111 et suivants du Code civil français, relatifs à la violence, est révélateur à cet égard. En effet, la Cour de cassation a confirmé l'applicabilité de ces dispositions aux formes modernes de coercition en introduisant une nouvelle approche de la notion de violence. Jusque-là centrée sur la menace d'un mal faisant naître un sentiment de crainte, la définition traditionnelle de la violence se trouve enrichie par la jurisprudence de la Haute Juridiction qui assimile à la menace proprement dite la « contrainte » et, mieux encore l'« exploitation d'une situation »⁹²³. En prenant en compte la supériorité des données psychologiques sur les données morales il a été question de savoir s'il fallait ou non retenir comme cause de nullité la contrainte qui résulterait des seuls événements, c'est-à-dire la contrainte qui ne trouve pas son origine dans une action humaine quelconque⁹²⁴.

⁹²¹ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 296, p. 167.

⁹²² FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n° 223, p. 228.

⁹²³ M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique en droit », *LPA*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5 et s.

⁹²⁴ FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n° 224, p. 229.

626. Comme le souligne Monsieur Rovinski, « *le vice contractuel de violence devait s'adapter aux réalités sociales et économiques, la dépersonnalisation, l'automatisation des relations contractuelles incitant à instaurer avec autrui des relations instrumentales, le « partenaire » étant considéré comme celui à conquérir, à manipuler, peut-être à exploiter, mécanismes subtiles de pressions sur le consentement, abus de la puissance et non plus abus de la force dans une atmosphère de dialogue apparent, de main tendue, d'humanité, propre à emporter l'acceptation de l'individu dans une situation objective de contrainte* »⁹²⁵.

627. Ainsi, la violence économique est apparue suite à un manque d'instruments de contrôle de la validité du contrat pour permettre d'appréhender certains cas dans lesquels le contrat est vicié⁹²⁶. Il faut comprendre que la violence a été, avec le temps, perçue d'un point de vue économique⁹²⁷. Dans son arrêt du 30 mai 2000, la chambre civile de la Cour de cassation⁹²⁸ a ainsi déclaré que « *la contrainte économique se rattache à la violence* », dans le cadre d'une transaction entre un assuré et un assureur suite à un incendie. Cette décision de la Cour de cassation a engagé la réception formelle de la déclinaison particulière de violence, bien qu'elle ne soit pas la première à traiter de la question de la violence économique⁹²⁹. Suite à cet arrêt, la première chambre civile de la Cour de cassation a posé les bases normatives de l'élargissement de la violence à la violence économique, dans un arrêt du 3 avril 2002⁹³⁰. La Cour juge ainsi que « *[...] l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitime de la personne, peut vicier de violence son consentement* »⁹³¹.

⁹²⁵ Cass. civ., 3^{ème}, 13 janvier 1999, n° 96-18309 ; *LPA*, 30 octobre 2001, n° 303, p. 34, note J. ROVINSKI.

⁹²⁶ T. REVET, « La « violence économique » dans la jurisprudence », in *La violence économique. A l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Collectif, Dalloz, 2017, n° 3, p. 13.

⁹²⁷ Y. PICOD « Rapport introductif », in *La violence économique. A l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Collectif, Dalloz, 2017, p. 3.

⁹²⁸ Cass. civ., 1^{ère}, 30 mai 2000, *Bull. civ.*, I, n° 169 : *JCP*, 2001, II, p. 10461, note G. LOISEAU ; *RTD civ.*, 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁹²⁹ T. REVET, « La « violence économique » dans la jurisprudence », *Op. cit.*, n° 2, p. 12.

⁹³⁰ *Ibid*

⁹³¹ Cass. civ., 1^{ère}, 30 mai 2000, *Bull. civ.*, I, n° 169 : *JCP*, 2001, II, p. 10461, note G. LOISEAU ; *RTD civ.*, 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

628. Même s'il s'agit d'une violence à proprement dit, la violence économique n'a pas le même sens que la violence issue du vice de consentement. En effet, lorsque l'on est en présence d'une violence économique, le consentement n'est pas vicié par la contrainte consécutivement à une pression physique ou morale, qui contraindrait le contractant à accepter le contrat. Le vice est présent en raison du fait que le contractant « *a tiré profit de la pression qu'exerçaient les circonstances économiques sur la personne de l'autre partie* »⁹³². Ce profit ne consiste pas seulement en ce que l'autre partie contracte mais en ce qu'elle contracte selon des conditions caractérisant le profit excessif obtenu par l'autre. Le cocontractant fait en sorte de prolonger l'état de dépendance économique au sein du contrat en un déséquilibre entre les droits et obligations réciproques en sa faveur et au détriment de l'autre partie⁹³³.

629. En invoquant un vice de consentement, il ne s'agit pas de contester la moralité ou la légalité du contenu du contrat, mais justement à souligner que le consentement exprimé à ce contenu n'était pas sain, car vicié par dol ou violence⁹³⁴. En revanche, selon Monsieur Chazal « *l'analyse plus moderne a plutôt tendance à mettre l'accent sur l'équilibre objectif du contrat. Les dispositions de « l'ancien » article 1109 du Code civil français traduisent alors une volonté de protection du consentement envisagée comme « moyen de faire respecter la finalité du contrat et la justice commutative ». Il paraît, en effet, intéressant de pouvoir assurer la protection du consentement des personnes économiquement faibles par la protection de l'intégrité de leur consentement* »⁹³⁵.

630. Même avant la réforme, la jurisprudence a œuvré pour garantir la justice commutative des contrats. S'agissant de l'équilibre contractuel subjectif, l'élargissement jurisprudentiel constant des vices du consentement parmi lesquels la violence, a permis de renforcer sa protection. C'est en effet grâce à cette politique jurisprudentielle que les déséquilibres trouvant leur source dans un consentement dépourvu de qualité sont sanctionnés. Si cette jurisprudence renforce immédiatement la qualité du consentement

⁹³² T. REVET, « La « violence économique » dans la jurisprudence », *Op. cit.*, n° 16, p. 21.

⁹³³ *Ibid.*

⁹³⁴ F. CHÉNEDÉ, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^e partie) », *RDC*, n° 3, 1 juillet 2012, p. 1017.

⁹³⁵ J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse, Université Pierre Mendès France-Grenoble II, 1996, n° 256, p. 387.

contractuel, elle permet également, mais de manière médiatement le plus souvent, de sanctionner un déséquilibre. Concrètement, et dans la plupart du temps, le caractère déterminant du vice résulte de l'existence d'une lésion ignorée de la victime ou imposée à la victime⁹³⁶. Dès lors, « *la jurisprudence s'est engagée dans cette voie lorsque le contrat comporte une partie en position de vulnérabilité à travers l'appréhension plus large d'un vice du consentement. Derrière cette extension de la théorie des vices du consentement, au-delà de ses limites naturelles, il y a l'idée que toute disposition excessive des prestations contractuelles masque une absence ou une insuffisance de liberté, ou plus généralement une volonté viciée* »⁹³⁷.

631. Ainsi, en tant que vice du consentement, la violence apparaît comme une mesure de la liberté du consentement qui pourrait permettre de sanctionner efficacement des situations d'oppression. En ce sens, elle exprime la volonté « *de corriger l'inégalité concrète de position des parties qui est inhérente aux relations contractuelles* »⁹³⁸.

632. Cette réalité s'inscrit pleinement dans la logique du contrat d'adhésion, puisqu'il s'agit d'un contrat qui affecte par nature la qualité du consentement de l'adhérent⁹³⁹. Selon un auteur, « *Il existe des situations contractuelles privilégiées génératrices de violence, dès lors que l'enjeu du contrat est un moyen formidable de pression. Entrent ainsi en ligne de pression (...) la prérédaction des clauses du contrat et la forme d'adhésion du consentement. Ces circonstances objectives qui peuvent se cumuler, exploitées par le contractant dominant, sont les instruments de la violence* »⁹⁴⁰.

633. Pour Monsieur Boizard, « *Les juges du fond ont été tentés de rapporter la preuve de la violence économique par le biais de présomptions issues de la dépendance économique ou du déséquilibre contractuel dans un contrat d'adhésion* »⁹⁴¹. En analysant un arrêt de la Cour d'appel,⁹⁴² l'auteur ajoute que « *Le rapport de force entre*

⁹³⁶ D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, n° 2, 1 juin 2016, p. 358.

⁹³⁷ J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, *Op. cit.*, n°255, p. 386.

⁹³⁸ M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique en droit », *LPA*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5.

⁹³⁹ D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *Op. cit.*, p. 358.

⁹⁴⁰ Cass. civ., 3^{ème}, 13 janvier 1999, n° 96-18309 ; *LPA*, 30 octobre 2001, n° 303, p. 34, note J. ROVINSKI.

⁹⁴¹ M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique en droit », *Op. cit.*, n° 120, p. 5.

⁹⁴² C.A. Aix-en-Provence, 2^{ème} ch., 17 avril 1987 ; *R.T.D. civ.*, 1988, p. 115, obs. J. MESTRE.

les parties dont procède la conclusion du contrat et où l'on peut identifier la présence sous-jacente du vice de violence est ainsi exprimé : « Attendu qu'Attard (...) n'avait pas les moyens financiers ou commerciaux d'opposer une quelconque résistance à ce contrat d'adhésion fort tentant ; qu'il se trouvait dans une situation difficile avec le besoin de se débarrasser de son camion ancien, ce qui le poussait de manière pressante à accepter le risque que recelait ce contrat trop concis ». L'on voit que si la dépendance et la faiblesse économiques sont invoquées ici pour constater la résiliation unilatérale fautive du contrat par la partie dominante, elles servent également aux juges pour en déduire en amont l'absence d'un consentement librement exprimé »⁹⁴³.

634. Dans ces circonstances, la question fondamentale qui se pose est celle de savoir comment sanctionner l'exploitation abusive de l'état de faiblesse d'un contractant. Cette question est appréhendée par le droit positif sous l'angle de la théorie des vices du consentement. L'accent est alors mis sur le concept de « violence économique »⁹⁴⁴. Facteurs d'altération des volontés, les relations contractuelles inégalitaires se multiplient de manière constante⁹⁴⁵. Pour assurer l'adaptation du droit à ce phénomène, une partie de la doctrine a proposé la consécration en droit commun, parmi les vices du consentement, un vice de faiblesse qui remplace l'actuel vice de violence⁹⁴⁶.

635. Dans sa thèse intitulée *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Mme Ouerdane Aubert de Vincelles soutient que la consécration en droit positif du vice de faiblesse aurait l'avantage d'assurer une protection plus adaptée des contractants présentant une certaine faiblesse en raison de leur âge, de leur état de santé ou de leur situation de nécessité. En effet, une telle faiblesse altère leur perception et favorise le harcèlement contractuel et les incitations par des personnes peu consciencieuses. De plus, cette consécration contribue efficacement à sanctionner les déséquilibres contractuels favorisés par la vulnérabilité économique et technique des

⁹⁴³ M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique en droit », *Op. cit.*, n° 120, p. 5.

⁹⁴⁴ J.-P. CHAZAL, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse ? », *Dr. et patr.*, n° 240, 1 octobre 2014.

⁹⁴⁵ A.-S. CHONÉ, *Les abus de domination, essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Thèse, ECONOMICA, 2010, n° 134, p. 91.

⁹⁴⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, la formation du contrat. Tome I : le contrat, le consentement*, *Op. cit.*, n° 1486, p. 1213.

profanes. A ce titre, le vice de faiblesse donnerait au juge la possibilité d'intervenir directement sur l'équilibre du contrat lorsqu'un état de faiblesse dont aurait profité le contractant pour obtenir un avantage injuste, se traduit par un déséquilibre contractuel au détriment du plus faible⁹⁴⁷.

636. Il convient de signaler que cette théorie avait trouvé un écho favorable dans la jurisprudence à travers l'annulation des contrats pour cause de faiblesse et de déséquilibre contractuel, tout en excluant l'appréciation du comportement du contractant⁹⁴⁸.

637. On envisage deux points à propos du rattachement entre le vice de faiblesse et la violence économique.

638. En premier lieu, en droit de la consommation, la violence économique se présente généralement sous la couleur de l'abus de faiblesse ou de vulnérabilité. A cet égard, deux infractions assez proches sont prévues, l'une par le Code de la consommation (L.121-8 à L.121-10), l'autre par le Code pénal (art. 223-15-2 à 223-15-4). Mais il s'agit en réalité de la protection des personnes les plus vulnérables comme les mineurs et les personnes âgées⁹⁴⁹. « *On se retrouve (...) deux séries de textes réprimant des pratiques commerciales proches de la contrainte de l'article 1140 du Code civil* »⁹⁵⁰.

639. Le droit de la consommation, au travers du législateur, dispose qu'« *est interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire ou font apparaître qu'elle a été*

⁹⁴⁷ C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Thèse, Dalloz, 2002, n° 438 et s, p. 342 et s.

⁹⁴⁸ A.-S. CHONÉ, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, *Op. cit.*, n° 134, p. 92.

⁹⁴⁹ Y. PICOD, « Rapport introductif », *Op. cit.*, p. 6. « *Les deux catégories d'infraction existent qui ne peuvent se confondre car les éléments constitutifs ne sont pas les mêmes ... ces textes vont s'appliquer de manière conjointe et concurrente* ». G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2017, n° 369, p. 209.

⁹⁵⁰ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, *Op. cit.*, n° 369, p. 209.

soumise à une contrainte »⁹⁵¹. Néanmoins, le contenu de la notion de faiblesse n'a pas été précisé par le législateur dans le Code de la consommation à contrario du Code pénal⁹⁵². De son côté, le juge souligne que les dispositions du Code de la consommation visent uniquement la protection d'une personne vulnérable⁹⁵³. Dans ces conditions, l'appréciation de l'état de faiblesse s'appuie sur celui de vulnérabilité⁹⁵⁴. C'est le cas de l'âge, de la maladie, de l'infirmité, de la déficience physique ou psychique, etc.

640. Dans une large mesure, la personne dominante a tendance à abuser de sa position de force dans le but de contraindre la personne faible à conclure un acte qui ne lui soit pas favorable. Ce qui caractérise l'abus, c'est l'exploitation de l'état de force au détriment d'intérêts plus vulnérables. C'est l'absence de liberté qui marque la contrainte. On retrouve ici la définition de la violence civile qui justifie l'annulation de l'acte conclu pour vice de consentement⁹⁵⁵. S'il y a violence personnelle, la jurisprudence a consacré également la violence contextuelle si la conclusion du contrat était le résultat des contraintes économiques. Par contraintes économiques, il ne faut pas entendre les contraintes qui découlent directement du contexte économique global. Il s'agit plus exactement des contraintes résultant du lieu de la sollicitation et de la conclusion du contrat de consommation⁹⁵⁶.

641. En deuxième lieu, le vice de faiblesse réside dans la ligne des principes *Landö* d'un droit européen des contrats⁹⁵⁷. Il s'agit pour une partie de prendre avantage de la

⁹⁵¹ Art. L 121-8 du Code de la consommation.

⁹⁵² J. JULIEN, *Droit de la consommation*, *Op. cit.*, n° 177, p. 200 ; D. BAZIN-BEUST, *Droit de la consommation*, *Op. cit.*, p. 118.

⁹⁵³ Ch. GAVALDA - MOULENAT, « La violence économique et le droit de la consommation, l'abus de faiblesse », *Op. cit.*, p. 75.

⁹⁵⁴ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, *Op. cit.*, n° 370, p. 210.

⁹⁵⁵ L'article L.132-13 du Code de la consommation dispose ainsi : « *Lorsqu'un contrat est conclu à la suite d'un abus de faiblesse, celui-ci est nul et de nul effet* ». Ch. GAVALDA - MOULENAT, « La violence économique et le droit de la consommation, l'abus de faiblesse », *Op. cit.*, p. 75. « *L'abus de faiblesse, qu'il s'agisse de celui du Code de la consommation ou de celui du Code pénal, rejoint la théorie des vices du consentement du droit civil. En réalité, il évoque tout à la fois le dol et la violence. La conséquence, civile, est alors évidente : si l'abus a conduit à la conclusion d'un contrat, celui-ci est frappé de nullité* ». J. JULIEN, *Droit de la consommation*, *Op. cit.*, n° 179, p. 202.

⁹⁵⁶ Ch. GAVALDA - MOULENAT, « La violence économique et le droit de la consommation, l'abus de faiblesse », *Op. cit.*, p. 75.

⁹⁵⁷ Pour aller plus loin sur ces principes, voir : R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2016, notamment p. 3 ; D. MAZEAUD, « Principes du droit européen du droit du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs », *RTD eur*, n° 4, 15 décembre 2008,

situation de faiblesse de l'autre pour en réaliser, en connaissance de cause, un avantage excessif. À cet égard, on trouve également une liste assez longue des situations de faiblesse : « *l'état de dépendance à l'égard du contractant ou la relation de confiance avec lui, l'état de détresse économique ou de besoins urgents ou encore l'imprévoyance, l'ignorance, l'inexpérience ainsi que l'inaptitude à la négociation de la partie victime de l'abus de l'autre* ». Il est à noter que les principes de Pavie, le Cadre commun de référence ou encore la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011 ont aussi retenu ce vice du consentement additionnel⁹⁵⁸.

642. Quoiqu'il en soit, la question fondamentale qui se pose est celle de savoir si l'abus de faiblesse doit être appréhendé sous le prisme de la théorie des vices du consentement ou bien sous l'angle de la théorie de la lésion qualifiée. Les législations comparées, ainsi que les projets européens et internationaux ont tendance à privilégier la voie de la lésion qualifiée, tout en exigeant la preuve de l'existence d'un déséquilibre et d'un avantage retiré par l'une des parties⁹⁵⁹. De manière générale, l'équilibre des droits et des obligations des contractants pose évidemment la question des rapports entre justice contractuelle et sécurité ou stabilité du commerce juridique⁹⁶⁰. Force est de constater que plusieurs droits européens sanctionnent le déséquilibre qui résulte d'un abus de faiblesse. Certaines législations rattachent cette sanction aux vices du consentement, tandis que d'autres exigent un avantage excessif ou un profit déloyal⁹⁶¹.

643. En réalité, la notion d'abus de puissance a occupé une place importante dans les différents projets portant réforme du droit français des contrats. Ceux-ci visaient à modifier le Code civil en vue d'y intégrer des dispositions appréhendant directement des

p. 72 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « L'élaboration du cadre commun de référence : regards comparatifs sur les travaux académiques », *RDC*, n° 2, 1 avril 2008, p. 527.

⁹⁵⁸ G. LOISEAU, « Les vices du consentement », *CCC*, n° 5, mai 2016, dossier 3. « *Dans le projet de règlement européen la violence était remplacée par le vice de menace visant un contractant et l'exploitation déloyale qui recouvrait la violence économique et l'abus de faiblesse* ». L. GRYNBAUM, « La récente ordonnance réformant le droit des contrats vient modifier de façon très substantielle ce droit. Sur quels points ? Que faut-il en penser ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 124, 1 mars 2016.

⁹⁵⁹ F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, n° 24-25, p. 129

⁹⁶⁰ R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, *Op. cit.*, n° 136, p. 89.

⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 91.

hypothèses d'abus de puissance du contractant⁹⁶². L'objectif consistait à mettre en place un remède aux déséquilibres contractuels qui trouvent leur origine dans l'exploitation d'un état de dépendance ou de nécessité du contractant. Sans aller jusqu'à la consécration d'un vice du consentement supplémentaire dit de faiblesse, ces tentatives de réforme ont rattaché l'abus de l'état de nécessité ou de dépendance au vice de violence en les considérant comme l'une de ses variantes. Il a été également envisagé d'intégrer dans le Code civil la notion de lésion qualifiée. À côté de cette tendance, il en existait une autre qui visait à introduire la lésion qualifiée dans le Code civil français⁹⁶³.

644. Quant aux mouvements doctrinaux français, ils ont été influencés par les tendances visant l'uniformisation du droit des obligations observées sur le plan européen. Dans cette optique, cette influence se constate dans l'avant-projet Terré. En effet, les concepteurs de cet avant-projet préconisent de placer parmi les dispositions relatives au contenu du contrat, et non au titre des vices du consentement, un texte qui dispose : « *lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat* ». Ainsi rédigé, cet avant-projet rapproche l'abus de faiblesse de la lésion⁹⁶⁴.

645. De leur côté, les représentants des milieux économiques et le Conseil supérieur du notariat ont formulé des observations à propos de la consécration de la violence économique. A ce titre, ils mettaient l'accent sur la sécurité juridique qui pourrait être compromise si on transforme la violence économique en un instrument de contrôle de l'équilibre contractuel. Pour eux, la violence devait rester un mécanisme autorisant le juge à vérifier la qualité du consentement pour savoir si le contrat a été librement conclu par les parties. Elle ne devait pas devenir un instrument de contrôle permettant au juge de contrôler le contenu du contrat et l'équilibre des droits et obligations respectifs des

⁹⁶² G. LOISEAU, « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJCA*, 16 décembre 2015, n° 12, p. 496.

⁹⁶³ F. ANCEL, B. FAUARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 24-25, p. 129

⁹⁶⁴ V. D. HOUTCIEFF, « Le contenu du contrat », in TERRÉ F., (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 218.

parties. D'autres textes appréhendent ce dernier type de contrôle : il s'agit du droit de la consommation ou des dispositions spéciales du Code de commerce. Ceux-ci permettent notamment déjà de protéger les contractants faibles contre les clauses abusives⁹⁶⁵.

646. A l'inverse, d'après certain auteur, « *Pour ce qui est de la question plus générale de la sécurité juridique, il est difficile d'y répondre sans déborder largement la place ici impartie. (...) De quelle sécurité parle-t-on ? De la sécurité de qui ? (...) Assigner au juge la mission de faire respecter le contrat quel que soit le déséquilibre qu'il constate reviendrait à privilégier la sécurité juridique du puissant au détriment de celle du faible. La sécurité de celui-ci serait, en effet, bien mieux assurée si le juge intervenait pour imposer un rééquilibrage du contrat en faveur de celui dont la faiblesse de sa situation l'a empêché de défendre convenablement ses intérêts. Ceux qui parlent de sécurité juridique comme synonyme de respect des prévisions des parties défendent en réalité les seuls intérêts de la partie qui a pu les imposer à l'autre, notamment en rédigeant un contrat d'adhésion* »⁹⁶⁶.

647. En revanche, dans le souci de l'insécurité juridique, en 2008, l'option choisie a été d'aborder cette question sous le toit du vice de consentement et de faire, ainsi, de l'abus de faiblesse un moyen de contrôle de la validité du contrat. Cette orientation a existé jusqu'au projet de la Chancellerie en 2015⁹⁶⁷. Ce dernier dispose dans l'article 1142 qu'« *Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse* ».

648. Il est intéressant de noter qu'aujourd'hui, après l'ordonnance du 10 février 2016, le nouvel article du Code civil qui consacre la violence économique a « *supprimé toute référence à l'état de faiblesse* »⁹⁶⁸. En effet, les différents projets de réforme, que nous

⁹⁶⁵ F. ANCEL, B. FAUARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 24-25, p. 130.

⁹⁶⁶ J.-P. CHAZAL, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse ? », *Op. cit.*, n° 240, 1 octobre 2014.

⁹⁶⁷ Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015. F. ANCEL, B. FAUARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 24-25, p. 130.

⁹⁶⁸ Y. PICOD, « Rapport introductif », *Op. cit.*, 2017, p. 4.

avons cité, notamment ceux de Monsieur Catala⁹⁶⁹ et Monsieur Terré montrent une plus grande protection par rapport au nouvel article 1143 du Code civil. Car la protection ne se limitait pas au contractant qui se trouvait en situation de dépendance lors de la conclusion du contrat. Elle englobait aussi des formes assez variées de faiblesse : « *détresse économique, imprévoyance, ignorance, inexpérience, inaptitude à la négociation d'un contrat, détresse économique, besoin urgent, situation de vulnérabilité, etc* »⁹⁷⁰. On peut constater que l'adhérent dans le contrat d'adhésion bénéficie d'une très grande protection sous ce texte jugé souple. Néanmoins, l'article 1143 est beaucoup plus restrictif à cet égard dans la mesure où sa protection est assez limitée : elle concerne uniquement les adhérents qui ont contracté sous l'emprise d'un état de dépendance⁹⁷¹.

649. Plus encore, en dépit de sa présence dans le projet de 2015, aucune référence n'est faite à la notion d'« état de nécessité » dans l'article 1143 du Code civil. Celui-ci est complètement silencieux à cet égard, afin de répondre à la critique selon laquelle cette notion est trop ambiguë, peu claire, trop subjective, génératrice d'insécurité juridique : de manière générale toute personne peut être en état de nécessité de quelque chose : travail, logement, prêt, etc.⁹⁷²

650. Aussi, on souligne le risque de voir ce vice transformé en un instrument utilisé à des fins opportunistes par des personnes désireuses de se dégager de leurs obligations contractuelles en se réfugiant derrière des arguments tenant à leur état de faiblesse⁹⁷³. En tout état de cause, le projet de réforme a élargi sa protection pour dépasser le cadre strict des situations de dépendance économique. En appréhendant plus généralement les

⁹⁶⁹ Notamment l'avant-projet de 2005 qui dispose dans l'article 1114-3 qu'« *Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique* ».

⁹⁷⁰ D. MAZEAUD, « La violence économique à l'aune de la réforme du droit des contrats », *Op. cit.*, n° 9, p. 27.

⁹⁷¹ Sur les conditions de la sanction de l'abus de l'état de dépendance v. *infra* p. 248.

⁹⁷² F. ANCEL, B. FAUARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 24-25, p. 130 ; Y. PICOD, « Rapport introductif », *Op. cit.*, p. 4 ; G. LOISEAU, « Les vices du consentement », *CCC*, n° 5, mai 2016, dossier 3.

⁹⁷³ F. ANCEL, B. FAUARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 24-25, p. 129.

situations de faiblesse, ce projet fait du vice du consentement un mode de protection de la vulnérabilité face à la puissance du contractant dominant. De ce point de vue, on n'est pas très loin du droit de la consommation qui sanctionne l'abus de faiblesse⁹⁷⁴.

651. Cela étant dit, il convient de noter que ces différents projets se rapprochent dans une certaine mesure du vice d'exploitation en droit koweïtien que nous allons traiter maintenant.

§ 2. Distinction entre vice de violence et vice d'exploitation en droit koweïtien

652. En effet, sur le plan de la théorie des vices du consentement, le droit koweïtien opère une distinction essentielle entre la violence (A.) et l'exploitation (B.). Ces deux notions seront successivement étudiées dans le cadre de ce paragraphe.

A. La violence

653. La violence en droit koweïtien, comme en droit français, constitue un des vices du consentement qui rend le contrat susceptible de nullité à la demande de la victime. Cela est accompagné par le consentement du cocontractant lors de la conclusion du contrat, recueilli sous l'effet de la peur ou de la menace, d'un préjudice à son encontre ou à l'encontre d'un tiers. Le consentement est présent mais il n'est pas valable car il n'est pas libre et éclairé⁹⁷⁵.

654. Selon l'article 156/2 du Code civil koweïtien, « *la crainte est considérée comme vivant à l'intérieur du cocontractant, si par des moyens de coercition il ressent la crainte d'un préjudice grave dont un tiers ou lui-même pourraient être victime d'un point de vue matériel, moral, financier ou d'honneur* ».

⁹⁷⁴ G. LOISEAU, « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *Op. cit.*, n° 12, p. 496.

⁹⁷⁵ A. ALSSADAH, *La théorie du contrat dans les droits des pays arabes, le droit égyptien, libanais, syrien, irakien, libyen, koweïtien, soudanais*, Dar Alnahdah Alarabia, 1974, p. 267.

655. La violence, en plus d'être un vice de consentement, puisqu'elle prend naissance avant la conclusion du contrat, est aussi une faute mettant en jeu la responsabilité délictuelle de son auteur. Cela permet au cocontractant victime de demander l'indemnisation pour les préjudices subis par la contrainte⁹⁷⁶. La contrainte, selon l'article 156/2 du Code civil, se compose de deux éléments.

656. D'une part, un élément matériel qui réside dans les moyens de pression et de contrainte que subit le cocontractant. Ceci est utilisé pour stimuler la volonté du cocontractant victime de la violence et le pousser à conclure le contrat, à raison de ce que comportent ces moyens comme préjudices sérieux pouvant le menacer ou menacer un tiers. L'objectif étant la contrainte par la peur ou la crainte qui possède le cocontractant, il n'est donc pas nécessaire que le préjudice soit réel, il suffit qu'il soit le fruit de l'imagination du cocontractant. L'essentiel consiste dans l'effet psychologique. L'objectif n'est pas le moyen utilisé pour contraindre mais le sentiment de peur et de crainte arbitraire qui constitue, d'autre part, l'élément moral de la contrainte⁹⁷⁷.

657. Cela est contraire au droit français dans lequel les moyens de violence doivent constituer une action personnelle que ce soit le fait de l'autre cocontractant ou d'une autre personne⁹⁷⁸. La contrainte ne se réalise pas si la crainte est née chez le cocontractant à cause de circonstances et que l'autre partie l'a exploitée afin d'imposer des conditions onéreuses, car il est possible de contester la validité du contrat sur la base de l'exploitation comme vice de consentement en droit koweïtien, et non pas la violence⁹⁷⁹.

⁹⁷⁶ I. ABOU ALLAIL, *La théorie de l'obligation, 1. Les sources volontaires de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Koweït, Muassasat Dar Al Kutob, 2^{ème} éd., 1998, p. 379.

⁹⁷⁷ A. ALSSADAH, *La théorie du contrat dans les droits des pays arabes, le droit égyptien, libanais, syrien, irakien, libyen, koweïtien, soudanais*, *Op. cit.*, p. 267 ; I. ABOU ALLAIL, *La théorie de l'obligation, 1. Les sources volontaires de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, *Op. cit.*, p. 379.

⁹⁷⁸ Conformément à l'article 157/2, « si la contrainte émane d'une personne tierce, le cocontractant victime ne peut faire la demande de nullité sur cette base sauf si l'autre cocontractant était informé lors de la conclusion du contrat ou qu'il était sûrement censé en être informé ».

⁹⁷⁹ I. ABOU ALLAIL, *La théorie de l'obligation, 1. Les sources volontaires de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Koweït, *Op. cit.*, p. 380.

658. Au regard des conditions du contrat d'adhésion, que nous avons déjà évoqué dans la première partie de notre étude⁹⁸⁰, dans laquelle l'adhérent doit être dans un état de nécessité à contracter pour avoir des biens ou services objets du contrat qui sont considérés comme des nécessités indispensables⁹⁸¹, l'adhérent sera forcé de contracter aux conditions imposées par le stipulant qui bénéficie du monopole selon les conditions précitées, car le refus de contracter l'empêchera de répondre à son besoin. En revanche, ce type de circonstances ne constitue pas une contrainte viciant le consentement selon les textes et règles générales du vice de violence en droit koweïtien. Ce dernier ne considère pas, comme un vice de consentement, la contrainte qui entrave la volonté du fait de la crainte qui est née dans l'esprit du contractant et qui est inhérente à des circonstances extérieures.

659. En effet, la nécessité dans le contrat d'adhésion n'est pas considérée comme une pression économique, et ce n'est pas l'objet de cette nécessité de créer chez le cocontractant une situation psychique influençant l'intégrité de sa volonté⁹⁸².

660. Le vice de violence ne constitue pas une protection pour la partie adhérente à son incapacité de négocier les conditions du contrat. En revanche, le droit koweïtien considère l'exploitation par une des parties des circonstances extérieures entourant l'autre partie qui est en position de faiblesse et donc le pousser à conclure un contrat déséquilibré comme un des vices de consentement si les conditions que l'on citera sont remplies. C'est ce qui se rapproche de l'idée de contrainte économique et de l'état de faiblesse que nous avons précités en droit français.

⁹⁸⁰ V. *supra* p. 44.

⁹⁸¹ Rappelons-nous, la Cour de cassation koweïtienne exige pour considérer être en présence d'un contrat d'adhésion la rencontre de trois conditions cumulatives : « *Le contrat doit d'abord concerner une marchandise ou une prestation nécessaire aux consommateurs ou aux bénéficiaires* ».

⁹⁸² H. JUMAIE, *L'impact de déséquilibre entre les contractants sur les clauses du contrat - Le phénomène de déséquilibre entre les obligations avec l'extension des clauses abusives. Étude comparative entre le droit égyptien, le droit d'émirats, et le droit européen avec l'allusion des droits anglo-américain*, Dar Alnahdah Alarabia, 1996, p. 61 et s.

B. L'exploitation

661. L'article 159 du Code civil koweïtien dispose que « *si un individu a tiré profit d'un autre étant dans un état de nécessité, de négligence intentionnelle, de faiblesse apparente, de folie transcendante ou a profité de son influence lui faisant conclure un contrat à son profit ou au profit d'un tiers, un contrat qui repose sur une disproportion excessive entre les obligations qu'il génère et le bénéfice physique ou moral tiré. La conclusion consiste ainsi en une dissimulation de la loyauté des transactions et de la bonne foi. Il revient donc au juge, à la demande de la victime de l'exploitation, au nom de la justice et de l'appréciation des circonstances, de réduire les obligations de celle-ci ou d'augmenter celles de l'autre partie voire d'annuler le contrat* ».

662. Est désigné par le terme d'exploitation un vice de consentement : c'est donc l'exploitation par l'une des parties de la faiblesse de l'autre en la poussant à conclure un contrat qui aboutit au moment de sa conclusion à une inadéquation excessive entre ce que le cocontractant s'engage à réaliser et le bénéfice physique ou moral qu'il va en tirer de sorte que cette conclusion du contrat est contraire aux exigences de bonne foi nécessaires au contrat⁹⁸³.

663. Dans cette perspective, nous allons examiner les éléments qui conditionnent l'exploitation (a), avant d'évoquer les pouvoirs accordés au juge en vue d'assurer la protection de la partie victime (b).

a. Les conditions de l'exploitation

664. Pour qu'il y ait exploitation, il doit y avoir d'une part un état de faiblesse dans lequel se trouve l'une des deux parties contractantes. C'est l'élément subjectif de l'exploitation. D'autre part, l'exploitation par l'autre partie de cet état de faiblesse en sa

⁹⁸³ ABOU ALLAIL, *La théorie de l'obligation, I. Les sources volontaires de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Op. cit, p. 385.

faveur doit aboutir à un déséquilibre excessif entre les engagements des parties contractantes. C'est l'élément objectif de ce vice de consentement.

1. La condition objective

665. La condition objective de l'exploitation consiste dans le manque de proportionnalité excessif entre ce qui est imposé au cocontractant et le bénéfice physique ou moral qu'il en tire.

666. Il ne suffit pas qu'il y ait un déséquilibre, quel qu'il soit, entre l'engagement de la partie contractante et le profit qu'elle tire du contrat, mais il faut que le déséquilibre soit excessif, de sorte qu'il y ait, dans la conclusion du contrat, un manquement apparent de la bonne foi.

667. Afin de statuer sur la disproportion excessive, il convient de comparer dans le contrat synallagmatique, entre les engagements des deux parties, et s'il y a déséquilibre significativement excessif entre leurs engagements respectifs, et qui soit inhabituel dans les transactions, alors, l'élément objectif de l'exploitation se réalise, cela est la lésion⁹⁸⁴.

668. En effet, l'exploitation est un élément psychologique, la lésion étant sa forme matérielle. Toutefois, la lésion n'est pas considérée comme un des vices de consentement en droit koweïtien. C'est un vice attaché au contrat même, et c'est le résultat d'un des vices de consentement. La lésion, en tant que telle, n'affecte pas le contrat, même si c'est une lésion grave, hormis dans des cas précis⁹⁸⁵. Et c'est ce que prévoit l'article 162 du

⁹⁸⁴ H. JUMAIE, *L'impact de déséquilibre entre les contractants sur les clauses du contrat - Le phénomène de déséquilibre entre les obligations avec l'extension des clauses abusives. Étude comparative entre le droit égyptien, le droit d'émirats, et le droit européen avec l'allusion des droits anglo-américain*, Op. cit., p. 84.

⁹⁸⁵ Le législateur koweïtien a adopté en principe la théorie subjective de la lésion à travers l'article 159. De même, le législateur koweïtien a adopté la théorie objective de la lésion dans le texte de l'article 163 qui dispose que « 1. Si une lésion excessive résulte d'un contrat pour l'Etat ou autre parmi les personnes morales publiques, ou de personnes n'ayant pas la capacité ou cette dernière se trouve amputée ou pour le Waqf (fond de dotation islamique), la victime peut demander la modification de l'engagement de l'autre partie, ou de son engagement lui-même pour que la lésion soit levée 2. La lésion est considérée comme excessive si elle dépasse le cinquième lors de la conclusion du contrat ». Voir : M. ALRASHDAN, *La lésion, Étude comparative*, Thèse, Dar Althaqafa, 2010, p. 226.

Code civil koweïtien : « *la lésion qui n'est pas le résultat de l'erreur, de dol, de violence ou d'exploitation n'a pas d'impact sur le contrat sauf dans des cas précis conformément à la loi* ».

669. Est prise en compte dans l'évaluation de la valeur des prestations la performance personnelle du cocontractant victime et non la valeur marchande ou économique représentant la valeur matérielle en soi. Ceci est pris en compte lors de la conclusion du contrat et ce peu importe les changements résultants des circonstances postérieures à la conclusion du contrat⁹⁸⁶.

670. Notons que la charge de la preuve du déséquilibre entre les obligations, donc la lésion, repose sur le demandeur et donc sur la partie lésée. Cependant, l'estimation de la gravité de la lésion et donc si elle a un effet ou pas sur le contrat, repose sur l'appréciation souveraine des juges de fond puisque c'est une question de fait⁹⁸⁷.

671. La disproportion entre les engagements réciproques dans le contrat, comprend tous les aspects de l'exploitation, qu'il soit une valeur ou une clause abusive que l'une des parties contractantes impose à l'autre partie. En effet, il est évident que l'estimation de la valeur des obligations réciproques dans le contrat implique une estimation des clauses que l'une des parties contractantes impose à l'autre partie, même s'il n'est pas possible d'estimer la valeur financière de ces clauses en s'appuyant sur la valeur financière du contrat de manière directe. Il n'en demeure pas moins que ces clauses affectent l'équilibre économique du contrat même indirectement.⁹⁸⁸

⁹⁸⁶ M.ALRAHDAN, *La lésion, Étude comparative*, Op. cit., p. 105.

⁹⁸⁷ A. ALNQUIB, *La théorie du contrat*, Manshorat Owaidat, 1988, p. 246.

⁹⁸⁸ H. JUMAIE, *L'impact de déséquilibre entre les contractants sur les clauses du contrat - Le phénomène de déséquilibre entre les obligations avec l'extension des clauses abusives. Étude comparative entre le droit égyptien, le droit d'émirats, et le droit européen avec l'allusion des droits anglo-américain*, Op. cit., p. 85.

2. La condition subjective

672. La condition subjective concerne l'exploitation par l'une des parties cocontractante de la faiblesse de l'autre, ce qui l'incite à conclure un contrat comportant une lésion excessive. Cette dernière se manifeste par le déséquilibre excessif entre l'obligation à la charge de la victime et celle de son cocontractant, notamment, s'il s'agit d'un contrat à titre onéreux. Et comme on peut le constater, l'élément subjectif dans l'exploitation suppose l'existence de trois éléments.

673. Le premier élément consiste en la présence d'une faiblesse chez un des cocontractants qui est victime d'exploitation. Le deuxième élément réside dans l'exploitation de cette faiblesse par l'autre partie. Le troisième élément réside dans le fait que l'exploitation est le motif de conclusion du contrat par la victime.

674. L'élément moral est, de ce fait, requis pour chaque partie contractante. La partie contractante victime de l'exploitation doit être affectée d'une faiblesse selon les cas de faiblesse énoncés dans la loi, et qui l'incite à conclure le contrat, tandis que l'autre partie contractante doit avoir la volonté d'exploitation de la faiblesse de l'autre partie.

675. En réalité, on peut trouver une part d'exploitation de la faiblesse de la volonté des parties contractantes dans certains contrats déséquilibrés, notamment dans le contrat d'adhésion. En étudiant les cas de faiblesse cités par l'article 159 du Code civil koweïtien, nous pouvons nous concentrer sur deux cas de vulnérabilité susceptibles d'être présents chez le cocontractant adhérent dans le contrat d'adhésion.

676. Le premier cas concerne l'état de nécessité dans lequel se trouve le contractant et qui l'incite à conclure le contrat. Son consentement est alors obtenu sous la pression des circonstances qui l'entourent⁹⁸⁹. Le deuxième cas est celui de la faiblesse du contractant. Ce dernier cas est mentionné par le législateur koweïtien sans égard à un cas particulier, afin de sanctionner l'exploitation de tous les aspects de la faiblesse humaine. La doctrine

⁹⁸⁹ I. ABUO ALLAIL *La théorie de l'obligation, 1. Les sources volontaires de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique, Op. cit.*, p. 388.

considère que les cas évoqués par le législateur ne sont pas exhaustifs mais donnés à titre illustratif et donc ils peuvent être confondus ou ils peuvent même interférer entre eux⁹⁹⁰.

677. Comme nous l'avons évoqué, il ne suffit pas pour la réalisation de l'élément moral de l'exploitation, l'existence d'un des cas de faiblesse chez le cocontractant car ceux-ci ne constituent pas en tant que tels des vices de consentement à la lumière des règles de droit. Il est donc nécessaire que soit remplie la condition de la volonté de nuire, autrement dit d'exploiter cette faiblesse afin de conclure le contrat comportant une lésion excessive à l'égard du cocontractant victime pour son intérêt ou l'intérêt d'un tiers⁹⁹¹. Pour que l'intention de l'exploitation soit réalisée, le cocontractant doit avoir connaissance de la situation de faiblesse de l'autre partie et qu'il exploite cette situation. La charge de la preuve incombe au demandeur c'est-à-dire la victime. L'appréciation de l'exploitation constitue une appréciation des faits, celle-ci revient aux juges du fond⁹⁹².

678. Pour que l'élément moral de l'exploitation soit caractérisé, il n'est pas nécessaire que l'intention émane du cocontractant, elle peut émaner d'un tiers. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire pour annuler le contrat que l'exploitation soit liée à l'autre cocontractant, il ne doit en avoir eu connaissance ou être dans la possibilité d'en avoir eu connaissance⁹⁹³.

679. Enfin, si la lésion se réalise, c'est-à-dire un déséquilibre excessif entre les obligations des contractants, et que cette lésion est le résultat de l'exploitation de l'une des parties au détriment de l'autre, cela ne suffit pas à caractériser l'exploitation. Il faudrait que l'exploitation soit l'élément qui incite le contractant victime, à conclure le contrat. En d'autres termes, il faut que la situation de faiblesse de la victime l'ait motivé à conclure le contrat, c'est-à-dire que sans cette faiblesse la victime n'aurait pas accepté de conclure le contrat⁹⁹⁴. C'est à ce moment-là qu'il convient de dire que c'est

⁹⁹⁰ A. ABDULBAQI, *La théorie du contrat et l'autonomie de la volonté*, 1988, n° 182, p. 373.

⁹⁹¹ M. ALRASHDAN, *La lésion, Étude comparative*, *Op. cit.*, p. 105.

⁹⁹² Cass. civ., kw., 1^{ère}, n° 988 / 2006, 19 mars 2007, *Revue de jurisprudence et droit*, n° 35, 1/1/ 2007-31/1/2007.

⁹⁹³ I. ABUO ALLAIL *La théorie de l'obligation, 1. Les sources volontaires de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, *Op. cit.*, p 390.

⁹⁹⁴ A. ALSSADAH, *La théorie du contrat dans les droits des pays arabes, le droit égyptien, libanais, syrien, irakien, libyen, koweïtien, soudanais*, *Op. cit.*, p. 308.

l'exploitation qui l'a conduit à conclure le contrat, ou de le conclure dans ces termes-là. Si la victime n'avait pas été exploitée, elle n'aurait pas conclu le contrat ou elle ne l'aurait pas conclu dans les mêmes termes et conditions que celles dans lesquelles la conclusion a été faite⁹⁹⁵.

b. Les pouvoirs du juge

680. Selon l'article 159 du Code civil koweïtien, si l'exploitation est caractérisée par la réalisation de ces deux conditions, objective et subjective, le juge peut, à la demande de la victime, au nom de la justice et en tenant compte des circonstances, réduire les obligations de la victime, ou augmenter celles de l'autre partie, ou annuler le contrat.

681. Il apparaît, à travers le texte relatif à l'impact ou à la sanction du vice de l'exploitation à défaut de sanction des autres vices de consentement, qu'il appartient au juge, outre la prononciation de la nullité du contrat, de réviser les obligations des deux parties dans un contrat synallagmatique. Le juge dispose alors de trois issues lors de la caractérisation de l'exploitation.

682. Ainsi, le juge détient le pouvoir d'annuler le contrat à la condition que cette annulation soit demandée par la partie victime d'exploitation. L'autre cocontractant ne peut en faire la demande. Si la victime demande l'annulation du contrat, le juge n'est pas tenu d'accéder à cette demande, il peut donc la rejeter et décider de rééquilibrer les obligations des parties selon ce qu'il estime conforme à la justice et en tenant compte des circonstances et plus précisément des circonstances des cocontractants, de la nature du contrat et de son objectif.

683. Le pouvoir du juge de rejeter la nullité du contrat pour exploitation est considéré comme une dérogation à la règle générale issue de l'article 180/2 du Code Civil qui

⁹⁹⁵ I. ABUO ALLAIL *La théorie de l'obligation, 1. Les sources volontaires de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique, Op. cit.*, p. 390.

impose au juge de prononcer la nullité du contrat si celui qui a intérêt à la nullité y reste tenu⁹⁹⁶.

684. Et si la victime demande la réduction de ses obligations au lieu d'annuler le contrat, le juge doit y accéder et ne peut annuler le contrat⁹⁹⁷. De même, le juge peut réduire les obligations du cocontractant victime même si celui-ci lui en a demandé l'annulation tant qu'il estime que la réduction est suffisante pour enlever les effets de l'exploitation. Par ailleurs, le juge détient le pouvoir de rejeter la demande du cocontractant victime de réduire ses obligations, et juger de l'augmentation des obligations de l'autre partie s'il estime que la justice sera ainsi réalisée⁹⁹⁸.

685. Ainsi le juge peut, au lieu d'annuler le contrat ou de réduire les obligations de la partie victime d'exploitation ou lésée, prononcer l'augmentation des obligations à la demande du contractant lésé. En effet, l'augmentation des obligations est une mesure nouvelle dans le Code civil koweïtien⁹⁹⁹.

686. Notons que si le juge procède à la modification des obligations des cocontractants, que ce soit par la réduction ou l'augmentation, il n'est pas tenu de rétablir l'équilibre économique total du contrat, et il peut laisser une marge à la modification en respectant les stipulations de l'article 159, ces marges étant la réalisation de la justice et la prise en compte des circonstances de l'espèce¹⁰⁰⁰.

687. En conclusion, il est incontestable que le vice d'exploitation constitue une issue en droit koweïtien, qui peut permettre une protection pour l'adhérent qui se trouve obligé

⁹⁹⁶ Cet article prévoit que « 1. Il n'est pas permis au tribunal de prononcer la nullité du contrat sauf si celle-ci a été demandée par la partie qui y a intérêt, 2. Si la cause de nullité est établie, le juge devra se conformer sauf si la loi en dispose autrement ».

⁹⁹⁷ Conformément à l'article 181, « le maintien du contrat susceptible de nullité par la partie qui est en droit d'en demander la nullité, qu'il soit implicite ou explicite, le purge du vice sur lequel il a été conclu et élimine le droit de demander sa nullité sur la base de ce vice ».

⁹⁹⁸ I. ABUO ALLAIL *La théorie de l'obligation, 1. Les sources volontaires de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Op. cit., p. 390 ; A. ALSSADAH, *La théorie du contrat dans les droits des pays arabes, le droit égyptien, libanais, syrien, irakien, libyen, koweïtien, soudanais*, Op. cit., p. 311.

⁹⁹⁹ A. ABDULBAQI, *La théorie du contrat et l'autonomie de la volonté*, Op. cit., n° 182, p. 393.

¹⁰⁰⁰ I. ABUO ALLAIL *La théorie de l'obligation, 1. Les sources volontaires de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Op. cit., p. 393.

de conclure un contrat avec des clauses abusives sans possibilité de les négocier. Tout cela si les conditions de ce vice de consentement sont réunies contre la volonté de la partie adhérente. En effet, il peut arriver que le contractant ne tire aucun bénéfice de la protection spécifique du contrat d'adhésion, c'est-à-dire de la protection basée sur la théorie des clauses abusives. Cela s'explique par le contour du contrat d'adhésion, qui définit le domaine d'application des règles de protection pour éviter ou sanctionner l'abus dans le contrat d'adhésion, que nous avons traité dans la première partie de notre étude¹⁰⁰¹.

688. Il importe de signaler que le large pouvoir que le législateur koweïtien a confié au juge à travers la réduction et l'augmentation des obligations en vue d'équilibrer le contrat et d'éviter son annulation, constitue un avantage pour les parties au contrat à travers son maintien et la réalisation de l'objet du contrat tout en prenant en compte la nature économique du contrat d'adhésion.

SECTION II :

La mise en œuvre de la violence par abus de l'état de dépendance en droit français

689. L'article 1143 du Code civil relatif à l'état de dépendance dispose qu'« *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ».

690. La structure de ce vice du consentement suppose deux conditions : l'une subjective l'autre objective. La situation de départ que représente l'état de dépendance constitue l'élément subjectif, étant lié à la personne. L'abus de cet état pour en tirer un

¹⁰⁰¹ *Supra* p. 45.

avantage manifestement excessif est l'élément objectif, puisque lié au contenu du contrat¹⁰⁰².

691. Le nouveau texte inclue une condition nouvelle pour que le contrat puisse être annulé sur le fondement de ce vice de consentement. Cette condition implique un « avantage manifestement excessif » retiré par le contractant qui abuse de l'état de dépendance de sa victime. La nouvelle règle fait donc apparaître un lien de « parenté » avec la notion de contrat d'adhésion¹⁰⁰³.

692. Après avoir étudié les critères permettant de déceler ce vice de consentement lors de la conclusion du contrat (§1), il conviendra de s'intéresser aux remèdes offerts à la victime (§2).

§ 1. Les conditions de mise en œuvre

693. Pour qu'il y ait violence par abus de l'état de dépendance en droit français, deux types de conditions sont exigés : la condition subjective (A) et la condition objective (B).

A. Condition subjective

694. En droit français, rappelons-nous, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose dans l'article 1142 qu'« *Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse* ».

¹⁰⁰² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, Op. cit., n° 378, p. 407.

¹⁰⁰³ D. MAZEAUD, « Présentation de la réforme du droit des contrats », *LPA*, 23 février 2016, n°8, p. 15.

695. Le nouvel article 1143 contenu dans le Code civil n'évoquait pas « l'état de nécessité »¹⁰⁰⁴.

696. La référence à l'« état de nécessité », qui est appuyée par la pratique et par la doctrine, est jugée « *trop imprécise et source d'insécurité*¹⁰⁰⁵ ». De plus, le nouveau texte fait disparaître toute référence à la faiblesse. Ainsi il ne suffit plus que le cocontractant soit fragile ou vulnérable, « *un véritable lien de dépendance doit exister entre les deux* »¹⁰⁰⁶.

697. L'« état de dépendance » n'est pas seulement limité à la dépendance économique. Une lecture plus vaste de la dépendance est envisagée¹⁰⁰⁷. Il peut s'agir d'une dépendance économique, psychologique, technique, financière etc. Le rapport du président de la République a pu spécifier que¹⁰⁰⁸ « *toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles* »¹⁰⁰⁹.

698. Toutefois, à la lecture de ce rapport, on constate que cette nouveauté est directement liée à la doctrine et à la jurisprudence développées autour de la notion de « violence économique »¹⁰¹⁰. Certains auteurs pensent à ce propos que « *si les juges, qui seront chargés de mettre en œuvre le nouveau texte, reconnaîtront peut-être de nouvelles formes d'état de dépendance, il ne fait guère de doute que c'est principalement autour de la notion de « dépendance économique » que devraient s'articuler les actions fondées sur*

¹⁰⁰⁴ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations –innovations– perspectives*, Dalloz, 2016, p. 73.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ O. DESHAYES, « La formation des contrats », *RDC*, n° Hors-série, p. 21.

¹⁰⁰⁷ E. CLAUDEL, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? Commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique », *RTD com.*, 2016, p. 460.

¹⁰⁰⁸ Rapport 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, *JORF*, n°0035, 11 février 2016, texte n° 25.

¹⁰⁰⁹ B. MARPEAU, « Une double actualité involontaire génératrice d'incertitudes », *JCP G*, 20 juin 2016, n° 25, p. 733.

¹⁰¹⁰ Rapport 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, *JORF*, n°0035, 11 février 2016, texte n° 25

l'article 1143 du Code civil »¹⁰¹¹. Pour d'autres auteurs, « *l'abus de dépendance économique, est sans doute la principale source de dépendance visée* »¹⁰¹², mais pas exclusive¹⁰¹³.

699. Concernant le contrat d'adhésion, c'est la violence économique qui peut s'inscrire dans la logique de ce contrat. Il est possible que l'on trouve l'état de dépendance économique plutôt dans les relations entre professionnels dans un contrat d'adhésion. C'est par exemple le cas dans les contrats de franchise, de fourniture, de concession...). Le secteur bancaire n'est pas épargné dans la mesure où on le retrouve au sein des conventions de compte ou encore dans les contrats de crédit passés avec des clients professionnels. En effet, les établissements de crédit recourent fréquemment à des contrats d'adhésion¹⁰¹⁴.

700. Le renvoi à un « état » et non pas à un « contrat » de dépendance est intéressant. Certes, la relation entre ces deux notions est avérée. Cela est d'autant plus vrai que la catégorie doctrinale des « contrats de dépendance économique » a été élaborée suite à l'observation que certains cocontractants sont tributaires, pour l'existence ou le maintien de leur activité, du lien noué avec leur partenaire privilégié¹⁰¹⁵. Cependant, cette relation est partielle, parce que les contrats dits « de dépendance » n'entraînent pas automatiquement un état de dépendance. C'est le cas par exemple des contrats de franchise, de fourniture, de concession etc. Ce qui importe, ce n'est pas la catégorie

¹⁰¹¹ B. MARPEAU, Une double actualité involontaire génératrice d'incertitudes, *Op. cit.*, n° 25, p. 733.

¹⁰¹² T. D'ALÈS, C. MERVEILLEUX DU VIGNAUX, « Le nouveau vice de violence économique : tout ça pour ça ? », *JCP G*, n° 40, 6 octobre 2016, p. 1523.

¹⁰¹³ Voir : Cass. civ., 3^{ème}, 4 mai 2016, n° 15-12.454 ; *LPA*, 19 oct. 2016, n° 209, p. 6, note S. LEQUETTE. Cet arrêt montre « l'influence que les nouveaux textes, pourtant non applicables, peuvent exercer sur les juges » car « l'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016 précise que les contrats conclus avant le 1er octobre 2016 sont soumis au principe de survie de la loi ancienne, rien n'interdit à un juge de s'inspirer des nouveaux textes du code civil, ne serait-ce que pour garantir une certaine harmonie entre les décisions de justice et une égalité de traitement entre les justiciables ». Dans cet arrêt, « la Cour confirme que l'état de dépendance psychologique peut exister à l'égard d'un tiers et fonder la nullité du contrat », M. MEKKI, « Droit des contrats », *D.*, n° 7, 16 février 2017, p. 375.

¹⁰¹⁴ En ce sens, en droit bancaire, voir : J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire », *JCP E*, 21 juillet 2016, p. 1434.

¹⁰¹⁵ Sur les contrats de dépendance, voir : G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Thèse, LGDJ, 1987.

doctrinale de rattachement, mais l'appréciation des clauses formulées et l'existence de solutions alternatives¹⁰¹⁶.

701. Une partie de la doctrine tente de mettre en opposition les contrats de dépendance et le contrat d'adhésion, surtout depuis qu'est entrée en vigueur l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹⁰¹⁷. En effet, une partie de la doctrine retient que le droit commun visait les contrats d'adhésion, c'est-à-dire les contrats qui ne sont pas négociables et, les contrats de dépendance, c'est-à-dire ceux que l'on peut négocier mais en situation de faiblesse, car dépendant¹⁰¹⁸. Il est ainsi fait distinction entre « le consentement irréfléchi » et « le consentement réfléchi » mais contraint du professionnel dépendant¹⁰¹⁹.

702. Pourtant, avant même l'ordonnance précitée, il a été admis que le contrat d'adhésion est celui qui « *n'a pas été librement négocié par une partie* »¹⁰²⁰. Effectivement, en plus d'être un contrat qu'on ne négocie pas du tout, le contrat d'adhésion est également un contrat qui ne se négocie pas librement. Et si on ne le négocie pas librement, c'est parce que l'on est dépendant, soit économiquement, soit par désir du produit ou du service. La lecture de l'article 1110 du Code civil nous conduit à ce résultat. En effet, à la lumière de l'article 1110, deux types de contrats peuvent être distingués : les contrats de gré à gré, librement négociés, et ceux qui ne le sont pas. Il s'agit des contrats d'adhésion, même si le second alinéa ne reprend pas le terme « librement ». Beaucoup d'auteurs ont souligné que le texte devait être apprécié dans son ensemble¹⁰²¹. En tout état de cause, ce qui compte c'est l'existence d'un état de dépendance chez l'adhérent victime de la violence pour être protégé vis-à-vis du stipulant.

¹⁰¹⁶ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 223.

¹⁰¹⁷ F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G*, n° 27, 4 juillet 2016, p. 776 ; X. LAGARDE, « Question autour de l'article 1171 du Code civil », *D.*, n° 37, 3 novembre 2016, p. 2174.

¹⁰¹⁸ F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *Op. cit.*, p. 776.

¹⁰¹⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », *RDC*, 1 mars 2017, n° 1, p. 81.

¹⁰²⁰ *Ibid.*

¹⁰²¹ C. GRIMALDI, « Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats », *LPA*, n° 215, 27 octobre 2016, n° 14, p. 6. ; M. MEKKI, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *LPA*, n° 17, 10 mai 2016, p. 11 ; T. REVET, « La « violence économique » dans la jurisprudence », in *La violence économique. À l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Collectif, Dalloz, 2017, n° 3, p. 13.

703. L'état de dépendance est exprimé par « *l'absence d'autonomie de comportement d'un cocontractant par rapport à un autre*¹⁰²² ». En d'autres termes, il s'agit de ce qui ne peut se réaliser sans l'action ou l'intervention d'une autre personne, bien que celle-ci ne soit pas forcément à l'origine de cet état. En général, l'état de dépendance existe vis-à-vis du cocontractant à qui la violence est imputée, mais le texte n'exclut pas l'état de dépendance à l'égard du tiers¹⁰²³.

704. En ce qui concerne le mode d'appréciation de l'état de dépendance dans le cadre d'une relation contractuelle de type économique, la jurisprudence antérieure illustre quelques pistes de réflexion. Certaine motivation développée par les juges du fond peut être intéressante. En effet, dans un arrêt rendu par la première chambre civile le 18 février 2015, la Cour renseigne sur le faisceau d'indices¹⁰²⁴ retenu pour rejeter toute violence économique.

705. Afin de déterminer ce qu'est un abus de dépendance, il est nécessaire, en premier lieu, de définir l'état de dépendance en lui-même, menant à alléguer le vice de violence, à partir de différents éléments établis par la jurisprudence (ainsi qu'en vertu du nouvel article 1143 du Code civil)¹⁰²⁵. Les éléments en question sont les suivants : la prise en compte de l'importance de la personne partie au contrat permet d'apprécier la capacité de celle-ci à faire face économiquement à l'autre partie ; en fonction de l'aptitude de cette première partie à substituer aux modalités en cours d'autres modalités identiques à l'échelle du marché, et en fonction de l'attitude de la partie qui admet se sentir soumise aux obligations de l'autre par rapport à la possibilité de solutions de remplacement au contrat en question, on pourra déterminer si ces solutions ont été énoncées de manière coercitive ou selon un libre choix. La considération de ces derniers éléments est particulièrement judicieuse au sens où il serait insuffisant de retenir uniquement

¹⁰²² A. CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels, l'apport de l'analyse économique du contrat*, Thèse, Université d'Aix Marseille, 2006, n° 202, p. 192.

¹⁰²³ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, Op. cit.*, p..

¹⁰²⁴ Cass. civ., 1^{ère}, 18 février 2015, n° 13-28.278.

¹⁰²⁵ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 224.

l'importance de la personne morale partie au contrat pour mettre en lumière ou rejeter l'effectivité d'une dépendance économique ¹⁰²⁶.

706. Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a jugé que « (...) *la société Bouygues immobilier, quelle que soit son envergure financière, devait, pour mener à bien son projet, disposer de permis de construire purgés de tout recours pour, d'abord, acquérir les terrains destinés à recevoir les constructions dans les délais imposés, à peine de caducité, par les promesses synallagmatiques de vente, et, ensuite, procéder à une commercialisation d'une partie des immeubles à construire selon la forme juridique projetée, l'arrêt retient que cette menace illégitime a fait naître, pour la société, la crainte de voir mettre en échec une vaste et coûteuse opération immobilière, comportant la création d'une nouvelle structure hospitalière, d'une école d'infirmières et de logements collectifs à Marseille ; (...) la cour d'appel, caractérisant ainsi la contrainte économique exploitée par la société Karous pour amener son cocontractant à lui consentir une indemnité transactionnelle d'un montant particulièrement élevé, a, par ces seuls motifs, justifié légalement sa décision de tenir la transaction pour nulle* »¹⁰²⁷.

707. Il ressort de la lecture de cet arrêt que même un contractant puissant peut être victime d'une contrainte économique. En l'espèce, la victime était la société Bouygues immobilier, un très important acteur économique français. Les juges du fond, soutenus par la Cour de cassation, ont cependant considéré « *que la société était bien en état de dépendance économique et avait dû accepter, sous la menace illégitime d'un recours en annulation d'un permis de construire d'une autre société, une transaction manifestement déséquilibrée* »¹⁰²⁸.

708. Pour que l'abus soit caractérisé, la victime devra prouver que son partenaire avait conscience de son acte. Au moment de la conclusion du contrat, les conditions personnelles de la partie lésée doivent lui être défavorables. Les conditions contractuelles

¹⁰²⁶ RDC, 2015, p. 445, note É. SAVAUX ; D., 2016, p. 566, obs. M. MEKKI ; Gaz. Pal., 9 juillet 2015, p. 16, obs. D. HOUTCIEFF.

¹⁰²⁷ Cass. civ., 1^{ère}, 4 février 2015, n° 14-10.920.

¹⁰²⁸ RDC, 2015, p. 445, note. É. SAVAUX ; D., 2016, p. 566, obs. M. MEKKI.

doivent apparaître manifestement désavantageuses pour que la violence soit reconnue et l'auteur de la violence doit en tirer un « avantage manifestement excessif »¹⁰²⁹.

B. Condition objective.

709. Afin de caractériser la violence économique, il ne suffira pas de démontrer que la victime est en situation de dépendance. Un abus de la part du cocontractant est également nécessaire. Le cocontractant doit avoir abusé de cette situation. Il s'agira pour certains de la « pression d'une contrainte » caractérisant la violence de manière générale¹⁰³⁰.

710. Partant de ce constat, on peut alors s'interroger sur le rapport pouvant être établi entre le vice de violence généralement admis et la violence par abus de l'état dépendance spécifiquement existante dans ce cadre contractuel. Deux options se présentent à nous : d'une part, il est possible d'estimer que les dispositions de l'article 1143 concernent également le vice de violence et toutes les appréciations relatives à ce délit se baseront sur ce texte, ou, d'autre part, il est possible de fonder, en mettant en œuvre des caractéristiques propres, un régime spécifique pour constituer le délit particulier de violence par abus de l'état de dépendance au-delà des textes légaux qui le précèdent. En clair, il faut se demander si la qualification d'abus mentionnée à l'article 1143 est différente de la « pression d'une contrainte », qui inspire la crainte et développée à l'article 1140, relatif au vice de violence en toutes circonstance¹⁰³¹.

711. La violence doit être le fait d'une personne, physique ou morale, cocontractant ou tiers. Cette idée de consentement « extorqué par violence » selon l'expression de l'ancien article 1109 du Code¹⁰³² permet d'éviter l'annulation d'un contrat sur le simple fondement d'une contrainte extérieure sans personne pour en abuser. Toutefois, dans le nouveau Code, il est fait mention d'une violence bien particulière, qui consiste à profiter de l'état

¹⁰²⁹ A. ANDRIEUX, « La codification de la « violence- dépendance » : une confirmation prudente des solutions prétorienne. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil », *LPA*, 22 août 2016, n° 167, p. 6.

¹⁰³⁰ E. MOUIAL BASSILANA, « Abus de dépendance et clauses abusives », in *Colloque La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 57, p. 57.

¹⁰³¹ H. BARBIER, « La violence par abus de dépendance », *JCP G*, 11 avril 2016, n° 15, p. 421.

¹⁰³² Article.1109 (ancien) du Code civil français.

de dépendance du cocontractant afin de lui imposer une relation déséquilibrée et non plus seulement à le menacer forcément¹⁰³³. En d'autres termes, il est possible de rapprocher la violence par abus de dépendance de la menace d'exercer une voie de droit au regard du caractère illégitime de la contrainte. En réalité, le fait qu'une partie profite d'une situation de dépendance de son cocontractant n'est pas condamnable en soi ; ce qui est condamnable, c'est précisément le fait que cette partie abuse de cette situation¹⁰³⁴. « *Il y a faute, non pas à contracter avec quelqu'un qui ne peut s'abstenir de le faire, mais à exploiter l'état de nécessité où se trouve l'intéressé* »¹⁰³⁵.

712. En clair, un contractant disposant d'une certaine puissance parvient à contraindre un contractant en état de faiblesse de s'engager à conclure un contrat qu'il n'aurait pas conclu dans des circonstances où cet état de faiblesse n'aurait pas existé. C'est pourquoi, ce sont bel et bien ces circonstances de conclusion du contrat en contexte d'abus qui importent et mettent en lumière le déséquilibre entre les parties ; c'est-à-dire que le fait que cette partie obtienne « un avantage manifestement excessif » abusivement est une condition impérative pour qualifier le fait en délit¹⁰³⁶.

713. En d'autres termes, il est indispensable de pouvoir déterminer la disproportion engendrée par l'état de dépendance dont le contractant mis en cause a abusé. Dans un tel cas, le terme d'« objectivation d'appréciation » est utilisé et défini comme une sorte de vice de consentement intrinsèque à l'état d'assujettissement du contractant lésé ; toutefois, c'est la caractérisation de disproportion qui entraînera la sanction. Par conséquent, l'« avantage manifestement excessif » doit être obtenu sous le coup de la violence exercée sur la partie dépendante qui se voit imposer la conclusion contractuelle¹⁰³⁷. Précisons que le législateur, en choisissant l'expression « avantage

¹⁰³³ E. MOUIAL BASSILANA, « Abus de dépendance et clauses abusives », *Op. cit.*, p. 57.

¹⁰³⁴ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 305-1, p. 174.

¹⁰³⁵ FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil : les obligations. Tome I : l'acte juridique*, *Op. cit.*, n° 224, p.

¹⁰³⁶ A. ANDRIEUX, « La codification de la « violence- dépendance » : une confirmation prudente des solutions prétorienne. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil », *Op. cit.*, n° 167, p. 6.

¹⁰³⁷ E. MOUIAL BASSILANA, « Abus de dépendance et clauses abusives », *Op. cit.*, p. 57.

manifestement excessif » est un standard¹⁰³⁸ qui offre au juge toutes latitudes pour l'interpréter à sa discrétion¹⁰³⁹.

714. L'article 1142 ne contient aucune précision quant à la nature de l'avantage. Plusieurs auteurs ont rapproché l'expression de « l'avantage excessif » à l'ancienne définition des clauses abusives en droit de la consommation que se trouve dans la loi Scrivener (L. n°78-23, 10 janv.1978, article 35)¹⁰⁴⁰. Selon cette loi, sont considérées comme abusives les clauses « *imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et qui confèrent à cette dernière un avantage excessif* ». Monsieur Barbier estime pour la notion d'avantage excessif qu'« il s'agit là d'un critère à la fois nouveau et ancien en droit français, puisqu'il est l'ancêtre du critère de déséquilibre significatif ». Selon lui, « *L'évidente proximité entre ces deux notions ne vaut pas nécessairement identité* »¹⁰⁴¹.

715. Il existe en droit positif un rapport partiel entre le domaine d'application de l'article 1143 et celui de l'article 1171. Ce dernier a consacré la sanction des clauses abusives spécifiquement dans le contrat d'adhésion¹⁰⁴². Cet article dispose 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* ».

716. L'article 1143 du Code civil accorde à l'adhérant une protection, au sens du droit commun, dès qu'il est dans un « état de dépendance » avec le stipulant et, d'autre part, l'article 1171 du Code civil, relatif à la protection de l'adhérent contre les « déséquilibres

¹⁰³⁸ « *Le phénomène des standards juridiques est bien connu. Il s'étend dans la législation contemporaine, de moins en moins sûre d'elle-même, qui délègue au juge son autorité normative, en lui laissant le soin de définir, cas par cas, la norme de référence, et même la « normalité », et par voie de conséquence la conformité ou la contrariété à la loi* ». Sur les différents standards qui contribuent au juge un pouvoir normatif au sens du nouveau Code civil français, voir : L. AYNÈS, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC*, 16 février 2016, n° Hors-série, p. 14. Voir également sur le pouvoir de juge dans le contrat au sens du nouveau Code : F. ANCEL, « Quel juge pour le contrat au XXIe siècle ? » *D.*, 30 mars 2017, n° 13, p. 721.

¹⁰³⁹ E. MOUIAL BASSILANA, « Abus de dépendance et clauses abusives », *Op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁴⁰ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, *Op. cit.*, p. 227 ; A. ANDRIEUX, « La codification de la « violence-dépendance » : une confirmation prudente des solutions prétorienne. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil », *Op. cit.*, n° 167, p. 6.

¹⁰⁴¹ H. BARBIER, La violence par abus de dépendance, *Op. cit.*, n° 15, p. 421.

¹⁰⁴² Cf. *infra* p. 345 et s.

significatifs » dans le contrat d'adhésion. Les deux dispositions s'appliquent aux mêmes relations, en revanche, la sanction de l'abus de l'état de dépendance ne se limite pas au contrat d'adhésion¹⁰⁴³. Elles ont l'une et l'autre pour objet de lutter contre les abus commis par une partie en position de force au détriment de son cocontractant. Les deux textes autorisent un contrôle judiciaire du contenu du contrat¹⁰⁴⁴.

717. L'intérêt du droit français en la matière repose sur cette capacité, à la fois, à garantir, pour chaque cocontractant, une élaboration raisonnable du contrat, et à assurer l'équité dans la teneur de ses clauses. Ainsi « *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* ». Ici le contrôle est attaché à la formation du contrat avec l'idée d'un défaut de consentement à certaines clauses du contrat¹⁰⁴⁵.

718. Force est de constater que la notion de « déséquilibre significatif » se différencie de celle d'avantage excessif. Le déséquilibre entre les prestations des contractants nécessite une comparaison entre les parties au regard du contrat dans sa globalité. Si la notion d'avantage peut se fonder sur une approche comparative entre les droits et obligations des parties, elle peut également être caractérisée par la mise en relation de l'avantage d'un contractant avec autre chose que ce que l'autre reçoit, par exemple avec la pratique habituelle dans le milieu professionnel concerné¹⁰⁴⁶. Bien que la finalité reste toujours la protection de la qualité du consentement, on peut plus généralement prendre en considération les évolutions du marché¹⁰⁴⁷. En outre, une différence existe entre les deux notions quant à leur nature : si la notion de déséquilibre entre les droits et obligations des parties est dans une large mesure juridique, la notion d'avantage excessif est plutôt l'affaire des instances économiques et financières¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴³ J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat, Droit des obligations*, DALLOZ, 5^e éd, p.77.

¹⁰⁴⁴ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, *Op. cit.*, p. 228.

¹⁰⁴⁵ H. BARBIER, « La violence par abus de dépendance », *Op. cit.*, n° 15, p. 421.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*

¹⁰⁴⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. C, commentaire article par article*, *Op. cit.*, p. 228.

¹⁰⁴⁸ H. BARBIER, « La violence par abus de dépendance », *Op. cit.*, n° 15, p. 421.

719. D'autres différences fondamentales séparent les deux notions. Sur le plan de la sanction, la violence par l'abus de dépendance relève de la formation du contrat et du régime des vices du consentement, tandis que le déséquilibre significatif dans le contrat d'adhésion au sens de l'article 1171 est appréhendé sous l'angle de l'exécution du contrat au point, d'ailleurs, que rien n'empêche son application dans l'hypothèse où le déséquilibre significatif serait apparu à la suite de la formation de la convention. En revanche, le contrôle effectué sur le fondement de l'article 1171 ne s'étend pas à l'objet principal du contrat et à la concordance entre le prix et la prestation. Cette limitation n'est pas exigée à l'appréciation de la violence par l'abus de l'état de dépendance¹⁰⁴⁹. Remarquons-nous que le contrôle de ce vice de consentement présente un avantage plus protectrice pour l'adhérent au contrat d'adhésion sur ce point.

720. Cependant, à l'abus de dépendance se mêle le déséquilibre contractuel. Ainsi, on ne peut sanctionner la contrainte que si le contractant en a retiré « un avantage manifestement excessif ». Cette sanction mêle « vulnérabilité et proportionnalité »¹⁰⁵⁰ en visant aussi bien le contrat en lui-même que les parties qui le concluent. Dans ce cadre, l'abus de l'état de dépendance donne lieu à l'exigence de justice contractuelle tenant à l'équilibre du contrat et encore la défense de la partie faible ou vulnérable. En d'autres termes, il s'agit de protéger conjointement la partie et le contrat¹⁰⁵¹.

721. La Cour de cassation précise, avant la réforme, qu'il faut qu'il y ait eu une exploitation abusive de la situation précontractuelle¹⁰⁵², c'est-à-dire qu'il est nécessaire que les menaces de l'autre partie aient été illégitimes. En effet, précise la Cour, il faut que, dans ces situations-là, les menaces aboutissent à un engagement illégitime, fortement désavantageux. Si tel n'est pas le cas, le consentement aura été forcé, mais la nullité ne saurait être obtenue¹⁰⁵³. En effet, si les juges admettent que l'existence d'un avantage

¹⁰⁴⁹ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. C, commentaire article par article, Op. cit.*, p. 220.

¹⁰⁵⁰ Sur la proportionnalité en droit des contrats, voir : S., LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Thèse, LGDJ, 2000.

¹⁰⁵¹ S. LE GAC-PECH, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *LPA*, 16 août 2016, n° 162-163, p. 7.

¹⁰⁵² P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, Op. cit.*, n° 518, p. 298.

¹⁰⁵³ A. ANDRIEUX, « La codification de la « violence-dépendance » : une confirmation prudente des solutions prétorienne. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil », *Op. cit.*, n° 167, p. 6.

manifestement excessif permet de présumer l'abus, il est admis que l'abus d'état de dépendance a un champ d'application relativement large¹⁰⁵⁴.

722. Le législateur impose un conformisme « manifestement » qui interdit de confondre la condition posée avec un simple défaut d'équivalence. C'est-à-dire que l'avantage retiré par le contractant abuseur doit être incontestable. Toutefois, aucun critère n'a été établi permettant de prendre la mesure de l'excès décelé¹⁰⁵⁵. La jurisprudence relative à la violence économique a décidé de lier la notion d'abus d'état de dépendance à celle de violence et non à celle de lésion qualifiée¹⁰⁵⁶. En effet, la violence vise à sanctionner l'atteinte à la liberté du consentement, non le déséquilibre contractuel. Il est vrai que l'avantage manifestement excessif ne s'assimile pas obligatoirement à celle de la lésion, puisqu'il peut exister sans que les prestations des deux contractants ne soient affectées d'un défaut d'équivalence. Cependant, la logique est identique : « *la remise en cause de la validité du contrat au regard de la pesée des utilités que chacune des parties en retire* ». En considérant l'avantage manifestement excessif comme une condition de la violence, alors qu'elle en constitue un simple élément d'appréciation, « *la cause et l'effet* » se trouvent confondus. Si la violence par abus de l'état de dépendance peut conduire à un tel avantage, elle peut aussi exister sans ce résultat¹⁰⁵⁷. Dans ces conditions, il est intéressant de souligner le choix d'un rattachement au vice de violence puisque la lésion n'est toujours pas une cause générale de nullité des contrats¹⁰⁵⁸.

723. À partir de là, on peut considérer, à la suite de Monsieur Dournaux, que « *le centre de gravité de la violence par abus de l'état de dépendance n'est pas tant le déséquilibre*

¹⁰⁵⁴ M. MEKKI, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, p. 375.

¹⁰⁵⁵ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, *Op. cit.*, p. 227.

¹⁰⁵⁶ Cass. civ., 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ.*, I, n° 169, p.109 ; *Defrénois*, 2000, p. 1124, n° 68, obs. Ph. DELEBECQUE ; *D.*, 2000, p. 879, note J.-P. CHAZAL ; *JCP G*, 2001, II, 10461, note. G. LOISEAU.

¹⁰⁵⁷ F. DOURNAU, « La réforme des vices du consentement », *Dr. et patr.*, 1 mai 2016, n° 258, p.

¹⁰⁵⁸ Selon l'article 1168 du Code civil français, « *Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». La lésion n'est pas un vice de consentement en droit français. V. G. CHANTEPEI, *La lésion*, LGDJ, thèse, 2006.

du contrat que l'illégitimité de l'exploitation de cet état »¹⁰⁵⁹. Il faut établir, d'une part, que la violence avait déterminé le consentement de celui qui l'a subie en apportant la preuve que le contrat n'aurait pas été conclu sans cet abus à l'image de tout vice du consentement, et d'autre part, que cette situation a engendré un « avantage manifestement excessif » au profit du contractant dominant¹⁰⁶⁰. A la lecture du nouvel article 1130 du Code civil qui dispose que « vicie le consentement lorsque, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes », on comprend que l'effet sollicité est donc plus strict pour la violence de l'état de dépendance que pour les autres vices. En d'autres termes, l'abus de dépendance privera le cocontractant de sa liberté de consentir là où les vices du consentement communs pourront être caractérisés s'ils ont modifié le consentement du cocontractant. On constate donc qu'il y a une restriction des conditions d'application de la violence par abus de dépendance lorsque l'on compare les deux articles¹⁰⁶¹.

§ 2. Sanction de l'abus de l'état de dépendance

724. En apportant la preuve de la violence par l'abus de l'état de dépendance, la victime de cette violence pourra solliciter le paiement de dommages-intérêts ainsi que l'annulation relative du contrat¹⁰⁶². Dans la mesure où il s'agit de prouver des faits juridiques, la preuve des vices du consentement est libre, elle peut donc se réaliser par tous moyens (présomptions, témoignages, etc.)¹⁰⁶³.

725. Les conditions de preuve sont assez strictes concernant ce type de vice de consentement et ce dans l'optique de garantir une certaine sécurité juridique. Comme nous l'avons vu précédemment pour les conditions de mise en œuvre de la violence de l'état de dépendance, l'état de dépendance d'une partie n'est pas suffisant comme preuve. Il est également nécessaire de démontrer que le cocontractant a abusé de cet état. Deux

¹⁰⁵⁹ F. DOURNAU, « La réforme des vices du consentement », *Dr. et patr.*, 1 mai 2016, n° 258, p.

¹⁰⁶⁰ P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 518, p. 299.

¹⁰⁶¹ T. D'ALÈS et C. MERVEILLEUX DU VIGNAUX, « Le nouveau vice de violence économique : tout ça pour ça ? », *JCP G*, n° 40, 6 octobre 2016, p. 1523.

¹⁰⁶² D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 306, p. 174.

¹⁰⁶³ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n° 337, p. 365.

conditions cumulatives sont exigées dans ce cadre. D'un côté, il convient de prouver que le cocontractant a obtenu de la victime un engagement qu'elle n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et, d'un autre côté, qu'il en a tiré un avantage manifestement excessif¹⁰⁶⁴.

726. La violence est une faute et prend naissance avant la conclusion du contrat, au même titre que les autres vices du consentement. Elle engage ainsi la responsabilité civile délictuelle de la partie fautive. Sur ce fondement de responsabilité extracontractuelle, la partie lésée peut demander le paiement de dommages-intérêts. Le paiement de dommages-intérêts est à distinguer de la nullité par son objet et par ses effets. La partie lésée pourra solliciter soit le paiement de dommages-intérêts, soit l'annulation du contrat, soit les deux cumulativement¹⁰⁶⁵.

727. Il convient de préciser que la question de « *l'adaptation judiciaire du contrat en vue de supprimer l'excès manifeste* »¹⁰⁶⁶, qu'elle intervienne à la demande de la partie victime ou l'initiative du juge, est exclue en droit français, au même titre aussi pour tous les vices de consentement. À cet égard, la nullité est la seule sanction qui affecte le contrat. Il est vrai que les dommages-intérêts puissent contribuer à un certain rééquilibrage notamment économique, cependant, « *cela n'y change rien* »¹⁰⁶⁷.

728. Certains auteurs estiment, à propos de la sanction de l'état de l'abus de dépendance, qu'« *il aurait été opportun de permettre au juge, à la demande de la partie lésée, de corriger le déséquilibre et de sauver le contrat. Ce n'est pas le choix qui a été fait par le législateur, qui est revenu à la conception classique du droit contractuel français* »¹⁰⁶⁸. C'est, comme l'estime un autre auteur, « *un tabou français qui, semble-t-il, de la réfaction du contrat par le juge plane toujours sur ce texte. Le juge ne peut*

¹⁰⁶⁴ C. FRANÇOIS, Présentation des articles 1130 à 1144 du nouveau paragraphe 2 "Les vices du consentement", La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, (<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect1/para2-vices-consentement>).

¹⁰⁶⁵ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 306 et s, p. 168.

¹⁰⁶⁶ Sur l'adaptation du contrat comme sanction de la violence économique, voir : A. MAYMONT, « La violence économique : une réalité consacrée ? », 1 novembre 2014, RLDC, n° 12.

¹⁰⁶⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, *Op. cit.*, p. 228.

¹⁰⁶⁸ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *Op. cit.*, n° 282, p. 343.

*toujours pas modifier le contrat, le rééquilibrer donc, afin d'effacer le défaut dont il est entaché. Cet interdit trouve son fondement dans le principe de l'autonomie de la volonté »*¹⁰⁶⁹.

729. Afin de ne pas perdre le bénéfice de la contrepartie qu'elle tire du contrat, la victime de l'abus pourra hésiter à agir. En effet, cela se comprend compte tenu de la situation dans laquelle la victime se trouve et du fait qu'elle en a sûrement besoin, même si elle devra payer une somme qui est manifestement excessive¹⁰⁷⁰. Cela est le cas pour les contrats à « *exécution successive notamment commerciales* ». Ainsi, dans ces conditions, la victime a intérêt à ce que le contrat continue, mais avec des stipulations plus justes. En effet, la réfaction directe du contrat par le juge présente un intérêt non négligeable¹⁰⁷¹.

730. Dans le contrat d'adhésion, comme dans tous les contrats, l'adhérent peut bénéficier d'une telle protection. La nature du contrat d'adhésion peut être plus sensible à ce type de vice de consentement. Bien que ses conditions d'application soient difficiles à prouver, il n'est pas douteux que dans certains cas, l'abus de dépendance sera légitimement invoqué. La sanction de la violence de l'état de dépendance reste un choix ouvert pour l'adhérent qui peut être trouvé dans un tel cas.

¹⁰⁶⁹ « *Dans quelques situations, le juge s'est octroyé le soin de modifier certaines clauses contractuelles, parfois relatives au prix de l'objet du contrat, mais également dans certains contrats comme le mandat où il procède à une réduction de prix. Dans le cas particulier de l'état de nécessité, en matière d'assistance maritime, le législateur lui a même reconnu cette possibilité. Certes, il pourra être rétorqué que ces quelques situations ne concernent pas – au moins directement – les vices du consentement ou des hypothèses extrêmement limitées.* » V. A. ANDRIEUX, « La codification de la « violence- dépendance » : une confirmation prudente des solutions prétorienne. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil », *Op. cit.*, n° 167, p. 6.

¹⁰⁷⁰ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *Op. cit.*, n° 282, p. 343.

¹⁰⁷¹ V. A. ANDRIEUX, « La codification de la « violence- dépendance » : une confirmation prudente des solutions prétorienne. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil », *Op. cit.*, n° 167, p. 6.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

731. En conclusion, nous avons constaté qu'en droit français, le développement de la théorie du vice de consentement, notamment le vice de violence, tend vers une nouvelle appréciation de la violence qui prend en considération le déséquilibre et l'inégalité entre les parties et non plus seulement la liberté du consentement. Ce vice était déjà apparu dans la jurisprudence et a été consacré récemment dans le Code civil. Ce vice peut être d'utilité dans la protection de l'adhérent ayant conclu un contrat déséquilibré. Ainsi, dans le cas où l'adhérent se trouve dans une situation de dépendance, et que l'autre partie abuse de cet état et « tire un avantage manifestement excessif », c'est l'abus de dépendance qu'il devrait songer à invoquer contre les conditions « draconiennes¹⁰⁷² » dont il est souvent la victime¹⁰⁷³. De cette violence, la victime pourra solliciter des dommages-intérêts ainsi que l'annulation relative du contrat.

732. Le droit koweïtien a consacré un vice de consentement autonome. C'est par le vice de l'exploitation, et non la violence, que le droit koweïtien prend en considération le déséquilibre entre les parties aux contrats en sanctionnant l'exploitation abusive de la faiblesse d'un contractant. L'adhérent qui se trouve obligé de conclure un contrat déséquilibré peut bénéficier d'une protection à travers ce vice de consentement. Tout cela si les conditions de ce vice de consentement sont réunies contre la volonté de la partie adhérente. La preuve de ces conditions permet au juge koweïtien, à la demande de la partie lésée, de corriger le déséquilibre et d'éviter l'annulation du contrat. Ce pouvoir du juge, en vue d'équilibrer le contrat, constitue un avantage, notamment pour l'adhérent, au regard de la nature économique du contrat d'adhésion.

733. Nous avons constaté que l'intérêt pour l'adhérent d'évoquer la protection du vice de l'abus de l'état de dépendance en droit français ou l'exploitation en droit koweïtien peut être confronté à une difficulté tant pour la réunion des conditions de l'existence de

¹⁰⁷² CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations –innovations– perspectives*, DALLOZ, Nov. 2016, n° 23-365, p.110.

ces vices de consentement, notamment en droit français, ainsi que la charge de la preuve qui incombe à la victime

CONCLUSION DU TITRE I

734. Dans l'étude de ce titre, nous avons envisagé deux techniques destinées à la protection du contractant lors de la formation du contrat. Ces mécanismes ne sont pas exclusifs à la protection du contractant dans un contrat d'adhésion. La nature du contrat d'adhésion simple s'inscrit dans la logique de la protection de ces mécanismes.

735. Nous avons étudié une technique préventive de protection au travers du devoir précontractuel d'information. En droit français est ainsi récemment consacré, dans le Code civil, l'obligation précontractuelle d'information, essentielle à l'équilibre des relations contractuelles. Cette nouvelle disposition a consacré une création jurisprudentielle et posé des limites et apporté des précisions. La sanction du manquement à ce devoir est en principe l'engagement de la responsabilité civile ouvrant droit à des dommages-intérêts. Le manquement de ce devoir permet de faire le lien avec les vices du consentement, et en particulier la réticence dolosive qui est consacrée récemment dans le Code civil français. Ainsi, le juge peut annuler le contrat pour dol ou dissimulation intentionnelle d'information. Nous avons proposé au législateur koweïtien d'adopter une telle protection préventive dans le Code civil. Notons qu'il existe en droit koweïtien le dol par la réticence dolosive.

736. Concernant le deuxième mécanisme, nous avons constaté que la protection par la technique du vice de consentement reste une voie ouverte pour protéger le consentement de l'adhérent dans le contrat d'adhésion. Nous avons envisagé la protection par la sanction de l'abus de l'état de dépendance en droit français et l'exploitation en droit koweïtien. Ces mécanismes « *permettent à la partie faible d'être au moins assurée que le déséquilibre contractuel éventuel n'excèdera pas ce que la loi juge inacceptable* »¹⁰⁷⁴.

737. Au regard des conditions de la mise en œuvre et des règles de preuve pour la protection sur le fondement de ces règles générales, et plus encore, au regard du rôle économique de contrat d'adhésion, il est ainsi difficile de dire si ces dispositions assurent

¹⁰⁷⁴ J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat, Droit des obligations*, DALLOZ, 5^e éd, p.101.

effectivement la protection de l'adhérent. Ainsi nous envisagions la protection spécifique propre à la protection du contrat d'adhésion « Titre II ».

TITRE II :

La protection spécifique

738. Les parties au contrat d'adhésion, en particulier l'adhérent, bénéficiaire, nous l'avons vu dans les développements précédents, d'une protection générale à laquelle il convient d'ajouter une protection spécifique. Cette protection doit néanmoins coexister avec les « *impératifs d'efficacité qu'impose le rôle économique du contrat d'adhésion* »¹⁰⁷⁵. C'est dans la logique du rééquilibrage contractuel que la protection contre les abus du stipulant dans un contrat d'adhésion doit s'inscrire.

739. La reconnaissance du caractère spécifique du régime du contrat d'adhésion a conduit les législateurs français et koweïtien à adopter des règles propres à ce type de contrat. Elles visent à rechercher l'efficacité de la protection dans le but d'établir l'équilibre entre les contractants dans le contrat d'adhésion dans les deux systèmes juridiques. Il est judicieux de s'interroger sur le bien-fondé en termes de cohérence des règles françaises et koweïtiennes. Les dispositions de ces deux législations sont-elles en mesure d'assurer à l'adhérent une protection suffisante contre de possibles actes abusifs du stipulant.

740. L'intervention du juge semble la solution la plus adéquate¹⁰⁷⁶. Pour arriver à l'équilibre contractuel, le droit commun, que ce soit en droit français ou en droit koweïtien, permet au juge de contrôler le contenu contractuel. Ce pouvoir du juge est assuré par deux moyens. Ainsi, le juge peut intervenir sur le contenu du contrat par l'interprétation en cas d'ambiguïté d'une clause. L'interprétation des contrats ne relève pas d'une simple règle, elle constitue un phénomène complexe consistant en la recherche de l'intention des parties, du respect de la loi, de la protection de la partie la plus faible au contrat¹⁰⁷⁷. Le juge va aussi intervenir lorsqu'il sera saisi d'une action en vue de faire

¹⁰⁷⁵ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Thèse, LGDJ, 1973, n° 206, p. 107.

¹⁰⁷⁶ M. RAYSSAC, *L'adhésion en droit privé*, *Op. cit.*, n°472, p.350.

¹⁰⁷⁷ Ph. MALAURIE, « L'interprétation des contrats : hier et aujourd'hui - Aperçue rapide », *JCP G*, n° 51, 19 décembre 2011, p. 1402.

disparaître du contrat d'adhésion les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ou, en d'autres termes, des clauses abusives.

741. La protection spécifique au contrat d'adhésion va donc se subdiviser par la mise en œuvre en droit français et koweïtien des règles d'interprétation protectrice (Chapitre I) mais aussi de celles relatives à la protection contre les clauses abusives (Chapitre II).

CHAPITRE I :

L'interprétation protectrice du contrat d'adhésion

742. Le renforcement de l'équilibre peut effectivement se réaliser à travers l'interprétation du contrat par les juges français et koweïtien. Effectivement, par leur rédaction inappropriée dans le contrat d'adhésion, certaines clauses peuvent être lacunaires, ambiguës ou même se contredire. Leur application peut faire devenir le contrat sans intérêt pour l'adhérent qui était dans l'impossibilité de participer à sa rédaction ou de négocier le contrat¹⁰⁷⁸. La difficulté d'application de ces stipulations trouve sa source dans leur généralité et peut déboucher sur une trop grande imprécision qui nécessitera l'intervention du juge.

743. Cette imprécision peut aussi être due à la volonté de tout prévoir alors que le domaine du contrat est complexe et il nécessite beaucoup plus de réflexion et d'expertise, spécialement dans les nouveaux types de contrat. C'est la raison pour laquelle, il faut conclure que les techniques d'interprétation, afin de protéger l'adhérent, constituent indéniablement un élément important du régime des contrats d'adhésion¹⁰⁷⁹.

744. En droit français, les dispositions relatives à l'interprétation des contrats, malgré la réforme du droit des contrats, issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, présente une certaine incomplétude¹⁰⁸⁰. Il appartiendra donc au juge de dessiner le contour des dispositions relatives à l'interprétation. Il doit partir du principe de l'interprétation subjective, lequel devra subir une objectivation graduelle au contact du contrat général mais surtout lors de l'interprétation du contrat d'adhésion¹⁰⁸¹. Il convient en effet d'examiner le principe en matière d'interprétation du contrat avant de rechercher les règles propres au contrat d'adhésion.

¹⁰⁷⁸ J. GUESMI, *Le contrôle des clauses abusives dans les relations contractuelles*, Thèse, Septentrion, n°271, p. 398.

¹⁰⁷⁹ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *Op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁸⁰ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, n° 2, 1 juin 2016 p. 384.

¹⁰⁸¹ B. FAGES, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 259, p. 227.

745. Au même titre que le droit français, le droit koweïtien prévoit des règles d'interprétation subjectives qui vont être objectivées, mais il avait déjà prévu des règles d'interprétation favorables à l'adhérent bien avant le législateur français. Il convient d'étudier les règles d'interprétation protectrices au prisme de leur objectivation. Cette objectivation pourra être relative (Section I) ou absolue (Section II).

SECTION I :

L'objectivation relative de l'interprétation du contrat

746. Dans l'interprétation du contrat, la première mission du juge correspond à la recherche sincère des volontés internes des parties¹⁰⁸². Pour ce faire, le Code civil français fournit quelques directives précieuses pour l'interprétation des contrats. Les principes des anciens articles 1156 et suivants du Code civil sont repris aux nouveaux articles 1188 et 1192¹⁰⁸³. Ces dispositions qui facilitent la tâche du juge pour comprendre la véritable signification de la convention, relèvent de deux approches différentes. D'une part, elles retiennent une approche subjective et d'autre part, elles proposent une approche objective de la convention¹⁰⁸⁴.

747. De son côté, le législateur koweïtien, au même titre que le législateur français, dispose également d'un guide pour interpréter le contrat, lequel permet aussi de distinguer dans l'article 193 du Code civil koweïtien entre ces deux types d'approches¹⁰⁸⁵. Il convient de voir, en droits français et koweïtien, ce que signifie le principe de l'interprétation subjective (§ 1), avant d'examiner son objectivation par le recours à des critères objectifs d'interprétation (§ 2).

¹⁰⁸² J. DUPICHOT, « Pour retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Études offertes à Jacques Flour*, LGDJ- Anthologie du Droit, Collectif, 2014, n° 8, p. 187.

¹⁰⁸³ M.FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n° 500, p. 562.

¹⁰⁸⁴ D.HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n°663, p.362.

¹⁰⁸⁵ I. ABUO ALLAIL, *La théorie de l'obligation, 1. Les sources volontaires de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Koweït, Muassasat Dar Al Kutob, 2^{ème} éd., 1998, p.242.

§ 1 : Le Principe d'interprétation subjective

748. L'interprétation est un mécanisme qui a pour objectif de « *retrouver un sens qui préexiste, mais dont la formule, sa révélation au monde extérieur, est défectueuse, qu'elle soit obscure ou ambiguë* »¹⁰⁸⁶. La recherche du sens de l'*instrumentum* d'un contrat permet de remplir cet objectif, et y répond en consacrant le principe de l'interprétation subjective du contrat. Ce dernier renvoie classiquement à la recherche de la commune intention des parties (A). Il est également nécessaire de remarquer que le Code civil français, par l'article 1188 alinéa 1, permet d'affirmer sa primauté, à la différence du droit koweïtien (B).

A. Le principe de la recherche de la commune intention des parties

749. L'interprétation est une action qui consiste à expliquer ou à donner un sens à un texte. Une doctrine très ancienne a consacré une longue étude sur les clés de l'interprétation des conventions, sans pour autant prévoir de définition à la notion. L'auteur s'est limité à considérer que « *l'interprétation des conventions est surtout une œuvre de discernement et d'expérience de bon sens et de bonne foi* »¹⁰⁸⁷. Beaucoup plus pédagogique est le sens donné à la notion d'interprétation par Messieurs Boré pour qui « *l'interprétation du contrat consiste à déterminer l'existence et le contenu des obligations respectivement assumées par les contractants* »¹⁰⁸⁸.

750. L'interprétation du contrat doit ainsi être réalisée par la recherche de la volonté des deux parties. Cette règle de principe était d'abord déterminée par l'ancien article 1156 du Code civil français qui prévoyait que l'on devait « *dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ». Elle a ensuite été confirmée et même renforcée dans l'article 1188 alinéa 1 nouveau du même Code selon lequel : « *le contrat s'interprète d'après la*

¹⁰⁸⁶ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, n° 9, p. 16.

¹⁰⁸⁷ C. DEMOLOMBE, *Cour de code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Durand & Hachette, tom. 2, 1869, n° 2, p. 3.

¹⁰⁸⁸ J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2015, n° 62.124, p. 272.

commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ». Une directive est expressément posée : la prévalence de l'esprit sur la lettre¹⁰⁸⁹, de la volonté réelle sur la volonté déclarée, qui concorde avec la consécration du consensualisme¹⁰⁹⁰. Un principe s'en déduit naturellement : suivant la conception volontariste du contrat, l'interprétation doit d'abord consister à rechercher l'intention des parties.

751. Le juge peut donc se défaire du sens littéral des termes d'un contrat s'il estime à juste titre qu'il ne correspond pas à l'intention des parties. À vrai dire, cet article ne propose pas de règle d'interprétation, mais charge le juge d'atteindre l'objectif de découvrir la volonté réelle des parties. Cet objectif n'est pas en contradiction avec la notion du contrat, qui constitue un accord de volontés¹⁰⁹¹. Il n'empêche pas non plus de se conformer à la bonne foi contractuelle qui a pour conséquence d'éviter de se cacher derrière la lettre du contrat¹⁰⁹².

752. Le principe de l'interprétation subjective est donc simple, on doit rechercher la commune intention des parties. En effet, selon Monsieur Simler, « *dans la mesure (...) où les parties ont pu librement déterminer le contenu et les effets de leur contrat, il y aurait incohérence à respecter le principe d'autonomie de la volonté au moment de la formation du contrat et de l'écarter au contraire, au profit d'un critère objectif, dès qu'une difficulté d'interprétation surgit. L'interprétation suivant l'intention des parties est le corollaire indissociable du principe d'autonomie* »¹⁰⁹³. Quoi de plus normal que rechercher la commune intention des parties d'autant plus que ce principe constitue la suite logique d'un fondement de la force obligatoire des contrats, à savoir l'autonomie de la volonté¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁸⁹ V. *infra* primauté.

¹⁰⁹⁰ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *Op. cit.*, p. 384.

¹⁰⁹¹ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 664, p. 362.

¹⁰⁹² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n° 500, p. 562.

¹⁰⁹³ Ph. SIMLER, J.cl. Code civil, Art. 1156 à 1164, CONTRATS ET OBLIGATIONS, Fasc. 10, n° 25.

¹⁰⁹⁴ C. GRIMALDI, « La valeur normative des directives d'interprétation », *RDC*, n°1, 31 mars 2015, p. 154.

753. Effectivement, « *interpréter, c'est déterminer le contenu du contrat. Or celui-ci est le produit du libre accord des volontés. Il faut donc rechercher quelle a été la commune intention des parties* »¹⁰⁹⁵. Ainsi, ce n'est qu'en l'absence de cette dernière que l'on va se référer à des données plus objectives¹⁰⁹⁶. La jurisprudence de la Cour de cassation a logiquement retenu la recherche de la volonté des parties comme principe cardinal de l'interprétation des contrats. S'agissant de clauses résolutoires, la Haute juridiction a considéré qu'elles « *doivent exprimer de manière non équivoque la commune intention des parties de mettre fin de plein droit à leur convention* »¹⁰⁹⁷.

754. Ce principe a régulièrement été rappelé par la Haute cour. Elle a pu estimer que « *sous couvert de griefs non fondés de violation de l'article 1134 du code civil et de manque de base légale au regard de ce même texte, le moyen ne tend qu'à contester la commune intention des parties telle qu'elle a été souverainement établie par la cour d'appel* »¹⁰⁹⁸. Le demandeur au pourvoi contestait le fait que les juges du fond aient validé une « *clause contractuelle stipulée en contradiction avec l'économie du contrat* », et ne se soit pas prêtés à « *une recherche indispensable pour la solution du litige* ». La première chambre civile a justement retenu que le litige consistait en un problème d'interprétation de la commune intention des parties, et non d'exécution du contrat et a donc rejeté le pourvoi.

755. Ce principe est également applicable dans l'appréciation d'une clause d'arbitrage. La Cour de cassation a relevé « *que l'appréciation de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage à un litige né des conditions dans lesquelles il a été mis fin aux relations contractuelles nécessite une interprétation de la convention et une recherche de la commune intention des parties (...); que la Cour d'appel, qui a exactement déduit que l'inapplicabilité invoquée n'était pas manifeste* »¹⁰⁹⁹. Le franchisé, en l'espèce, avait assigné son partenaire commercial en réparation pour rupture brutale de leur relation. La

¹⁰⁹⁵ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « L'interprétation créatrice : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *Op. cit.*, p. 166.

¹⁰⁹⁶ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 448, p. 465.

¹⁰⁹⁷ Cass. civ., 3^{ème}, 12 octobre 1994, n° 92-13.211, *Bull. civ.*, III, 1994, n° 178, p. 113 ; *JCP G*, 1995, I, 3828, obs. C. JAMIN.

¹⁰⁹⁸ Cass. civ., 1^{ère}, 5 mars 2009, n° 08-10.363, *Bull.*, I, 2009, n° 44.

¹⁰⁹⁹ Cass. civ., 1^{ère}, 24 février 2016, n° 14-26.96 ; *JCP G*, 2016, p. 493, note H. GUYADER.

Cour de cassation rejette le pourvoi du franchiseur qui invoquait l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire. Elle le fait en se fondant sur la recherche nécessaire de la commune intention des parties dans l'interprétation du contrat qui liait les deux parties.

756. En outre, l'article 1189 alinéa 2 du Code civil dispose que « *lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci* ». Une fois de plus, la commune intention des parties est déterminante lorsqu'il s'agit d'interpréter le contenu d'un ensemble contractuel. En effet, malgré l'immixtion du juge dans la loi des parties lors de l'interprétation judiciaire, il semble convenable que la mission d'interprétation conserve pour objectif principal de révéler la commune intention des parties¹¹⁰⁰.

757. Même dans les contrats de gré et à gré, le fait, dans le doute, d'interpréter le contrat contre le créancier constituerait une trop grosse entorse au principe de l'article 1188, alinéa 1er, et serait en contradiction avec la nature des contrats de gré à gré, ceux-ci émanant normalement de la libre négociation des parties, et par voie de conséquence, de la commune intention des contractants. La règle de l'article 1190 qui permet d'interpréter le doute contre le créancier semble secondaire en comparaison avec la recherche de la commune intention des parties et serait en réalité une simple directive complémentaire d'interprétation¹¹⁰¹.

758. De la même manière que le législateur français, le législateur koweïtien a édicté un ensemble de règles pour interpréter le contrat. Ainsi, l'article 193 alinéa 2 du Code civil koweïtien dispose que « *lorsqu'il y a lieu à interprétation, on doit rechercher quelle a été l'intention commune des parties sans s'arrêter au sens littéral des termes, en tenant compte de la nature de l'affaire et les usages admis dans les affaires, ainsi que la loyauté et la bonne foi qui doivent exister entre les contractants* ». Selon les termes de cet article, on constate que le droit koweïtien a également adopté le principe de la recherche de la commune intention des parties et qu'il privilégie l'esprit du texte à sa lettre.

¹¹⁰⁰ Cass. civ., 1^{ère}, 28 octobre 2015, n° 14-11498 ; *D.*, 2016, p. 187, obs. S.-M. FERRIE.

¹¹⁰¹ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *Op. cit.*, p. 384.

759. Si le droit koweïtien fait sien le principe de l'interprétation subjective du contrat par le juge, en revanche, il se différencie du droit français en ce qu'il ne relègue pas les directives d'interprétation à une position subsidiaire. La recherche de la commune intention des parties s'effectue par la prise en compte de directives d'interprétations que sont notamment la nature de l'affaire, les usages et la bonne foi¹¹⁰². Le droit koweïtien retient donc une approche à la fois subjective et objective du contrat sans pour autant conclure à la primauté absolue de l'interprétation subjective. Si le Code civil français prévoit la subsidiarité des directives d'interprétation permettant de se prononcer sur la primauté du principe de la recherche de la commune intention des parties, on ne peut se prononcer en droit koweïtien que sur une primauté relative.

B. Le principe de primauté

760. L'article 1188 apporte une autre nouveauté, qui concerne le caractère obligatoire de l'interprétation suivant la commune intention des parties. Contrairement à l'ancien article 1156 qui ne prévoyait qu'une préfiguration formelle par rapport aux autres directives d'interprétation avant la réforme, le nouvel article 1188, alinéa 1, qui prend sa place, se voit conférer une véritable primauté¹¹⁰³. Le deuxième alinéa ne permet de rechercher le standard de la personne raisonnable que si l'intention des parties est indécelable. Le droit koweïtien, nous l'avons vu, semble avoir gardé la préfiguration formelle des anciens articles 1156 et suivant du Code civil français dans son article 193. Le droit koweïtien ne donne à la recherche de la commune intention des parties qu'une primauté relative.

761. En droit français, cette primauté a pour conséquence que la recherche de l'intention des parties s'érige en une règle de droit contraignante et en véritable principe¹¹⁰⁴. L'ordre établi par l'article 1188 serait incohérent si le juge avait une marge

¹¹⁰²J. ALNAKKASSE, « La protection du consommateur et son impact sur la théorie générale du contrat en droit koweïtien », *Revue de Droit*, n° 2, 13^{ème} année, juin 1989, p. 13.

¹¹⁰³ G. CHANTEPIE, « Interprétation du contrat (Projet, art. 1188 et 1189) », *Blog Réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2015.

¹¹⁰⁴ M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats. Étude jurisprudentielle*, Thèse, PU Rouen, 1991, n° 273, p. 164.

d'appréciation quant à la méthode d'interprétation qu'il emploie¹¹⁰⁵. Le texte dénote la primauté du critère subjectif. L'interprétation d'une convention constitue d'abord la recherche de la volonté des parties. Celle-ci correspond à la volonté réelle des parties lors de la conclusion du contrat. « *L'esprit doit l'emporter sur la lettre* »¹¹⁰⁶.

762. La majorité des auteurs considère que lorsque l'on se retrouve face à une convention obscure, il convient en principe de donner la priorité à la recherche de la commune intention des parties, puis en second lieu d'essayer des directives d'interprétation objectives¹¹⁰⁷. Même lorsque la doctrine pose des réserves sur le principe de l'interprétation subjective, elle admet l'existence d'une hiérarchie¹¹⁰⁸. Le principe qui doit guider celui qui interprète les conventions est effectivement celui de la recherche des intentions, l'article 1156 mais aussi l'article 1188 alinéa 1 constituent donc « *la clé de voûte* » du système d'interprétation subjective¹¹⁰⁹.

763. Cette hiérarchie est le fait de la notion même de contrat, ce dernier étant un accord de volontés. Il sera dès lors judicieux de rechercher le contenu de cet accord exprimé de manière ambiguë. Si l'on sépare l'interprétation en tant que telle et l'établissement du contenu contractuel, le caractère subsidiaire des directives d'interprétation peut aussi trouver son fondement dans le concept même de règle supplétive, son application en rapport au contenu du contrat peut s'insérer dans cette hiérarchie¹¹¹⁰. Le principe est donc « *le point de départ de toute interprétation mais aussi qu'il guide la compréhension des règles suivantes, raison suffisante pour que l'on s'intéresse un peu plus à celui-là qu'à celles-ci* »¹¹¹¹.

¹¹⁰⁵ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *op. cit.*, p. 384.

¹¹⁰⁶ Ph. SIMLER, J.cl. Code civil, Art. 1156 à 1164, *op. cit.*, n°39.

¹¹⁰⁷ C. GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC*, n° 2, 1 avril 2008, p. 207.

¹¹⁰⁸ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 667, p. 363.

¹¹⁰⁹ J. DUPICHOT, « Pour retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Études offertes à Jacques Flour*, LGDJ- Anthologie du Droit, Collectif, 2014, n° 8 p. 187 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation des contrats : perspective comparatiste et internationale », *RDC*, n° 2, 1 juin 2017, p.363.

¹¹¹⁰ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « L'interprétation créatrice : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *Op. cit.*, n° 49, p. 166.

¹¹¹¹ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Thèse, Dalloz, 2005, n° 135 p. 253.

764. Les règles d'interprétation d'inspiration subjective doivent primer la détermination supplétive du contenu contractuel. Ce n'est pas l'avis de Madame Mouly-Guillemaud, qui estime que « *la phase de détermination du contenu contractuel devrait précéder, en toute hypothèse, celle de l'interprétation, qui ne doit être réalisée qu'en cas d'insuffisance de la première* »¹¹¹². Pourtant, l'essence d'une norme supplétive est de pallier la carence de volonté des parties, il est difficilement concevable de ne pas donner la priorité à l'interprétation subjective surtout depuis les changements opérés par l'ordonnance de 2016.

765. La question de la primauté de la recherche de la commune intention des parties s'est posée en doctrine, en particulier à propos de l'efficacité des clauses d'interprétation en droit commun, notamment la clause d'intégralité¹¹¹³. Ainsi, la lettre de la clause est-elle susceptible de freiner le juge dans sa recherche, lorsqu'il est avéré que l'esprit du contrat lors de la conclusion permette au juge d'utiliser d'autres éléments que le seul *instrumentum* ? La réponse se fait par la négative, car lorsque « *la lettre de la clause est une injure à l'esprit du contrat, quand elle fait délibérément obstruction à la découverte de la commune intention des contractants, elle devrait être neutralisée* »¹¹¹⁴.

766. Puisque les parties à un contrat peuvent déterminer librement son contenu, il ne serait pas logique d'écarter la recherche d'intentions en cas d'ambiguïté, de contradiction ou de lacune. Même si l'esprit de la convention doit primer sur sa lettre, il n'en demeure pas moins que le juge peut recourir en seconde étape, dans sa démarche d'interprétation du contrat, à d'autres critères objectifs d'interprétation ou d'autres directives, cela d'autant plus que c'est la loi qui le prévoit. Il en va de même pour le droit koweïtien, à cette différence près que les directives d'interprétation objectives viennent en appui de la recherche de la commune intention des parties.

¹¹¹² C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, 2006, n° 141, p.137.

¹¹¹³ D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, n° 01, 31 mars 2015, p. 187, n° 13.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, n° 14.

§ 2 : Le recours à des critères objectifs d'interprétation.

767. L'interprétation objective est détachée de la volonté des parties. C'est la raison pour laquelle elle ne peut constituer qu'une méthode subsidiaire. Le juge ne peut y recourir que lorsqu'il est dans l'impossibilité de mesurer la volonté concrète des parties et que la mise en œuvre de l'interprétation subjective ne peut permettre de la déterminer¹¹¹⁵. Lorsque la recherche de l'intention commune des parties ne peut aboutir efficacement, le juge pourra utiliser les critères objectifs d'interprétation figurant dans les grands principes du Code civil (A), mais aussi le standard de la personne raisonnable comme clé d'interprétation du contrat (B).

A. Le recours aux règles objectives du Code civile

768. Le Code civil français ne comporte pas exclusivement des normes d'interprétation subjectives. Avec la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016, deux textes prévoient une méthode d'interprétation objective. L'ancien article 1134, alinéa 3 du Code civil français, selon lequel les conventions devaient être exécutées de bonne foi, a été repris et modifié par le nouvel article 1104 qui dispose désormais que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ». Le nouvel article 1194 prévoit quant à lui que « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ».

769. Le Code civil koweïtien prévoit également des règles d'interprétation objectives. En effet, son article 195 dispose que « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé ou conforme à la loi, mais encore à toutes les suites que leurs donnent l'usage, l'équité. On prend en considération la nature du contrat conformément à la bonne foi et à la loyauté* ». L'article 197 du même Code énonce que « *le contrat doit être exécuté d'après son contenu et conformément à la bonne foi et à la loyauté* ».

¹¹¹⁵ D.HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Op. cit., n° 667, p. 363.

770. Le contenu contractuel qui s'impose aux parties n'est donc pas forcément le fruit de leur seule volonté¹¹¹⁶. Il peut effectivement paraître illusoire d'ériger la recherche de la commune intention des parties comme l'unique voie pour interpréter la matière contractuelle. Selon la doctrine, cette intention commune constitue presque toujours un mythe et en cas de formule ambiguë, il est fort probable que les contractants lui ont conféré un sens qui leur est le plus favorable et qui est conforme à leurs intérêts¹¹¹⁷. Le juge doit donc, dans sa mission d'interprétation du contrat, s'appuyer sur les principes de la bonne foi et de l'équité contractuelle conformément à ce que lui prescrit la loi. La bonne foi contractuelle peut permettre de lever certains doutes issus d'une rédaction avec des termes souples¹¹¹⁸.

771. Quant à l'équité de l'article 1194, elle correspondrait donc, au même titre que la bonne foi et la recherche de la volonté des parties, un principe fondamental dans l'interprétation du contrat qui va s'imposer aux juges¹¹¹⁹. Par ce type d'interprétation, ces derniers seraient des créateurs de contenu contractuel par son explicitation¹¹²⁰. Les usages ne font que compléter la volonté des contractants et leur utilisation judiciaire est, de ce fait, impossible si les contractants les écartent¹¹²¹.

772. L'article 1194 permet au juge d'ajouter aux contrats des stipulations non exprimées lesquelles sont, au regard de la loi, de l'usage ou de l'équité, *les suites* du contrat à propos duquel les parties se sont entendues¹¹²². En définitive, s'il est une direction vers laquelle se rejoignent les règles d'interprétation et l'article 1194, c'est qu'ils sont utiles à la détermination du champ contractuel, ou au domaine de la force obligatoire des conventions. Si les premières facilitent la détermination de ce que les

¹¹¹⁶ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, *Op. cit.*, n° 42 p. 58.

¹¹¹⁷ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil les obligations*, *Op. cit.*, n° 448, p. 465.

¹¹¹⁸ M. BOURASSIN, « L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats », *LPA*, 30 décembre 2016, n° 261, p. 9.

¹¹¹⁹ N. MARTIAL-BRAZ, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la « personne raisonnable » et l'interprétation in favorem », *RDC*, n° 1, 31 mars 2015, n° 22, p. 193.

¹¹²⁰ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « L'interprétation créatrice : l'interprétation et la détermination du contenu », *Op. cit.*, p. 166.

¹¹²¹ D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, p. 187.

¹¹²² Th. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D*, n°21, 11 juin 2015, p. 1217.

parties sont convenues, le second permet de dire ce à quoi elles sont tenues et montre « *qu'elles peuvent être engagées au-delà de leur volonté (valablement) exprimée, pour autant que celle-ci soit respectée* »¹¹²³. En plus de ces règles, la recherche de l'intention raisonnable peut constituer une règle objective d'interprétation.

B. La recherche d'une intention raisonnable

773. En droit français, l'intention raisonnable renvoie au sens donné au contrat par la personne raisonnable au sens de l'article 1188 alinéa 2. Cet article recommande l'objectivation même de l'interprétation subjective¹¹²⁴. Il dispose en effet que « *lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* ». L'objectivation de l'interprétation s'effectue désormais par référence à la personne raisonnable.

774. Le modèle utilisé avant la réforme était le standard du « *bon père de famille* ». Ce dernier peut être retrouvé dans l'ancien article 1137 du Code civil selon lequel celui qui se soumet à l'obligation doit apporter à la chose « *tous les soins d'un bon père de famille* »¹¹²⁵. Il s'agissait de procéder à l'appréciation *in abstracto* de l'obligation de moyen en matière contractuelle. Le débiteur commettait une faute lorsqu'il n'avait pas été aussi diligent, avisé qu'un « *bon père de famille* ». Plus récemment, une définition sociologique de ce standard est utilisée, laquelle fait la comparaison entre « *la conduite du débiteur* » et « *celle qu'eût tenue dans les mêmes circonstances, un individu de sa profession, diligent, compétent, loyal et avisé* »¹¹²⁶.

775. L'appréciation *in abstracto* constitue la règle. C'est celle-ci qui est utilisée en matière d'interprétation du contrat. Mais le législateur utilise désormais le standard de la « *personne raisonnable* »¹¹²⁷. Elle représente un nouveau modèle pour interpréter le

¹¹²³ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, *Op. cit.*, n° 142, p. 265.

¹¹²⁴ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 664, p. 362.

¹¹²⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n° 500, p. 563.

¹¹²⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 943, p. 537.

¹¹²⁷ N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques », *RDC*, n° 2, p. 394.

contrat. Nous connaissons désormais une règle d'interprétation subsidiaire dans la référence à la notion de « *personne raisonnable* », qui remplace « *le bon père de famille* »¹¹²⁸.

776. L'interprétation selon le sens que donnerait une « *personne raisonnable* », insérée après le principe d'interprétation subjective ne modifie pas grand-chose à l'interprétation qui valait sous l'égide des anciens articles 1156 et suivants. Elle en précise au contraire un peu plus franchement le fonctionnement¹¹²⁹. Il était en effet déjà entendu que certaines règles d'interprétation figurant dans le Code civil équivalaient à réédifier la volonté des contractants raisonnables¹¹³⁰.

777. L'interprétation au regard de ce standard autoriserait le juge à élaborer une classification de contrats où la « *personne raisonnable* » devrait les comprendre de manière presque identique¹¹³¹. Dès lors, en cas de doute sur le contenu d'un contrat de la typologie, le recours « *au sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* », permettrait de déboucher sur une même solution, laquelle sera susceptible d'être connue à l'avance par les justiciables placés dans une situation contractuelle identique¹¹³².

778. La consécration de l'« *interprétation raisonnable* » semble aussi participer d'une meilleure harmonie des directives d'interprétation¹¹³³, mais aussi à une plus grande sécurité juridique. Elle découle donc bien du caractère automatique de la réponse qui est apportée au flou, issu des clauses du contrat. Une solution plus juste et prévisible peut

¹¹²⁸ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, Dalloz, 2016, n° 24.33, p. 135.

¹¹²⁹ F. VINEY, « L'expansion du « *raisonnable* » dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable », *D.*, n° 33, 6 octobre 2016, p. 1940.

¹¹³⁰ O. DESHAYES, « Les directives d'interprétation du code civil : la cohérence des textes », *RDC*, n° 1, 31 mars 2015, p. 159.

¹¹³¹ N. MARTIAL-BRAZ, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la "personne raisonnable" et l'interprétation in favorem », *RDC*, n° 1, 31 mars 2015, n° 22, p. 193.

¹¹³² *Ibid.*

¹¹³³ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *Op. cit.*, p. 384.

être recherchée par le biais de l'interprétation faite par une personne raisonnable, que par l'unique recherche de l'intention commune des parties¹¹³⁴.

779. La recherche de cette commune intention objectivée, est-elle suffisante si l'on essaie de l'étendre à la problématique du contrat d'adhésion ou bien en est-elle déconnectée de la réalité ? C'est ce qu'il convient d'examiner maintenant.

SECTION II :

L'objectivation absolue de l'interprétation dans le contrat d'adhésion

780. En principe, les dispositions d'interprétation gouvernant tous les contrats s'imposent aux contrats d'adhésion, les juges du fond interprètent souverainement leurs stipulations, malgré l'absence de négociation par les parties dans le contrat d'adhésion. « *La confrontation entre les figures contractuelles considérées et le régime général d'interprétation des contrats est source de difficultés* »¹¹³⁵. À cet égard, les termes de l'article 1110 nouveau du Code civil, distinguent le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, qui fait ainsi son entrée dans le Code civil français.

781. Le nouvel article 1190 du Code civil français dispose que « *dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ». Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales n'ont pu être négociées. Impossible donc de rechercher la commune intention des parties. Même si le juge koweïtien ne retient pas les mêmes conditions que le droit français pour définir le contrat d'adhésion, l'article 82 du Code civil dispose que « *dans les contrats d'adhésion, le doute est toujours interprété en faveur de la partie adhérente* ». Il faut donc conclure à la nécessaire objectivation de l'interprétation du contrat d'adhésion (§ 1). Il appartiendra au juge de garantir la mise en œuvre de cette objectivation (§ 2).

¹¹³⁴ N. MARTIAL-BRAZ, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la "personne raisonnable" et l'interprétation in favorem », *Op. cit.*, p. 193.

¹¹³⁵ T. REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion, in L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *RDC*, n° 1, 31 mars 2015, p. 199.

§ 1 : La nécessaire objectivation de l'interprétation du contrat d'adhésion

782. Nous l'avons vu, la recherche de la commune intention a été considérée en doctrine comme une recherche divinatoire. Pour le contrat d'adhésion, elle devient même impossible car inexistante lors de la conclusion du contrat (A). C'est la raison pour laquelle, il faut recourir à d'autres critères pour interpréter cette catégorie de contrats (B).

A. L'inexistence de la commune intention des parties

783. La mission qui est celle de la recherche de la volonté des parties dans le but de préciser le sens à donner à leur accord n'est en réalité pas chose aisée. Elle souligne les limites de l'interprétation en tant que palliatif à la distorsion dans les rapports de force¹¹³⁶. Monsieur Calais-Auloy considère que cette recherche « *relève dans la plupart des cas, de l'artifice pur et simple. Celui qui adhère à un contrat pré-rédigé ne donne qu'un consentement global, il n'a pas de volonté précise sur chacune des clauses du contrat* » car « *à supposer que cette volonté existe et qu'elle soit décelable, il est probable que les clauses ambiguës n'ont pas le même sens dans l'intention de celui qui propose le contrat et dans la pensée de celui qui adhère : deux volontés distinctes ne font pas une volonté commune* »¹¹³⁷.

784. Il peut donc sembler peu cohérent de continuer d'employer l'interprétation subjective du contrat dans le cas où une partie ne peut participer à la détermination du contenu contractuel. Le contrat d'adhésion illustre parfaitement cette thèse. En droit français il est défini par l'alinéa 2 de l'article 1110 nouveau du Code civil comme celui « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Les conditions générales ont été définies en doctrine comme étant des « *clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement*

¹¹³⁶ J.-A. GUESMI, *Le contrôle des clauses abusives dans les relations contractuelles*, Thèse, Toulon, 1997, n° 274, p. 401.

¹¹³⁷ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2015, n° 159 p. 160.

conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire »¹¹³⁸. Elles sont *a priori* l'émanation que d'une seule partie

785. Comment comprendre la notion de condition générale de l'article 1110, alinéa 2, nouveau du Code civil ? Il faut d'abord comprendre que les conditions générales sont rédigées unilatéralement. Ensuite, on peut relever qu'elles sont imposées à l'autre partie, puisque les circonstances qui entourent la conclusion du contrat permettent de dire que l'autre partie ne peut effectivement les discuter, et donc la conclusion du contrat ne sera envisageable que si elle les accepte dans leur ensemble. Il s'agit là d'un premier indice pour justifier l'impossible recherche de la commune intention des parties¹¹³⁹.

786. Par ailleurs, pour être en présence d'un contrat d'adhésion, il est nécessaire que les conditions générales du contrat soient « *soustraites à la négociation* ». Cette soustraction ne signifie pas seulement l'absence de négociation mais elle emporte également l'impossibilité de négocier¹¹⁴⁰. La rédaction unilatérale des conditions générales combinée avec l'impossibilité de négocier scelle définitivement le sort de l'interprétation subjective en matière de contrat d'adhésion. Il est effectivement impossible de rechercher une commune intention des parties, puisqu'elle est inexistante.

787. Rappelons-nous, le droit koweïtien ne dispose pas de définition explicite du contrat d'adhésion, il est cependant possible de retrouver les conditions posées par l'article 1110 du Code civil français. En effet, l'article 80 du Code civil koweïtien indique que « *n'est pas en mesure d'empêcher la conclusion d'un contrat, le fait que l'acceptation par adhésion d'une partie à un projet réglementaire que l'auteur établit soit donnée sans en permettre la discussion* ». Les éléments relatifs à la rédaction unilatérale et l'absence de négociation sont bien présents dans cet article.

788. La position de principe de la Cour de cassation koweïtienne permet également de confirmer l'existence de ces éléments. La haute juridiction koweïtienne considère, à

¹¹³⁸ A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Collectif, PUAM, 1974, p. 621.

¹¹³⁹ V. *supra* p. 82.

¹¹⁴⁰ Sur l'absence de négociation, v. *supra* p.97 et s.

propos du contrat d'adhésion en effet que « *l'offre doit enfin être identique pour tous les destinataires, avec les mêmes conditions et d'une manière constante. Ainsi l'acceptation ne peut être qu'une adhésion à ce que dicte l'auteur et que l'acceptant n'a d'autre choix que de prendre ou de laisser* »¹¹⁴¹. Cette jurisprudence permet de déceler des indices permettant de révéler l'existence de conditions générales. Il va de soi que, au même titre qu'en droit français, l'interprétation par la recherche de la commune intention de l'article 1193 du Code civil koweïtien est impossible. Elle est d'autant plus que l'article 82 du Code civil koweïtien prévoit que l'interprétation du contrat d'adhésion est effectuée en faveur de l'adhérent.

789. C'est la raison pour laquelle, la doctrine et la jurisprudence française, en considération de la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion, concluent à la particularité de la question de l'interprétation des contrats d'adhésion. C'est pourquoi aussi, elles ont proposé une interprétation « *ingénieuse* » et préconisent de délaisser la recherche la commune intention des parties, qui n'existe pas¹¹⁴². Le contrat d'adhésion relèvera désormais, dans le Code civil français, d'une disposition dans les directives relatives à l'interprétation du contrat. Pour le droit koweïtien, le contrat d'adhésion dispose déjà depuis la promulgation du Code civil de 1980 et de l'article 82 relatif à l'interprétation qui va dans le sens du droit positif français. C'est ce qu'il convient d'examiner maintenant.

B. Le recours nécessaire à la disposition supplétive

790. L'interprétation objective par le biais des dispositions supplétives, des directives d'interprétation objectives, trouve sa justification dans l'ambiguïté des clauses du contrat et dans l'impossibilité de déceler ou rechercher la commune intention des parties. Cette situation est, nous venons de le voir, indispensable dans les contrats d'adhésion. Ils contiennent effectivement beaucoup de clauses pouvant avoir de nombreux sens. Il

¹¹⁴¹ Cass. com., kw., 1^{er} novembre 2003, n° 565/2002.

¹¹⁴² G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *Op. cit.*, n° 258, p. 131.

appartiendra dès lors au juge de lever l'obscurité née de la maladresse ou de l'insuffisance de capacités rédactionnelles.

791. Il est possible de citer comme exemple le contrat d'assurance qui empêche une partie de faire valoir ses droits. Il en va ainsi lorsque, notamment, il existe une contradiction entre les clauses contenues dans les conditions particulières et celles stipulées aux conditions générales, ou bien quand les clauses de la police empêchent l'application de celles qui figurent dans les documents annexes ayant été convoqués par un renvoi d'un de ses articles¹¹⁴³. La question qui se pose est celle de savoir qui de l'assureur qui invoque la clause incluse dans les conditions générales ou de l'assuré qui fait valoir les conditions particulières aura gain de cause en cas de litige.

792. En principe, les juges devaient, selon l'ancien article 1162 du Code civil français, dans le doute, interpréter la convention « *contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* »¹¹⁴⁴. Ainsi « *lorsqu'il se trouve en présence d'une clause obscure ou équivoque, le juge interprète le contrat dans le sens le plus favorable à l'adhérent* »¹¹⁴⁵. Favoriser l'esprit du contrat, constituait ce qu'il y a de plus conforme avec le consensualisme mais aussi un prolongement du volontarisme¹¹⁴⁶.

793. Le nouvel article 1190 du Code civil français dispose que « *dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ». À la lecture de cette nouvelle disposition, il faut donc retenir que le contrat d'adhésion s'interprète contre le pollicitant, ou celui qui propose les conditions générales du contrat à celui qui va adhérer. La question qui se pose est celle de la confrontation de cette règle aux autres règles d'interprétation.

¹¹⁴³ J.-A. GUESMI, *Le contrôle des clauses abusives dans les relations contractuelles*, *Op. cit.*, n° 273, p. 399.

¹¹⁴⁴ N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Thèse, PUAM, 2002, n° 140, p. 127.

¹¹⁴⁵ X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G*, n° 18, 5 mai 1993, I, p. 3673.

¹¹⁴⁶ T. REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *Op. cit.*, p. 199.

794. L'interprétation *in favorem*, au bénéfice de l'adhérent, si l'on se réfère à l'article L. 211-1 du Code de la consommation, devrait s'appliquer de manière autonome et déroger à l'article 1188 du Code civil¹¹⁴⁷. Effectivement, le contrat d'adhésion devrait invariablement être interprété en faveur de l'adhérent, sans aucune référence à l'intention des parties¹¹⁴⁸. Monsieur Revet estime même qu'un « *principe d'interprétation des contrats d'adhésion qui tienne compte de ce que les instrumenta de ce type d'accords ne sauraient jamais exprimer une intention commune, autrement dit qu'en ce qui les concerne, les directives des articles 1156 et suivants du Code civil sont hors de propos* »¹¹⁴⁹.

795. Ainsi, l'article 1190 du Code civil français semble constituer une règle spéciale d'interprétation des contrats d'adhésion, laquelle écarte la recherche du sens du contrat en fonction de la commune intention des parties qui fait nécessairement défaut¹¹⁵⁰. De la même manière, par cette règle d'interprétation du contrat d'adhésion « *contre celui qui l'a proposé* », le juge est logiquement autorisé mais aussi invité à freiner et tempérer les déséquilibres qu'il remarquerait en cas d'ambiguïté ou d'obscurité dans la lettre du contrat, car sans un tel déséquilibre, « *l'interprétation contra proferentem n'aura pas lieu d'être* »¹¹⁵¹. Plus encore, les clauses d'intégralité ne peuvent prospérer dans les contrats d'adhésion. Elles peuvent présenter un risque pour la partie faible, c'est pourquoi, elles ne peuvent pas avoir d'effets quand elles sont imposées dans un contrat d'adhésion¹¹⁵².

796. En ce qui concerne le contrat d'adhésion, la règle d'interprétation est claire. Le contrat s'interprète en faveur de l'adhérent. Avant la réforme, toutefois, l'ancien article 1162 du Code civil a vivement été critiqué par la doctrine¹¹⁵³. Il disposait que, « *dans le*

¹¹⁴⁷ M. LAMOUREUX, « L'interprétation des contrats de consommation », *D.*, n° 41, 30 novembre 2006, p. 2848.

¹¹⁴⁸ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *Op. cit.*, p. 384.

¹¹⁴⁹ Th. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *Op. cit.*, p.1217.

¹¹⁵⁰ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *Op. cit.*, p. 384.

¹¹⁵¹ Th. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion article 1110 nouveau du code civil », *D.*, n° 30, 15 septembre 2016, p. 1771.

¹¹⁵² D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *Op. cit.*, n° 13.

¹¹⁵³ C. WITZ, « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, n° 35, 15 octobre 2015, p. 2020.

doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». L'article 1190 du projet énonçait qu'une « obligation s'interprète, dans le doute, à l'encontre du créancier et en faveur du débiteur ». A priori, si l'on s'en tient au contrat d'adhésion, ces deux textes vont dans le sens de la protection de l'adhérent.

797. Or Monsieur Witz considère que « si une clause sujette à interprétation se rapporte à une créance dont une partie faible est titulaire, elle devra être interprétée en sa défaveur. À titre d'illustration, prenons l'exemple d'un contrat de franchise. Supposons qu'une clause définisse, de manière ambiguë, diverses obligations à la charge du franchiseur. La clause devrait être interprétée à l'encontre du franchisé en tant que créancier et en faveur du franchiseur, débiteur des obligations litigieuses »¹¹⁵⁴.

798. Le contrat de franchise peut à certains égards être qualifié de contrat d'adhésion¹¹⁵⁵, et si l'on se réfère à ces dispositions, le franchisé qui est censé être protégé, doit subir une interprétation en sa défaveur. Fort heureusement, l'article 1190 est venu poser comme règle claire que dans le doute, le contrat d'adhésion s'interprète contre celui qui l'a proposé, et donc en faveur de l'adhérent. Dans l'exemple du contrat de franchise, le contrat s'interprète bien en faveur du franchisé qui, somme toute, ne fait qu'adhérer aux conditions qui lui sont imposées par le franchiseur. Par contre, pour les contrats de gré à gré, la critique de Monsieur Witz reste valable.

799. Ce qui reste néanmoins critiquable est la question de la formulation de l'article 1190, du Code civil français, surtout en ce qui concerne la locution « dans le doute ». On ne sait effectivement pas si le doute doit concerner les autres règles d'interprétation de l'article 1188 ou bien si le doute doit se référer au contenu du contrat d'adhésion, c'est-à-dire dans l'interprétation de ses clauses¹¹⁵⁶. Ce qui est sûr c'est que le doute ne peut concerner la recherche de la commune intention des parties.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*

¹¹⁵⁵ A. RIERA, « La réforme du droit des contrats : impact sur la franchise », *AJCA* ., n° 1, 18 janvier 2016, p. 20.

¹¹⁵⁶ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, *Op. cit.*, n° 24.43, p. 136.

800. Il reste donc le sens qu'une personne raisonnable peut donner au contrat. Nous avons vu que l'article 1190 alinéa 2 est une règle autonome, voire même exclusive des autres dispositions sur l'interprétation. On peut donc uniquement conclure que le doute naît des clauses du contrat d'adhésion. La cohérence du texte ne vaut que lorsque les conditions générales du contrat ne sont pas négociées et que les autres clauses sont négociées. Sinon quel peut être l'intérêt de garder la locution « *dans le doute* »¹¹⁵⁷.

801. Il aurait peut-être été plus judicieux, comme l'estiment plusieurs auteurs, de prévoir pour chaque type de contrat un article à part entière¹¹⁵⁸. Le contrat d'adhésion serait alors interprété en faveur de l'adhérent, nul besoin pour cette disposition de prévoir la locution « *dans le doute* ». Pour le texte sur le contrat de gré à gré par contre, il n'y aurait pas d'incohérence à laisser cette locution, puisqu'il serait possible de renvoyer aux articles 1188 et suivants du Code civil.

802. De son côté, le droit koweïtien dispose dans l'article 82 du Code civil « *dans les contrats d'adhésion, le doute est toujours interprété en faveur de la partie adhérente* ». La plupart de la doctrine voit dans cette règle une exception au principe de l'interprétation du contrat¹¹⁵⁹. Ainsi, dans le doute le contrat s'interprète en faveur de l'adhérent, qu'il soit créancier ou débiteur. Pour ces auteurs, la justification à cette exception se trouve dans le fait que le stipulant est la partie la plus forte dans la relation de l'adhésion, et donc il dispose de tous les moyens pour rédiger le contrat de manière claire et précise. Il commet une faute s'il s'en abstient. Par conséquent c'est le stipulant qui crée le doute qui doit en assumer les conséquences.

¹¹⁵⁷ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *Op. cit.*, p. 384.

¹¹⁵⁸ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la prévue des obligations. Commentaire article par article*, *Op. cit.*, p. 372.

¹¹⁵⁹ A. ELSANHOURI, *La théorie du contrat*, Tom. I, Beyrouth, HALABI publication de droit, 2^{ème} éd., 1998, p. 946 et s. ; A. ALSSADAH, *La théorie du contrat dans les droits des pays arabes, le droit égyptien, libanais, syrien, irakien, libyen, koweïtien, soudanais*, Dar Alnahdah Alarabia, 1974, p. 466. ; H. JUMAIE, *L'impact de déséquilibre entre les contractants sur les clauses du contrat - Le phénomène de déséquilibre entre les obligations avec l'extension des clauses abusives. Étude comparative entre le droit égyptien, le droit d'émirats, et le droit européen avec l'allusion des droits anglo-américain*, Dar Alnahdah Alarabia, 1996, p. 127.

803. On est même allé plus loin en doctrine, puisque le fait que le stipulant rédige les clauses du contrat de manière obscure est considérée comme une faute engageant sa responsabilité¹¹⁶⁰. Or, la justification de cet article se retrouve dans le besoin de protéger d'avantage la partie faible dans le contrat d'adhésion que la partie forte, et donc la recherche de la responsabilité du stipulant n'a aucun intérêt pour l'adhérent. Nous sommes également de cet avis, car le législateur, même s'il considère le contrat d'adhésion comme un vrai contrat, n'a pas négligé le déséquilibre entre les contractants dans ce type de contrat. Il donne pour mission au juge, par le biais de l'interprétation du contrat d'adhésion, de contrecarrer ces déséquilibres.

804. Le législateur koweïtien a octroyé au juge la possibilité, en cas de doute, sur la commune intention des parties, d'interpréter ce doute en faveur de la partie pour qui la clause serait nuisible. En effet, l'article 194 alinéa 1 du Code civil koweïtien dispose que *« dans l'impossibilité d'éliminer les ambiguïtés autour d'une des clauses du contrat, et que le doute sur les intentions véritables des parties subsiste ; il est interprété dans l'intérêt de la partie pour laquelle la clause serait nuisible »*.

805. L'annexe explicative du Code civil koweïtien affirme à son tour que le législateur a bien fait de se distancer des différentes approches législatives Arabes qui adoptent la règle selon laquelle *« le doute est interprété en faveur du débiteur même s'il est concevable dans la plupart du temps qu'en présence de clauses obscure ou ambiguë, le débiteur puisse contracter une obligation plus ou moins lourde. Or ce n'est pas toujours le cas, car il y a des situations où il serait plus judicieux d'interpréter le doute au détriment du créancier. On peut citer comme exemple le cas de l'exonération de responsabilité délictuelle ou contractuelle. Si la victime, qui est le créancier par rapport à l'indemnisation, se met d'accord avec celui qui commet le dommage- le débiteur – d'exonérer ce dernier de la responsabilité, et qu'on se trouve devant un doute sur cette clause de responsabilité, dans ce cas, il est plus judicieux, sur le plan doctrinal et jurisprudentiel, que l'interprétation du doute soit faite de façon à restreindre l'exonération de la responsabilité, par conséquent en faveur de celui qui est victime du*

¹¹⁶⁰ M.BENDARI, « Vers une approche élargie de la protection du consommateur dans le contrat d'adhésion, étude comparative des droits Égyptiens et Émiratis », *Revue de la sécurité et du droit*, 8^{ème} année, janvier 2000, p. 104.

préjudice, le créancier, et non en faveur de celui qui commet le préjudice, le débiteur »¹¹⁶¹.

806. L'article 194 alinéa 3 du Code civil koweïtien, exclut explicitement les règles de l'alinéa premier qui ne peut préjudicier l'application de l'article 82 relatif à l'interprétation du contrat d'adhésion. Dans le contrat d'adhésion, la commune intention des parties pourrait complètement disparaître car l'adhérent serait soumis à des termes qu'il n'aurait pas négociés. Pour cette raison, le législateur a considéré plus juste d'interpréter l'ambiguïté des termes du contrat en faveur de l'adhérent, qu'il soit débiteur ou créancier¹¹⁶². L'article 82 du Code civil koweïtien dispose que « *dans les contrats d'adhésion, le doute est toujours s'interprète à la faveur de la partie adhérente* ».

807. Les législateurs koweïtiens et français se rejoignent en ce qui concerne l'élargissement du pouvoir d'interprétation du juge en faveur de la partie adhérente. Le législateur français, comme cité précédemment, a également octroyé ce pouvoir au juge en ce qui concerne l'interprétation du doute en faveur du consommateur dans le cadre du droit de la consommation, tandis que la loi koweïtienne favorable à l'adhérent est restée cantonnée dans le champ d'application des dispositions du Code civil. Le juge n'a pas utilisé ce pouvoir d'interprétation des contrats d'adhésion *in favorem*, pour l'étendre à la protection du consommateur, qui, dans la plupart des cas est un adhérent.

808. Il est important de noter l'apparition de nombreuses lois visant à fournir une protection aux consommateurs en droit koweïtien, couvrant une importante typologie de relation de consommation, à travers l'amélioration de la situation économique du pays, tout en respectant la spécificité de la société consumériste¹¹⁶³. Malgré la mise en place d'un droit pour la protection du consommateur au Koweït, l'interprétation du contrat reste

¹¹⁶¹ La note explicative du Code civil koweïtien (commentaire sur l'article 194/1), edarat Al Fatwa wa Altashri, 5^{ème} éd., 2008, p. 184.

¹¹⁶² A. HIJAZI, *La théorie générale de l'obligation du droit koweïtien : Étude comparative. Vol.1 : les sources de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté*, Presse de l'Université du Koweït, 1982, p. 560.

¹¹⁶³ ALNAKKASSE, « La protection du consommateur et son impact sur la théorie générale du contrat en droit koweïtien », *Op.cit.*, p. 13.

soumise aux règles générales énoncées dans le droit civil en ce qui concerne l'appréciation souveraine des juges du fond.

809. Il a été précédemment dit que la Cour de cassation koweïtienne retient une définition restreinte du contrat d'adhésion¹¹⁶⁴. Par conséquent, si les conditions pour pouvoir être en présence d'un contrat d'adhésion ne sont pas remplies, le consommateur n'est pas en mesure de bénéficier de l'interprétation en faveur de l'adhérent. Ainsi, le pouvoir d'interprétation du juge dans les contrats de consommation, reste confiné dans le seul cadre de la protection de l'article 1194 du Code civil, et ne peut être élargi dans le sens de la protection de l'adhérent.

810. Nous pouvons noter l'hésitation du juge koweïtien à élargir son autorité en matière d'interprétation, malgré la souplesse, conditionnée, des dispositions du Code civil qui permettent l'élargissement de l'autorité du juge en matière d'interprétation. Il est nécessaire, selon nous, de remettre en cause les conditions strictes posées par la Cour de cassation, puisque même lorsque nous sommes visiblement en présence d'un contrat d'adhésion au sens de l'article 82, le juge se montre hésitant à appliquer la protection en faveur de l'adhérent. Pourquoi le juge koweïtien s'entête-t-il à appliquer ces conditions drastiques limitant considérablement cette protection pour l'adhérent dans le contrat d'adhésion.

811. À titre d'exemple, dans le cadre d'un contrat d'assurance, la Cour de cassation koweïtienne a décidé qu'un assureur pouvait s'exonérer de sa responsabilité, mentionnée dans l'annexe du contrat d'assurance, en cas de dommage causé à un véhicule dû à un incendie dans une station-service pendant son utilisation ou son démarrage¹¹⁶⁵. Elle a ainsi pu considérer valable l'extension de la clause qui exonérait la compagnie d'assurance de couvrir l'assurance au dommages, dû à la conduite du véhicule à une vitesse supérieure aux limites légales¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁴ V. *Supra* p.45.

¹¹⁶⁵ Cass. civ., kw., 8 décembre 1986, n° 11 / 86, *Bull.*, II, 14^{ème} année, p. 256.

¹¹⁶⁶ Cass. com., kw., 24 juin 1987, n° 254/86, *Bull.*, II, 15^{ème} année, décembre 1994, p. 64.

812. De plus, dans le cadre d'un contrat de transport des personnes, la Cour de cassation koweïtienne a pointé la nécessité de prouver la faute du transporteur ou son représentant, afin que le passager de l'avion, victime de dommage à l'occasion de l'évacuation pour panne technique, puisse être indemnisé¹¹⁶⁷. En l'espèce, il ne devrait pas appartenir à la victime du préjudice de prouver la faute du transporteur, mais c'est bien le transporteur tenu d'une obligation de sécurité qui doit chercher à s'exonérer. Toutes ces décisions montrent bien la tendance du juge à ne pas interpréter les contrats d'adhésion en faveur de l'adhérent. À travers ces exemples nous constatons que le pouvoir judiciaire koweïtien, s'il a un large pouvoir dans l'interprétation du contrat, n'est cependant pas enclin à étendre l'interprétation en faveur de l'adhérent.

813. Enfin, nous avons souligné que la souplesse, dans l'interprétation du contrat d'adhésion, dont bénéficie le juge koweïtien est conditionnée. En effet, le pouvoir du juge koweïtien, comme le juge français, dans l'interprétation en faveur de l'adhérent, est conditionné par l'existence d'un doute quant aux clauses du contrat. Certains auteurs pensent même qu'en l'absence de doute, le juge ne peut pas interpréter en faveur de l'adhérent¹¹⁶⁸, car dans ce cas, sa décision serait dénaturée, à moins que la clause soit abusive. Pour un autre auteur, le fait que la clause soit claire ou pas ne change rien, puisque l'adhérent va accepter le contrat dans les deux cas¹¹⁶⁹. Selon nous, il est indispensable de souligner l'importance d'élargir le pouvoir d'interprétation du juge.

814. Il faut revenir, au même titre qu'en droit français, sur cette question de l'existence d'un doute, pour interpréter le contrat d'adhésion favorablement à l'adhérent. Aussi bien l'article 1190 alinéa 2 du Code civil français que l'article 82 du Code civil koweïtien, précise que cette interprétation n'est possible que dans le doute. Le Code civil koweïtien fort heureusement prévoit la règle d'interprétation du contrat d'adhésion dans un seul

¹¹⁶⁷ Cass. com., kw., 15 janvier 1990, n° 94,92/89, *Bull.*, 18^{ème} année, mai 1996, p. 54.

¹¹⁶⁸ M.BENDARI, « Vers une approche élargie de la protection du consommateur dans le contrat d'adhésion, étude comparative des droits Égyptiens et Émiratis », *Revue de la sécurité et du droit*, 8^{ème} année, janvier 2000, p. 108.

¹¹⁶⁹ H. JUMAIE, *L'impact de déséquilibre entre les contractants sur les clauses du contrat - Le phénomène de déséquilibre entre les obligations avec l'extension des clauses abusives. Étude comparative entre le droit égyptien, le droit d'émirats, et les droit européen avec l'allusion des droits anglo-américain*, Dar Alnahdah Alarabia, 1996, p.127.

article, contrairement au droit français qui l'énonce consécutivement à celle relative au contrat de gré à gré.

815. Le pouvoir d'appréciation du juge en matière d'interprétation du contrat d'adhésion, que ce soit en droit français ou koweïtien, doit néanmoins être encadré. En effet, il ne faut pas qu'il puisse dénaturer les accords passés ou réécrire à sa guise les contrats. Pour préserver la sécurité juridique, le juge du fond, garant de l'interprétation du contrat d'adhésion, assumera sa mission sous le contrôle de la Cour de cassation.

§ 2 : Le juge garant de l'interprétation des contrats d'adhésion

816. La question de l'interprétation du contrat d'adhésion par le juge invite à s'interroger sur la question de savoir si elle relève du fait ou du droit. Autrement dit, l'interprétation du contrat est-elle une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond ou bien une question de droit dont le contrôle appartient à la Cour de cassation¹¹⁷⁰. Aussi bien en droit français qu'en droit koweïtien, le principe est que l'interprétation du contrat relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (A), auquel il faut apporter l'exception de la dénaturation (B).

A. L'appréciation du principe d'interprétation par les juges du fond

817. Jadis, en droit français, la haute juridiction, sur le fondement de l'ancien article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil français, voyait dans les contrats, des lois dont la violation pouvait faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Elle pouvait contrôler la bonne ou mauvaise interprétation du contrat. Toutefois, elle a dû rompre avec cette jurisprudence¹¹⁷¹. Depuis l'arrêt Lubert, les juges du fond ont un pouvoir souverain pour interpréter le contenu d'un contrat, en l'occurrence un acte de société¹¹⁷², autrement dit pour rechercher la commune intention des parties et interpréter les clauses stipulées.

¹¹⁷⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n° 501, p. 565.

¹¹⁷¹ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil les obligations*, *Op. cit.*, n° 459, p. 509.

¹¹⁷² Cass. sect. réun., 2 février 1808, *Lubert c. Wancareghem*, *GAJC*, n°160, *Dalloz*, 2015, p. 144.

818. Dans cette décision, la Cour de cassation opère un revirement, puisqu'elle contrôlait jusque-là que les juges du fond dans leur interprétation de la volonté des parties. Depuis cette décision, une partie n'a donc plus la possibilité de se pourvoir en cassation pour remettre en cause l'interprétation du contrat faite par les magistrats qui jugent le fond de l'affaire¹¹⁷³. Il en va tout à fait autrement lorsqu'il s'agit d'interpréter la loi, puisque cette mission constitue l'essence même de la Cour de cassation¹¹⁷⁴.

819. La règle doit être favorablement accueillie dès lors que, pour sortir de l'obscurité du contrat, la Haute juridiction serait dans l'impossibilité de rechercher des éléments factuels auxquels les juges ont recours dans leur mission. Elle ne peut que se prononcer, au gré des faits souverainement constatés, que sur la bonne application de la loi¹¹⁷⁵. En effet, « *le juge est avant tout chargé de découvrir une psychologie, la façon dont les contractants ont entendu exercer le pouvoir délégué par la loi à leur volonté. Chaque contrat se révèle ainsi comme une unité irréductible à toute autre ou, tout au moins, susceptible de l'être, au gré des parties* »¹¹⁷⁶.

820. On peut expliquer par diverses raisons le principe de l'appréciation souveraine des juges du fond dans l'interprétation des contrats¹¹⁷⁷. D'abord, la Cour de cassation a pour rôle d'assurer l'unité des règles de droit sans considération envers la diversité des contrats. Le juge ne peut se prononcer que sur le contrat liant les parties et non pas sur un même contrat conclu entre d'autres parties¹¹⁷⁸. La même clause contractuelle pourrait donner lieu à une lecture différente dans un autre litige ou devant une autre juridiction.

¹¹⁷³ B. FAGES, *Droit des obligations, Op. cit.*, n° 258, p. 226

¹¹⁷⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral, Op. cit.*, n° 502, p. 565.

¹¹⁷⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, Op. cit.*, n° 457, p. 474 ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : les obligations*, Sirey, 13^{ème} éd., 2012, n° 1110, p. 402. Voir aussi : Cass. civ., 1^{ère}, 7 décembre, 1964, *Bull.*, n° 546.

¹¹⁷⁶ J. FLOUR, J. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil : les obligations. Tome 1 : l'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} éd., 2012, p. 396.

¹¹⁷⁷ C. GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC*, n° 2, 1 avril 2008, p. 207.

¹¹⁷⁸ D. TRICOT, « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », *RDC*, n° 1, 31 mars 2015, p. 149.

821. Contrairement aux juges du fond, elle ne bénéficie pas des moyens l'autorisant à se livrer à des recherches sur les faits afin de déceler la volonté des parties¹¹⁷⁹. Il existe enfin un risque de voir le nombre de pourvoi se multiplier en contrôlant l'interprétation des juges du fond¹¹⁸⁰.

822. En droit koweïtien, la Cour de cassation considère que « *les juge du fond ont le pouvoir souverain d'interpréter le contrat pour arriver à l'intention réelle des contractants.... de plus, ils doivent motiver leurs décisions* »¹¹⁸¹. Ainsi, à propos de plusieurs arrêts de la Cour de cassation koweïtienne, on constate que « *les juges du fond ont le pouvoir souverain d'appréciation en matière d'interprétation de la volonté des parties* »¹¹⁸². Malgré cela, les cours de cassation française et koweïtienne, ont la possibilité d'opérer un contrôle, à travers le grief de dénaturation. C'est ce qu'il convient d'étudier maintenant.

B. L'admission du contrôle de la dénaturation

823. Il est possible de s'interroger sur la question de savoir si l'interprétation des contrats relève du fait ou du droit. La réponse est mitigée, et elle figure dans le nouvel article 1192 du Code civil français selon lequel « *on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation* »¹¹⁸³. La dénaturation revient à interpréter ce qui ne doit pas l'être¹¹⁸⁴. Elle définit exactement les contours de la liberté d'interprétation. Lorsque les clauses d'un contrat sont claires et précises, les juges du fond vont se

¹¹⁷⁹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral, Op. cit.*, n° 502, p. 565.

¹¹⁸⁰ D. TRICOT, « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », *RDC*, n° 1, 31 mars 2015, p. 149.

¹¹⁸¹ Cass. com., kw., 9 décembre 2007, n° 2006 /1023, *Revue de droit et jurisprudence*, III, 35^{ème} année, p. 290.

¹¹⁸² Voir : Cass. com. kw., 3^{ème}, 29 mai 2007, n° 2005/1343 ,1002 et Cass. com., kw., 2^{ème}, 16 janvier 2011, n° 2011/698.

¹¹⁸³ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral, Op. cit.*, n° 5 01, p. 565.

¹¹⁸⁴ « *Dénaturer un document, c'est lui donner un sens différent de son sens évident : cela consiste non pas à lui attacher des conséquences juridiques erronées, ce qui relèverait d'une mauvaise, mais à le lire autrement qu'il est écrit* », voir : « *Droit et pratique de la cassation en matière civile* », LexisNexis, 3^{ème} éd., 2012, p. 225.

retrouver dans l'impossibilité de rechercher la commune intention des parties, et ne peuvent dès lors que dénaturer le contenu du contrat¹¹⁸⁵.

824. La dénaturation constitue donc une erreur manifeste d'interprétation d'un acte juridique. Lorsque les juges du fond donnent une signification différente de celle qui résulte explicitement des termes du contrat, ils enfreignent la loi des parties. C'est la raison pour laquelle la dénaturation a pour justification la violation de l'article 1103 du Code civil¹¹⁸⁶. Ainsi, la Cour de cassation ne méconnaît pas le pouvoir d'appréciation souverain des juges lorsqu'elle s'octroie la possibilité d'intervenir quand le sens clair et précis d'une clause d'un contrat est dénaturé¹¹⁸⁷. Elle doit ce faisant, éviter de sanctionner une dénaturation inexistante ou omettre de voir une dénaturation flagrante¹¹⁸⁸.

825. La reconnaissance de cette erreur est conditionnée par le fait que les clauses à interpréter soient « claires et précises » selon l'article 1192. En effet, le caractère obscur ou ambigu de l'acte rend impossible la qualification de l'erreur d'interprétation des juges. Cette interprétation redevient donc souveraine. Les parties invoquent souvent l'ambiguïté de l'acte pour leur défense en cas de pourvoi pour dénaturation, et la Cour de cassation ne peut le cas échéant pas remettre en cause l'interprétation souveraine des juges du fond¹¹⁸⁹.

826. En plus de sa justification habituelle, ce contrôle de la dénaturation répond aussi de deux manières à la bonne administration de la justice. En premier lieu, cette justification est valable pour toutes les catégories de convention. L'arbitraire et l'erreur manifeste doivent toujours être sanctionnés peu importe l'importance du contrôle exercé par le juge¹¹⁹⁰. En second lieu, on a déjà pu s'interroger sur la question de savoir si,

¹¹⁸⁵ Sur la dénaturation, voir notamment, J. BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, p. 249.

¹¹⁸⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n° 503, p. 567. Voir aussi : Cass. civ., 1^{ère}, 27 mai 1998, n° 96-12.988, inédit.

¹¹⁸⁷ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2006, p. 78.

¹¹⁸⁸ D. TRICOT, « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », *Op. cit.*, p. 149.

¹¹⁸⁹ M. FABRE-MAGNAN, *Op. cit.*, p. 567.

¹¹⁹⁰ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *Op. cit.*, p. 78.

lorsqu'on est en présence de contrats standardisés comme le contrat d'adhésion, la Cour de cassation ne devrait pas franchir le pas en admettant le contrôle de l'interprétation¹¹⁹¹.

827. Autrement dit, le « contrôle de la dénaturation » peut aussi constituer l'expression du souhait de la Cour de cassation d'assurer une certaine unité d'analyse¹¹⁹². En effet, lorsque les parties au litige et les arguments développés devant les juges du fond ne sont pas les mêmes, l'unification de la jurisprudence dans l'interprétation des contrats identiques n'est pour le moment pas possible¹¹⁹³. Cette situation découle d'un manque de cohérence de la jurisprudence. Elle est problématique lorsqu'il s'agit de contrats rédigés selon les mêmes termes, comme les contrats d'adhésion.

828. Dès lors que le contrat d'adhésion est le produit d'une différence de puissance, il est fort logique que l'interprétation de la clause s'effectue de façon à protéger l'adhérent, même s'il faut biaiser le sens des clauses. Néanmoins, si l'adhésion relève de la nature du contrat et lorsque le besoin de protection est moins important, l'interprétation doit être orientée en fonction de la recherche de l'efficacité économique du contrat d'adhésion¹¹⁹⁴. L'interprétation doit s'effectuer en considération de la volonté réelle. L'intention réelle ne peut être que celle de l'auteur des stipulations contractuelles, l'adhérent ne pouvant qu'accepter la stipulation pour se procurer le bien ou bénéficier du service. C'est donc cette intention qui va rendre efficace le contrat¹¹⁹⁵.

829. La majorité de la doctrine s'est accordée pour rendre nécessaire l'uniformisation de l'interprétation des clauses d'adhésion¹¹⁹⁶. Cette nécessité d'uniformiser l'interprétation, dans les nombreux cas où elle est utilisée, pour les contrats qui permettent de construire une espèce de modèle qui sera reproduit en un très grand nombre d'exemplaires et conclus dans les mêmes termes avec plusieurs personnes, a forcé la

¹¹⁹¹ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *Op. cit.*, n° 460, p. 510.

¹¹⁹² M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *Op. cit.*, p. 79.

¹¹⁹³ D. TRICOT, « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », *Op. cit.*, p.149.

¹¹⁹⁴ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, thèse, *Op. cit.*, n° 258, p. 137.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, et n° 276, p. 139.

Haute juridiction à empiéter sur un domaine qui constitue normalement le champ d'intervention des juges du fond¹¹⁹⁷.

830. La Cour de cassation fait usage de la dénaturation pour faire valoir son interprétation des clauses des contrats d'adhésion qui sont ambiguës, sans toutefois le reconnaître. Elle procède d'abord à l'interprétation de la clause et déduit que cette dernière est claire et précise pour conclure à sa dénaturation par les juges du fond. En réalité, le réel motif de la censure est la violation de l'interprétation donnée par la Cour de cassation¹¹⁹⁸. Sinon, la Cour de cassation rejette la dénaturation lorsqu'elle est confrontée à l'interprétation d'une clause obscure par les juges du fond.

831. La Cour de cassation a aussi imaginé, pour les contrats d'adhésion, la « *dénaturation par omission* ». Elle permet de modifier une clause par l'addition d'éléments qui rendent possible la censure pour dénaturation. Autrement dit, sans cette modification, la clause était obscure et donc sujette à interprétation par les juges du fond¹¹⁹⁹. Or, contrairement à la position de principe de l'arrêt Lubert, la Cour de cassation va se saisir de l'interprétation qui relève normalement de l'appréciation souveraine des juges du fond. Elle procède ainsi, sans toutefois endosser la responsabilité, faisant semblant de respecter les prérogatives respectives des deux juridictions¹²⁰⁰.

832. En toute hypothèse, l'interprétation donnée par la Cour de cassation va s'imposer aux juges qui seraient confrontés à la même clause. La reproduction de la clause à de très nombreux contrats aura pour conséquence d'obliger les juges du fond à s'y tenir¹²⁰¹. De cette manière de procéder peut résulter une certaine incertitude quant aux domaines respectifs d'interprétation des juges du fond et de la Haute Cour. Cette attitude peut même

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, n° 277, p. 140.

¹¹⁹⁸ Pour une discussion sur cette question : Cass. civ., 15 avril 1872, *Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault*, *GAJC*, n° 161, Dalloz, 2015, p. 147, spéc., obs. p. 149 et s.

¹¹⁹⁹ F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G*, 1993, I, 3673, n° 19, p. 3673.

¹²⁰⁰ C'est « depuis le milieu du XXe siècle, doctrine, avocats et magistrats s'interrogent sur l'opportunité de cette réserve, notamment en présence de contrat types ou d'adhésion, dont les clauses standardisées pourraient bénéficier, dans l'intérêt des adhérents, d'une uniforme de la Cour de cassation » v. F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, *Op. cit.*, n° 24.22, p. 134.

¹²⁰¹ T. REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *Op. cit.*, p. 199.

être considérée comme contradictoire avec l'objectif d'unification de la jurisprudence. C'est la raison pour laquelle, est apparu en doctrine, l'idée de consacrer un véritable contrôle de l'interprétation, dès lors que cela est nécessaire¹²⁰².

833. En ce qui concerne le droit koweïtien, effectivement, même si le principe est que le juge bénéficie d'une grande liberté sur l'interprétation du contrat ambiguë, parce que la recherche de la commune intention des parties relève du fait et pas du droit, ce pouvoir dépend de l'existence de deux conditions. La première, c'est l'obligation de motivation du jugement relatif à l'interprétation du contrat et la recherche de l'intention des contractants. La deuxième c'est la nécessité de prendre en considération les règles de droit relative à l'interprétation.

834. Comme le dispose l'article le 193 alinéa 1 du Code civil koweïtien, « *lorsque les termes du contrat sont clairs, on ne peut s'en écarter, pour chercher, par voie d'interprétation, qu'elle a été la volonté des parties* ». La Cour de cassation va contrôler les pouvoirs du juge du fond et casser sa décision en cas de dénaturation lors de l'application de directives d'interprétation prévues par la loi. En effet, la haute juridiction koweïtienne estime que « *les juge du fond ont le pouvoir souverain d'interpréter le contrat pour arriver à l'intention réelle des contractants, à la condition qu'il ne dénature pas son interprétation du sens apparent des terme du contrat. De plus, ils doivent motiver leurs décisions* »¹²⁰³.

¹²⁰² J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999, n° 381 et s., p. 346.

¹²⁰³ Cass. com., kw., 9 décembre 2007, n° 2006 /1023, *Revue de droit et jurisprudence*, III, 35^{ème} année, p. 290.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

835. Nous avons souligné, lors de l'interprétation du contrat d'adhésion, que le pouvoir des juges français et koweïtien est conditionné. Dans les législations française et koweïtienne, l'interprétation en faveur de l'adhérent dépend de l'existence d'un doute quant aux clauses du contrat. Il faudrait selon nous, préciser le pouvoir d'interprétation du juge. S'agissant de la question de l'existence d'un doute pour interpréter le contrat d'adhésion favorablement à l'adhérent, le Code civil koweïtien prévoit la règle d'interprétation du contrat d'adhésion dans un seul article, contrairement au droit français qui l'énonce consécutivement à celle relative au contrat de gré à gré. Il aurait été plus convenable de séparer les deux articles en droit français, mais aussi supprimer la condition d'existence du doute, pour l'application de l'interprétation en faveur de l'adhérent dans les deux droits.

836. Il ressort donc de l'examen des règles d'interprétation du contrat d'adhésion en droit français et en droit koweïtien, que la protection conférée par leur mise en œuvre n'est pas sans limite. Puisque le pouvoir du juge du fond, dans l'interprétation du contrat en faveur de l'adhérent, comme nous l'avons vu, est conditionné par l'existence de clauses ambiguës. En d'autres termes, l'existence de clauses claires et précises ne permet au juge d'intervenir pour protéger l'adhérent en interprétant le contrat en sa faveur.

837. Partant de ces constats en matière d'interprétation du contrat d'adhésion, il convient désormais de s'interroger sur la protection de l'adhérent en ce qui concerne les clauses abusives. Comment le juge va-t-il se prononcer dans cette matière ? C'est ce qu'il convient d'analyser.

CHAPITRE II :

La protection contre les clauses abusives

838. Parmi les règles protectrices spécifiques en matière de contrat d'adhésion figurent celles visant à protéger l'adhérent contre les clauses abusives. La protection contre les clauses abusives est susceptible de porter atteinte directe à la liberté contractuelle, pour permettant d'assurer un certain équilibre dans le contrat, qui est le produit de l'unique réflexion du stipulant¹²⁰⁴.

839. Les droits français et koweïtien prévoient des règles pour lutter contre les clauses abusives. En droit français, l'article 1171 du Code civil et les articles du Code de la consommation et du commerce sanctionnent le déséquilibre significatif créé entre les droits et les obligations des parties. En droit koweïtien, l'article 81 du Code civil sanctionne les clauses abusives figurant dans le contrat d'adhésion. Le domaine d'application de la protection est donc plus large en droit français qu'en droit koweïtien.

840. Tous ces textes placent le juge au cœur d'un dispositif de rééquilibrage du contrat d'adhésion. Il faut donc préciser le champ de son intervention, puis évaluer les pouvoirs dont il dispose pour le délimiter¹²⁰⁵. Avant que le droit des contrats français ne soit réformé, les clauses qui créaient un déséquilibre significatif n'étaient sanctionnées qu'en droit spécial. Elles l'étaient depuis les années 1978 entre un « professionnel » et un « consommateur » ou un « non-professionnel » et, depuis 2008 entre « partenaires commerciaux ». Désormais, elles le sont également en droit commun, non dans les contrats entre particuliers, mais exclusivement dans les contrats d'adhésion¹²⁰⁶.

841. Le juge jouera aussi un rôle déterminant dans la qualification des clauses abusives et dans leur sanction. La sanction par le réputé non écrit, aussi bien en droit français qu'en droit koweïtien semble être adaptée pour les contractants de bonne foi et pour éviter de

¹²⁰⁴ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^{ème} éd., 2016, n° 183, p. 146.

¹²⁰⁵ F. AUQUE, « Retour du juge par la loi ? », *AJDI*, n° 3, 26 mars 2016, p. 184.

¹²⁰⁶ F. ANCEL, B. FAUARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, n° 25-91, p. 168.

froisser le principe de l'intangibilité, mais elle est loin d'être suffisante pour sanctionner les parties qui agissent en connaissance de cause. Le juge décidera en l'occurrence au cas par cas.

842. La protection contre les clauses abusives soulève donc deux questions importantes. La première consiste dans la délimitation du domaine d'application de la protection (section I) et la seconde concerne l'appréciation de la clause abusive (section II).

SECTION I :

Le domaine d'application de la protection

843. En droit français, l'une des grandes innovations de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 consiste dans la reprise du dispositif de lutte contre les clauses abusives dans le Code civil. Ainsi, dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite¹²⁰⁷. L'article L. 212-1 du Code de la consommation dispose que « *dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». L'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce dispose qu'« *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé par 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* ».

844. Quant au droit koweïtien, l'article 81 du Code civil dispose que « *lorsque le contrat se forme par adhésion et contient des clauses abusives, le juge peut, à la demande de l'adhérent, modifier ces clauses ou en dispenser la partie adhérente, même s'il a pris*

¹²⁰⁷ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2016-2017, 2016, n° 504, p.199.

connaissance de ces clauses, et cela, conformément aux règles de l'équité. Toute convention contraire est nulle ». En droit koweïtien, à la différence du droit français, le champ contractuel de la protection contre les clauses abusives concerne exclusivement le contrat d'adhésion.

845. L'examen du domaine d'application de la protection permet de conclure à l'existence en droit français d'un champ contractuel de protection considérable (§ 1). Il sera également judicieux de préciser, pour le droit français, uniquement la manière par laquelle la protection générale va être articulée avec les protections spéciales (§ 2).

§ 1 : Un champ contractuel de protection considérable

846. En droit français, le champ contractuel de protection contre les clauses abusives ne cesse de s'élargir au gré des différentes réformes législatives subies par le droit français. L'extension de ce domaine d'application de la protection concerne de nombreuses branches du droit. L'amplitude du champ contractuel de protection est d'abord le fait des législations spéciales figurant dans le Code de la consommation et dans le Code de commerce (A). Cette extension a également été marquée dans le droit commun des contrats, mais la protection est conditionnée à l'existence d'un contrat d'adhésion. (B). En droit koweïtien, à la différence du droit français, le champ contractuel de protection contre les clauses abusives est exclusivement dans le contrat d'adhésion.

A. L'amplitude du champ contractuel du fait des protections spéciales

847. La qualification de clause abusive repose sur le rejet de la théorie de l'autonomie de la volonté¹²⁰⁸. Il faut néanmoins être d'accord sur son sens. S'il est difficile de pouvoir encore affirmer que l'obligation naît de la seule volonté, car le contrat tire sa force obligatoire non pas de la volonté mais de la loi, il n'en demeure pas moins que le principe de l'autonomie de la volonté retrouve de la vigueur, mais de manière secondaire. Cela

¹²⁰⁸ Sur les limites de la théorie de l'autonomie de la volonté : Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil. Tome 3 : les obligations, le contrat*, Economica, 7^{ème} éd., 2014, p. 96 s.

signifie que le principe permet à la loi de s'en remettre à la liberté contractuelle pour établir pour chaque cas le contenu du contrat qui sera coercitif¹²⁰⁹.

848. Cette liberté contractuelle ne doit pas pour autant permettre au rédacteur du contrat d'insérer des clauses qui seraient constitutives d'un abus. Le législateur, s'il autorise la libre conclusion du contrat, doit aussi prévoir des mécanismes visant à protéger la partie qui va adhérer au contrat. C'est pourquoi Monsieur Calais-Auloy considère que les lois tendant à éliminer les clauses abusives sont faussement présentées comme portant atteinte aux principes du Code civil. Pour lui, c'est la doctrine classique qui viole le principe de l'autonomie de la volonté, lorsqu'elle admet la stipulation de clauses que l'une des parties ne comprend presque jamais¹²¹⁰.

849. Il ne serait pas juste de limiter les clauses abusives aux seuls champs du Code civil et de la liberté contractuelle. Elles sont également disséminées dans les contrats civils et commerciaux puis dans les contrats de consommation. C'est la raison pour laquelle le domaine d'application de la protection contre les clauses abusives n'est pas uniquement délimité par les divergences doctrinales, mais s'élargit au Code de la consommation et au Code de commerce, ce qui offre une très large protection.

850. De prime abord, la clause abusive trouve à s'appliquer dans le droit spécial de la consommation. L'influence de ce droit, où la clause abusive joue un rôle déterminant depuis sa consécration par la loi n°78-23 du 10 janvier 1978¹²¹¹, a favorisé le développement de la justice contractuelle. Les règles relatives aux clauses abusives issues de la loi de 1978 ont été insérées dans le Code de la consommation avant d'être réformées

¹²⁰⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, 2000, n°352, p. 297.

¹²¹⁰ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *Op. cit.*, n° 164, p. 166.

¹²¹¹ A propos de cette loi : M. BORYSEWICZ, « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services », in *Études offertes à Pierre Kayser*, Collectif, t. 1, PUAM, 1979, p. 91 ; O. CARMET, « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », *RTD com*, n° 1, 1982, p. 1 ; J.-P. GRIDEL, « Remarques de principe sur l'application de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives », *D.*, 1984, I, chron. p. 153 ; D. NGUYEN THANH-BOURGEAIS, « Les contrats entre professionnels et consommateurs et la portée de l'ordre public dans les lois Scrivener du 10 janvier 1978 et du 9 juillet 1979 », *D.*, 1984, I, chron., p. 91.

par la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995¹²¹² qui a transposé la directive européenne du 5 avril 1993¹²¹³. Plus récemment, les dispositions du Code de la consommation ont fait l'objet d'une réorganisation par l'ordonnance du 14 mars 2016¹²¹⁴.

851. L'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation prévoyait que « *dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses 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* ». L'article L. 212-1 dispose désormais que « *dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

852. La notion de non-professionnel disparaît de cette disposition pour se retrouver à l'article L.212-2 du Code de la consommation en vertu duquel les dispositions de l'article L. 212-1 sont applicables dans les relations entre professionnels et non-professionnels. Si ce n'est la différence d'organisation dans le Code de la consommation, cette modification n'apporte guère d'évolution sur le fond en ce qui concerne l'épineuse question du domaine d'application des clauses abusives¹²¹⁵.

853. Les concepts de professionnel et de consommateur ne posent pas spécialement de difficultés. Le professionnel est entendu comme « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* »¹²¹⁶. Le consommateur est la personne physique qui

¹²¹² Loi n°95-96 du 1^{er} fév.1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial : JO 2 fév.1995.

¹²¹³ Directive européenne n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 (JOCE n° L.95 du 21 avril 1993).

¹²¹⁴ L'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 (JORF du 16 mars 2016) opère la refonte du Code de la consommation s'agissant de la partie législative.

¹²¹⁵ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2014, p. 25 et s.

¹²¹⁶ C. consom., art. Liminaire. Cette définition est « Entièrement nouvelle dans le code (...) Curieusement oubliée par la réforme du 17 mars 2014, elle est presque entièrement copiée sur celle de la directive 2011/83/UE », H. CLARET, G. PAISANT, « La nouvelle codification administrative du droit de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP G*, n° 27, 4 juillet 2016, p.796.

contracte pour ses besoins personnels ou familiaux¹²¹⁷ ou, comme l'affirme l'article liminaire du Code de la consommation, « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* »¹²¹⁸.

854. La notion de non-professionnel quant à elle suscite de nombreuses interrogations. Il s'agit de la personne physique ou morale qui contracte dans le cadre de sa profession mais en dehors de sa compétence¹²¹⁹. L'article liminaire du Code de la consommation le définit ainsi depuis le 1^{re} juillet 2016 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* ».

855. L'introduction de la définition du non-professionnel constitue une nouveauté qu'il convient de souligner à plusieurs égards. Il faut d'abord observer que seule une personne morale peut agir à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité¹²²⁰. La suppression du terme « personne physique » issu de la jurisprudence sur le concept de non-professionnel répond à l'impératif qui est celui d'éviter la confusion avec le consommateur. En effet, si l'article liminaire avait inclus les personnes physiques dans la définition du non-professionnel, quelle serait la différence entre ces deux premiers alinéas. La nouvelle rédaction de l'article est ici bienvenue. Elle empêche la confusion entre la notion de consommateur et de non professionnel¹²²¹. Si cette évolution législative

¹²¹⁷ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation, Op. cit.*, n° 7 p. 7.

¹²¹⁸ Sur la définition du consommateur au sens de l'article liminaire : G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2014, p. 25 et s. ; G. PAISANT, « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », *JCP G*, n° 22, 27 mai 2013, p. 589. ; G. RAYMOND, « Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 », *Contrats conc. Consom.*, n° 5, mai 2014, dossier 3 ; R. LOIR, « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et non-professionnel », *JCP E*, n° 27-28, 7 juillet 2016, p. 1402.

¹²¹⁹ V. VALETTE-ERC, « Les clauses abusives en droit de la consommation », in *Les clauses abusives : approches croisées franco-espagnoles : 1er Colloque franco-espagnol (Journées Henri Capitant) Perpignan, le 3 mai 2012*, Société de Législation Comparée, 2013, p.174-175. Voir aussi : Cass. civ., 1^{ère}, 5 mars 2002, n° 00-18.202, *Bull.*, I, n° 78 ; *JCP*, 2002, II, 10123, note G. PAISANT.

¹²²⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 », *RDC*, n° 3, 1 septembre 2016, p. 492.

¹²²¹ G. LOISEAU. « À la rencontre du non-professionnel », *D.*, n° 31, 22 septembre 2016, p. 1844.

est heureuse, il convient de relever qu'elle est lacunaire parce qu'elle ne prend pas en considération les personnes morales qui n'exercent pas d'activité professionnelle¹²²².

856. Plus critiquable est l'application de la disposition sur les clauses abusives dans des relations entre professionnels¹²²³. La qualité de professionnel de la personne morale, selon la jurisprudence, ne constitue pas un frein à la qualification de non-professionnel, dès lors qu'elle s'engage dans un domaine extérieur à son champ d'activité. La Haute juridiction conforte les juges du fond en ce qu'ils relèvent « *que la SCI, promoteur immobilier, était un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction, la cour d'appel a pu retenir que celle-ci devait être considérée comme un non-professionnel vis-à-vis du contrôleur technique en application de l'article L. 132-1 du code de la consommation* ».

857. La solution est critiquable en ce qu'elle applique la législation sur les clauses abusives à des relations entre professionnels alors qu'elle est susceptible de jouer uniquement dans les relations entre professionnels et non professionnels ou consommateurs. Il est difficile de croire, en effet, qu'un promoteur immobilier n'est pas un professionnel de la construction ou bien que le professionnel qui conclut un contrat en dehors de son domaine de compétence est un non-professionnel¹²²⁴. Cette critique est valable pour cette espèce, mais on ne peut exclure définitivement le professionnel du champ d'application de la législation sur les clauses abusives¹²²⁵.

858. La question qui se pose est celle de la comparaison de cette décision avec le contenu du nouvel article liminaire du Code de la consommation. Dans la décision de la troisième chambre civile de la Cour de cassation précitée, qui retient la qualification de non professionnel, nous sommes bien en présence d'une personne morale. Toutefois, le doute plane toujours en ce qui concerne le fait qu'elle agisse ou non aux fins de ces

¹²²² C.-M, PÉGLION-ZIKA, « Les clauses abusives et la recodification du code de la consommation », *D.*, 2016, p. 1208.V. également *bid.*

¹²²³ Cass. civ., 3^{ème} éd., 4 février 2016, n°1 4-29347, *Bulletin : Construction – Urbanisme*, n° 3, 2016, p. 44, comm. Ch. SIZAIRE ; *JCP E*, n° 20, 2016, 1300, comm. N. PICOD.

¹²²⁴ C.-M, PÉGLION-ZIKA, « Clauses abusives du code de la consommation : un professionnel peut s'en prévaloir », *D.*, n° 11, 17 mars 2016, p. 639.

¹²²⁵ J.-D. PELLIER, « Retour sur le domaine et la sanction des clauses abusives au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », *LPA*, n° 116, 10 juin 2016, p. 12.

activités professionnelles. La nouvelle définition du non-professionnel ne doit pas être rejetée, elle va dans le bon sens ; peut-être faut-il la compléter.

859. Il serait effectivement judicieux de préciser quelles sont les personnes qui peuvent exercer une activité et comment interpréter l'agissement hors du cadre de ces activités. Une définition plus tenable a été proposée en doctrine. Selon cette dernière, le non-professionnel pourrait être défini « *comme toute personne morale qui agit à des fins non-professionnelles, ou à des fins professionnelles mais en dehors du champ de sa spécialité* »¹²²⁶. Cette définition permettrait de faciliter la tâche aussi bien de la doctrine que de la jurisprudence dans l'interprétation de la notion de non-professionnel.

860. La protection d'une partie à un contrat contre les clauses abusives a donc un domaine d'application relativement étendu en droit français. Le caractère extensif de la protection l'est pour une large part grâce au droit de la consommation. Mais il est aussi le fait de la mise en œuvre de la législation propre aux pratiques restrictives de concurrence prévue par le Code de commerce. Ainsi, l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce dispose qu'« *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé par 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* ».

861. L'article L. 442-6 du Code de commerce englobe les relations entre « *tout producteur, commerçant, industriel ou personnes immatriculées au répertoire des métiers* » responsable de la soumission « *d'un partenaire commercial* » à des clauses contractuelles déséquilibrées, ce qui permet à son champ d'application de ne pas se limiter aux contrats d'adhésion et même aux seules relations entre commerçants¹²²⁷.

¹²²⁶ F. MAUME, « L'avenir de la notion de non-professionnel en droit de la consommation », *Contrats. Concur. Consum.*, n° 4, avril 2016, étude 5.

¹²²⁷ S. BERTOLASO, « Réforme du droit des contrats, Lutte contre les clauses abusives », *Construction – Urbanisme*, n° 4, avril 2016, alerte 33. Voir également : Cass. com., 14 septembre 2010, n° 09-14.322, *Bull. civ.*, IV, n° 135 : « Vu les articles L. 410-1 et L. 442-6 du code de commerce ; (...) le régime juridique des sociétés d'assurances mutuelles, comme le caractère non lucratif de leur activité, ne sont pas de nature à les exclure du champ d'application des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence dès lors qu'elles procèdent à une activité de service » ; D. 2010. 2150, obs. E. CHEVRIER.

862. Pour cerner le champ d'application de cet article, il convient en premier lieu de préciser la notion de soumission. D'un côté, elle se caractérise par le biais du pouvoir de négociation¹²²⁸. La Cour d'appel de Paris a décidé que cette notion « *consiste à faire peser ou tenter de faire peser sur un partenaire commercial, du fait du déséquilibre de rapport de force existant entre les parties, des obligations injustifiées et non réciproques* »¹²²⁹. La Cour de cassation estime pour sa part, dans une autre espèce que « *la Cour d'appel n'était pas tenue de rechercher les effets précis du déséquilibre significatif auquel la société Provera avait soumis ou tenté de soumettre ses partenaires, pour satisfaire aux exigences de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce* »¹²³⁰. Évidemment, l'hypothèse de soumission la plus grave est celle où une stipulation a été imposée sans discussion, cela ne veut en outre pas dire que les contrats types entre professionnels soient interdits, puisqu'ils peuvent faire l'objet d'une négociation. La jurisprudence présente une démarche assez souple de ce rapport de force¹²³¹.

863. D'un autre part, le concept de partenaire commercial crée des difficultés. Il a pour conséquence une étude concrète de la relation et de l'objet du contrat. On s'est interrogé sur le point de savoir si le texte, qui prévoit de manière explicite la soumission du partenaire commercial, sera uniquement appliqué aux situations où les parties sont unies par un contrat d'affaire préexistant¹²³². La notion de partenaire commercial s'entend très largement puisqu'elle inclut toute relation commerciale instaurée dans le cadre d'un partenariat. En effet, la Cour d'appel de Paris considère que le texte de l'article L. 442-6 I 2° pouvait s'appliquer à des relations de « *sous-traitance* » et ne se limite pas aux relations entre fournisseurs et distributeurs¹²³³.

864. Il en va de même pour l'interprétation de la notion d'obligation. Elle doit être comprise dans un sens large puisque, même si seules peuvent faire l'objet d'une

¹²²⁸ M. PEDAMON, H. KENFACK, *Droit commercial*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2015, p. 660.

¹²²⁹ C.A. Paris, 29 octobre 2014, RG n° 13-11059 ; *D.*, 2015, p. 947, obs. D. FERRIER.

¹²³⁰ Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 ; *Contrats, conc. Consom.*, mars 2015 p. 17, not. N. MATHEY.

¹²³¹ E. DIENY, « Déséquilibre significatif : sept ans après, a-t-on atteint l'âge de raison ? », *JCP E*, n° 51-52, 15 décembre 2015, n° 28, p. 1626.

¹²³² M. PEDAMON, H. KENFACK, *Op. cit.*, p. 660.

¹²³³ C.A. Paris, 12 décembre 2013, n° 11/18274 ; *RDC*, 2014, p. 411, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

appréciation les clauses ayant pour objet une obligation¹²³⁴, une clause prévoyant une simple faculté pour le fournisseur, sans obligation formellement stipulée peut relever de l'article L. 442-6 I, 2° du Code de commerce¹²³⁵.

865. L'interprétation qui est faite de l'article L. 442-6 I, 2° du Code de commerce confirme la tendance dessinée par celle du Code de la consommation quant au champ d'application de la protection contre les clauses abusives. L'élargissement du domaine d'application de la protection est également confirmé par l'ordonnance de réforme du droit des contrats qui prévoit désormais dans le Code civil que les clauses abusives peuvent être sanctionnées dans tous les contrats d'adhésion¹²³⁶. Ainsi l'article 1171, alinéa 1er, du Code civil français dispose que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ».

866. Ce texte s'inscrit donc dans la continuité de l'article L. 212-1 du Code de la consommation visant à supprimer les clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs et de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce. L'article 1171, même s'il permet d'étendre ce champ d'application, pose néanmoins comme condition à l'application de la législation sur les clauses abusives en droit commun, l'existence d'un contrat d'adhésion.

B. Un champ contractuel de protection conditionné

867. L'article 1171, alinéa 1er, du Code civil dispose que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ». L'article 1171, de la même manière qu'il trouve sa source dans le droit antérieur, plus particulièrement dans la jurisprudence rendue sur la

¹²³⁴ Ainsi la Cour de cassation relevant que « la cour d'appel a procédé à une appréciation concrète et globale des contrats en cause », Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 : JCP E, 2015, p.1207, note S. LE GAC-PECH.

¹²³⁵ Par exemple : T. com. Paris, 20 mai 2014, n° 2013/070793, *SC Le Galec*. Également : C.A. Paris, 25 novembre 2015, n° 12/14513, *Darty*.

¹²³⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral, Op. cit.*, n° 416, p. 454.

base du droit commun ou des droits spéciaux, offre au juge un énorme pouvoir dans l'application du texte par le biais de la qualification du contrat. Ce texte, qui prévoit la protection contre les clauses abusives dans le Code civil depuis la réforme du droit des contrats, la limite à l'existence d'un contrat d'adhésion¹²³⁷.

868. Une des raisons pour lesquelles l'article 1171 du Code civil français a vu le jour, c'est l'absence totale de négociation de certaines clauses contractuelles. Cette absence de négociation n'est souvent pas le fruit d'un manque de volonté¹²³⁸, elle résulte plutôt de la systématisation de certaines transactions, qui concernent par exemple les achats en ligne pour lesquels nous acceptons dans l'indifférence les conditions générales mises en ligne par le cybercommerçant. La recherche de l'équilibre contractuel par le jeu de la négociation n'est de ce fait pas effectuée. La carence de l'autonomie de la volonté justifie en quelque sorte le recours au juge pour exercer un contrôle sur les clauses susceptibles de créer un déséquilibre significatif¹²³⁹.

869. Le recours à ce contrôle des clauses abusives dans les termes de l'article 1171 du Code civil est justifié par le fait qu'il ne concerne que les contrats d'adhésion, « *dont les conditions générales sont soustraites à la négociation* », et ne porte « *ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* », qui constituent tous les deux le contenu du contrat qui a été négocié en quelque sorte. L'élargissement du domaine de la protection au droit commun des contrats est donc remarquable en ce que ce contrôle des clauses du contrat ne concerne que les contrats d'adhésion¹²⁴⁰.

870. En effet, l'article 1171 est uniquement applicable au contrat d'adhésion. C'est l'article 1110 qui le définit comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Cette disposition invite à analyser plusieurs points. En premier lieu, il va s'agir de répondre à la question de savoir si la qualification du contrat d'adhésion permet de soumettre au contrôle des clauses

¹²³⁷ D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, n° 2, 1 juin 2016, p. 358.

¹²³⁸ V. *Supra* p.247.

¹²³⁹ X. LAGARDE, « Question autour de l'article 1171 du Code civil », *D.*, n°37, 3 novembre 2016, p. 2174.

¹²⁴⁰ M. MEKKI, « Réforme des contrats et des obligations, clauses abusives dans les contrats d'adhésion », *JCP N*, 2016, act. 1190.

abusives les clauses particulières du contrat au même titre que les conditions générales. En deuxième lieu, il peut être utile de traiter de l'exclusion de la protection dès lors que les parties ont pu négocier le contrat¹²⁴¹.

871. Deux autres hypothèses méritent d'être relevées. Il faut d'abord souligner celle dans laquelle la modification des conditions générales est mineure. Ici, il est possible de soutenir que la négociation est plus visible qu'existante réellement. La dernière hypothèse est celle où les conditions générales sont modifiées au moyen d'ajouts et de précisions figurant dans les conditions particulières¹²⁴². La définition du contrat d'adhésion a déjà fait l'objet de développements auxquels il convient de se référer¹²⁴³.

872. La protection du Code civil, même s'il est conditionné à l'existence d'un contrat d'adhésion, permet de continuer d'étendre le champ d'application de la protection contre les clauses abusives. La similitude dans la rédaction du texte avec les textes de droits spéciaux suggère une analyse de leur articulation¹²⁴⁴.

§ 2 : L'articulation de la protection générale avec les protections spéciales

873. La méthode qui va permettre de procéder à l'articulation des protections spéciales avec le droit commun a fait l'objet d'un débat qui ne s'est toujours pas tari. En l'absence de dispositif légal avant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, la doctrine a suggéré le recours à l'adage « *specialia generalibus derogant* »¹²⁴⁵ (A) lequel vient de faire l'objet d'une consécration législative. L'interprétation de l'adage et sa consécration dans le Code civil a permis de créer une règle de conflit dont il faudra analyser la mise en œuvre (B). L'articulation des législations ne peut pas, nous l'avons vu, concerner le droit koweïtien.

¹²⁴¹ C. GRIMALDI, « Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats », *LPA*, n° 215, 27 octobre 2016, n° 14, p. 6.

¹²⁴² X. LAGARDE, « Question autour de l'article 1171 du Code civil », *Op. cit.* p. 2174.

¹²⁴³ Pour la discussion sur la définition du contrat d'adhésion, v. *supra* p. 39 et s.

¹²⁴⁴ D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, n° 2, 1 juin 2016, p. 358.

¹²⁴⁵ N. BLANC, « Dispositions préliminaires - Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, n° 120, 30 avril 2015, p. 3.

A. Le recours à l'adage « *specialia generalibus derogant* ».

874. L'article 1105¹²⁴⁶ du Code civil français définit les contrats nommés et innommés et reprend dans ses deux premiers alinéas l'ancien article 1107. Le nouvel article dans son troisième alinéa apporte des précisions sur la valeur juridique de l'adage (a). Il laisse néanmoins subsister un doute sur la règle de conflit qu'il crée (b).

a. La consécration législative de l'adage « *specialia generalibus derogant* ».

875. Pendant fort longtemps, s'est posée la question de la valeur juridique contractuelle de l'adage *specialia generalibus derogant*, de son impérativité. Il a successivement été considéré comme une simple maxime d'interprétation. Une autre lecture a permis d'en dégager un principe général du droit qui permettrait d'une certaine manière au juge d'y recourir pour régler des conflits issus du droit commun des contrats et règles spéciales à certains contrats¹²⁴⁷. En application de l'adage *specialia generalibus derogant*, qui signifie que « ce qui est spécial déroge à ce qui est général », en cas de conflit entre une règle de droit commun et une règle spéciale, il convient de faire primer la règle spéciale¹²⁴⁸.

876. Plus précisément, la doctrine a pu affirmer et expliquer sa préférence pour la lecture stricte de l'adage *specialia generalibus derogant*, la plus respectueuse de l'application conjuguée des règles communes et des règles spéciales prônée à l'ancien article 1107 du Code civil¹²⁴⁹. Cet article 1107 du Code civil prévoyait que « *les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains*

¹²⁴⁶ « *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ».

¹²⁴⁷ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Thèse, LGDJ, 2009, n° 348 p. 449.

¹²⁴⁸ N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.*, n° 12, 26 mars 2015, p. 699.

¹²⁴⁹ Ch. GOLDIE-GENICON, *Op. cit.*, n° 383 p. 492.

contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ».

877. L'interprétation stricte de l'adage conduit à estimer que les dispositions spéciales ne doivent primer sur les dispositions générales qu'à la condition qu'elles soient antinomiques, autrement dit qu'en cas d'incompatibilité dans leur application commune. Cette antinomie ou cette incompatibilité constituent indéniablement une clé pour ne pas dire la clé qui va permettre de résoudre l'articulation entre norme générale et norme spécial. La Cour d'appel de Versailles a entériné ce principe en considérant que « *les contrats spéciaux, régis par des dispositions particulières, demeurent régis par le droit commun des contrats pourvu qu'il n'y ait incompatibilité entre les dispositions générales et les dispositions particulières* »¹²⁵⁰.

878. Avec la réforme du droit des contrats, issue de l'ordonnance de 2016, le Code civil contient désormais un article 1105 dont le troisième alinéa introduit une nouveauté importante et attendue des praticiens, puisqu'il rappelle que « *les règles générales s'appliquent sous réserve des règles spéciales* ». Si cet article procède à la consécration législative de l'adage *specialia generalibus derogant*, il ne permet toujours pas, même s'il la crée, en raison de son manque de précision, de dégager une règle de conflit claire.

b. La création d'une règle de conflit

879. L'idée de la création d'une règle de conflit pour articuler les relations entre droit général et droit spécial avait déjà fait son chemin en doctrine¹²⁵¹. Effectivement, par le biais du critère de l'antinomie, il est possible aussi bien d'exclure la législation générale que de cumuler l'application des règles générales et des règles spéciales. La règle de conflit entre deux législations antinomiques consisterait en l'exclusion de l'une pour l'application de l'autre. En l'absence d'antinomie, il serait dès lors possible de cumuler l'application des deux règles à la condition que le justiciable ait pris soin de bien

¹²⁵⁰ C.A. Versailles, 1^{ère} ch., 2^{ème} sect., 8 juillet 1994, *RTD civ.*, 1995, p. 97, obs. J. MESTRE.

¹²⁵¹ Ch. GOLDIE-GENICON, *Op. cit.*, n° 403 p. 512.

mentionner lors de son action en justice les deux règles qui serviront de fondement à ses prétentions. C'est la solution retenue par la Cour de cassation dans sa formation la plus solennelle¹²⁵².

880. Une proposition de nouvel article constituant une reprise partielle de l'article 1107 du Code civil avait même été faite en doctrine. La formulation devant être retenue selon cet avis est la suivante : « *Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales sont primées par les règles particulières s'il est impossible de s'y conformer simultanément* »¹²⁵³. On retrouve dans cette proposition le critère de l'antinomie qui est exprimé par l'impossibilité de se conformer simultanément aux deux règles, laquelle permet à l'une de primer sur l'autre.

881. L'idée de création d'une règle de conflit a ensuite eu les faveurs du législateur puisqu'elle est explicitement prévue à l'alinéa 3 de l'article 1105 du Code civil selon lequel « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». Ainsi, selon le rapport remis au président de la République, « *les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres Codes tels que le Code de commerce ou le Code de consommation* »¹²⁵⁴.

882. Le manque de précision de la règle de conflit entre les normes de droit privé, visé par le troisième alinéa, est regrettable selon la doctrine. Pourquoi ne pas avoir précisé que ces règles particulières n'évincent les règles générales que lorsqu'elles sont incompatibles

¹²⁵² Cass. Ass. Plén., 7 juillet 2006, n° 04-10372, *JCP G*, 2007, II, 10070, note G. WIEDERKEHR.

¹²⁵³ N. BLANC, « Dispositions préliminaires - Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, n° 120, 30 avril 2015, p. 3.

¹²⁵⁴ Rapport 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, JORF du 11 février 2016.

avec elles¹²⁵⁵. Cela aurait eu l'avantage de bénéficier d'une règle cohérente à la disposition des juges.

883. À tout le moins, le juge bénéficie désormais d'un texte de loi pour procéder à l'articulation des normes de droit privé et par extension à l'articulation des protections contre les clauses abusives. Il reste à voir maintenant comment cette règle de conflit peut être mise en œuvre dans le domaine qui nous concerne, à savoir dans les rapports entre l'article 1171 du Code civil avec l'article L. 212-1 du Code de la consommation ou l'article L. 442-6 I, 2° du Code de commerce.

B. La mise en œuvre de la règle de conflit

884. Après avoir identifié la règle de conflit, il va être intéressant de procéder à sa mise en œuvre dans le domaine des clauses abusives. Il faut ici remarquer que la mise en œuvre de la règle entre droit général et droit consommériste (a) est moins problématique que celle qui concerne droit général et pratiques restrictives de concurrence (b).

a. L'articulation entre le droit commun et le droit de la consommation

885. L'alinéa 3 de l'article 1105 du Code civil dispose que « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». Il faut d'abord rappeler que, selon le rapport remis au président de la République, l'impossibilité d'application simultanée de deux règles peut concerner celles résultant d'autres codes tel que le Code de la consommation. On peut déduire de cette précision que les règles spéciales du droit de la consommation peuvent tomber sous le coup de cette disposition.

886. Comment vont donc s'articuler en l'espèce les articles 1171 du Code civil et l'article L.212-1 du Code de la consommation. Le premier prévoit que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et*

¹²⁵⁵ M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.*, 3 mars 2016, p. 494.

obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Le second dispose que « *dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

887. Il est utile de souligner que les deux dispositions s'appliquent dans la grande majorité des cas à des contrats d'adhésion puisque le plus souvent les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur sont des contrats d'adhésion. Il existe une quasi-identité quant aux domaines d'application de ces deux textes. Il est aussi important de relever l'identité de sanction entre les deux dispositions. Il est donc possible de conclure à l'absence d'antinomie entre les règles consuméristes et civilistes, s'agissant de la réglementation relative aux clauses abusives. Le fait de reconnaître que le droit commun ne s'applique que si les conditions de l'article L.212-1 du Code de la consommation ne sont pas réunies aurait pour fâcheuse conséquence de soumettre au droit commun, que des conventions conclues entre professionnels¹²⁵⁶.

888. Il est donc possible de cumuler les deux protections. Toutefois, en pratique, lorsque le contrat est conclu entre un professionnel et un consommateur, ce dernier aura meilleur temps, dans l'état actuel du droit positif, d'utiliser les dispositions du Code de la consommation. Le consommateur pourra effectivement se fonder sur les dispositions consuméristes¹²⁵⁷. Elles permettent de présumer le caractère abusif d'une liste des clauses¹²⁵⁸, présomption qui rend moins ardue la preuve du déséquilibre significatif et, par voie de conséquence, la dénonciation de l'abus. La préférence pour l'application du Code de la consommation n'exclut pas l'application de la règle générale, il en ira de même, selon un régime différent, pour l'articulation entre les règles civilistes et celle du Code de commerce.

¹²⁵⁶ D. HOUTCIEFF, *Droit commercial, Op.cit.*, n° 908, p. 463.

¹²⁵⁷ Article R. 212-1 et R. 212-2 du Code de la consommation.

¹²⁵⁸ V. *infra* p. 333.

b. L'articulation entre le droit commun et le droit des pratiques restrictives de concurrence

889. En pratique, la question qui pose le plus de difficultés est celle de l'articulation entre les règles du Code de commerce et celles du Code civil. Les débats qu'elle suggère sont plus exigeants¹²⁵⁹. Le nouvel article 1171 du Code civil contient de nombreux points communs avec l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Il diffère toutefois quant à leur régime d'application. Il convient dès lors de s'interroger sur la compatibilité des deux régimes de protection, c'est-à-dire s'ils sont susceptibles d'être appliqués cumulativement à la discrétion du justiciable pour peu que les conditions soient remplies, ou bien si l'applicabilité de l'un est exclusive de l'autre.

890. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce a pour mission la sanction des pratiques restrictives de concurrence d'une entreprise ne faisant pas l'objet d'une réelle concurrence et qui en profite abusivement. Ainsi, la disposition ne sanctionne pas automatiquement les clauses créant un déséquilibre significatif. Il faut procéder en deux temps. On doit d'abord rechercher l'existence d'un déséquilibre, provoqué par une clause ou une pratique, et procéder ensuite à caractériser la soumission du partenaire commercial par l'entreprise qui profite de son avantage concurrentiel¹²⁶⁰.

891. Pour sa part, l'article 1171 du Code civil appréhende le déséquilibre significatif différemment. Il ne constitue pas un outil pour combattre les pratiques restrictives de concurrence mais est issu, nous l'avons vu, du fait que beaucoup de clauses ne font pas l'objet de négociation. L'article 1171 serait donc une contribution au rééquilibrage du contrat alors que l'article L. 442-6 du Code de commerce vise à pourchasser les pratiques déloyales et à en sanctionner les auteurs¹²⁶¹.

892. Cette question controversée doit participer à répondre à deux enjeux, l'un d'ordre procédural, et l'autre concernant la sanction du comportement. En premier lieu, le recours

¹²⁵⁹ X. LAGARDE, « Question autour de l'article 1171 du Code civil », *D.*, n° 37, 3 novembre 2016, p. 2174.

¹²⁶⁰ *Ibid.*

¹²⁶¹ X. LAGARDE, « Question autour de l'article 1171 du Code civil », *Op. cit.*, p. 2174.

à l'article L. 442-6 déclenche la compétence de certaines juridictions spécialisées. L'alternative entre les deux fondements peut être regardée comme une manière de vouloir éluder cette compétence réservée, par l'utilisation de l'article 1171 pour une clause qui relèverait du domaine de l'article L. 442-6, I, 2°. En second lieu, les deux textes ne contiennent pas la même sanction. Leur applicabilité alternative constituerait une sorte de pouvoir offert au justiciable de choisir la sanction qui leur est la plus avantageuse¹²⁶², dangereuse en termes de sécurité juridique.

893. Pour déterminer la solution et résoudre le conflit, il est indispensable de se référer, nous l'avons vu aux alinéas 2 et 3 du nouvel article 1105 du Code civil selon lesquels « *les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». La précision apportée par le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance concerne aussi bien les règles du Code de la consommation que les règles du Code de commerce. En effet, « *les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles résultant d'autres Codes, tel que le Code de commerce* »¹²⁶³. La règle de l'article 1171 s'applique donc sous réserve de l'application de celle de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce si on se réfère au troisième alinéa de l'article 1105.

894. Il peut ainsi être intéressant de s'interroger sur le sens à donner à ce texte. L'expression « sous réserve de », utilisée dans l'article 1105, permet de prévoir un « *ordre de prééminence entre deux dispositions en conflit* » et précise que « *la disposition ne joue que lorsque le texte réservé ne trouve pas à s'appliquer* »¹²⁶⁴. Selon Madame Chagny, son « *utilisation est parfois indispensable pour articuler des dispositions contradictoires* »¹²⁶⁵. Nous l'avons vu en considération de la solution adoptée, en considération de l'adage

¹²⁶² A. HONTEBEYRIE, « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.*, n° 37, 3 novembre 2016, p. 2180.

¹²⁶³ Rapport 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, JORF du 11 février 2016.

¹²⁶⁴ Code de légistique 2007 : la locution « *sous réserve* » indique l'ordre de prééminence entre deux dispositions en conflit, soit qu'elles appartiennent à deux textes différents, soit qu'elles se situent à l'intérieur d'un même texte. Cette disposition ne joue que lorsque le texte réservé ne trouve pas à s'appliquer.

¹²⁶⁵ M. CHAGNY, « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats », *RTD com.*, n° 3, 7 octobre 2016, p. 451.

specialia generalibus derogant, l'exclusion du droit commun n'est possible que si son application cumulée avec la règle spéciale débouche sur une contrariété ou une incompatibilité¹²⁶⁶.

895. Par ailleurs, et plus substantiellement, il est possible de ne pas être complètement convaincu sur l'application qui est faite du domaine d'application même de l'article 1105¹²⁶⁷. Le texte fait référence aux règles générales, qui renvoient au droit commun du contrat, mais aussi aux « *règles particulières à certains contrats* ». Cette dernière locution doit être interprétée en fonction d'une lecture d'ensemble du texte et plus particulièrement, au regard de l'alinéa 2 selon lequel « *les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux* ».

896. Il serait susceptible de renvoyer aux droits spécialisés des contrats et non pas aux véritables droits spéciaux. Il faudrait ainsi exclure l'application du droit des pratiques restrictives de concurrence, ayant vocation à être appliquée de façon plus générale et non seulement à une catégorie spécifique de contrats¹²⁶⁸. Cette lecture peut être soutenue au regard des précisions du rapport au président de la République. Il soulève la question de « *certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le Code de commerce ou le Code de la consommation* »¹²⁶⁹, évocation qui permettrait de se référer au droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, au droit des contrats de société ou encore au droit des contrats de consommation¹²⁷⁰. Cette interprétation laisse planer des doutes quant à l'application de l'article 1105.

897. Il convient, pour lever les doutes, de vérifier que les conditions de la mise en œuvre des protections ne sont pas les mêmes, ce qui permettrait de conclure une « *superposition* » de protection et non à une « *substitution* »¹²⁷¹. A priori, l'application

¹²⁶⁶ V. supra p. 314 et s.

¹²⁶⁷ M. CHAGNY, *Op. cit.*, p. 451.

¹²⁶⁸ *Ibid.*

¹²⁶⁹ Rapport 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, JORF du 11 février 2016.

¹²⁷⁰ M. CHAGNY, *Op. cit.*, p. 451.

¹²⁷¹ M. MEKKI, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *LPA*, n° 17, 10 mai 2016, p. 11.

cumulative des deux protections est parfaitement possible. Cette application existe déjà dans un arrêt de la chambre commerciale¹²⁷², où l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est utilisé pour établir le déséquilibre significatif et fonder la responsabilité du partenaire qui souhaitait l'utiliser.

898. Par ailleurs, il faut relever que les conditions de mise en œuvre sont différentes. D'une part, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce permet de lutter contre les prix lésionnaires et donc permet plus que la législation civiliste¹²⁷³. L'action pouvant même être intentée par le ministère de l'Économie qui y recourt souvent. D'autre part, nous l'avons déjà vu, ces conditions semblent plus strictes car l'article L. 442-6, I, 2° concerne des partenaires commerciaux. Dans ce sens toujours, la jurisprudence semble retenir qu'un « partenariat » suppose l'existence d'une relation contractuelle, un contrat qui s'inscrit donc dans le temps¹²⁷⁴. En outre, le déséquilibre significatif ne suffit pas. Il convient d'établir une soumission ou une tentative de soumission du partenaire commercial¹²⁷⁵. Les sanctions enfin diffèrent puisque seuls des dommages et intérêts peuvent être obtenus en droit commercial et une amende civile pouvant aller jusqu'à deux millions d'euros¹²⁷⁶.

899. Nous venons d'étudier le domaine d'application de la protection contre les clauses abusives, qui est beaucoup plus large en droit français qu'en droit koweïtien. Il reste désormais à procéder à l'appréciation de la clause abusive.

¹²⁷² Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11387.

¹²⁷³ Ce dernier dispose dans l'article 1171 alinéa 2 que « *L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

¹²⁷⁴ C.A. Lyon, 10 mai 2012, n° 10/08302 ; C.A. Aix-en-Provence, 13 février 2014, n° 12/21625.

¹²⁷⁵ V. *infra* p. 339.

¹²⁷⁶ Sur la sanction v. *infra* p.345.

SECTION II :

L'appréciation de la clause abusive

900. L'appréciation de la clause abusive requiert que l'on se penche sur sa définition. En droit français, il s'agit de celle qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties¹²⁷⁷. En droit koweïtien, l'article 81 du Code civil dispose que « lorsque le contrat se forme par adhésion *et contient des clauses abusives, le juge peut, à la demande de l'adhérent, modifier ces clauses ou en dispenser la partie adhérente, même s'il a pris connaissance de ces clauses, et cela, conformément aux règles de l'équité. Toute convention contraire est nulle* ». Nous pouvons en déduire que le législateur koweïtien n'a pas explicitement défini les clauses abusives. Par conséquent, il revient à la jurisprudence et à la doctrine de préciser la qualification de ces clauses.

901. En droit français, les clauses abusives participent dès lors qu'elles sont qualifiées, à déséquilibrer la relation contractuelle, à rompre dans une certaine mesure l'équilibre contractuel. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de les sanctionner. La sanction des clauses abusives en droit koweïtien est similaire au droit français en ce qui concerne la réputation non écrite. Mais le droit koweïtien ne connaissant le régime des clauses abusives qu'en matière de contrat d'adhésion, il n'édicte pas de règles relatives à la responsabilité civile, contrairement au droit français qui permet en droit des pratiques restrictives de concurrence, de l'engager.

902. Il convient de voir successivement comment les droits français et koweïtien procèdent à la qualification de la clause abusive (§ 1) et comment ils les sanctionnent (§ 2).

¹²⁷⁷ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd, 2016, n°94, p.89 ; F. ANCEL, B. FAUARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, n° 24-25, p. 129.

§ 1 : La qualification de clause abusive.

903. Les législations française et koweïtienne ne qualifient pas la clause abusive de manière identique. Il convient dès lors d'examiner la qualification en droit français (A), puis en droit koweïtien (B).

A. La qualification en droit français

904. Cette qualification nécessite de s'arrêter d'une part sur la notion de clause (a) avant de rechercher l'existence d'un déséquilibre significatif (b).

a. La notion de clause

905. Classiquement, la clause est définie comme « *une disposition particulière de l'acte juridique* » (*convention, traité, testament ou même loi*) ayant pour objet soit d'en préciser les éléments et les modalités (*prix, date, lieu d'exécution...*), soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogatoire au droit commun. On parle alors de *clause spéciale* »¹²⁷⁸. La clause contractuelle est partie intégrante et constitutive du contrat, elle n'a de sens que dans sa relation au contrat qui la contient et à ses autres clauses. Les clauses sont à la disposition du contrat dont elles organisent les obligations, prolongent les effets et précisent les sanctions¹²⁷⁹. L'étude des clauses contractuelles permet de déduire tout le sens de la distinction entre formation et exécution du contrat. Lorsqu'il s'agit de traiter de leur validité, leur formation importe moins que leurs effets¹²⁸⁰.

906. Capables d'effectuer sur le contrat un contrôle, notamment sur sa validité ou sa licéité, le législateur et la jurisprudence ne limitent plus l'analyse du contrat à sa simple nature. Les obligations essentielles qu'il contient ne constituent plus les seuls critères

¹²⁷⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2014, 10^{ème} éd., « Clause ».

¹²⁷⁹ N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse, Université d'Auvergne- Clermont Ferrand I, 2014, n° 6, p. 5.

¹²⁸⁰ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », *RDC*, n° 4, 1 octobre 2006, p. 1051.

d'analyse pour les juges. Ils exercent désormais leur contrôle à certaines des clauses contractuelles. Ainsi, les clauses ayant le plus d'effets sur les différentes phases du contrat, font l'objet d'une attention spéciale qui permet aux juges de se rendre compte des effets au sein, mais aussi, en dehors du contrat¹²⁸¹.

907. La première étape du raisonnement dans la détermination de ce qu'est ou de ce que n'est pas une clause abusive consiste à rechercher si nous sommes en présence d'une clause contractuelle, ce qui dans la majorité des cas ne devrait pas poser de problème. Pour définir ce qu'est une clause contractuelle, on peut considérer qu'il s'agit « *d'une stipulation ayant sa propre raison d'être et remplissant une fonction distincte de la prestation essentielle* »¹²⁸².

908. Malgré leur nombre florissant, les clauses contractuelles sont considérées comme secondaire en droit des contrats. On peut leur reprocher l'absence de régime propre qui leur est applicable en droit commun ou dans la théorie générale ou encore leur manque de cohérence. En effet, au gré du renvoi à une obligation principale ou à une obligation complémentaire, la forme de la clause évolue au mépris d'une cohérence d'ensemble. Pourtant, l'efficacité de certaines clauses est conditionnée au respect du contrat auquel elles se rapportent. Leur efficacité exige parfois de régler certaines contradictions entre elles¹²⁸³. La clause contractuelle peut produire ses effets à différents moments de la vie du contrat. Elle peut être créatrice d'obligations contractuelles, ou constitutive d'une vraie norme contractuelle, en imposant des règles de comportement ou en offrant certaines prérogatives¹²⁸⁴.

909. En réalité, il paraît plus aisé de procéder par la négative en précisant ce que ne peut pas être une clause. La question a été soulevée lors de l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. La Cour de cassation a rappelé la règle selon laquelle

¹²⁸¹ N. GRAS, *Op. cit.*, n° 499, p. 40.

¹²⁸² M. MEKKI, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *LPA*, n° 17, 10 mai 2016, p. 11.

¹²⁸³ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Thèse, PUAM, tom. I, 2001, n° 63, p. 75 et s.

¹²⁸⁴ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », *Op. cit.*, p. 1051.

une clause n'est pas un contrat¹²⁸⁵. En droit consumériste, et la solution devrait être dupliquée en droit commun des contrats, on peut arriver à déduire le caractère abusif d'une clause quels que soient la forme ou le support du contrat. On peut notamment citer « *les bons de commande, facteurs, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets de tickets* »¹²⁸⁶.

910. De la même manière, la clause compromissaire peut subir le test de l'article 212-1 du Code de la consommation, alors que ce ne n'est pas le cas pour un compromis qui constitue une véritable convention. Ce phénomène risque d'évoluer vers l'élargissement, du fait de l'augmentation du nombre de clauses non contractuelles dans le contrat¹²⁸⁷. À titre d'illustration, on peut citer les clauses informatives en droit du travail ou dans les contrats portant sur un immeuble conclus par le biais d'un notaire. Ces clauses se limitent à rappeler la loi dans le but non pas de produire une nouvelle norme contractuelle mais de consolider l'effectivité et l'efficacité d'une règle préexistante. Il est également possible d'évoquer l'hypothèse des clauses légales qui ne font qu'insérer matériellement dans le contrat ce qui relève au fond de la loi¹²⁸⁸. Toutes ces clauses ne seront pas en principe contrôlées par le juge sur la base des règles relatives aux clauses abusives¹²⁸⁹.

911. Une autre catégorie de clauses consiste en des clauses uniquement déclaratives ou relevant simplement de certains éléments factuels sans que l'on puisse les qualifier de clauses créant des obligations ou de support à une norme contractuelle. Elles peuvent néanmoins avoir pour objet uniquement de faire un constat mais peuvent aussi être une entrave à l'exercice d'une action en justice, pouvant tomber sous le coup de la législation sur les clauses abusives. S'agissant de la clause constatant un fait et interdisant toute contestation ultérieure en justice, ne sommes-nous pas en présence d'un abus¹²⁹⁰ ?

¹²⁸⁵ Cass. civ., 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 07-17.788, *Bull.*, I, 2009, n° 161.

¹²⁸⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1-contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n°417, p.456.

¹²⁸⁷ M. MEKKI, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ? », *Op. cit.*, p. 11.

¹²⁸⁸ Sur la clause légale : T. REVET, « La clause légale », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Collectif, Litec, 1999, p. 277.

¹²⁸⁹ En ce sens : Cass. civ., 1^{ère}, 22 novembre 1994, n° 93-11.611 : *Juris-Data*, n° 1994-002291 ; *Bull. civ.*, I. 1994, n° 343.

¹²⁹⁰ M. MEKKI, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ? », *Op. cit.*, p. 11.

912. Les clauses abusives sont celles dont les possibles difficultés sont souvent solutionnées contractuellement au bénéfice exclusif de la partie au contrat la plus forte¹²⁹¹. Ceux qui rédigent les clauses contractuelles doivent cependant, et il en va de même pour le juge, utiliser les mêmes indices pour ne pas rédiger ni caractériser l'existence d'une clause abusive. Ces différents indices, utilisables par les rédacteurs et les magistrats, peuvent se fonder sur le droit positif construit au regard des dispositions du Code de la consommation sur les clauses abusives sur lesquels se basent les règles du Code de commerce¹²⁹². Nous l'avons vu il s'agit en premier lieu d'identifier l'existence d'une véritable clause contractuelle¹²⁹³.

913. L'article L.212-1 du Code de la consommation concerne le concept de clause abusive par référence aux contrats de consommation. Ces derniers ont pour critère principal la qualité des parties contractantes comme nous l'avons vu, à savoir le professionnel et le consommateur, puis le professionnel et le non professionnel dans l'article L. 212-2 du Code de la consommation. Toutefois, il est, en plus de la coexistence de ces parties, nécessaire qu'elles se trouvent dans une relation contractuelle et que les clauses contractuelles auxquelles elles sont tenues puissent être déclarées abusives¹²⁹⁴.

914. Une relation contractuelle est donc indispensable pour combattre les clauses abusives. Cette obligation n'a néanmoins pas la même force quand l'action est menée par le consommateur sur le fondement de l'article L. 212-1 du Code de la consommation et que lorsque c'est les associations de consommateurs¹²⁹⁵ et la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) qui agit en suppression des clauses abusives¹²⁹⁶, ou encore par le biais des recommandations de la Commission des clauses abusives.

¹²⁹¹ Y. PICOD, *Droit de la consommation*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2015, n° 284, p. 182.

¹²⁹² L. 212-1 du code de la consommation ; Article L. 442-6, I, 2° du code de commerce.

¹²⁹³ M. MEKKI, M. DARROIS, J.-M. GAUVAIN, « Se conformer au nouveau droit des contrats, Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives », *JCP E A*, n° 25, 23 juin 2016, p. 1373.

¹²⁹⁴ C.-M, PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2013, n° 97, p. 85.

¹²⁹⁵ B. FAGES, *Droit des obligations*, *Op.cit.*, n° 189, p. 171.

¹²⁹⁶ L'article L.511-3 du Code de la consommation « *renforce les pouvoirs de l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation. Cette autorité peut tout d'abord demander à la juridiction administrative, d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive insérée par un professionnel dans tous contrats ou type de contrat proposé ou destiné au*

915. Dans la première hypothèse, la conclusion du contrat doit être effective¹²⁹⁷. L'alinéa 1er de l'article L. 212-1 du Code de la consommation pose expressément l'exigence de la conclusion d'un contrat. L'enjeu est de taille car la formation du contrat est un préalable à l'application de ce texte. Cette exigence a pour conséquence que la recherche des clauses abusives sur le fondement de l'article L. 212-1 est seulement possible pour les contrats déjà formés, autrement dit, les volontés des parties doivent avoir été rencontrées. Dans le second cas, elle ne doit être que potentielle. C'est à dire que la lutte contre les clauses abusives dans des contrats qui ne sont pas encore conclus est possible pour la Commission des clauses abusives, les associations de consommateurs et la DGCCRF¹²⁹⁸.

916. Une fois que l'on a identifié ce qu'est une clause en amont, et la tâche n'est pas simple, il reste à déterminer ce que pourrait être une clause abusive, ce qui équivaut à rechercher à quoi correspond le déséquilibre significatif.

b. Le déséquilibre significatif

917. Lorsque l'on a précisé ce que constitue une clause, il est possible, en seconde lieu de rechercher les éléments et les indices qui permettent au juge, mais aussi aux rédacteurs, d'identifier l'abus qui va se caractériser pour qualifier une clause abusive. En faisant une introspection dans le droit de la consommation et dans le droit commercial, un certain nombre d'indices peuvent être dégagés sans prétendre à l'exhaustivité¹²⁹⁹. Comment alors dessiner au plus juste les contours de la notion de déséquilibre significatif. Il peut être judicieux de construire une méthodologie dans l'organisation des indices à laquelle on pourra se référer pour préciser ce concept et déterminer ce qu'il signifie. Il faut procéder

consommateur, de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposées, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés », G. RAYMOND, Droit de la consommation, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2014, n° 497, p. 262.

¹²⁹⁷ C.-M, PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation, op.cit.*, n° 99, p. 85.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, n° 112, p. 95.

¹²⁹⁹ M. MEKKI, « Réforme des contrats et des obligations : clauses abusives dans les contrats d'adhésion », *JCP Notariale et Immobilière*, n° 45, 11 novembre 2016, p. 1190.

à une « *appréciation contextualisée* » de la clause qui se double d'une « *appréciation circonstanciée* »¹³⁰⁰.

918. Le premier type d'appréciation correspond à une appréciation globale par laquelle il faut regarder le contexte, ce qui suppose d'apprécier la clause en combinaison avec les autres clauses du contrat, ou des différents contrats issus d'un contrat cadre, lors de leur conclusion¹³⁰¹. Le second type d'appréciation est plus présent en droit européen. Le juge doit prendre en considération la conjoncture relative à la conclusion du contrat. Ces circonstances sont susceptibles de révéler des informations sur la liberté effective des parties¹³⁰². Les solutions retenues par le droit consumériste pourront éventuellement s'étendre à d'autres domaines du droit¹³⁰³.

919. L'environnement dans lequel va s'insérer un concept va effectivement influencer sur son sens et sa portée¹³⁰⁴. Ainsi, l'insertion dans un corps de règles d'un concept peut orienter son sens. Il est possible de prouver que des normes strictement identiques insérées dans deux codes différents ne seront pas entendues de la même manière. Elles seront imprégnées par la philosophie générale du Code dans laquelle elles sont intégrées¹³⁰⁵. Le juge peut également bénéficier d'une certaine souplesse pour interpréter une notion tel que le déséquilibre significatif. La décision du Conseil constitutionnel sur la notion de « déséquilibre significatif »¹³⁰⁶ opte pour une conception unitaire, quel que soit le domaine dans lequel le standard est appliqué. Cette application unitaire semble

¹³⁰⁰ M. MEKKI, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *Op.cit.*, p. 11.

¹³⁰¹ *Ibid.* voir également : F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, *Op. cit.*, n° 23.352, p. 102.

¹³⁰² *Ibid.*

¹³⁰³ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n° 417, p. 454.

¹³⁰⁴ C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Thèse, LGDJ, 2009, n° 81 et s.

¹³⁰⁵ V. H. MOYSAN, « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation » : *JCP G*, 2002, I, 147, soulignant que des dispositions identiques insérées dans deux codes distincts « font inmanquablement l'objet d'évolutions divergentes ».

¹³⁰⁶ Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85, *QPC*. D. MAINGUY, « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP E*, 2011, n° 7, 1136 ; Y. PICOD, « Le déséquilibre significatif et le Conseil Constitutionnel », *D.*, 2011, p. 414.

difficile à mettre en œuvre dès lors qu'elle peut éluder de manière arbitraire la pluralité des règles qui peuvent l'accueillir¹³⁰⁷.

920. Il faut en outre offrir aux rédacteurs des contrats des outils de détection des clauses qui peuvent créer un déséquilibre, afin de leur faciliter la tâche lors de la rédaction des clauses d'un contrat qu'ils vont soumettre à leur cocontractant. L'objectif est de fournir une méthodologie de détermination des clauses susceptibles de constituer un abus et, ce faisant, réduire les zones d'ombre dans un souci de sécurité juridique. L'intérêt n'est effectivement de se voir constamment opposer des clauses abusives.

921. Les clauses qui peuvent être déclarées abusives le sont soit par décret, soit par le juge¹³⁰⁸. Le juge recherchait deux critères cumulatifs pour qualifier une clause abusive à savoir un abus de puissance économique et un « avantage excessif »¹³⁰⁹. L'article L 212-1 du Code de la consommation ainsi que les autres dispositions qui traitent des clauses abusives renvoient désormais au « standard » du « déséquilibre significatif ». Ce dernier est interprété par les magistrats au regard de la convention dans son ensemble au moment de la conclusion du contrat¹³¹⁰.

922. Dans sa mission, le juge rencontrera moins de difficultés puisque les textes ont prévu une classification des clauses susceptibles d'être réputées abusives¹³¹¹. Elles sont d'abord déclarées comme telles par décret en Conseil d'État après avis de la Commission des clauses abusives. L'article R. 212-1 du Code de la consommation¹³¹² contient une liste de « clauses noire » tandis que son deuxième alinéa édicte une liste de clauses dite « grises »¹³¹³. Les clauses abusives sont très variables et doivent être classifiées pour aboutir à une typologie¹³¹⁴. La jurisprudence permet de proposer une distinction entre deux catégories des clauses susceptibles d'être déclarées abusives, autrement dit

¹³⁰⁷ A. CHASSAGNARD-PINET, « Le vocabulaire », *RDC*, n° 03, 1 septembre 2016, p. 581.

¹³⁰⁸ Y. PICOD, *Droit de la consommation*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2015, p. 200 et s. ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Les contrats de consommation - Règles communes*, LGDJ, 2012, p. 528 et s.

¹³⁰⁹ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 492, p. 279.

¹³¹⁰ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2017, n°649, p. 352.

¹³¹¹ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 492, p. 279.

¹³¹² Décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation.

¹³¹³ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op.cit.*, n° 494, p. 280.

¹³¹⁴ J.-L. FOURGOUX, « Clauses abusives, les écueils à éviter », *RLDA*, n° 8, septembre 2006, p. 72.

distinguer selon que la clause menace « *l'économie de la convention* » ou bien qu'elle confère un « *avantage au professionnel ou rédacteur du contrat* »¹³¹⁵. Cette distinction nous invite à étudier trois types des clauses.

923. En premier lieu, il est judicieux d'examiner les clauses qui sont « *nécessairement abusives* »¹³¹⁶. Elles constituent une grave entorse à l'équilibre contractuel, lequel se retrouve dans plusieurs clauses interdites. Dans certaines clauses, la gravité du déséquilibre est le fait du pouvoir unilatéral conféré au stipulant. Peut être citée en l'espèce l'interdiction pour le professionnel de se « *réserver le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien ou du service et élargie à la modification unilatérale de la durée et du prix* »¹³¹⁷.

924. La rédaction de certaines clauses constitue une grave entorse à l'équilibre contractuel en ce qu'elles confèrent un avantage au professionnel en l'absence de toute réciprocité¹³¹⁸. Il en va ainsi des clauses qui contraignent « *le consommateur à exécuter ses obligations alors que réciproquement le professionnel pourrait ne pas exécuter ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service* »¹³¹⁹, ou encore lors de la cessation de la relation contractuelle, qu'il s'agisse d'un droit de retenir des sommes versées sans contrepartie¹³²⁰ ou d'un droit de résiliation discrétionnaire¹³²¹.

925. Par ailleurs, l'interdiction peut trouver sa raison dans le fait que les clauses ne sont pas conformes aux attentes légitimes du consommateur, en rendant impossible la contestation de la non-conformité de la chose livrée ou du service rendu aux stipulations

¹³¹⁵ X. LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique », *JCP E*, n° 17, 27 avril 2006, p. 1663.

¹³¹⁶ S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, Economica, 2^{ème} éd. 2014, n° 458, p. 455 ; J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2015, n° 172 p. 173.

¹³¹⁷ C. consom., art. R.212-1, 3°.

¹³¹⁸ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les clauses abusives : les nouvelles clauses « noire » et « grise » à propos du décret du 18 mars 2009 », *JCP G*, n° 15, 9 avril 2009, I, p. 178.

¹³¹⁹ C. consom., art. R. 212-1, 5°.

¹³²⁰ C. consom., art. R. 212-1, 9°.

¹³²¹ C. consom., art. R. 212-1, 8°.

du contrat¹³²², soit de demander la résolution ou la résiliation d'un contrat qui ne répondrait plus à ses attentes en raison de la défaillance du professionnel¹³²³.

926. Enfin, entrent dans cette catégorie les clauses qui retirent, directement ou indirectement, une prérogative au consommateur. Il en va ainsi lorsque les clauses mettent en erreur le consommateur sur ses droits, en cas de restriction pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires¹³²⁴ ou en diminue la portée. Ainsi, par exemple, est interdite la clause qui subordonne, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel¹³²⁵.

927. En deuxième lieu, il faut étudier les clauses « *éventuellement abusives* »¹³²⁶. Il s'agit de celles qui, bien que pas condamnées de par leur existence, risquent de devenir abusives en raison de leur utilisation par un professionnel au détriment d'un consommateur. Ces clauses se trouvent dans une liste annexée au Code de la consommation. Elles ont pu faire l'objet d'une recommandation de la Commission des clauses abusives. Le juge peut aussi les qualifier comme telles¹³²⁷. Dans cette hypothèse, les clauses figurant dans le contrat ne sont pas interdites. Le professionnel pourra apporter la preuve de l'absence d'un déséquilibre significatif au détriment du consommateur par tout moyen. Bien que figurant dans la liste des clauses grises, fait qui peut influencer le juge, le caractère abusif de la clause sera apprécié souverainement¹³²⁸.

928. Derrière cette liste de clauses grises, se cache le principe selon lequel les clauses qui y figurent sont abusives *in abstracto* ; il est toutefois possible, dans certains cas, par une interprétation *in concreto*, que ces clauses ne soient pas abusives¹³²⁹. Il convient dès lors de s'interroger sur le passage d'une appréciation à l'autre, ou encore sur la

¹³²² C. consom., art. R. 212-1, 4°.

¹³²³ C. consom., art. R. 212-1, 7°.

¹³²⁴ C. consom., art. R. 212-1, 2°.

¹³²⁵ C. consom., art. R. 212-1, 11°.

¹³²⁶ S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation, Op. cit.*, n° 459 p. 457 ; J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation, Op. cit.*, n° 173 p. 175.

¹³²⁷ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation, Op. cit.*, n° 173, p. 175.

¹³²⁸ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats, Op. cit.*, n° 494, p. 280.

¹³²⁹ G. PAISANT, « Protection des consommateurs - Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives Décret du 18 mars 2009 », *JCP G*, n° 28, 6 juillet 2009, p. 116.

délimitation de la frontière entre les deux conceptions. Il peut paraître paradoxal qu'une clause éventuellement abusive puisse potentiellement virer vers la catégorie des clauses noires ou encore être libérée de tout caractère abusif par une appréciation *in concreto*. Il faut reconnaître que cette classification continue à laisser des zones d'ombre¹³³⁰.

929. À tout le moins, sont présumées abusives selon l'article R.212-2 du Code de la consommation « *les clauses ayant pour objet ou pour effet de : 1° Prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ; 2° Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 214-1, si c'est le professionnel qui renonce ; 3° Imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ; 4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ; 5° Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du consommateur ; 6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 212-1 ; 7° Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise ; 8° Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le consommateur que pour le professionnel ; 9° Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ; 10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ».*

¹³³⁰ *Ibid.*

930. En dehors même de tout texte réglementaire, les juges ont qualifié certaines clauses d'abusives¹³³¹. Il convient ainsi de traiter des clauses déclarées abusives par le juge. S'agissant des clauses ne figurant dans aucune liste et des clauses éventuellement abusives, le juge garde son pouvoir souverain d'appréciation quant au déséquilibre significatif¹³³². Il convient ainsi d'examiner les décisions jurisprudentielles afin de déterminer quels peuvent être les critères de l'abus¹³³³.

931. Lorsque l'on se réfère à la jurisprudence, on peut relever que certaines clauses, qui menacent l'économie de la convention, sont déclarées abusives. L'économie du contrat peut être considérée comme le fruit de la conjonction des idées « *d'équilibre et d'effectivité* »¹³³⁴.

932. À titre d'illustration, peuvent constituer une menace à une telle réalisation, les clauses limitatives de responsabilité. C'est ce que la Cour de cassation a pu sanctionner dans des contrats d'assurance. La clause en question vidait l'obligation de sa substance puisque l'assurance souscrite pour un incapable majeur ne garantissait que les risques du comportement d'un individu normal¹³³⁵ ou encore l'exclusion d'une garantie¹³³⁶. En ce qui concerne une clause limitative de responsabilité, la jurisprudence a estimé qu'elle ne vide pas l'obligation essentielle de sa substance à la condition qu'elle joue pour un type de manquement précis à l'exclusion des autres¹³³⁷. Dans cette jurisprudence EDF, « *la clause jouait uniquement pour la coupure inopinée d'électricité ; dans les autres cas, la*

¹³³¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral, Op.cit.*, n° 417, p. 454.

¹³³² N. SAUPHANOR –BROUILLAUD, « Les clauses abusives : les nouvelles clauses « noire » et « grise » à propos du décret du 18 mars 2009 », *Op. cit.*, p. 178.

¹³³³ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Thèse, PUAM, tom. I, 2000, n° 329, p. 304.

¹³³⁴ Ainsi « *Dans une convention synallagmatique, l'équilibre se traduit par le fait qu'il contient des obligations réciproques qui se contrebalancent. L'équilibre à l'économie des conventions doit être concret et effectif, c'est-à-dire tel qu'il a été concrètement souhaité par les parties. Il est également nécessaire de s'assurer de sa réalisation effective. Doivent être déclarées abusives les clauses qui menacent une telle réalisation.* » X. LAGARDE, « *Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique* », *JCP E*, n° 17, 27 avril 2006, p. 1663.

¹³³⁵ Cass. civ., 1^{ère}, 26 novembre 1991, n° 89-10.791, *Bull.*, I, 1991 n° 326, p. 212.

¹³³⁶ Cass. civ., 1^{ère}, 4 juin 1991, n° 88-17.707, inédit.

¹³³⁷ Cass. com., 18 décembre 2007, n° 04-16069, *Bull.*, IV, 2007, n° 265 ; *D.* 2008. AJ. 154, obs. X. DELPECH ; *JCP G*, 2008, I, 125, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

clause ne pouvait être invoquée si bien que l'obligation essentielle d'EDF conservait une consistance réelle »¹³³⁸.

933. La jurisprudence s'est encore exprimée sur les clauses limitatives de responsabilité en ce qu'elles sont susceptibles de vider de toute substance l'obligation essentielle. Elle l'a fait au sujet d'une clause qui cantonne la réparation d'un préjudice à une somme dérisoire. Il s'agissait de l'affaire Faurecia II¹³³⁹, dans laquelle la Cour de cassation a considéré que le montant stipulé par la clause n'était pas dérisoire au regard de l'équilibre général du contrat ; et qu'en cela la clause ne peut être réputée non écrite. La solution rendue ne permet donc pas de qualifier le déséquilibre significatif. La clause stipulée ne vide pas de sa substance l'obligation essentielle du contrat et ne porte pas atteinte à l'économie générale du contrat¹³⁴⁰.

934. En plus des clauses qui menacent l'économie d'une convention, on peut citer les clauses abusives en ce qu'elles font uniquement bénéficier au professionnel un avantage excessif. On peut dans cette hypothèse relever l'abus que pour autant que la clause litigieuse a pour double effet de bénéficier au professionnel et d'imposer quelque chose au consommateur. Autrement dit, la caractérisation d'un avantage est conditionnée par une comparaison dans le contrat entre l'existence ou non de la clause litigieuse. En son absence, il serait fait usage de dispositions supplétives. L'avantage est donc le fruit de l'amélioration par la clause de la situation du professionnel en comparaison de celle qui résulterait de l'application de ces dispositions¹³⁴¹.

935. On peut donc entendre que soient considérées abusives des clauses qui éludent, au profit du professionnel ou au détriment du consommateur, des règles supplétives. La Cour de cassation a qualifié d'abusives des clauses qui « *inverse, au détriment du*

¹³³⁸ Y.-M. LAITHIER, « Clauses abusives. Les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales) », *RDC*, n° 4, 1 octobre 2009, p. 1650.

¹³³⁹ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *Bull.*, IV, 2010, n° 115 ; *D.*, 2010, p. 1832, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2010, 555, obs. B. FAGES.

¹³⁴⁰ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, Dalloz, 2016, n° 23.331, p.98.

¹³⁴¹ X. LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique », *Op.cit.*, p. 1663.

consommateur, la charge de la preuve »¹³⁴², ou une clause qui « faisant peser sur le locataire la quasi-totalité des dépenses incombant normalement au bailleur qui en est ainsi dispensé sans contrepartie »¹³⁴³.

936. Les juges du fond apportent aussi leur contribution puisqu'ils jugent abusives, dans l'affaire SFR, des clauses stipulées dans les conditions générales dont « une clause prévoyant une prolongation automatique du contrat en cas de changement pour une formule d'abonnement à la durée minimale inférieure à celle restant à courir au titre du contrat initial », ou bien « une clause prévoyant uniquement la possibilité pour l'abonné de résilier son contrat en cas d'inaccessibilité du service principal, sans qu'une possibilité semblable soit envisagée en cas d'inaccessibilité des services optionnels ou complémentaires »¹³⁴⁴.

937. En outre, on peut se poser la question, après l'analyse de l'approche du Code de la consommation, de la manière dont il faut regarder le déséquilibre significatif en matière civiliste. Limité aux contrats d'adhésion, dont le déséquilibre a pour origine une différence de pouvoir dans la négociation, le Code civil duplique les limites du droit de la consommation en écartant du champ des clauses abusives celles relatives à l'objet principal du contrat. L'article 1171 prévoit que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Cependant, cette limitation peut être contrebalancée si l'on accole le contrôle du déséquilibre significatif à celui concernant le cœur du contrat institué à l'article 1170 qui dispose que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite »¹³⁴⁵.

¹³⁴² Dans l'espèce la cour de cassations « approuve les juges de fond d'avoir déclaré abusives deux clauses qui figuraient dans des contrats de crédit à la consommation. D'abord, celle stipulant que « de convention expresse, pour limiter les coûts du crédit, la délivrance de cette information exigée par l'article L.311-9 du Code de la consommation – sera établie par la production de l'enregistrement informatique de l'envoi » ... » : Cass. civ., 1^{ère}, 1 février 2005, n° 01-16.733, *Bull.*, I, 2005, n° 60, p. 51 ; *RTD civ.*, 2005, 393, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *D.*, 2005, p. 640, obs. AVENA-ROBARDET.

¹³⁴³ Cass. civ., 3^{ème}, 17 décembre 2015, n° 14-25.523 ; *JCP G*, 2016, doctr., 345, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

¹³⁴⁴ TGI Paris, 17 mai 2016, n° 12/09999 ; *D. IP/IT*, 2016, p. 428, note C. LE GOFFIC.

¹³⁴⁵ S. LE GAC-PECH, « À la recherche du déséquilibre généré par une clause : entre atteinte à l'obligation essentielle du contrat et déséquilibre significatif », *JCP Entreprise et Affaires*, n° 36, 8 septembre 2016, p. 1467.

938. La Cour de cassation, dans sa décision 14 avril 2016, sème le doute par la définition de la clause abusive selon le droit commun¹³⁴⁶. La Cour de cassation se réfère de manière équivoque à une atteinte à l'obligation essentielle du contrat. Par la définition de la clause abusive, en référence à celle portant atteinte à la substance même du contrat, la Haute juridiction se permet ainsi de contrôler l'objet principal du contrat normalement exclu de son champ d'application. La mise en œuvre des deux articles pose un sérieux problème qu'il faudra résoudre car elle ne manque pas créer de l'insécurité juridique. La qualification du « déséquilibre significatif » a besoin d'une interprétation du juge nécessairement postérieure à la conclusion du contrat¹³⁴⁷.

939. La lecture civiliste du déséquilibre significatif, à l'interaction des règles commercialistes ne manquera pas de susciter la réflexion quant à leur influence réciproque. La première question à laquelle il faut répondre est celle des effets de l'introduction de l'article 1171 du Code civil sur l'article L. 442-6-I-2° de Code de commerce. L'intronisation d'une règle générale traitant du déséquilibre significatif n'a-t-elle pas pour effet de réduire l'utilité de règles commercialistes et d'aboutir à son redimensionnement. Cela peut être l'occasion de rendre plus cohérent le droit de la concurrence, mais là n'est pas la question. L'intérêt en l'occurrence est de présenter les différences qui existent entre les deux règles relatives au déséquilibre significatif. La première différence concerne, nous l'avons déjà vu, le champ de la protection civiliste, puisque cette dernière ne concerne que le contrat d'adhésion.

940. En outre, au regard de la jurisprudence relative à la règle du Code de commerce, la preuve requise d'un comportement visant « à soumettre ou tenter de soumettre », ou soumettre à l'impossibilité de négocier, n'est souvent pas très éloignée, de l'hypothèse d'un contrat d'adhésion, à tout le moins selon la conception qui valait avant la définition figurant dans le nouvel article 1110 alinéa 2¹³⁴⁸. Le contrat d'adhésion est ainsi celui « dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance

¹³⁴⁶ *Ibid.*

¹³⁴⁷ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *Op. cit.*, n° 498, p. 282.

¹³⁴⁸ M. CHAGNY, « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats », *RTD com.*, n° 3, 7 octobre 2016, p. 451.

par les parties ». La majorité des contrats de distribution, des contrats de prêts entrent, selon cette définition, dans la catégorie des contrats d'adhésion¹³⁴⁹.

941. Cette compréhension de l'article L. 442-6 pourrait désormais être soutenue par le droit commun. Elle permettrait de maintenir une harmonie d'ensemble qui constituerait un frein dans tous les cas à l'interdiction du déséquilibre significatif aux contrats dont l'absence de négociation est relevée. Le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° serait mieux délimité, et ne constituerait plus n'étant plus qu'une ramification du domaine de l'article 1171 du Code civil.

942. Pour que cette harmonie ne soit pas qu'un leurre, il faudra néanmoins expliciter, en plus de la définition légale, la signification du contrat d'adhésion : « *un contrat dont le contenu, sans être « déterminé à l'avance », n'a pu être négocié compte tenu de la position de faiblesse de l'une des parties est-il un contrat d'adhésion ? Une clause imposée dans un contrat négocié influe-t-elle sur la qualification de celui-ci ?* »¹³⁵⁰. Une fois encore, on ose espérer que la Haute juridiction sera capable de s'orienter vers une approche globale en cette matière.

943. Les deux règles se distinguent encore parce que l'une peut jouer en cas de déséquilibre sur le prix alors que l'autre ne saurait jouer dans ce cas. En effet, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'il fallait, en vertu de l'article L. 442-6, I, 2°, « *examiner si les prix fixés entre des parties contractantes créent ou ont créé, un déséquilibre entre elles et si ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif* »¹³⁵¹. Cet avis est celui de la doctrine qui considère que le contrôle de l'équilibre financier par l'intermédiaire de l'article L. 442-6, I, 2° est « *même l'intérêt de ce texte* »¹³⁵². En effet, toutefois, il serait concevable que l'article 1143 du Code civil relatif à la violence sous la forme d'un abus de l'état de dépendance puisse pallier la carence¹³⁵³. Enfin, l'article du

¹³⁴⁹ D. MAINGUY, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP E*, n° 7, 18 février 2016, act. n° 151.

¹³⁵⁰ A. RIÉRA, « Le déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives de concurrence et en droit des obligations une notion, deux régimes ? », *Rev.Lamy conc.*, n° 52, 1 juillet 2016.

¹³⁵¹ C.A. Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166, *Ikea Supply*.

¹³⁵² A. RIÉRA, « Le déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives de concurrence et en droit des obligations une notion, deux régimes ? », *Op. cit.*

¹³⁵³ *Supra* p. 247 et s.

Code de commerce contient des pouvoirs procéduraux au ministre de l'Économie inexistant en droit commun¹³⁵⁴.

944. L'application de l'article 1171 du Code civil peut être réalisée par référence aux dispositions spéciales en la matière et aux utilisations auxquelles les articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-6-I-2° du Code de commerce ont suscité. Contrairement à l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce, exigeant que le déséquilibre significatif trouve sa source dans la soumission ou la tentative de soumission du partenaire commercial, l'article 1171 ne prévoit pas de renvoi au comportement du cocontractant, invitant de ce fait à une appréciation objective du seul déséquilibre¹³⁵⁵. C'est donc ainsi que se qualifient les clauses abusives en droit français. Qu'en est-il en droit koweïtien ?

B. La qualification en droit koweïtien

945. Le législateur, dans l'article 81 du Code civil koweïtien, dispose que « *lorsque le contrat se forme par adhésion et contient des clauses abusives, le juge peut, à la demande de l'adhérent, modifier ces clauses ou en dispenser la partie adhérente, même s'il a pris connaissance de ces clauses, et cela, conformément aux règles de l'équité. Toute convention contraire est nulle* ». Nous pouvons en déduire que le législateur koweïtien n'a pas explicitement définit les clauses abusives, mais l'a fait implicitement à travers la définition même du contrat d'adhésion. Ainsi, les clauses abusives seraient des spécificités propres au contrat d'adhésion. Par conséquent, il revient à la jurisprudence et à la doctrine de préciser la définition.

946. La doctrine a initialement tenté de définir les clauses abusives. Certains auteurs l'ont défini comme « *la clause qui serait contraire, avec ce qui devrait prévaloir dans les relations contractuelles conformément à l'esprit des lois et de l'équité* »¹³⁵⁶ ; d'autres

¹³⁵⁴ *Infra* p. 346.

¹³⁵⁵ D. MAINGUY, M. DEPINCE, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2015, p. 213.

¹³⁵⁶ A. ABDULBAQI, « La théorie du contrat et l'autonomie de la volonté, étude approfondie et comparative de la doctrine islamique », *Encyclopédie du droit civil égyptien*, 1984, p. 212

comme étant « *la clause qui dénature la finalité du contrat et qui crée un déséquilibre entre les parties* »¹³⁵⁷. Cependant, toutes ces définitions, en plus d'être caractérisées par la généralité, semblent ne pas contenir les caractéristiques essentielles des clauses abusives. Pour cette raison, la doctrine a essayé d'établir une définition plus précise de ces clauses selon différentes approches, dans le but de distinguer, par exemple, les clauses abusives présentes dans les contrats de consommation et celles présentes dans d'autres contrats. À cet égard, la clause abusive dans le contrat de consommation a été définie comme : « *une clause imposée par le professionnel au consommateur, usant de son pouvoir économique pour bénéficier d'un avantage excessif, qui crée un déséquilibre du contrat ; le consommateur n'a alors d'autres choix que d'accepter ou refuser* »¹³⁵⁸.

947. Cette définition se focalise sur les cocontractants. Il existe d'autres définitions qui reposent sur la façon dont la clause est imposée. La clause abusive est alors « *la clause qui est insérée dans le contrat par l'une des parties, laquelle impose sa volonté à l'autre partie, dans son intérêt propre, de manière excessive, diminuant les droits de la partie adhérente* »¹³⁵⁹. Certains auteurs ont défini la clause abusive comme « *la clause contraire à l'ordre public de protection du consommateur et affaiblissant la confiance de l'une des parties sur l'autre* »¹³⁶⁰.

948. Toutes ces définitions qu'ont tenté d'apporter la doctrine, afin de clarifier le sens des clauses abusives, restent insuffisantes pour en préciser le sens, surtout en l'absence de texte juridique explicite. Par conséquent, l'approche la plus probable pour définir ces clauses était de mettre en place des critères avec lesquels on pourrait prouver la présence de clauses abusives¹³⁶¹. En premier lieu, il convient de retenir le critère de la dépendance économique. Il s'agit d'un standard subjectif fondé sur l'abus de la puissance économique. Cet indicateur résulte de la qualité propre des cocontractants, c'est à dire l'abus du pouvoir économique, en d'autres termes, la supériorité économique ou

¹³⁵⁷ A. AIRIFAI, *La protection civile du consommateur vis-à-vis le contenu contractuel*, Dar Alnahdah Alarabia, 1994, p. 212.

¹³⁵⁸ *Ibid.*, p. 214.

¹³⁵⁹ M. ALOGI, *Le droit civil, le contrat*, Manshorat Al Halabi Al Hoquoquia, 4^{ème} éd., tom. I, 2007, p. 764.

¹³⁶⁰ H. FAQUIH, *Le contrôle judiciaire des contrats d'adhésion*, Manshorat Alhalabi Alhoquoquia, 2014, p. 186.

¹³⁶¹ *Ibid.*, p. 191.

technique du professionnel lui permet d'imposer des clauses abusives à l'autre partie. En plus de cela, il faut prendre en compte la position de l'autre partie, car elle n'a d'autre choix que d'accepter le contrat ou de refuser. Et dans la plupart des cas, ce dernier est dans l'incapacité de discuter les obligations essentielles du contrat¹³⁶².

949. La dépendance économique signifie généralement l'ensemble des preuves et concepts qui mettent le consommateur en situation de faiblesse par rapport au professionnel. Il est indéniable que la dépendance économique se manifeste de la façon la plus claire dans la relation entre consommateur et professionnel. Aussi, la dépendance économique peut se manifester sous la forme d'un monopole économique du professionnel par rapport au consommateur, ou entre professionnels¹³⁶³.

950. En second lieu, on peut opter pour le critère « d'avantage excessif ». La définition des clauses abusives sur ce critère est plus conforme au phénomène des clauses abusives. C'est un critère objectif qui dépend, en premier lieu, des effets découlant de l'existence de ces clauses dans le contrat. Ce critère est la conséquence du premier critère. En effet l'avantage excessif est la conséquence de l'usage abusif de la dépendance économique¹³⁶⁴. On entend par avantage excessif le déséquilibre entre les droits et les obligations des parties au contrat¹³⁶⁵.

951. En réalité, ce critère semble conforme à l'approche du législateur koweïtien au sens de l'article 81 du Code civil qui prévoit la relation entre le contrat d'adhésion et les clauses abusives. De sorte que le texte juridique accentue, en premier lieu, sur les effets découlant de l'existence des clauses abusives. Ceci se manifeste dans les termes de l'article 81 du Code civil koweïtien qui dispose que « lorsque le contrat se forme par adhésion *et contient des clauses abusives, le juge peut, à la demande de l'adhérent, modifier ces clauses ou en dispenser la partie adhérente, même s'il a pris connaissance*

¹³⁶² *Ibid.*

¹³⁶³ A. F. AL BAQI, « La théorie du contrat, et la volonté unique, étude approfondie et comparative de la jurisprudence islamique », *Encyclopédie du droit civil égyptien*, 1984, p. 212.

¹³⁶⁴ S. A. SALAM, *L'équilibre contractuel dans le cadre des contrats d'adhésion*, Maison de la renaissance arabe, 1998, p. 57.

¹³⁶⁵ A. AL RIFAI, *La protection civile du consommateur vis-à-vis du contenu contractuel*, *Op. cit.*, p. 221.

de ces clauses, et cela, conformément aux règles de l'équité. Toute convention contraire est nulle ».

952. Si le principe est que les obligations du contrat devaient être équilibrées entre les parties, le contrat peut cependant contenir des éléments conduisant au déséquilibre entre les obligations, ce qui favoriserait une des parties. Une situation où l'une des parties bénéficie d'un avantage excessif rendrait l'obligation du débiteur sans contrepartie équivalente. Cet avantage abusif n'est pas forcément d'ordre financier, il peut par exemple concerner les clauses de transfert des risques¹³⁶⁶.

953. Ceci est confirmé par les exemples cités par la doctrine pour définir les clauses abusives. Est considérée comme une clause abusive, la clause d'exonération de responsabilité de la partie forte, ou son pouvoir unilatéral de renonciation au contrat, mais également, les clauses qui ajouteraient une charge à la partie adhérente, ou limitent sa liberté de contracter avec autrui. De même, sont considérées comme clauses abusives le renouvellement tacite du contrat afin de prolonger l'engagement du contractant le plus longtemps possible, et l'exclusion des règles de compétence juridique¹³⁶⁷.

954. Aussi sont également incluses dans les clauses abusives, l'exonération de la garantie des vices cachés et la garantie de trouble et d'éviction. Il en va ainsi, du droit du stipulant dans la détermination du prix conformément aux tarifs en vigueur au moment de la livraison, ainsi que de son droit de changer le service offert ou les caractéristiques du produit sans changer le prix, ou de la clause d'arbitrage en cas de conflit qui prévoirait la compétence d'un organisme étranger¹³⁶⁸.

955. Certains pensent que la détermination de l'avantage excessif de la clause n'est pas sans difficulté, surtout que la clause abusive peut parfois sembler justifiée si on prend en compte l'ensemble du contrat, et les obligations pour lesquelles elles ont dû être ajoutées.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, p. 222.

¹³⁶⁷ A. HEGAZI, *La théorie générale des obligations. Partie 2 : les sources de l'obligation*, Matbaat Nahdat Masser, 1954, p. 326.

¹³⁶⁸ H.-Al Din ALAHWANI, *Les sources de l'obligations, les sources volontaires*, Dar Alnahdah Alarabia, 1992, p. 326

Par exemple, la baisse du prix ou l'octroi de délai de paiement peut permettre l'insertion d'une clause de transfert de risques sur la partie adhérente¹³⁶⁹.

956. Dans tous les cas, ces exemples illustrent ce qu'incluent les clauses abusives, mais à la fin, la décision revient au juge de fond. C'est à lui de juger si la clause est abusive et contraire avec l'esprit des lois et de l'équité. Et cela à la lumière des circonstances au cas par cas, et de la situation personnelle des co-contractants qui ne sont pas prises en compte par la Cour de cassation. Le juge sera souverain pour apprécier cela. Notons que la présence de clauses abusives dans le contrat d'adhésion ne signifie pas que le contrat soit entièrement en défaveur de l'adhérent. Il est indéniable que l'adhérent puisse bénéficier de ce contrat. Mais ce qu'il a payé en échange et ses obligations n'équivalent aucunement à celles de la partie forte. Cette dernière a une position favorable par rapport à la partie faible¹³⁷⁰.

957. La position du législateur Koweïtien, qui ignore la définition des clauses abusives, n'est pas considérée comme un cas isolé dans le domaine. En effet, sa position est semblable à celles des législateurs des autres pays arabes. C'est ce que prévoit, par exemple, l'article 149 du Code civil égyptien. Nous avons précédemment mentionné l'influence du droit égyptien sur le droit Koweïtien qui prévoit que « *lorsque le contrat se forme par adhésion et contient des clauses abusives, le juge peut modifier ces clauses ou en dispenser la partie adhérente. Cela, conformément aux règles de l'équité. Toute convention contraire est nulle*¹³⁷¹. La Cour de cassation égyptienne a octroyé au juge du fond le pouvoir d'apprécier si la clause est abusive ou non¹³⁷².

¹³⁶⁹ A. ALMOLHEM, « Les contrat type et les conditions des éradications des clauses abusives », *Revue de droit*, université du Koweït, 16^{ème} année, 1992.

¹³⁷⁰ M. BENDARI, « Vers une approche élargie de la protection du consommateur dans le contrat d'adhésion, étude comparative des droits Égyptiens et Émiratis », *Revue de la sécurité et du droit*, 8^{ème} année, janvier, 2000, p. 101

¹³⁷¹ *Supra* note n°67.

¹³⁷² S. ALSHAALA, *La Cassation en matière civil et contrats, l'ensemble des règles juridiques énoncées par la Cour de cassation dans les contrats de vente, le troc, le don, la société, le crédit, la réconciliation à travers 73 ans, 1931-2003*, Monshaat Almaaref d'Alexandrie, tom.1, 2005. Voir aussi : Cass. civ., Égypt., 12 décembre 1989, n° 388/57. Pour les règles jurisprudentielles de la Cour de cassation égyptien de contrat d'adhésion : J. ALOTAIBI, *Les règles judiciaires explicatif de droit civil, les effets du contrat, l'autonomie de la volonté*, Dar Althaqafa, tom. 3, 2014, p. 97.

958. Il est important de mentionner que la majorité de la doctrine en droit koweïtien pense que la théorie du contrat d'adhésion octroie au juge le pouvoir d'intervenir pour la protection de toutes les parties en position de faiblesse, que cette faiblesse soit économique, intellectuelle ou technique. En d'autres termes, ces juristes pensent que le législateur donne au juge la mission d'élargir son contrôle juridique sur les clauses abusives. Par conséquent, plus le pouvoir judiciaire s'enhardit pour relever les cas où des clauses abusives sont présentes, plus que le contrôle judiciaire est efficace. Or le manque de précision de la définition des clauses abusives et la référence aux principes généraux comme l'équité a conduit à des difficultés dans le contrôle judiciaire sur ces clauses¹³⁷³.

959. De plus, le manque de précision peut conduire à des considérations personnelles dans l'action du juge. Cela conduit à des divergences dans la jurisprudence qui vont avoir des effets sur le système judiciaire. Tout cela a conduit les juges à avoir des réserves sur la définition des clauses abusives, et à en limiter l'application. Par conséquent, la volonté des juges d'unifier la jurisprudence, en matière de clauses abusives, les a poussés à garder une approche conservatrice. Cette divergence des solutions peut contredire le principe d'égalité devant la loi, ainsi que le principe de sécurité juridique¹³⁷⁴, et peut déboucher lors du contrôle sur les clauses abusives sur une appréciation des juges incohérente.

960. En conséquence, le danger de l'usage de concepts généraux tels que les clauses abusives, le contrat d'adhésion et l'équité sans définition précise, peut conduire à des contradictions entre les principes essentiels du droit. Cela peut conduire le juge à sacrifier un principe au dépend de l'autre. En effet le juge, à qui le législateur a confié la responsabilité de rétablir l'équilibre contractuel dans les contrats d'adhésion, doit en même temps appliquer les principes de la sécurité juridique et l'égalité devant la loi. Il doit les appliquer avec toutes ses conséquences et ses effets. Il doit prendre en compte la nécessité de réduire ou de limiter les champs d'un de ces principes imprécis au profit d'un autre. Autrement dit, les juges ont sacrifié leur pouvoir d'appréciation souverain des clauses abusives au profit du principe de sécurité juridique. En réalité, la plupart des

¹³⁷³ E. DAWOUD, *La protection du consommateur contre les clauses abusives, analyse comparative de la théorie de contrat d'adhésion et de contrat de consommation*, Dar Aljamiaa Algadida, 2014, p. 69.

¹³⁷⁴ *Ibid.*

lacunes du système juridique sont dues à l'imprécision de nombreux principes, dont l'application crée des conflits¹³⁷⁵.

961. En effet, l'étude théorique de l'équité dans le domaine juridique en tant que notion entourée de « *mystère, incertitude et d'embarras* » est source d'hésitations. Même si la doctrine a énoncé et énonce toujours différentes définitions de l'équité, aucune n'est vraiment satisfaisante et le contenu de cette notion, qu'un auteur a qualifié de « *notion mystérieuse* », demeure « *vague* », « *fuyante* » et ne garantit pas, selon une formule souvent usitée qui devra être précisée, la sécurité juridique. De plus, il est difficile, voire impossible, selon certains auteurs, « *d'effectuer une approche définitionnelle rigoureuse de la notion dont les critères d'application sont aussi indécis* »¹³⁷⁶.

962. Par conséquent nous voyons l'urgence pour le législateur Koweïtien d'adopter une définition des clauses abusives à l'instar du législateur français. Car l'absence des pouvoirs de négociations permet de créer un déséquilibre entre les parties à un contrat d'adhésion en particulier. Il est donc logique de définir les clauses abusives comme celles « *qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Une fois que la clause abusive est qualifiée, il appartiendra aussi au juge de la sanctionner.

§ 2. La sanction des clauses abusives

963. Les clauses abusives contribuent donc, lorsqu'elles sont qualifiées, à déséquilibrer la relation contractuelle, à rompre dans une certaine mesure l'équilibre contractuel. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de les sanctionner. Avec le nouvel article 1171 inséré dans le Code civil français, lors de la réforme du droit des contrats par ordonnance du 10 février 2016, force est de constater que son articulation avec les autres textes de sanction des clauses abusives rajoute des difficultés à celles déjà existantes. (A). Le droit koweïtien se limite à réputer non écrite les clauses abusives ou à les modifier (B).

¹³⁷⁵ *Ibid.*, p. 70.

¹³⁷⁶ C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Thèse, LGDJ, 2000, n 3-4, p. 3.

A. La sanction en droit français

964. Elle varie aujourd'hui entre la réputation non écrite de la clause pour les législations civiliste et consumériste (b) et l'allocation de dommages-intérêts par la mise en œuvre de la responsabilité civile du rédacteur de la clause litigieuse dans la législation commercialiste (a).

a. La responsabilité civile

965. L'action en responsabilité civile sur le fondement de l'article L. 442-6 I, 2° permet de garantir l'effectivité de la protection contre la clause abusive « *grâce au droit de la consommation d'abord, grâce aux sanctions prévues, ensuite, grâce aux acteurs qui peuvent intervenir, enfin* »¹³⁷⁷. Le professionnel pourra effectivement bénéficier, lorsqu'il saisira le juge, pour faire sanctionner une clause abusive, de la construction jurisprudentielle du droit de la consommation sur cette question. Même si la référence est possible, force est de constater que la sanction ne repose pas sur le même fondement, puisque l'article 442-6 I, 2° permet seulement d'engager la responsabilité civile du contractant qui soumet son partenaire commercial à créer un déséquilibre significatif¹³⁷⁸.

966. Selon l'article L. 442-6 III, « *l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article* ».

967. La clause abusive peut donc également faire l'objet d'une action pour, notamment, prononcer sa nullité et une amende, à la demande du ministère de l'Économie, du ministère public et du président de l'Autorité de la concurrence. Par le

¹³⁷⁷ D. MAZEAUD, T. GENICON, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC*, 1 janvier 2012, n° 1, p. 276.

¹³⁷⁸ M. PEDAMON, H. KENFACK, *Droit commercial, Op. cit.*, p. 661 ; D. HOUTCIEFF, *Droit commercial, Op. cit.*, 2016 p. 609.

biais de ces sanctions, on peut permettre de renforcer l'effectivité de la protection des professionnels contre les clauses abusives. Nous l'avons déjà vu, le juge n'aura la possibilité de se prononcer et d'utiliser ces nouveaux moyens contraignants que dès lors qu'il est saisi. Or, on ne peut être aussi optimiste quant à la saisine du juge par les entreprises sous domination de leurs partenaires commerciaux. À moins qu'il n'ait pas écho de ces pratiques, il appartiendra au ministre de l'Économie de jouer son rôle de régulateur¹³⁷⁹.

968. Il faut néanmoins préciser la possibilité de recourir à l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce selon lequel, « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé par 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* ». Ce dernier reprend les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile¹³⁸⁰.

969. La responsabilité évoquée ici est délictuelle¹³⁸¹ alors qu'on aurait pu penser qu'elle soit contractuelle. La soumission à des clauses déséquilibrées ne constitue pas l'inexécution d'un contrat qui pourrait mener à l'engagement de la responsabilité contractuelle au sens de l'article 1231 du Code civil. L'article L. 442-6 I du Code de commerce rejoint plus l'article 1240 du Code civil relatif à la responsabilité délictuelle. Les producteurs, les commerçants, les industriels ou les personnes immatriculées au répertoire des métiers peuvent faire l'objet d'une condamnation à des dommages intérêts

¹³⁷⁹ « Au cas contraire, il sera dans ce cas difficile d'émettre un avis sur l'effectivité de la protection légale. Cela ne signifie pas qu'on ne puisse se féliciter de ce procédé de régulation. La protection serait indubitablement très limitée si on ne s'intéresse qu'à l'action des victimes qui le plus souvent se trouvent dans une situation de dépendance économique. La seule interrogation subsistante est celle du degré d'implication des acteurs publics et de leur probité à agir. » M. PICHON de BURY, C. MINET, « Incidences de la suppression de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce et de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif » par la LME », *CCC*, n° 12, décembre 2008, n° 21.

¹³⁸⁰ La faute correspondant au fait de soumettre ou tenter de soumettre le partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre. Le préjudice et le lien de causalité se retrouvent dans la locution « le préjudice causé ». B. FAGES, *Droit des obligations*, *Op. cit.*, n° 190, p. 172.

¹³⁸¹ *Ibide.*

en réparation du préjudice causé à un partenaire commercial, cette condamnation pouvant être prononcée par le juge commercial ou civil¹³⁸².

970. C'est en ce sens que la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 18 mai 2016, rend sa décision. Dans le cadre d'un contrat de distribution exclusive conclu, un litige relatif à ce contrat est né. Une partie profita de l'occasion pour dénoncer le caractère abusif de certaines de ses clauses et solliciter le juge pour les réputer non écrites. La Cour d'appel écarte la demande au motif que « *l'action ouverte sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce tend à la réparation d'un préjudice et ne peut donner lieu à annulation du contrat ou des clauses litigieuses* »¹³⁸³.

971. Cette décision est aussi bien contraire à la jurisprudence qu'à la position d'une partie de la doctrine favorable à la suppression des clauses lors de l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce¹³⁸⁴. La question de l'avenir d'une telle solution doit être posée. Effectivement, si la Cour de cassation devait entériner la décision de la Cour d'appel de Paris, il y aurait un net regain d'intérêt dans la discussion sur l'applicabilité de l'article 1171 aux relations commerciales dès lors qu'il constituerait l'unique possibilité pour le justiciable d'obtenir l'éviction de la clause en question¹³⁸⁵, autrement dit de la réputer non écrite.

b. La réputation non écrite de la clause

972. Contrairement à l'article 442-6, I, 2° du Code de commerce, qui permet d'engager la responsabilité civile du partenaire commercial lorsqu'il crée un déséquilibre significatif, l'article L. 212-1 du Code de la consommation et l'article 1171 du Code civil réputent non écrite toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les parties au

¹³⁸² M. PEDAMON, H. KENFACK, *Droit commercial, Op. cit.*, p. 669.

¹³⁸³ Paris, pôle 5, ch. 4, 18 mai 2016, n° 14/12584, *SARL Lylou c/ SAS Opti'mom*, Juris-Data n° 2016-011263.

¹³⁸⁴ H. BARBIER, « De la diversité des sanctions du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : responsabilité pour l'article L. 442-6, I, 2e mais pas de réputé non écrit, et requalification pour les promesses de contrat », *RTD civ.*, n° 4, 13 décembre 2016. p. 852.

¹³⁸⁵ *Ibid.*

contrat. Le régime juridique propre à la sanction des clauses abusives est donc différent en fonction des domaines d'application.

973. La stipulation d'une clause abusive est sanctionnée de manière relativement efficace par le Code de la consommation, ce dernier les réputant non écrites. L'article L. 241-1 alinéa 2 du Code de la consommation prévoit que « *le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses* ». Dans la majorité des cas c'est le consommateur qui dénoncera de manière incidente le caractère abusif d'une clause lors d'une action en justice engagée par le professionnel pour que le consommateur s'exécute. Rien ne l'empêche d'être à l'origine de l'action. Le juge, à l'occasion du litige, peut soulever d'office le caractère abusif de la clause¹³⁸⁶.

974. L'action du juge, dont les pouvoirs sont renforcés par la loi¹³⁸⁷, sera possible lorsque la clause en question fait partie de la liste noire de l'article R. 212-1 du Code de la consommation ou lorsque le caractère abusif d'une clause aura déjà été révélé. Le juge n'est pas tributaire d'une demande du consommateur. Il doit néanmoins se conformer au principe du contradictoire et prendre en considération l'ensemble du contrat. Même si le juge a la possibilité de déclarer d'office le caractère abusif d'une clause, il ne peut néanmoins procéder à la révision de son contenu¹³⁸⁸.

975. Les effets de la suppression sont simples, la clause litigieuse doit disparaître alors que le contrat est maintenu. Cela est très favorable au consommateur dès lors que le contrat est rééquilibré et subsistera. Il en va autrement lorsque la clause annulée constitue la cause implicite et déterminante du consentement. C'est le professionnel qui devra prouver ce lien¹³⁸⁹.

976. Certains auteurs estiment que « *dans les contrats déjà conclus (...) cette sanction est nécessaire mais elle ne saurait suffire. Elle implique en effet que le contrat soit, après*

¹³⁸⁶ S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, *Op. cit.*, n° 467, p. 467.

¹³⁸⁷ L'article R.632-1 du Code de la consommation.

¹³⁸⁸ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, *Op. cit.*, n° 496, p. 261 s.

¹³⁸⁹ S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, *Op. cit.*, n° 467, p. 467.

sa conclusion, porté devant le juge, ce qui est sera rare dans les affaires de consommation. À supposer même qu'une clause soit réputée non écrite par le juge, cette décision n'aura d'effet que pour le consommateur partie au litige. Dans de nombreux contrats, la clause abusive s'appliquera, du moment qu'elle est écrite, sans que le consommateur songe même à invoquer sa nullité. Réputer non écrites les clauses abusives permet de protéger ponctuellement quelques consommateurs, mais ne permet pas de régler globalement le problème des clauses abusives. Il faut donc aller plus loin et chercher à les supprimer effectivement »¹³⁹⁰.

977. L'article L. 621-8 dispose que « lorsqu'il est saisi en application de l'article L. 621-7, le juge peut ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ou dans tout contrat en cours d'exécution. Les associations et les organismes mentionnés à l'article L. 621-7 peuvent également demander au juge de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés ». Cet article se borne à ouvrir l'action aux associations de consommateurs mais n'ajoute rien en ce qui concerne la sanction puisqu'il ne fait que rappeler le caractère non écrit de la clause. Le fait de pouvoir demander l'extension à tous les contrats identiques est-il suffisant. Seule une sanction financière dissuasive permettrait de lutter convenablement contre les clauses abusives.

978. Le législateur consommériste a fait un pas dans cette direction, en sanctionnant par une amende administrative les clauses abusives mentionnées dans la liste noire. En effet, l'article L. 241-2 du Code de la consommation dispose que « Dans les contrats mentionnés à l'article L. 212-1, la présence d'une ou de plusieurs clauses abusives relevant du décret pris en application du quatrième alinéa de l'article L. 212-1 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale ». Ces amendes

¹³⁹⁰ J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2015, n° 177, p. 182.

administratives ont été prévues dans le but de « *garantir l'effectivité de la règle de droit* »¹³⁹¹. Force est de relever néanmoins, d'une part, que ces mesures sont loin d'être dissuasives, et, d'autre part, qu'elle ne s'applique pas aux autres¹³⁹².

979. Il convient désormais de voir si la réforme du droit des contrats a permis de faire évoluer cette situation. L'article 1171 du Code civil place le juge dans une position centrale pour apprécier si le contrat est valablement formé. C'est à lui qu'est conféré la mission de pourchasser le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans le contrat d'adhésion et donc de sanctionner la clause lorsque le déséquilibre significatif est constaté, le texte lui laissant alors une marge d'appréciation. On relève en l'occurrence le lien avec le modèle consumériste jusque dans la technique de sanction prévue par l'ordonnance. Pendant que le droit des affaires édicte « la nullité » de la clause, le Code civil met en œuvre la solution du droit de la consommation, en réputant la clause non écrite, ce qui prive la nullité de s'étendre à la totalité du contrat¹³⁹³.

980. Dans une certaine mesure, « *la relative absence du juge dans la confection ou réfaction du contrat, à l'exception* » de certain pouvoir, par exemple « *de la révision du contrat pour imprévision* », n'est pas contestable en vertu des principes de la sécurité juridique et de la liberté contractuelle qu'elle paraît garantir. Il reste que ses pouvoirs pratiques sont colossaux, puisqu'il contrôle le domaine et le contenu des dispositions législatives, prérogatives suffisantes pour dire que l'interprétation des standards dépend beaucoup du juge. À titre d'illustration, c'est à lui qu'il appartient d'apprécier le principe d'égalité lors de la définition du contrat d'adhésion et du déséquilibre significatif¹³⁹⁴.

981. En confiant au juge, par le jeu de l'article 1171 qui constitue une des dispositions phare de la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, la possibilité de réputer non écrites les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans les contrats d'adhésion, il franchit un nouveau cap dans la

¹³⁹¹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *RDC*, n° 3, 1 septembre 2016, p. 492.

¹³⁹² J. CALAIS-AULOY et F. STEINMENTZ, *Droit de la consommation*, *Op.cit.*, n° 176, p. 181.

¹³⁹³ D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, n° 2, 1 juin 2016, n° p. 358.

¹³⁹⁴ D. FENOUILLET, « Les valeurs morales », *RDC*, n° 3, 01 septembre 2016, p. 589.

traque aux clauses abusives¹³⁹⁵. Il y a ici un petit changement par rapport au projet d'ordonnance du 25 février 2015 qui énonçait que la clause « *peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* »¹³⁹⁶. Le projet prévoyait ainsi que le juge disposait simplement d'une faculté pour écarter la clause et cela était sujet à la demande de la partie subissant le déséquilibre. Ces précisions n'ont pas été retenues dans l'ordonnance, ce qui facilite la mise en œuvre de l'article 1171 qui limite cependant l'interdiction aux seuls contrats d'adhésion¹³⁹⁷.

982. La sanction attachée aux clauses abusives est classique puisque seule la clause litigieuse tombe sous le coup de l'article 1171, et non la convention dans sa totalité. C'est là toute la raison d'être du « réputé non écrite » de maintenir le contrat expurgé de la clause litigieuse qui créait un déséquilibre significatif. Dès lors que la caractérisation du déséquilibre significatif ne concerne ni « *l'objet principal du contrat* », ni « *l'adéquation du prix à la prestation* », il est possible de déduire qu'aucune clause essentielle à l'existence du contrat ne peut être concernée. Il reste que, malgré le fait que la clause était essentielle pour une des parties, la nullité de la totalité du contrat ne pourrait être obtenue¹³⁹⁸.

983. La clause « réputé non écrite », constitue la stipulation que l'ordre juridique ne considère pas écrite dans un contrat, pour ne pas lui donner d'effet. On ne se retrouve pas très loin d'une nullité partielle, dès lors que le contrat survit la suppression de la clause litigieuse. L'article 1184, alinéa 2, énonce en effet que « *le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien* ». L'image de la clause réputée non écrite ne coïncide pas avec l'idée d'annulation ; le juge se borne à relever immédiatement son inexistence¹³⁹⁹. Le juge est tenu de sanctionner les clauses abusives¹⁴⁰⁰ dans la mesure où l'article 1171 de de la

¹³⁹⁵ D.FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *Op. cit.*, p.358.

¹³⁹⁶ Art.1169 du projet d'ordonnance du 25 février 2015

¹³⁹⁷ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2016, n° 507, p. 199.

¹³⁹⁸ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations commentaire théorique et pratiques dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 448, p. 371.

¹³⁹⁹ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, *Op. cit.*, 2016, n° 564, p. 219.

¹⁴⁰⁰ F. AUQUE, « Retour du juge par la loi ? », *AJDI*, n° 3, 26 mars 2016, p. 184.

réforme déclare que la clause est « réputée non écrite ». Il n’y a plus d’obstacle de prescription comme c’était le cas auparavant.

984. Quant à la procédure, il faut noter que l’action reste individuelle. Le juge ne peut donc s’octroyer le pouvoir de statuer d’office. L’absence de précision dans le texte nous invite à utiliser le droit commun, puisque l’article 1171 concerne des intérêts privés. Seule la personne dont l’intérêt est protégé peut agir en vertu des articles 1179 et suivants du Code civil¹⁴⁰¹. En considération des actions déjà existantes en matière de suppression des clauses abusive, la solution précitée eut paraître facile dans le cadre du droit commun des contrats. Quasiment tout l’intérêt des actions spéciales se trouve précisément dans l’extension de la qualité à agir aux associations de consommateurs ou à l’administration¹⁴⁰².

985. Le juge n’a, en outre, que des prérogatives limitées en ce qui concerne la sanction de la clause abusive. En la matière, le texte n’octroie pas au juge de pouvoir d’appréciation de l’opportunité. Le choix de la sanction est mécanique, qu’il s’agisse de son existence ou de son étendue. L’option pour le « *réputé non écrit* » paraît priver le juge de la possibilité d’étendre la nullité à d’autres clauses, même si elles ont des liens étroits avec la clause litigieuse, ou encore à tout le contrat, voire à un contrat voisin¹⁴⁰³.

986. En outre, le juge n’a pas la possibilité de recourir aux autres sanctions que les droits spéciaux autorisent. La découverte d’une clause abusive ne peut être ni l’objet d’une amende civile ni d’une sanction pénale, chose qui n’est pas choquante, nous l’avons vu au regard des intérêts privés concernés. Le juge ne peut ni prononcer la suppression de la clause dans tous les contrats qui la contiennent, ni imposer à la partie qui la rédige de la supprimer des contrats qu’elle propose à ses contractants. Cela se comprend aisément sous l’angle du caractère individuel du procès civil, mais peut être sur le plan pratique inadapté en raison du fait que dans les contrats d’adhésion, on peut retrouver des clauses abusives identiques dans de nombreux contrats. Le rédacteur du contrat pourrait

¹⁴⁰¹ D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *Op. cit.*, *RDC*, n° 2, 1 juin 2016, p. 358.

¹⁴⁰² CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratiques dans l’ordre du Code civil*, *Op. cit.*, n° 449, p. 371.

¹⁴⁰³ D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *Op. cit.*, n° 41-42, p. 358.

en revanche, au même titre que dans la législation commercialiste au moins théoriquement, être sanctionné sur le terrain de la responsabilité civile. En pratique, cette sanction ne sera que peu dissuasive puisqu'il faudra prouver une faute, un dommage et un lien de causalité¹⁴⁰⁴.

987. L'efficacité du droit des clauses abusives est conditionnée par le fait que le consommateur, ou l'adhérent, doit avoir connaissance de leur caractère abusif mais aussi qu'il saisisse le juge¹⁴⁰⁵. Quelle serait alors l'effectivité d'une telle disposition pour réparer le préjudice et remédier à l'absence de justice contractuelle. La méthode serait « *trop individualiste : on accorde une action à l'individu, mais osera-t-il s'en servir ?* »¹⁴⁰⁶. Il reste que, en plus de toutes les actions intentées sur le fondement des droits spéciaux, elle risque bien de diminuer l'effectivité du texte.

988. Lorsque l'on se penche sur les décisions rendues en droit de la consommation et en droit commercial, on constate combien il est peu courant que ce soient les victimes immédiates qui saisissent la justice aux fins de sanctionner la pratique. Le faible enjeu économique n'incite généralement pas le consommateur à saisir le juge, la position de dépendance économique du partenaire commercial victime du déséquilibre significatif n'est pas motivante¹⁴⁰⁷. Par contre, la doctrine a pu estimer qu'« *il ne faut cependant pas être fataliste. En dépit de sa restriction aux seuls contrats d'adhésion, l'article 1171 du Code civil invite à une relecture des rapports contractuels en droit commun, tirant les enseignements des rapports du droit de la consommation et du droit économique au cours des cinquante dernières années. Il marque une étape importante dans la reconstruction de son cadre juridique* »¹⁴⁰⁸. Qu'en est-il de la sanction des clauses abusives en droit koweïtien.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, n° 43, p. 358.

¹⁴⁰⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, *Op. cit.*, n° 416, p. 452.

¹⁴⁰⁶ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratiques dans l'ordre du Code civil*, *Op. cit.*, n° 449, p. 371.

¹⁴⁰⁷ D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *Op. cit.*, *RDC*, n° 2, 1 juin 2016, p.358.

¹⁴⁰⁸ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Op. cit.*, p. 371.

B. La sanction en droit koweïtien

989. Le pouvoir du juge sur les clauses abusives dans un contrat d'adhésion, est de « *modifier ces clauses ou en dispenser la partie adhérente* » conformément à l'équité. Ce pouvoir du juge est tiré de l'article 81 du Code civil koweïtien qui dispose que « *lorsque le contrat se forme par adhésion et contient des clauses abusives, le juge peut, à la demande de l'adhérent, modifier ces clauses ou en dispenser la partie adhérente, même s'il a connaissance de ces clauses, et cela, conformément aux règles de l'équité. Toute convention contraire est nulle* ». Il est clair que le pouvoir du juge vis-à-vis des clauses abusives dans le contrat d'adhésion, est un pouvoir vaste qui n'est restreint que par l'équité. Le juge met tout en œuvre pour éliminer le caractère abusif de la clause. Dans le cas où l'ajustement de la clause ne réalise pas la justice souhaitée, alors il exempte totalement la partie adhérente de la clause en l'annulant.

990. Nous remarquons que la protection de l'adhérent contre les clauses abusive comprend celles dont il a été prévenu au moment de la conclusion du contrat mais aussi celles dont il n'avait pas pris connaissance, de sorte que la connaissance de l'existence de ces clauses ne change rien à la position de l'adhérent. En effet, dans tous les cas, il adhère aux clauses du contrat sans les discuter ou les modifier. Pourtant, s'il était prouvé qu'il a pu négocier, ces clauses n'entrent pas dans la catégorie du contrat d'adhésion. On doit pouvoir prouver que l'adhérent a véritablement négocié les clauses du contrat. Ainsi par exemple, lorsqu'une grande entreprise souscrit une assurance, et que l'importance du contrat place la compagnie d'assurance dans une situation où elle accepterait la négociation de certains clauses¹⁴⁰⁹, dans ce cas-là, il n'est donc pas considéré comme un contrat d'adhésion, puisqu'il résulte d'une réelle négociation entre les parties¹⁴¹⁰.

991. Conformément à ce qui vient d'être dit, le juge a le droit de rétablir l'équilibre entre les co-contractants, si le contrat d'adhésion comprend des clauses abusives, en

¹⁴⁰⁹ H. Al Din AL AHWANI, *Les sources de l'obligation, les sources volontaires*, Maison de la renaissance arabe, 1992, p.328.

¹⁴¹⁰ M. BENDARI, « Vers une approche élargie de la protection du consommateur dans le contrat d'adhésion, étude comparative des droits Egyptiens et Emiratis », *Revue la sécurité et le droit*, 8^{ème} année, janvier 2000, p. 98.

allégeant l'obligation qui pèse sur l'adhérent ou en l'exempter totalement, conformément à l'équité. La sanction des clauses abusives a été prévue dans la jurisprudence. Ainsi, la Cour de cassation Koweïtienne a jugé que « *la clause énoncée dans le contrat d'assurance d'une imprimerie sise dans un bâtiment, selon laquelle, un incident causé par une tempête, doit se produire dans le bâtiment qui héberge l'imprimerie, pour garantir les dommages causés aux affaires présents dans l'imprimerie, doit être annulée car elle est abusive et contraire à l'essence d'un contrat d'assurance* »¹⁴¹¹.

992. Il est important de noter que le pouvoir du juge se limite à l'annulation ou à la modification de la clause, lesquelles n'impliquent aucunement l'annulation du contrat. Certains auteurs ont même considéré qu'en cas de clauses abusives dans le contrat d'adhésion, le juge doit prononcer l'annulation partielle en raison de cette clause, tout en gardant le contrat valide. Sauf si la clause était la cause implicite et déterminante du consentement auquel cas le contrat est entièrement annulé. Mais cette opinion est largement critiquée. En effet, l'article 81 du Code civil est clair sur le pouvoir du juge à modifier la clause abusive ou l'annuler, mais il ne peut prononcer l'annulation du contrat.

993. De plus, il n'est pas permis de recourir à l'article 190 du Code civil koweïtien, qui dispose que « *1. Lorsqu'une partie du contrat est nulle ou annulable, cette partie est seule frappée de nullité sans affecter le reste du contrat. 2. À moins qu'il ne soit établi que l'un des cocontractants n'aurait pas conclu le contrat si la clause en question n'y figurait pas, le cas échéant, cela annulerait tout le contrat* ». En effet, cet article ne concerne que les contrats en général. Quant au contrat d'adhésion, celui-ci est régi par son système propre. De même, l'annulation du contrat n'est pas compatible avec la protection légale de l'adhérent. En effet, il est de l'intérêt de l'adhérent de maintenir le contrat, de modifier la clause abusive ou l'annuler plutôt que l'annulation totale du contrat. Il est indéniable que l'adhérent a besoin du bien ou du service en question et donc l'annulation totale du contrat irait bien au-delà de l'objectif recherché par le législateur. Et même l'annulation du contrat pourrait même bénéficier à la partie forte au contrat¹⁴¹².

¹⁴¹¹ Cass. com., kw., 6 avril 2000, n° 650/99.

¹⁴¹² M. BENDARI, « Vers une approche élargie de la protection du consommateur dans le contrat d'adhésion, étude comparative des droits Egyptiens et Emiratis », *Op. cit.*, p. 99

994. Le législateur Koweïtien a intentionnellement précisé à la fin de l'article 81, relatif au pouvoir du juge pour contrôler les clauses abusives que « *toute convention contraire est nulle* ». Le pouvoir du juge est donc d'ordre public. Il n'est pas permis au contractant de dérober au juge son pouvoir de modification ou d'annulation de certaines clauses du contrat qu'il considère comme abusive. Si cela était permis, la partie forte n'aurait pas hésité à en faire une clause du contrat, auquel cas la protection octroyée par le législateur à l'adhérent serait absente.

995. Il faut cependant noter que, le fait que la protection soit du ressort de l'ordre public ne signifie pas que le juge énonce, sans demande de la part de l'adhérent, ses jugements pour la modification ou l'annulation de la clause abusive contrairement au juge français comme nous avons relevé plus haut ¹⁴¹³. En effet, la partie adhérente doit demander cette protection devant les juges du fond. Mais il n'est pas permis de la demander en premier recours devant la Cour de cassation car cette demande mélangerait le fait et le droit¹⁴¹⁴. Le pouvoir du juge koweïtien sur les clauses abusives est différent de celui du juge français, dans la mesure où ce dernier « *ne pouvant prononcer qu'une disparition de la clause, il ne peut compléter le contrat en révisant le contenu de cette clause* »¹⁴¹⁵, s'agissant de son pouvoir sur les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans les contrats d'adhésion.

¹⁴¹³ V. *supra* p.352.

¹⁴¹⁴ Cass. com., kw., 5^{ème}, 11 mars 2015, n° 383/2014.

¹⁴¹⁵ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016, Op. cit.*, n° 434, p. 142.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

996. En définitive, il nous semble que l'insertion, dans le Code civil français, d'un article pour lutter contre les clauses abusives est considérable. Ce dernier n'exclut ni la protection consumériste ni celle figurant dans le Code de commerce. La protection gagnerait néanmoins en cohérence et donc en sécurité juridique en trouvant des solutions aux problèmes d'articulation entre les différents textes.

997. En droit koweïtien, le pouvoir donné au juge pour contrôler les clauses abusives dans les contrats d'adhésion est l'un des moyens qui permet de supprimer le déséquilibre né de l'abus de la partie la plus forte. Néanmoins, l'absence de critères précis incite à limiter la protection. Cela est probablement dû à la non connaissance par l'adhérent de son droit de recours à la justice pour sa protection contre les clauses abusives, mais aussi à sa conviction qu'il est définitivement engagé au contrat, ou encore aux aléas de la procédure et aux faibles montants en jeu¹⁴¹⁶.

998. Le législateur koweïtien a bien fait, depuis 1983, de prévoir une protection de l'adhérent contre les clauses abusive dans le Code civil. Il faudrait selon nous s'inspirer du droit français pour déterminer les critères des clauses abusives ainsi qu'étendre la protection contre les clauses abusives en droit koweïtien à tous les adhérents considérés comme une partie faible au contrat, qu'il s'agisse de consommateurs ou de professionnels, puisque le critère essentiel de protection contre les clauses abusives, qui conduit à déséquilibrer le contrat, est l'absence de négociation dans le contrat d'adhésion.

¹⁴¹⁶ M. BENDARI, « Vers une approche élargie de la protection du consommateur dans le contrat d'adhésion, étude comparative des droits Égyptiens et Émiratis », *Op. cit.*, p. 101.

CONCLUSION DU TITRE II

999. En conclusion, il faut relever dans les législations française et koweïtienne, que l'interprétation en faveur de l'adhérent dépend de l'existence d'un doute quant aux clauses du contrat d'adhésion. Il a été plus favorable de prévoir un texte « autonome » d'interprétation du contrat d'adhésion en droit français. En raison du caractère « artificiel » de la recherche de la volonté commun des parties¹⁴¹⁷.

1000. L'insertion dans le Code civil français d'un article relatif aux clauses abusives dans le contrat d'adhésion est bienvenue, comme cela est déjà le cas dans la législation koweïtienne. La question de l'effectivité de la protection se pose toutefois en droit français comme en droit koweïtien. Le droit français met de côté, tout en les conservant, le droit des pratiques restrictives de concurrence et le droit consommériste, en consacrant ce nouveau contrôle des clauses abusives¹⁴¹⁸. Toutefois, bien que se différenciant des autres droits, ce nouveau contrôle doit faire l'objet d'une analyse jurisprudentielle.

1001. En droit koweïtien, le pouvoir donné au juge pour contrôler les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, permet de lutter contre les contrats déséquilibrés, mais à la différence du législateur français, il n'a pas encore prévu de règles protectrices contre les clauses abusives dans la loi koweïtienne sur la consommation. Le droit koweïtien serait plus protecteur s'il pouvait élargir sa protection, comme en droit français, à toutes les parties faibles au contrat d'adhésion.

¹⁴¹⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la prévue des obligations, commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p.372.

¹⁴¹⁸ S. LE GAC-PECH, Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil, *LPA*, 16 août 2016, n° 162-163, p. 7

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

1002. En conclusion, la nouvelle distinction au sein du chapitre préliminaire du Code civil français relatif au contrat de gré à gré, confronté au contrat d'adhésion, est d'une conséquence indéniable.

1003. Nous avons constaté qu'il résulte de cette distinction un régime juridique de protection propre au contrat d'adhésion. Mais de manière générale, une intervention législative contre le déséquilibre et l'injustice s'inscrit au profit de la partie faible au contrat en général pour assurer un certain équilibre contractuel¹⁴¹⁹. Nous avons envisagé deux types de protection : une protection générale, qui est une voie de protection ouverte à l'adhérent, comme aux autres contractants en général. Cette protection du contractant est renforcée par l'inscription d'une obligation précontractuelle d'information, la référence à la réticence dolosive et l'élargissement du vice de violence à l'abus de l'état de dépendance « *vient combler l'absence de disposition spécifiquement dédiée à la sanction des abus contractuels commis ou perpétrés par la partie qui se trouve en position, sinon de domination, de force* »¹⁴²⁰. S'agissant du droit koweïtien, nous avons souligné qu'il est préférable de consacrer dans le Code civil une obligation générale d'information. L'existence d'un vice de l'exploitation « comme un vice de consentement » constitue également une protection pour l'adhérent. Le pouvoir du juge koweïtien va jusqu'au rééquilibrage du contrat.

1004. Nous avons conclu qu'au regard des conditions de mise en œuvre et des règles de preuve pour la protection sur le fondement de ces règles générales, et plus encore au regard du rôle économique du contrat d'adhésion, il est peut-être difficile de dire si ces dispositions assurent effectivement la protection de l'adhérent. Cela pose évidemment la question de la protection spécifique au contrat d'adhésion.

¹⁴¹⁹ CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations –innovations– perspectives*, DALLOZ, Nov. 2016, n° 23-365, p. 110.

¹⁴²⁰ S. LE GAC-PECH, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *LPA*, 16 août 2016, n° 162-163, p. 7

1005. Cette protection constitue la protection directe de l'adhérent contre l'abus ou l'ambiguïté de la stipulation. La protection spécifique au contrat d'adhésion se subdivise par la mise en œuvre, en droits français et koweïtien, de règles d'interprétation protectrices et de celles relatives à la protection contre les clauses abusives. Ces règles visent à rechercher l'efficacité de la protection dans le contrat d'adhésion dans le but d'établir l'équilibre entre les contractants dans ce contrat.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1006. Au terme de notre étude comparative consacrée au contrat d'adhésion en droits français et koweïtien, nous avons envisagé dans la première partie la consécration de ce contrat dans les deux systèmes juridiques. En effet, la nouvelle consécration du contrat d'adhésion dans le Code civil français, 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, marque une évolution de la philosophie du Code civil français de 1804. Si le contrat tel qu'il était perçu dans la législation napoléonienne était, et ne pouvait qu'être celui dont les stipulations sont librement négociées¹⁴²¹, « *La réforme de 2016 achève une évolution qui confine au changement de ce paradigme* »¹⁴²². Le contrat d'adhésion exprime désormais l'inégalité qui existe entre les contractants. Ce contrat, qui a pendant longtemps fait l'objet d'un vif débat doctrinal, a bien une nature contractuelle en dépit de la situation inégalitaire des parties à ce contrat et du caractère unilatéral de la détermination du contenu contractuel.

1007. Nous avons constaté par l'étude historique doctrinale du contrat d'adhésion que la définition et la qualification de ce contrat ne sont pas une tâche facile. Nous avons constaté cette réalité dans la mise en œuvre des différentes définitions envisagées par la doctrine¹⁴²³. Plus encore, la définition proposée par le projet d'ordonnance du droit des contrats se démarque de celle consacrée par l'ordonnance définitive de 2016¹⁴²⁴. Le contrat d'adhésion est défini dans le Code civil français comme étant « (...) *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Mais cette définition a soulevé des interrogations sur les critères qui la déterminent, une clarification de la Cour de cassation sera alors bien attendue.

¹⁴²¹ Th. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion article 1110 nouveau du code civil », *D.*, n° 30, 15 septembre 2016, p. 1771.

¹⁴²² J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat, Droit des obligations*, DALLOZ, 5^{ème} éd., 2017, p. 99.

¹⁴²³ V. *supra* p. 33 et s.

¹⁴²⁴ V. *supra* p. 39 et s.

1008. De son côté, le législateur koweïtien a consacré le contrat d'adhésion dans le Code civil depuis son origine en 1980. Ainsi, le contrat dans ce Code n'est pas appréhendé comme le fruit de la liberté et de l'égalité. En revanche, comme nous avons constaté, l'image du contrat d'adhésion dans la jurisprudence de la Cour de cassation koweïtienne ne se limite pas à ses critères essentiels, qui se trouvent dans l'esprit du législateur, à savoir la réduction unilatérale et l'absence de négociation au sens de l'article 80 du Code civil. Jusqu'à présent, la Cour de cassation koweïtienne considère que le contrat d'adhésion, en plus de ces critères prévus dans le Code, n'est pas qu'un contrat qui concerne une marchandise ou une prestation de nécessité aux consommateurs ou aux bénéficiaires, et que le stipulant doit être en position de monopole de fait ou de droit sur des marchandises ou services proposés. C'est une définition restrictive du contrat d'adhésion qui mérite d'être abandonnée par la Cour de cassation. A vrai dire, la consécration du contrat d'adhésion dans le Code civil traduit sur le plan juridique l'évolution de la réalité contractuelle. En effet, « *la plupart des conventions, quelle que soit leur importance, sont aujourd'hui, au moins pour les particuliers, des contrats d'adhésion* »¹⁴²⁵.

1009. Ce qui justifie le régime juridique spécifique du contrat d'adhésion, c'est précisément la détermination unilatérale, totale ou partielle, du contenu contractuel par le stipulant et non plus le monopole de fait ou de droit de celui-ci. Et si l'on se réfère au pouvoir économique du stipulant ou à l'évolution de la nature des rapports contractuels, force est de constater l'existence d'un pouvoir unilatéral de la stipulation. L'existence de ce pouvoir, nous l'avons vu, est confrontée à des règles dont le but est de garantir la sécurité juridique et l'égalité entre les parties à savoir la justice contractuelle.

1010. L'étude comparée des règles de protection propres à divers systèmes juridiques consiste classiquement à envisager les points de ressemblance et les points de divergence. Nous avons consacré la deuxième partie de notre étude au développement de la protection de l'adhérent. En effet, la nouvelle réception du contrat d'adhésion dans le Code civil français nous a permis d'examiner le développement de la protection de l'adhérent en

¹⁴²⁵J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, la formation du contrat. Tome I : le contrat, le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 383, p. 288.

droit français aux fins de la mise en œuvre, pour le législateur koweïtien, des solutions pour renforcer l'efficacité de la protection de l'adhérent dans un contrat d'adhésion. Cette protection, contrairement au droit français, s'avère limitée et donc peu efficace à l'encontre du phénomène de déséquilibre contractuel engendré par le contrat d'adhésion. C'est en effet l'interprétation restrictive donnée par la Cour de cassation koweïtienne sur les contours du contrat d'adhésion qui a limité le champ d'application de la protection. La Cour de cassation koweïtienne devrait jouer un rôle plus courageux compte tenu de la souplesse du Code civil koweïtien, notamment ses articles relatifs au contrat d'adhésion.

1011. Le développement de la protection dans le contrat d'adhésion qui se trouve dans le Code civil français après la réforme de 2016, a permis de constater, dans la mise en œuvre des règles de protection, qu'un compromis a été établi entre, d'une part, « *l'efficacité du contrat* », notamment le rôle économique du contrat d'adhésion et, d'autre part, « *l'attente légitime de l'adhérent* »¹⁴²⁶. La solution face au danger du contrat d'adhésion s'inscrit dans l'objectif de la nouvelle législation française relative à la lutte contre le déséquilibre contractuel, laquelle repose sur la protection de la partie faible au contrat, déjà connue des droits de la consommation et de la concurrence et désormais étendue au droit commun du contrat¹⁴²⁷.

1012. Reste finalement à savoir comment la Cour de cassation française va interpréter certains points sensibles que soulève la consécration du contrat d'adhésion dans le Code civil. La question se pose plus particulièrement à propos des notions de conditions générales, de déséquilibre significatif, de la problématique de la conciliation des dispositions relatives à l'obligation d'information et celles relatives à la réticence dolosive. En effet, « *c'est elle, en tant qu'elle coiffe la pyramide des juridictions et juge la façon dont les magistrats du fond disent le droit, qui a la main sur la loi. La façon dont elle va accomplir cette mission dans les années à venir aura une incidence considérable sur la réforme* »¹⁴²⁸.

¹⁴²⁶ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, 1973, n°376, p. 174.

¹⁴²⁷ G. CHANTEPIE, « La notion d'équilibre du contrat », in FREDERIC P. (éd.), *L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats (Actes colloque Lille, 24 juin 2016)*, Loyers et Copropriété, n° 10, Octobre 2016, dossier 6.

¹⁴²⁸ O. DESHYES, « La réforme de la Cour de cassation », *RDC*, 9 septembre 2016, n° 3, p. 425.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

Ouvrages généraux

- ANDREU L., THOMASSIN N., *Cours de droit des obligations*, Gualino, 1^{ère} éd., 2016.
- BAZIN-BEUST D., *Droit de la consommation*, Gualino, 2^{ème} éd., 2016-2017.
- BENABENT A., *Droit civil, les obligations*, Paris, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2007.
- BÉNABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, 15^{ème} éd., 2016.
- BRUSORIO-AILLAUD M., *Droit des obligations*, Larcier, 8^{ème} éd., 2017.
- BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil : les obligations*, Sirey, 13^{ème} éd., 2012.
- CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2016.
- CABRILLAC R., *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2016.
- CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2015.
- CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, t. II, 12^{ème} éd., 2008.
- CARBONNIER J., *Droit civil. Tome 2. Les biens, les obligations*, PUF, 2004.
- CARBONNIER J., *Droit civil. Tome 4. Les obligations*, Paris, PUF, 22^{ème} éd., 2000.
- CHABAS F. *Obligations. Théorie Générale*, t. II, vol. 1, Montchrestien, 1998.
- COHET F., *Le contrat*, PUG, 2016.
- CORNU G., *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} éd., 2014.
- DAGORNE-LABBE Y., *La formation du contrat*, Ellipses, 2001.

- DEMOLOMBE C., *Cour de code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Durand & Hachette, vols. 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 et 31, (vol. 8).
- DONZELOT J., *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Seuil, 1994.
- DUGUIT L., *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, 2003.
- DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, 2^{ème} éd., 1920.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 2^{ème} éd., Tome I, 1921.
- FAGES B., *Droit des obligations*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2016.
- FARJAT G., *Droit économique*, PUF, 2^{ème} éd., 1982.
- FENOUILLET D., MALINVAUD Ph., MEKKI M., *Droit des obligations*, Litec, 13^{ème} éd., 2014.
- FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Droit civil : les obligations. Tome I : l'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} éd., 2012.
- GAILLARD E., *La notion de pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.
- GAUDEMMENT J., CHEVREAU E., *Droit privé romain*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2009.
- GHESTIN J., GOUBEAUX G., *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 1990.
- GHESTIN J., JAMIN C., BILLIAU M., *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001.
- GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., *Traité de droit civil, la formation du contrat. Tome I : le contrat, le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013.
- HAURIOU M., *Principes de droit public*, Dalloz, 2010.
- HOUTCIEFF D., *Droit commercial*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2016.
- HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, Larcier, 2^{ème} éd., 2016-2017.
- JESTAZ P., *Autour du droit civil. Écrits dispersés - Idées convergentes*, Dalloz, 2005.
- JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006

- JULIEN J., *Droit de la consommation*, LGDJ, 2015.
- LARROUMET Ch., BROS S., *Traité de droit civil. Tome 3 : les obligations, le contrat*, Economica, 7^{ème} éd., 2014.
- *Le Lamy Droit du contrat*, Collectif, Walters Kluwer.
- MALAURIE Ph., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit des obligations*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2016.
- MALAURIE Ph., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015.
- MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit civil : les obligations*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2005.
- ROUBIER P., *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2005.
- PEDAMON M., KENFACK H., *Droit commercial*, Dalloz, 4^{ème} éd. 2015.
- PICOD Y., *Droit de la consommation*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2015.
- PIEDELIÈVRE S., *Droit de la consommation*, Economica, 2^{ème} éd., 2014.
- PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français. Tome IV : obligations*, LGDJ, 1952.
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, Tome II, LGDJ, 1921.
- POUMARÈDE M., *Droit des obligations. Cours, thèmes de travaux dirigés*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2014.
- RABU G., *Droit des obligations*, Ellipses, 2017
- RAYMOND G., *Droit de la consommation*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2017.
- RÉMY J., « *Œuvres complètes de J. Domat* », t. 1, Paris, Alex-Gobelet Libraire, 1835.
- RENAULT-BRAHINSKY C., *Droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2007.
- RIPERT G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936.
- ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2013.
- ROUBIER P., *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1951.
- TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013.

Ouvrages spécialisés

- ANCEL F., FAUVARQUE-COSSON B., GEST J., *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017.
- ATIAS Ch., *Théorie contre arbitraire*, PUF, 1987.
- BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, 1973.
- BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Paris, LGDJ, 1999.
- BIGOT J., HEUZE V., KULLMANN J., MAYAUX L., SCHULZ R., SONTAG K., *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014.
- BORÉ J., BORÉ L., *La cassation en matière civile*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2015.
- CHANTEPIE G., LATINA M., *La réforme du droit des obligations commentaire théorique et pratiques dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.
- CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations - perspectives*, Dalloz, 2016.
- Congrès national des huissiers de justice 1974, *Le contrat de consommation. Contribution à l'étude de la condition juridique du consommateur*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974.
- DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la prévue des obligations, commentaire article par article*, LexisNexis, 2016.
- DOUVILLE T., (dir.), *La réforme du Droits des contrats. Commentaire article par article. Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Gualino, 2016.
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, PUF, 4^{ème} éd., 2016.
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. Tome 2 : responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 2^{ème} éd., 2010.
- GAUDEMET S., *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006.
- GHESTIN J., *La formation du contrat : le contrat le consentement*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993.

- GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie en droit privé, contribution critique à l'étude de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912.
- HYDE A.-A., *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation*, IRJS, 2015.
- ITEANU O., *Quand le digital défie l'état de droit*, Eyrolles, 2016.
- JOBARD-BACHELLIER M.-N., X. BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2006.
- KILGUS N., *L'abus de domination économique et la théorie générale du contrat. Violence économique et vice du consentement : définir, sanctionner ?*, Edition universitaires européennes, 2011.
- LAMBERT-FAIVRE I., *Droit des assurances*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2001.
- LE TOURNEAU Ph., *Le contrat de franchisage*, Litec, 2^{ème} éd. 2007.
- MAINGUY D., DEPINCE M., *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2015.
- MERCADAL B., *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, 2016.
- MOULY-GUILLEMAUD C., *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, 2006.
- NICOD M., GRYNBAUM L., (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, Paris, 2004.
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2014.
- SALEILLES R., *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD N., *Les contrats de consommation - Règles communes*, LGDJ, 2012.
- SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1964.
- SCHMITZ J., *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, L'Harmattan, 2013.
- SIMLER Ph., *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016.

- TANAGHO S., *De l'obligation judiciaire : étude morale et technique de la révision du contrat par le juge*, LGDJ, 1965.
- VALORY S., *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, 1999.

THÈSES

- ALBIGES C., *De l'équité en droit privé*, Thèse, LGDJ, 2000.
- AUBERT J.-L., *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Thèse, LGDJ, 1970.
- BRICKS H., *Les clauses abusives*, Thèse Montpellier, LGDJ, 1982.
- CATHIARD A., *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels, l'apport de l'analyse économique du contrat*, Thèse, Université d'Aix Marseille, PUAM, 2006.
- CHANTEPIE G., *La lésion*, Thèse, LGDJ, 2006.
- CHAZAL J.-P., *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse, Université de Grenoble II, 1996.
- CHOLEY J.-Y., *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 1974.
- CHONÉ A.-S., *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Thèse, Economica, 2010.
- COMBALUZIER-VAUDE A., *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, Thèse, Université de Montpellier I, 2008.
- DELEBECQUE Ph., *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse, Université Aix-Marseille III, 1981.
- DO V. D., *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, Thèse, PUAM, 2004.
- DOCKES E., *L'application dans le temps des règles de droit du travail : contribution à l'étude du droit transitoire*, Thèse, Lyon, 1992.

- FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2014.
- FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*, Thèse, Paris, LGDJ, 2002.
- FORRAY V., *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Thèse, LGDJ, 2007.
- GHESTIN J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Thèse, LGDJ, 1963.
- GOLDIE-GENICON C., *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Thèse, LGDJ, 2009.
- GRAS N., *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse, Université d'Auvergne-Clermont Ferrand I, 2014.
- GRIMALDI C., *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, Thèse, Defrénois, 2007.
- GUESMI J. A., *Le contrôle des clauses abusives dans les relations contractuelles*, Thèse Toulon, 1997.
- HELLERINGER G., *Les clauses du contrat - Essai de typologie*, Thèse, LGDJ, 2012.
- HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Thèse, PUAM, t. I, 2001.
- JACQUES Ph., *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Thèse, Dalloz, 2005.
- KARIMI A., *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Thèse, LGDJ, 2001.
- LABARTHE F., *La notion de document contractuel*, Thèse, LGDJ, 1994.
- LASBORDES V., *Les contrats déséquilibrés*, Thèse, t. I, LGDJ, 2000.
- LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Thèse, LGDJ, 2000.
- LIMBACH F., *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Thèse, LGDJ, 2004.
- LOKIEC P., *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Thèse, LGDJ, 2004.
- MALEVILLE M.-H., *Pratique de l'interprétation des contrats. Étude jurisprudentielle*, Thèse, PU Rouen, 1991.
- MIRABAIL S., *La rétraction en droit privé français*, Thèse, LGDJ, 1997.

- NOBLOT C., *La qualité du contractant comme critère légal de protection essai de méthodologie législative*, Thèse, LGDJ, 2002.
- OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C., *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Thèse, Dalloz, 2002.
- PAYET M.-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Thèse, Dalloz, 2001.
- PEGLION-ZIKA C.-M., *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2013.
- PICHON V., *Des contrats d'adhésion, Leur interprétation et leur nature*, Thèse, Université de Lyon, 1912.
- POMBIEILH D., *L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats*, Thèse, Université de Pau, dacty1., 2002.
- RAYSSAC M., *L'adhésion en droit privé*, Thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2004.
- ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, Thèse, LGDJ, 1999.
- ROGUE F., *Les nouvelles figures contractuelles contribution à la théorie générale du contrat*, Thèse, Université de Caen Basse – Normandie, 2014.
- ROUJOU DE BOUBÉÉ G., *Essai sur l'acte juridique collectif*, Thèse, Paris, LGDJ, 1961.
- RZEPECKI N., *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Thèse, PUAM, 2002.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD N., *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Thèse, LGDJ, 2000.
- SAVAUX E., *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?* Thèse, Paris, LGDJ, 1997.
- STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2000.
- VIRASSAMY G., *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Thèse, LGDJ, 1987.
- VOGEL L., *Droit de la concurrence et concentration économique*, Thèse, Economica, 1988.

- YADINI-NAUDOT S., *Le contrat non négocié*, Thèse, Université de Nantes, 2000.

CONTRIBUTIONS

- ABADIE L., « Information précontractuelle et conclusion du contrat », in LARRIBAU-TERNEYRE V., PELLÉ S., (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, Acte du colloque du 20 mai 2016, Presses universitaires de Pau et des Pays de l'Adour, p. 76.
- ANCEL P., « Abus de droit », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 2.
- BERLIOZ-HOUIN B., BERLIOZ G., « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Collectif, Dalloz-Sirey, 1985, p. 30.
- BORYSEWICZ M., « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services », in *Études offertes à Pierre Kayser*, Collectif, t. 1, PUAM, 1979, p. 91.
- CARBONNIER J., « L'évolution contemporaine du droit des contrats », Introduction à *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers 24-25 octobre 1985)*, Paris, PUF, 1986, p. 29.
- CHAZAL J.-P., « La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », in DROSS W., FAVARIO Th., *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & Martin, 2014.
- CREPEAU P.-A., « Contrat d'adhésion et contrat-type », in POPOVICI A., (dir.), *Mélanges Louis Baudouin. Problèmes de droit contemporain*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 67.

- DIKOFF L., « L'évolution de la notion de contrat », in *Études de droit civil a la mémoire d'Henri Capitant*, Collectif, Dalloz, 1939, p. 201.
- DUPICHOT J., « Pour retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Études offertes à Jacques Flour*, LGDJ- Anthologie du Droit, Collectif, 2014, p.187.
- FLÉCHEUX G., « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Collectif, LGDJ, 2014, p. 341.
- GABRILLAC R., « La réception de la loi : consentement ou adhésion ? », in CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 153.
- GAVALDA-MOULENAT Ch., « La violence économique et le droit de la consommation, l'abus de faiblesse », in *La violence économique. À l'aune du nouveau droit des contrats et droit économique, Journées nationales*, Tome XXI/Perpignan, Association Henri Capitant et Dalloz, 2017, p. 75.
- GHESTIN J., « Rapport introductif », in JAMIN Ch., MAZEAUD D., (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, p. 3.
- GHESTIN J., MARCHESSAUX-VAN MELLE I., « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen », in GHESTIN J., FONTAINE M., (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 1.
- GROSS B., « La formation des ventes commerciales sujettes à confirmation », in *Études dédiées à René Roblot. Aspects actuels du droit commercial français*, Collectif, LGDJ, 1984, p. 433.
- HOUTCIEFF D., « Le contenu du contrat », in TERRÉ F., (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 218.
- JAMIN Ch., « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in JAMIN Ch., MAZEAUD D., (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 8.
- JAMIN Ch., « Éléments d'une théorie réaliste des contrats réels », in *Droit et actualité. Mélanges offerts à Jacques Béguin*, Collectif, Litec, 2005, p. 381.

- JOSSERAND L., « La publication du contrat », in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Collectif, LGDJ, 1938, t. III, p. 143.
- LARRIBAU-TERNEYRE V., « Le contenu du contrat : Le renouvellement de l'objet et de la cause », in LARRIBAU-TERNEYRE V., PELLE S., (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, Acte du colloque, 20 mai 2016, PUPPA, p. 101.
- LAURENT A., « Information précontractuelle et conclusion du contrat », in LARRIBAU-TERNEYRE V., PELLE S., (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, Acte du colloque, 20 mai 2016, PUPPA, p.75.
- LEFEBVRE B., « La notion de contrat d'adhésion : portée et limites d'une définition », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Collectif, Litec, 2007, p. 375.
- MAINGUY D., « Loyauté et droit des contrats de droit privé », in PETIT F., (dir.), *Droit et loyauté*, Dalloz, 2015, p. 5.
- MAZEAUD D., « Droit commun du contrat et droit de la consommation : nouvelles frontières ? », in *Etudes de droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Collectif, Dalloz, 2004, p. 697.
- MAZÈRES J.-A., « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoir et liberté : études offertes à Jacques Mourgeon*, Collectif, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 239.
- MESTRE J., « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées Renée Savatier (Poitiers 24-25 octobre 1985)*, Paris, PUF, 1986, p. 41.
- MONTERO É., DEMOULIN M., « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Collectif, Bruxelles, La Charte, 2004, p. 61.
- MOUIAL BASSILANA E., « Abus de dépendance et clauses abusives », in Colloque *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 57.

- PICOD Y., « Rapport introductif », in *La violence économique. A l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Collectif, Dalloz, 2017, p. 3.
- POPOVICI A., « Les contas d'adhésion un problème dépassé ? », in POPOVICI A., (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, les presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 161.
- REVET Th., « La « violence économique » dans la jurisprudence », in *La violence économique. A l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Collectif, Dalloz, 2017, p. 13.
- REVET Th., « La clause légale », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Collectif, Litec, 1999, p. 277.
- REVET Th., « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in JAMIN Ch., MAZEAUD D., (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 33.
- ROCHFELD J., « Le statut du droit contractuel, de protection de la partie faible : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Collectif, LGDJ, 2007, p. 835.
- ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie général du contrat », in *Études offertes à René Rodière*, Collectif, Dalloz, 1982, p.265.
- SCHMIDT-SZALEWSKI J., « Regards comparatifs sur les conditions générales des contrats », in *Mélanges offertes à André Colomer*, Collectif, Litec, 1993, p. 415.
- SEUBE A., « Les conditions générales des contrats », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Collectif, PUAM, 1974, p. 623.
- VALETTE-ERCOLE V., *Les clauses abusives en droit de la consommation*, in *Les clauses abusives : approches croisées franco-espagnoles : 1er Colloque franco-espagnol (Journées Henri Capitant) Perpignan, le 3 mai 2012*, Société de Législation Comparée, 2013, p. 174.
- VIGNERON-MAGGIO-APRILE S., « Le point sur les clauses abusives », in LANGER D., MORIN A., PAISANT G., VIGNERON-MAGGIO-APRILE S., *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Cedidac, 2009, p. 101.

ARTICLES DE DOCTRINE

- AGOSTINI L., « De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice », *D.*, 1994, p. 235.
- ANCEL F., « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? », *D.*, 30 mars 2017, n° 13, p. 721.
- ANCEL P., « Contrat de fait et comportements sociaux typiques », *RDC*, 01 octobre 2004, n° 4, p. 1087.
- ANDRIEUX A., « La codification de la « violence- dépendance » : une confirmation prudente des solutions prétorienne. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil », *LPA*, 22 août 2016, n° 167, p. 6.
- AUQUE F., « Retour du juge par la loi ? », *AJDI*, n° 3, 26 mars 2016, p. 184.
- AYNÈS L., « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », in *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, Collectif, *RDC*, 16 février 2016, n° Hors-série, p. 14
- BACACH M., « Le défaut d'information sur le risques de l'intervention : quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D.*, n° 28, 31 juillet 2008, p. 1908.
- BAILLON-PASSE C., « Relire Josserand », *D.*, n° 24, 2003, p. 1571.
- BALAT N., « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.*, n° 12, 26 mars 2015, p. 699.
- BARBIER H., « De la diversité des sanctions du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : responsabilité pour l'article L. 442-6, I, 2^e mais pas de réputé non écrit, et requalification pour les promesses de contrat », *RTD civ.*, n° 4, 13 décembre 2016. p. 852.
- BARBIER H., « La violence par abus de dépendance », *JCP G*, 11 Avril 2016, n° 15, p. 421.
- BARBIER H., « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.*, n° 2, 20 juin 2016, p. 247.
- BARBIER J.-D., « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion », *LPA*, n° 25, 5 juillet 2016, p. 55.

- BARBIÈRI J.-J., « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *RDC*, n° 2, 01 Avril 2006, p. 621.
- BAUDRY B., « Contrat, autorité et confiance, la relation de sous-traitance est-elle assimilable à la relation d'emploi ? », *Revue économique*, 1992, vol. 43, n° 5, p. 871.
- BEHAR-TOUCHAIS M., « La structure du contrat cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application », *JCP G*, 16 Novembre 1994, I, n° 45, p. 3800.
- BEHAR-TOUCHAIS M., « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G*, n° 14, 4 Avril 2016, p. 391.
- BEHAR-TOUCHAIS M., « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », *RDC*, 1 mars 2017, n° 1, p. 8.
- BENDARI M., « Vers une approche élargie de la protection du consommateur dans le contrat d'adhésion, étude comparative des droits Égyptiens et Émiratis », *Revue de la sécurité et du droit*, 8^{ème} année, Jan. 2000, p. 104.
- BENTO DE CARVALHO L., « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », *Rev. Trav.*, n° 4, 24 avril 2016, p. 258.
- BERLIOZ G., « Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP G*, 1979, I, p. 2954.
- BERNARD C., « La réforme du droit des contrats : quel impact sur le droit du contrat d'assurances ? », *LPA*, n°12, 22 mars 2016, p 45.
- BERTOLASO S., « Réforme du droit des contrats, Lutte contre les clauses abusives », *Construction – Urbanisme*, n° 4, Avril 2016, alerte 33.
- BERTRAND P., « Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? », *D.*, 2016 p. 1156.
- BEYNEIX I., « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé », *LPA*, n° 170, 25 août 2006, p. 3.
- BLANC N., « Dispositions préliminaires - Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, n° 120, 30 avril 2015, p. 3.

- BLANC N., « Le juge et les standards juridiques », *RDC.*, n° 2, 1 juin 2016, p. 394.
- BLOQUET S., BEUDANT Ch., « Le droit individuel et l'Etat : introduction à l'étude du droit », *RTD civ.*, 30 avril 2014, p. 198.
- BOFFA R., « Le contrat d'adhésion », *RDC*, 1 septembre 2015, n° 3 p. 736.
- BOIZARD M., « La réception de la notion de violence économique en droit », *LPA*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5.
- BORÉ J., « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, n° 70, p. 249.
- BOURASSIN M., « L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats », *LPA*, 30 décembre 2016, n° 261, p. 9.
- BROS S., « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC*, 01 octobre 2012, n° 4, p. 1452.
- BURGE A., « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégnée d'individualisme », *RTD civ.*, 15 mars 2000, p. 1.
- CABRILLAC R., « Le nouveau code civil du Québec », *D.*, 1993, p. 267.
- CARMET O., « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », *RTD com.*, n° 1, 1982, p. 1.
- CATTALANO-CLOAREC G., « Durée du contrat : la perpétuité, c'est long... », *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, n° 03, 11 mars 2016, p. 6.
- CHAGNY M., « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats », *RTD com.*, n°3, 7 octobre 2016, p. 451.
- CHAGNY M., « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA*, n°, 2016, p. 115.
- CHAMP V., « État de dépendance, contrats d'adhésion et imprévision : des champs d'applications à définir », *LPA*, 30/12/2016, n° 261, p. 20.
- CHANTEPIE G., « Interprétation du contrat (Projet, art. 1188 et 1189) », *Blog Réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2015.
- CHANTEPIE G., « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, 01 juillet 2009, n° 3, p. 1233.
- CHANTEPIE G., « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *RDC*, 2012, n° 3, p. 989.

- CHANTEPIE G., « La notion d'équilibre du contrat », in FREDERIC P. (éd.), *L'équilibre du bail commercial. De la loi Pinel à la réforme du droit des contrats (Actes colloque Lille, 24 juin 2016)*, Loyers et Copropriété, n° 10, Octobre 2016, p. 12.
- CHANTEPIE G., « Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation », *AJCA*, 2015, p. 218.
- CHASSAGNARD-PINET A., « Le vocabulaire, et le nouveau discours contractuel », *RDC*, n° 03, 1 septembre 2016, p. 581.
- CHAUVIRÉ Ph., « La conclusion du contrat. Négociation, offre et conditions générales : principes et clauses contractuelles », *JCP N*, n° 13, 1 avril 2016, p. 1111.
- CHAZAL J.-P., « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel », *RDC*, n° 1, 2003, p. 325.
- CHAZAL J.-P., « Relire Josserand », oui mais... sans le trahir ! », *D.*, 24 juillet 2003, p. 1777.
- CHAZAL J.-P., « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse ? », *Dr.et patr.*, n° 240, 1 octobre 2014.
- CHÉNEDÉ F., « Les classifications des contrats », *Dr. et patr.*, 1 mai 2016, n° 258, p. 51.
- CHÉNEDÉ F., « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, 01 septembre 2015 n° 3, p. 655.
- CHÉNEDÉ F., « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G*, n° 27, 4 Juillet 2016, p. 776.
- CHÉNEDÉ F., « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC*, 2011, p. 709.
- CHÉNEDÉ F., « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1^{re} partie) », *RDC*, n° 1, 1 janvier 2012, p. 241.
- CHÉNEDÉ F., « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^e partie) », *RDC*, n°3, 1 juillet 2012, p. 1017.
- CHÉNEDÉ F., Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme, *D.*, 11 juin 2015, n° 21, p. 1226.

- CLARET H., PAISANT G., « La nouvelle codification administrative du droit de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP G*, n° 27, 4 Juillet 2016, p. 796.
- CLAUDEL E., « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique », *RTD Com.*, 2016, p. 460.
- D'ALÈS T., MERVEILLEUX DU VIGNAUX C., « Le nouveau vice de violence économique : tout ça pour ça ? », *JCP G*, n° 40, 6 Octobre 2016, p. 1523.
- DADOU A., « Faut-il avoir peur du "déséquilibre significatif" dans les relations commerciales ? », *LPA*, 13 avril 2011, n° 73, p. 17.
- DEREUX G., « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », *RTDC*, 1910, p. 503.
- DESHAYES O., « La formation des contrats », in *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, (Paris, 16 février 2016), *RDC*, n° Hors-série, p. 21.
- DESHAYES O., « La formation du contrat », *RDC*, Hors-série, 2016, p. 21.
- DESHAYES O., « La sanction de l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », *RDC*, 2011 p. 726.
- DESHAYES O., « Les directives d'interprétation du code civil : la cohérence des textes », *RDC*, n° 1, 31 mars 2015. p. 159.
- DIENY E., « Déséquilibre significatif : sept ans après, a-t-on atteint l'âge de raison ? », *JCP E*, n° 51-52, 15 Décembre 2015, n° 28, p. 1626.
- DONDERO B., « La réforme du droit des contrats, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », *JCP E*, n° 19, 12 Mai 2016, p. 1283.
- DOURNAUX F., « La réforme des vices du consentement », *Dr. et patr.*, 1 mai 2016, n° 258, p. 57.
- DUNOYER DE SEGONZAC A., CHAÏB K., « Les mutations de la violence et de son traitement par le droit - Extension du domaine de la violence - Nouvelles caractérisations par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 11, Mars 2016, p. 123.

- DUPICHOT P., « Regard bienveillants sur le projet de réforme du droit français des contrats », *Dr. et patr.*, n° 247, 1^{er} mai 2015, p. 32.
- ETIENNEY DE SAINTE MARIE A., « L' "interprétation créatrice" : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *RDC*, n° 1, 31 mars 2015 p. 166.
- FABRE-MAGNAN M., « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G*, n° 25, 20 Juin 2016, p.706.
- FAGES B., « Des comportements contractuels à éviter », *Dr. et patr.*, mai 1998, n° 60, p. 67.
- FAUVARQUE-COSSON B., « L'élaboration du cadre commun de référence : regards comparatifs sur les travaux académiques », *RDC*, n° 2, 1 avril 2008, p. 527.
- FAUVARQUE-COSSON B., « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation des contrats : perspective comparatiste et internationale », *RDC*, n° 2, 1 juin 2017, p. 363.
- FENOUILLET D., « Les valeurs morales », *RDC*, n° 3, 01 septembre 2016, p. 589.
- FENOUILLET D., « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, n° 2, 1 juin 2016, p. 358.
- FOURGOUX J.-L., « Clauses abusives, les écueils à éviter », *RLDA*, n° 8, septembre 2006, p. 72.
- FOURGOUX J.-L., DJAVADI L., « Les clauses contractuelles à l'épreuve du "déséquilibre significatif" : état de la jurisprudence », *CCC*, n°11, 13 novembre 2013, étude 14.
- FRANÇOIS C., « Présentation des articles 1112 à 1112-2 de la nouvelle sous-section 1 "Les négociations" », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, (<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/ssect1-negociations>).
- FRISON-ROCHE M.-A., « Remarque sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, n° 2, p. 573.
- GAUDEMET S., « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *CCC*, n° 5, Mai 2016, p. 27.

- GENICON Th., MAZEAUD D., « L'équilibre contractuel, trop c'est trop ! », *RDC*, 2012, p. 1469.
- GHESTIN J., « L'abus dans les contrats », *LPA*, 20 août 1981, p. 379.
- GHESTIN J., « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *JCP G*, n° 31, 3 Août 1995, p. 481.
- GICQUIAUD E., « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD Com*, n° 2, 30 juillet 2014, p. 214.
- GRALL J.-C., BUSSONIÈRE Th., « *Déséquilibre significatif : convergence et divergence entre le B to B et le B to C* », *RLC*, 2015/43, n° 2741.
- GRATTON L., « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.*, n°1, 7 juin 2016, p. 22.
- GRÉGOIRE M.-A., « Économie subjective c. Utilité et intérêt du contrat : réflexions sur les notions de liberté, responsabilité et commutativité contractuelles suite à la codification du devoir de bonne foi », *Revue juridique Thémis*, 2010, n° 44, p. 11.
- GRIDEL J.-P., « Remarques de principe sur l'application de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives », *D.*, 1984, I, chron., p. 153.
- GRIMALDI C., « La valeur normative des directives d'interprétation », *RDC*, n° 1, 31 mars 2015, p. 154.
- GRIMALDI C., « Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats », *LPA*, n° 215, 27 octobre 2016, n° 14, p. 6.
- GRIMALDI C., « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC*, n° 2, 1 avril 2008, p. 207.
- GRIMALDI C., « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », *D.*, 19 mai 2016, n° 18, p. 1009.
- GROSSER P., « La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme de droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *AJCA*, n° 6, 20 juin 2016, p. 270.

- GRYNBAUM L., « La récente ordonnance réformant le droit des contrats vient modifier de façon très substantielle ce droit. Sur quels points ? Que faut-il en penser ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 124, 1 mars 2016.
- GUÉRIN-SEYSEN D., « Libres propos sur l'instrumentalisation et la pérennité de la notion de cause », *LPA*, 19 sept. 2011, n° 186, p. 8.
- HAFTEL B., « La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation », *Gaz. Pal.*, 30 avril 2015, n° 120, p. 8.
- HOCQUET-BERG S., « La sanction du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.*, 1998, p. 1121.
- HONTEBEYRIE A., « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.*, n° 37, 3 novembre 2016, p. 2180.
- HOUSSIAUX J., « Le concept de « quasi-intégration » et le rôle des sous-traitants dans l'industrie », *Revue économique*, mars 1957, p. 221.
- JACOPIN S., « Les mentions contractuelles "coutumières" un droit imaginaire ? À propos des mentions manuscrites "hors-la-loi" », *JCP G*, n° 3, 17 janvier 2001, p. 121.
- JAKOULOFF K., « De la délimitation à tâtons du déséquilibre significatif en droit de la concurrence », *LPA*, 18 juin 2015 n° 121, p. 6.
- JAOUEN M., « Négociations et obligation de confidentialité », *AJCA*, n° 6, 20 juin 2016, p. 275.
- JOSSERAND L., « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, n° 5, p. 21.
- JOURDAIN P., « Le devoir de se renseigner », *D.*, 1983, Chron., p. 139.
- KARIMI A., « L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *JCP*, 1996, I, 3918, p. 135.
- KULLMANN J., « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.*, n° 9, 4 mars 1993, p. 59.
- LAGARDE X., « L'objet et la cause du contrat, entre actualités et principes », *LPA*, 06 avril 2007, n° 70, p. 6.
- LAGARDE X., « Question autour de l'article 1171 du Code civil », *D.*, n°37, 3 Novembre 2016, p. 2174.

- LAGARDE X., « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique », *JCP E*, n° 17, 27 Avril 2006, p. 1663.
- LAITHIER Y.-M., « Clauses abusives, Les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales) », *RDC*, n° 4, 1 octobre 2009, p. 1650.
- LAMOUREUX M., « L'interprétation des contrats de consommation », *D.*, n° 41, 30 novembre 2006, p. 2848.
- LASSERE CAPDEVILLE J., « Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire », *JCP E*, n° 29, 21 Juillet 2016, p. 1434.
- LATINA M., « Apprécier la réforme », *RDC*, 2016 p. 615.
- LAURENT M., « L'abus dans le droit des contrats », *Droit et Patrimoine*, 2000, n° 83.
- LE GAC-PECH S., « À la recherche du déséquilibre généré par une clause : entre atteinte à l'obligation essentielle du contrat et déséquilibre significatif », *JCP Entreprise et Affaires*, n° 36, 8 Septembre 2016, p. 1467.
- LE GAC-PECH S., « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *LPA*, 16 août 2016, n° 162-163, p. 7.
- LE GAC-PECH S., « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », n° 11, 1 Novembre 2009, étude 12.
- LE GAC-PECH S., « Réticence dolosive et violation d'une obligation précontractuelle d'information : un dispositif de droit commun insuffisamment protecteur du consommateur », *JCP E*, n° 27-28, 7 Juillet 2016, p. 1403.
- LEAUTE J., « Les contrats types », *RTD civ.*, 1953, p. 430.
- LEDUC F., « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle ? », *JCP G*, 2 Décembre 1992, I, n° 49, p. 3631.
- LEMARCHAND S., LAMPE A.-S., « Projet de réforme du droit des contrats et contrats informatiques : la portée générale donnée à la jurisprudence Faurecia », *AJCA*, n° 10, 26 octobre 2015. p. 42.
- LEQUETTE S., « Le champ contractuel. Réflexions à partir de la rentabilité économique », *RDC*, 1 mars 2016, n° 1, p.135.
- LEVENEUR L., « Avantages ou inconvénients des principes directeurs », *RDC*, 2012, p. 1441.

- LEVENEUR L., « Table ronde : faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC*, 01 septembre 2015, n° 3, p. 661.
- LOIR R., « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et non-professionnel », *JCP E*, n° 27-28, 7 Juillet 2016, p. 1402.
- LOISEAU G., « À la rencontre du non-professionnel », *D.*, n° 31, 22 septembre 2016, p. 1844.
- LOISEAU G., « La puissance du contractant de droit commun des contrats », *AJCA*, n° 12, 16 décembre 2015, p. 496.
- LOISEAU G., « La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux », *Comm. Com. élect.*, n° 7-8, Juillet 2012, comm. 78.
- LOISEAU G., « Les vices du consentement », *CCC*, n° 5, Mai 2016, dossier 3.
- LUCAS DE LEYSSAC C., CHAGNY M., « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC*, 1 juillet 2009, n° 3, p. 1268.
- MAGNIN F., « Réflexion critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation », *JCP G*, 1976, I, 2780, n° 41.
- MAINGUY D., « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du code de commerce », *JCP G*, n° 10, 2011, p. 477.
- MAINGUY D., « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP E*, n° 7, 18 Février 2016, act. n° 151.
- MALAURIE Ph., « L'interprétation des contrats : hier et aujourd'hui - Aperçue rapide », *JCP G*, n° 51, 19 décembre 2011, p. 1402.
- MALAURIE-VIGNAL M., « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif ? », *CCC*, n° 7, Juillet 2015, n°20 et n° 21.
- MALAURIE-VIGNAL M., « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *CCC*, n°11, 2008.
- MARPEAU B., « Une double actualité involontaire génératrice d'incertitudes », *JCP G*, 20 Juin 2016, n° 25, p. 733.

- MARTIAL-BRAZ N., « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la "personne raisonnable" et l'interprétation in favorem », *RDC*, n° 1, 31 mars 2015, n°22, p. 193.
- MAUME F., « L'avenir de la notion de non-professionnel en droit de la consommation », *Contrats. Concur. Consomm.*, n° 4, Avril 2016, étude 5.
- MAYMONT A., « La violence économique : une réalité consacrée ? », 1 novembre 2014, *RLDC*, n° 12.
- MAZEAUD D., « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.*, n° 26, 17 juillet 2008 p. 1776.
- MAZEAUD D., « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, p. 187.
- MAZEAUD D., « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, n° 01, 31 mars 2015, p. 187.
- MAZEAUD D., « La réduction des obligations contractuelle (I) », *Revue droit et patrimoine*, mars 1998, n° 58, p. 58.
- MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 01 décembre 2003, n° 1, p. 295.
- MAZEAUD D., « Petite leçon de solidarisme contractuel », *D.*, 22 novembre 2001, n°40, p. 3236.
- MAZEAUD D., « Présentation de la réforme du droit des contrats », *LPA*, 23 février 2016, n° 8, p. 15
- MAZEAUD D., « Principes du droit européen du droit du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels commun », *RTD eur.*, n° 4, 15 décembre 2008, p. 72.
- MAZEAUD D., « Rapport de synthèse », *Rev. Lamy Droit des Affaires*, n° 73, 1 juillet 2012, p. 56.
- MAZEAUD D., GENICON T., « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC*, 1 janvier 2012, n° 1, p. 276.
- MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 2003, n° 1, p. 295.
- MEKKI M., « Droit des contrats », *D.*, n° 7, 16 février 2017, p. 375.
- MEKKI M., « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *LPA*, n° 14, 12 avril 2016, p. 15.

- MEKKI M., « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ? », *LPA*, n° 17, 10 mai 2016, p. 11.
- MEKKI M., « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.*, n° 9, 3 mars 2016, p. 494.
- MEKKI M., « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie) », *RDC*, n° 4, 1 octobre 2006, p. 1051.
- MEKKI M., « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{ème} partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », *RDC*, 01 avril 2007, n° 2, p. 23
- MEKKI M., « Réforme des contrats et des obligations : clauses abusives dans les contrats d'adhésion », *JCP Notariale et Immobilière*, n° 45, 11 Novembre 2016, p. 1190.
- MEKKI M., DARROIS M., GAUVAIN J.-M., « Se conformer au nouveau droit des contrats, Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives », *JCP E A*, n° 25, 23 Juin 2016, p. 1373.
- MERCADAL B., Réforme du droit des contrats, Ordonnance du 10 février 2016, Editions Francis LEFEBRE, 2016, n°417, p. 134.
- MIGNOT M., « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III) », *LPA*, 14 mars 2016, n° 52 p. 7.
- MOLFESSIS N., « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 05 mai 2000, n° 90, p. 41.
- MOURY J., « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », *AJCA*, n° 3, 23 mars 2016, p. 123.
- MOYSAN H., « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », *JCP G*, 2002, I, p. 147.
- NGUYEN THANH-BOURGEAIS D., « Les contrats entre professionnels et consommateurs et la portée de l'ordre public dans les lois Scrivener du 10 janvier 1978 et du 9 juillet 1979 », *D.*, 1984, I, chron. p. 91.
- OUDOT P., « La perte de chance : incertitudes sur un préjudice certain », *Gaz. Pal.*, n° 57, 26 février 2011, p. 8.

- PAISANT G., « Protection des consommateurs - Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives Décret du 18 mars 2009 », *JCP G*, n° 28, 6 Juillet 2009, p. 116.
- PAISANT G., « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », *JCP G*, n° 22, 27 Mai 2013, p. 589.
- PÉGLION-ZIKA C.-M., « Clauses abusives du code de la consommation : un professionnel peut s'en prévaloir », *D.*, n° 11, 17 mars 2016, p. 639.
- PÉGLION-ZIKA C.-M., « Les clauses abusives et la recodification du code de la consommation », *D.*, 2016 p. 1208.
- PELLET S., « L'abus de dépendance est une violence ! », *EDCO*, 11 mars 2016, n° 3, p. 4.
- PELLIER J.-D., « Retour sur le domaine et la sanction des clauses abusives au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », *LPA*, n° 116, 10 juin 2016, p. 12.
- PICHON DE BURY M., MINET C., « Incidences de la suppression de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce et de l'introduction de la notion de déséquilibre significatif par la LME », *CCC*, Décembre 2008, étude 13.
- PICOD Y., « Le déséquilibre significatif et le Conseil Constitutionnel », *D.*, 2011, p. 415.
- PICOD Y., « Réflexions sur la refonte du Code de la consommation », *Contrats, conc. Consom.*, n° 12, 1 Décembre 2008, étude n. 12.
- POUMARÈDE M., « Le contenu du contrat », *RDI*, 20 juin 2016, n° 6, p. 331.
- PUEL V. F., REBEYROTTE V., « Abus de puissance contractuelle et pratique anticoncurrentielle », *AJCA*, 16 décembre 2015, p. 499.
- RACLET A., « L'inaptitude contractuelle : essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle », *RDC*, 06 aout 2001, n° 155, p. 17.
- RAYMOND G., « Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 », *Contrats conc. Consom.*, n° 5, Mai 2014, dossier 3.
- RAYMOND G., « Les contrats de consommation », *J.Cl. Conc et Cons.*, fasc. 800.
- REVET Th., « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC*, n° 1, 31 mars 2015, p. 199.

- REVET Th., « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité », *RDC*, 01 janvier 2013, n° 1, p. 327
- REVET Th., « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.*, n°21, 11 juin 2015, p. 1217.
- REVET Th., « Les apports au droit des relations de dépendance », *RTD Com*, 1997, n° 1, p. 37.
- REVET Th., « Les critères du contrat d'adhésion article 1110 nouveau du code civil », *D.*, n° 30, 15 septembre 2016, p. 1771.
- REVET Th., « Une philosophie générale ? in Réforme de droit des contrats : quelles innovations ? », *RDC*, 1 avril 2016, n° Hors-série, p. 5.
- RICHARD D., ARMAND-PREVOST M., « Le contrat déstabilisé (De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *JCP.G*, II, 1979, n° 1, p. 2952.
- RIÉRA A., « Le déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives de concurrence et en droit des obligations une notion, deux régimes ? », *Rev. Lamy conc.*, n° 52, 1 juillet 2016.
- ROCHFELD J., « Contrat et libertés fondamentales », *RDC*, 2003, p. 17.
- ROCHFELD J., « V° cause, Ar.3 - Cause objective ou cause subjective », *Rép. civ.*, 2014, n°14.
- ROTONDI M., « Le rôle de la notion de l'abus du droit », *RTD civ.*, 1980, p. 66.
- SALANIÉ B., « Incitation et théorie des contrats », *Cahiers Français*, 1995, n° 272, p. 3.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 », *RDC*, n° 3, 1 septembre 2016, p. 492.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Les clauses abusives : les nouvelles clauses « noire » et « grise » à propos du décret du 18 mars 2009 », *JCP G*, n° 15, 9 Avril 2009, I, p. 178.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Observations sur l'article 1169 du projet », *LPA*, 04 septembre 2015, n° 177, p. 70.
- SAVATIER R., « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? », *D.*, 1970, chron., p. 123.

- SIGUOIRT L., « À la recherche de la négociation... », *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2016, p. 268.
- SIMLER Ph., « Rapport de synthèse », *RTD Com*, 1997, n° 1, p.75.
- SINDRES D., « Exposition à un risque et perte de chance : un couple mal assorti ? », *RTD civ.*, n° 1, 21 mars 2016, p. 25.
- SIRINELI P., « L'équilibre dans le contenu du contrat », *Dalloz IP/IT*, n° 5, 3 mai 2016, p. 240.
- SZAMES S., « La violence économique : vice du consentement ? », *LPA*, 22 novembre 2000, n° 233, p. 18.
- TADROS A., « Retour sur la nature juridique de l'offre », *D.*, 2014, p. 1574.
- TESTU F.-X., « La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives », *D. Aff.* 1996, p. 372.
- TESTU F.-X., « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G*, 1993, I, 3673, n° 19, p. 3673.
- TRICOT D., « Vers un équilibre significatif dans les pratiques commerciales », *CCC*, n° 1, mars 2011.
- TRICOT D., « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », *RDC*, n°1, 31 mars 2015, p. 149.
- TUNC A., « Standard juridique et unification du droit », *Rev.int.dr.comp*, 1970, p. 247.
- VINEY F., « L'expansion du raisonnable dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable », *D.*, n° 33, 6 octobre 2016, p. 1940.
- VOGEL L., « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.*, 8 juin 1995, p. 155.
- WITZ C., « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, n° 35, 15 octobre 2015 p. 2020.

JURISPRUDENCE

Jurisprudence française

- C.A. Aix-en-Provence, 15 février 1950, *JCP*, 1950, I, p. 5548.
- C.A. Aix-en-Provence, 2^{ème} ch., 17 avril 1987 ; *R.T.D. civ.*, 1988, p. 115, obs. J. MESTRE.
- C.A. Aix-en-Provence, 1^{ère}, 7 novembre 1990, *Juris-Data*, n° 1990-048953.
- C.A. Versailles, 1^{ère} ch., 2^{ème} sect., 8 juillet 1994 ; *RTD civ.*, 1995, p. 97, obs. J. MESTRE.
- C.A. Paris, 29 janvier 1996 ; *Deffrénois*, 1996, n° 144, p. 1360, obs. D. MAZEAUD.
- C.A. Versailles, 3^{ème}, 16 juin 2000, *D.*, 2000. IR. p. 249.
- C.A. Lyon, 10 mai 2012, n° 10/08302.
- C.A. Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166.
- C.A. Paris, 12 décembre 2013, n° 11/18274 ; *RDC*, 2014, p. 411, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.
- C.A. Aix-en-Provence, 13 février 2014, n° 12/21625.
- C.A. Paris, 29 octobre 2014, RG n° 13-11059 ; *D.*, 2015, p. 947, obs. D. FERRIER.
- C.A. Paris, Pôle 5, ch. 4, 30 septembre 2015, n° 13/07915 ; *JurisData*, n° 2015-021784
- C.A. Paris, 25 novembre 2015, n° 12/14513.
- Cass. Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, n°91-15.999, *Bull.A*, n° 7, p. 13 ; *JCP*. 1996. II. 22565 note J. GHESTIN ; *RTD civ.*, 1996. 153, obs. J. MESTRE ; *D.* 1996, p.13, note L. AYNÈS ; *JCP E.*, n° 5, 1996. II. 776, note L. LEVENEUR ; *Deffrénois* 1996.I, p. 747, obs. Ph. DELEBECQUE.
- Cass. Ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10372, *JCP G*, 2007 II, 10070, note G. WIEDERKEHR.
- Cass. civ., 1^{ère}, 13 octobre 1998, n° 96-21.485, *Bull. civ.*, I, n° 300, p. 207 ; *RTD civ.*, 1999, p. 374, obs. J. MESTRE.

- Cass. civ., 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 13-16529, *Bull. civ.*, I, n° 117 ; *RDC*, 2015, p. 33, note R. LIBCHABER.
- Cass. civ., 15 avril 1872, *Veuve Foucauld et Coulombe C. Pringault*, *GAJC*, n° 161, Dalloz, 2015, p. 147.
- Cass. civ., 1^{ère}, 7 décembre, 1964, *Bull.*, n° 546.
- Cass. civ., 1^{ère}, 2 décembre 1969, *Bull. civ.*, n° 381.
- Cass. civ., 1^{ère}, 15 janvier 1971, n° 69-12.180, *Bull.*, III, n° 38 ; *RTD civ.*, 1971, p. 839, obs. Y. LOUSSOUARN.
- Cass. civ., 1^{ère}, 24 novembre 1976, *Bull. civ.* I, n°370, p. 291.
- Cass. civ., 3^{ème}, 2 mai 1978 ; *D.*, 1979. 317, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI.
- Cass. civ., 1^{ère}, 3 mai 1979, n° 77-14689, *Bull. civ.* I, n° 128.
- Cass. civ., 1^{ère}, 10 mai 1981, n° 79-15.433, *Bull.*, I, n° 25.
- Cass. civ., 1^{ère}, 19 janvier 1982, n° 80-15.745, *Bull. civ.* I, n° 29 ; *JCP*, 1984, II, 20215, note F. CHABAS ; *RTD civ.*, 1983, p. 144, G. DURRY.
- Cass. civ., 1^{ère}, 14 décembre 1982, *Bull.*, I, n° 361, p. 309.
- Cass. civ., 1^{ère}, 10 mai 1989, *Bull. Civ.*, I, n° 187 p. 124.
- Cass. civ., 1^{ère}, 12 juillet 1989, n° 88-11.443, *Bull. civ.* I, n° 293, p. 194
- Cass. civ., 1^{ère}, 4 juin 1991, n° 88-17. 707, inédit.
- Cass. civ., 1^{ère}, 26 novembre 1991, n° 89-10.791, *Bull.* I, 1991 n° 326, p. 212.
- Cass. civ., 1^{ère}, 3 décembre 1991, n° 89-20856, *Bull. civ.*, I, n° 342 p. 223.
- Cass. civ., 1^{ère}, 6 janvier 1994, *J.C.P.*, 1994, II, 22237, note G. PAISANT.
- Cass. civ., 3^{ème}, 12 octobre 1994, n° 92-13.211, *Bull. civ.*, III, 1994, n° 178, p. 113 ; *JCP G*, 1995, I, 3828, obs. C. JAMIN.
- Cass. civ., 1^{ère}, 22 novembre 1994, n° 93-11.611 : *Juris-Data* n° 1994-002291 ; *Bull. civ.*, I. 1994, n° 343.
- Cass. civ., 1^{ère}, 29 novembre 1994 : *Defrenois* 1995, p. 335, obs. ph. DELEBECQUE ; *D.*1995, p. 122, note L. AYNÈS.
- Cass. civ., 3^{ème}, 7 juillet 1997, n° 96-11142, *Bull. civ.*, III, n 172 ; *Defrenois* 1997, p. 1346, obs. Ph. DELEBECQUE.
- Cass. civ., 1^{ère}, 21 octobre 1997, n° 95-18462.
- Cass. civ., 24 novembre 1998, n° 95-21.074 ; *RTD civ*, 1999, p.398, obs. J. MESTRE.

- Cass. civ., 3^{ème}, 13 janvier 1999, n° 96-18309 ; *LPA*, 30 octobre 2001, n° 303, p. 34, note J. ROVINSKI.
- Cass. civ., 3^{ème}, 13 janvier 1999, n° 97-14.746, *Bull.*, 1999, III, n° 10, p.7.
- Cass. civ., 1^{ère}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *Bull. civ.*, 2000, I, n° 131.
- Cass. civ., 1^{ère}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *Bull. civ.*, 2000, I, n° 131 ; *Defrénois* 2000, p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois* 2000, p. 1114, obs. P. DELEBECQUE.
- Cass. civ., 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ.*, I, n° 169 ; *JCP*, 2001, II, p.10461, note G. LOISEAU ; *RTD civ.*, 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois*, 2000, p. 1124, n° 68, obs. Ph. DELEBECQUE ; *D.* 2000, p. 879, note J.-P. CHAZAL ; *JCP G* 2001, II, 10461, note G. LOISEAU.
- Cass. civ., 1^{ère}, 30 mai 2000, *Bull. civ.*, I, n°169, p. 109.
- Cass. civ., 3^{ème}, 29 novembre 2000 ; *AJDI*, 2001, p. 1020, obs. F. CHOET-CORDEY
- Cass. civ., 1^{ère}, 30 janvier 2001, n°98-18145, *Bull. civ.*, I, n° 14 ; *RGDA*, 2001, p. 951, note F. CHARDIN.
- Cass. civ., 1^{ère}, 5 mars 2002, n°00-18.202, *Bull. I*, n° 78 ; *JCP*, 2002, II, 10123, note G. PAISANT.
- Cass. civ., 1^{ère}, 12 mars 2002, n° 99-15.711, *Bull. civ. I*, n°92, p. 71.
- Cass. civ., 1^{ère}, 3 avril 2002, n° 00-12.932 : *D.*2002.Somm. p. 2844, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2002, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
- Cass. civ., 1^{ère}, 3 avril. 2002, n° 00-12.932, *Bull. civ.*, I, n° 108.
- Cass. civ., 1^{ère}, 29 octobre 2002, *Bull. civ. I*, n°255.
- Cass. civ., 1^{ère}, 13 mai 2003, *Bull. civ.*, I, n° 114 ; *D.* 2004, Jur. p. 262, note E. MAZUYER ; *JCP*, 2003. I.170, obs. G. LOISEAU.
- Cass. civ., 1^{ère}, 1 février 2005, n° 01-16.733, *Bull.*, I, 2005, n° 60, p. 51 ; *RTD civ.*, 2005, 393, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *D.* 2005, p. 640, obs. V. AVENAROBARDET.
- Cass. civ., 3^{ème}, 22 juin 2005, n° 04-10415 ; *RDC*, 2005/4, 1025, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.
- Cass. civ., 1^{ère}, 3 mai 2006 : *D.* 2006, p. 2743, note Y. DAGORNE-LABÉE.

- Cass. civ., 3^{ème}, 17 janvier 2007, n° 06-10.442, *Bull. civ.*, III, n° 5 ; *D.* 2007 p. 1051, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G*, 2007, II, 10042, obs. C. JAMIN.
- Cass. civ., 3^{ème}, 7 mai 2008, n° 07-11690, *Bull. civ.*, III, n° 79 ; *RTD. civ.*, 2008 p. 474, obs. B. FAGES.
- Cass. civ., 1^{ère}, 5 mars 2009, n°08-11.374
- Cass. civ., 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13230, *Bull. civ.*, III, n° 118.
- Cass. civ., 3^{ème}, 28 octobre 2009, n° 08-20.224, *Bull. civ.*, 2009, III, n° 237 ; *JCP G*, 2009, n° 51, 574, n° 7, obs. G. LOISEAU.
- Cass. civ., 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 07-17.788, *Bull.*, I. 2009, n° 161.
- Cass. civ., 1^{ère}, 9 décembre 2010, n 09-69.490.
- Cass. civ., 3^{ème}, 26 janvier 2011, n° 09-71.836, *Bull. civ.* III, n°14.
- Cass. civ., 3^{ème}, 22 mai 2012, n° 11-16.826.
- Cass. civ., 1^{ère}, 20 mars 2013, n°12-14711 et 12-14712 ; *JCP G* 2013, p. 974, n° 5, obs. J. GHESTIN ; *CCC* 2013, comm. 127, note L. LEVENEUR.
- Cass. civ., 1^{ère}, 10 avril 2013, n° 12-18169 ; *RDC*, 2013, p. 960, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.
- Cass. civ., 1^{ère}, 4 février 2015, n°14-10.920, *RDC*, 2015, p. 445, note É. SAVAUX ; *D.* 2016. p.566, obs. M. MEKKI.
- Cass. civ., 1^{ère}, 18 février 2015, n° 13-28.278. *RDC*, 2015, p. 445, note É. SAVAUX. *D.* 2016, p. 566, obs. M. MEKKI ; *Gaz. Pal.*, 9 juill. 2015, p. 16, obs. D. HOUTCIEFF.
- Cass. civ., 1^{ère}, 1 juillet 2015, n°14-19781 ; *RTD civ.*, 2015, 864, obs. H. BARBIER ; *RDC*, 2016/1, 39, obs. A. DANIS- FATÔME.
- Cass. civ., 3^{ème}, 7 juillet 2015, n 14-20536 ; *D.*2016, 566, obs. M. MEKKI.
- Cass. civ., 3^{ème}, 17 décembre 2015, n° 14-25.523 ; *JCP G*, 2016, doctr., 345, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.
- Cass. civ., 3^{ème}, 7 janvier 2016, n° 14-19125 ; *RTD civ.* 2016.98, obs. H. BARBIER.
- Cass. civ., 3^{ème}, 4 février 2016, n° 14-29347 ; *Constr.-Urb.*, 2016, étude 1 2016, comm. Ch. SIZAIRE ; *JCP E.*, n° 20, 2016, 1300, comm. N. PICOD.
- Cass. civ., 1^{ère}, 24 février 2016, n° 14-26.96 : *JCP G.*, 2016, p.493, note H. GUYADER.

- Cass. civ., 3^{ème}, 4 mai 2016, n° 15-12.454 ; *LPA*, 19 oct. 2016, n° 209, p. 6, note S. LEQUETTE.
- Cass. com., 10 juillet 2007, *Bull. civ.*, 2007, IV, n° 188 ; *RDC*, 2007, p. 1107, obs. L. AYNÈS.
- Cass. com., 18 décembre 2007, n° 04-16069, *Bull.*, IV, 2007, n° 265 ; *D.* 2008. AJ. 154, obs. X. DELPECH ; *JCP G*, 2008. I. 125, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.
- Cass. com., 25 juin 1980, n° 78-16-15121, *Bull. civ.*, IV, n° 276 ; *RTD civ.*, 1981.157, obs. G. DURRY.
- Cass. com., 25 juin 1991, *Bull. civ.*, IV, n° 234.
- Cass. com., 27 avril 1971 ; *JCP G*, 1972, II, 16975 note J. BORÉ.
- Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11387.
- Cass. com., 28 mai 2002, *Bull. Joly*, 2002, p. 1039, obs. J. DEVEZE.
- Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 ; *D.*, 2015, p. 1021, note F. BUY.
- Cass. com., 3 novembre 2004, *Bull. civ.*, IV, n° 187. p. 215.
- Cass. com., 3 novembre 2016, n° 15-24.886 ; *CCC.*, 2017, Comm. 7, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.
- Cass. com., 4 octobre 2011, n° 10-20956 ; *D.* 2011.3052, note N. DISSAUX ; *RDC*, 2012, p. 64, obs. Th. GENICON.
- Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-12477, *Bull. civ.* IV, n° 74, p. 51 ; *JCP*, 1990, II, 21583, note B. GROSS ; *RTD civ.*, 1990, p. 463, obs. J. MESTRE.
- Cass. com., 7 février 2012, n° 11-20487 ; *D.*, 2012, 918, obs. A. COURET et B. DONDERO.
- Cass. com., 16 octobre 2007, n° 05-19.069, inédit.
- Cass. com., 7 juillet 2009, n° 08-14.362, inédit.
- Cass. com., 14 septembre 2010, n° 09-14.322, *Bull. civ.*, IV, n° 135 ; *D.* 2010. 2150, obs. E. CHEVRIER.
- Cass. com., 4 février 2014, n° 13-10.630 ; *D. Act.*, 21 février 2014, obs. X. DELPECH.
- Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 ; *Contrats, conc. Consom*, mars 2015, p. 17, note N. MATHEY.
- Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 ; *D.* 2015 p. 620.

- Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 ; *JCP E*, 2015, p.1207, note S. LE GAC-PECH.
- Cass. com., 6 septembre 2011, n°10-17.966.
- Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *Bull. IV*, 2010, n°115 ; *D.* 2010. p.1832, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2010. 555, obs. B. FAGES.
- Cass. com., 30 mars 2016, 14-11.684.
- Cass. sect. réun., 2 février 1808, LUBERT c. WANCAREGHEM, GAJC, n° 160, Dalloz, 2015, p. 144.
- Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, *Établissements Darty et Fils* ; *D.* 2011. 415, note Y. PICOD ; *JCP E*, 2011, n° 7, 1136, D. MAINGUY.
- CE 23 mars 1906, Dame chauvin ; Note sous Conseil d'Etat, 23 mars 1906, Dame Chauvin, S. 1908.3.17, M. HAURIOU.
- T. com. Paris, 13 novembre 2014, n° 2013054520, *Gaz. Pal.*, 2015, 19 août 2015.
- TGI Paris, 17 mai 2016, n° 12/09999 ; *D. IP/IT* 2016, p. 428, note C. LE GOFFIC.

Jurisprudence international

- Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02.
- Cour JUE, 16 janvier 2014, aff. C-226/12 ; *Europe* 2014, comm. 132, note DUPONT-LASSALE ; *JCP E*, 2014, p. 1177, note MORACCHINI-ZENDENBERG.

BIBLIOGRAPHIE SPÉCIALISÉE ARABE

OUVRAGES

- ABOU ALLAIL I., *La théorie de l'obligation, I. Les sources volontaires de l'obligation, Le contrat et l'autonomie de la volonté, l'acte juridique*, Koweït, Muassasat Dar Al Kutob, 2^{ème} éd., 1998.
- AHMED S., *La théorie des obligations, 1^{er} Tome, Les sources d'obligations*, 1987.
- ALAHWANI A.-Al Din., *Les sources de l'obligations, les sources volontaires*, Dar Alnahdah Alarabia, 1992.
- ALGAREEB M., *Le monopole et la concurrence déloyale*, Dar Alnahdah Alarabia, 2004.
- ALMELHEM A., *Le monopole et les actions monopolistiques, étude analytique et comparé entre le droit américain, européen et koweïtien*, Éditions de l'université du Koweït, 1997.
- ALNQUIB A., *La théorie de contrat*, Manshorat Owaidat, 1^{ère} éd., 1988.
- ALOGI M., *Le droit civil, le contrat*, Manshorat Al Halabi Al Hoquoquia, 4^{ème} éd., t. I, 2007.
- ALOTAIBI J., *Les règles judiciaires explicatif de droit civil, les effets du contrat, l'autonomie de la volonté*, Dar Althaqafa, t.3, 2014.
- ALRIFAI A., *La protection civile du consommateur vis-à-vis le contenu contractuel*, Dar Alnahdah Alarabia, 1994.
- ALSAYED M., *L'abus de droit son critère et nature dans la théorie et jurisprudence de droit civil égyptien*, Alhayaa Almisriya Alama Lelkitab, 1979.
- ALSHAALA S., *La Cassation en matière civil et contrats, l'ensemble des règles juridiques énoncées par la Cour de cassation dans les contrats de vente, le troc, le don, la société, le crédit, la réconciliation à travers 73 ans, 1931-2003*, Monshaat Almaaref d'Alexandrie, Tom.1, 2005.

- ALSSADAH A., *La théorie du contrat dans les droits des pays arabes, le droit égyptien, libanais, syrien, irakien, libyen, koweïtien, soudanais*, Dar Alnahdah Alarabia, 1974.
- DAWOUD E., *La protection du consommateur contre les clauses abusives, analyse comparative de la théorie de contrat d'adhésion et de contrat de consommation*, Dar Aljamiaa Algadida, 2014.
- ELSANHOURI V. A., *La théorie du contrat*, Tom I, Beyrouth, HALABI publication de droit, 2^{ème} éd., 1998.
- FAQUIH H., *Le contrôle judiciaire des contrats d'adhésion*, Manshorat Alhalabi Alhoquoquia, 2014.
- HEGAZI A., *La théorie générale des obligations. Partie 2 : les sources de l'obligation*, Matbaat Nahdat Masser, 1954.
- HIJAZY A., *La théorie générale de l'obligation du droit koweïtien : Étude comparative. Vol.1 : les sources de l'obligation, le contrat et l'autonomie de la volonté*, Presse de l'Université du Koweït, 1982.
- JUMAIE H., *L'impact de déséquilibre entre les contractants sur les clauses du contrat - Le phénomène de déséquilibre entre les obligations avec l'extension des clauses abusives. Étude comparative entre le droit égyptien, le droit d'émirats, et le droit européen avec l'allusion des droits anglo-américain*, Dar Alnahdah Alarabia, 1996.
- SALAM S. A., *L'équilibre contractuel dans le cadre des contrats d'adhésion*, Maison de la renaissance arabe, 1998.

THÈSES

- ALRASHDAN M., *La lésion, Étude comparative*, Thèse, Dar Althaqafa, 2010.
- ALSSADAH A., *Les contrats d'adhésion en droit égyptien, études doctrinale, jurisprudentielle et comparative*, Thèse, Université de Caire, Egypte, 1946.

CONTRIBUTIONS et ARTICLES DE DOCTRINE

- ABDULBAQI A., « La théorie du contrat et l'autonomie de la volonté, étude approfondie et comparative de la doctrine islamique », in *Encyclopédie du droit civil égyptien*, 1984, p. 212.
- AL BAQI A. F., « La théorie du contrat, et la volonté unique, étude approfondie et comparative de la jurisprudence islamique », in *Encyclopédie du droit civil égyptien*, 1984, p. 212.
- ALMOLHEM A., « Les contrat type et les conditions des éradications des clauses abusives », *Revue de droit*, Université du Koweït, 16^e année, 1992.
- ALNAKKASSE J., « La protection du consommateur et son impact sur la théorie générale du contrat en droit koweïtien », *Revue de Droit*, Université du Koweït, 13^e année, 1989, p. 13.
- ELSAYED ARAFA V. M., « La circulation du modèle juridique français au Maghreb et au Moyen-Orient – Egypte », in *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées franco-italiennes, Tome XLIV, 1993, Paris, Litec.

JURISPRUDENCE

- Cass. Dubaï, 27 avril 1991, n° 54, *Revue de justice et législation*, n° 2, janvier 1993, p. 314.
- Cass. civ., Egypt., 22 avril 1954, n° 208/1954.
- Cass. civ., Egypt., 12 décembre 1989, n° 388/1989.
- Cass. civ., kw., 22 avril 1954, n° 208/ 21 : *Bull.*, n° 5, partie n° 3, p. 788.
- Cass. civ., kw., 8 décembre 1986, n° 11/86, *Bull.*, II, 14^e année, p. 256.
- Cass. civ., kw., 17 juin 1994, n° 2/22, *Revue de justice et droit*, p. 94, n° 18.

- Cass. civ., kw., 19 mars 2007, n° 988/2006, *Revue de jurisprudence et droit*, n° 35, 1/1/ 2007- 31/1/2007.
- Cass. civ., kw., 3^{ème}, 28 novembre 2012, n° 649/3.
- Cass. com., kw., 24 juin 1987, n° 254/86, *Bull.*, II, 15^e année, décembre 1994, p. 64.
- Cass. com., kw., 4 janvier 1988, n° 144/87.
- Cass. com., kw., 15 janvier 1990, n° 94,92/89, *Bull.*, 18^e année, mai 1996, p. 54.
- Cass. com., kw., 13 avril 1997, n° 482-1995.
- Cass. com., kw., 6 avril 2000, n° 650/99.
- Cass. com., kw., 1^{er} novembre 2003, n° 565/2002.
- Cass. com., kw., 21 mars 2006, n°1072/1.
- Cass. com., kw., 3^{ème}, 29 mai 2007, n° 2005/1343.
- Cass. com., kw., 2^{ème}, 16 janvier 2011, n° 2011/698.
- Cass. com., kw., 5^{ème}, 11 mars 2015, n° 383/2014.
- C.A. kw., 2^{ème}, Com. 5 décembre 1989, n° 428-89.
- C.A. kw., 28 décembre 2008, n° 934.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE :	
LA CONSÉCRATION DU CONTRAT D'ADHÉSION	18
TITRE I :	
La nature juridique de l'acte d'adhésion	20
CHAPITRE I :	
La continuité de la qualification contractuelle	22
SECTION I :	
Le rejet des analyses non contractuelles du contrat d'adhésion	23
§ 1 : Le fondement des analyses non contractuelles.....	24
A. Le caractère inégal et unilatéral du contrat d'adhésion	24
B. L'inadéquation de la théorie classique du contrat aux opérations d'adhésion	29
§ 2 : Les divergences inhérentes à la notion de contrat d'adhésion	33
A. L'absence de définition doctrinale précise	33
a. La conception extensive.....	34
b. La conception restrictive	36
B. L'identification de la notion de contrat d'adhésion	38
a. La consécration législative de la notion de contrat d'adhésion	39
1. <i>Les éléments d'identification retenus avant la réforme</i>	39
2. <i>La définition légale du contrat d'adhésion</i>	42
b. La reconnaissance de la notion en droit koweïtien.....	44
SECTION II :	
La compatibilité du contrat d'adhésion aux règles de formation du contrat	46
§1 : L'accord de volonté subordonné à l'existence du consentement	47

A. L'accord de volonté	47
a. Les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle.....	48
b. L'absence de la négociation	50
B. La capacité à contracter	53
§ 2 : L'intégrité du consentement comme condition de l'accord de volonté	54
A. L'erreur	54
B. La violence.....	57
C. Le dol	60
§ 3 : La concrétisation du contenu contractuel dans le contrat d'adhésion	62
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	70
CHAPITRE II :	
La particularité de l'acte d'adhésion	71
SECTION I :	
La préexistence de l'offre d'adhésion	72
§ 1 : La spécificité de la substance de l'offre d'adhésion.....	72
A. La précision de l'offre	73
B. La fermeté de l'offre	77
§ 2 : La spécificité de l'extériorisation de l'offre d'adhésion.....	80
SECTION II :	87
L'acceptation par la soumission à l'offre d'adhésion.....	87
§ 1 : La soumission par l'acceptation pure et simple du contenu contractuel.....	87
A. La notion d'acceptation	88
B. La spécificité de l'adhésion	92
§ 2 : La soumission par l'impossibilité de négocier le contenu contractuel.....	97
CONCLUSION DU CHAPITRE II	104
CONCLUSION DU TITRE I.....	105

TITRE II :	
Le pouvoir de la stipulation	106
CHAPITRE I :	
La reconnaissance du pouvoir unilatéral de la stipulation.....	108
SECTION I :	
Les fondements du pouvoir de la stipulation.....	109
§ 1 : Le pouvoir économique du stipulant	110
A. Le rapport de force entre professionnels	110
B. Le rapport de force entre professionnels et non professionnels.....	116
§ 2 : Les justifications civilistes à la détermination unilatérale du contenu contractuel.....	119
A. L'unilatéralisme contractuel.	119
B. La consécration législative de l'unilatéralisme contractuel	124
SECTION II :	
La transformation des rapports contractuels.....	126
§ 1 : La rupture de l'égalité contractuelle en droit spécial	126
§ 2 : La rupture de l'égalité contractuelle en droit commun	134
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	143
CHAPITRE II :	
Les limites au pouvoir unilatéral de la stipulation.....	144
SECTION I :	
La caractérisation de l'abus dans l'exercice de droits contractuels.....	145
§ 1 : La caractérisation de l'abus par la faute	145
§ 2 : La caractérisation par l'exercice abusif d'un droit né du contrat	150
A. L'exercice abusif d'une prérogative contractuelle	150
B. L'abus de liberté contractuelle.....	152
SECTION II :	
La caractérisation du déséquilibre significatif.....	155
§ 1 : L'identification du déséquilibre significatif en tant que standard juridique.....	156
A. La référence à un standard.....	156
B. Le domaine d'application du standard.....	159

§ 2 : L'identification du déséquilibre significatif	
en tant que limite au pouvoir de stipulation	163
A. L'appréciation du déséquilibre	164
B. Le déséquilibre potentiel.....	164
a. L'appréciation globale	166
b. Le caractère significatif	167
CONCLUSION DU CHAPITRE II	169
CONCLUSION TITRE II	170
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	171

DEUXIÈME PARTIE :

LE DÉVELOPPEMENT DE LA PROTECTION DANS LE CONTRAT D'ADHÉSION

173

TITRE I :

Protection générale	175
---------------------------	-----

CHAPITRE I :

La protection de l'adhérent par le devoir d'information.....	177
--	-----

SECTION I :

La fonction préventive : l'existence d'un devoir d'information.....	178
---	-----

§ 1. La consécration législative du devoir général d'information	181
--	-----

A. La force du devoir d'information	181
---	-----

a. Une devoir à la fois autonome et d'ordre public en France.....	182
---	-----

b. Une obligation implicite en droit Koweïtien ?	187
--	-----

B. L'articulation du devoir d'information	189
---	-----

a. Le maintien des fondements existants.	190
---	-----

b. L'articulation entre le devoir d'information et la réticence dolosive.	195
---	-----

§ 2. Les conditions de mise en œuvre du devoir d'information	197
--	-----

A. Les conditions inhérentes aux parties	198
--	-----

a. La détention d'une information	198
---	-----

b. La légitimité de l'ignorance et de la confiance.....	199
B. Le caractère déterminant de l'information pour le consentement	202
SECTION II :	
La fonction contraignante : La sanction du manquement	
au devoir d'information	205
§ 1. La sanction par la responsabilité civile.....	206
A. La nature de la responsabilité	207
B. La nature du préjudice	209
C. La charge de la preuve	211
§ 2 : La sanction de la réticence dolosive.....	212
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	221
CHAPITRE II :	
La protection de l'adhérent par la sanction de l'abus	
de l'état de dépendance ou de l'exploitation	223
SECTION I :	
Le caractère insuffisant de la violence au sens classique	
pour la protection de l'adhérent.....	224
§ 1. Le développement de la notion de vice de violence	225
§ 2. Distinction entre vice de violence et vice d'exploitation	
en droit koweïtien	237
A. La violence.....	237
B. L'exploitation.....	240
a. Les conditions de l'exploitation.....	240
1. <i>La condition objective</i>	241
2. <i>La condition subjective</i>	243
b. Les pouvoirs du juge	245
SECTION II :	
La mise en œuvre de la violence par abus de l'état de dépendance	
en droit français	247
§ 1. Les conditions de mise en œuvre.....	248
A. Condition subjective	248
B. Condition objective.....	254

§ 2. Sanction de l'abus de l'état de dépendance	260
CONCLUSION DU CHAPITRE II	263
CONCLUSION DU TITRE I.....	265
TITRE II :	
La protection spécifique	267
CHAPITRE I :	
L'interprétation protectrice du contrat d'adhésion	269
SECTION I :	
L'objectivation relative de l'interprétation du contrat.....	270
§ 1 : Le Principe d'interprétation subjective	271
A. Le principe de la recherche de la commune intention des parties	271
B. Le principe de primauté	275
§ 2 : Le recours à des critères objectifs d'interprétation.	278
A. Le recours aux règles objectives du Code civile	278
B. La recherche d'une intention raisonnable	280
SECTION II :	
L'objectivation absolue de l'interprétation dans le contrat d'adhésion.....	282
§ 1 : La nécessaire objectivation de l'interprétation du contrat d'adhésion.....	283
A. L'inexistence de la commune intention des parties.....	283
B. Le recours nécessaire à la disposition supplétive	285
§ 2 : Le juge garant de l'interprétation des contrats d'adhésion.....	294
A. L'appréciation du principe d'interprétation par les juges du fond.....	294
B. L'admission du contrôle de la dénaturation.....	296
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	301
CHAPITRE II :	
La protection contre les clauses abusives	302
SECTION I :	
Le domaine d'application de la protection	303
§ 1 : Un champ contractuel de protection considérable	304

A. L'amplitude du champ contractuel du fait des protections spéciales	304
B. Un champ contractuel de protection conditionné	311
§ 2 : L'articulation de la protection générale avec les protections spéciales	313
A. Le recours à l'adage « <i>specialia generalibus derogant</i> »	314
a. La consécration législative de l'adage « <i>specialia generalibus derogant</i> ».	314
b. La création d'une règle de conflit.....	315
B. La mise en œuvre de la règle de conflit	317
a. L'articulation entre le droit commun et le droit de la consommation.....	317
b. L'articulation entre le droit commun et le droit des pratiques restrictives de concurrence	319
SECTION II :	
L'appréciation de la clause abusive.....	323
§ 1 : La qualification de clause abusive.....	324
A. La qualification en droit français	324
a. La notion de clause	324
b. Le déséquilibre significatif	328
B. La qualification en droit koweïtien	339
§ 2. La sanction des clauses abusives	345
A. La sanction en droit français.....	346
a. La responsabilité civile	346
b. La réputation non écrite de la clause	348
B. La sanction en droit koweïtien.....	355
CONCLUSION DU CHAPITRE II	358
CONCLUSION DU TITRE II.....	359
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	360
CONCLUSION GÉNÉRALE	362
BIBLIOGRAPHIE	365

Le contrat d'adhésion. Etude comparée des droits français et koweïtien

Résumé

Le contrat d'adhésion a pendant longtemps fait l'objet d'un débat doctrinal. Ce contrat voit le jour dans des circonstances où bien souvent lors de sa conclusion, l'adhérent se trouve en position d'infériorité par rapport au stipulant. Ce déséquilibre aboutit à ce que le contrat est préalablement élaboré et rédigé par le stipulant. Quant à l'adhérent, il ne fait qu'adhérer à un contrat préétabli dont il n'a pas discuté les conditions. Dans ce contexte, la loi des parties cause parfois des inégalités, voire même certains abus. La nouvelle consécration du contrat d'adhésion dans le Code civil français, par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 Fév. 2016 marque une évolution. D'où toute l'importance d'une réflexion sur le concept de contrat d'adhésion en droits français et koweïtien. L'approche comparative nous a permis de saisir les points de convergence et de divergence qui existent entre ces droits aussi bien au niveau du régime juridique qu'au niveau de la protection. Au final, s'est posée la question de savoir si le droit koweïtien peut être amélioré en s'inspirant du droit français.

Mots-clés : contrat d'adhésion, Koweït, France, étude comparative, protection, réforme.

Résumé en anglais

The contract of adhesion has been the subject of doctrinal debate for long time and usually arises during the signing of contracts. In such conditions one party will be in a position of inferiority compared to the other contracting party. This imbalance will usually be in favor of the first party who prepared the contract. As for the second party who will not be in the position of negotiating, they will merely adhere to a pre-established contract without having the possibility to discuss the terms. In this context, the law of the parties' sometimes causes inequalities and certain abuses. The new reform of French Civil code law dated 10 Feb. 2016, marks an evolution; Hence, the importance of a reflection on the concept of the contract of adhesion in French and Kuwaiti law. The comparative approach allows us to grasp the points of convergence and divergence that exist between these statutes in regard to both the legal system of the contract of adhesion and the level of protection. This brings us to question whether the Kuwaiti law can be improved by embracing the French law.

Key-words: contract of adhesion, Kuwait, France, comparative study, protection, reform